

Histoire de la science du droit constitutionnel

Olivier Jouanjan

Explication du thème général du cours

Consacré à l'histoire comparée de la science du droit constitutionnel, ce cours sera soutenu par une thèse générale dont une formulation lapidaire pourrait être celle-ci : l'histoire de la science du droit (constitutionnel) est partie intégrante de l'histoire du droit (constitutionnel). Cette formule signifie plus précisément ceci : à mon point de vue la séparation que l'on fait généralement entre science du droit et droit n'a qu'une légitimité relative. La science du droit participe à la construction du droit. C'est cette thèse que je veux rapidement expliquer dans ces considérations liminaires.

Premièrement la séparation stricte entre science du droit et droit résulte d'un présupposé épistémologique, d'une position épistémologique fondamentale et qu'on peut qualifier de « positiviste ». Vous en trouveriez l'expression dans l'œuvre, par exemple de Charles Eisenmann, disciple (original) de Kelsen¹. C'est d'ailleurs par cette séparation que Michel Troper définit le positivisme juridique². Le sujet de la connaissance est séparé de l'objet de la connaissance qui lui est extérieur et qu'il s'agit de *décrire*. Cette description est objective si et seulement si le sujet de la connaissance ne mêle à sa description aucun jugement de valeur (le positivisme contemporain naît au début du xx^e siècle de la querelle du jugement de valeur : la science positive doit être « sans présupposés », *Voraussetzungslosigkeit*). Puisque le jugement de valeur est subjectif, introduire un jugement de valeur sur l'objet, c'est mêler du subjectif à l'objectif et donc transgresser la frontière qui doit séparer le

¹ Voir : N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, 2008.

² Voir : M. Troper, *Philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?.

scientifique de son objet. Un jugement de valeur comporte une norme (à partir de laquelle l'objet est apprécié ou modifié). Lorsque le juriste scientifique introduit un jugement de valeur quant à son objet, le droit, cet objet étant lui-même un système normatif, le juriste scientifique introduit alors dans le système des normes du droit une autre norme, étrangère à ce système mais qu'il y fait pénétrer de force. Il modifie alors substantiellement son objet et cette manière de faire ne saurait être qualifiée de science (cette science n'est pas « pure »). La « pseudo-science » du droit n'est pas (seulement) descriptive, mais (aussi) prescriptive, normative. Or, c'est une manière de faire très répandue dans l'activité des juristes – consciemment ou non – et, la conclusion à laquelle on devrait arriver est qu'il y a fort peu de véritable science du droit (en dehors des kelséniens et post-kelséniens).

Cette vision des choses peut être critiquée à plusieurs points de vue. D'une part, la définition de la science (du droit) selon le critère positiviste contient elle-même une norme, prescrit. La science suppose la séparation du sujet et de l'objet contient en vérité une norme : si tu veux faire de la science, tu dois séparer l'objet du sujet. La science qui décrit son objet sans lui prescrire le fait en vertu d'une prescription épistémologique. Il y a de bonnes raisons pour penser qu'on ne puisse sortir de ce cercle vicieux. Même si l'on affirme que cette norme résulte de la logique, on se retrouve confronté à ce débat classique et jamais tranché (parce que, sans doute impossible à trancher) sur la question de savoir si la logique est elle-même description des mécanismes de la pensée humaine ou prescription. Il n'est pas sûr que la pensée humaine puisse décider certainement sur les fondements de la pensée humaine.

D'autre part, l'épistémologie des sciences humaines – à tout le moins elle, mais aussi de grands courants de l'épistémologie des sciences en général – a largement mis en crise ce schéma. La présence de l'observateur – du sujet de la connaissance – modifie nécessairement l'objet observé. L'attitude scientifique n'est donc pas de refuser cette modification mais, au contraire, d'en prendre conscience et de l'intégrer dans l'analyse.

Surtout, il y a une réponse au paradigme strictement positiviste de séparation sujet/objet, fortement argumentée – et dans la lignée de laquelle je me tiens – qui est essentiellement de provenance kantienne (*Critique de la raison pure*) et pour laquelle l'objet de la connaissance se distingue de la « chose en soi ». Nous ne connaissons

par la chose en soi (la structure intime des choses), parce que nous n'accédons à la chose que par pensée et non par notre essence : nous ne pouvons sortir de nous et nous mettre dans les choses, participer de leur essence. Parce que nous sommes extérieurs et séparés de la chose, nous ne pouvons la connaître en elle-même. Ce que nous connaissons, c'est l'*objet* que nous *construisons* des choses. C'est nous qui ordonnons le monde par nos concepts, nos définitions. Si la chose nous est extérieure, l'objet ne nous l'est pas – puisque nous le construisons – et c'est une naïveté positiviste que de confondre la chose (en soi) et l'objet. Par exemple : lorsque Kelsen définit le droit comme « système de normes » et la norme comme la « signification objective d'un acte de volonté » (*Théorie pure du droit*), il ne dit pas la chose en soi « droit » mais construit un objet du droit et c'est sur cet objet qu'il travaille, c'est cet objet construit par le sujet de la connaissance qui est l'objet de la connaissance et non pas la chose en soi (le droit en son essence intime).

Je m'inscris dans cette lignée ai-je dit. Cela ne signifie pas que je tiendrais toute confusion des valeurs pour légitime. Cela implique tout au contraire un plus grand nombre de précautions car prendre conscience de ce que nous traitons d'objets construits et non de choses en soi implique une sorte d'éthique épistémologique incontournable : une éthique que je nommerai « critique », par un salut amical adressé par-delà les siècles à Emmanuel Kant. Celui qui prend ses valeurs pour la vérité (aussi bien lorsque ces valeurs s'attachent à la race, à l'inégalité des hommes ou, au contraire, aux droits de l'homme et à l'égalité), celui-là est toujours dogmatique. En face il y a le sceptique : parce qu'il n'y a pas de phénomènes mais toujours seulement une interprétation des phénomènes (paraphrase de Nietzsche), il n'y a pas de vérité et donc l'effort de connaissance est vain. La pensée doit prendre d'autres chemins. Vous le savez peut-être, la *critique* kantienne se veut une voie contre le dogmatisme *et* le scepticisme. La connaissance n'est pas vaine mais toujours conditionnée et limitée et donc toujours révisable, ce pour quoi il y a une *histoire* des sciences, une histoire qui progresse mais pas – ou pas toujours nécessairement – par « accumulation ». La critique des connaissances antérieures détruit aussi des « acquis » scientifiques et remplace d'anciens paradigmes par d'autres qui élargissent et donnent une explication raisonnable d'un plus grand nombre de phénomènes. Par exemple : la révolution copernicienne, la révolution einsteinienne, la naissance de géométries non euclidiennes, etc. Il y a des

« évolutions » scientifiques (la géométrie euclidienne se développe sur la base du paradigme euclidien) mais aussi des révolutions scientifiques (par la représentation d'un espace courbe, la géométrie riemannienne introduit un nouveau paradigme où les parallèles se croisent en une infinité de points)³.

C'est un trait caractéristique de l'épistémologie de la seconde moitié du xx^e siècle qu'elle a considéré que l'histoire des sciences en était une dimension fondamentale (Kuhn, Popper, Lakatos, Feyerabend, etc., mais aussi, en certain sens, Foucault et son concept d' « épistémé »). Parce que l'histoire d'une science permet justement de considérer l'activité, les performances et la durée de vie des prestations des sujets de la connaissance scientifique. Elle permet à la réflexion sur les conditions de l'activité scientifique de prendre en compte cette dimension critique dans la production des sciences – notamment dans le cas particulièrement sérieux de la « révolution ». Elle permet de saisir le rôle fondamental de l'*imagination* scientifique (Gerald Holton) dans la production du savoir. L'imagination scientifique, c'est celle d'un (ou plusieurs) sujet(s) de la connaissance qui rompant avec un paradigme ancien offre des solutions nouvelles (mais toujours limitées et révisables). L'histoire des sciences met donc en évidence le rôle fondamental du sujet de la connaissance dans la construction, reconstruction, modification des objets. Une épistémologie qui s'intéresse à l'histoire de la construction des savoirs est donc le rejeton, même tardif, me semble-t-il de la critique kantienne. Elle fait son chemin entre le dogmatisme (qui n'a nul besoin de l'histoire et qui est la tendance dominante aujourd'hui dans la plupart des disciplines) et le scepticisme (qui considérera cette histoire tout au plus comme la narration des erreurs successives commises par les scientifiques).

La pérégrination historique que je propose ici s'inspire de cette manière. Il ne s'agit pas de faire de l'histoire pour l'histoire. Mais de faire de l'histoire d'une discipline pour interroger et critiquer les présupposés actuels de la discipline. Il s'agit de conquérir un point de vue *critique* sur la discipline du droit constitutionnel, un point de vue qui, à mon sens, suppose un retour sur l'histoire de la discipline. Au-delà, donc, de l'aspect *narratif* de cette histoire, il y a le projet d'une épistémologie critique de la science du droit constitutionnel.

³ Voir T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*.

Introduction

1. Faire « l' » histoire comparée de la science du droit constitutionnel, c'est certainement une entreprise impossible. Une histoire « internationale » est condamnée à une sorte d'instable claudication : elle marche sur des temporalités désynchronisées ; elle est prise dans des cycles dont les durées et les dynamiques diffèrent ; autrement dit, il s'agit d'une histoire *a priori* sans harmonies et dont les périodisations ne peuvent être qu'excessivement approximatives et passablement simplificatrices. De surcroît, les objets de cette science – les constitutions – se caractérisent eux-mêmes par la diversité et la disharmonie. Enfin, celui qui entreprend une telle histoire ne peut avoir accès à l'intégralité du *corpus*, travailler toutes les sources. L'on fait avec ses objets privilégiés (ici : les domaines francophones et germanophones), les complétant d'excursions dans les domaines linguistiquement accessibles (anglophones, langues romanes), d'emprunts à la littérature secondaire⁴ et d'informations directement données par quelques collègues bienveillants⁵. Cela dit, l'histoire *comparée* de la science ou des doctrines du droit constitutionnel doit être faite et reste à faire. Les développements qui suivent montreront suffisamment, je l'espère, qu'une histoire purement nationale de cette science est insuffisante à en expliquer les mutations.

Les difficultés évoquées n'excusent pas mais expliquent, à tout le moins, le caractère de « grand récit » que prend nécessairement un essai de ce genre. Elles n'excusent pas davantage mais expliquent tout autant qu'on laisse de côté des régions entières

⁴ De ce point de vue, la communication des contributions relatives à l'histoire de la science du droit constitutionnel préparées pour le premier volume de *Ius Publicum Europaeum* (v. BOGDANDY A., CRUZ VILLALÓN P., HUBER P.M. [dir.], à paraître chez C.F. Müller, Heidelberg, 2007) m'a été extrêmement précieuse. Je renvoie ici aux contributions nationales auxquelles j'ai beaucoup emprunté et reconnais ainsi ma très grande dette à l'égard de leurs auteurs, à savoir : Maurizio FIORAVANTI (Italie), Mariano GARCÍA-PECHUÁN (Espagne), Luc HEUSCHLING (France), András JAKAB (Hongrie), Irena LIPOWICZ (Pologne), Kjell Å MODÉER (Suède), Remco NEHMELMAN (Pays-Bas), Walter PAULY (Allemagne), Christos PILAFAS (Grèce), Alexander SOMEK (Autriche), Adam TOMKINS (Royaume-Uni). Cette reconnaissance de dette ne serait ni complète ni honnête si j'omettais de mentionner la synthèse de ces rapports nationaux rédigée par Armin von BOGDANDY. Qu'il soit remercié, ainsi que Mme Mahulena HOFFMANN (Institut Max Planck pour le droit public comparé, Heidelberg), pour m'avoir donné accès à ces textes avant leur publication.

⁵ À ce titre, je tiens à remercier spécialement Pedro CRUZ VILLALÓN (Université autonome de Madrid) et Hajimé YAMAMOTO (Université de Sendai) pour les renseignements qu'ils ont bien voulu me transmettre relativement à l'Espagne et au Japon.

(Amérique latine, Afrique, Asie⁶), des pays importants (notamment la Russie) pour concentrer le propos sur une histoire *occidentale* de la science du droit constitutionnel. Ou plutôt, une histoire de la science occidentale du droit constitutionnel, ce qui inclut plus clairement les phénomènes d'exportation hors de l'« Occident » (Europe et Amérique du Nord) de méthodes et des doctrines initialement conçues dans l'aire occidentale.

Même ainsi réduite, cette histoire ne saurait être présentée sans ajustements forcés ni simplifications drastiques. Il s'agira ici de seulement donner quelques repères classificatoires permettant d'ordonner les « grandes doctrines » du droit constitutionnel occidental. Les marges, les opinions dissidentes seront malheureusement trop largement négligées, laissant ainsi un tableau trop *lisse*, là où la réalité s'offre plus rugueuse, tendue et contrastée : « L'histoire d'une science est toujours plus riche que ses reconstructions rationnelles⁷. »

2. À ces difficultés redoutables s'ajoute celle, plus radicale encore, qui tient à la détermination du champ couvert par la notion de « science » du droit constitutionnel. On peut d'abord appliquer un critère extérieur, fixer un « critère de démarcation » de la science qui permette d'opérer dans la littérature constitutionnelle un tri sélectif, isolant une science « véritable » des discours adjacents de la « politique constitutionnelle », de la « philosophie politique » ou de la « théorie de l'État ». Sans doute, l'histoire « sans “parti pris” théorique » est-elle « impossible »⁸. S'agissant de l'histoire des sciences, la question de la méthode de construction de l'objet historique (des critères) est, de plus, intimement liée à une position épistémologique fondamentale qui n'est pas de caractère historique (le problème du « critère de démarcation », au sens de Karl Popper, qui discrimine entre la « vraie » science et la « fausse » science), de sorte que la position épistémologique devient une métathéorie normative pour l'histoire des sciences. Le critère de démarcation est alors érigé en « *statute law* » posée par l'autorité épistémologique « constituante ».

⁶ Sous réserve des quelques remarques que l'on fera concernant la science japonaise du droit constitutionnel dont le tropisme occidental, depuis ses débuts, est prégnant.

⁷ LAKATOS I., *The Methodology of Scientific Research Programmes, Philosophical Papers*, volume 1, Cambridge University Press, 1978, p. 118.

⁸ *Ibid.*, p. 120.

Face à cette position rigide, on rencontre la position radicale qui, inspirée du principe « *anything goes* » (Paul Feyerabend), ne connaît plus dans l'histoire des sciences que du « *case law* »⁹. À cette opposition, qui conduit Imre Lakatos à adopter une position modérée, s'ajoute la dispute, propre aux juristes et à propos de laquelle aucun consensus n'émerge, sur la question de savoir si une « science » du droit est seulement possible et pensable, question qui rejailit, sans qu'on s'en aperçoive, sur celle des conditions de possibilité d'une histoire (scientifique ?) de la « science du droit »¹⁰.

Sans trancher la question de la juste manière de faire, on prendra ici un critère souple et plutôt interne pour considérer comme science du droit constitutionnel tout discours se donnant pour tel tenu sur le droit constitutionnel avec un volonté explicative de ce droit et organisé selon les canons généraux tenus pour légitimes par la science du droit de l'époque considérée. On pourrait dire ni *statute law*, ni *case law*, mais une sorte de « droit coutumier », de *common law*.

Une difficulté toutefois : les disciplines juridiques ne se sont elles-mêmes qualifiées « sciences » que tardivement. Cela commence dans la seconde moitié du XVIII^e siècle (Blackstone, Kant : « *scientia iuris* ») et ne se diffuse que durant le XIX^e siècle, notamment à travers l'école historique du droit. On parlera de phénomènes antérieurs à cette période, parce qu'ils préparent la « science » du droit constitutionnel, mais avec la précaution liée à ce qui vient d'être dit, signalant toutefois que, de toute façon, le développement institutionnel de la discipline « droit constitutionnel », son acculturation dans le monde académique et scientifique en tant qu'une telle « science » ne se développe vraiment que durant la seconde moitié du XIX^e siècle.

3. Il est trivial sans doute de constater qu'une « science » du droit constitutionnel est conditionnée et intimement liée par son objet, à savoir la ou les constitution(s) décrite(s). Mais le droit en général et le droit constitutionnel en particulier existent-ils véritablement en dehors des pratiques et de représentations (politiques, sociales et

⁹ On emprunte cette opposition et ces formules, une fois encore, à LAKATOS, *ibid.*, p. 136 sq.

¹⁰ Voir cependant l'importante histoire du « droit comme science », de l'humanisme du XVI^e siècle jusqu'à l'École historique de SCHRÖDER J., *Recht als Wissenschaft*, Munich, C.H. Beck, 2001.

scientifiques) que l'on s'en fait ? Les constitutions existent-elles vraiment *en soi et pour soi*, en dehors des conflits politiques et scientifiques qu'elles suscitent ? Si l'on admet une réponse négative à ces questions, alors l'histoire de la science du droit constitutionnel (il vaudrait mieux dire : *des sciences du droit constitutionnel*) devrait être considérée comme une partie intégrante de l'histoire constitutionnelle elle-même, tout comme, d'ailleurs, l'histoire des conflits politiques d'interprétation des constitutions. L'on établirait ainsi l'histoire constitutionnelle sur une base plus large, c'est-à-dire aussi plus exigeante. En retour, l'histoire de la science du droit constitutionnel doit être vue dans l'histoire plus large des constitutions et des luttes constitutionnelles¹¹. Une histoire de la science du droit constitutionnelle est donc une histoire de l'*imagination* scientifique des juristes (vois *supra*), mais il lui faut considérer que cette imagination n'est pas immunisée (tout au contraire !) contre les intentions, projets et conditions politiques du moment où elle se forme et s'énonce.

4. Pour qu'une science du *droit* constitutionnel existe, encore faut-il qu'existe un concept juridique et normatif de la « constitution »¹². Or, c'est au cours du XVIII^e siècle que ce concept s'établit, la constitution étant d'abord entendue, en Angleterre comme en France, en un sens coutumier¹³, avant que, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, une notion *législative* de la constitution écrite ne s'impose dans les colonies américaines comme en France¹⁴. C'est aussi au cours de la seconde moitié du XVIII^e siècle que l'expression « science du droit » se répand, entendue comme science du droit naturel, à une époque tardive, donc, du jusnaturalisme des Modernes. Il y a quelques raisons pour faire commencer l'histoire de la science du

¹¹ Pour l'histoire moderne des constitutions européennes – qui est donc autre chose que l'histoire constitutionnelle proprement dite – on dispose désormais d'un recueil exceptionnel de l'ensemble des textes constitutionnels européens traduits en langue allemande et précédé d'une très remarquable introduction : GOSEWINKEL D./MASING J., *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, Munich, C.H. Beck, 2006.

¹² Concept « normatif » utilisé ici par opposition à un concept « institutionnel », qu'on trouve chez Montesquieu ou chez Hegel encore. Voir : BEAUD O., *Constitution et droit constitutionnel*, in : ALLAND D./RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p. 257 sq. Voir aussi les textes exhumés et cités par VERGNE A., *La notion de constitution d'après la pratique institutionnelle à la fin de l'Ancien régime (1750-1789)*, Thèse, Paris 2, 2000.

¹³ Sur la notion de constitution en France au XVIII^e siècle, voir désormais : VERGNE A., 000.

¹⁴ On cite généralement, pour la première occurrence d'une notion écrite, légiférée de la Constitution, le *Droit des gens* d'Emer de VATTEL (1758, § 27). Voir : MOHNHAUPT H., GRIMM D., *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, spéc. p. 91 sq., p. 104 sq.

droit constitutionnel à cette époque. Une histoire toutefois marquée par cet horizon que forme encore le droit naturel pour toute pensée du droit politique. En Allemagne, cependant, dès la fin du XVIII^e siècle la dimension de l'histoire tend à refouler celle de la nature, et la science historique du droit marque aussi le droit public et constitutionnel. C'est *le temps des fondations* (II). Puis on constate, à partir du milieu du XIX^e siècle, un mouvement assez fort et général de rejet des schèmes de la nature et de l'histoire. Dans les différentes aires culturelles, les influences, les motifs et les formes que prend ce mouvement diffèrent en vérité sensiblement, mais celui-ci se produit à travers l'invocation de la nécessité de fonder une science véritable et donc *positive* du droit constitutionnel. C'est *le temps des positivismes* (III). Après la Première guerre mondiale, les certitudes positivistes sont mises en crise : cela ne signifie pas qu'elles disparaissent – l'École de Vienne suffit à en témoigner, en elle le positivisme s'approfondit au contraire – mais elles ne font plus guère consensus : elles sont attaquées de partout, l'apparition des modèles politiques totalitaires le met à rude épreuve et l'on peut ainsi parler d'un *temps des crises* (IV). Depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, les discussions quant aux objets et aux méthodes du droit constitutionnel ne se sont pas arrêtées, mais elles sont relativement dépassionnées, normalisées, banalisées ; la montée en puissance des juridictions constitutionnelles en Europe a profondément modifié les intérêts de connaissance des constitutionnalistes en alignant l'objet constitutionnel sur la situation banale d'un droit légiféré et jurisprudentiel, en diffusant les effets des règles constitutionnelles dans chaque système dans son ensemble (constitutionnalisation du droit) : le droit constitutionnel est devenu à la fois plus puissant et plus banal, c'est *le temps des normalisations* (V)¹⁵. Encore une fois, cette approximative périodisation simplifiée à l'extrême la subtilité des paysages nationaux et, d'un pays à l'autre, il n'y a pas de synchronisation parfaite, les indications d'époques données ici n'ayant pas d'autre valeur que d'orientation globale. Cependant, avant d'entrer dans l'histoire même de la science du droit constitutionnel, il convient de dire quelques mots de sa préhistoire, du *temps d'avant les commencements* (I).

¹⁵ Dans son important ouvrage, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism* (New York, Oxford University Press, 2000), Stephen M. FELDMAN distingue, pour la science juridique américaine, trois périodes, le prémodernisme (de la Révolution à 1850 environ), le modernisme (de 1850 à 1960 environ) et le postmodernisme (depuis 1960 environ). Mais subdivisant en stades chacune de ces longues périodes, on peut à peu près, sur la base de cette périodisation, retrouver celle qui a été ici proposée.

I – Le temps d’avant les commencements

Probablement, la « science du droit constitutionnel » n’a pas de commencement. D’ailleurs, pour autant qu’elle commence, ce n’est pas sous ce nom. « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel »¹⁶ ne se nomme pas « droit constitutionnel ». C’est dans le *ius publicum* que prend racine la discipline. Or s’agissant de ce « droit public », dont la source première est la formule d’Ulpien – *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat* (Digeste 1.1.1.2.) – « les opinions divergent » quant à son origine ; il n’y a pas de « père fondateur », ni de lieu et d’heure de naissance ; le moment où apparaît un enseignement universitaire ne peut être situé précisément mais date, dans le Saint Empire, des années qui précèdent immédiatement 1600¹⁷. Il ne se constitue que fort lentement en tant que discipline juridique « autonome » à partir de la seconde moitié du XVI^e siècle – parce que cette question de l’autonomie disciplinaire ne se pose, en tant que telle et consciemment, que très tardivement, probablement au XIX^e siècle seulement – et son domaine, qui n’est guère rigoureusement fixé, recouvre notamment les lois, les offices et la jurisprudence aussi bien que le droit pénal, la procédure civile, les biens ecclésiastiques, les voies publiques et la navigation¹⁸. Si la distinction entre le droit public et le droit privé est transmise par le *Digeste* à l’Occident médiéval¹⁹, « l’idée d’un *ius publicum* indépendant n’avait guère pris racine jusqu’au dernier quart du XVI^e siècle »²⁰. Ce n’est que lentement, au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, que s’ébauche une discipline spécifique que consacre, plus ou moins, un enseignement particulier dans les facultés de droit, dans le Saint Empire d’abord, dans un mouvement décisif

¹⁶ Pour reprendre le titre d’une contribution de F. SAINT-BONNET (*Droits*, n° 32, 2001, p. 10)

¹⁷ On emprunte à STOLLEIS M., *Histoire du droit public en Allemagne 1600-1800*, trad. Senellart, Paris, PUF, 1998, p. 207, qui cite Johannes LIMNAEUS (1592-1663), au début de son *Iuris publici Imperii Romano-Germanici libri IX*, qui paraît à partir de 1629 et dont l’auteur apparaît précisément comme l’un des « patriarches du droit constitutionnel » (KLEINHEYER G./SCHRÖDER J. [dir.], *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 1996, entrée « Johannes Limnäus », p. 246).

¹⁸ On présente ici une partie du programme des *Institutionum Iuris Publici* de Nikolaus VIGELIUS parus à Bâle en 1572, premier livre dont le titre contenait l’expression droit public d’après Michael STOLLEIS, *op. cit.*, p. 104 sq.

¹⁹ Toujours fondamental, sur ce point : CHEVRIER G., Remarques sur l’introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français, *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 11.

²⁰ STOLLEIS M., *op. cit.*, p. 105.

de réception, au sein de plusieurs Universités allemandes, des idées de l'humaniste néerlandais, néostoïcien et « tacitiste », Juste Lipse²¹. Durant les premières décennies du xvii^e siècle, l'enseignement du droit public s'établit partout dans les facultés de l'Empire (PAULY, *in* BOGDANDY et al., 2007), l'impulsion venant principalement des universités protestantes (FRIEDRICH, 1997, p. 84). La consécration est, en revanche, fort médiocre en France : à cette époque, « l'enseignement du droit public n'est pas la principale préoccupation des Facultés de droit »²², on l'enseignait à Paris et à Strasbourg²³ un peu à Besançon²⁴, dans le contexte d'une insuffisance universitaire générale en France²⁵. À l'extrême fin du xvii^e siècle, cependant, les premiers écrits se référant expressément dans leur titre au droit public voient le jour en France²⁶, parmi lesquels *Le droit public* inachevé de Domat dont la première édition posthume date de 1697²⁷. La création tardive, par un Louis xv arrivé au bout de son règne, d'une chaire de droit public au Collège Royal (futur Collège de France) en 1773²⁸ ne suffit pas à donner à la discipline une véritable ampleur.

Dans le Saint Empire, au contraire, « autour de 1600 (...) des cours et des disputes sur le sujet [du droit public] apparaissent presque simultanément en différents lieux, sans lien visible les uns avec les autres »²⁹. On attribue le premier « manuel » de droit public à Dietrich Reinkingk (1590-1664), qui tire du cours qu'il a donné à Giessen le contenu d'un *Traité du régime séculier et ecclésiastique* qui paraît en

²¹ L'influence de la *Politique* (1589) de Juste LIPSE (1547-1606) sur le développement du *ius publicum* et son enseignement est soulignée par STOLLEIS M., *op. cit.*, p. 133 sq.

