

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

Spécialité : **Droit Public**

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée par

Andrés Abel RODRÍGUEZ VILLABONA

Thèse dirigée par **M. Jean-Charles FROMENT**

préparée au sein du Centre d'Études et de Recherche en Droit, Histoire,
Administration Publique (CERDHAP) dans l'École Doctorale de Sciences
Juridiques

La circulation de modèles juridiques

Les origines de l'État providence en
Colombie pendant les années trente et
l'influence du constitutionnalisme français du
début du XX^e siècle

Thèse soutenue publiquement le 12 novembre 2015, devant le jury
composé de :

M. Martial MATHIEU

Professeur d'Histoire du Droit à l'Université Grenoble Alpes, Président

M. Jean-Charles FROMENT

Professeur à l'Institut d'Études Politiques de Grenoble, Directeur

M. Mauricio GARCIA-VILLEGAS

Professeur de Droit à l'Université Nationale de Colombie, Membre

M. Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN

Professeur de Droit public à l'Université de Bordeaux, Rapporteur

M. Rodrigo UPRIMNY YEPES

Professeur de Droit à l'Université Nationale de Colombie, Rapporteur



LA CIRCULATION DE MODÈLES JURIDIQUES
LES ORIGINES DE L'ÉTAT PROVIDENCE EN COLOMBIE
PENDANT LES ANNÉES TRENTÉ ET L'INFLUENCE DU
CONSTITUTIONNALISME FRANÇAIS DU DÉBUT DU XX^E SIÈCLE

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA

2015

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

Résumé :

À la différence d'autres phénomènes juridiques, le déplacement du droit d'un lieu à l'autre s'inscrit dans une analyse beaucoup plus ample que celle du droit comparé. Les États sont mis en concurrence dans de nombreux domaines : la politique, l'économie, la protection sociale, les systèmes éducatifs, l'innovation, etc. Les systèmes juridiques se retrouvent également en compétition. Avec la mondialisation les échanges entre ceux-ci se sont multipliés, ouvrant la voie à un recours plus fréquent à la démarche comparative. Toutefois, la circulation du droit est une réalité qui intéresse la pensée juridique depuis toujours, mais qui ne commence à être traitée comme sujet à part entière que récemment. Pour le comprendre il convient de se rapporter à un cas spécifique, étant donné son caractère paradigmatique. Il s'agit de la réception du droit, de la doctrine et du régime constitutionnel français pendant les années trente du XX^e siècle en Colombie. Son examen servira comme support empirique d'un modèle explicatif du phénomène de la diffusion, d'un État à un autre, d'un droit formalisé et systématisé.

Mots-clés : Droit constitutionnel, Histoire du droit, Droit comparé, Circulation et greffes juridiques, Doctrine constitutionnelle française au début du XX^e siècle, Réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie.

Circulation of Law. The origins of the welfare state in Colombia during the thirties and the influence of the French constitutionalism at the beginning of the twenty century

Abstract:

Unlike other legal phenomena, law's moving one place to another is part of a much broader analysis than that of comparative law. States are in competition in many areas: politics, economy, social protection, education systems, innovation, etc. Legal systems are also in competition. With globalization, exchanges between them have proliferated, opening the way to more frequent use of comparative approach. However, the circulation of law is a reality that always interested legal thought, but it begins to be treated as a subject in its own right recently. To understand this, it should relate to a specific case, given its paradigmatic character. This is the reception of the law, the doctrine and the French constitutional regime during the nineteen-thirties in Colombia. Its review will serve as empirical support for a model explaining the phenomenon of diffusion, from one state to another, of a formalized and systematized law.

Key words: Constitutional law, Law's history, Comparative law, Legal transplants, Constitutional French doctrine in the beginning of the twenty century, Constitutional amendment in 1936 in Colombia.

La circulación del derecho. Los orígenes del estado social en Colombia durante los años treinta y la influencia del constitucionalismo francés de comienzos del siglo EE

Resumen:

A diferencia de otros fenómenos jurídicos, el desplazamiento del derecho de un lugar a otro se inscribe en un análisis mucho más amplio que el del derecho comparado. Los Estados se ponen en competición en numerosos ámbitos: la política, la economía, la protección social, los sistemas educativos, la innovación, etc. Los sistemas jurídicos también compiten entre sí. Con la globalización los intercambios entre ellos se han multiplicado, abriendo así la puerta a recurrir con más frecuencia al método comparado. Sin embargo, la circulación del derecho es una realidad que siempre ha interesado al pensamiento jurídico, aunque sólo desde hace poco comienza a ser un tema tratado sistemáticamente. Para comprenderlo conviene remitirse a un caso específico, dado su carácter paradigmático. Se trata de la recepción del derecho, de la doctrina y del régimen constitucional francés durante los años treinta del siglo XX en Colombia. Su examen servirá como soporte empírico de un modelo explicativo del fenómeno de la difusión, de un Estado a otro, de un derecho formalizado y sistematizado.

Palabras clave : Derecho constitucional, Historia del derecho, Derecho comparado, Circulación y trasplantes jurídicos, Doctrina constitucional francesa de comienzos del siglo XX, Reforma constitucional de 1936 en Colombia.

Con todo el amor para mis tres princesas : Gloria, Adelaida y Alicia

A la memoria de mi tía Haydee

A la memoria de Juan Fernando Jaramillo

Remerciements

Tous mes remerciements et ma plus haute considération se dirigent en premier lieu vers mon directeur de thèse, M. le Professeur Jean-Charles Froment qui a su, avec une extrême bienveillance et générosité, orienter mes recherches.

Je tiens ensuite à remercier M. Mauricio García-Villegas qui par sa patience, sa disponibilité, son enthousiasme, ses conseils avisés et la confiance qu'il m'a continuellement témoignée, m'a permis de terminer cette thèse dans les meilleures conditions possibles.

Je tiens également à exprimer ma profonde gratitude à mes parents, Abel Rodríguez Céspedes et Carmen Cecilia Villabona, à qui je dois tout, pour leur soutien inconditionnel. Je remercie mon frère, Francisco Luis, ma tante Nohora Teresa (qui m'a encouragé à commencer mes études en droit) et tous les membres de la famille Rodríguez et de la famille Villabona.

Un grand merci à mon épouse, Gloria Páez Castillo, pour son amour, sa patience et son courage à suivre pas à pas l'avancée de mon travail. Merci également à ma belle-mère, Esperanza.

Je voudrais aussi remercier Rodrigo Uprimny Yepes pour son soutien moral et intellectuel et pour être mon exemple à suivre.

J'associe à ce travail M. Genaro Sánchez Moncaleano, doyen de la Faculté de Droit, Sciences Politiques et Sociales de l'Université Nationale de Colombie, et à tous ceux qui dans ma chère Faculté m'ont accompagné pendant toutes ces années.

Que mon ami Jheison Torres Ávila soit également salué pour son soutien et solidarité.

Merci à Maria Alejandra, Claudia Bibiana, Mónica, Rafael Alberto, Elliot et César Augusto.

Sommaire

(Une table des matières détaillée figure à la fin de la thèse)

INTRODUCTION GÉNÉRAL	9
PARTI I. LES RAPPORTS ENTRE LE SYSTÈME JURIDIQUE ET LE DROIT QUI VOYAGE, LES TENDANCES AVEC LA SOCIÉTÉ	27
TITRE I. LES CONCEPTIONS TRADITIONNELLES SUR LA CIRCULATION DU DROIT	29
CHAPITRE I. LA TRADITION DU DÉTERMINISME SOCIAL SUR LE DROIT	31
CHAPITRE II. LA SUBORDINATION DU DROIT À L'ORGANISATION SOCIALE	86
CHAPITRE III. L'UNIVERSALISME DE LA PHILOSOPHIE ET DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ET LA CIRCULATION DE MODÈLES JURIDIQUES	113
CONCLUSION DU TITRE I	144
TITRE II. LES GROSSES OU TRANSPLANTATIONS JURIDIQUES : LE SÉMINAIRE D'UN DÉBAT	147
CHAPITRE I. LES ANTÉCÉDENTS : LA CIRCULATION DU DROIT DANS LES ÉTUDES D'HISTOIRE DU DROIT ET DE DROIT COMPARÉ PENDANT LE XX ^E SIÈCLE	149
CHAPITRE II. LE DÉBAT AUTOUR DE LA THÉORIE DES <i>LEGAL TRANSPLANTS</i>	178
CONCLUSION DU TITRE II	195
CONCLUSION DE LA PARTIE I	197
PARTIE II. LA RÉCEPTION DU CONSTITUTIONNALISME FRANÇAIS DANS LA DISCUSSION DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE	201
TITRE I. LES DÉBATS CONSTITUTIONNELS EN FRANCE AU TOURNANT DU XX^E SIÈCLE	203
CHAPITRE I. LES CONTEXTES : LE RÉGIME POLITICO-CONSTITUTIONNEL DE LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE	205
CHAPITRE II. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE AU TOURNANT DU XX ^E SIÈCLE	273
CONCLUSION DU TITRE I	363
TITRE II. LES INFLUENCES JURIDIQUES ET DOCTRINALES SUR LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE	367
CHAPITRE I. LES CONTEXTES : DROIT, POLITIQUE ET SOCIÉTÉ EN COLOMBIE À LA CHARNIÈRE DES XIX ^E ET XX ^E SIÈCLES	370
CHAPITRE II. RÉCEPTION ET ADAPTATION DES MODÈLES JURIDIQUES ÉTRANGERS À PROPOS DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936	434
CONCLUSION DU TITRE II	467
CONCLUSION DE LA PARTIE II	469
PARTIE III. LA DIFFUSION DU DROIT : ÉLÉMENTS POUR UN MODÈLE EXPLICATIF	472

TITRE I. LA DIFFUSION DU DROIT ET LES RAPPORTS ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES.....	477
CHAPITRE I. LA CAPACITÉ DU DROIT DE SE DÉPLACER ET SES LIENS AVEC LA SOCIÉTÉ..	479
CHAPITRE II. LES CONDITIONS DE RÉALISATION DE LA DIFFUSION DU DROIT : ENTRE	
INFLUENCE UNIVERSELLE ET MUTATION PARTICULIÈRE	495
CONCLUSION DU TITRE I.	511
TITRE II. LE PROCESSUS DE DIFFUSION DU DROIT.....	513
CHAPITRE I. LA MULTIPLICITÉ D’OBJETS DE DIFFUSION	515
CHAPITRE II. LA RÉALISATION DU PROCESSUS DE CIRCULATION	527
CONCLUSION DU TITRE II.....	547
CONCLUSION DE LA PARTIE III	548
CONCLUSION GÉNÉRALE	550
BIBLIOGRAPHIE.....	553
TABLE DES MATIÈRES.....	638

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les héritages juridiques de la Révolution française ont été divers, complexes et se sont illustrés sur le long terme¹. Il est évident que l'un des plus reconnus, voire le plus remarqué, a été la conception légale ou légicentriste du droit, c'est-à-dire la conception selon laquelle le droit est essentiellement constitué par un certain type de normes, les « lois », de caractère général et abstrait, qui sont aussi la manifestation de la volonté nationale représentée dans un organe chargé de l'exprimer². Cependant, au-delà de cette définition bien connue de la loi par rapport à sa généralité – la généralité de son objet et aussi de son origine –, la Révolution poursuit une évolution qui avait ses origines dans la doctrine rationaliste du droit naturel et qui allait continuer dans une conception du droit qui plaçait la loi au centre de l'ordre juridique³. Ce dernier est conçu ainsi comme un ensemble cohérent, complet et unitaire, et non comme un groupe de règles dispersées d'origine diverse. À cet égard le Code Napoléon va constituer le point d'aboutissement de cette évolution.

Cela montre bien le rapport complexe entre droit naturel et droit positif qu'impliquent les circonstances de 1789 : il s'agit d'une révolution faite au nom de certains principes de

¹ Comme l'explique J.-L. Thireau, les transformations de la forme et du fond du droit provoquées par la Révolution à partir de 1789 ont touché les sources, de sorte qu'au pluralisme juridique d'origine médiévale, qui persistait malgré les essais d'unification entamés par la monarchie absolutiste, a succédé un monisme radical, au moins en intention, reposant sur la loi. De plus, elles ont également eu des effets sur de nombreux domaines du droit privé et du droit public, sur les principes d'organisation de l'État, mais aussi sur ceux de la famille, la propriété et les successions (THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd., Paris, Flammarion, 2003, p. 271).