²² CHÊNE C., Les études de droit public sous l'Ancien régime et les libertés de l'Église gallicanes, *Rev. hist. fac. dr.*, n° 24, 2004, p. 34.

²³ C'est évidemment un héritage de l'Empire, Strasbourg ayant été au xvi^e siècle un haut lieu de l'humanisme allemand ce qui donna à son université une grande réputation autour de 1600.

²⁴ Voir : PORTEMER J., Recherches sur l'enseignement du droit public au xviii^e siècle, *Rev. hist. dr.* 1959, p. 341.

²⁵ Voir le tableau fait par CHÊNE C., Enseignement du droit, in : ALLAND D./RIALS S. (dir.), *op. cit.*, p. 623.

²⁶ THIREAU J.-L., Le droit public dans la doctrine française du xvi^e et du début du xvii^e siècle, *Rev. hist. fac. dr.*, 25-26, 2005-2006, p. 73.

²⁷ DOMAT J., *Les quatre livres du droit public* (1697), rééd. de l'éd. de 1829 par Joseph Rémy, Université de Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1989. Voir : GILLES D., « Jean Domat et les fondements du droit public », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 25-26, 2005-2006, p. 94. Plus généralement : BIGOT G., « La difficile distinction droit public/droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif », *Droits*, n° 38, 2003, p. 97.

²⁸ MESTRE J.-L., « Histoire du droit constitutionnel et de son enseignement », FAVOREU L. et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2002, p. 10. Cette chaire fut occupée par Mathieu Bouchaud qui enseigna jusqu'en 1796.

²⁹ STOLLEIS M., *op. cit.*, p. 207. On suit le chapitre 4 de l'ouvrage intitulé « *Ius publicum Imperii Romano-Germanici* » (pp. 185-334).

1619³⁰. À léna, Dominicus Arumaeus (1579–1637) fonde la première « école » de droit public et son disciple, Johannes Limnaeus (1592–1663), donne définitivement, durant la guerre de trente ans, ses lettres de noblesse à une discipline désormais pleinement académique.

En France, le progrès du droit public semble avoir été favorisé par l'émergence de l'étude du droit français, c'est-à-dire d'un champ distinct des droits romain et canon, et qui par ses caractères propres, essentiellement coutumiers, obligeait les « publicistes » à se comporter en historiens³¹. La même chose vaut avec le développement de l'étude, dans l'Empire, du droit germanique et ce n'est pas un hasard si Hermann Conring (1606-1681), l'un des principaux promoteurs du droit public impérial, fut aussi le grand fondateur de l'histoire du droit germanique en détruisant notamment, par l'étude des sources, la légende de la *translatio imperii*, c'est-à-dire la thèse de la continuité entre l'Empire romain et le Saint Empire³².

La distinction cardinale et qui marquera durablement la matière jusque, profondément, dans le XIX^e siècle, est celle du *droit public général* (*ius publicum universale*) et du *droit public particulier*. Selon l'*Encyclopédie* : « Le *droit public* particulier est celui qui règle les fondemens de chaque état ; en quoi il diffère & du *droit public* général, qui concerne les liaisons que les différens états peuvent avoir entr'eux, & du *droit* privé ou particulier simplement, qui concerne chacun des membres d'un état séparément. » Le droit public général est « celui qui règle les fondemens de la société civile, commune à la plûpart des états, & les intérêts que ces états ont les uns avec les autres ». Il est « la même chose que le *droit public* des gens », le droit des gens comportant aussi un droit *privé* (*Encyclopédie*, v° « Droit public »), et, dans une tradition particulièrement incarnée par Pufendorf, « le Droit Naturel & le Droit des Gens ne sont au fond qu'une seule & même chose » (Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, II, 3, § 23). Le droit

³⁰ Voir : LINK C., Dietrich Reinkingk, in : STOLLEIS M. (dir.), *Staatsdenker in der frühen Neuzeit*, München, Beck, 1995, p. 78. On pourrait aussi citer le bref compendium publié, vers 1570, par Nicolaus VIGELIUS (1529-1600), *Institutiones iuris publici*.

³¹ THIREAU J.-L., art. cit., p. 85 sq., qui insiste surtout sur l'apport, à côté de celui de Charles DU MOULIN (1500-1566), de Louis CHARONDAS LE CARON (1534-1613) dans ses *Pandectes de droit français* (1596).

³² Dans son célèbre *De origine iuris Germanici* de 1643. Sur CONRING, outre STOLLEIS (*Histoire du droit public allemand*, précit., p. 345 sq.), voir : KLEINHEYER G./SCHRÖDER J., *op. cit.*, p. 99.

public général est donc la partie universelle et rationnelle du droit public³³ quand l'objet du droit public particulier, selon l'*Encyclopédie* toujours, « est en général d'établir & de maintenir cette police générale, nécessaire pour le bon ordre & la tranquillité de l'état ; de procurer ce qui est de plus avantageux à tous les membres de l'état, considérés collectivement ou séparément, soit pour les biens de l'ame, soit pour les biens du corps, ou pour les biens de la fortune ». La science du droit public universel est donc normative, quand le droit public particulier forme une discipline descriptive. Pufendorf, après Grotius, avant Thomasiaus et Wolff est bien l'un des fondateurs du droit public universel moderne – du point de vue d'un tel droit public rationnel, le Saint Empire dans son architecture baroque, auquel Pufendorf consacre, sous pseudonyme, le *De Statu Imperii Germanici* de 1667, ne peut être qualifié que *monstro simile* – qui se diffusera largement dans l'univers académique de l'Europe continentale. Le droit public universel fournit ici le critère d'après lequel les institutions positives sont jugées.

Un droit public particulier consacré à l'Empire germanique, une *Reichspublizistik* se développe aux XVII^e et XVIII^e siècles dont l'apogée sera atteinte dans l'œuvre de Johann Jakob Moser (1701-1785) et les 53 volumes de son *Teutsches Staatsrecht* (1737-1754) suivis des 43 volumes du *Neues Teutsches Staatsrecht* (1766-1782) et dans celle de son élève Johann Stephan Pütter (1725-1807) dont les *Elementa iuris publici Germanici* (1^{re} éd. 1754) constituèrent l'ouvrage de référence sur le droit constitutionnel impérial jusqu'à la fin de celui-ci en 1806. Le droit public doit être une science *utile*, destinée à seconder la pratique politique (la *Staatspraxis*), positive au sens où elle doit être fondée sur les faits historiquement fondés, d'où l'importance, dans le sillage lointain d'un Conring, de l'histoire politique. Chez Moser à tout le moins, cette orientation emportait un rejet dédaigneux des spéculations du droit public universel, son « positivisme » tout orienté vers la pratique n'était articulé à aucune idée supérieure d'un droit universel (STOLLEIS, 1998, p. 386 sq., p. 469 sq. ; FRIEDRICH, 1997, p. 113 sq.).

L'apparition et le développement d'une discipline spécifique du droit public, entre 1550 et 1800 environ, est évidemment intimement liée aux mutations considérables

³³ Sur le *ius publicum universale*, ses conditions d'émergence et ses courants : *Histoire du droit public allemand*, précit., p. 401 sq.

qui affectent les structures et les représentations politiques de l'époque. On connaît le rôle des légistes dans le processus d'affirmation de l'État en France. Michael Stolleis a remarquablement mis en évidence la situation particulière des juristes dans l'ancienne société d'ordres : ils ne constituaient pas un danger pour les couches dominantes ; sans moyens propres de subsistance, ils étaient à la fois dépendants et dociles pris individuellement et dans une position dominante en tant que groupe, ils formaient une sorte de « sacerdoce séculier ». L'établissement académique de la discipline du droit public servait ainsi à la légitimation intellectuelle et spirituelle de cette position. Stolleis considère quatre facteurs ayant favorisé l'émergence et le développement d'une discipline qui, aussi bien comme droit public universel que comme droit public particulier, faisait système des éléments constitutionnels et administratifs – la « police » – et développait ainsi un langage nouveau du pouvoir pour donner à ses montages l'intelligibilité qui devait les légitimer ou, le cas échéant, la critique nécessaire au nom des concepts qu'elle établissait « scientifiquement » (souveraineté, séparation des pouvoirs). Ces quatre facteurs étaient : l'émancipation de l'action politique par rapport à toute limitation religieuse (la « sécularisation » du politique) ; le passage de l'État féodal à l'État administratif moderne ; l'effondrement de l'idéal d'unité représenté par l'Église et l'Empire et la montée en puissance des États dynastiques ou nationaux ; la crise de la constitution impériale allemande entre 1555 et 1648 (STOLLEIS, 1998, p. 596 sq.). Ces quatre facteurs ne concernent certainement pas seulement le développement du droit public dans l'espace germanique et touchent l'ensemble du continent européen (la crise constitutionnelle allemande emporte des effets à l'extérieur de l'Empire). L'on comprend toutefois, à travers eux, pourquoi les crises religieuses et constitutionnelles de l'Empire eurent pour effet de donner au développement de la discipline une ampleur particulière en Allemagne.

Une dernière remarque s'impose. Vers 1700 une science de la police s'établit, dont le *Traité de la police* de Nicolas Delamare (1705) est exemplaire. Le champ de la notion de police, sans entrer dans les détails, défini comme l'« art de procurer une vie commode et tranquille » recouvrait pratiquement l'ensemble des domaines d'intervention de la puissance publique dans la vie des citoyens, toute l'administration intérieure et il s'agit de « réduire en Art ou en Pratique l'Étude de

cette Science, en remontant jusques à ses principes »³⁴. Dans le Saint Empire, cette science de la police et les sciences dites « camérales » se développent, mais en dehors des facultés de droit (STOLLEIS, 1998, p. 566 sq.). L'œuvre de Johann Heinrich Gottlob von Justi, vers le milieu du XVIII^e siècle notamment aura une résonance européenne : la police a pour objet le bonheur des citoyens³⁵.

Un véritable « droit de la police », toutefois, ne s'installe comme discipline que tardivement au XVIII^e siècle. C'est vers 1750-1760 que paraissent les premiers ouvrages consacrés au droit de la police (*Policeyrecht*) et le premier grand traité, en Allemagne, date de 1799³⁶. De même, en Espagne, les *Instituciones del Derecho Público General de España* dont les neuf volumes, dus à Dou y Bassols (1742-1832), sont publiés entre 1800 et 1803, consacrent de larges parties au droit de la police.

Un domaine est ainsi isolé dans le droit public qui prendra, au début du XIX^e siècle, le nom de « droit administratif », dégageant ainsi l'espace, situé à un niveau plus élevé, où pourra s'instituer, par différenciation d'avec les sciences administratives ou de la police, l'étude du droit constitutionnel, le droit public (interne) pouvant être alors défini comme la science des droits constitutionnel et administratif. Mais cette organisation du savoir n'émerge pas avant le XIX^e siècle.

II – Le temps des fondations

Lorsque le mot « constitution » commence de désigner un objet susceptible d'être appréhendé comme un ensemble normatif – écrit un peu, beaucoup, ... pas du tout,

³⁴ DELAMARE N., *Traité de la police*, vol. 1, Paris, J. et P. Cot, 1705, préface. Ce n'est pas le lieu ici d'approfondir la question de savoir si cette « science de la police » doit être lue comme un « droit de la police » ou comme un essai de science de l'administration. Voir : PLESSIX B., « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n° 38, 2003, p. 113 ; EPRON Q., « Nicolas Delamare et la culture juridique française des pré-lumières », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 24, 2004, p. 9. Sur la notion de « police » : NAPOLI P., « *Police* et *Polizei* : deux notions à l'âge libéral », in : BEAUD O., WACHSMANN P. (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 1, 1997, p. 79. Voir aussi l'article « *Police* » de l'*Encyclopédie*, dû à Boucher d'Argis.

³⁵ Ses *Grundsätze der Policey-Wissenschaft* (1756) sont notamment traduits en français par Marc Antoine idous (1769) et en Espagnol par Puig y Gelabert en 1784.

³⁶ v. BERG G.H., *Handbuch des Teutschen Policeyrechts*, Hanovre, Hahn, 1799 (pour les deux premiers volumes).

coutumier (plus ou moins) ou légiféré (plus ou moins) – le temps est venu d'en soumettre les éléments à une analyse qui se donne, s'offre comme étude « juridique ». Mais les systèmes constitutionnels sont à peine stabilisés, comme dans la Grande-Bretagne du XVIII^e siècle. Ou bien les lois constitutionnelles sont fraîchement promulguées et prises encore dans des combats d'interprétation fondamentaux, aux États-Unis de 1776 à la guerre de sécession. En France, de 1789 à 1875, la Révolution française semble interminable, ses promesses insatisfaites entraînent l'instabilité constitutionnelle et la répétition des soubresauts révolutionnaires en une « lutte entre la Révolution et la Restauration » qui dure jusqu'à la « fondation de la République sur le suffrage universel »³⁷. Quant au reste de l'Europe continentale, elle est largement

nt marquée par la même oscillation entre Révolution et Restauration, le constitutionnalisme s'infiltrant à peu près partout même si c'est avec des victoires immédiates souvent modestes, en Allemagne, en Espagne, en Italie. Après l'épisode Napoléonien, en Europe, l'absolutisme n'est plus une forme viable de gouvernement³⁸, même si les évolutions constitutionnelles restent souvent indécises, entre monarchie parlementaire et monarchie limitée³⁹ et que se pose parfois, de surcroît, en Italie comme en Allemagne, la question de l'unité nationale.

Le discours des juristes sur cet objet instable ou controversé prend, de ce fait et en règle générale, deux caractères complémentaires. D'une part, il se dégage mal des enjeux proprement politiques et une « science du droit constitutionnel » se démarque fort peu d'une politique constitutionnelle, que celle-ci soit progressiste, conservatrice ou réactionnaire : les questions du droit constitutionnel sont directement des questions politiques et c'est l'époque de ce que l'on appellera, dans l'Allemagne du *Vormärz* (1815-1848), les « professeurs politiques »⁴⁰. D'autre part, les ordres

³⁷ FURET F., *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », 1978, p. 17 sq.

³⁸ Toujours important : CROCE B., *Histoire de l'Europe au XIX^e siècle*, trad. fr., Paris, Gallimard, « coll. « Idées », 1973, p. 103 sq. : entre 1815 et 1830 fut battu moralement tout l'absolutisme européen. Un tableau de la situation politique et constitutionnelle des principaux pays européens durant cette période dans : WEBER E., *Une histoire de l'Europe*, vol. 2, Paris, Fayard, 1987, p. 187 sq.

³⁹ Sur cette distinction : RIALS S., « Essai sur le concept de monarchie limitée », du même, *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, Paris, Albatros, 1987, p. 120 sq. ; BÖCKENFÖRDE E.-W., « Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert », du même, *Recht, Staat, Freiheit*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1991, p. 273 sq.

⁴⁰ Voir le numéro spécial de la *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 24, 2006 : « Le libéralisme du *Vormärz* : la figure du « professeur politique ».

constitutionnels sont trop neufs ou trop instables pour garantir par eux-mêmes leurs propres justifications et la « science » du droit constitutionnel en appelle à une « hyperfondation » du droit constitutionnel au-delà du droit constitutionnel, dans le droit naturel, le droit historique ou le droit divin : l'heure n'est pas encore à une « science positive » du droit constitutionnel. Chacun à sa manière, dans des contextes propres et selon des filiations spécifiques, les « premiers constitutionnalistes » anglo-saxons d'une part, continentaux de l'autre, sont largement représentatifs de ces deux tendances cumulatives.

A. Blackstone et la science américaine « prémoderne »

1. Le droit constitutionnel dans les *Commentaries* de Blackstone

La littérature juridique consacrée aux questions constitutionnelles ne commence certainement pas, en Angleterre, avec William Blackstone (1723-1780) et ses célèbres *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769). Il suffirait d'évoquer comment, à la fin du Moyen âge, la construction *juridique* du pouvoir s'organise dans la théorie dense et riche des « deux corps du roi »⁴¹ ou, à la veille des révolutions du xvii^e siècle, l'argumentation du juge Sir Edward Coke, au nom de la *common law*, contre l'interprétation absolutiste de la prérogative royale⁴². Mais à s'en tenir même aux tentatives d'explications globales de la Constitution anglaise d'après la *Glorious Revolution*, il conviendrait encore de citer *Lex Constitutionis, or the Gentleman's Law* de Giles Jacob (1719), qui propose d'expliquer l'organisation du pouvoir politique anglais entendu en un sens large qui donne à l'ouvrage l'ampleur des essais de « droit public » continentaux de la même époque, ou encore *The Britannic Constitution : or the Fundamental Form of Government in Britain* de Roger Acherley (1^{re} éd. 1727, 2^e éd. posth. 1759)⁴³. Vers 1750, non seulement la « Constitution d'Angleterre » est devenue un modèle dont s'inspirent les écrivains étrangers (les

⁴¹ KANTOROWICZ E., *Les deux corps du roi*, trad. fr., Paris, Gallimard, 1989.

⁴² Voir : ZOLLER E., *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2006, p. 76 sq.

⁴³ Sur ce point et pour ce qui suit : HOLDWORTH W., *A History of English Law*, vol. XII, Londres, Methuen, Sweet and Maxwell, 4^e éd., 1977, p. 339 sq.

Lettres philosophiques de Voltaire sont publiées en 1734 et *L'esprit des lois*, de Montesquieu, en 1748), mais la menace d'une restauration des Stuart a définitivement disparu. En 1752, un certain Philipps met en relief les qualités particulières du régime anglais le comparant aux « lois fondamentales » de six autres pays européens, dont la France, d'ailleurs, ne fait pas partie (*The Fundamental Laws and Constitutions of seven Potent Kingdoms and States in Europe, viz. Denmark, Sweden, Germany, Poland, England, Holland and Switzerland*). Une nouvelle époque s'ouvrait dans laquelle pouvait prendre corps l'œuvre monumentale de Blackstone.

Les *Commentaries* de William Blackstone⁴⁴ sont la première tentative, depuis le *De legibus et consuetudinibus Angliae* de Bracton au XIII^e siècle, pour donner un exposé complet du droit anglais, exposé fondé sur un enseignement retentissant dispensé à Oxford, à titre privé d'abord, avant une nomination comme « *Vinerian professor of English Law* », Blackstone occupant ainsi la première chaire de *Common Law* établie à Oxford, c'est-à-dire la première chaire de droit anglais dans l'une des deux Universités nationales⁴⁵. Les *Commentaries* devinrent, dès leur première édition, un classique de la littérature juridique anglaise à la fois parce qu'ils témoignaient d'un esprit universel, qui donnait à l'étude du droit une profondeur de champ littéraire, historique, politique et philosophique inhabituelle, un esprit fécondé par la lecture de Locke, Montesquieu, Burlamaqui et Beccaria⁴⁶. Il s'était ainsi donné les moyens intellectuels d'accomplir le programme fixé dans la leçon inaugurale : hisser la « science » juridique anglaise au niveau de celle qui était pratiquée sur le continent. Il n'est pas anodin de remarquer que Blackstone fut l'un de ceux qui, durant la seconde moitié du XVIII^e siècle, imposa l'expression de « science du droit »⁴⁷.

⁴⁴ On utilise la 7^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press, 1778 (disponible sur le site de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/>). Sur Blackstone : HOLDWORTH W., *ibid.*, vol. XII, p. 702 sq. La leçon inaugurale de 1758, « Sur l'étude du droit », a fait l'objet d'une traduction par les soins de D. Baranger, *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 23, 2003, p. 196 (avec une postface du traducteur).

⁴⁵ BLACKSTONE W., *Commentaries*, vol. I, Preface. Voir : HANBURY H.G., *The Vinerian Chair in Legal Education*, Oxford, Basil Blackwell, 1958. L'extrait du testament de Charles Vinner relative à la fondation de la chaire de *common law* est reproduit dans HOLDWORTH, *ibid.*, p. 739 sq.

⁴⁶ HOLDWORTH W., *ibid.*, p. 717-718.

⁴⁷ Voir : FELDMAN S.M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford University Press, 2000, p. 50.

Cette science juridique n'isolait pas, comme une matière séparée, le droit constitutionnel. La division « public »/« privé » n'est pas la *summa divisio* du système de Blackstone. C'est l'opposition entre les « droits » (*Rights*) et les « délits » (*Wrongs*) qui forme l'articulation fondamentale des *Commentaries*. Les droits se distinguent en « droits sur les personnes » et « droits sur les choses », quand les délits se divisent en « délits civils » et « délits publics », ces derniers formant donc la matière du droit pénal⁴⁸. Le droit constitutionnel est étudié du point de vue des droits « personnels », dont certains sont « absolus » (ce sont les droits de l'homme, liés à la seule qualité naturelle d'être humain) et les autres « relatifs », les droits des personnes en tant que membres de la société. Le droit public est donc principiellement fondé sur *les droits publics*, c'est-à-dire des droits « relatifs », constitutifs de « relations publiques », dont « la plus universelle » est le « gouvernement », c'est-à-dire la relation entre les « gouvernants et gouvernés, ou en d'autres mots, entre les magistrats et le peuple »⁴⁹. Le pouvoir « arbitraire » qui pourrait porter atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou aux propriétés des individus hors des conditions garanties par le droit est « complètement étranger à la Constitution »⁵⁰ : tel est le « paradigme » du droit constitutionnel de Blackstone⁵¹.

Par ailleurs, la science blackstonienne du droit était fondée sur la loi de nature : « Aucune loi humaine n'est valide si elle lui est contraire, et celles d'entre elles qui sont valides dérivent toute leur force et toute leur autorité, immédiatement ou médiatement de cette origine⁵². » Par son contenu, le « droit constitutionnel » de Blackstone n'est guère innovant. Il reprend en lui la tradition de la pensée politique depuis l'Antiquité, tout en adoptant un point de vue « moderne » sur la « souveraineté » par exemple⁵³. Il fait l'éloge de la mixité de la Constitution d'Angleterre, dont le Parlement réunit en lui les trois formes de gouvernement, monarchique, aristocratique et démocratique, « pour le plus grand bénéfice possible

⁴⁸ BLACKSTONE, *Commentaries*, vol. I, p. 121 sq.

⁴⁹ Cette mise en perspective du droit public au chapitre 2 du Livre 1, *ibid.*, p. 146 sq.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 133.

⁵¹ Sur les *Commentaries* : HALPERIN J.-L., « Blackstone », CAYLA O., HALPERIN J.-L., *Dictionnaire des œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 55. Pour une déconstruction de ce droit constitutionnel dans une perspective néo-marxienne : KENNEDY D., « The Structure of Blackstone's *Commentaries* », *Buffalo Law Review*, vol. 28, 1979, p. 205 sq., spéc. p. 256 sq., p. 366 sq.

⁵² BLACKSTONE, *Commentaries*, vol. I, p. 41.

⁵³ S'inscrivant dans la tradition de Jean Bodin, Blackstone voit le pouvoir souverain dans « la confection des lois » (*Commentaries*, vol. I, p. 49) : « Sovereignty and legislature are indeed convertible terms » (*ibid.*, p. 46).

de la société » : c'est dans le Parlement, comme unité de la Couronne, de la Chambre des Lords et des Communes, qu'est « logé le pouvoir suprême » et « nous ne pourrions être certains, avec aucune autre forme, de trouver aussi bien et aussi heureusement unifiée les trois grandes qualités du gouvernement »⁵⁴. Il s'agit alors de comprendre le principe sur lequel repose la « balance de la Constitution », qui n'est pas celui d'une séparation des pouvoirs exécutif et législatif, mais d'une *incorporation* : d'une part la doctrine de Blackstone est très marquée par les représentations organiques (« Le Roi et ces trois états [i.e. : Lords spirituels, lords temporels et communes] forment ensemble la grande corporation ou corps politique du royaume, dont le Roi est dit être *caput, principium et finis* ») ; d'autre part, ce corps politique tient, en son équilibre propre, par incorporation de l'exécutif dans le législatif : « Il est hautement nécessaire, afin de préserver la balance de la Constitution, que le pouvoir exécutif soit une branche, mais non le tout du pouvoir législatif », cette incorporation garantissant contre les dérives tyranniques qu'entraîneraient et la confusion et la séparation⁵⁵.

Ainsi, le droit constitutionnel de Blackstone peut être, à juste titre, considéré comme étant à la fois « *whiggish* » et conservateur (Tomkins, *in* Bogdandy et al., 2007). Il trouva rapidement son implacable pourfendeur en la personne du jeune Jeremy Bentham (1748-1832) qui ajoute son commentaire destructeur aux *Commentaries* et influence, à terme, le positivisme anglo-saxon⁵⁶. Mais à la fin du XVIII^e siècle, les principes du droit blackstonien traversent l'Atlantique et exercent sur la pensée juridique et constitutionnelle américaine une influence considérable, plus importante peut-être que celle qu'elle exercera en Grande-Bretagne⁵⁷.

En effet, l'influence de l'utilitarisme fut profonde dans le monde intellectuel anglais et il n'est guère étonnant qu'il trouvât bientôt un puissant relais chez les juristes en la personne de John Austin (1790-1859). Fréquentant Bentham, James Mill, John Stuart Mill⁵⁸ ou encore l'historien Thomas Carlyle, Austin rompt avec la tradition

⁵⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 153-154.

⁵⁶ BENTHAM J., *Fragment on Government; or a Comment on Commentaries*, 1^{ère} éd. 1776, 2^{ème} éd., Londres, Wilson and Pickering, 1823. Sur cette critique de Blackstone par Bentham, en français : TUSSEAU G., *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 58 sq.

⁵⁷ KENNEDY D., précit., p. 209.

⁵⁸ Qui lui consacre un important article à la suite de la parution des *Lectures* : « Austin on Jurisprudence », *Edinburgh Review*, vol. 118, 1863, p. 439.

jusnaturaliste et blackstonienne dans *Province of Jurisprudence Determined* dont la première édition date de 1832, constamment republié depuis, par les soins notamment de H.L.A. Hart⁵⁹. Si l'œuvre d'Austin n'était pas du tout centrée sur le droit constitutionnel, elle doit être ici mentionnée en tant qu'elle est l'acte véritablement fondateur du positivisme anglo-saxon. L'*analytical jurisprudence* d'Austin imposait une clarification du langage des juristes, c'est-à-dire une détermination de leurs concepts, et notamment de leurs concepts fondamentaux (*law, right, legal validity*), « *an analysis of prevailing notions* » dit Austin⁶⁰. Celui-ci participait ainsi à la « chasse aux fantômes », plus particulièrement aux fantômes *métaphysiques* que Bentham avait déclarée ouverte : l'analyse du langage doit débarrasser la science du droit de ses trop nombreux faux problèmes⁶¹. Ainsi, les lois juridiques ne sont pas autre choses que des « commandements » émanés du souverain⁶². La loi et le droit ne sont ni fondés en raison, ni la sédimentation d'une histoire nationale. Ce positivisme impose nécessairement à la science du droit de s'en tenir au droit qui existe, sans s'intéresser au droit qui *devrait* exister. La science juridique est descriptive et non prescriptive⁶³. Il faut noter que, de cette manière, une science strictement positiviste du droit, théoriquement fondée, s'établit précocement en Angleterre quand, dans l'Europe continentale, le droit constitutionnel reste largement « politique », parce que, sans doute, les systèmes constitutionnels ne sont pas encore aussi stabilisés – jusqu'en 1848 au moins – que dans le Royaume insulaire. Toutefois, l'influence de cette œuvre ne se développera qu'après la mort d'Austin⁶⁴, dans les années 1860, grâce aux efforts inlassables de sa veuve Sarah qui prépare l'édition nouvelle de *The Province of Jurisprudence* en 1861 et la

⁵⁹ Voir l'édition récente : *The Province of Jurisprudence Determined*, W. Rumble (éd.), Cambridge University Press, 1995. Voir aussi: AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence*, R. Campbell (éd.), 5^{ème} éd., Londres, John Murray, 1885.

⁶⁰ *Lectures on Jurisprudence*, préct., p. 343.

⁶¹ Sur ces questions: GRZEGORCZYK C., in GRZEGORCZYK/MICHAUT/TROPER, *Le positivisme juridique*, Bruxelles, Paris, Story Scientia, LGDJ, 1992, pp. 41 sq.

⁶² Voir la traduction du texte d'Austin reproduit in *ibid.*, pp. 72 sq.

⁶³ « The existence of law is one thing; its merit or demerit is another, écrit Austin. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation. » (*The Province of Jurisprudence Determined*, éd. cit., p. 157).

⁶⁴ Ses cours ne furent guère populaires : Wilfrid E. Rumble, « Austin in the Classroom: Why Were his Courses on Jurisprudence Unpopular? », *Journal of Legal History*, vol. 17, 1996, pp. 17 sq.

publication, en 1863, des notes de cours de son mari, sous le titre *Lectures on Jurisprudence*⁶⁵.

2. La science « prémoderne » du droit constitutionnel aux États-Unis

Évoquant la situation de la science juridique américaine vers 1800, Stephen M. Feldmann rappelle cette influence de Blackstone : « Wilson et les autres juristes américains se référaient librement aux *Commentaries* : George Wythe, le premier professeur de droit américain, fondait ses enseignements au Collège *William and Mary* [de Williamsburg, O.J.] sur Blackstone ; le curriculum de la première école de droit américaine, à Lichtfield, Connecticut, était organisé autour des *Commentaries* ; et Joseph Story recourut au texte de Blackstone durant tout le temps où il exerça ses fonctions de professeur à Harvard. » (FELDMANN, 2000, p. 50). C'est donc une interprétation jusnaturaliste de la *common law* qui fut ainsi transmise, facilitant la réception de celle-ci sur le sol américain : elle n'était pas un droit national anglais qui eût été difficilement reçu comme tel après l'indépendance, mais l'expression de principes universels. Le successeur de Wythe (1726-1806) à *William and Mary*, St George Tucker (1752-1827) publie dès 1803 une édition américanisée des *Commentaires* de Blackstone : fasciné par l'« élégance méthodique et la perspicacité juridique » qui transforme « instantanément » le « rude chaos des lois d'Angleterre » en un « système régulier », il en conserve le texte qu'il augmente de longues annotations relatives à l'état du droit des États-Unis et de Virginie, déterminant les conditions et limites de la réception du droit anglais et dressant ainsi l'inventaire de l'héritage de la pensée de la *common law*⁶⁶. Bien sûr, le droit constitutionnel de la Fédération et de la Virginie fait l'objet de longues notes qui

⁶⁵ Sur ce point, notamment : DUXBURY N., « English Jurisprudence between Austin and Hart », *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 16 sq.

⁶⁶ ST. GEORGE TUCKER, *Blackstone's Commentaries: with Notes of Reference, to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States; and the Commonwealth of Virginia*, 5 vol., Philadelphie, William Youg Birch and Abraham Small, 1803 (voir vol. 1, préface pour les citations).

fixent, par contraste avec l'explication blackstonienne de la Constitution anglaise, une première interprétation juridique des Constitutions américaines⁶⁷.

Cette première génération des juristes américains⁶⁸ est particulièrement intéressée par le droit constitutionnel et, si elle hérite de Blackstone l'idée d'une *science* du droit fondée sur le droit naturel, elle est aussi marquée par l'épistémologie de Francis Bacon qui tend à devenir, vers 1800, le philosophe anglais le plus populaire aux États-Unis, plus encore que Locke : les principes généraux du droit doivent être découverts par induction et, comme le note James Wilson, « en ce sens, la *common law*, comme la philosophie naturelle, lorsqu'elle est correctement étudiée, est une science fondée sur l'expérience » et il s'agit de systématiser et rationaliser une matière qui est essentiellement *case law* (FELDMANN, 2000, p. 52 sq.).

L'orientation casuistique, qui marque la culture juridique américaine, s'appuie donc encore largement sur une croyance forte en l'existence d'un droit naturel, même si vers 1820 environ, la pénétration des idées de Bentham et la montée en puissance des idées démocratiques et du principe de souveraineté du peuple portent à cette foi jusnaturaliste des coups profonds. De même, vers cette époque, se fait jour un autre trait caractéristique de la pensée américaine, à savoir une orientation pratique qui, alliée à la méthode casuistique, disqualifie toute manière spéculative de faire de la science en général et de la science du droit en particulier. Joseph Story est assez représentatif de ce courant qui cherche à concilier pragmatisme et droit naturel. L'esprit de l'époque tient à « un attachement supérieur à la science pratique par rapport à la science purement spéculative » et la « tendance uniforme » consiste « à s'occuper de moins en moins de théorie pour concentrer l'attention de plus en plus sur

⁶⁷ L'essentiel des notes du premier volume porte sur les principes institutionnels (ainsi, la Constitution fédérale est qualifiée de pacte, *compact*), quand les notes du deuxième volume concernent les droits individuels et le *Bill of Rights*.

⁶⁸ Outre WYTHE et ST GEORGE TUCKER, il faut notamment citer : James WILSON (1742-1798) dont les *Lectures on Law* datent de 1790 mais seront publiées après sa mort en 1804 (*The Works of the Honourable James Wilson*, 3 vol., Philadelphie, Lorenzo Press, 1804) ; Nathaniel CHIPMAN (1752-1843), dont les *Sketches of the Principles of Government* de 1793 sont augmentés et mis à jour dans *Principles of Government : A Treatise on Free Institutions*, 1833, rep. New York, Da Capo Press, 1970 ; James KENT (1763-1847) dont les *Commentaries on American Law* sont publiés en 4 volumes à partir de 1826 (New York, Halsted) et forme le pendant américain aux *Commentaires* de Blackstone ; Joseph STORY (1779-1845), le plus célèbre d'entre eux, juge à la Cour suprême dès 1811, professeur à Harvard à partir de 1829, qui publie les canoniques *Commentaries on the Constitution of the United States*, 3 vol., Boston, Cambridge, Hilliard Gray & Co., Brown Shtuck & Co., 1833. En 1840, Story fait paraître un abrégé de ses commentaires destiné à l'éducation aux choses constitutionnelles du public cultivé : *A Familiar Exposition of the Constitution of the United States*, rééd., New York, Harper, 1847.

les résultats pratiques »⁶⁹. Il en résulte que, pour interpréter la Constitution et lui donner sa pleine et véritable force, il faut recourir à « la langue du peuple », s'en remettre au *common sense* et éviter le « raisonnement purement théorique »⁷⁰.

Le droit naturel est donc bien plus l'affaire du *common sense* que celle de la raison spéculative. Les principes immuables du droit naturel se limitent à quelques règles d'un haut degré de généralité et d'abstraction, laissant ainsi place, pour leur application, à l'intervention du jugement d'expérience, au sens commun capable de les adapter aux situations changeantes de sorte que la référence au droit naturel soit compatible avec l'idée de progrès, elle aussi constitutive de l'esprit américain. Le vieux Nathaniel Chipman, un fédéraliste modéré⁷¹, exprime clairement cette manière de voir : « Lorsque nous disons que les lois de nature sont immuables, cela doit être entendu de ces lois elles-mêmes et non pas de leur application. (...) Tous les droits et devoirs trouvent leurs fondements dans la loi de nature ; mais la même loi autorise qu'ils soient modifiés et variés en fonction de la nature et du but des institutions. Les sujets auxquels cette loi doit être appliquée sont eux-mêmes variés et ce fait rend nécessaire qu'il y ait une variation correspondante dans l'application des règles. ». Cette variation doit suivre « le progrès des institutions humaines »⁷².

Cet équilibre précaire entre droit naturel et pragmatisme politique tiendra jusqu'à la Guerre Civile, sans doute parce qu'il était le positionnement intellectuel qui permettait de surmonter les tensions politiques fortes qui, dès avant les années 1860, traversaient la politique américaine. Même si l'opposition entre Fédéralistes et Républicains-démocrates, la « crise de la nullification » des années 1830, le revirement anti-fédéraliste de la Cour suprême avec la mort de Marshall et la prise en main de la Cour par le jacksonien Taney (1836-1837) furent, durant la première moitié du XIX^e siècle, des déterminants forts et durables de la culture politico-juridique

⁶⁹ Conférence donnée en 1829 au *Boston Mechanics' Institute*, citée par FELDMAN, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁰ STORY J., *A Familiar Exposition*, *op. cit.*, p. 37.

⁷¹ Voir : HONEYWELL R.J., « Nathaniel Chipman: Political Philosopher and Jurist », *New England Quarterly*, vol. 5, n° 3, 1932, p. 583 : « Chipman n'était pas tant un penseur original, avançant des vues radicales et fixant de nouvelles lignes de la théorie politique qu'un critique judicieux, mettant en ordre les idées dominantes de son époque et interprétant les institutions et tendances politiques à la lumière de son expérience juridique et de son tempérament conservateur. »

⁷² CHIPMAN N., *Principles of Government. A Treatise on Free Institutions*, Burlington, Edward Smith, 1833, p. 168-169.

américaine⁷³, la science du droit en général et du droit constitutionnel en particulier trouva dans cet alliage improbable du jusnaturalisme et du pragmatisme les conditions d'un consensus provisoire que la grande crise de la Sécession devait sinon complètement détruire, du moins remettre radicalement en question.

B. Europe continentale

1. La science préclassique du droit constitutionnel en France

L'enseignement du droit constitutionnel comme du droit public continue d'être l'objet, avant comme après la Révolution, d'une appréciation ambiguë : « bien » enseignée, cette discipline pourrait fortifier la fidélité au régime en place ; en de mauvaises mains, elle serait un ferment de subversion. En 1791, la Constitution est un objet privilégié de l'enseignement que l'on prévoit aux Écoles de droit. Celles-ci ne verront jamais le jour et, à partir de 1793 et jusqu'à la loi du 22 ventôse an VIII, c'est l'enseignement du droit lui-même qui n'est plus assuré. Les Écoles de droit établies en l'an VIII comportent un enseignement de « droit public français » qui sera supprimé en 1807 et remplacé par un simple cours de « droit administratif », moins politique. Sous la Restauration, l'ordonnance du 24 mars 1819⁷⁴ qui réorganise la Faculté de droit de Paris et la divise en deux sections, prévoit, pour chaque section, une chaire de droit naturel, droit des gens et droit public général et une chaire de droit public positif et droit administratif français. Mais l'ordonnance du 6 septembre 1822 supprime les chaires de droit public et administratif⁷⁵, cette dernière étant rétablie par une ordonnance du 19 juin 1828 : « Le professeur y fera connaître les attributions des diverses autorités administratives, les règles à suivre pour procéder devant elles, et les lois et règlements d'administration publique concernant les matières soumises à l'administration »⁷⁶ : bref, tout ce que le droit public peut offrir de

⁷³ Voir : ACKERMAN B., *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, p. 108 sq.

⁷⁴ *Recueil des lois et règlements*, 2^{ème} série, t. 6, p. 263 sq.

⁷⁵ *Recueil des lois et règlements*, 2^{ème} série, t. 7, p. 206 sq.

⁷⁶ *Recueil des lois et règlements*, 2^{ème} série, t. 9, p. 46 sq.

dépolitisé. Pendant ce temps, en Province, les chaires⁷⁷, les facultés parfois (la Faculté de droit de Grenoble de 1821 à 1824), sont créées ou supprimées en fonction de l'agitation politique des étudiants. Il n'y a pas d'uniformité. En 1830, la Monarchie de Juillet supprime la chaire de droit public de Toulouse et la remplace par une chaire de droit administratif (ordonnance du 25 novembre 1830). C'est une ordonnance du 12 décembre 1837 qui généralise l'existence dans toutes les écoles de droit d'une chaire de droit administratif. Cet enseignement, souligne Salvandy, ministre de l'instruction publique, dans son rapport, « se lie à l'exercice de tous les droits, à l'étude de tous les droits qui sont à la base de notre constitution ». Le droit constitutionnel par la bande, donc.

Une chaire de « droit constitutionnel » proprement dite n'est créée par la Monarchie de Juillet qu'à la Faculté de droit de Paris, à l'instigation de François Guizot, par une ordonnance du 22 août 1834. Elle est confiée à un proche du milieu doctrinaire, Pellegrino Rossi (1787-1848). Juriste Italien réfugié à Genève, fréquentant le milieu de Coppet, il quitte la Suisse en 1833 après un essai infructueux de réforme de la Confédération. Privé de ses fonctions professorales par la Révolution de 1848, il s'engage dans la politique vaticane et est assassiné par les républicains romains le 15 novembre 1848. La création de la chaire, l'établissement universitaire du droit constitutionnel doit permettre de faire sortir la discussion constitutionnelle du débat politique pour l'asseoir sur la connaissance et la science : « Un tel enseignement, à la fois vaste et précis, écrit Guizot dans son *Rapport* au Roi, fondé sur le droit public national et sur les leçons de l'histoire, susceptible de s'étendre par les comparaisons et les analyses étrangères, doit substituer, aux erreurs de l'ignorance et à la témérité des notions superficielles, des connaissances fortes et positives. » Le contenu de l'enseignement, poursuit le *Rapport*, « c'est l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre ». Il faut rassurer : « Le droit constitutionnel est maintenant, parmi nous une vraie science dont les principes sont déterminés et les applications journalières, il n'y a point de

⁷⁷ Création de chaires de droit administratif, avec application du programme dépolitisé de Paris, par exemple, à Toulouse par ordonnance du 27 septembre 1829, à Caen, par ordonnance du 16 décembre 1829.

conséquences extrêmes qu'on doive craindre, ni de mystères qu'on doive cacher »⁷⁸. C'est pourquoi Rossi, même s'il « rattache » le droit constitutionnel « aux études philosophiques et à la haute histoire », distingue soigneusement, en fin de compte, l'objet de son cours de la recherche d'un « droit spéculatif » : « Notre rôle à nous, c'est l'étude, la connaissance de ce qui est et de la raison, surtout historique, de ce qui est. L'appréciation spéculative, le jugement vous appartiendra (...) le jour où, par votre labeur (...) vous aurez acquis le droit d'avoir un avis sur les institutions de votre patrie⁷⁹. » L'étude positive doit éduquer le jugement spéculatif. Et surtout, il faut se placer « en dehors des luttes politiques », être « spectateurs, nullement acteurs » pour demander aux lois « non des théories et des thèses spéculatives, mais les principes positifs du droit existant »⁸⁰. Ce qui frappe c'est que l'exposé du droit constitutionnel de Rossi, outre une longue histoire qu'il fait débiter jusqu'aux Égyptiens, s'organise à travers l'ordonnement des droits : l'organisation sociale de la France s'examine à travers la concession et la distribution des « droits publics », quand l'organisation politique s'étudie par le régime des « droits politiques », ceux qui « impliquent toujours une condition de capacité »⁸¹. L'individu est le point de départ ; la légitimation du régime de juillet, le point d'arrivée.

2. Situation des études constitutionnelles dans les principaux pays de l'Europe continentale

Avec la fin des guerres napoléoniennes, les premières constitutions authentiques, sur le modèle de la Charte française de 1814, font leur apparition en Allemagne. Jusqu'à l'échec de la Révolution de 1848, une foisonnante littérature juridique met en scène un conflit des interprétations relativement au sens qu'il convient d'accorder à ces textes constitutionnels nouveaux. L'essentiel de ce conflit se joue autour du sens qu'il convient de donner à l'expression allemande de *Rechtsstaat* (État de droit), une

⁷⁸ Rapport, *Moniteur* du 24 août 1834. Voir : ROSANVALLON P., *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 285 sq. Le *Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris* par Rossi sera publié en 4 volumes par A. Porée, à Paris en 1866-67 (reprint chez Elibron Classics, 2006).

⁷⁹ Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, t. 1, *op. cit.*, leçon d'ouverture, p. LII, LVII, LXI.

⁸⁰ *Ibid.*, p. LXIV.

⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

expression qui apparaît vers 1800⁸². D'un côté, la doctrine libérale met l'accent sur le statut et le rôle des assemblées : à la différence des « états » d'ancien régime, elles doivent être comprise comme proprement « représentatives » au sens moderne de ce terme⁸³. Elles représentent, *face au monarque* dont elles limitent le pouvoir, le « peuple ». De l'autre côté, le conseiller de Metternich, Friedrich Gentz, soutient une vision traditionnelle des « états » : le principe fondamental des constitutions nouvelles consiste dans l'affirmation de la puissance du monarque et les assemblées ne sont que des conseils d'un monarque en lequel se concentre tout le pouvoir d'État. L'enjeu de ce débat est essentiel dans la mesure où la distinction entre la loi et l'ordonnance est la clef de voûte des systèmes monarchiques allemands : l'ordonnance est l'acte général et abstrait adopté par le monarque seul quand la loi, si elle est aussi un acte du monarque suppose, pour son adoption, le concours des chambres. La réglementation des libertés et des propriétés (*Freiheit und Eigentum*) suppose un acte législatif : pour les libéraux, c'est la garantie que le corps social participe, à travers ses représentants, à la confection des règles qui, précisément, concernent les principes constitutifs de la société moderne. La doctrine libérale est elle-même diverse et l'on peut distinguer, autour de trois noms essentiels, trois orientations générales : un courant rationaliste d'inspiration kantienne que symbolise Karl von Rotteck (1775-1840)⁸⁴, un organicisme libéral proche de la branche « germaniste » de l'École historique et dont le principal représentant fut Karl Theodor Welcker (1790-1869)⁸⁵, un libéralisme plus social et positiviste incarné dans la figure de Robert von Mohl (1799-1875)⁸⁶. Une grande partie des juristes libéraux siégeront à l'Église Saint-Paul de Francfort, élus à l'assemblée nationale constituante de 1848. Au plan de la construction juridique de l'État, il faut surtout noter la proposition en

⁸² Voir : JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001. Sur les doctrines constitutionnelles allemandes de la première moitié du XIX^e siècle, outre les réf. de la bibliographie générale : BOLDT H., *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf, Droste, 1975. En français : HUMMEL J., *Le constitutionnalisme allemand*, PUF, 2002.

⁸³ Cette position est celle que défend notamment Karl von Rotteck. Ses textes sur cette question sont réunis dans : v. ROTTECK K., *Über Landstände und Volksvertretungen*, éd. par R. Schöttle, Freiburg, Berlin, München, Haufe, 1997.

⁸⁴ Son traité de droit rationnel offre une version « populaire » de la *Doctrine du droit de Kant* : v. ROTTECK K., *Lehrbuch des Vernunftrechts*, 4 vol., Stuttgart, Hallberg, 1829-1835.

⁸⁵ Welcker a dirigé avec Rotteck la parution du *Staatslexikon* qui devint, à travers ses trois éditions successives (1834 sq., 1845 sq., 1854 sq.), la bible du libéralisme allemand.

⁸⁶ v. MOHL R., *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 2 vol. Tübingen, Laupp, 1829-1831 ; *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* (1^{ère} éd., 1832-34), 2^e éd., Tübingen, Laupp, 1844.

1837 par le germaniste libéral Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876) de voir dans l'État une « personne juridique », ce qui réduit la position constitutionnelle du monarque à celle d'un simple organe de la personne État⁸⁷. Cette construction était proposée à l'occasion de la recension d'un ouvrage qui proposait, tout à l'inverse, une conception radicalement monarchiste des constitutions allemandes jusqu'à soutenir encore une doctrine « patrimoniale » de l'État⁸⁸. En général, les défenseurs du principe monarchique n'allèrent pas si loin même s'ils ne pouvaient accepter la *capitis deminutio* qu'entraînait, pour le monarque, la doctrine de l'État-personne. Figure centrale du monarchisme conservateur prussien, Friedrich Julius Stahl offrira, dans sa *Philosophie du droit*, une version plus moderne d'un droit constitutionnel centré sur le principe monarchique⁸⁹. Par ailleurs, dans un passage célèbre de l'ouvrage, Stahl propose une redéfinition de l'État de droit : « L'État de droit ne se caractérise nullement par le but ou le contenu de l'État, mais seulement par le caractère et la manière de les réaliser⁹⁰. » Si la doctrine libérale de l'État de droit était centrée sur une doctrine de la loi et donc de la forme juridique, elle était aussi, d'un autre côté, une doctrine des buts de l'État, en lutte contre la vision paternaliste et interventionniste de l'État d'ancien régime, de l'État dit « de police », au sens traditionnel du mot police, comme souci du bon prince pour les commodités de la vie de ses sujets. La définition formelle et dépolitisée de l'État de droit proposée par Stahl marquera la doctrine constitutionnelle classique en évacuant du concept le point de vue axiologique et donc toujours potentiellement critique des finalités de l'État. Cette doctrine exercera une influence puissante sur la doctrine classique du droit constitutionnel allemand de la seconde moitié du XIX^e siècle et notamment sur l'œuvre de Carl Friedrich Gerber (voir *infra*). Libéraux ou monarchistes, les auteurs allemands sont tous des « professeurs politiques » : dans une situation constitutionnelle tendue et instable, interpréter la constitution, c'est nécessairement prendre parti. On notera enfin que, si les contours d'une matière que nous pouvons qualifier de « droit constitutionnel » se dessine durant le XIX^e siècle allemand, le nom

⁸⁷ ALBRECHT W.E., « Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts », *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 1837, p. 1489 sq., p. 1508 sq.

⁸⁸ MAURENBRECHER R., *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Varentrapp, 1837.

⁸⁹ STAHL F.J., *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 3 vol., Heidelberg, Mohr, 1830-1837. Voir aussi, du même : *Das monarchische Prinzip*, Berlin, Weltgeist-Bücher, 1845.

⁹⁰ F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 2/2, Heidelberg, J. C. B. Mohr, 3e éd., 1856, p. 137 sq.

qui lui est donné et qui perdure aujourd'hui encore est *Staatsrecht* (droit de l'État) malgré l'émergence après la Seconde guerre mondiale de l'expression *Verfassungsrecht* (droit constitutionnel). On peut penser que cette dénomination convenait aux deux partis : les monarchistes n'avaient aucun intérêt à appuyer sur l'idée de « constitution » qui emporte avec elle celle de limitation de la puissance du monarque, mais davantage sur celle d'un État qui devait rester incarné dans la figure du prince ; pour les libéraux, les « constitutions » de l'époque, fruit d'un octroi monarchique ou d'un pacte avec les chambres, restaient un objet incertain et peu fiable, d'autant que la seule tentative d'exercice d'un pouvoir constituant véritable, en 1848-1849 se conclut par un terrible échec.

Dans la péninsule ibérique, l'introduction par une ordonnance royale du 1^{er} octobre 1842 d'un enseignement de « droit politique constitutionnel avec application à l'Espagne » dans les études juridiques espagnoles témoigne d'un souci de prévenir le danger considéré comme inhérent à un tel cours : sa politisation toujours possible. L'ordonnance précise en effet que l'« objet principal » de ce cours ne doit pas être « dénaturé » : il sert de « développement » à l'étude du droit administratif. La dénomination officielle de ce cours variera les années suivantes pour se fixer durablement, en 1900 : le « droit constitutionnel » s'efface au profit du « droit politique » (voir *infra*). Il ne sert que de propédeutique à un droit administratif déjà implanté et largement dépolitisé⁹¹.

En Italie, c'est avec l'adoption du *Statut Albertin*, c'est-à-dire de la charte constitutionnelle libérale et représentative concédée par le roi de Sardaigne le 4 mars 1848 et qui deviendra en 1861 la Constitution du nouveau Royaume d'Italie, que se développe la discipline du droit constitutionnel. Les *Leçons de droit constitutionnel* prononcées par Luigi Amedeo Melegari à l'Université de Turin durant l'année académique 1856-1857 sont représentatives d'un fort courant purement exégétique. En évacuant spécialement la question du pouvoir constituant hors du champ d'étude du droit constitutionnel, ne voyant d'autre souveraineté que celle exercée par les organes institués par le *Statut* – et la doctrine anglaise de la

⁹¹ SANTAMARIA PASTOR J.A., *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Séville, Inst. Garcia Oviedo, 1973.

souveraineté parlementaire fait ici modèle⁹² –, cette science constitutionnelle dépolitise son objet : il s'agit de solder les révolutions et de contribuer à affermir la légitimité du système politique en évacuant précisément, du champ constitutionnel, la question de la légitimité. Cette science exégétique perdurera même après la révolution scientifique introduite par Orlando (voir *infra*) et trouvera sa forme d'expression la plus adéquate dans le commentaire du Statut Albertin⁹³. Face à ce parti de l'exégèse, se font entendre toutefois quelques voix isolées dont celle notamment de Lodovico Casanova, professeur à Gênes, qui publie en 1859-1860 ses *Leçons de droit constitutionnel (Del diritto costituzionale. Lezioni)* : l'affirmation de l'omnipotence législative introduit une contradiction insurmontable qui tend à priver la constitution même de toute validité effective dans la mesure où on lui dénie précisément sa fonction propre, à savoir de limiter tous les pouvoirs institués, même législatif. D'où l'appel singulier pour l'époque aux juges qui, selon Casanova, devraient refuser l'application d'une loi inconstitutionnelle.