² Une partie importante des dirigeants révolutionnaires considérait que « c'est à la société d'assurer les droits des individus, par l'intermédiaire de la loi “ expression de la volonté générale », référence constante des articles de la Déclaration » des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Par conséquent, « l'inspiration dominante des Constituants français est légicentriste : marquée d'emblée par l'idée de “ volonté générale ” appelée à définir l'étendue et l'exercice des droits, et par le refus d'aucune autre autorité que le souverain en la matière » (FURET, François, *La révolution française, I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Paris, Hachette Littératures, 1988, p. 131 ; voir aussi : RIALS, Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, N° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, p. 84).

³ Pour cette raison « il faut se garder [...] d'opposer sans nuances un Ancien Régime où tout aurait été statique, archaïque, à un Nouveau Régime résolument moderne, qui aurait surgi d'un seul coup : tous les concepts, toutes les solutions qu'a imposés la Révolution n'étaient pas neufs et, si elle s'est voulue, dans le discours, en rupture complète avec la tradition, elle n'a jamais pu s'en affranchir totalement et n'a fait souvent que poursuivre et accélérer les mutations en cours » (THIREAU, J.-L., *op. cit.*, p. 269).

droit naturel, mais aussi d'un des moments le plus importants de l'évolution vers l'expansion du positivisme juridique, précisément par la conception légicentriste du droit. En outre, le droit conçu comme un système normatif n'est pas le seul élément que le positivisme emprunte au droit naturel. La loi élaborée par le législateur, comme le droit naturel duquel elle s'inspire, commence à avoir progressivement un caractère universel et non pas simplement national. La loi est l'instrument par excellence de la garantie d'un droit naturel universel, dont le principal défaut est l'éventuelle opposition à son exécution⁴. À partir de là, il n'est pas difficile de reconnaître l'universalité du droit naturel à l'instrument qui garantit son efficacité, c'est-à-dire la loi, même si elle a été promulguée par une assemblée dite « nationale »⁵. Si à cela l'on ajoute le rôle politique prépondérant que la France commence à avoir après la Révolution et pendant le XIX^e siècle, en Europe et par cette voie dans le reste du monde, on comprend assez facilement pourquoi le droit français, d'abord dans les déclarations de droits et constitutions, puis dans les lois et le Code civil, a été un droit d'« exportation », un droit en permanente circulation, un droit qui aime voyager.

Mais la loi n'a pas voyagé toute seule. En suivant le mouvement des grands philosophes des Lumières, la doctrine, d'abord dans sa forme de commentaire du Code civil et après au moyen de traités et de grands manuels s'occupant de tous les domaines juridiques, a également pris la route. Elle devient aussi influente que la loi au-delà des frontières, en langue française ou traduite dans plusieurs autres. Ceci est la conséquence d'une caractéristique structurelle de l'ordre juridique français : comme l'expliquent R. David et C. Jauffret-Spinosi, bien que « l'importance des sources législatives et des sources doctrinales [puisse] à notre époque, comparée à celle de l'ancien droit, se trouver inversée, notre droit n'en demeure pas moins un droit de juristes (*Juristenrecht*), conformément à la tradition »⁶. Si le droit en France existe dans les livres – *law in the books* comme disaient les réalistes américains – ce sont alors deux types de livres qui contiennent le droit : le « livre du code » et le « livre du professeur », auxquels va s'ajouter, dès la fin du XIX^e siècle, le « livre du recueil d'arrêts », en particulier pour le droit administratif. Ce droit jurisprudentiel constitue une véritable *law in action* que ces réalistes américains, impressionnés par le légicentrisme qu'ils croyaient dominant et perpétuel, n'ont pas toujours pu discerner.

Le droit français, en un sens très large qui inclut la loi, le code, la jurisprudence, mais aussi la doctrine, les institutions, voire les pratiques et comportements des acteurs juridiques, a exercé une influence considérable sur divers pays après la Révolution de 1789

⁴ Celle-ci est une conception très répandue parmi les auteurs du jusnaturalisme moderne. Par exemple, John Locke (1632-1704) affirme que « ce qui manque souvent dans l'état de nature, c'est le *pouvoir* d'appuyer et de soutenir une sentence lorsqu'elle est juste, et de lui *donner l'exécution* qui lui est due. Ceux qui ont injustement commis une offense manquent en effet rarement, lorsqu'ils en sont capables, de faire prévaloir leur injustice en recourant à la force : en de nombreuses occasions, cette résistance en rend le châtimement dangereux, et fréquemment mortel pour ceux qui veulent l'entreprendre » (LOCKE, John, *Le second traité du gouvernement: essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. Jean-Fabien Spitz, Paris Presses Universitaires de France, 1994, § 126, p. 91).

⁵ Voir en ce sens : SOLEIL, Sylvain, « Une étape dans la construction des droits fondamentaux : l'universalisme révolutionnaire français (1789-1790) », in HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (dir.), *Humanisme et droit. Mélanges Jean Dhommeaux*, Paris, Pédone, 2013, pp. 115-134.

⁶ DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd. Paris, Dalloz, 2002, p. 82.

et pendant les siècles suivants. Plus encore, « le modèle français a trouvé son expression la plus complète après la Révolution [...] À cette époque furent définis les fondements d'un système qui mérite largement le nom de " modèle ", car reçu comme tel dans de nombreux pays »⁷. Ce modèle est évidemment en concurrence avec d'autres ordres juridiques nationaux, mais toujours, si l'on peut utiliser une métaphore footballistique, dans la première partie du classement. Il est même possible que concernant le droit positif au sens strict, ses caractéristiques de généralité et d'abstraction et sa prétention à constituer un système normatif, lui ont permis une plus commode exportation, circulation et réception, face aux difficultés que peut rencontrer, par exemple, le transplant du modèle jurisprudentiel de la *common law* en raison du particularisme attaché au cas concret décidé par le juge.

Cependant, ce phénomène d'influence de la loi et de la doctrine française sur d'autres ordres juridiques est très complexe, beaucoup plus que ne l'ont imaginé les juristes qui en ont eu conscience. Cette complexité découle principalement du fait qu'en voyageant, le droit et la doctrine se transforment. En effet, même si les mots de la loi restent inchangés, même si la traduction est d'une si bonne qualité que le sens original est maintenu, la circulation du droit et de la doctrine implique presque toujours leur transformation. Cela dans la mesure où la réception d'idées ou de règles juridiques, voire de tout produit culturel – le droit est à cet égard loin d'être un phénomène isolé –, dans un lieu différent de celui qui les a vus naître et se développer, suppose un processus d'adaptation qui affecte nécessairement son contenu et sa portée. La vision qui nie toute originalité aux ordres juridiques nationaux qui se sont construits à partir de la réception d'un droit étranger, et qui a créé une espèce de « mythe de la copie », a affecté très profondément l'étude et la connaissance de ces processus de circulation des produits juridiques. Pour paradoxal que ce soit, et malgré la reconnaissance presque unanime d'une influence, on trouve peu d'intérêt dans les pays producteurs à étudier cette influence sur un droit que l'on considère comme la simple copie du droit original ; d'autre part, du côté du pays récepteur, on est plus intéressé à étudier le droit original que la façon dont le droit propre s'est développé à partir des opérations de réception et de transformation⁸.

Cette situation est évidente lorsque l'on constate que malgré l'incontestable influence du droit français sur les ordres juridiques de divers pays, les fondements, les caractéristiques et le parcours de cette influence n'ont fait l'objet d'un examen approfondi de la part des chercheurs français que récemment. En effet, il est difficile de trouver des études systématiques et exhaustives sur ce sujet, quoiqu'il y ait beaucoup de travaux où on l'évoque comme un élément complémentaire de l'analyse comparative, historique ou sociojuridique, ou qui le traitent par rapport à une branche spécifique du droit – notamment le Code civil⁹ – ou par rapport à un droit étranger en particulier¹⁰. On peut

⁷ GAMBARO, Antonio, SACCO, Rodolfo, VOGEL, Louis, *Traité de droit comparé : Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 2011, p. 221.

⁸ Voir en ce sens : LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 13-14.

⁹ Sur ce sujet voir les travaux indiqués plus loin (*supra* p. 471).

¹⁰ Voir par exemple : BIENNALE DE LA LANGUE FRANÇAISE (éd.), *L'expression du droit : le français, langue africaine et internationale, la jurisfrancité. Le Burkina Faso et la francophonie*, Paris, Biennale de la langue française, 2000 ; BONINI, Francesco, *Amministrazione e Costituzione: il modello francese*, Roma,

alors dire qu'un examen de l'influence de type synchronique s'est imposé aux études qui essaient de le développer du point de vue diachronique. S'il est possible d'identifier un point de rupture de cette tendance, on le trouverait en 1993 lors des Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant tenues à Nice, dont les rapports ont été publiés sous le titre de *La circulation du modèle juridique français*¹¹. Cet ouvrage développe ce sujet selon un schème géographique où la portée de la diffusion du droit français est définie dans plusieurs pays de l'Europe latine, de l'Amérique latine, du Maghreb et du Moyen-Orient, de l'Europe centrale, de l'Asie, de l'Amérique du Nord et en Grande-Bretagne. Les études qui l'intègrent abordent des questions telles que les éléments du modèle juridique français reçus dans chaque pays, les vecteurs de circulation (voies « violentes » ou « pacifiques », voies scientifiques, voies commerciales, voies directes ou indirectes), les modalités de la réception et les domaines dans lesquels celle-ci s'accomplit (spécialement les diverses branches du droit affectées par le phénomène)¹². Après cette première expérience d'analyse systématique sur la question, une autre contribution qu'il convient de remarquer est le rapport présenté en 2001 par le Conseil d'État sur l'influence internationale du droit français¹³. Il part d'un constat : « Le droit français a longtemps rayonné au-delà de nos frontières. Il a servi de référence à de nombreux législateurs étrangers, apporté sa contribution à la création d'un ordre juridique international, formé des générations d'étudiants et d'enseignants du monde entier à une méthode de raisonnement et une culture juridique propres à la France »¹⁴. Or, le rapport ne se cantonne pas à dresser un panorama de l'influence du droit français depuis la fin du XVIII^e siècle ; il évalue aussi les forces et les faiblesses de la France en la matière et propose les éléments d'une stratégie d'influence juridique. D'autres recherches ont dès lors été développées qui ont eu comme objet la diffusion internationale du droit français¹⁵,

Carocci ed., 1999 ; CALAMO SPECCHIA, Marina (a cura di), *La costituzione francese / La constitution française* (atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo. Bari, Università degli Studi, 22-23 maggio 2008), Torino, Giappichelli, 2009 ; GINOCCHI, David *et al.* (dir.), *Les modèles juridiques français et américain : influences croisées*, Paris, l'Harmattan, 2009 ; JACOBS, Beatrix, KUBBEN, Raymond, LESAFFER, Randall (eds.), *In the embrace of France: the law of nations and constitutional law in the French satellite states of the revolutionary and Napoleonic age (1789-1815)*, Baden-Baden, Nomos, 2008 ; LARROUMET, Christian (dir.), *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine*, Paris, Sénat, 2004 ; MARTINAGE, Renée (dir.), *Justice et institutions françaises en Belgique, 1795-1815 : traditions et innovations autour de l'annexion*, Hellemmes, ESTER, Centre d'histoire judiciaire de l'Université de Lille II, 1996 ; NAMMOUR, Fady, « Le modèle juridique français et le Moyen-Orient », in CABRILLAC, Rémy (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, Paris, Economica, 2011, pp. 71-82 ; REVERSO, Laurent, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIII^e siècle : influence française et spécificité*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 ; SARTORETTI, Claudia, *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale: riflessioni sul modello francese*, Torino, G. Giappichelli, 2008 ; TAPIA R., Mauricio, « Le modèle juridique français et l'Amérique latine », in CABRILLAC, R. (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, *cit.*, pp. 111-137.

¹¹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La circulation du modèle juridique français* (Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Nice et Gênes, 1993), Paris, LITEC, 1994.

¹² *Ibidem*, pp. 1-3.

¹³ CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *L'influence internationale du droit français : Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 juin 2001*, Paris, La Documentation française, 2001.

¹⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹⁵ Sans oublier les études précurseurs dirigées par J. Du Bois de Gaudusson (DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean (dir.), *La Révolution française et son influence sur les institutions publiques et privées contemporaines*, Lejona, Universidad del País Vasco, 1990), il convient de remarquer ceux développés par S. Soleil : SOLEIL, Sylvain, *Le modèle juridique français dans le monde : une ambition, une expansion, XVI^e-XIX^e siècle*, Paris, IRJS éd., 2014 ; ID., « Le succès des modèles juridiques français dans le monde au XIX^e siècle. Retour sur

bien qu'elles attirent spécialement leur attention sur l'influence normative, laissant presque de côté l'analyse d'autres types d'influences, comme celle exercée par la doctrine (c'est-à-dire la réception et de l'adaptation des idées juridiques d'un juriste français par des auteurs étrangers)¹⁶, ou par l'organisation judiciaire¹⁷ et la jurisprudence (c'est-à-dire « l'ensemble des décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit »¹⁸).

I. LE DÉPLACEMENT DU DROIT

Dans ce que l'on peut appeler la tradition juridique occidentale¹⁹, il est possible de trouver une forte opposition : quelques-uns affirment un profond lien entre le droit et la

quatre clefs d'explication », in Wojtyczek, K. (dir.), *Journées juridiques franco-polonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & Martin, 2013, pp. 557-594 ; ID., « Manéga en Bessarabie, Bello au Chili et Boissonade au Japon. Trois réformateurs du XIX^e siècle face au modèle juridique français », *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, N° 3, 2013 ; ID., « Lex Imperat : Creation and Exportation of the French Model of the Legality Principle (18th-19th C.) », in MARTYN, G., DUBBER, M. D., PIHLAJAMÄKI, H. (ed.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle – Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker et Humblot, 2013, pp. 145-168 ; ID., « La réception du modèle juridique français à l'étranger. Affaire de puissance ou de qualité technique ? », in COPPEIN, Bart, STEVENS, Fred, WAELKENS, Laurent (éd.), *Modernisme, Tradition et acculturation juridique*, Brussel, VWK, 2011, pp. 269-284 ; ID., « “ Ces sages lois que les autres peuples s'empressent à l'envie d'adopter...” ». Le recours à l'étranger dans la formation du concept de “ modèle juridique français ” », *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 86, N° 2, pp. 225-244 ; ID., « La formación del derecho francés como modelo jurídico », *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 28, 2006, pp. 387-398 ; ID., « Le Modèle juridique français : recherches sur l'origine d'un discours », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2003, N° 38, pp. 83-95. Voir aussi : BAÏSSUS, Jean-Marc, « Le droit français, modèle du droit continental ? », in CABRILLAC, R. (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, cit., pp. 11-22 ; RÍOS RODRÍGUEZ, Jacobo, *L'influence internationale du droit français*, Paris, Connaissances et savoirs, 2008.

¹⁶ Sur cette question en particulier voir : HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002 ; FERRANTE, Riccardo, *Dans l'ordre établi par le Code civil: la scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002 ; SOLEIL, Sylvain, « Modèles, réseaux et fonds juridique commun. Les ambitions de la doctrine comparatiste française (1900-1950) », in LE YONCOURT, Tiphaine, MERGEY, Anthony, SOLEIL, Sylvain (dir.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, pp. 305-324.

¹⁷ Voir par exemple : CENTRE D'HISTOIRE JUDICIAIRE DE LILLE (dir.), *Influence du modèle judiciaire français en Europe sous la Révolution et l'Empire*, Lille, Espace juridique, 1999 ; GILLET, Jean-Louis, « La Cour de cassation : un modèle pertinent de cour suprême ? », in CABRILLAC, R. (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, cit., pp. 53-60 ; HAUTEBERT, Joël, SOLEIL, Sylvain, (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Paris, Éditions Juridiques Techniques, 2008, 2 vols ; ROUSSEAU, Xavier et. al. (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe : modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, l'Harmattan, 1999.

¹⁸ SERVERIN, Évelyne, « Jurisprudence », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p. 209.

¹⁹ Il est possible de prendre comme point de départ la notion de tradition juridique occidentale entendue comme la « tradition du droit et de la légalité, de l'ordre et de la justice, qui court sur une très longue histoire, parmi les peuples d'Europe occidentale », notion proposée par H. J. Berman (BERMAN, Harold J., « Tradition juridique occidentale », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, Story-Scientia, 1993, p. 622 ; voir aussi WIJFFELS, Alain, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, PUF, 2010, pp. 8-9). Or, il convient aussi de ne pas oublier que cette tradition a eu une très remarquable capacité de circuler dans le monde et par divers moyens (la colonisation, le déplacement des membres d'une communauté, le prestige, etc.). Tout ceci sera en partie l'objet de la présente recherche.

société dans laquelle il régit, tandis qu'il a été toujours signalé la capacité qu'a le droit de se déplacer d'une société à l'autre. Pourtant, pendant les dernières décennies ce contraste se pose en termes moins divergents. D'une part, à l'égard de la deuxième posture il est difficile de nier que si le droit voyage il s'adapte aussi aux conditions des divers environnements ; d'autre part, le postulat selon lequel il y a une correspondance directe entre la société et son droit ne peut négliger ni le phénomène de la circulation de produits juridiques (en particulier de normes) qui se présente depuis toujours, ni son accentuation dans les temps récents en raison de ce que l'on connaît comme la « mondialisation » du droit. Quoi qu'il en soit, cette opposition persiste à la manière d'un lieu commun entre les juristes et se pose encore, mais dans une version nuancée, par la doctrine et quelques études de droit comparé, histoire du droit, sociologie juridique et théorie du droit²⁰.

Dans cette controverse, la portée des rapports entre une société et son droit est la question latente. Son importance est évidente et elle continue à être l'une des plus substantielles dans la connaissance scientifique du droit²¹. Les deux extrêmes de la controverse sur la circulation des divers éléments d'une culture et d'un système juridique ont été largement posés et développés. D'un côté – comme B. Z. Tamanaha l'explique –, parmi la profusion de théories sur le droit, sur sa définition, sa forme, les critères de son existence et validité, son rapport avec la morale, la contrainte et l'État, etc., « une commune présupposition peut être trouvée : *le droit est un miroir de la société, dont la fonction est celle de maintenir l'ordre social*. [...] Si fort est l'envoûtement de cette supposition qu'elle est systématiquement affirmée par les théoriciens sociaux et juridiques sans une évidence ou un argument qui le soutient, au sens de ce qui est évident en soi »²². D'un autre côté, d'autres auteurs n'admettent pas ce postulat et constatent la capacité du droit de se mouvoir d'un lieu à l'autre. Le droit comparé a certainement été l'un des milieux les plus disposés à ce type d'appréciations et l'on considère même que « le processus de l'étude comparative a probablement commencé par l'observation que les règles et principes du droit ou des institutions juridiques d'un autre État étaient, d'une certaine manière,

²⁰ On fera des nombreuses allusions aux auteurs qui forment cette opposition tout au long de la première partie de la thèse.

²¹ P. Lascoumes et E. Serverin précisent que « avec l'avènement du légalisme au XVIII^e siècle, s'est introduit dans le champ des philosophies du social un questionnement permanent sur les relations existant entre droit et société, entre sphère juridique et sphère sociale. La séparation du juridique et du social a produit en même temps la nécessité de "penser" l'écart par l'intermédiaire de la philosophie du droit, puis de la sociologie juridique » (LASCOUTES, Pierre, SERVERIN, Evelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et Société*, No. 2, 1986, p. 128). Pour D. Nelken « the task of a macro-social theory of law is two-fold: firstly to examine the nature of the connection between "law" and "society" and, secondly, to establish the specific, changing, relationship between the form, content and functions of law in particular societies at particular periods. Both these endeavours are interrelated in such a way that examination of one problem entails and contributes to the study of the other topic » (NELKEN, David, « Is There a Crisis in Law and Legal Ideology? », *Journal of Law and Society*, Vol. 9, No. 2, 1982, p. 177). C'est dans ce même sens que B. Tamanaha affirme que « a formidable threshold task in the project to construct a general jurisprudence is to come up with a characterization of the law-society relationship » (TAMANAH, Brian Z., *A general jurisprudence of law and society*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001, p. 1). Pour sa part, et du point de vue du droit comparé, A. Watson considère que « it would [...] be universally admitted that some degree of correlation *must* exist between law and society. For any theory to emerge from comparative law, it must be possible to delineate precisely this correlation; and this delineation should be in terms of factors that help to bring about or inhibit legal change » (WATSON, Alan, « Comparative Law and Legal Change », *Cambridge Law Journal*, Vol. 37, No. 2, 1978, p. 321).

²² TAMANAH, B., *op. cit.*, pp. 1-2.

supérieurs et ils devaient alors être délibérément imités ou adoptés »²³. Dans son rapport présenté à la commission d'organisation du célèbre Congrès international de droit comparé tenu à Paris en 1900, Raymond Saleilles (1855-1912) estime qu'outre son aspect théorique la science du droit comparé révèle un côté pratique d'un intérêt considérable. « Il s'agit en effet de rechercher l'influence que l'étude, et, par suite, la comparaison des lois étrangères, peut avoir sur le développement du droit national »²⁴. Or, ce qui est remarquable c'est la manière dont il reconnaît implicitement que ce phénomène rompt le lien supposé entre la société et son droit, raison pour laquelle le besoin d'adaptation s'impose :

« Si le législateur veut faire œuvre utile, il doit se garder de transporter ainsi, dans l'ensemble du droit national, un type d'institution pris sous sa forme abstraite. Il doit l'adapter aux traditions des pays, aux mœurs surtout, aux conditions de races et de milieux ; et si, pour cette adaptation, il est difficile de formuler *a priori* des lois générales, il peut être extrêmement utile cependant de s'éclairer par l'histoire, et d'essayer, en se reportant à certains exemples d'imitations un peu hâtives et d'adaptations purement factices, de définir à quelles conditions, et d'après quelles lois, ou enfin suivant quelles méthodes, les conclusions fournies par le droit comparé lui-même peuvent pénétrer définitivement dans le droit national et dans la vie d'un peuple »²⁵.

La reconnaissance de la capacité du droit de se déplacer suppose alors des conséquences profondes pour la caractérisation des rapports entre droit et société. On trouve même dans la doctrine juridique de certains pays, en particulier de ceux qui ont expérimenté un processus massif de réception des normes et d'autres éléments des systèmes juridiques étrangers, que la reconnaissance se rend ferme et l'imitation est conçue comme la caractéristique centrale de l'existence et l'évolution du droit entier ou d'une de ses branches. Un seul exemple, parmi plusieurs, peut être avancé, en particulier dans la perspective du cas concret objet de la deuxième partie du présent travail : en Colombie l'appréciation selon laquelle le droit a été le produit de l'importation de normes provenant de l'étranger est un lieu commun. C'est ainsi que l'un des plus éminents constitutionnalistes colombiens de la première partie du XX^e siècle, Tulio Enrique Tascón (1888-1954) dans un article de 1934 rédigé dans le cadre des débats sur les changements que méritait la constitution en vigueur (débats qui ont conduit à la réforme constitutionnelle de 1936), manifeste son étonnement quant au nombre des constitutions jusqu'alors promulguées. Pour cet auteur, il s'agit alors d'un « indésirable record » qui « n'a d'autre cause que le fait que nos hommes d'État ont prétendu construire l'État “ au moyen des bouquins ”, en développant des théories exotiques qui étaient à la mode ailleurs, ou par esprit d'imitation d'autres peuples, aux institutions desquelles nous voulions attribuer le progrès, la prospérité et la puissance, en reconnaissant à celles-ci des vertus magiques, dans le cadre d'une conviction que j'inclurais parmi les superstitions politiques de notre démocratie »²⁶.

²³ HUG, Walther, « History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, Vol. 45, No. 6, 1932, p. 1029.

²⁴ SALEILLES, Raymond, « Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du congrès », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905, tome I, p. 11.

²⁵ *Ibidem*, pp. 11-12.

²⁶ TASCÓN, Tulio Enrique, « La reforma constitucional », in ID., *Historia del Derecho Constitucional Colombiano: Lecciones de historia política dictadas en el Externado de Derecho y en la Universidad Libre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 19 (initialement publié dans la *Revista jurídica*, No. 234, Bogotá, Ed. Renacimiento, junio-julio, 1934).

Toutefois, dans ce même article Tascón soutient que la réforme de la constitution doit prendre en compte l'expérience d'autres pays : « La tendance moderne s'exprime en ce sens qu'il est interdit de reformer entièrement la constitution. La constitution la plus récente, l'espagnole de 1931, ne permet que des amendements partiels, et ceci est scientifique, parce que la constitution est le reflet de la structure, l'action et la vie d'un État, et il n'est pas concevable qu'à un moment donné une nation puisse changer radicalement d'aspirations, de besoins et même de façon d'être »²⁷.

Ces appréciations dévoilent une ambivalence entre l'imitation et l'originalité²⁸ qui fait partie des topiques que la doctrine a proposés sur l'évolution de la législation et la pensée juridique en Colombie et même en toute l'Amérique Latine²⁹. On arrive même à assurer que dans ce pays le droit se développe à travers la copie de normes et institutions étrangères qui ne s'accordent pas avec les particularités sociales, économiques et culturelles. Cependant, après cet appel à l'originalité et à tenir en compte les caractéristiques

²⁷ *Ibidem*, p. 23.