Dans les autres pays d'Europe continentale, la discipline du droit constitutionnel s'installe au rythme des bouleversements politiques et institutionnels dont fut riche le XIX^e siècle. Une grande partie des auteurs inscrivent leurs analyses dans l'horizon d'une pensée *méta-constitutionnelle*, souvent d'inspiration jusnaturaliste ou, au contraire historiciste, qui empêche de distinguer le *droit* constitutionnel de la *politique* constitutionnelle. Il en va ainsi de l'œuvre de Nikolaos I. Saripolos (1817-1887), en lequel on voit le père fondateur du droit constitutionnel grec et qui publie en 1851 un important traité appuyé sur le droit naturel. En Europe du Nord, une telle exposition politisée du droit constitutionnel se poursuit jusque vers la fin du XIX^e siècle⁹⁴ où elle entre en conflit avec la nouvelle orientation positiviste influencée par la doctrine allemande de Gerber et Laband (voir *infra*). Dans le climat tendu qui règne dans une Hongrie soumise à la domination des Habsbourg, le droit constitutionnel hongrois est un sujet brûlant sur lequel veille une censure scrupuleuse. Jusqu'à la pénétration du

⁹² L'affirmation de la *plenitudo potestatis* du « Roi en son Parlement » pose évidemment la question du sens même de la règle constitutionnelle censée limiter la puissance de l'État. Dans son manuel de droit constitutionnel publié en 1859-1860, Lodovico Casanova, professeur à Gênes, critique la doctrine dominante représentée par Melegari et insiste sur la nécessité d'un contrôle juridictionnel diffus des lois, à défaut la Constitution n'est « rien », juste un « mensonge ».

⁹³ Surtout : RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, Rome, Loescher, 1901-1909.

⁹⁴ Pour ne citer que les plus importants: le danois HENNING MATZEN (1840-1910), le norvégien TORSEL HALVORSEN ASCHEHOUG (1822-1909), le suédois CHRISTIAN NAUMANN (1810-1888).

modèle labandien à la fin du XIX^e siècle, règne une opposition caractéristique entre l'école des droits historiques du peuple hongrois et des tendances jusnaturalistes plutôt favorables à la Monarchie danubienne.

III – L'installation du paradigme positiviste

A. Les droits constitutionnels anglo-saxons

1. Le droit constitutionnel de Dicey

Si un auteur mérite plus que tout autre d'être appelé un « classique » du droit constitutionnel, c'est sans aucun doute Albert Venn Dicey (1835-1922). Lui aussi *Vinerian Professor* à Oxford, il est le lointain successeur de Blackstone. Mais il est influencé par l'école anti-blackstonienne d'Austin⁹⁵. Son ouvrage, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, dont la première édition paraît en 1885, marque un tournant essentiel dans la pensée constitutionnelle britannique. Bien sûr, dans les décennies précédentes plusieurs études substantielles de la Constitution anglaise avaient été éditées, telles celles de Sir George Bowyer (1811-1883)⁹⁶, de William Edward Hearn (1826-1888)⁹⁷ ou d'Alpheus Todd (1821-1884)⁹⁸. Surtout, il faut mentionner la célèbre analyse du système anglais à laquelle Walter Bagehot (1826-1877) se livre dans *The English Constitution* (1867) qui pose les bases de la distinction entre « gouvernement présidentiel » et « gouvernement de cabinet » et qui, prenant le contre-pied des analyses classiques du système anglais en termes de séparation des pouvoirs considère au contraire que « le secret effectif de la

⁹⁵ Voir : COSGROVE R.A., *The Rule of Law. Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, University of North Carolina Press, 1980.

⁹⁶ *The English Constitution: a Popular Commentary on the Constitutional Law of England*, Londres, J. Burns, 1841.

⁹⁷ *The Government of England, its Structure and its Development*, Londres, Melbourne, Longmans & Green, George Robertson, 1867.

⁹⁸ *On Parliamentary Government in England : Its Origin, Development and Practical Operation*, 2 vol., Londres, Longmans & Green, 1867-1869. Sur ces trois auteurs : HOLDSWORTH, vol. xv, p. 276 sq.

Constitution anglaise peut être décrit comme l'union étroite, la fusion presque complète des pouvoirs exécutif et législatif »⁹⁹.

Mais Dicey y insiste dès la préface à la première édition de son *Introduction*, quels que soient les mérites de ces auteurs comme des historiens de la Constitution anglaise¹⁰⁰, ils relèvent de la méthode historique et politique qui se distingue essentiellement de l'étude juridique à laquelle l'auteur entend consacrer son manuel.

« *Neither to criticise, nor to venerate, but to understand* » : la Constitution anglaise, chez Dicey, doit être entendue d'un point de vue strictement neutre. Le droit constitutionnel n'est pas une *politique* constitutionnelle. La Constitution doit être, avant tout, analysée du point de vue du « droit strict ». Du point de vue de la tradition britannique établie par Dicey, est de « droit strict » toute norme appliquée par une cour de justice ou fondée à être appliquée par elle¹⁰¹. C'est pourquoi, selon une formule célèbre de l'*Introduction* de Dicey, « *our constitution, in short, is a judge-made constitution, and it bears on its face all the features, good and bad, of judge-made law* ». C'est, à strictement parler, *the law of constitution*.

Or, il ne peut toutefois y avoir d'explication véritable de la Constitution anglaise que si les principes constitutifs de celles-ci sont mis en évidence. Alors le système tout entier peut être rapporté aux quelques théories qui l'informent, qui en déterminent la grammaire élémentaire et générative et qui fournissent également les principes mêmes de la comparaison permanente qu'entreprend l'auteur avec les droits constitutionnels américain et français dont il montre une connaissance précise et approfondie. Sous cet aspect, la contribution de Dicey est décisive. Il fixe durablement les principes juridiques de la Constitution qui organisent le plan même d'un ouvrage qui adopte ainsi une forme systématique. La première partie est consacrée à la souveraineté du Parlement (*The Sovereignty of Parliament*) et la deuxième, au règne du droit (*Rule of Law*). Ce sont les deux principes élémentaires du droit constitutionnel anglais qui donc sont « *the proper subject of legal study* ». Ces deux principes doivent être, en conséquence, entendus en un sens strictement

⁹⁹ BAGEHOT W., *The English Constitution*, éd. Crossman, Glasgow, Collins, 1963, p. 65. Il faut rappeler que Bagehot n'était nullement un universitaire mais un journaliste.

¹⁰⁰ Au premier rang desquels il cite FREEMAN E.A., *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times*, Londres, Macmillan, 1884 (reprint Elibron Classics, 2005).

¹⁰¹ Sur ce point : BARANGER D., *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999, p. 78.

juridique. Ainsi, la souveraineté du Parlement est construite comme un droit inhérent du Parlement, et non comme un droit délégué dont le titulaire effectif serait le peuple ou la nation. La principale conséquence juridique du principe tient à l'interdiction qui s'impose aux juges de vérifier la constitutionnalité des lois, d'en apprécier la validité. Si ce principe constitutionnel est, comme l'ensemble du droit constitutionnel britannique, « *judge-made* », on doit alors considérer qu'il comporte en lui-même une règle d'*autolimitation* de la puissance judiciaire. Le second principe, celui de la *rule of law* admet trois significations distinctes : il signifie d'abord que nul ne peut avoir à souffrir légalement, dans sa personne ou dans ses biens, si ce n'est à raison d'une violation claire de la loi et en conséquence d'une décision rendue par une cour ordinaire de justice ; ensuite, il signifie que tout être humain, sans distinction de rang ni de condition, est soumis à la loi ordinaire et justiciable de la justice ordinaire du Royaume ; enfin, il signifie que les « principes généraux de la Constitution », tels que la liberté personnelle ou la liberté de réunion, sont « le résultat de décisions judiciaires qui fixent les droits des personnes privées à l'occasion des cas qui sont portés devant les cours ». Légalité, égalité et protection judiciaire des droits constituent donc les trois piliers de la *rule of law* britannique¹⁰².

Pourtant, si la stricte étude juridique de la constitution britannique s'épuise dans l'analyse des fondements et des conséquences de ces deux principes, la troisième et dernière partie de l'*Introduction* ouvre une porte sur un champ d'intérêt, que doit parcourir le juriste qui ne veut pas méconnaître l'étendue de sa tâche et que signale le concept de « conventions de la Constitution », concept lui aussi durablement introduit par Dicey dans le débat constitutionnel. Ces conventions sont les « coutumes, pratiques, maximes ou préceptes qui ne sont ni appliqués, ni reconnus par les cours, mais qui constituent un corps sinon de droit, du moins d'une éthique constitutionnelle ou politique ». L'étude du droit strict ne suffit pas à comprendre le droit strict. C'est à partir de la connaissance des conventions de la constitution, dans le corps desquelles, pour ainsi dire, le droit constitutionnel britannique vit et progresse, que le juriste découvre « *the last and most striking instance of that supremacy of the law which gives to the English polity the whole of its peculiar*

¹⁰² Sur ces deux principes, voir spécialement les explications lumineuses chez : ZOLLER E., *Introduction au droit public*, précit., pp. 89 sq. et pp. 100 sq. Sur la *rule of law* et sa théorisation chez Dicey : HEUSCHLING L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, pp. 240 sq.

colour ». Elles forment un « code de moralité constitutionnelle » qui tient le souverain *légal* – le Parlement – dans les limites de la volonté du souverain *politique* qui est « la majorité des électeurs », cela que par un nom inapproprié, selon Dicey, on appelle aussi la « nation »¹⁰³.

2. Les études constitutionnelles aux États-Unis à l'époque de la science juridique « langdellienne »

Aux États-Unis, l'on constate durant la seconde moitié du XIX^e siècle, et plus précisément à partir de la fin de la Guerre civile, une montée en puissance rapide du positivisme juridique, d'un formalisme radical dont les excès susciteront au XX^e siècle une « révolution instrumentaliste, avec son rejeton réaliste »¹⁰⁴. Les trois décennies qui séparent l'annexion du Texas en 1845 de la fin de la « reconstruction » et le retrait des troupes fédérales du Sud par le président Hayes (1877) connaissent une succession de crises constitutionnelles profondes et décisives¹⁰⁵. Mais la guerre civile marque également une rupture dans la vie intellectuelle des États-Unis. L'idéal du droit naturel, d'un « *higher law* » qui avait cimenté jusque là les représentations constitutionnelles et juridiques américaines¹⁰⁶ est entré en crise dès lors que les deux camps, celui des esclavagistes aussi, se réclament chacun d'un droit supérieur qui s'oppose frontalement à celui de l'autre : égalité naturelle des hommes contre inégalité naturelle des hommes. À cette crise du droit naturel s'ajoute la pénétration tardive mais forte des idées d'Austin aux États-Unis dont la *Province of Jurisprudence* fait l'objet d'une nouvelle édition posthume en 1861. Enfin, après la guerre de sécession, l'ensemble du paysage universitaire américain change et

¹⁰³ Voir : AVRIL P., *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, pp. 31 sq. ; HEUSCHLING L., *op. cit.*, pp. 257 sq. En anglais, l'ouvrage de référence est : MARSHALL G., *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1983. Voir aussi, s'agissant des sources intellectuelles de l'idée de convention de la constitution : HOOD PHILIPS O., « Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors », *Modern Law Review*, vol. 29, n° 2, 1966, pp. 137 sq.

¹⁰⁴ SUMMERS R.S., ATIYAH P.S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 246.

¹⁰⁵ BESTOR A., « The American Civil War as a Constitutional Crisis », *The American Historical Review*, vol. 69, n° 2, 1964, pp. 327 sq.

¹⁰⁶ Voir surtout : CORWIN E.S., *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1955.

l'Université, renouvelée, devient une institution sociale désormais reconnue et importante (sur tous ces points, en général : FELDMANN, 2000, pp. 83 sq.).

Dans cet horizon nouveau, la figure de Christopher Columbus Langdell (1826-1906) prend un relief particulier. Nommé professeur à Harvard en 1869, il en devient le doyen l'année suivante et impose un nouveau type professoral au sein de la *Law School* qu'il dirige : l'enseignant doit se consacrer pleinement à son travail académique. Il doit devenir ainsi un véritable scientifique du droit, consacré à l'étude positive du droit. Les considérations éthiques, politiques, historiques ne sont que des disciplines *auxiliaires*, en marge des études juridiques proprement dites. Les principes de la méthode juridique sont exposés dans l'important préface à la première édition de ses *Selection of Cases on the Law of Contracts* (1871). Si un *Casebook* est le mode nécessaire d'apprentissage du droit, celui de Langdell est tenu pour le premier ouvrage moderne du genre. Sa méthode d'enseignement consistait en une sorte de dialogue socratique au cours duquel les étudiants, partant des faits de l'affaire, devaient découvrir le ou les principes dont la solution était déduite. Il fallait découvrir le chemin logique, car la science juridique était affaire exclusivement de déduction et de logique, les principes devant être, par ailleurs, articulés en un système. En cela cette science peut être dite un « formalisme ». Langdell introduisit un « style *top-down* de raisonnement » qui sera la cible des critiques réalistes, de celles acerbes que lui adressera notamment Oliver Wendell Holmes. On pourrait voir dans ce *moment Langdell* de la science américaine du droit l'homologue du *moment Laband* dans la science juridique allemande (voir *infra*). Il existe cependant au moins deux différences fondamentales. La première est essentiellement liée à la culture américaine du *case law*. C'est ainsi que l'un des principaux disciples de Langdell, William A. Keener définit la science juridique comme « consistant en un corps de principes qui doivent être découverts dans les cas qui ont été jugés »¹⁰⁷. La science juridique allemande reste beaucoup plus abstraite. La seconde est ici particulièrement importante : pour les « langdelliens », le droit constitutionnel ne pouvait faire véritablement l'objet d'une science juridique selon le canon nouveau dans la mesure où il est trop politique et, dans ses dispositions, trop lapidaire, trop vague. Du droit constitutionnel, on ne pouvait étudier,

¹⁰⁷ KEENER W.A., « Methods of Legal Education », *Yale Law Journal*, vol. 1, 1892, p. 144.

dans cette perspective, que les parties susceptibles d'être impliquées dans des cas civils ou pénaux, telle la *due process clause* du XIV^e amendement¹⁰⁸. Mais les langdelliens n'écrivirent pas de traités de droit constitutionnel, quand la grande affaire de Laband, en Allemagne, fut précisément d'élever l'ensemble du droit constitutionnel au rang d'objet scientifique au même titre que le droit civil alors dominant.

Durant les dernières années du XIX^e siècle, si l'on met à part le *Congressional Government* de Woodrow Wilson (1885), les grands ouvrages de droit constitutionnel furent donc rédigés en marge du courant inauguré par le doyen de Harvard. Les deux principaux constitutionnalistes de l'époque furent Thomas M. Cooley¹⁰⁹ et Christopher G. Tiedeman¹¹⁰. Leur orientation anti-formaliste leur permet de s'intéresser aux questions et aux pratiques institutionnelles, au « droit constitutionnel non-écrit », à tout ce qui, dans le langage de Dicey, relève des « conventions de la constitution » et qui, pour eux font partie intégrante du *droit* constitutionnel. Pour Tiedeman, une règle juridique est « le produit de forces sociales, reflétant le sentiment dominant du juste » et les principes constitutionnels ne sont pas créés par un acte de l'État ou du peuple mais « nécessairement fondés dans le caractère national ». Elle émerge donc du corps social et des pratiques institutionnelles, plus qu'elle n'est posée par une autorité. Si l'on rencontre chez eux des références au droit naturel, celle-ci est limitée par le fait que, comme l'écrit Tiedeman, « les soi-disant droits naturels dépendent des conceptions juridiques et éthiques d'un peuple et varient avec elles ». Ces deux auteurs développent notamment la doctrine des pouvoirs implicites qui modifie la répartition écrite des compétences constitutionnelles. Cependant, même fort éloignés de la doctrine langdellienne, ces auteurs voient eux aussi dans la propriété privée et la liberté des contrats le fonds éthique où prend racine le droit américain et, de ce fait, se situent dans la ligne de la

¹⁰⁸ Ainsi, l'on peut voir dans le plus célèbre d'entre eux, l'affaire *Lochner v. New York* (198 U.S. 45 [1905]) dans laquelle la Cour suprême condamne la législation restreignant la durée du travail dans les boulangeries (*Bakeshop Act*) au nom de la liberté des contrats, une illustration typique de la science juridique « langdellienne ». Les principaux anti-formalistes de la Cour, Harlan et Holmes, ont d'ailleurs voté contre la majorité dans cette affaire.

¹⁰⁹ Ses principaux ouvrages sont : *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston, Little Brown and Co., 1880 ; *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little Brown and Co., 1883.

¹¹⁰ Ses principaux ouvrages sont : *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States*, St Louis, The F.H. Thomas Law Book Co., 1886 ; *The Unwritten Constitution of the United States*, New York, Putnam's Sons, 1890.

décision *Lochner* de la Cour suprême, la ligne de ce qu'il est convenu d'appeler le « constitutionnalisme *laisser-faire* » (FELDMANN, 2000, pp. 102 sq.)¹¹¹.

On notera que l'un des plus importants ouvrages « fin de siècle » concernant les institutions américaines est dû à l'écossais James Bryce (1838-1922), professeur de droit civil à Oxford. Son monumental *The American Commonwealth* (2 vol., 1888) ne se contente pas de décrire les institutions mais en reconstruit l'histoire et cherche à les comprendre à partir d'une analyse de caractère sociologique analysant, dans le second volume, le système partisan, l'opinion publique et les institutions sociales des États-Unis. Il s'inscrit ainsi dans la lignée de la *Démocratie en Amérique* de Tocqueville¹¹².

B. Le moment « Laband » dans la science du droit constitutionnel

La contribution de Paul Laband et de ses successeurs à la science du droit constitutionnel a une portée qui dépasse largement les frontières du nouvel Empire allemand : elle connut une large réception sur le continent, même si celle-ci ne se fit pas sans quelques prises de distances méthodologiques, mais une telle distance méthodologique marquait aussi la relation que l'épistémologie sophistiquée de Georg Jellinek entretenait au *Droit public de l'Empire allemand*, comme on le soulignera plus bas. Cette réception, qui concernait donc essentiellement les œuvres de Laband et Jellinek, dépassa même l'espace européen pour influencer, à long terme, certaines démarches extra-européennes.

1. Le programme de Laband

Ce qui devait marquer les esprits de la science constitutionnelle européenne *fin de siècle*, c'était surtout cette prétention puissamment affichée par Laband (1838-1918)

¹¹¹ Sur ce dernier point, voir en outre : JACOBS C.E., *Law Writers and the Courts : The Influence of Thomas M. Cooley, Christopher G. Tiedeman, and John F. Dillon upon American Constitutional Law*, Berkeley, University of California Press, 1954.

¹¹² Sur le rapport de Bryce à Tocqueville, voir : McDOWELL G.L., introduction à BRYCE J., *The American Commonwealth*, vol. 1, reprint, Indianapolis, Liberty Fund, 1995.

d'une construction enfin *scientifique* des objets du droit constitutionnel. La fin des *professeurs politiques* étaient proclamée : elle faisait le cœur du programme. Les deux préfaces au *Droit public de l'Empire allemand* l'affirmaient clairement¹¹³ : la Constitution de l'Empire ne devait plus être l' « objet de disputes partisans » ; il est né un besoin nouveau, celui de la « compréhension de cette Constitution elle-même, de la connaissance de ses principes fondamentaux et des règles qu'il convient d'en déduire, de la maîtrise scientifique des institutions juridiques nouvellement créées ». Mais ce programme, en vérité, Laband le récupérait de son grand devancier, Carl Friedrich Gerber : dans sa monographie sur *Les droits publics (Die öffentlichen Rechte, 1852)* comme dans ses *Principes du droit public allemand (Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 1865)*, celui-ci avait mis en œuvre le projet de soustraire le type constitutionnel de la monarchie allemande, celui d'une monarchie limitée¹¹⁴, aux débats politiques pour l'élever au niveau d'un traitement « véritablement » scientifique, lui offrir, dit-il d'une formule extraordinairement significative, la « garantie de la vérité conceptuelle ». Ce sera l'apport spécifique de Laband que de donner à l'objet nouveau, l'État fédéral allemand qui s'établit de 1867 (Confédération de l'Allemagne du Nord, qui est en fait un État *fédéral*) à 1871 (Empire allemand, qui est l'extension et la modification du précédent) la garantie de sa vérité conceptuelle propre. La Fédération allemande sera caractérisée comme un État d'États, c'est-à-dire un État dont les membres sont non pas les citoyens allemands, mais les États mêmes qu'elle fédère, l'organe central de la fédération étant en conséquence non le *Reichstag*, la représentation des Allemands, mais le *Bundesrat*, la représentation des exécutifs – essentiellement des monarques – des États fédérés. Le concept « vrai » de la Fédération allemande est concentré dans le principe de la « médiatisation » par les entités monarchiques fédérées. La Fédération est une « république » – l'Empereur n'est pas un « monarque » – mais une république de monarques¹¹⁵.

Cette science, qu'on dit volontiers « positiviste », passait moins par l'interprétation des textes positifs que par la mise à jour d'une prétendue *essence* des Constitutions positives, dont les concepts disent l'intime vérité : la tâche du juriste consiste donc à

¹¹³ La première édition allemande commence en 1876. Trad. fr. : *Le droit public de l'Empire allemand*, 6 vol., Giard & Brière, 1900-1904.

¹¹⁴ Sur ce type : HUMMEL J., *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918)*, Paris, PUF, 2002.

¹¹⁵ Sur cette question, voir les remarquables développements de MAULIN É., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p. 35 et s.

systematiser le droit constitutionnel à partir de ses concepts fondamentaux et à *construire* les relations nécessaires entre ces concepts afin de dévoiler la vérité interne du droit constitutionnel. Pour ce faire, il faut mobiliser des idées juridiques pures et, en elles-mêmes, éternelles : « La création d'une nouvelle institution juridique qui ne pourrait être ramenée à aucun concept de droit plus élevé et plus général est tout aussi impossible que l'invention d'une nouvelle catégorie logique ou la naissance d'une nouvelle force naturelle », écrit encore Laband. Ce faisant, la science du droit constitutionnel empruntait les vues et les méthodes qui semblaient avoir fait la preuve irrévocable de leur scientificité dans l'étude du droit romain pratiquée, dans le sillage de l'École historique et, plus particulièrement, de Georg Friedrich Puchta. Celui-ci avait été le maître vénéré de Gerber.

La systématisation du droit constitutionnel supposait d'accrocher de manière logique, la matière au concept premier du droit et d'établir, aussi haut que possible dans l'arbre logique du droit en général, le critère désignant l'embranchement particulier du sous-système du droit public. Après Savigny et, surtout, Puchta, le concept premier du droit était vu dans la volonté, ou plus précisément la puissance de volonté, qui faisait alors le contenu du concept du droit subjectif (*Willensmacht*). Le droit public allait donc être un droit de la volonté, il allait s'assujettir à ce que Jhering dénoncera plus tard comme le « dogme volontariste ». Mais la volonté publique possède un attribut propre qui la distingue de toute volonté purement privée, sa capacité à « dominer » (théorie de la *Herrschaft*). Le droit public est donc un droit de la volonté en tant qu'elle « domine ». Son premier concept est donc une puissance de volonté de puissance, pourrait-on dire. Le défi scientifique consiste à n'accepter, à partir de là, aucun concept qui ne puisse être *déduit* de ce concept premier ni aucun principe qui ne puisse lui être rattaché *ultima ratio*. Laband y insiste : la démarche du juriste est un procédé purement déductif, d'esprit « purement logique ». Ainsi accroché à un concept premier purement juridique et, de là, logiquement déduit, le système du droit en général et du droit public en particulier est assuré de sa *pureté*. Cette construction scientifique du droit public et constitutionnel se caractérise donc ainsi : prétention à la pureté de la science du droit (et c'est sous ce rapport qu'elle peut être dite « positiviste »), autonomisation du droit public à l'égard du droit privé par le concept fondamental de *Herrschaft*, volontarisme, conceptualisme (*Begriffsjurisprudenz*) et essentialisme juridiques.

Cette conception épistémologique et méthodologique faisait toutefois peser des contraintes spécifiques sur la construction même des objets constitutionnels. Surtout, puisque le droit de l'État, *Staatsrecht*, était un droit de la volonté publique, il fallait « logiquement » découvrir un *porteur* de cette volonté, l'assigner à une personne spécifique. Après bien des atermoiements, Gerber attribue, en 1865, cette personnalité fondamentale à l'État. La personnalité juridique de l'État – précisons : de l'État comme *puissance publique* – devient la « pierre angulaire » du nouveau droit constitutionnel. Il en résulte que le monarque, même si, conformément au principe monarchique, il tient en sa main l'autorité tout entière de l'État, ne peut plus être conçu que comme l'*organe* (suprême) de cet État. Ensuite, si la volonté qui vaut dans le droit public est celle qui exprime la domination, il est clair que la volonté des « sujets » du monarque n'a pas de pertinence dans le sous-système du droit fondé sur la domination. Et puisqu'un droit subjectif est défini une « puissance de la volonté », ces « sujets » ne sont que les *objets* de la domination monarchique, dépourvus de tout « droit public subjectif ». Mais qu'est-ce alors qu'un « rapport de droit public » si l'un des côtés à la relation est privé de droits ? Ce sera le problème fondamental posé à cette doctrine par Georg Jellinek : le rapport de domination ne peut y être construit comme un véritable « rapport de droit », comme un véritable rapport juridique : c'est droit qui ne peut pas juridiciser sa relation première, un droit sans droit.

2. La critique « interne » du programme : Georg Jellinek

On peut voir en effet dans l'œuvre de Jellinek (1851-1911), comme en deçà de tout ce qu'elle poursuit des travaux de l'École Gerber-Laband, une critique assez radicale, établie sur une réflexion épistémologique très sophistiquée. S'il approfondit des doctrines de l'École, telles celles de la personnalité juridique de l'État ou de l'organe, si sa conception de la constitution comme loi de qualité spécifique ne diffère guère de celle imposée par Laband, ce philosophe de formation, proche, à Heidelberg où il enseigne de 1892 à sa mort, de Max Weber et des cercles néo-kantiens, était naturellement invité à repenser les fondements de sa discipline. De ce fait, il entend rompre avec l'essentialisme : les concepts juridiques ne désignent pas des substances, mais des fonctions. D'un mouvement profondément kantien, il voit

la véritable interrogation scientifique non pas dans la question « qu'est-ce que » (la propriété, le contrat, l'État etc.), mais dans la question « comment penser » les objets du droit. Surtout, pour résoudre l'aporie qu'il signale dans les doctrines de Gerber et Laband, il modifie le concept du droit subjectif en reprenant à son compte, pour reconstruire le droit public, la notion nouvelle que Jhering avait opposée au dogme volontariste : un droit est une puissance de volonté, mais *au service d'un intérêt juridiquement protégé*. Dans sa relation à la puissance publique, l'individu n'est plus seulement porteur d'une volonté en quelque sorte nulle, mais d'un cercle d'intérêts concrets qui font face, juridiquement, aux intérêts publics. À partir de là, il construit la catégorie indispensable des *droits publics subjectifs*. La relation à la puissance publique peut être pensée comme une relation juridique.