²⁸ En Colombie ce type d'ambivalence n'est pas propre au droit public. L'un des plus célèbres civilistes colombiens, Arturo Valencia Zea (1913-1993), lorsqu'il se propose de déterminer les tendances juridiques qui ont influencé sur Andrés Bello dans l'élaboration de son projet de Code Civil (préparé d'abord pour le Chili et puis adopté en Colombie), explique que « dos afirmaciones grotescas debemos repudiar. La primera, creer que el Código de Napoleón es el padre espiritual del Código de Bello. Y la segunda (más ridícula aún), pensar que aquellas instituciones que no coinciden con el Código de Napoleón, fueron inventadas por Andrés Bello (para lo cual le atribuyen especiales dotes de jurista y de genio). Bello no merece tanta deshonra ni tanto honor ». Pour Valencia Zea le fait que Bello n'a pas simplement traduit et copié le Code de Napoléon de 1804 ne signifie pas qu'il aurait composé un corps normatif entièrement original, raison pour laquelle le premier auteur n'exclut pas l'influence étrangère sur le code colombien. Sa conclusion est nette: « la obra de Bello representa simplemente la expresa recepción del derecho civil vigente en Europa en el siglo XIX » (VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil: Parte General y Personas (tomo I)*, 13^a edición, Bogotá, Temis, 1994, p. 35).

²⁹ En ce qui concerne les autres pays de l'Amérique Latine, on peut aussi avancer quelques exemples. En Argentine, Juan Bautista Alberdi (1810-1884), l'un des juristes les plus influents dans l'élaboration de la Constitution de 1853, manifeste cette ambivalence entre l'imitation et l'originalité dans son œuvre principale, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852). D'un côté, il soutient que « la libertad que pasa por americana, es más europea y extranjera de lo que parece » (ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915, p. 15); mais, d'un autre côté, à cet époque il n'y avait pas beaucoup d'auteurs qui comme lui ont prévenu de procéder à une « imitación errónea de esos grandes modelos [la France et les États-Unis], a que todavía nos inclinamos los americanos del Sud » (*ibidem*, p. 11), étant donné que « las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe; y toda la teoría de Montesquieu sobre el influjo del clima en la legislación de los pueblos no tiene otro significado que éste » (*ibidem*, p. 112). Pour le cas du Brésil, Afonso Arinos de Melo Franco (1905-1990), en expliquant l'origine et les particularités de la constitution de 1824, précise que « o Império luso se inclinou naturalmente para o exemplo inglês, seja diretamente no seu direito parlamentar costumeiro, seja indiretamente, no direito escrito, através da influencia da Monarquia parlamentar francesa » (ARINOS DE MELO FRANCO, Afonso, « O constitucionalismo brasileiro na primeira metade do século XIX », in MANTILLA MOLINA, Roberto L. (dir.), *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México D. F., Publicaciones de la Facultad de Derecho UNAM, 1957, p. 286) ; mais il reconnaît aussi un certain degré d'originalité, parce que, lorsque « toda a super-estrutura das instituições monárquicas tinha sido transportada improvisadamente e às pressas para o Brasil, em virtude da invasão de Portugal pelo exército francês », il y a plutôt eu « uma justaposição mais do que uma transferência de instituições » (*ibidem*, pp. 301-302). Il est en plus possible de prendre en considération des références provenues d'ailleurs, comme celle présentée par M. Galanter qui cite les mots d'un procureur général de l'Inde : « For over a hundred years distinguished jurist and judges in India have, basing themselves upon the theories of English common law and statutes, evolved doctrines of their own suited to the particular need and environment of India. So has been built up on the basis of the principles of English law the fabric of modern India law which notwithstanding its foreign roots and origin is unmistakably Indian in outlook and operation » (GALANTER, Marc, « The Aborted Restoration of "Indigenous" Law in India », *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 14, No. 1, 1972, pp. 63).

essentielles de la société colombienne pour l'élaboration des normes juridiques, le recours au droit étranger se manifeste à nouveau, comme s'il était nécessaire de s'appuyer sur les expériences des autres pays et éviter ainsi l'aventure de suivre des formules qui n'ont pas encore été essayées. L'histoire politique et juridique colombienne est traversée par cette ambivalence entre imitation et originalité et il semblerait que la première alternative l'emporte sur la seconde, car on est fatalement destiné à copier³⁰.

Malgré l'ascendant de l'idée du caractère mimétique du droit en Colombie, la doctrine ne l'admet pas intégralement. Ce que l'on ne voit pas c'est que si le droit d'un pays est le produit de la réception de normes d'un autre pays, il ne s'attache pas aux conditions structurelles de la société dans laquelle il régit. En d'autres mots, comme le droit d'une société peut être l'imitation du droit d'une autre société, il n'y a pas un lien nécessaire de ce droit ni avec la société qui l'a reçu ni avec la société qui l'a engendré parce qu'il a la capacité de s'en séparer et d'être institué ailleurs. De la même façon que la métaphore du « miroir » cherche à expliquer le rapport entre droit et société, le topique sur le caractère mimétique du droit implique de profondes conséquences sur la manière dont est conçu ce rapport, conséquences qui sont laissées de côté par quelques-uns de ceux qui l'affirment.

Ce topique se réfère à un phénomène qui a été désigné à l'aide d'une grande diversité de termes. Outre ceux d'imitation et de copie, l'on trouve aussi des expressions telles que transplantation, transposition, propagation, transfert, importation, exportation, réception, influence, circulation, dialogue, communicabilité, mélange, mobilité, greffe, diffusion, migration, assimilation, adaptation, acculturation et beaucoup d'autres³¹. Le phénomène est également courant et ancien³², dans la mesure où les systèmes juridiques sont « formellement fermés et matériellement ouverts »³³, et que « le mouvement des institutions

³⁰ Cette situation est mise en lumière par D. López Medina lorsqu'il s'interroge sur l'hypothèse selon laquelle en Colombie « éramos, en un principio, copias europeas y ahora quizás, copias norteamericanas » (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, cit., p. 3). Or, il faut signaler que cette hypothèse c'est celle qui va être critiquée tout au long de sa recherche.

³¹ Pour W. Twining, « transplantation, transposition, spread, transfer, import/export, reception, circulation, mixing, and transfrontier mobility are just a few of the terms that have been suggested, used or bandied about » (TWINING, William, « Diffusion and Globalization Discourse », *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, No. 2, 2006, p. 510). La question des termes, expressions et métaphores appropriés pour dénoter le phénomène du déplacement des divers éléments d'un droit ou d'une culture juridique d'un lieu à un autre sera traitée dans la troisième partie (*infra* p. 494).

³² LE QUINIO, Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011, p. 131. L'antiquité du phénomène est mise en relief lorsque W. Hug rappelle que « it is now well established that some of the Greek city states adopted the law of others, either as a whole or in parts; this, however, was not regarded as an adoption of foreign law but merely as an adoption of a better form of their own. But it is not unlikely that the same process of adoption or imitation of foreign law took place on a larger scale in the ancient world, and the intensive research in ancient legal history which is now under way might well result in throwing light upon the influence or the interdependence of one antique legal system on another » (HUG, *op. cit.*, p. 1029). Pour sa part, G. Del Vecchio soutient que « ce fait a une telle extension et est si riche de conséquences dans toute l'histoire humaine que, sans sa considération, il ne serait pas possible de comprendre exactement le développement d'un système juridique quelconque, soit antique, soit moderne » (DEL VECCHIO, Giorgio, « La communicabilité du droit et les doctrines de G.-B. Vico », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, LGDJ, 1938, vol. II, § 111, p. 591).

³³ PFERSMANN, Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53, N° 2, 2001, p. 277. En effet, au moins pour ce qui concerne les systèmes juridiques étatiques, « toute norme juridiquement valide appartient au système considéré parce qu'une autre norme du même ordre lui attribue cette propriété ; et uniquement les normes produites selon les

et des idées est transfrontalier et une telle transmigration est une phase naturelle dans le développement juridique »³⁴. Néanmoins, la diffusion du droit était souvent étudiée, et il l'est encore, « comme un aspect d'un autre sujet, tel que celui de la colonisation, le régime impérial, le droit et le développement, la transition à une économie capitaliste, ou l'histoire détaillée du droit locale. Or, il y a parfois des occasions où il vaut la peine de se concentrer sur les processus de diffusion en tant que tels »³⁵. Toutefois, il semble que la recherche juridique n'ait trouvé ces occasions que récemment et, jusqu'alors, l'analyse avait maintenu sa dispersion et son caractère superficiel et préliminaire. Comme l'explique M. Graziadei³⁶, tandis que la réception du droit romain en Europe a été un sujet d'intérêt académique au moins depuis le XIX^e siècle³⁷, le traitement des greffes et réceptions comme un phénomène général ne devient un topique majeur de l'analyse en droit comparé que dans les trois dernières décennies du XX^e siècle, après la publication des études précurseurs qui paraissent aux environs des années soixante-dix³⁸.

Qui plus est, non seulement les études qui s'en occupent mais encore le phénomène lui-même semble s'être amplifié radicalement au cours des dernières décennies. Plusieurs facteurs expliqueraient cette évolution. Parmi ceux-ci J. Fedtke souligne la chute du socialisme en Europe de l'Est vers la fin des années 1980 et les divers effets qu'elle a entraînés dans le monde entier, le projet de nombreux pays de rejoindre l'Union européenne ou de développer des relations commerciales avec les États-Unis, la progressive démocratisation des régimes politiques de certains pays de l'Afrique et de l'Amérique latine, l'imposition du système de libre-échange pour le commerce mondial et des règles harmonisées à l'échelle internationale pour la protection de la propriété intellectuelle et, finalement, la tendance, quelques fois sans beaucoup de succès dans la pratique, à une plus ample reconnaissance des droits humains³⁹. Dans ce contexte, la diffusion de normes, institutions et doctrines juridiques au-delà des frontières politiques ou des différences culturelles trouve de moins en moins d'obstacles, à tel point que les distinctions tracées par les comparatistes entre différentes « familles » ou « systèmes »

formes prévues appartiennent à un ordre juridique donné. En revanche, tout contenu d'une norme juridique simplement possible peut devenir celui d'une norme d'un système juridique actuel, à moins qu'une norme déjà en vigueur dans ce système s'y oppose » (*ibidem*, pp. 277-278).

³⁴ ÖRÜCÜ, Esin, « Law as Transposition », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 2, 2002, p. 205.

³⁵ TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 239.

³⁶ GRAZIADEI, Michele, « Comparative Law as the Study of transplants and reception », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 442.

³⁷ Ceci est spécialement évident dans le cas de la doctrine juridique allemande. On abordera les analyses sur la réception du droit romain en ce pays de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) (*infra* pp. 58), d'Eugen Ehrlich (1862-1922) (*infra* pp. 68), et de Max Weber (1864-1920) (*infra* pp. 96), tout comme les considérations sur ce phénomène dans l'historiographie juridique allemande du milieu du XX^e siècle (*infra* pp. 150).

³⁸ Il s'agit notamment du livre d'Alan Watson intitulé *Legal transplants : an approach to comparative law*, dont la première édition date de 1974. De cette ouvrage et des autres travaux qu'à la même époque ont commencé à s'intéresser ponctuellement à ce sujet nous nous occuperons dans le titre II de la première partie (*infra* pp. 179 et suiv.).

³⁹ FEDTKE, Jörg, « Legal transplants », in SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham (UK), Elgar, 2006, p. 343.

juridiques ne pourraient plus être soutenues. De fait, l'une des manifestations les plus évidentes du phénomène appelé « mondialisation du droit » est justement la diffusion dans de nombreux pays de divers éléments d'un ou plusieurs systèmes juridiques⁴⁰. Plus encore, elle est définie plus concrètement comme l'exportation de certains éléments clés de la culture juridique anglo-saxonne de la *common law* dans lequel le droit américain occupe une place prééminente, de sorte que l'on parle de l'« américanisation du droit » pour identifier la version actuelle de la mondialisation juridique⁴¹.

II. LE DROIT QUI SE DÉPLACE

Le sens et la portée du phénomène de la circulation de divers composants des ordres juridiques dépendent bien évidemment de la conception du droit qui sert de fondement pour son analyse. La question ici est de savoir la nature des objets qui se déplacent lors de la diffusion du droit. On peut prendre comme point de départ une conception élémentaire du droit qui l'entend comme « l'ensemble des règles en vigueur dans un ordre juridique donné »⁴². Celle-ci est la conception la plus répandue tant dans la théorie que dans la pratique et dans la mesure où elle suppose que le droit est essentiellement constitué par des règles ou des normes⁴³, cette conception est habituellement placée au centre du normativisme⁴⁴. Pour autant, il s'agit d'un normativisme au sens large, car il comprend d'autres réalités normatives outre les lois, telles que les principes, les arrêts des juges, les règlements de l'administration, les accords entre les particuliers, etc. De plus, l'on se demande si les normes juridiques doivent correspondre à certaines valeurs, comme la morale ou la justice ; si elles ont leur origine dans un acte des autorités étatiques, dans l'ensemble du peuple, dans la volonté du souverain, etc. ; si elles s'adressent uniquement aux fonctionnaires, en particulier aux juges, ou à tous les membres d'une société ; si leur existence dépend de son efficacité ou de leur caractère coercitif. Toutefois, malgré son

⁴⁰ HALPÉRIN, Jean-Louis, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 23.

⁴¹ Selon B. Audit, l'aspect premier du mouvement de mondialisation est la libéralisation des échanges, « mais en raison du poids économique des États-Unis, il s'accompagne d'une forte influence culturelle, au sens le plus large du mot. En ce qui concerne le droit, cela se traduit au premier chef et directement par une implantation de pratiques américaines. Mais aussi par des phénomènes sociologiques plus vastes : une propension nouvelle à invoquer le droit et à recourir aux tribunaux » (AUDIT, Bernard, « L'américanisation du droit. Introduction », *L'américanisation du droit* (Archives de philosophie du droit, n° 45), 2001, p. 7 ; en ce sens voir aussi : HEYDEBRAND, Wolf, « From Globalisation of Law to Law under Globalisation », in NELKEN, David et FEEST, Johannes (ed.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 117 ; KELEMEN, R. Daniel, SIBBITT, Eric C., « The Globalization of American Law », *International Organization*, Vol. 58, N° 1, 2004, pp. 105-111).

⁴² ARNAUD, André-Jean, « Droit », in ID. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p. 108.

⁴³ Comme l'explique O. Pfersmann, c'est Hans Kelsen qui utilise le terme « norme » pour « désigner un concept plus général que celui de “règle” ou de “loi”, couvrant toutes les variétés d'obligations, de permissions ou d'interdictions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc.) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation. Si l'on suit cet usage, on pourra réserver le terme de “règle” pour des normes de portée générale, mais cette distinction, permettant d'éviter bien de malentendus, ne s'est pas imposée sans partage » (PFERSMANN, Otto, « Norme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1079).

⁴⁴ TROPER, Michel, « Normativisme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1074.

évidente importance, ces questions sur les normes juridiques ne se rattachent pas directement au sujet spécifique de sa nature, à la question ontologique par excellence sur « ce qu'il y a » dans le droit⁴⁵.

En ce sens, K. Opalek propose une classification qui distingue trois conceptions des normes juridiques : les normes conçues comme propositions, les normes conçues comme « faits idéals normatifs » et les normes conçues comme régularités de comportement⁴⁶. Comme la deuxième catégorie partage le caractère idéal ou immatériel de la première, cette classification peut être réduite à la distinction entre norme comme proposition juridique et norme comme régularité de comportement. Dans le premier cas, la norme, en tant que proposition, est une unité sémantique à caractère idéal ou mental (de la même façon que les entités mathématiques et les entités logiques), le sens de certains énoncés, plus ponctuellement une signification prescriptive par laquelle l'on n'exprime pas l'idée que quelque chose est, mais l'idée que quelque chose doit être. Il s'agit d'une conception idéaliste ou conceptuelle du droit, car elle le représente comme une réalité constituée exclusivement par des prescriptions, concepts, doctrines et méthodes de raisonnement, conception avec laquelle est fréquemment lié le normativisme. Dans le deuxième cas, pour autant que le comportement humain se déroule dans l'espace et le temps, les normes acquièrent une nature manifestement empirique ou factuelle. C'est ainsi qu'il est possible d'identifier deux ontologies sur les réalités qui conforment le droit : d'une part, celui-ci peut être conçu comme un complexe des phénomènes à caractère empirique, qui inclut les comportements réguliers des membres d'une société et leurs attitudes collectives, les conséquences sociales de ces comportements, les diverses structures de ces mêmes sociétés et d'autres réalités de nature factuelle ; d'autre part, les conceptions juridiques idéalistes et la plupart des théories normativistes considèrent que les normes qui forment les ordres juridiques ne sont que des prescriptions qui, en tant que telles, demeurent des entités à caractère conceptuel. Elles n'existent que dans notre univers mental et sont l'objet de nos opérations rationnelles.

Presque toutes les études et commentaires que l'on peut trouver sur le déplacement du droit partent de la conception normativiste, et donc idéaliste, de celui-ci, du moins jusqu'à récemment, ce qui, par ailleurs, arrive aussi dans le cas des analyses d'autres types de phénomènes juridiques⁴⁷. Plus encore, comme le souligne P. Legrand, « les spécialistes de “ greffes juridiques ” ont catégoriquement embrassé la conception formaliste du “ droit ”. C'est ainsi que le “ juridique ” est, en substance, réduit à des règles qui, généralement, ne sont pas définies, mais qui sont prises dans le sens de textes législatifs et, bien que d'une manière moins péremptoire, de décisions judiciaires »⁴⁸. Néanmoins, si l'on veut rendre compte du phénomène dans toute sa complexité, cette approche semble être trop restrictive et laisse de côté beaucoup d'autres objets de déplacement qu'il est nécessaire de considérer, même si l'on cherche à expliquer uniquement une greffe normative d'un ordre

⁴⁵ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 25.

⁴⁶ OPALEK, Kazimierz, « Law as Social Phenomenon », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LVII, 1971, pp. 51-52.

⁴⁷ HERNÁNDEZ M., R., *op. cit.*, 286-287.

⁴⁸ LEGRAND, Pierre, « What “ Legal Transplant ” ? », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 55.

juridique à un autre, car celle-ci est normalement accompagnée par le mouvement d'autres éléments du droit et dépend des structures socioculturelles liées à celui-ci, de la disposition des pouvoirs politiques, des flux des rapports internationaux, parmi d'autres facteurs comme l'on aura l'occasion de souligner. Il convient alors d'avoir comme point de départ une conception du droit suffisamment ample, qui ne l'entend « pas simplement comme un système de règles à être observées, mais comme un monde dans lequel l'on vit »⁴⁹. Cela permettrait de surpasser la dichotomie entre la vision normative et la vision empirique du droit, de sorte qu'il soit possible de construire une conception qui inclut tant les comportements des acteurs juridiques que les normes et les autres catégorisations conformant les systèmes de droit. Or, pour ne pas tomber dans une notion qui ne permet pas une délimitation du domaine juridique, la proposition de W. Twining est pertinente : pour cet auteur, « d'un *point de vue global*, il est éclairant de concevoir le droit comme une espèce de *pratique sociale institutionnalisée*, qui vise à ordonner les relations entre des sujets dans un ou plusieurs niveaux de relations et de commandements »⁵⁰. Cette manière de concevoir le droit permet d'enfermer de nombreuses situations qui peuvent être considérées comme des phénomènes juridiques, mais que les théories juridiques normativistes, qui rattachent le droit à l'État, conçoivent comme des cas limites difficiles à expliquer.

Cependant, notre propos n'est pas de développer un examen complet de tous les événements qui depuis toujours, d'une manière ou d'une autre, impliquent un déplacement du droit. De manière plus modeste, il consiste à offrir les éléments principaux d'un modèle explicatif du phénomène de la diffusion d'un droit formalisé et systématisé qui se met en mouvement entre des sociétés qui se sont organisées juridiquement et politiquement – ou qui ont prétendu le faire – autour du modèle de l'État moderne, ce qui circonscrit notre analyse aux processus de circulation qui se sont produits depuis la fin de XVIII^e siècle. Par conséquent, les normes et les catégories qui leur sont attachées, qui ne sont pas mentionnées dans la formulation de Twining – bien qu'il ne nie pas leur importance pour l'analyse du droit⁵¹ –, acquièrent une place centrale parce qu'elles sont une réalité inéluctable si l'on cherche à comprendre, dans ce contexte spécifique, le déplacement des diverses composantes des ordres juridiques. De toute façon, il s'agit d'un champ de recherche encore très ample et il faudra procéder à des délimitations complémentaires.

III. L'INFLUENCE DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS EN COLOMBIE

L'élaboration du modèle explicatif du phénomène de la diffusion du droit dans les conditions qui viennent d'être signalées s'appuie sur l'examen d'un cas spécifique :

⁴⁹ COVER, Robert M., « Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, vol. 97, n° 1, 1983, p. 5.

⁵⁰ TWINING, William, *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 117.

⁵¹ Twining explique que sa formulation « does not explicitly mention rules or norms because it is possible to conceive of groups or cultures in which norms are never articulated or the articulated rules seem to bear little relationship to actual decisions or the members do not think in terms of general prescriptions. [...] However, this omission in no way suggests that norms (or rules in a broad sense) are unimportant in nearly all examples of law. And rules, norms and related concepts are essential tools for analysing law » (*ibidem*, p.120).

l'influence du droit public français en Colombie. Cette influence est amplement reconnue tant en France qu'en Colombie, tout particulièrement en ce qui concerne la réception dans ce pays du droit administratif français et la création d'un Conseil d'État suivant le modèle de celui qui existait en France. Or, il convient de délimiter le cas objet d'étude en nous occupant concrètement de l'influence du droit et la doctrine constitutionnelle, du régime et des circonstances politiques de la France du tournant du XX^e siècle sur les débats et les événements qui ont abouti à la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie. Il s'agit d'un cas remarquable de circulation des divers composants d'un ordre juridique d'un pays à un autre dans des contextes politiques, culturels et sociaux mouvementés.

En effet, la crise du régime politique et des institutions représentatives qui avait commencé à bouleverser l'Europe s'est étendue en Amérique Latine, en particulier en Colombie. Or, dans ce pays on constate un relatif retard dans le déclenchement de la crise, qui ne commencerait qu'en 1930 avec l'arrivée au pouvoir d'une coalition majoritairement formée de membres du Parti libéral, mettant ainsi un terme à l'hégémonie de plus de quarante ans d'une droite conservatrice. Cependant, ce gouvernement, dirigé par le président Enrique Olaya Herrera (1880-1937), a plutôt donné lieu à une période de transition et les critiques vont se faire entendre plus fortement après l'élection, en 1934, de Alfonso López Pumarejo (1886-1959) à la présidence de la République. Durant son mandat, la Colombie a vécu une véritable « agitation idéologique »⁵² qui a ébranlé tous les fondements sur lesquels s'appuyait la société au XIX^e siècle. On considérait alors que certaines réformes juridiques et institutionnelles s'imposaient au sein d'une société qui était en proie à des changements très importants dans ses structures sociales et économiques. De fait, au début du vingtième siècle, l'économie colombienne a connu sa première étape d'industrialisation et une très forte migration des populations rurales vers les villes. Ces circonstances ont induit le changement progressif des structures sociales par le renforcement de la bourgeoisie capitaliste et par la formation d'une classe ouvrière, ce qui aura des évidentes répercussions au niveau des rapports politiques.

Dans ce contexte de crise généralisée et d'un réformisme de plus en plus répandu, il n'a été reçu et adapté en Colombie que certaines tendances de la doctrine constitutionnelle française, par exemple celle du solidarisme de l'école du service public fondée par le professeur de l'Université de Bordeaux Léon Duguit (1859-1928). Cette influence serait si importante que depuis toujours les historiens du droit constitutionnel en Colombie affirment que, sur certains points, les idées de cet auteur constituent l'un des principaux fondements intellectuels de la réforme en 1936 de la Constitution de 1886. Ainsi, D. Uribe conclut qu'« il n'y a aucun doute que le parlement, en promulguant la réforme de 1936, a cherché à assimiler les présupposés doctrinaux que les auteurs de l'école sociologique du droit avaient dérivés de la théorie solidariste »⁵³. La présence de la doctrine de Duguit à cette époque peut être également constatée dans l'œuvre de l'un des constitutionnalistes colombiens les plus connus pendant les années trente et quarante. En effet, Tulio Enrique Tascón (1888-1954) se rapporte à plusieurs reprises aux idées du professeur bordelais dans

⁵² TIRADO MEJÍA, Alvaro, *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo, 1934-1938*. Bogotá: Procultura, 1981.

⁵³ URIBE VARGAS, Diego, *Evolución política y constitucional de Colombia*, Madrid, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 199.

ses ouvrages. Il en va ainsi lorsqu'il critique la conception excessivement libérale et individualiste du rôle de l'État de l'article 19 de la constitution avant la réforme de 1936⁵⁴ ou lorsqu'il analyse la notion et de la portée de la propriété⁵⁵.