La pensée constitutionnelle de Jellinek culmine dans la théorie souvent mal comprise et abusivement simplifiée de l'*autolimitation*. Celle-ci ne signifie pas que l'État serait de fait limité par le droit qu'il établit. Ce serait penser *substantiellement* l'autolimitation. Le problème est de savoir *comment penser juridiquement l'État*. Celui-ci est bien le maître de son ordre juridique, mais on ne peut juridiquement le concevoir que comme ayant un tel ordre juridique. Dès lors, il ne peut jamais être conçu comme libéré de tout droit. Un État sans droit ne peut être dit un « État ». Si l'État n'est pas lié par son droit, tel qu'il est établi à un moment donné, il applique sur les individus non pas une puissance juridique, mais une force brute, une pure domination et ne peut plus être vu comme un pouvoir de droit : il n'y a que voie de fait. Dans un État, l'horizon d'attentes des individus est d'être traités conformément au droit. Il n'y a nul besoin du concept d'*État de droit*, ce principe est contenu dans le concept juridique de l'État.

Enfin, la différence la plus éclatante avec Laband consiste certainement dans le projet d'une science *générale* de l'État, dont le droit constitutionnel (*Staatsrecht*) ne forme qu'une partie. Une telle science générale suppose en effet aussi une théorie *sociale* de l'État dont Jellinek fait précéder son droit constitutionnel général pour former la structure de son maître ouvrage l'*Allgemeine Staatslehre* (1900)¹¹⁶. Cette

¹¹⁶ Trad. fr. : JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, 2 vol., rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2005, préface O. Jouanjan. Les deux autres ouvrages majeurs, non traduits de Jellinek, sont : *Gesetz und Verordnung*, Fribourg-en-Br., Mohr, 1887 et *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Fribourg-en-Br., Mohr, 1892.

grande théorie sociale de l'État, qui vise à comprendre la dynamique historique de la politique et des sociétés modernes, précède et prépare la grande sociologie de l'État de Max Weber, dont Jellinek était un très proche¹¹⁷.

Jellinek, avec Laband, a marqué profondément la science européenne du droit constitutionnel, sans avoir toujours été compris dans ses présupposés et ses objectifs. On assiste souvent à une réception plate, qui le rabat assez largement sur le droit constitutionnel de Laband dont il était pourtant un dépassement sophistiqué. C'est en tout cas ce qu'on peut constater dans la réception des doctrines germaniques chez un auteur aussi important que Raymond Carré de Malberg.

3. Réceptions

En *Italie*, le programme Gerber-Laband paraissait indiquer une possibilité de sortir le droit constitutionnel de l'alternative où il semblait enfermé, entre l'exégèse stérile et la philosophie politique. Ce programme de scientificisation du droit constitutionnel fut formulé par Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952), dans l'introduction qu'il fit le 8 janvier 1889 au cours de droit constitutionnel et administratif qu'il dispensait à l'Université de Palerme¹¹⁸. Ce texte célèbre fixe le programme de l'« école sicilienne ».

¹¹⁷ Voir : BREUER S., *Georg Jellinek und Max Weber. Von der sozialen zur soziologischen Staatslehre*, Baden-Baden, Nomos, 1999. Voir aussi : KERSTEN J., *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000 ; PAULSON S., SCHULTE M. (dir.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000. Voir aussi l'excellente biographie familiale de KEMPTER K., *Die Jellineks 1820-1955*, Düsseldorf, Droste, 1998. Outre la préface à *L'État moderne* citée à la note précédente, et le chapitre consacré à Jellinek dans *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne* (bibliographie générale), on peut se reporter à : JOUANJAN O., Les fondations de la notion de droits publics subjectifs chez Georg Jellinek, *Revue universelle des droits de l'homme* 2004, p. 6 ; du même, « Le monde subjectif dans lequel se joue la vie du droit... » : une interprétation de Georg Jellinek, in : M. Coutu, G. Rocher, *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Presses de l'Université de Laval, 2005, p. 114 ; du même, Georg Jellinek als Philosoph, in : R. Christensen, B. Pieroth (dir.) *Rechtstheorie in praktischer Absicht. Freundegabe für Friedrich Müller*, Duncker & Humblot, 2008, p. 135 ; du même, Le problème de la souveraineté chez Georg Jellinek, *Cahiers parisiens / Parisian Notebooks*, vol. 4, 2008, University of Chicago, pp. 379-386.

¹¹⁸ ORLANDO V.E., I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico, *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema (1881-1940)*, reprint, Milan, Giuffrè, 1954, p. 3 et s. Voir surtout : FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, t. 1, Milan, Giuffrè, 2001. En français, on trouve d'importants développements sur Orlando, disséminés dans l'ensemble du livre chez CASSESE S., *Culture et politique du droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008.

Même si l'on note certaines distances de la part d'Orlando à l'égard de Laband, il introduit dans la pensée italienne du droit constitutionnel une rupture du même ordre que celle qu'avait imposée le professeur strasbourgeois à la science allemande et l'on peut parler d'une « révolution méthodologique »¹¹⁹. Il s'agit d'établir la monarchie parlementaire italienne sur des bases scientifiques solides. Il s'agit aussi d'établir la discipline du droit constitutionnel dans des facultés de droit au sein desquelles domine un droit civil appuyé par le poids d'une légitimité millénaire¹²⁰.

Son point de départ se situe, comme chez Laband, dans une critique de l'éclectisme de la doctrine traditionnelle : « Les amateurs de droit public sont trop philosophes, trop politiques, trop historiens, trop sociologues et trop peu juristes¹²¹. » Pour Orlando, si l'approche seulement philosophico-politique du droit constitutionnel, longtemps prégnante, constituait une « dégénération de l'élément théorique de la science juridique », l'approche purement exégétique de ses contemporains en était la « dégénération de l'élément pratique ». Le droit public en général et le droit constitutionnel en particulier devaient devenir un « système de principes systématiquement coordonnés »¹²² et ses notions de base devaient acquérir la même force d'évidence que celle que possèdent les concepts structurants du droit civil. Le programme est donc ici, comme chez Laband, tout à la fois d'assurer l'autonomie du droit public et de hisser celui-ci au niveau méthodologique atteint par le droit civil. Pour il fallait en établir les principes purs, ce que le titre de son principal ouvrage fait entendre : *Principi di diritto costituzionale* (1889). Ces principes, qui s'organisent en un système, forment une réalité juridique conceptuelle qui surplombe la loi¹²³ et l'on comprend que dans cette doctrine dite positiviste, l'on puisse affirmer cependant « loi et droit sont distincts »¹²⁴ : la loi est « reproduction d'un principe »¹²⁵ et non

¹¹⁹ LANCHESTER F., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milan, Giuffrè, 1994, p. 10.

¹²⁰ Sur ce point et pour une description du paysage universitaire italien durant la seconde moitié du XIX^e siècle, un système très réduit qui, en 1860-1861, concerne à peine 7 000 étudiants, toutes disciplines confondues, dans l'ensemble des territoires du nouveau Royaume : LANCHESTER F., p. 327 sq.

¹²¹ *I criteri tecnici*, (éd. 1925, Modène), p. 4, cité par S. Cassese, *Culture et politique du droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008, p. 23-24.

¹²² *I criteri tecnici*, (éd. 1925, Modène), p. 16. D'où le titre de son principal ouvrage : *Principii di diritto costituzionale* (1889), 3^{ème} éd., Florence, Barbèra, 1894. Auquel fait écho : *Principii di diritto amministrativo*, 3^{ème} éd., Florence, Barbèra, 1908.

¹²³ L'existence du principe est « indépendante de quelque loi positive que ce soit », écrit Orlando (*I criteri tecnici*, éd. Modène 1925, p. 16, cité par Cassese, p. 35)

¹²⁴ *I criteri tecnici*, (éd. 1925, Modène), p. 12. (Cité par Cassese, p. 25).

établissement d'un tel principe. Ici la structure qu'on a dite « réalisme conceptualiste », qui valait pour Laband et Gerber, vaut de même chez un Orlando.

Enfin, Orlando voit bien les deux « véritables problèmes fondamentaux » qu'une telle dogmatique de caractère germanique doit résoudre : l'idée de personnalité juridique de l'État et l'idée de droits publics subjectifs¹²⁶. Ce seront les deux problèmes majeurs auxquels sera confrontée la doctrine allemande, les deux problèmes que s'efforcera de résoudre Jellinek¹²⁷.

Mais, même ainsi « scientificisé », le droit constitutionnel d'Orlando partage l'essentiel des doctrines des exégètes, s'agissant notamment du rejet de toute doctrine juridique du pouvoir constituant, de l'affirmation du primat de la loi parlementaire résultant de l'accord entre le roi et les chambres et du refus corrélatif de tout contrôle juridictionnel des lois. Sa « science du droit constitutionnel », comme celle de Gerber et Laband, est bien sûr politiquement orientée. Il s'agit en Italie aussi d'asseoir le système constitutionnel en place, dans un sens ici « libéral-conservateur ». Ici aussi le « formalisme » juridique, et donc la dépolitisation du droit constitutionnel, apparaissait comme une solution utile pour justifier le système : on procédait, à travers le formalisme juridique, à une puissante « formalisation du politique »¹²⁸.

En 1891, Orlando fondait la revue *Archivio di diritto pubblico* qui devait être l'organe de la nouvelle science du droit public, mais qui ne connut qu'une vie éphémère de six années. Son influence sur le droit constitutionnel et administratif italien fut cependant considérable et notamment développée par Santi Romano¹²⁹, le plus célèbre de ses disciples, avec une inflexion institutionnaliste qui marque cependant une certaine rupture avec l'idéal orlandien (FIORAVANTI, in BOGDANDY et al., 2008)¹³⁰. Le formalisme et le conceptualisme dans leur version la plus radicale, la

¹²⁵ *I criteri tecnici*, (éd. 1925, Modène), p. 13.

¹²⁶ *I criteri tecnici*, (éd. 1925, Modène), p. 11 (Cassese, p. 27).

¹²⁷ Il semble que Jellinek exercera, au bout du compte, l'influence la plus décisive sur Orlando. (Cassese, p. 28).

¹²⁸ NEGRI A., Alcune riflessioni sullo « Stato dei partiti », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1964, p. 152.

¹²⁹ Le manuscrit d'une monographie de Santi Romano destinée à être publiée en Allemagne mais dont le déclenchement de la première guerre mondiale empêcha la parution a été édité tardivement en Italie. Il faisait la synthèse de cette science nouvelle du droit public initiée par Orlando : *Il diritto pubblico italiano*, 000, 1988.

¹³⁰ En français, voir: Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

plus pure furent encore accentués en revanche chez un auteur important, Donato Donati (1880-1946), professeur à Padoue notamment, où il compta parmi ses étudiants des juristes aussi importants qu'Egidio Tosato ou Enrico Gucciardi¹³¹.

En Suisse, pendant que Fritz Fleiner (1867-1937) s'occupe de faire accéder le droit administratif au statut de science véritable¹³² mais donne aussi un essai de systématisation du droit constitutionnel de la Confédération¹³³, Walther Burckhardt (1871-1939) publie en 1905 le premier commentaire « scientifique » de la Constitution suisse de 1874¹³⁴. Aux Pays-Bas, c'est sous l'influence de Laband que Johan Theodoor Buys (1828–1893) rompt avec la méthode descriptive du père fondateur du « droit politique » néerlandais, Johan Rudolf Thorbecke (1798–1872)¹³⁵. En Grèce, Nikolaos N. Saripolos (1876-1944), qu'on appela « le Laband grec »¹³⁶, prenait distance avec la doctrine libérale et jusnaturaliste qui avait inspiré l'œuvre fondatrice de son propre père, Nikolaos I. Saripolos (1817-1887). En Hongrie, enfin, l'influence de Laband et Jellinek permit d'articuler une critique radicale de l'historicisme et du jusnaturalisme à travers l'œuvre notamment d'Ernö Nagy, dont le *Droit public de Hongrie* paraît en 1887. Nagy avait étudié auprès de Laband à Strasbourg. En 1912, dans la même ligne, Ödön Polner critique dans la *Ungarische Rundschau* les travaux d'un Henrik Marczali¹³⁷ qui témoignaient encore de la forte influence qu'exerçait l'historicisme sur la doctrine juridique hongroise. Un autre constitutionnaliste hongrois important, István Csekey (1889-1963) avait, quant à lui, suivi les cours de Jellinek à Heidelberg¹³⁸.

¹³¹ A. Sandulli, « Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull'"Ecclissi dello Stato", sei scritti di inizio secolo XX », *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2006.

¹³² Voir : MÜLLER R., *Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867-1937*, Francfort/Main, Vittorio Klostermann, 2006.

¹³³ FLEINER F., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen, Mohr, 1923.

¹³⁴ BURKHARDT W., *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Berne, Stämpfli, 1905.

¹³⁵ BUYS J.T., *De Grondwet, toelichting en kritiek* (La loi fondamentale, explications et critique), 3 vol., Arnhem, 1883–1888.

¹³⁶ Voir : ARGYRIADIS C., v° Saripolos Nikolaos N., STOLLEIS M. (dir.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, Munich, Beck, 1995, p. 538.

¹³⁷ En allemand : *Ungarische Verfassungsgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1910; *Ungarisches Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr, 1911.

¹³⁸ Sur CSEKEY : RUSZOLY J., *István Csekey und die ungarische Verfassung*, Budapest, Eötvös Loránd-Universitätsverlag, 2004. Plus généralement sur les transferts scientifiques entre l'Allemagne et la Hongrie, notamment dans le domaine du droit constitutionnel, voir : GÖNCZI K., *Juristisches*

L'Espagne constitue, dans ce tableau général un cas particulier. Il y eut sans doute une réception des textes et un intérêt certain pris à la doctrine allemande classique. Plusieurs œuvres de Jellinek sont traduites, d'ailleurs par deux figures importantes du *derecho politico* espagnol, Adolfo Posada (1860-1944)¹³⁹ d'une part, Fernando de los Rios (1879-1949) d'autre part¹⁴⁰. Mais ces deux auteurs sont puissamment marquée par la pensée du philosophe allemand et post-kantien Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), introduite en Espagne par un personnage clé de l'histoire intellectuelle de ce pays, Francisco Giner de los Rios (1839-1915), titulaire en 1867 de la chaire de droit naturel de l'Université de Madrid et dont Posada sera le principal disciple. Cette influence importante du « krausisme » donne à la pensée constitutionnelle espagnole classique un ton philosophique et une conception « organique » de la société et de l'État qui fait un curieux alliage avec la pensée allemande¹⁴¹.

Si ces auteurs modernisent la pensée sociale espagnole vers 1900, ils n'introduisent toutefois pas de révolution dans la tradition espagnole du droit public. Celle-ci est marquée, au XIX^e siècle par deux caractères formels : il n'existe pas, *stricto sensu*, de droit « constitutionnel » mais un « droit politique », dénomination officielle est durable de la matière ; ce « droit politique » est complètement séparé, non seulement par ses objets, mais surtout par ses méthodes d'un droit administratif qui devient, dans le seconde moitié du XIX^e siècle, une discipline à la fois technique et, par rapport au

Wissenstransfer von Deutschland nach Ungarn im 19. Jahrhundert, in : FELDNER *et al.* (dir.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker*, Vienne, 2001, p. 158 sq.

¹³⁹ POSADA traduit l'ouvrage de JELLINEK sur la Déclaration de 1789 : *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1908. Sur Posada, voir not. la notice de DLUGOSCH M., dans STOLLEIS (dir.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, *op. cit.*, p. 499.

¹⁴⁰ Celui-ci traduit et préface la 2^{ème} éd. de *L'État moderne et son droit : Teoria general del Estado* (1921), rééd. Buenos-Aires, Albatros, 1954. Devenu titulaire de la chaire de droit politique à l'Université de Grenade en 1911, il est ministre de la justice puis de l'instruction publique du gouvernement républicain, il part en exil à New York après la victoire de Franco. Sur Fernando DE LOS RIOS, voir : CAMARA VILLAR G. (dir.), *Fernando de los Rios y su tiempo*, Ed. Universidad Granada, 2000.

¹⁴¹ Il n'y eut qu'un seul autre pays européen où le « krausisme » joua un rôle intellectuel non négligeable, c'est la Belgique du fait de l'exil à Bruxelles du principal disciple de Krause, Heinrich AHRENS, qui participa à la fondation de l'Université libre de Bruxelles en 1834 et publia un *Cours de droit naturel* (Paris, 1838 ; 7^{ème} éd., Leipzig, Brockhaus, 1875) qui eut une certaine notoriété. Ce cours fut traduit en espagnol par Ruperto NAVARRO ZAMORANO en 1841 et participa ainsi à la diffusion du krausisme dans l'espace hispanophone. AHRENS eut un disciple belge en la personne de Guillaume TIBERGHEN (1819-1901), professeur lui aussi à l'Université libre de Bruxelles de 1846 à 1897. Voir : MONREAL S., Les krausistes belges. Contribution à l'étude de leur influence en Amérique latine, *Revue belge d'histoire contemporaine*, xxiii, 1992, p. 447 et s.

droit politique, nettement dominante. Cette dichotomie, schizophrénie presque, se voit de manière éclatante dans l'ouvrage hétéroclite de Manuel Colmeiro (1818-1894), ses *Éléments de droit politique et administratif d'Espagne*¹⁴² ou dans la comparaison des titres mêmes des manuels de Vicente Santamaria de Paredes (1853-1924) qui publie un « Cours de droit politique selon la philosophie politique moderne, l'histoire générale de l'Espagne et la législation en vigueur » (1^{ère} édition 1880-1881) puis, en 1910, un livre plus sobrement intitulé « Cours de droit administratif ». Décisive fut la séparation officielle, en 1900, entre les chaires de « droit politique » et celles de droit administratif. Cette séparation était la « confirmation du divorce » doctrinal antérieur : elle amplifia et radicalisa la divergence des voies empruntées par les deux disciplines. Le « droit politique » fut largement théorique et historique, appuyé sur des considérations de science politique et la place de l'étude du droit constitutionnel positif espagnol fut encore marginalisée par un intérêt marqué pour l'étude des institutions politiques comparées¹⁴³ ; le droit administratif fut quant à lui très « légaliste » et « profondément déterminé par l'influence d'œuvres étrangères, principalement françaises et italiennes, et, dans une moindre mesure, allemandes »¹⁴⁴. Au-delà de leur divergence, les deux branches du « droit public » constituèrent « un savoir juridique de fait colonisé » (GALLEGO ANABIRTATE, 2002, pp. 281 sq.).

La doctrine n'autonomise guère le champ « constitutionnel » du champ « politique ». De ce point de vue, la révolution scientifique que l'on constate un peu partout en Europe durant la seconde moitié du XIX^e siècle a peu de prise en Espagne. Au contraire, tout l'effort de Posada consiste en l'importation du savoir nouveau des sciences sociales jusqu'au sein des facultés de droit – qu'on appellera à partir de 1900 : « facultés de droit et des sciences sociales ») – et le vecteur décisif de cette importation est précisément le « droit politique », et non le droit civil, ni le droit

¹⁴² COLMEIRO M., *Elementos de derecho político y administrativo de España*, 3^{ème} éd., Madrid, F. Martínez García, 1870.

¹⁴³ Chez Posada, le droit politique consistait en une introduction (« politique et droit ») suivie d'une théorie générale de l'État puis de l'étude du droit constitutionnel comparé. Les développements consacrés au droit positif espagnol ne dépassaient pas une cinquantaine de pages. On peut parler de « dénationalisation » du droit constitutionnel espagnol (GALLEGO ANABIRTATE, 2002, p. 283).

¹⁴⁴ L'ouvrage classique de ce droit administratif positiviste reste le traité de José GASCÓN Y MARÍN (1875-1962) : *Tratado de derecho administrativo*, 2 vol., Madrid, Bermejo, 1917-1918. Ce manuel restera une référence essentielle jusqu'à sa dernière édition en 1955.

administratif, institutionnellement séparé du droit politique (GALLEGO ANABITARTE, 2002, p. 43-44).

Si l'on admet que la révolution scientifique fut en partie conditionnée par le besoin de sortir du moment d'instabilité, de l'époque des révolutions qui dure au moins jusqu'aux grandes secousses de 1848 et de contribuer à stabiliser les régimes sortis de ces convulsions, il est probable que, outre cette ressource intellectuelle que fut le « krausisme », l'instabilité constitutionnelle et politique – depuis le règne de Ferdinand VII et même après l'établissement de la monarchie constitutionnelle de 1876 – explique la différence des positions doctrinales qu'on constate sur la péninsule. Le XIX^e siècle espagnol, écrit Guy Hermet, fut « un non-lieu historique », le « théâtre d'un simulacre ou d'un essai manqué, où transparaissent la lettre mais non l'esprit ou les conditions des changements qui s'opèrent ailleurs en Europe »¹⁴⁵. Cette situation politique marche d'ailleurs de conserve avec un net retard économique et social de l'Espagne par rapport aux autres pays européens. Cette singularité explique sans doute pour un part non négligeable la spécificité du droit constitutionnel espagnol de l'époque, largement spéculatif.

Toutefois, même reçue dans ce milieu particulier, la doctrine allemande classique – comme d'ailleurs la doctrine de Weimar encore –, si elle n'impose pas ses canons scientifiques, joue un rôle sinon de modèle du moins de référence obligée dans la construction et l'histoire de la doctrine constitutionnelle espagnole, et encore après la dictature franquiste¹⁴⁶, mais un rôle relativisé par la forte réception des doctrines en provenance des pays latins, française et italienne.

Hors d'Europe, l'influence allemande se retrouve jusqu'au Japon. Il est vrai que la première Constitution japonaise, promulguée le 11 février 1889, dans le mouvement de modernisation et d'occidentalisation de l'ère Meiji, avait pris le constitutionnalisme allemand pour modèle, son principal rédacteur, Hirobumi Ito (1841-1909) ayant mené enquête sur place¹⁴⁷ et travaillant sur ces questions en étroite collaboration avec Kowashi Inoue qui, dans ses *Opinions sur la Constitution (Kempo ikensho, 1867)*,

¹⁴⁵ Cité par DULPHY A., *Histoire de l'Espagne*, Paris, Hatier, 1992, p. 273.

¹⁴⁶ Voir sur ce point : SOSA WAGNER F., *Maestros alemanes del derecho publico*, 2 vol., 2^{ème} éd., Madrid, Marcial Pons, 2005.

¹⁴⁷ Voir : REISCHAUER E.O., *Histoire du Japon et des Japonais*, t. 1, Paris, Points/Seuil, 1997, p. 161 sq.

avait fermement pris le parti du modèle monarchique allemand¹⁴⁸. Mais le modèle allemand ne fournissait pas encore une doctrine constitutionnelle certaine. S'ensuivit un conflit important dans lequel le grand constitutionnaliste japonais, Tatsukichi Minobe (1873-1948), prit position contre le principe de la souveraineté impériale (théorie du *tennō shuken setsu*, défendue par des constitutionnalistes impérialistes comme Yatsuka Hozumi [1860-1912] ou Shinkichi Uesugi [1878-1929]) pour affirmer la personnalité juridique de l'État et l'attribution de la souveraineté à cette seule entité abstraite et ne reconnaître à l'Empereur que la qualité d'un organe de l'État (théorie du *tennō kikan setsu*, défendue d'abord par Kitokurō Ichiki [1867-1944] et développée par Minobe et Sōichi Sasaki [1878-1965]). Quand la première théorie concevait l'Empereur, l'État et la souveraineté comme un tout indivisible (*Kokutai*) interdisant de concevoir des limites juridiques à la puissance impériale, la seconde, conformément au déplacement fondamental opéré par la doctrine allemande des années 1865-1900, ne voyait plus dans la souveraineté qu'un attribut de l'État conçu comme personne juridique, un attribut détaché d'une compétence impériale limitée par la norme supérieure que forme la Constitution de l'État souverain. Hozumi, principal défenseur du courant traditionaliste, qui avait étudié pendant trois années auprès de Laband à Strasbourg, renouait en quelque sorte, dans le droit constitutionnel, avec l'ancienne « politique de fermeture » du Japon : « La Constitution étant la grande règle propre à un État, son interprétation doit être indépendante des modèles étrangers. De ce point de vue, je ne cite aucun précédent étranger ni aucune doctrine étrangère¹⁴⁹. » Chez Minobe, cette construction reposait explicitement sur une lecture attentive de Jellinek. En 1935, à l'époque du « militarisme », le gouvernement japonais déclara la « théorie de l'organe » hors-la-loi, mit les livres de Minobe à l'index, notamment ses *Fondements de la Constitution* (*Kenpo Satsuyo*, 1932) et força ce dernier à abandonner son siège à la chambre des Pairs, n'échappant que de peu à un procès pour crime de lèse-majesté¹⁵⁰. L'on voit,

¹⁴⁸ Voir: KHAN Y., « Inoue Kowashi and the Dual Images of the Emperor of Japan », *Pacific Affairs*, summer 1998.

¹⁴⁹ Cité par HIGUCHI Y., *Le constitutionnalisme entre l'Occident et le Japon*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 268.

¹⁵⁰ Voir : MILLER F.O., *Minobe Tatsukichi : Interpreter of Constitutionalism in Japan*, University of California Press, 1965 ; MINAMINO S., « Minobe Tatsukichi », CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 410 ; YAMAMOTO H., « Souveraineté et démocratie dans la théorie constitutionnelle japonaise », JOUANJAN O., VIALA A., YAMOTO H. (dir.), *Les mutations contemporaines de la démocratie*, Montpellier, 2007, p. 000.

dans cette réception tardive de la science allemande que la doctrine constitutionnelle, même opérant avec de « purs » concepts de la science constitutionnelle, évacuant l'approche ouvertement « politique », n'est jamais si neutre que ses interprétations, dans un contexte extérieur tendu, soient complètement dénuées d'intentions politiques ni reçues comme de pures constructions scientifiques et dépolitisées.