L'influence de la doctrine constitutionnelle française sur la pensée des juristes et des hommes politiques qui ont promu la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie – laquelle on abordera en profondeur – peut se concevoir alors comme une espèce de laboratoire où il serait possible tant de dégager quelques éléments que de tenter d'appliquer un schéma explicatif de la diffusion du droit. Dans ce cas, dans les lieux de production du modèle juridique comme dans les lieux de réception et d'adaptation, l'on trouve des contextes mouvementés, des débats politiques et constitutionnels d'une énorme richesse et complexité, l'expansion d'une doctrine juridique qui ressent et veut répondre à la crise. Son étude confirme que pour comprendre la circulation des divers composants d'un ordre juridique, que ce soit par la greffe normative, par l'influence doctrinale, ou bien par la réception de pratiques institutionnelles, il ne suffit pas d'étudier les circonstances et les conceptions liées aux lieux de production. Mais il ne suffit pas non plus de se restreindre à la seule analyse de la façon dont l'adaptation des normes et des idées juridiques s'est produite dans les lieux de réception. La recherche sur les liens entre les lieux de la circulation juridique, l'examen des normes, des idées, des discussions telles qu'elles partent, telles qu'elles voyagent et telles qu'elles arrivent non seulement offrent de nouveaux points de vue pour comprendre les fondements et le fonctionnement du droit et des institutions dans les lieux de réception, dans notre cas ceux de la Colombie. Ils mettent également en relief le fait, souvent oublié, que l'une des caractéristiques de la vitalité du droit et de la doctrine juridique d'un lieu de production, dans notre cas encore ceux de la France, est sa capacité à partir, à prendre la route et à se laisser emporter par l'incertitude des circonstances de sa réception. En somme, le développement de la recherche s'accomplira autour de deux axes analytiques : l'examen de la réception du droit, de la doctrine et du régime constitutionnel français pendant les années trente en Colombie comme support empirique d'un modèle explicatif du phénomène de la diffusion, d'un État à un autre, d'un droit formalisé et systématisé.

IV. PRÉSUPPOSÉS MÉTHODOLOGIQUES

Ce qui vient d'être souligné annonce l'un des postulats méthodologiques sur lesquels va se développer notre recherche. L'analyse des contextes politiques, sociaux et culturels est indispensable dans la compréhension du phénomène de la diffusion d'un ou plusieurs éléments d'un ordre juridique (entendu celui-ci au sens le plus large), ce qui est encore plus évident dans le cas de la transposition des normes, institutions ou pratiques appartenant au droit constitutionnel. La portée des études de droit comparé a souvent été trop étroite, justement en raison de l'attention insuffisante qu'elles prêtent au contexte. Toutefois, comme l'indique W. Ewald, dans ce cas les problèmes sont, jusqu'à un certain point, insaisissables, à cause de leur incontestable complexité. En plus, cette situation tend à

⁵⁴ TASCÓN, Tulio Enrique, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Editorial Minerva, 1934, p. 71.

⁵⁵ TASCÓN, Tulio Enrique, *op. cit.*, p. 92.

s'aggraver du fait de la diversité des pratiques de la démarche comparative traditionnelle, qui ne dispose pas des théories explicites qui les fondent⁵⁶. Un premier pas pour affronter ces obstacles consiste à compléter l'analyse comparative par le recours à l'histoire du droit et des institutions, ainsi qu'à l'histoire des idées politiques et, en particulier, des doctrines juridiques. Quant à ces dernières, cette façon de procéder permet également de « saisir les enjeux d'une théorie au moment où elle se construit pour mieux comprendre les ressorts. Car l'utilisation d'un concept hors du contexte pour lequel il a été élaboré peut en altérer subrepticement le sens, au point que, sous le même vocable, on parle finalement de toute autre chose »⁵⁷. Par ailleurs, dans la mesure où la circulation du droit d'un lieu à un autre affecte profondément les liens entre celui-ci et la société dans laquelle il régit, l'analyse du contexte est aussi importante que l'analyse de la circulation dans ses diverses manifestations. Les greffes et réceptions sont un facteur central du processus de changement du droit et elles constituent un objet d'étude central de l'analyse comparative, mais la perspective contextualiste permet de percevoir comment ces greffes et réceptions s'adaptent à un nouveau contexte. Par conséquent, bien qu'il soit possible de recourir à quelques considérations générales sur les contextes, elles peuvent aussi rendre un panorama trop simple, au point qu'il est très difficile de remplacer les exposés détaillés de cas particuliers⁵⁸.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le déplacement des éléments des ordres juridiques se rapporte à la question des origines du droit, qui ne peut avoir qu'un caractère socioempirique. Comme le souligne N. Rouland, cette réalité, qu'il identifie avec le terme « acculturation », « est liée à des événements historiques résultant de l'évolution interne des sociétés ou de phénomènes conflictuels d'origine externe, notamment la colonisation. [...] Elle repose la plupart du temps sur un rapport de force entre les cultures concernées »⁵⁹. Cependant, la circulation peut aussi être analysée du point de vue normatif à deux niveaux : en premier lieu, comme on l'a déjà fait, en ce qui concerne le concept du droit objet de déplacement qui requiert une analyse à partir de cette perspective ; en second lieu, elle est également pertinente dans l'établissement de critères qui permettent de définir la convenance et la pertinence d'une greffe juridique, ainsi que d'évaluer ses conséquences.

À ces deux observations – l'importance de l'analyse contextuelle et le caractère socioempirique du phénomène de la circulation du droit – la méthode de recherche intègre les contributions des perspectives de diverses disciplines qui présentent le droit comme son objet d'étude et qui ont examiné ses relations avec d'autres réalités sociales. Cependant, il ne s'agit pas d'une démarche qui en étudiant un objet à partir de diverses sciences sociales – le droit en tant que discipline scientifique, la sociologie, la science politique, l'histoire, etc. – tend à une sorte de désintégration méthodologique. Ce qui est proposé ne constitue pas une sorte d'activité multidisciplinaire qui arrive à faire de chaque perspective disciplinaire

⁵⁶ EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, p. 2108-2109.

⁵⁷ REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 8.

⁵⁸ TWINING, William, *The Tilburg-Warwick lectures, 2000 General Jurisprudence. Lecture IV: Generalizing about law: the case of legal transplants*, 2000, p. 41.

⁵⁹ ROULAND, Norbert, « Acculturation juridique », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 4.

un compartiment séparé, mais plutôt une méthode interdisciplinaire qui intègre les contributions de chacun des points de vue qui vont être assumés⁶⁰. Le premier est l'histoire constitutionnelle, qui ne consiste pas en une histoire qui dépeint littéralement la succession de constitutions adoptées en Colombie et en France, mais qui développe une perspective plus comparative et moins formelle. Il ne s'agit pas non plus d'une histoire qui prend le droit constitutionnel tel qu'il est présenté dans les textes, ignorant leurs présupposés. L'histoire des textes constitutionnels n'est qu'un premier niveau de réflexion qui doit être complété par un deuxième niveau qui n'est pas simplement un décompte de constitutions mais aussi une explication de leurs conditions. Ce n'est pas seulement l'histoire des régimes et des relations politiques et sociales, mais aussi des forces politiques et sociales⁶¹.

Une deuxième perspective disciplinaire est celle de la théorie comparée du droit qui intègre la théorie générale du droit et le droit comparé. Ainsi, par rapport à une théorie du droit transnational ou, dans notre cas, par rapport à une conception théorique transnationale de la Constitution, il est également possible d'observer une théorie constitutionnelle locale qui est le produit de la diffusion, la réception, l'adaptation et la transformation de la première. La théorie juridique comparative permet de développer des études qui ne concernent pas exclusivement la pensée juridique développée dans les sites de production traditionnels, mais qui reconnaissent aussi un caractère scientifique et pertinent à la doctrine et la théorie des sites de réception⁶².

La troisième perspective disciplinaire qui servira de base méthodologique à l'élaboration de la recherche s'articule avec la précédente, étant donné qu'elles partagent leur caractère comparatif. Ainsi, outre le développement d'une théorie comparée du droit, qui examine la manière dont une série d'idées juridiques ont été produites dans certains pays, exportées à d'autres et adaptées et transformées en ces derniers, il est nécessaire d'analyser également les raisons qui de fait expliquent cette production, cette exportation et cette adaptation et transformation, ce qui constitue la fonction centrale d'une sociologie juridique comparative. On ne veut pas dire ici pour autant que la théorie comparée du droit ne cherche pas à expliquer également les raisons de la transposition des idées juridiques et constitutionnelles. Cette perspective vise en effet cet objectif, mais en recherchant dans le propre processus intellectuel au moyen duquel les idées se produisent, voyagent et s'adaptent. De plus, outre ce point de vue qui peut être nommé « culturel », il est possible d'assumer pour le

⁶⁰ Comme nous le verrons plus loin, cette sorte d'intégration disciplinaire correspond à ce que l'on peut appeler « point de vue externe modéré », qui essaie de dépasser les limites tant du point de vue interne de la doctrine juridique traditionnelle que du point de vue externe drastique (voir *infra* p. 478).

⁶¹ Comme l'explique G. Zagrebelsky, « el derecho constitucional, como ciencia jurídica aplicada a un texto, es decir, a una constitución escrita –según su vocación de hace dos siglos a esta parte– es fundamentalmente indiferente, incluso hasta hostil, a la aportación de la historia para la comprensión de su objeto. Se puede incluso añadir que, si una sensibilidad histórica se manifiesta –sea cual sea el modo y la intensidad de esta manifestación–, sucede en la misma medida en la que se atenúa el valor de las motivaciones y de las premisas teóricas de un derecho constitucional que deriva de un poder soberano y se confía a un documento. Desde el punto de vista de estas motivaciones y premisas, la codificación de las relaciones civiles y la constitucionalización de las relaciones políticas se presentan como dos aspectos del mismo movimiento histórico. Tanto el código como la constitución representan la igual adscripción consciente del derecho al ámbito de acción de una, y sólo una, voluntad racional e intencionalmente dirigida contra la irracionalidad del movimiento histórico-político espontáneo, para reprimir las manifestaciones del pasado y prevenir las del futuro » (ZAGREBELSKY, G., *Historia y constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 1995, 29-30).

⁶² LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho*, cit., p. 71.

développement de la recherche un point de vue « matériel » qui explore les contextes factuels dans lesquels lesdites idées sont produites, transplantés et transformées. La sociologie juridique comparative s'appuie alors sur cette vision matérielle pour expliquer les influences ou les transferts entre des systèmes juridiques au moyen de l'analyse des circonstances matérielles – telles que les institutions, les acteurs locaux, les forces sociales et politiques, etc. – dans lesquelles les théories juridiques et constitutionnelles transnationales interagissent et auxquelles finissent par s'adapter dans une relation complexe, en donnant lieu à une nouvelle théorie ou à une nouvelle conception de la constitution, ou du droit en général, de caractère local.

V. ANNONCE DU PLAN

Ces différentes perspectives réclament un exposé critique des faits affectant la dynamique de la circulation du droit prise dans son ensemble. À la différence d'autres phénomènes juridiques, le déplacement s'inscrit dans une analyse beaucoup plus ample que celle du droit comparé. Les États sont mis en concurrence dans de nombreux domaines : la politique, l'économie, la protection sociale, les systèmes éducatifs, l'innovation, etc. Les systèmes juridiques se retrouvent également en compétition. Avec la mondialisation les échanges entre les systèmes juridiques se sont multipliés, ouvrant la voie à un recours plus fréquent à la démarche comparative.

Toutefois, la circulation du droit est une réalité qui intéresse à la pensée juridique depuis toujours, mais qui ne commence à être traitée comme sujet à part entière que récemment (partie I). Comme on l'a déjà indiqué, pour le comprendre il convient de se rapporter à un cas spécifique, étant donné son caractère paradigmatique. Il s'agit de la réception du droit, de la doctrine et du régime constitutionnel français pendant les années trente du XX^e siècle en Colombie (partie II). Son examen servira comme support empirique à un modèle explicatif du phénomène de la diffusion, d'un État à un autre, d'un droit formalisé et systématisé (partie III).

PARTIE I. LES RAPPORTS ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES : LE DROIT QUI VOYAGE ET SES LIENS AVEC LA SOCIÉTÉ

*Facies non omnibus una,
Nec diversa tamen, qualem decet esse sororum*⁶³
(Ovide, *Les métamorphoses*, liv. II, § 13)

L'on vient de souligner que la circulation des divers composants des ordres juridiques d'un lieu à l'autre a depuis toujours joué un rôle important dans la formation de ces mêmes ordres. On peut affirmer, à l'instar d'E. Agostini, que « des corps entiers de législation ont essaimé de par le monde. [...] De plus, innombrables ont été les emprunts ponctuels par lesquels tel ou tel ordre juridique s'est inspiré d'exemples en introduisant des institutions ou des règles inspirées de l'étranger »⁶⁴. Néanmoins, « alors que les greffes et les réceptions ont joué une part importante dans la mise en forme des systèmes légaux de la planète depuis l'antiquité, même dans le monde cosmopolite de comparatistes elles sont un champ d'enquête relativement nouveau »⁶⁵. En effet, ces réalités n'étaient pas jusqu'à récemment l'objet d'une analyse approfondie et continue, mais plutôt d'appréciations fragmentées et peu développées. Elles étaient énoncées soit dans le cadre des études qui affirmaient la dépendance et la subordination du droit aux conditions sociales, soit comme une

⁶³ Leur visage était différent, et néanmoins elles n'étaient pas si dissemblables qu'elles n'eussent beaucoup de traits qui les fissent prendre pour sœurs.

⁶⁴ AGOSTINI, Eric, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, p. 243.

⁶⁵ GRAZIADEI, Michele, « Comparative Law as the Study of transplants and reception », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 442.

conséquence accessoire de l'universalité prétendue de la philosophie et de la théorie générale du droit (Titre I).

Ce n'est que depuis quelques décennies qu'« il y a eu un très marqué élargissement de l'intérêt explicite sur la diffusion du droit, tant comme une question d'attention académique que pour des raisons pratiques, en particulier par rapport à la réforme légale et l'harmonisation au sein de l'intégration européenne, les programmes d'ajustement structurel dans des pays en voie de développement, la reconstruction dans “ des pays en transition ” en Europe de l'Est, et la reconstruction dans le post-conflit »⁶⁶. En effet, sans laisser de côté quelques antécédents élaborés dans le cadre des études d'histoire du droit, de droit comparé et de sociologie juridique, ce n'est qu'à partir des années soixante-dix, grâce au développement de la démarche comparative en droit, qu'une série de recherches a surgi s'attachant, de manière explicite et plus systématique qu'auparavant, à la réception par une société des normes juridiques d'une autre société, en faisant usage de la dénomination de « greffes » ou « transplantations ». En outre, elles ont soutenu, dans certains cas avec véhémence, l'idée selon laquelle seul ce type de phénomènes permet de comprendre l'évolution d'un système juridique et son lien avec la société. Quoi qu'il en soit ces recherches ont été répliquées et réfutées avec la même véhémence, tant du point de vue du droit comparé que de celui des autres disciplines de la connaissance juridique (Titre II).

⁶⁶ TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 216.

TITRE I. LES CONCEPTIONS TRADITIONNELLES SUR LA CIRCULATION DU DROIT

Avant les années soixante-dix, lorsque le phénomène a commencé à susciter l'intérêt de la théorie et la doctrine juridiques et à devenir un sujet majeur du droit comparé, la tendance était de le considérer de manière accessoire ou tout simplement de le nier. Dans ce dernier cas, la négation était la conséquence de ce que H. J. Berman considère comme l'un des traits distinctifs de la tradition juridique occidentale : « Il est généralement admis que la croissance du Droit tient à une logique interne. Les changements ne sont pas seulement une adaptation de l'ancien au nouveau mais également un élément d'un programme de changements. Ce développement est sujet à certaines régularités et, au moins avec le recul, reflète une nécessité intrinsèque »⁶⁷. C'est sur ce fondement que s'érige la conception selon lequel « le droit constitue le point culminant des coutumes, des besoins et du caractère de la communauté qui prônait ce droit »⁶⁸. La métaphore du miroir est alors employée pour l'identifier et l'expliquer. On l'a déjà évoquée en tant que théorie qui entend que « le droit est le miroir d'un certain ensemble de forces (sociales, politiques, économiques, etc.) externes au droit »⁶⁹. Toutefois, pour tenir compte de certaines doctrines qui n'ont pas habituellement été désignées au moyen de cette métaphore, on utilisera la dénomination plus compréhensive de « tradition du déterminisme social sur le droit ». Formées par plusieurs conceptions du droit à caractère particulariste et relativiste (dans ce titre nous n'aborderons que celles développées jusqu'à la première moitié du XX^e siècle⁷⁰), elles ont en commun la thèse selon laquelle le droit est enraciné dans la culture, les mœurs, les coutumes et les pratiques sociales, affirmant même qu'il est si lié à ces facteurs que ce sont des phénomènes et non pas des prescriptions normatives qui le constituent (chapitre I). Il est possible de scinder cette tradition et d'identifier une tendance

⁶⁷ BERMAN, Harold J., *Droit et révolution*, trad. Raoul Audouin, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 25.

⁶⁸ BERMAN, Harold J., « Tradition juridique occidentale », *cit.* 623.

⁶⁹ EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants », *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4, 1995, pp. 491.

⁷⁰ Dans le titre II on s'occupera d'autres conceptions particularistes et relativistes qui ont surgi postérieurement, mais dans le cadre de l'opposition qu'elles ont développée aux théories qui à partir des années soixante-dix considèrent que les « greffes » ou « transplantations » de composants d'un système juridique sont ce qui détermine la nature et l'évolution du droit et son lien avec la société.

qui ne conçoit pas le rapport entre droit et contexte social en termes d'incorporation mais plutôt en termes de subordination du premier au deuxième. Même s'il ne s'agit pas d'une différence de fond – car les deux tendances considèrent que la nature et l'efficacité du droit dépendent essentiellement des particulières conditions contextuelles, ce qui empêche son déplacement d'un lieu à l'autre – il convient de les distinguer, non seulement aux fins de la présentation, mais aussi parce que les doctrines qui subordonnent le droit à plusieurs éléments de l'organisation social ont eu et continuent à avoir une évidente importance dans le développement de la pratique et la théorie juridiques (chapitre II).

Que ce type de déterminisme se soit imposé pendant si longtemps ne signifie pas que certains contenus et problèmes communs à tous ou la plupart de systèmes de droit n'aient pas été identifiés. Que ce soit en termes de « philosophie du droit » ou de « théorie générale du droit », il y a une branche de la connaissance juridique, la partie théorique du droit comme discipline⁷¹, qui « étudie, d'un point de vue externe, les problèmes qui sont communs à tous (ou la plupart des) les systèmes de droit »⁷². Or, suivant cette approche, l'analyse se développe selon le principe de la découverte des éléments que les droits appartenant à plusieurs sociétés partagent, non pas parce qu'ils ont été l'objet d'un processus de circulation ou transposition, mais plutôt à cause de la structure intrinsèque des ordonnancements juridiques concernés. Cela suppose, pour quelques courants de pensée juridique, qu'ils possèdent certains de ces éléments et pas d'autres (habituellement analysés sous la catégorie de « concepts juridiques »⁷³) et, pour d'autres courants, que leur contenu répondrait à certains principes universels et permanents (connus sous diverses appellations, la plus répandue étant celle du « droit naturel »). S'il y a une indication de mouvement des normes, institutions et concepts juridiques, elle se pose dans la plupart des cas de manière accessoire et fragmentée (chapitre III)⁷⁴.

⁷¹ Pour Twining, « jurisprudence is the theoretical part of law as a discipline » (TWINING, William, *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 5).

⁷² VAN HOECKE, Mark, « Théorie général du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, § 1, p. 417. N. Bobbio définit la philosophie du droit en des termes similaires : « Ensemble d'analyses et de définitions de notions générales estimées communes à tous les ordres juridiques, dont l'éclaircissement sert habituellement à délimiter le champ d'application du droit par rapport aux champs voisin de la morale et des mœurs » (BOBBIO, Norberto, « Philosophie du droit », in ARNAUD, A.-J. (dir.), *ibidem*, p. 297).

⁷³ L'analyse des concepts juridiques est considérée comme l'une des parties du domaine de la théorie générale du droit (sur l'importance de l'élucidation de concepts abstraits pour la *analytical jurisprudence*, voir TWINING, William, *General jurisprudence*, *cit.*, pp. 35-38). Entre ces concepts on inclut ceux de droit, norme juridique, système de droit, fonctions juridiques (juge, législateur, etc.), sources de droit, entre beaucoup d'autres (VAN HOECKE, M., *ibidem*, § 2, p. 417).

⁷⁴ Cette indifférence face au phénomène de la circulation du droit ne se produirait pas si l'on assumait le point de vue de ce qu' W. Ewald appelle « théorie comparée du droit » : « As for distinctness, it should be clear [...] that the boundary between comparative jurisprudence and traditional comparative law is determined by a sharp logical distinction between the underlying subject matters: legal philosophy asks questions about law in general, and considers specific legal systems primarily in order to illustrate its general theses, whereas comparative jurisprudence studies the institutions and practices of a particular legal system, as embodied at a particular time and place » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, p. 2115).

Chapitre I. La tradition du déterminisme social sur le droit

Il est évident que beaucoup pensent que le contexte social – constitué soit par les coutumes, usages, habitudes et pratiques, soit par la morale, les mœurs et les conceptions sur la justice – est le seul facteur qui définit l'essence et la configuration du droit⁷⁵. Cependant, ils ne peuvent que désavouer la possibilité d'un greffe juridique ou, du moins, mettre en doute sa convenance ou ses effets. Rapprocher profondément droit et société a été tant un topique amplement accepté qu'une conviction héritée d'une ancienne et influente tradition de la pensée juridique. On peut même remonter à celle de l'Antiquité classique et faire allusion, par exemple, aux mots de Platon (428-348 av. J.-C.), lorsqu'il explique qu'il ne faut pas « passer sous silence » toutes les pratiques, les coutumes non écrites, celles que l'on nomme « lois des ancêtres, [...] car elles sont les liens qui font la continuité de toute constitution, placées qu'elles sont entre les lois déjà écrites et promulguées et celles qui restent à promulguer, exactement comme des coutumes ancestrales et tout à fait anciennes qui, sagement établies et fidèlement observées, tiennent enveloppées d'une entière sauvegarde les lois déjà écrites [...] »⁷⁶. Ce lien entre droit et société par le biais des coutumes, qui règlent la plupart des rapports sociaux⁷⁷, est caractéristique de la pensée juridique et politique antique⁷⁸ et il se reflète aussi dans l'usage du langage, car dans le contexte du droit les mots que l'on y utilisait – par exemple, celui de

⁷⁵ Les rapports entre droit et société peuvent être représentés de plusieurs manières. Celle que nous formulons ci-dessus comme point de départ est relativement simple, dans la mesure où elle réduit la complexité des divers aspects des sociétés pour permettre de les confronter plus aisément avec le droit, duquel nous avons proposé aussi une conception élémentaire qui, de ce fait, a un caractère préalable (voir *supra* n. 42). Il convient alors de faire allusion au schème proposé par B. Z. Tamanaha. « This scheme will be organized in terms of a tripartite set of basic elements: (A) custom/consent and (B) morality/reason; as they relate to (C) positive law. Almost all of the Western theories about the relation between law and society consist of some mix of these three elements, though with varying combinations and degrees of emphasis. [...] 'Positive law', in general terms, refers to rules articulated and enforced by an institutionalized authority. [...] 'Custom/consent' refers to the many theories that see a close connection between positive law and the customs, usages, habits, and practices of society. [...] 'Morality/reason' refers to the many theories that see a close connection between positive law and morality and reason, especially, but not limited to, natural law schools of thought » (TAMANAH, Brian Z., *A general jurisprudence of law and society*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001, pp. 4-5).

⁷⁶ PLATON, *Œuvres complètes. Tome XII. 1^{ère} partie : Les Lois, Livres VII-X*, trad. Auguste Diès, Paris, Les Belles Lettres, 1956, § 793 b-c, pp. 18-19.

⁷⁷ Par exemple, à Rome, pendant toute la durée de la République, « l'activité législative du peuple n'a jamais été très intense. La loi est un acte grave, et donc rare [...] la plupart d'entre elles concernent-elles des matières de droit public [...]. Le reste – c'est-à-dire l'immense majorité des règles concernant les relations entre particuliers [...] – est réglé par la coutume » (CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit*, 2^{ème} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 37).

⁷⁸ BILLIER, Jean-Cassien, « La fondation gréco-latine », en BILLIER, Jean-Cassien et MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001, pp. 34-38.

nomos – désignaient tant les normes promulguées que les pratiques constantes et immémoriales⁷⁹.