C. Naissance du « Droit constitutionnel » en France

1. Contextes

Le champ du droit public connaît en France, au tournant du ^{xx}e siècle, au sein d'une Troisième République désormais installée, une complète restructuration. La condition d'une telle rénovation consiste avant tout dans une réorganisation institutionnelle des disciplines. Il s'agit surtout d'établir le droit constitutionnel comme discipline académique autonome et de le démarquer du droit administratif. Comme on l'a vu, l'expérience de la première chaire de droit constitutionnel à la Faculté de Paris, sous la Monarchie de Juillet, avait fait long feu. Désertée par son titulaire, Rossi, dès 1840, elle fut formellement supprimée en 1852 par le Second Empire. On n'avait de « droit constitutionnel » qu'à titre d'introduction à une matière appelée « Droit public », ce que l'on voit dans les principaux manuels ou ouvrages de Droit public de l'époque (Foucart, Serrigny, Batbie etc.).

De son côté, le droit administratif a connu un développement important et s'est imposé comme discipline propre durant le Second Empire déjà. Certes sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, plusieurs auteurs avaient commencé d'ordonner la matière en prêtant notamment attention à la jurisprudence naissante du Conseil d'État (Gérando¹⁵¹, Macarel¹⁵², Cormenin¹⁵³). Cette première génération est formée d'hommes qui « sont souvent à la fois administrateurs publics, membres du

¹⁵¹ Voir : *Institutes de droit administratif. Eléments du Code administratif réunis et mis en ordre par M. le baron de Gérando*, Paris, 1825.

¹⁵² *Eléments de la jurisprudence administrative*, Paris, 1818.

¹⁵³ *Questions de droit administratif*, Paris, 1822.

Conseil d'Etat, professeurs, auteurs d'ouvrages et parlementaires (...) En somme, avant d'être des auteurs, ce sont des protagonistes (ou, en tout cas, des acteurs) sur la scène politique et administrative »¹⁵⁴. Le droit administratif s'autonomise d'abord et occupe une position très forte parce que la France s'est largement construite à partir de son administration, d'une puissante « société administrative » au sein de laquelle « la haute juridiction a joué un rôle constitutionnel, comme un véritable pouvoir qui n'était pas différent de la noblesse des siècles précédents » : « Un pouvoir administratif, séparé du pouvoir exécutif, s'y est développé ». De telle sorte que « l'affirmation d'un droit administratif séparé du droit politique (...) peut être considérée comme un réflexe d'auto-affirmation de la part d'une administration entendue comme sujet constitutionnel séparé du gouvernement »¹⁵⁵.

Le poids du Conseil d'État dans cette formation du droit administratif moderne est évidemment considérable et plusieurs des auteurs les plus importants dans cette histoire sont membre du Conseil. Celui-ci connaît un développement important durant le Second Empire et notamment l'institution majeure, le « recours pour excès de pouvoir » prend sa forme à peu près définitive à cette époque¹⁵⁶. Deux œuvres marquantes sont publiées durant les années 1860 : le *Cours de droit administratif* publié par Théophile Ducrocq en 1861 pour la première édition, et les *Conférences sur l'administration et le droit administratif* de Léon Aucoc, dont les deux volumes paraissent en 1869 et 1870¹⁵⁷.

¹⁵⁴ CASSESE S., *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 26.

¹⁵⁵ S. Cassese, Une des formes de l'Etat nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français, *Act. jur. dr. adm.* 1995, n° spécial du cinquantenaire : *Le droit administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation*. « Ainsi, concluait S. Cassese, il semble que la première raison d'être du droit administratif ne doit pas être recherchée au sein même de ce droit, dans son juge spécial et dans ses pouvoirs particuliers comme l'a toujours fait la culture juridique française, mais en dehors de lui, dans l'acquisition d'une position constitutionnelle de la part de la haute bureaucratie et dans la reconnaissance du pouvoir administratif, comme pouvoir autonome par rapport au pouvoir exécutif ».

¹⁵⁶ Léon Aucoc considère que ce recours a connu un développement remarquable à partir de 1852 : Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, Paris, 1878, S. 26. Le décret impérial du 2 novembre 1864 allégeait la procédure en supprimant l'obligation du ministère d'avocat. Voir LAFERRIÈRE É., *Origines et développement historique du recours pour excès de pouvoir* (1876), rep. dans : GONOD, *Édouard Laferrière*, Paris, 1999. Pour l'analyse du rapport droit administratif/droit constitutionnel au XIX^e siècle : Grégoire Bigot, *Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875: Définir le droit administratif*, *Giornale di storia costituzionale*, 5, 1. semestre 2003, p. 153.

¹⁵⁷ On doit y ajouter le monumental *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* en 8 volumes d'Anselme Batbie (1861-1869) et son *Précis du cours de droit public et administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, 2^{ème} éd., Paris, 1864 (un volume).

Les bouleversements politiques qui suivirent la défaite de Sedan s'accompagnèrent d'un nouvel intérêt pour le droit constitutionnel, à une époque où il s'agissait précisément d'établir un nouveau système constitutionnel et de le penser. Les lois constitutionnelles de 1875, si difficilement acquises, la crise constitutionnelle du 16 mai 1877 et la parlementarisation du système qui en résulta, la démission du président monarchiste Mac Mahon et son remplacement par le républicain Jules Grévy le 30 janvier 1879, la consolidation alors acquise du régime républicain en France : tout ceci formait l'arrière-plan et les conditions essentielles d'un renouveau pour la discipline du « droit constitutionnel ». Un nouveau traitement scientifique de la matière s'imposait. Dans la république enfin établie, on n'avait moins besoin de « politique constitutionnelle » que d'une consolidation scientifique du système établi, d'un « droit » constitutionnel.

Par ailleurs, les premières décennies de la Troisième République furent l'époque de la réforme de l'Université. Celle-ci fut réalisée entre 1883 et 1896. Le nouveau régime se débarrassa enfin du modèle napoléonien de l'« Université ». À la place de Facultés dispersées au sein du grand corps unitaire de l'« Université », on établit dans les provinces seize Universités qui flanquèrent la grande *Université de Paris*¹⁵⁸. Le succès de la réforme ne fut pas complet. Aucune des Universités provinciales ne pouvait rivaliser avec celle de Paris et encore moins avec les « Grandes écoles »¹⁵⁹. Mais dans le programme de la *Réforme intellectuelle et morale de la France* (Renan, 1871), qui exigeait selon l'opinion commune la formation d'une nouvelle élite de l'esprit, la question universitaire était bien centrale. La défaite face à Bismarck et à la Prusse fut souvent interprétée comme la conséquence des faiblesses du système universitaire français par comparaison avec l'excellence des universités allemandes depuis la réforme décisive qu'avait introduite Wilhelm von Humboldt en 1810 et la

¹⁵⁸ L'artisan principal de cette réforme fut Louis Liard, nommé par Jules Ferry directeur de l'enseignement supérieur en 1884. Liard écrivit d'ailleurs une intéressante histoire de cet enseignement. Pour la période qui nous intéresse ici : LIARD L., *L'enseignement supérieur en France*, t. 2 : 1789-1893, Paris, 1894. Sur Liard: GREENBERG L.M., Architects of the New Sorbonne: Liard's Purpose and Durkheim's Role, *History of Education Quarterly*, 21/1, 1981, p. 77.

¹⁵⁹ Voir : WEISZ G., *The Emergence of Modern Universities in France 1863-1914*, Princeton University Press, 1983.

création de la grande Université de Berlin¹⁶⁰. Les universités de l'ennemi étaient comme la planche de salut de la France.

C'est dans ce cadre général que s'insère l'inscription académique du droit constitutionnel. Celle-ci est marquée par un certain nombre d'événements essentiels : la création, en 1872, de l'École libre des sciences politiques par Émile Boutmy¹⁶¹, l'introduction dans les facultés de droit d'un cours ordinaire de droit constitutionnel, comme matière optionnelle d'abord (1878) puis comme matière obligatoire (1889)¹⁶², la fondation par le professeur parisien Ferdinand Larnaude de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1894), la réforme de l'agrégation de droit et la création d'un concours spécifique pour le droit public¹⁶³.

Sans conteste, l'année 1896 est un moment clé de cette histoire du droit constitutionnel en France. Vingt ans après la parution de la première édition du premier volume du *Droit public de l'Empire allemand* de Laband, paraît à Paris les *Éléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein. La réception en fut exceptionnelle¹⁶⁴. Les manuels plus anciens, tels ceux de Saint-Girons (1884), Aumaître (1890), Félix Moreau (1892) ou Marcel de la Bigne de Villeneuve (1892) apparaissent aussitôt démonétisés et Esmein, même, s'épargne la peine de les citer. D'ailleurs, il n'évoque, de la littérature contemporaine, que l'*Étude des lois constitutionnelles de 1875* de Charles Lefebvre (1882) et le *Traité de droit politique électoral et parlementaire* d'Eugène Pierre (1893), qui était alors un haut

¹⁶⁰ Voir : DIGEON C., *La crise allemande de la pensée française*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1992, S. 370 et S.

¹⁶¹ Pierre Favre souligne le rôle important jouée par cette institution privée de caractère entièrement nouveau pour l'essor de disciplines scientifiques nouvelles et en particulier le droit constitutionnel : FAVRE P., *Naissances de la science politique en France 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989, p. 43. Voir, sur cette École, plus généralement : ROSENBAUER M., *L'École libre des sciences politiques de 1871 à 1896*, Dissertation, Marburg, 1969 ; RAIN P., *L'École libre des sciences politiques*, Paris, 1963.

¹⁶² Décret du 24 juillet 1889 « relatif au programme de licence dans les facultés de droit », *Journal Officiel*, 25 juillet 1889, p. 3659. Voir : APPELTON C., Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général et du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889, *Revue internationale de l'enseignement*, 21, 1891, p. 235. La désignation officielle de la discipline était : « Éléments de droit constitutionnel et organisation des pouvoirs publics ».

¹⁶³ Voir : HEUSCHLING L., *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Frankreich*, BOGDANDY/CRUZ VILLALÓN/HUBER (DIR.), *Ius Publicum Europaeum*, t. 2, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, n 15.

¹⁶⁴ Même à l'étranger. George Elliot Howard, l'un des fondateurs de la sociologie américaine écrit une recension extraordinairement laudative de l'ouvrage où il n'hésite pas à comparer Esmein à Bryce: *Political Science Quarterly*, 12/2, 1897, p. 316.

fonctionnaire de la Chambre des députés¹⁶⁵. Il se met donc lui-même dans la posture du grand fondateur. Si je vois bien les choses, seul le *Précis élémentaire de droit constitutionnel* de Félix Moreau fut poursuivi après 1896 : Esmein avait effectivement marqué la césure. Et le « Moreau » ne pouvait guère rivaliser avec l' « Esmein » : il n'était d'un manuel à destination des étudiants sans grande prétention scientifique. Il y eut au début du xx^e siècle plusieurs ouvrages de ce genre¹⁶⁶ et même un certain *Mémento Vaquette*, dont la publicité assurait qu'il permettait à l'étudiant de revoir toute la matière « la veille de l'examen » ! Pas du grand art, donc, pas de la « science » de haut niveau !

Mais cette naissance du droit constitutionnel comme discipline académique en France ne se fait pas sans douleurs. On peut même parler de « crise » et plus précisément donc d'une « crise de naissance » de cette discipline. Le mot « crise » ne signifie pas quelque chose de (seulement) négatif. Le mot *κρίσις* renvoyait, chez les Grecs anciens, aux idées de « séparation », « distinction » et, à partir de là, à celles de « jugement » et de « décision ». Le tout sur fond de « conflit ». Comme un *procès*, dans un tel conflit de « crise », s'instituent des séparations radicales qui poussent à la décision. Il en va de même pour la crise scientifique : un tel conflit permet à une discipline de voir des lignes de front clairement établies qui exigent de la communauté scientifique une décision épistémologique *radicale*.

Zwischen 1896 und 1930 treten in der französischen Wissenschaft vom Verfassungsrecht vier unterschiedliche, miteinander streitende Grundpositionen, die eine hügelige Landschaft zeichnen und die Frage nach der Verwissenschaftlichung des Faches und ihrer fundamentalen Orientierung klar ins Spiel bringen. Es ist aber doch eine *Geburtskrise*, eine Krise der Anfänge. Sie wurde aber auch als solche empfunden.

¹⁶⁵ SACRISTE G., Droit, histoire et politique en 1900, *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, p. 87, note 87.

¹⁶⁶ Par ex. : *Cours de droit constitutionnel* de Paul de la Pradelle (1912), le *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* de René Foignet ou encore les *Éléments de droit public* d'Henry Nézard, où le droit constitutionnel n'est plus présenté à titre introductif au droit administratif, contrairement à la tradition antérieure, mais comme une partie à droits égaux du « droit public ». On voit là le changement de statut que connaît alors le droit constitutionnel.

Ein bemerkenswertes Zeugnis dafür liefert der lange Aufsatz, den der damals junge Professor aus Dijon, Maurice Deslandres, unter dem Titel „Die Krise der Politikwissenschaft“ in nicht weniger als sechs Lieferungen der *Revue du droit public* 1900 und 1901 erscheinen lässt¹⁶⁷. Bezeichnenderweise wird hier die festgestellte Krise mit der Politikwissenschaft und nicht – oder wie wir sehen werden: nicht *nur* – mit der Staatsrechtswissenschaft in Verbindung gesetzt. Diese ist aber ganz und gar in dem Streit, in der Krise verwickelt.

Die Verfassungsrechtswissenschaft wird von Deslandres als eine der im Spiel stehenden Methoden der Politikwissenschaft dargestellt und zwar als die *juristische Methode* der Politikwissenschaft. Die Verfassungsrechtswissenschaft wird also in einem großen Zusammenhang erfasst, was sich erklären lässt, betrachtet man den lebhaften Kampf, den Émile Boutmy als Gründer und Leiter der *École libre des sciences politiques* gegen die Annektierung der Staats- und Politikwissenschaften durch die juristischen Fakultäten in den Jahren 1880-1890 gerade geführt hatte¹⁶⁸.

Boutmy kämpfte für die Annerkennung eines Monopols seiner *École* auf den Unterricht der Politikwissenschaft. Sein Hauptgegner war der Pariser Professor für Zivilrecht Claude Bufnoir (1832-1898): Politikwissenschaft sei ihrer Natur nach ein ausschließliches Lehrfach der juristischen Fakultäten, da sie nichts anderes sei als „öffentliches Recht und Volkswirtschaft“¹⁶⁹.

Seit 1877 war die Modernisierung der juristischen Ausbildung im Gang. Volkswirtschaft war nun ein Pflichtfach der rechtswissenschaftlichen Fakultäten¹⁷⁰: der moderne Jurist sollte sein Blickfeld erweitern und die „juristische Methode“ musste im Rahmen eines tieferen Verständnisses der gesellschaftlichen Prozesse einbezogen werden.

¹⁶⁷ Maurice Deslandres, La crise de la science politique, *Revue du droit public*, Bd. 13, 1900, S. 6-49, S. 247-287, S. 435-469; Bd. 15, 1901, S. 394-427; Bd. 17, 1901, S. 45-95, S. 402-451. Die Aufsätze wurden gesammelt und als Buch veröffentlicht: Maurice Deslandres, La crise de la science politique et le problème de la méthode, Paris, 1902. Dazu: Guillaume Sacriste, a. a. O.

¹⁶⁸ Zu diesem Streit: Pierre Favre, a. a. O., S. 83 ff.

¹⁶⁹ So Bufnoir, De la part à faire aux sciences politiques dans l'enseignement des universités, *Revue internationale de l'enseignement*, Bd. 31, 1896, S. 528, cité par Pierre Favre, a. a. O., S. 88. Es ist vielleicht nicht nur anekdotisch, dass Deslandres einen langen Nachruf auf Bufnoir schrieb (*Revue du droit public*, Bd. 9, 1898, S. 554-570).

¹⁷⁰ Lucette Van-Lemesle, L'institutionnalisation de l'économie politique, Y. Breton, M. Lutfalla (Hg.), L'économie politique en France au XIX^e siècle, Paris, 1991.

Das vom Zweiten Kaiserreich ererbte Programm der *Licence en droit* litt unter Mangel an sozialer Perspektive: „Bürgerliches Gesetzbuch“ und römisches Recht waren die Hauptfächer, nur von Zivilverfahren, Kriminalrecht, Handelsrecht und Verwaltungsrecht ergänzt. Das Recht sollte nun aber zum Werkzeug des von der neuen Republik versprochenen sozialen Fortschritts werden. Die Einführung der Volkswirtschaft, der „industriellen Gesetzgebung“ (*législation industrielle*) als Lehrfächer der juristischen Fakultäten deutete auf diese gründliche Änderung in den Repräsentationen der Rolle des Juristen in der modernen Gesellschaft hin. Der moderne Jurist soll nicht mehr nur ein Priester des bürgerlichen Rechts, sondern zu einer Art sozialer Ingenieur werden.

Der Jurist sollte aber auch zum Modernisierer des Staats werden. Deshalb gehörte für Bufnoir und viele Andere die als Staatswissenschaft verstandene Politikwissenschaft den Juristen an. Die juristischen Fakultäten mussten zum Fischteich werden, woraus der Staat seine kompetenten Diener herausfischen können würde. Die *École* von Boutmy, die eben frei und vom Staat nicht gelenkt war und trotzdem den Anspruch erhob, das höchste Beamtentum auszubilden, diese Schule stellte also für die akademischen Juristen eine unlautere Konkurrenz dar, und die Staatswissenschaften waren natürlicherweise der Streitgegenstand.

Die Einführung des Verfassungsrechts in das reguläre Programm der rechtswissenschaftlichen Fakultäten muss also in diesem Zusammenhang betrachtet und verstanden werden. Und niemand konnte den Juristen das Recht abstreiten, im Verfassungsrecht auch ausgebildet zu werden. Das Verfassungsrecht diente also als strategischer Knotenpunkt für eine breitere Annektierung.

Mit Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht sowie mit Volkswirtschaft als ordentliche Fächer ausgerüstet, schien die Position der juristischen Fakultäten nun stark genug, um einen gerechtfertigten Anspruch auf Politik- oder Staatswissenschaft geltend zu machen.

Die Abwehrposition von Boutmy war hauptsächlich *methodischer Natur*. Die Einbeziehung der Politikwissenschaft in die juristischen Fakultäten würde seiner Meinung nach eine Inbesitznahme durch die juristische Methode und damit einen irreparablen Verlust bedeuten: „Die Rechtswissenschaften sind im Wesentlichen deduktiver Natur, die politischen Wissenschaften dagegen zum größten Teil experimentell und induktiv.“ Öffentliches Recht und Verfassungsrecht bilden nur ein

eher geringes Bruchstück des gesamten Bereichs der Politikwissenschaften. „Ich zögere nicht zu behaupten, schreibt Boutmy, dass es dieser frisch geborenen, aber lebenskräftigen Gruppe [der Staatswissenschaften] beträchtlich schaden würde, wenn man ihr *ihren ganzen Namen* abnimmt, um ihn auf ein bloßes, von ihrer Masse abgetrenntes Fragment anzuwenden.“ Eben musste das Beispiel der Volkswirtschaft davon abwenden: in den juristischen Fakultäten nun unterrichtet, hat sie sofort an Wissenschaftlichkeit und Dynamik verloren, selbst wenn sie dort nicht von den Juristen übernommen wurde: die institutionelle Integration kontaminiert schon allein die Wissenschaft. Den neuen Sozialwissenschaften muss die methodische Autonomie gewährt bleiben, was eine institutionelle Eigenständigkeit voraussetzt¹⁷¹.

Deslandres, der also das oben erwähnte Fazit einer Krise der Politikwissenschaften aufstellte, war wohl Jurist. Zum Streit über die institutionelle Verankerung der Staatswissenschaften nimmt er in dem Aufsatz zur Krise der Politikwissenschaft keine Stellung, wohl aber in dem langen Nachruf, den er für Bufnoir 1898 schreibt¹⁷². Er stimmt mit diesem völlig überein und hebt im Grunde drei Argumente hervor: der Staat muss in den öffentlichen Hochschulen den Unterricht der Politikwissenschaften organisieren, da er in erster Linie der Betroffene ist; die Staatswissenschaften „enthalten einen viel beträchtlicheren juristischen Teil, als man denken könnte“; der Unterricht in den juristischen Fakultäten „besitzt eine oft verkannte Großzügigkeit im Denken“. Wenn die Frage nach der Krise der Politikwissenschaft in dem Aufsatz von 1900-1901 ausschließlich auf ihre methodische Ebene zurückgeführt wird, steht dennoch die institutionelle Frage ständig im Hintergrund.

Deslandres unterscheidet zwischen fünf damals betriebenen Methoden der Staatswissenschaften: die induktiv-positivistisch soziologische, die rationell-deduktiv naturrechtliche, die vergleichende, die des „gesunden Menschenverstandes“ und die rein juristische. Dann schlägt er seinen eigenen Ansatz vor: um die Krise endlich loszuwerden, sollte man eine im wesentlichen *historisch-kritische Methode* verwenden, die von der soziologischen, der vergleichenden und der juristischen Methoden begleitet und ergänzt den wissenschaftlichen und politischen

¹⁷¹ Dazu und für die Zitate: *Pierre Favre*, a. a. O., S. 89 f.

¹⁷² *Maurice Deslandres*, *Revue du droit public*, Bd. 9, 1898, S. 554 (S. 562 ff.).

Herausforderungen der Zeit gewachsen wäre¹⁷³. Im Grunde stand dieser Vorschlag der Position von Boutmy ziemlich nah¹⁷⁴.

Eine grundsätzliche Erneuerung der Staatswissenschaft sei aber insbesondere deswegen zu erzielen, weil die politischen Bedingungen des modernen Staats dazu zwingen: die Demokratisierung entfesselt gefährliche Tendenzen, die die Exekutive in einer Zeit schwächen, da die internationale Politik Regierungsstärke erfordert¹⁷⁵. Dies ist ein Gemeinplatz der damaligen konservativen Literatur¹⁷⁶, wofür der unter dem Titel *La crise de l'État moderne* 1897 erschienene Sammelband von Charles Benoist Zeugnis liefert: die allgemeine Wahl sei im modernen Staat unorganisch konzipiert, schwäche die Exekutive und sollte im Rahmen eines neuen Typus des Ständestaates durch „organische Repräsentation“ mediatisiert werden¹⁷⁷.

Die immer stärkere Behauptung der Politikwissenschaft in der französischen akademischen Landschaft fordert also die neu etablierte Verfassungsrechtswissenschaft dazu heraus, ihren epistemologischen und methodischen Standpunkt zu bestimmen und zu festigen.

¹⁷³ *Revue du droit public*, Bd. 17, 1901, S. 404. Kritisch muss die historische Methode sein, und nicht mehr narrativ, erzählend (ebend., S. 432). Diesem frühen Ansatz treu geblieben schrieb *Deslandres* etwa dreißig Jahre später eine wichtige Verfassungsgeschichte Frankreichs: *Maurice Deslandres, Histoire constitutionnelle de la France*, 3 Bd., Paris, 1932-1937. In einer englischen Rezension hieß es: „It will be realized that this way of writing constitutional history does not conform with any conventional type; but the book is inspired both by knowledge and good sense, as well as by patriotic sentiment, and its opinions are generally convincing.“ (*Gerald Hurst, The English Historical Review*, 49/193, 1934, S. 139).

¹⁷⁴ Im letzten Abschnitt des Aufsatzes von *Deslandres* wird *Boutmy* mehrmals positiv zitiert (*Revue du droit public*, Bd. 17, S. 407, 414). Das Verfassungswissenschaftliche Werk von *Boutmy* war grundsätzlich historisch und vergleichend orientiert (siehe vor allem: *Émile Boutmy, Études de droit constitutionnel. France – Angleterre – États-Unis*, Paris, 1885). In der *École libre des sciences politiques* war das Verfassungsrecht ebenso hauptsächlich historisch und vergleichend unterrichtet (siehe das Anlagenband der Dissertation von *Maragarethe Rosenbauer*, a. a. O.). In seinem Streit gegen die Juristen hatte *Boutmy* einmal behauptet, Geschichte sei der „natürliche Rahmen der politischen Untersuchungen“: dies erschien ihm aber nachträglich zu eng. Immerhin spielte der historische Ansatz eine gewichtige Rolle (*Pierre Favre*, a. a. O., S. 88).

¹⁷⁵ *Maurice Deslandres, Revue du droit public*, Bd. 13, S. 42 ff.

¹⁷⁶ Selbst wenn *Deslandres* sich nicht als konservativ bekennt: die „juristische Methode“ der Politikwissenschaft sei eben „konservativ“ und daher zu verwerfen (*Revue du droit public*, Bd. 17, 1901, S. 422).

¹⁷⁷ *Charles Benoist, La crise de l'État moderne. De l'organisation du suffrage universel*, Paris, 1897. Dazu die vernichtende Kritik des berühmten Historikers *Charles Seignobos, Revue du droit public*, Bd. 9, 1898, S. 141 ff. In den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts wird sich das Thema einer Krise des Staates auf republikanische, modernisierende Kreise erweitern. Ein Beleg dafür sind u. a. die polemischen Schriften von *André Tardieu*. Um 1900 scheint mir dagegen die „Krise“-Literatur eher mit der Reaktion Hand in Hand zu gehen.

Ist sie ein Unterteil einer weit verstandenen Politikwissenschaft? Ist sie *die* als Staats(rechts)lehre begriffene Politikwissenschaft überhaupt? Ist sie etwas anderes als die Politikwissenschaft, eine autonome juristische Erfassung des Staates, für welche eine empirische, induktive Staatswissenschaft höchstens als *Hilfswissenschaft* randgänglich dienstbar gemacht werden kann? Eine methodische Fundierung muss diese auch sonst institutionellen Fragen klären.

Diese um 1900 unumgehbaren Fragen zeichnen eine erste Konstellation der angedeuteten Krise aus, die die frisch geborene Politikwissenschaft einer zeitgenössischen Verfassungsrechtswissenschaft bereitstellt. In dieser Konstellation sind institutionelle Positionen und methodische Fragestellungen eng miteinander verwickelt.

Mit ihr aber auch eng verbunden steht eine andere Konstellation der Geburtskrise des französischen Verfassungsrechts. Um diese Fragen zu beantworten oder nur zu bewältigen, müssen noch die französischen Verfassungsrechtler eine andere Frage beantworten oder nur bewältigen: was ist das, eine *juristische* Methode des Verfassungsrechts? Und im Kreis dieser Frage steht als Musterbeispiel vor ihren Augen die deutsche Staatsrechtslehre und insbesondere die mächtige Staatsrechtswissenschaft der sogenannten „Gerber-Laband Schule“. Sie war aber eben eine *deutsche*. Und dies macht die andere Konstellation der Krise aus, also nicht eine *andere* Krise der französischen Verfassungsrechtswissenschaft, sondern dieselbe Krise unter einem anderen Aspekt.

3. Die Krise der französischen Verfassungsrechtswissenschaft als eine deutsche Krise

A – Deslandres: französische Politikwissenschaft *versus* deutsche Staatsrechtswissenschaft

Für Deslandres ist die juristische Methode der Politikwissenschaft eine deutsche. Er sieht in Laband den Verfechter einer ausschließlich rechtswissenschaftlichen

Politikwissenschaft. Die Methode sei sogar eine „intensiv juristische“¹⁷⁸. Sie gründe auf die Vorstellung, dass ein politisches Regime nichts anderes sei als ein umfassendes juristisches System, ein Komplex von Rechtsverhältnissen¹⁷⁹. Eine solche Erfassung des Staates, die diesen nur noch als juristische Person, als „Träger des öffentlichen Rechts“¹⁸⁰ gelten lässt, biete der Philosophie, der Geschichte sowie dem Studium der wirklichen Institutionen keinen Raum an¹⁸¹:

„Wir sind in der Tat weit davon entfernt, in den deutschen Büchern zu finden, was man z. B. in den französischen, den englischen oder den italienischen üblicherweise trifft. Zwar stellen sie alles dar, was man als eine juristische Lehre vom Staat bezeichnen kann; über die Ursprünge der Institutionen, über ihre Vorzüge oder ihre Nachteile, über ihre positive Leistungen, ihre Verzerrungen durch die politische Praxis, ihre mögliche Änderungen, über ihre künftige Tendenzen schweigen sie sich ganz aus“¹⁸².

Diese Lage der deutschen *Politikwissenschaft* ist durch die tatsächlichen politischen Verhältnisse bedingt. Der „durch das Herrschen einer absoluten Macht gelähmte Obrigkeitsstaat“ ist keine günstige Bedingung für die Entwicklung einer Staatswissenschaft¹⁸³. Der Parlamentarismus sei „das politische Regime *par excellence* des modernen Verfassungsstaates“. Dem hat eben das Deutsche Reich zugunsten eines „Halbabsolutismus“ den Rücken gekehrt. Der Parlamentarismus sei „seinem Wesen nach politisch“, während der Absolutismus bzw. „Halbabsolutismus“ juristischer Natur sein solle¹⁸⁴.

Die juristische Reduktion der Politik, die die deutsche Staatsrechtslehre bewirkt, entspricht also völlig der politischen Natur eines Systems, das eben von Grund auf unpolitisch sein will. Dem politischen Immobilismus des Zweiten Reiches entspricht die logisch-deduktive Methode eines Labands völlig: diese gründet auf der Vorstellung, wonach abstrakte, höhere, *unbewegliche* Rechtsbegriffe und Prinzipien den positiven Institutionen vorgegeben sind.

Die Begriffsjurisprudenz sei *die* einzige Methode der deutschen Rechtswissenschaft überhaupt und die staatsrechtliche Begriffsjurisprudenz sei *die* einzige Methode der

¹⁷⁸ Er bezieht sich auf den Beitrag von Georg Meyer in dem von Wilhelm Lexis herausgegebenen Band *Die deutschen Universitäten*, Berlin, 1893.

¹⁷⁹ *Deslandres*, La crise de la science politique, Revue du droit public, Bd. 13, 1900, S. 439.

¹⁸⁰ Ebend., S. 445.

¹⁸¹ Ebend., S. 443.

¹⁸² Ebend., S. 444.

¹⁸³ Ebend., S. 450.

¹⁸⁴ Ebend., S. 466 ff.

deutschen Staatswissenschaft¹⁸⁵: anhand dieser beiden Reduktionen weist Deslandres den Anspruch „der juristischen Methode“ zurück, das gesamte Gebiet der Politik und des Staates an sich zu ziehen.

Zwar weist er darauf hin, dass die Franzosen im Bereich des öffentlichen Rechts nur „wenige und widersprüchliche Bände“ produzieren, während die deutsche Literatur im Vergleich beeindruckend wirkt. Dies sei aber noch kein Grund dafür, den deutschen (Irr)Weg zu befahren. Es kommt dem republikanischen, politisch mobilen Frankreich zu, die adäquate, dem Parlamentarismus gewachsene Methode der Staatswissenschaft zu erfinden¹⁸⁶.

Um diese zu benennen, sei das Wort „Verfassungsrecht“ nicht das richtige: es sei eher ein „unglückliches“¹⁸⁷, das in sich die Gefahr der Juridifizierung der Politik trägt. Es sei also eine gesamte „*Politikwissenschaft*“ noch zu gründen und die so lang diskutierte „Krise“ besteht eben darin, dass diese Wissenschaft zum größten Teil sich als eine *anti-deutsche* konstituieren muss. Wenn wir die Position von Deslandres zusammenfassen, kommen wir zum folgenden Ergebnis: Staat und Politik seien Gegenstände einer umfassenden Wissenschaft, die nur zum geringen Teil nach juristischer Methode vorgehen muss und die sich also nicht nur auf *Verfassungsrecht* beschränkt; diese noch zu gründende Wissenschaft gehört aber voll und ganz dem Lernprogramm der rechtswissenschaftlichen Fakultäten an, die nun moderne Juristen und Staatsbeamte erzeugen müssen; das Gegenmodell sei die deutsche Staatsrechtswissenschaft.

¹⁸⁵ Die gerade 1900 veröffentlichte „Allgemeine Staatslehre“ von Jellinek und die dort vorgenommene Unterscheidung zwischen *sozialer* Staatslehre und *Staatsrechtslehre* konnte Deslandres zwar noch nicht in Betracht ziehen. Dennoch ist es unsachlich die ganze deutsche Literatur über den Staat und die Politik auf Laband zu reduzieren.

¹⁸⁶ Angelsächsische Literatur wird dabei völlig übersehen...

¹⁸⁷ *Deslandres*, *Revue du droit public*, Bd. 13, 1900, S. 441.

2. Les *Éléments de droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*

Le cours de droit constitutionnel est définitivement entré dans le programme de la licence en droit en 1889. Les *Éléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein (1848-1913) s'imposèrent, dès leur première édition (1896) et jusqu'à la mort de l'auteur, comme l'ouvrage de référence de la matière¹⁸⁸. Il s'agit de n'étudier que les constitutions qui « ont la liberté politique pour objet direct », Esmein reprenant cette formule à Montesquieu¹⁸⁹. Les objets propres du droit constitutionnel sont la forme de l'État, la forme du gouvernement et la garantie des droits individuels¹⁹⁰. Sa méthode est déterminée par l'histoire constitutionnelle. Elle serait purement descriptive si l'on ne pouvait trouver, à la base des constitutions modernes libérales, des « principes généraux de droit constitutionnel ». Or, de tels principes existent depuis le XVIII^e siècle, tout à la fois dans l'établissement du modèle britannique du gouvernement parlementaire ou de cabinet et dans la philosophie politique des Lumières que les Révolutions américaines et françaises ont pour ainsi dire constitutionnalisées. Ces principes ont donné naissance à un certain nombre de « types » institutionnels fondamentaux, à la fois parce qu'ils durent faire l'objet d'une « acclimatation » aux pays qui les recevaient, et parce qu'ils « étaient susceptibles, par des combinaisons diverses des mêmes éléments, de former un certain nombre de systèmes divergents ». L'étude du droit constitutionnel passe donc par la mise à jour des « institutions-types » et des « principes » dont procèdent les systèmes positifs. Elle prend par là un caractère théorique et scientifique¹⁹¹. La première partie de l'ouvrage

¹⁸⁸ Les manuels concurrents n'eurent, à l'époque déjà, que peu de résonance. On peut citer ceux de Saint-Girons (1884), Aumaître (1890), Moreau et de La Bigne de Villeneuve (1892). Voir : SACRISTE G., « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 4, 2001, p. 87. Les *Éléments* d'Esmein ont fait l'objet, après la mort de l'auteur, d'éditions augmentées par Joseph Barthélémy puis par Henri Nézard. On utilise la 8^{ème} éd., par Nézard (Sirey, t. 1, 1927, t. 2, 1928) en ne citant que les passages dus à la plume d'Esmein.

¹⁸⁹ *Éléments*, t. 1, préface à la 2^{ème} éd. (1898), p. XXIV.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 40.

¹⁹¹ Sur tous ces points et pour les citations : *ibid.*, pp. 75-76.

prépare donc l'analyse consacrée, dans la seconde partie, aux institutions de la III^e République et ordonne principes et institutions-types d'après leurs sources historiques respectives : ceux qui ont été « fournis par le droit de l'Angleterre » (respectivement, le gouvernement représentatif, le système des deux chambres, la responsabilité des ministres et le gouvernement de cabinet) et ceux qui furent « dégagés par la philosophie du XVIII^e siècle et proclamés par la Révolution française » – l'œuvre de la Révolution américaine, si elle apparaît dans le développement disparaît de l'intitulé du second titre de la première partie ! – (à savoir, la souveraineté nationale, la séparation des pouvoirs, les droits individuels et la théorie des constitutions écrites).

Esmein ne nourrit pas un goût excessif pour la science allemande du droit constitutionnel, pour les « abstractions germaniques » dont il prétend qu'elles ne sauraient pénétrer que « difficilement dans les cerveaux français »¹⁹². Le droit constitutionnel de l'Empire allemand et de ses États particuliers n'est pas un droit de la liberté moderne et il est donc écarté, comme la science allemande, des considérations d'Esmein¹⁹³. Pourtant il existe une certaine parenté de démarche entre la science d'Esmein et celle des Gerber et Laband. Une étude scientifique du droit constitutionnel n'est possible que si les institutions positives peuvent être rapportées à des principes et types plus généraux qui les expliquent. Par ailleurs, Esmein importe en France la théorie de la personnalité juridique de l'État qui fut la conquête décisive de la science allemande à travers l'œuvre de Gerber, nonobstant le fait que la célèbre définition de l'État « personnification juridique de la Nation », introduite dès la première page de l'ouvrage vient « franciser » la doctrine d'origine germanique : l'Empire allemand et les États particulier ne personnifient aucune « nation », leur personnalité est une fiction *abstraite* quand celle qu'attribue Esmein à l'État dans les pays libres est une fiction, certes, mais fondée, comme il y insiste sur la réalité nationale¹⁹⁴. La thèse de la personnalité de l'État sera puissamment contestée par Duguit, bien sûr, dans son *Traité de droit constitutionnel*, mais aussi par un auteur influent alors comme Henry Berthélémy¹⁹⁵. Enfin, comme dans la

¹⁹² *Ibid.*, p. 55.

¹⁹³ *Ibid.*, p. XXIV.

¹⁹⁴ Sur ce point, voir notamment : *ibid.*, p. 50.

¹⁹⁵ Outre son *Traité de droit administratif*, voir : « Le fondement de l'autorité politique », *RDP* 1915, p. 663.

doctrine allemande, l'État est une personne juridique singulière, d'une nature autre que celle des autres personnes collectives, cette singularité tenant à la puissance spécifique de l'État, la *souveraineté* qui en est une « qualité essentielle »¹⁹⁶. Le droit public en général – et le droit constitutionnel en particulier – est donc le droit applicable à l'organisation et à l'exercice d'une puissance particulière, publique, assise sur la souveraineté dont le titulaire est l'État, personne juridique singulière : une telle construction est analogue, dans son principe, aux constructions allemandes du *Staatsrecht*.

Une réception explicite des doctrines allemandes se heurtait bien sûr à la situation politique née de la guerre de 1870 ainsi qu'à la différence fondamentale qui séparait le régime républicain et la fédération de monarchies limitées qu'était essentiellement l'Empire. Par-delà ces obstacles, par-delà l'animosité française contre l'Allemagne¹⁹⁷, toutefois, les doctrines allemandes ne sont pas sans effets, ni incidences sur la pensée constitutionnelle française. Laband et Jellinek sont traduits. Les principaux auteurs français sont installés dans un dialogue vif et même parfois brutal. On peut dire que la pensée constitutionnelle française, de 1870 jusqu'à l'avènement du nazisme au moins, n'échappe pas à l'atmosphère intellectuelle plus générale de l'époque et que Claude Digeon a pu appeler la « crise allemande de la pensée française »¹⁹⁸.

En tout état de cause, des deux côtés du Rhin comme dans l'ensemble des pays où un ordre constitutionnel nouveau semble se stabiliser durant la seconde moitié du XIX^e siècle, le besoin se fait sentir d'une science du droit constitutionnel qui rompe avec la manière politique, militante et philosophique qu'on avait le plus souvent de traiter des constitutions jusqu'à la grande secousse de 1848. La figure du « professeur politique » cède devant le magistère du « constitutionnaliste juriste ». La question politique de la *légitimité* est écartée au profit d'une analyse de la seule

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁹⁷ Elle s'amplifiera bien sûr pendant la première Guerre mondiale. Chez les juristes, l'ouvrage publié en 1915 par Joseph Barthélémy (*Les institutions politiques de l'Allemagne*, Paris, Félix Alcan) en témoigne à l'envi.

¹⁹⁸ DIGEON C., *La crise allemande de la pensée française 1870-1914*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1992. Il suffit de relire les préfaces aux traités constitutionnels français pour saisir l'importance du positionnement à l'égard des thèses allemandes et, de la manière la plus exemplaires, les préfaces au *Traité de droit constitutionnel* de Duguit et à la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Carré de Malberg. Voir : JOUANJAN O., « Faut-il une au droit constitutionnel une théorie de l'État ? », *Revue universelle des droits de l'homme* 2003, p. 99.

légalité constitutionnelle des systèmes politiques, celle-ci ayant clairement pour but de les renforcer et les justifier. Les auteurs « politiques », entre 1850 et 1914 environ, glissent progressivement mais nettement au second plan. Aux États-Unis, la crise de la guerre civile, a entraîné un mouvement scientifique du même genre. Une *science normale* du droit constitutionnel, essentiellement positiviste, accompagne la normalisation des systèmes après les crises décisives qui marquent le milieu du XIX^e siècle.

IV – Le temps des crises

De manière générale et sous réserve de variations culturelles entre les pays ou d'exceptions limitées, un modèle positiviste de la science du droit en général s'est établi et, pour l'essentiel, domine en Europe et aux États-Unis durant la seconde moitié du XIX^e siècle. Ce modèle imprime à l'étude du droit constitutionnel ses méthodes, sauf – on l'a vu – en Espagne et aux États-Unis. Vers 1900, le paradigme positiviste conditionne largement la « science normale » du droit constitutionnel. Entre 1900 et 1930, l'on constate de puissantes réactions contre le modèle établi, celui-ci étant jugé trop « formaliste » et insuffisant à expliquer les réalités juridiques, à savoir le fonctionnement des systèmes constitutionnels ou le processus de la décision juridictionnelle. Cette réaction touche l'ensemble des branches du droit (réalisme américain, *sociological jurisprudence*, *freies Recht* ou *Interessenjurisprudenz* en Allemagne, critique de l'exégèse par Saleilles et Gény en France), mais elle touche spécialement le droit constitutionnel : son contenu immédiatement *politique* interdirait l'approche « purificatrice » qui constitue le dénominateur commun des différents positivismes, qui forme donc le cœur même du paradigme positiviste. Si l'on insistera ici sur ces réactions, il faut évidemment souligner que les positivistes et formalistes ne disparaissent pas purement et simplement de l'horizon. L'habitus de la science juridique « normale » s'est profondément ancré et, naïf ou théoriquement sophistiqué, le positivisme continue soit comme pratique quotidienne non questionnée, soit avec un raffinement épistémologique encore jamais atteint – et l'on vise bien sûr ici Kelsen et l'école de Vienne.

La réaction « réaliste » aux États-Unis

Cette réaction, menée à la fois contre la science « lagdellienne » du droit et la tradition ancienne du droit naturelle, est attachée au nom d'Oliver Wendell Holmes (1841-1935)¹⁹⁹. Holmes ne fut pas un universitaire : nommé à Harvard en 1882, il est désigné peu après juge à la Cour suprême du Massachusset et quitte son poste à la *Law School*. S'il est l'auteur d'un ouvrage très remarqué, publié en 1881 et basé sur les leçons qui lui avaient été demandées par le *Lowell Institute* de Boston, *The Common Law*²⁰⁰, sa célébrité et son influence durable résultent davantage de sa nomination à la Cour suprême des États-Unis (1902) et des opinions qu'il y défendit.

Même s'il est encore marqué, en 1881, par l'enseignement de Langdell, Holmes prend ses distances avec le formalisme dès le moment de la publication de *The Common Law*. « *The life of the law has not been logic: it has been experience* » : l'aphorisme restera célèbre et ouvre le livre. Les nécessités du temps, la morale dominante, les théories politiques, les intuitions politiques, conscientes ou non, les préjugés des juges font plus que n'importe quel syllogisme pour déterminer le contenu des décisions²⁰¹. Cette orientation réaliste et pragmatique²⁰² est beaucoup plus nettement affirmée dans l'article de 1897, par lequel Holmes marquera la science juridique de son temps, *The Path of Law*²⁰³ où il définit le droit comme « l'ensemble des prophéties relatives à ce que feront les cours, et rien de plus prétentieux que cela ». Il dénonce la « *fallacy of logical form* » : cela ne veut pas dire que la science du droit doive se faire sans principes, mais elle ne doit pas surévaluer l'importance de la cohérence du système. La logique est toujours prise dans l'écheveau des considérations pratiques, des héritages traditionnels qu'elle ne peut

¹⁹⁹ Sur Holmes : WHITE G.E., *Oliver Wendell Holmes*, 2^{ème} éd., Oxford University Press, 2006; HENETTE-VAUCHEZ S., Holmes, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 275.

²⁰⁰ Reprint, Kessinger Publishing, 2005.

²⁰¹ *The Common Law*, p. 1.

²⁰² Il faut souligner que Holmes est le contemporain des pères fondateurs de la philosophie pragmatique américaine, Charles Sanders Pierce (1839-1914), William James (1842-1910) et John Dewey (1859-1952). Ce dernier consacre de longs développements à Holmes dans « Logical Method and Law », *Philosophical Review*, vol. 33, 1924, p. 560.

²⁰³ *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 457.

par elle-même démêler. La cohérence des systèmes juridiques ne sera jamais qu'approximative. Le bon sens (*good sense*) est la béquille de la logique.

Europe continentale

Durant une période qui recouvre à peu près l'entre-deux guerres, la science du droit constitutionnel connaît une période de crise sur le continent européen : la « science normale » fondée sur le « paradigme » positiviste²⁰⁴ se voit de plus en plus contestée, ce qui ne signifie pas qu'elle s'effondrerait. C'est au contraire dans de telles périodes d'instabilité que les conceptions mises à mal tendent à réfléchir plus radicalement et à sophistiquer leurs fondations et leurs instruments. C'est en tout cas ce qui se passe, en Europe continentale : à partir de 1911 et de la publication de ses *Hauptprobleme der allgemeinen Staatslehre*, Hans Kelsen porte la science positive du droit à un niveau théorique et épistémologique jusque là encore jamais atteint et, comme l'on sait, son influence sera ample et profonde (école de Vienne). Sous plusieurs de ses aspects fondamentaux, cette école est préparée par l'œuvre, entrevue plus haut, de Georg Jellinek. On peut considérer que cette exigence de réflexion sur soi qui s'impose au positivisme participe directement de sa crise même. Si la crise éclate, en Allemagne, sous la République de Weimar, sa période d'*incubation* jusque vers 1890-1900²⁰⁵.

Les raisons de cette crise sont évidemment multiples. Elles doivent être rapportées aux puissants mouvements, d'ailleurs contradictoires, qui affectent l'environnement philosophique et scientifique dans lequel évolue la science du droit public : retour de l'idéalisme (néo-kantisme, néo-hégélianisme), refondation radicale de l'épistémologie positiviste des sciences naturelles (cercle de Vienne), montée en puissance des sciences sociales après Durkheim en France et Weber en Allemagne etc. Mais elles sont aussi liées à une certaine atmosphère culturelle d'après-guerre marquée par le pessimisme et la pensée du déclin (Spengler, Heidegger) : pour caractériser le *tempérament* dominant sous la République de Weimar, Walter Benjamin aura cette

²⁰⁴ Pour ces notions : KUHN T., La structure des révolutions scientifiques, 000

²⁰⁵ SCHÖNBERGER C., 000

formule très expressive, un « caractère destructeur »²⁰⁶. Enfin, bien sûr, la situation politique générale explique également cette crise : la révolution bolchevique imprime aux mondes bourgeois d'Occident le sentiment d'une apocalypse possible qui ranime une sorte de millénarisme diffus dont témoigne la « théologie politique » de Carl Schmitt. On doit ajouter le problème particulier à l'espace germanophone et à l'Europe centrale et orientale : il fallait que la science du droit constitutionnelle, qui s'était forgée sous l'empire de régimes constitutionnels essentiellement monarchiques se fasse la science d'un système encore jamais éprouvé dans ces pays, républicain et démocratique. Peu nombreux étaient d'ailleurs les constitutionnalistes sincèrement républicains, et s'il s'en trouvait, ils se recrutaient à vrai dire majoritairement – mais pas exclusivement – dans le camp des positivistes. Mais plus généralement, même dans les systèmes plus anciennement républicains et démocratiques comme celui de la France, la massification de l'espace politique prend une ampleur nouvelle et déstabilise de plus en plus l'équilibre parlementaire traditionnel par le poids de plus en plus considérable que prennent, dans le jeu politique et constitutionnel, les partis politiques. Cette évolution, combinée au spectre du bolchevisme et à l'avènement des fascismes, aboutit entre les deux guerres à mettre le problème de la « crise de l'État » au cœur de débats qui ne pouvaient épargner la science du droit constitutionnel.

La crise du droit constitutionnel participe, peut-on dire sans trop exagérer, de la même atmosphère que celle qui nourrit la montée des fascismes et l'on peut voir notamment une réelle continuité entre les doctrines irrationnelles ou pseudo rationnelles qui prospèrent en Allemagne sous Weimar et les conceptions constitutionnelles qui s'épuiseront à justifier le régime national-socialiste – Carl Schmitt en étant le plus célèbre exemple²⁰⁷. Le « caractère destructeur » – qui s'exerçait autant contre le positivisme que contre le régime républicain – s'acheva dans une (pseudo) science destructrice du constitutionnalisme occidental qu'exigeait la justification politique des régimes autoritaires et totalitaires qui s'établissent sur le continent.

²⁰⁶ Voir : RAULET G., *Le caractère destructeur*, 000

²⁰⁷ Ce point est notamment étudié par LEPSIUS O., 000

Le « conflit des méthodes et des orientations » sous Weimar

Le droit constitutionnel weimarien est marqué par un profond conflit qui touche à ses méthodes et, plus profondément, à ses « orientations », c'est-à-dire à la définition et à la délimitation de l'objet « droit constitutionnel » lui-même. Le principe de « pureté » qui a dominé la science juridique positiviste de la seconde moitié du XIX^e siècle est l'objet des plus vives critiques. Kelsen donne une fondation nouvelle à ce principe de pureté en fixant à la science du droit la tâche d'analyser logiquement un système spécifique de *normes*. La séparation radicale entre l'être (l'ordre des faits) et le devoir-être (l'ordre des normes) interdit au juriste de remonter en général d'une norme à un fait originaire et, particulièrement, du constitutionnel au politique. Les normes constitutionnelles ne peuvent être logiquement fondées que dans une norme plus originaire, fondamentale, qui n'est pas posée par une autorité mais seulement supposée, une « norme fondamentale » que Kelsen caractérisera plus tard comme une « hypothèse logico-transcendantale ». Elle boucle le système sur lui-même et enjoint au juriste de ne pas sortir du système des relations entre normes. Elle disqualifie la politique dans le droit.

Or, l'époque, l'entre deux guerres est, certainement, l'époque politique par excellence, prise dans le jeu de la polarité qu'établissent, en un affrontement mortel, le bolchevisme et les fascismes. Aussi, donnant à son discours de rectorat publié en 1927, le titre « Droit public et politique », Heinrich Triepel (1868-1946) touche-t-il au cœur du problème. Larvée jusque là, la « crise » éclate lors du Congrès que tient en 1926 l'*Association des professeurs allemands de droit public*, fondée en 1922 à l'instigation de Triepel. Consacré au principe d'égalité, la réunion voit s'affronter l'interprétation jusnaturaliste et conservatrice d'Erich Kaufmann à la version positiviste de Hans Nawiasky. Or, le thème de l'égalité était central : interprétée par la tradition positiviste (Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hans Kelsen) comme ne signifiant qu'une égale application des lois, l'« égalité devant la loi » venait de faire l'objet d'une interprétation nouvelle due à Gerhard Leibholz dans une thèse déjà fameuse et dans laquelle l'égalité devait s'entendre comme un principe général de prohibition de l'arbitraire s'imposant même au législateur. Derrière cette question, l'ensemble des thèmes fondamentaux du droit constitutionnel se trouvaient pour ainsi dire concentrés : la portée des droits fondamentaux en général, le rôle du juge à

l'égard des lois et la question de la justice constitutionnelle, la référence au droit naturel ou à des principes éthiques supra-positifs, la possibilité même pour la norme constitutionnelle de déroger à l'un des principes structurants du système, la place du législateur démocratique et l'équilibre des pouvoirs. Tous les débats ou presque qu'imposait le nouvel ordre constitutionnel, toutes les questions qu'on ne pouvait laisser dans le sommeil dogmatique où les avait enfermées la doctrine classique étaient ainsi libérés à travers le thème de l'égalité²⁰⁸.

Le conflit durera jusqu'à la chute de la République. Le positivisme, dont les deux figures éminentes, dans le droit constitutionnel, étaient Anschütz (1867-1948) et Thoma (1874-1957), se trouva être la cible d'attaques engagées sur des fronts politiques et théoriques fort divers. L'introduction méthodologique que Richard Thoma donne au grand *Traité de droit constitutionnel* qu'il coordonne avec Anschütz porte témoignage de la position défensive qu'a dû adopter le positivisme : on ne peut s'en tenir à la naïveté d'une science purement logique, l'interprétation du droit constitutionnel comportant toujours ou presque un irréductible jugement de valeur et donc une dimension *politique* ; un positivisme naïf tend seulement à masquer ce moment politique sans pouvoir l'éradiquer et à ce faire ainsi « cryptopolitique ». La question de la valeur était alors centrale, non seulement dans la science du droit et non seulement dans le débat épistémologique des sciences humaines (Max Weber), mais aussi dans certains courants philosophiques issus notamment de la phénoménologie (Max Scheler). Le conservateur « étatiste » Triepel ne voit dans le droit qu'un « complexe de jugements de valeur sur des conflits d'intérêts » et importe dans le droit constitutionnel la « jurisprudence des intérêts » développée par Philip Heck dans le droit privé : la méthode juridique par excellence est téléologique. Non moins conservateur et étatiste, Erich Kaufmann (1880-1972), philosophiquement marqué par Hegel et Nietzsche, défendait à la fois un droit naturel idéaliste et la figure de l'État fort, demandant, en même temps, que le droit constitutionnel en revienne « aux réalités de la vie sociale et politique ». Plus importante est la « théorie de l'intégration » que Rudolf Smend (1882-1975) développe dans la monographie qu'il publie en 1928, *Constitution et droit constitutionnel*, dans la mesure où cette théorie exercera encore une influence profonde sur une partie importante de la

²⁰⁸ Voir : JOUANJAN O., Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, *Economica*, 1992, p. 000.

doctrine constitutionnelle allemande et étrangère après 1945. L'État est un processus spirituel et continu d'intégration, les dispositions constitutionnelles participant au premier chef à l'effectuation de ce processus. C'est à partir de là qu'elles doivent être comprises, de leur rôle pour la vie de l'État et des individus. Contre Kelsen, Smend rejette l'idée que l'État puisse être conçu comme un simple ordre normatif. La constitution prend sens du point de vue fonctionnel de l'intégration. Il en résulte notamment une interprétation fonctionnaliste des droits fondamentaux qui ne doivent pas être compris d'abord comme des droits défensifs par lesquels la sphère individuelle est détachée, séparée et protégée de la vie étatique, mais comme des fonctions intégratives qui font de l'individu un citoyen de l'État. Le droit constitutionnel ne peut s'épargner les questions du sens et des valeurs, situation qui l'oblige à assimiler les méthodes des sciences dites « de l'esprit » (*Geisteswissenschaften*). Chez Carl Schmitt (1888-1985), le politique sature le discours constitutionnel, ce qui s'exprime dans cette fascination d'origine théologique qu'exerce sur lui le problème de la décision depuis une monographie de 1912 intitulée *Loi et jugement*. Le *décisionnisme* schmittien est l'antipode le plus radical au normativisme kelsénien : un tel normativisme est aveugle dans la mesure où il méconnaît que la norme présuppose la situation normale et ne la crée ni ne la garantit. C'est un droit constitutionnel émasculé, celui qui ne prend pas pour point de départ que, seule, la décision politique crée l'ordre constitutionnel et le maintient. D'où la polémique avec Kelsen sur le « gardien de la constitution » : un juge « apolitique » ne peut être le « gardien » d'un ordre constitutionnel qui est fondamentalement politique²⁰⁹. D'où la notion de « constitution positive », définie comme l'ensemble des décisions fondamentales du pouvoir constituant quant à l'unité politique et la distinction et la hiérarchie entre « constitution » et simples « lois constitutionnelles ». D'où la lutte contre le constitutionnalisme libéral et bourgeois dont le slogan est « État de droit » : comme si le droit pouvait effacer le politique, la norme la décision, la neutralité le conflit et l'abstrait, le concret. D'où la conception de la démocratie qu'expose la *Théorie de la constitution* (1928) : la démocratie ne peut être que l'acte immédiat – l'acclamation – d'un peuple conçu comme un sujet

²⁰⁹ Si le texte de Schmitt n'a pas fait l'objet d'une traduction française, la réponse de Kelsen a paru dans une traduction due à S. Baume : *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, Michel Houdiard, 2006.

homogène, les formes représentatives bourgeoises (la délibération, le scrutin secret) participant de cette tendance, mortifère selon Schmitt, à la dépolitisation, comme si la *discussion* pouvait évacuer la *décision*. Cette *hyperpolitisation* de la pensée constitutionnelle, avec d'ailleurs une sorte de fond mystique, n'est pas sans lien avec l'engagement de Schmitt en faveur du régime hitlérien. Il faut enfin évoquer la figure de Hermann Heller (1891-1933), adversaire acharné aussi bien du normativisme kelsénien que du décisionnisme schmittien, défenseur de la République de Weimar et social-démocrate mort prématurément dans l'exil espagnol auquel le nazisme l'avait contraint. Il laisse une importante *Théorie de l'État* inachevée, parue à titre posthume aux Pays-Bas en 1934, dans laquelle l'État est défini comme une « unité organisée d'action et de décision ». Cette simple définition démarque Heller tout à la fois de l'assimilation kelsénienne de l'État et du droit, de l'organicisme romantique, du « spiritualisme » sous-jacent de la théorie de l'intégration et de la mystique décisionniste. L'État est une entité qui ne se réduit pas à son droit, mais cette réalité doit être analysée par les moyens d'une sociologie empirique qui en dégage les structures. La science du droit ne s'abîme pas en une politique mais doit se connecter à une science politique objective. C'est sur la base de la mise en évidence des structures politiques et sociales existantes, que peut commencer le travail « dogmatique » du juriste, ses concepts prenant corps et sens grâce à l'analyse sociologique, même si sa méthode de travail avec ces concepts ne se confond pas avec celle du politologue. On mentionnera encore que Heller fut le plus important promoteur de l'idée d'un « État de droit social », une idée qui alimentera une littérature nombreuse après la guerre.

La crise du droit constitutionnel « classique » affecta l'Italie avec d'autant plus de force que, à l'époque où elle se propageait en Allemagne, le régime fasciste avait sapé les bases de l'ordre politique fixé depuis 1861 sans toutefois changer la Constitution. Dès 1919 – avant même la prise du pouvoir par Mussolini donc – l'introduction du suffrage universel avait modifié les données fondamentales du débat constitutionnel : l'affirmation de la souveraineté populaire réintroduisait, qu'on le veuille ou non, la question du pouvoir constituant et engageait une partie de la doctrine à repenser, en Italie aussi, les rapports entre droit constitutionnel et politique. La question du statut et de la fonction de l'exécutif, celle du statut et du rôle

des partis politiques – vite posée dans le contexte fasciste d'un parti unique – devinrent également centrales, les vieux modèles libéraux apparaissant obsolètes. Il y eut toujours une certaine résistance aux modèles formalistes, orlandien ou donatien, que représentait par exemple un auteur comme Carmelo Caristia (1881-1969) qui demandait en 1913 déjà que la science constitutionnelle italienne en finisse avec son « germanisme » pour revenir aux origines française et anglaise du droit constitutionnel italien²¹⁰.

Deux noms doivent être évoqués à cet égard, ceux de Costantino Mortati (1891-1985)²¹¹ et Vezio Crisafulli. S'ils firent, comme Santi Romano, des concessions au régime fasciste, ces deux auteurs participèrent activement à l'édification de la république démocratique après la guerre. On a pu d'ailleurs remarquer que « malgré les conditions négatives que l'état fasciste exerçait sur la recherche constitutionnaliste, celle-ci maintint, même sous la dictature, son sérieux scientifique antérieur »²¹².

Il en alla tout autrement de la doctrine constitutionnelle allemande sous le régime hitlérien. La discipline fut détruite, non d'ailleurs sans le concours actif d'un nombre significatif de ses représentants, ceux qui, déjà en place sous Weimar, mirent leur chaires au service du régime (par ex. Carl Schmitt, Otto Koellreutter qui rivalisèrent d'engagement et se détestèrent intensément), mais aussi la cohorte des « nouveaux promus » et dont la nomination était garantie par l'adhésion idéologique (par ex. Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff, Theodor Maunz, Gustav Adolf Walz, ou encore, le plus radical d'entre eux sans doute, le SS Reinhard Höhn, qui, avec Koellreutter, complota contre Schmitt). Les facultés de droit furent décimées : Kelsen, Heller, Kaufmann, Triepel, plus tardivement Leibholz encore durent quitter leurs fonctions ; Anschütz fut le seul juriste allemand à demander sa mise à la retraite anticipée pour des motifs clairement politiques. Les autres (Smend ou Thoma) continuèrent une activité académique tronquée, concentrée sur les domaines moins politiques du droit

²¹⁰ C. Caristia, « Degli odierni indirizzi del diritto costituzionale italiano », *Rivista di diritto pubblico*, I, 1913, p. 52. Voir Cassese, *op. cit.*, p. 41 sq. Ces attaques sont répétées, sur un ton très sarcastique, dans l'ouvrage que Caristiaz fait paraître deux ans plus tard : *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Turin, Fratelli Bocca, 1915.

²¹¹ Sur Mortati, voir l'importante étude, analysant particulièrement sa formation de LANCHESTER F., *op. cit.*, pp. 49 sq.

²¹² GALIZIA M., « Profili storico-comparativi del diritto costituzionale », *Archivio giuridico Filippo Serafini* 1963, p. 103.

administratif technique ou du droit financier (STOLLEIS 1999, pp. 246 sq. ; FRIEDRICH 1997, pp. 399 sq.)²¹³. La science juridique en général, et celle du droit public spécialement, fut déclarée par la doctrine alors triomphante une science « politique » et le positivisme devint l'ennemi principal. Mais cette « science » était comme un satellite sans fonction et sans objet, gravitant autour d'une planète noire, tournant sans fin autour de principes inconcevables – comme le *Führerprinzip* – de « concepts » troubles – la « communauté », la « race » – dont le seul effet fut de détruire l'ensemble des notions qui avaient structuré la matière jusque là – personnalité de l'État, droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, indépendance de la magistrature etc. – notions qui ne pouvaient résister à la politisation intégrale qu'on revendiquait. On organisa d'hallucinants débats, pour savoir si la théorie de la personnalité juridique de l'État était compatible avec l'idéologie de la « communauté », pour savoir si l'État hitlérien pouvait être qualifié « État de droit »²¹⁴ ... Le libelle et le pamphlet remplace le traité et le manuel : on assiste, entre 1933 et 1938, à une explosion des publications courtes, militantes, petits écrits de circonstances par lesquels les auteurs affichent publiquement davantage leur adhésion feinte ou réelle au régime que des thèses ou des doctrines. Les revues juridiques existantes sont « mises au pas », d'autres, entièrement contrôlées, sont créées. Les commentaires disparaissent. Quant aux manuels de droit constitutionnel, on en compte deux, celui de Koellreutter, qui conservait une forme traditionnelle, celui du jeune Ernst Rudolf Huber ensuite, l'élève de Schmitt, qui mobilisait des qualités intellectuelles indéniables et un savoir historique impressionnant pour établir la nouvelle science d'un droit constitutionnel essentiellement vide. Car, techniquement, le problème tenait à la disparition de tous les repères constitutionnels formels : quels lambeaux du texte de Weimar restaient-ils en vigueur ? Le programme du NSDAP tenait-il lieu de loi constitutionnelle ? Et que signifiait les

²¹³ Voir aussi les actes du congrès consacré par l'Association des professeurs allemands de droit public au sujet : DREIER H., PAULY W., « Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 60, 2001, pp. 10 sq.

²¹⁴ Sur ce dernier « débat » : STOLLEIS M., « Que signifiait la querelle autour de l'État de droit sous le Troisième Reich ? », in JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 373.

formes et les contenus constitutionnels si le système reposait tout entier sur une terrible métaphore, celle qui faisait du *Führer* la « loi vivante » de son peuple²¹⁵ ?

En Espagne, l'avènement de la Seconde République et la Constitution du 9 décembre 1931 donnèrent impulsion à une révision en profondeur des objets et des méthodes du droit constitutionnel. On a pu parler d'une « protoescuela del derecho constitucional » dont la principale figure fut celle de Nicolás Pérez Serrano (1890-1961) qui fonde en 1932 la *Revista de derecho público*. La guerre civile et la dictature franquiste (1936-1939) mit durablement un terme à ce renouveau mort prématurément. L'épuration massive des universités et la répression suffirent à faire taire toute doctrine constitutionnelle indépendante. Le régime ne repose d'ailleurs pas sur une constitution formelle mais sur un ensemble disparate de « Leyes Fundamentales » adoptées entre 1938 et 1967. La seule façon de réagir fut celle du silence : on ne s'intéressait pas au « droit constitutionnel » de la dictature²¹⁶. Avec la libéralisation très relative du régime dans les années 1960, certains des juristes influents de l'après-franquisme reçurent une formation essentiellement sociologique et politique dans certains centres universitaires où s'exprimait encore une culture de gauche, ainsi à l'Université de Barcelone auprès du professeur José Antonio González Casanova (né en 1935) dont le rôle fut considérable dans cette histoire. Mais l'on peut dire que, avec la transition démocratique de 1976-1978, la science du droit constitutionnel en Espagne n'était pas à reconstruire mais bien, plus radicalement, encore à faire (GARCÍA-PECHUÁN, in BOGDANDY et al., 2008).

Le conflit des méthodes et la science classique du droit constitutionnel en France

Il suffit d'évoquer les trois figures marquantes du droit public français vers 1920, Léon Duguit (1859-1928), Maurice Hauriou (1856-1929) et Raymond Carré de

²¹⁵ En langue française, voir : JOUANJAN O., « Remarques sur les doctrines national-socialistes de l'État », *Politix*, n° 32, 1995, pp. 97 ; « Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine juridique allemande du Troisième Reich », in D. GROS (dir.), *Le droit antisémite sous Vichy, Le genre humain*, 30-31, Seuil, 1996, pp. 463 ; « Nazisme », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, pp. 1058.

²¹⁶ Sur ce point : RUBIO LLORENTE F., « L'enseignement du droit constitutionnel en Espagne », in FLAUSS J.-F. (dir.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

Malberg (1861-1935) pour constater l'absence de « paradigme » et donc d'une science « normale » du droit constitutionnel.

Proche de Durkheim²¹⁷ et du « solidarisme » de Léon Bourgeois, Duguit entend détruire les constructions « métaphysiques » qui embarrassent le droit en général et le droit public en particulier et qu'on doit pour l'essentiel aux Allemands et à leur influence néfaste. Révoquant la pertinence des catégories traditionnelles (droit subjectif, personne morale, souveraineté, puissance publique, etc.), il cherche à fonder le droit dans le système réel des forces sociales et la distinction positive entre gouvernants et gouvernés, plutôt que sur des entités abstraites. Ce « réalisme » méthodologique auquel Duguit donne le nom d'objectivisme substitue aux « sujets » du droit des fonctions – qui résultent de la grande mécanique de l'interdépendance sociale – et des « situations subjectives » organisées par la « loi objective » dont le contenu résulte non pas de la volonté des gouvernants mais du jeu des forces sociales et de ce qu'on appellerait aujourd'hui leurs horizons d'attentes. Or le début du xx^e siècle est l'époque d'une grande transformation qui passe par l'avènement politique des masses et l'impossibilité donc de considérer leur rapport à l'État exclusivement sous le signe de la « domination », la *Herrschaft* allemande, et de la puissance. Le dogme de l' « État puissance », par lequel les Allemands propageaient sous les oripeaux de la science leur politique impérialiste et monarchique, et qui laisse entendre qu'une volonté pourrait être plus puissante que les autres – ce qui est positivement impossible – doit désormais laisser place à l'idée d' « État collaboration », c'est-à-dire un « groupe qui travaille », concours de volontés d'égales forces et où chacun contribue, selon sa spécialisation fonctionnelle, au développement de l'interdépendance sociale²¹⁸. Les idées de fonction et de service sont donc au cœur de l'État collaboration et culminent dans le « service public », c'est-à-dire toute activité réglée et contrôlée par les gouvernants et dont l'accomplissement est nécessaire à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale. Anthropologiquement, ce fonctionnalisme se fonde sur un

²¹⁷ Duguit fut quinze années durant le collègue de Durkheim à Bordeaux, mais son approche sociologique du droit constitutionnel précède les premières grandes œuvres de Durkheim. Sur ce point : GEPHARD W., *Recht als Kultur*, 2006, p. 000. Voir : DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, p. 484, « Un séminaire de sociologie », *Revue internationale de sociologie*, vol. 1, 1893, S. 201 (*La division du travail social* de Durkheim paraît en 1893).

²¹⁸ Voir spécialement la préface à la seconde édition du *Traité de droit constitutionnel*.

principe de continuité de l'individuel et du social (« Si l'homme devient plus social, il devient plus individuel [...] et, s'il devient plus individuel, il devient par là-même plus social²¹⁹ ») qui lui permet, dans la veine radicale du « solidarisme », de récuser tout à la fois l'individualisme libéral et le socialisme.

Chez Hauriou, en revanche, l'on voit s'amalgamer un jusnaturalisme d'inspiration aristotélo-thomiste à l'idée bergsonienne d'évolution créatrice. Le fondement jusnaturaliste justifie qu'on admette des invariants de base : le pouvoir, l'ordre et la liberté. Ces invariants sont pris, quant à leurs configurations positives, dans le mouvement évolutif d'une histoire qui tend à la vérité que représente la « civilisation axiale », celle de l'Occident en tant qu'équilibre sinon parfait du moins satisfaisant entre ces trois éléments constitutifs. Mais un tel équilibre ne serait que purement précaire s'il n'était tenu par une structure durable, c'est-à-dire non pas fixe, mais *évolutive*. Il ne serait que le point de rencontre contingent des effets produits par des forces aveugles et désordonnées : il ne ferait pas « civilisation ». L'*institution* est l'idée à travers laquelle se pense la cohésion durable des forces productrices de la civilisation. On ne peut penser les règles en tant que règles, ni la liberté comme liberté en dehors du cadre institutionnel qui les tient ensemble et qui fait donc émerger, entre le pouvoir et la liberté, l'ordre nécessaire. « Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions vivantes²²⁰. » L'institution n'est pas seulement cadre *objectif*, pure *forme* légale, mais alliage subtil des éléments objectifs, sans lesquels il n'y aurait aucune durabilité, et des éléments subjectifs, sans lesquels il n'y aurait pas de mouvement, d'évolution créatrice. Elle est l'élément médiateur qui permet à la fois de rejeter les « systèmes objectivistes » (Duguit ou Kelsen) et le subjectivisme radical de l'individualisme absolu. Elle est à la fois réalité objective, sociale et idée propulsive, l'« idée d'œuvre » ou d'« entreprise » qui anime le corps organique de l'institution. Elle permet de comprendre que les pouvoirs autant que les droits sont tout à la fois puissances subjectives et instances objectives. Elle est la notion clef du « spiritualisme réaliste », de l'idéal-réalisme d'Hauriou²²¹. L'idée d'entreprise qui est

²¹⁹ DUGUIT, L'État, le droit objectif et la loi positive, Fontemoing, 1901, p. 30.

²²⁰ HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey, 1929, p. 5.

²²¹ GURVITCH G., « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, p. 155. On peut bien voir, comme le fait Gurvitch, une dimension sociologique dans l'œuvre d'Hauriou, mais il s'agit alors d'une toute autre sociologie que celle qui

au fondement de l'institution conduit à privilégier, dans l'organisme étatique le pouvoir qui précisément peut seul porter cette idée, ce qui suppose une certaine concentration des réflexions et des volontés que seul réalise le pouvoir exécutif dans sa dimension, non pas « administrative », mais proprement « gouvernementale » : « Les matières gouvernementales, toujours nouvelles parce que la vie est *une continuelle création de nouveau* et toujours urgentes parce qu'intéressant le salut de l'État, ne peuvent pas attendre, pour être résolues, qu'on ait pris le temps de délibérer des lois. Elles réclament des solutions qui soient des entreprises. Or, le pouvoir exécutif seul est un pouvoir d'entreprise parce que seul il possède la synthèse de la conception, de la décision et de l'exécution²²². » Si l'État contemporain est « combinaison de la compétence et du pouvoir de domination », combinaison de la décision et de la législation, combinaison du « pouvoir minoritaire » et du « pouvoir majoritaire » – le premier désignant « l'autorité politique associée à la compétence » que l'on rencontre dans l'institution gouvernementale, le second, la souveraineté nationale s'exerçant à travers le pouvoir de suffrage et le pouvoir délibérant – la « primauté » revient au pouvoir qui seul peut porter *réellement, efficacement* l'idée d'entreprise, à savoir le pouvoir minoritaire²²³. Ainsi le constat empirique selon lequel, dans l'État moderne, le pouvoir exécutif domine²²⁴ se voit-il relayé par la construction « doctrinale » de l'institution : la « primauté du pouvoir exécutif », qui renverse la tradition rousseauiste et révolutionnaire, est à la fois *réelle* et *idéelle*, justifiée par l'idée d'entreprise²²⁵. L'on voit ici combien la position théorique d'Hauriou le conduit à élaborer un droit constitutionnel très singulier.

Comme l'œuvre de Duguit, la *Contribution à la théorie générale de l'État* (2 volumes, 1920-1922), le maître ouvrage de Raymond Carré de Malberg²²⁶, se présente largement comme un dialogue approfondi avec la science allemande du droit

inspire Duguit, son grand adversaire doctrinal, et surtout le juridique n'est pas réductible chez Hauriou au sociologique : la méthode sociologique, comme le remarque encore Gurvitch à juste titre, ne saurait *remplacer* la méthode juridique, mais seulement fournir à celle-ci son matériau social et réel.

²²² HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 385.

²²³ *Ibid.*, p. 27.

²²⁴ Voir : BARTHELEMY J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Giard & Brière, 1906.

²²⁵ HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 383 sq. Voir une excellente synthèse dans : MAULIN E., « Hauriou », CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 246.

²²⁶ Il faut aussi citer : La loi, expression de la volonté générale, Sirey, 1931 (réimp., Economica, 1984) ; Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Sirey, 1933 (réimp., Dalloz, 2007)

constitutionnel. Toutefois, alors qu'il s'agit pour Duguit d'un dialogue *négatif* visant à expliquer les raisons d'un rejet radical des théories allemandes tenues pour unanimement impérialistes, Carré de Malberg procède à un travail de *réception critique* de ces doctrines. À la différence tant de Duguit que d'Hauriou, Carré de Malberg rejette comme irrelevant pour la science du droit tout point de vue non strictement juridique et s'inscrit donc dans la ligne de pureté méthodologique de l'école classique allemande. Il trouve en Laband et Jellinek ses principaux inspirateurs. De sorte qu'il maintient, comme critère déterminant du droit public, celui de la *Herrschaft* et développe en conséquence son corollaire, la notion de puissance publique ou puissance de l'État (*Staatsgewalt*). La « collaboration » est sans doute une caractéristique de l'État moderne, mais une caractéristique socio-politique qui ne saurait interférer sur l'appréhension juridique du phénomène étatique qui tient en une réglementation des conditions d'exercice d'une puissance de domination. Le positivisme de Carré de Malberg est moins un positivisme de la loi qu'un positivisme « scientifique » : il faut ramener les systèmes constitutionnels à des principes, des notions fondamentales qu'il convient de découvrir dans les institutions mêmes dans la mesure où celles-ci les contiennent, de manière explicite ou non. C'est cet ensemble cohérent de principes et de concepts qui forme le fond même de ce que Carré de Malberg appelle la « réalité juridique ». Il est donc plus proche, ; méthodologiquement, de Laband que de Jellinek, en ce sens qu'on peut le dire « conceptualiste », « essentialiste », croyant à la réalité des « Universaux » juridiques²²⁷. Mais il s'agit pour ainsi dire d'opérer un déplacement du système conceptuel en décrochant la notion de la *Herrschaft* du principe monarchique allemand (et de la construction juridique de l'Empire de 1871) pour la raccrocher aux principes (vrais) de la Révolution française et de repenser, notamment, la théorie de l'organe, si prégnante dans la littérature germanique, à l'idée révolutionnaire de la *représentation*. Toute la construction de la personnalité juridique de l'État – par laquelle commence significativement la *Contribution* – se retrouve ainsi placée sous le signe de la représentation. Pour le dire brièvement, la théorie révolutionnaire de la

²²⁷ Sur cette question et sur la doctrine de Carré de Malberg en général, voir surtout : MAULIN É., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003. Des nombreuses autres études de cet auteur, on signalera seulement l'excellente synthèse : « Carré de Malberg », CAYLA O., HALPERIN J.-L., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 82. Voir aussi, bien sûr : BACOT G., *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. du CNRS, 1985.

représentation permet de construire l'État comme un sujet « corporatif », puissance qui n'est pas extérieure au corps des citoyens et donc non *hétéronome* par rapport à ceux-ci, même si – Carré de Malberg reprend une célèbre distinction rousseauiste – le citoyen est sous un autre rapport à l'État, en tant que *sujet* de la puissance publique. Il en résulte, par opposition à Hauriou, une centralité de la loi dans le système constitutionnel représentatif. Mais à un autre plan, purement théorique, cette construction de l'État comme « unité corporative » permet à Carré de Malberg, après Gierke et Jellinek, poursuivant un débat engagé par Léon Michoud²²⁸ et Ferdinand Larnaude²²⁹, de juridifier, précisément, le concept de domination, ce qui est la question centrale et redoutable de toute construction du droit public : « Seul ce concept permet de transformer cette puissance de fait en une puissance de droit. » (*Contribution*, vol. 1, p. 255).

Bibliographie

FELDMAN S.M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism. An Intellectual Voyage*, Oxford University Press, 2000.

FIORAVANTI M., *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milan, Giuffrè, 1979.

FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*, 2 vol., Milan, Giuffrè, 2001.

²²⁸ MICHOD L., *La théorie de la personnalité morale*, 2 vol., 1906-1909. Voir l'intéressante recension qu'en donne LABAND P., *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 27, 1910, p. 590.

²²⁹ LARNAUDE F., *Revue du droit public* 1910, p. 391.

GALLEGO ANABIRTATE A., *Formación y enseñanza del derecho público en España (1769-200)*. *Un ensayo crítico*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

HOLDWORTH W., *A History of English Law*, Londres, Methuen, Sweet & Maxwell, vol. XII, 3rd impression, 1977 ; vol. XIII, 2nd impression, 1976 ; vol. XV, 3rd impression, 1982.

JOUANJAN O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1815-1918)*, Paris, PUF, 2005.

STOLLEIS M., *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police (1600-1800)*, trad. Senellart, Paris, PUF, 1998.

STOLLEIS M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, C.H. Beck, t. 2 (1800-1914), 1992; t. 3 (1914-1945), 1999.

Notice personnelle

Olivier JOUANJAN, membre de l'Institut Universitaire de France (junior, 1996-2001), est professeur de droit public à l'Université Robert Schuman de Strasbourg et directeur-adjoint de l'Institut de Recherches Carré de Malberg. Il est également professeur honoraire à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau depuis 2004. Il a reçu, en 2006, le prix de la recherche étrangère en sciences humaines et sociales de la Fondation Alexander-von-Humboldt (RFA). Ses travaux portent particulièrement sur l'histoire moderne du droit allemand (*Une histoire de la pensée juridique en Allemagne [1815-1918]*, PUF, 2005).