Un autre exemple est celui d'Aristote (384-322 av. J.-C.) qui soutient qu'« il existe des lois fondées sur les mœurs, bien plus puissantes et bien plus importantes que les lois écrites ; et si l'on peut trouver dans la volonté d'un monarque plus de garantie que dans la loi écrite, certainement on lui en trouvera moins qu'à ces lois dont les mœurs font toute la force »⁸⁰. Or, outre la subordination du droit aux mœurs, le Stagirite formule une intime connexion entre raison et droit. Dans l'un des plus célèbres extraits de *La Politique* il affirme que demander « la souveraineté de la loi, c'est demander que la raison règne avec les lois ; demander la souveraineté d'un roi, c'est constituer souverains l'homme et la bête ; car les entraînements de l'instinct, les passions du cœur corrompent les hommes quand ils sont au pouvoir, même les meilleurs ; mais la loi, c'est l'intelligence sans les passions aveugles »⁸¹. Cette conception est reprise par Cicéron (106-43 av. J.-C.) dans le *Traité des lois* (*De Legibus*) qui les définit comme « la raison suprême, gravée en notre nature, qui prescrit ce que l'on doit faire et interdit ce qu'il faut éviter de faire. Cette même raison solidement établie dans l'âme humaine avec ses conséquences est la loi »⁸². Cependant, il semblerait que l'on avance vers l'affirmation de certains principes universels qui sont le fondement de la validité et du contenu du droit, sans qu'ils soient liés à une communauté quelconque et sans être l'expression de la conception de justice d'une société spécifique. Ces principes constituent ce que l'on appelle le « droit naturel » et ils auraient la qualité d'être partagés par tous les systèmes juridiques dont les normes – législatives ou coutumières – les reflètent et renforcent⁸³. Par conséquent, « les théoriciens du droit naturel n'admettraient pas que le

⁷⁹ BILL, Auguste, *La morale et la loi dans la philosophie antique*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1928, pp. 38-39 ; JONES, J. Walter, *The law and legal theory of the Greeks: an introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1956, p. 28 ; OSTWALD, Martin, *From popular sovereignty to the sovereignty of law: law, society, and politics in fifth-century Athens*, Berkeley, University of California Press, 1986, pp. 85-93.

⁸⁰ ARISTOTE, *Politique*, trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 3^e éd., Paris, Librairie Philosophique de Ladrangue, 1874, livre III, chap. XI, § 6, pp. 187-188.

⁸¹ *Ibidem*, livre III, chap. XI, § 4, pp. 186-187. Sur la question des relations entre la « nature » et la « loi » il y a une convergence entre Platon et Aristote, parce que les deux auteurs considèrent que « la nature est l'étalon qui permet de juger si les lois sont justes, mais la loi a aussi une fonction positive, qui est d'aider la nature à réaliser ses fins en guidant les citoyens vers la route qui mène à la fois à la vertu et au bonheur. [...] la loi ne vaut pleinement que si elle s'accorde avec la "nature", mais elle est également indispensable à la réalisation de la justice, qui est indissolublement un caractère de la Cité et une vertu de l'individu » (RAYNAUD, Philippe, « Anciens et modernes », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 48). C'est sur ces fondements qu'il est possible de conclure que Platon et Aristote « produced the first influential accounts of the mirror thesis » (TAMANAH, *ob. cit.*, p. 14).

⁸² *Traité des lois*, livre I, VI ; CICÉRON, *De la République. Des lois*, trad. Charles Appuhn, Paris, Flammarion, 1985, p. 132.

⁸³ Ces principes à caractère universel sont au centre de la conception du droit que les doctrines du droit naturel proposent. En effet, comme l'explique C. S. Nino, « la concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia » (NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 27-28). Ce dualisme entre droit naturel et droit positif est une caractéristique fondamentale du jusnaturalisme. « Au-delà des diverses configurations dans lesquelles la pensée jusnaturaliste s'est présentée à différentes époques et chez différents auteurs, le dualisme reste un élément commun essentiel. Il est lié au rationalisme et à l'universalisme, également caractéristiques de l'intimité qui existe entre jusnaturalisme et phénomène juridique, selon lequel la

droit soit tout simplement l'expression des standards d'un groupe ou une société en particulier », car « ils croient aux valeurs absolues et ils conçoivent la loi comme un moyen pour les accomplir »⁸⁴.

Or, ce qui est le plus remarquable – comme l'indique B. Z. Tamanaha – c'est qu'en même temps que les doctrines du droit naturel considèrent que les sociétés humaines (tout au moins celles qui se bénéficient des législateurs sages) ont certains aspects de leur droit positif universellement partagés (lesquels sont établis sur la base de la raison et de notre commune nature humaine), elles affirment également que les systèmes juridiques ont beaucoup de différences qui reflètent diverses cultures, climats, géographies et d'autres circonstances de l'environnement, restituant ainsi le lien entre la société et son droit, ce dernier apparaissant alors comme un miroir de la première⁸⁵. Cette espèce d'ambiguïté du jusnaturalisme a motivé une tradition sceptique qui s'oppose à l'idée qu'il y a des standards de justice immuables et universels sur la base desquels le droit positif doit être examiné et jugé. Elle est représentée dans le monde ancien par les Sophistes, Carnéade (219-128 av. J.-C.) et Sextus Empiricus et, parmi les modernes, par Michel de Montaigne (1533-1592), Pierre Charron (1541-1603) et Blaise Pascal (1623-1662)⁸⁶. Ces auteurs partent du constat qu'il existe une forte diversité entre les sociétés pour conclure que compte tenu du caractère cruel et choquant de beaucoup de lois et coutumes, toute recherche des plus hauts principes de justice universelle pour régir le comportement humain n'est autre chose qu'une absurdité métaphysique⁸⁷. L'ambivalence entre universalisme et particularisme a été ainsi constamment présente dans les études sur la nature du droit et de sa relation avec la société. Ni la prétention de trouver des axiomes juridiques absolus, prônée par l'école du droit naturel, ni le prétendu universalisme de la théorie générale du droit avancé par le positivisme juridique, n'a pu la franchir, comme ne l'aurait non plus fait le déterminisme particulariste qui en attachant profondément le droit aux conditions sociales – quelques versions soutiennent même qu'il est subordonné à celles-ci – a explicitement déclaré les grandes difficultés et même l'impossibilité pour le droit de se déplacer d'une société à l'autre.

La manière dont le jusnaturalisme en quelque sorte relativise la recherche des principes généraux du droit naturel par la reconnaissance de l'adaptation nécessaire du droit aux circonstances de chaque société est l'une des manifestations le plus explicites de cette

justice est une valeur rationnelle, et le rationalisme se trouve uniquement dans la déduction logique rigoureuse à partir de prémisses universellement vraies » (GIANFORMAGGIO, Laetizia, « Droit naturel », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p. 117).

⁸⁴ PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, London, Hutchinson University Library, 1951, p. 80.

⁸⁵ TAMANAHA, Brian Z., *A general jurisprudence of law and society*, cit., p. 21.

⁸⁶ COURTNEY, C. P., « Montesquieu and Natural Law », in CARRITHERS, David W., MOSHER, Michael A., RAHE, Paul A. (eds.), *Montesquieu's Science of Politics: Essays on "The Spirit of Laws"*, Lanham (Md.), Rowman and Littlefield, 2001, p. 42.

⁸⁷ La sentence de Pascal dans son ouvrage *Pensées* (1669, posthume) est l'un des plus connus exemples de ce courant sceptique : « Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité ; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent ; le droit a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà » (PASCAL, Blaise, *Pensées et opuscules*, éd. L. Brunschvicg, Paris, Hachette, 1909, p. 465).

ambivalence. Cependant, une autre vision apparaît à partir du XVI^e siècle, pendant une période que l'histoire du droit a traditionnellement associé à la transition à la modernité. Tandis que les doctrines du droit naturel, à ce moment-là dans sa version rationaliste, continuent à chercher des principes à caractère universel et permanent, s'accomplit une transformation dans la doctrine et la pratique juridiques qui suppose un lien plus profond entre droit et société, en raison de l'acceptation progressive de l'idée selon laquelle le droit positif appartient à un État ou à une nation déterminés, ne reconnaissant la condition d'universalité qu'à un droit naturel abstrait et diffus⁸⁸. Dans le chapitre III on reprendra l'analyse des conséquences de la notion jusnaturaliste du droit dans les observations de cette école de pensée sur les rapports entre un système juridique et la société dans laquelle il existe et sur la circulation de ses divers composants. Dans ce qui suit, il sera question d'analyser quelques auteurs qui, en reconsidérant les prétentions universalistes et compréhensives du jusnaturalisme, ont basculé vers des doctrines juridiques d'orientation relativiste et particulariste, fondées sur la recherche historique de l'origine des droits nationaux, la défense de la subordination et la dépendance du droit positif aux pratiques et coutumes d'une société, et l'étude comparative des institutions et normes juridiques qui tient compte même ceux des pays hors de l'Europe. Après quelques références aux tendances relativistes dans la pensée politico-juridique du XVI^e siècle (section 1), on s'intéressera à un auteur et un courant de pensée juridique dont les conceptions sur le droit sont caractérisées, en principe, par son particularisme : d'une part, le relativisme et le déterminisme social de Montesquieu (section 2) ; d'autre part, la doctrine du « droit populaire » de l'École historique du droit (section 3). On finira ce chapitre par une approximation aux mentions qui sur le phénomène de la circulation du droit sont faites par quelques auteurs représentatifs des courants « empiristes » ou « réalistes » (section 4).

SECTION 1. LES TENDANCES RELATIVISTES DANS LA PENSÉE POLITICO-JURIDIQUE DU XVI^E SIÈCLE

Il y a longtemps que l'on attribue à Montesquieu la première formulation d'une théorie qui soumet le droit aux circonstances et à l'environnement d'une société. Elle ne serait que la conséquence d'avoir posé cet auteur les fondements de la sociologie moderne. En 1892

⁸⁸ « Avant le XVI^e siècle – explique J.-L. Thireau –, aucune concordance nécessaire n'existait entre les cadres juridiques et ceux, encore en voie de constitution, des États ou des nations : en Europe continentale s'appliquaient, à des titres divers, des droits qui transcendaient les frontières politiques, droit canonique et romain à vocation ou à prétention universelle, au-dessus de droits limités à des ressorts étroits et que l'on peut qualifier d'infranationaux, coutumes provinciales ou statuts municipaux » (THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 2003, pp. 212-213). « Le déclin des droits « universels » a favorisé la naissance et l'affirmation des droits nationaux. L'évolution a été plus ou moins rapide selon les pays, en fonction de l'état d'avancement de leur unification politique. [...] Néanmoins, au XVIII^e siècle, l'existence d'un droit propre à chaque État ou à chaque nation apparaît presque partout acquise et commence à se concrétiser dans le mouvement de codification qui s'amorce à cette époque » (*ibidem*, p. 239). Dans ce sens voir, entre d'autres, BERMAN, Harold J., *Law and revolution II: the impact of the Protestant Reformation on the western legal tradition*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2003, pp. 4-8 ; LESAFFER, Randall, *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, trad. Jan Arriens, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 309-310 ; MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 3rd ed., Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 13.

Émile Durkheim (1858-1917), dans sa thèse latine sur *La contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale*, affirme explicitement que « c'est lui, en effet, qui dans son livre *De l'Esprit des Lois*, a établi les principes de la science nouvelle »⁸⁹, parce que « personne auparavant ne s'était avancé aussi loin dans la voie qui a conduit ses successeurs à la vraie science sociale ; personne n'avait discerné aussi clairement les conditions nécessaires à l'établissement de cette science »⁹⁰. À partir de là, l'opinion selon laquelle Montesquieu n'est pas l'un des précurseurs mais le fondateur même de la sociologie s'est répandu jusqu'à nos jours⁹¹.

Néanmoins, avant Montesquieu, pendant le XVI^e siècle, en France et ailleurs, il est possible de trouver quelques doctrines juridico-politiques qui, sans avoir la portée sociologique que l'on attribue à Montesquieu, ont un certain caractère relativiste et font recours à l'analyse comparative. Elles sont la conséquence de la critique que l'Humanisme juridique a formulée à l'encontre de la culture juridique médiévale et sa méthode d'interprétation des compilations justiniennes du droit romain, questionnant même la façon dont elles avaient été élaborées et leur application face au droit coutumier local, notamment dans les cours de justice⁹². Cependant, elles n'ont pas proposé d'abandonner l'application des sources de droit romain, mais de les étudier dans le but de reconstruire ce droit sous sa forme « originale » antique, c'est-à-dire historique⁹³. En plus – comme l'explique W. Hug –, tant en France qu'en Allemagne a surgi une école des juristes nationalistes, face à la prétention universaliste du droit romain, qui a fait du droit coutumier un objet de

⁸⁹ DURKHEIM, Émile, « La contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale », in *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1966, p. 26.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁹¹ Voir en ce sens : ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1992, pp. 26-27 ; ARON, Raymond, *Les étapes de la pensée sociologique. Montesquieu, Comte, Marx, Tocqueville, Durkheim, Pareto, Weber*, Paris, Gallimard, 1967, p. 27 ; RICHTER, Melvin, « Introduction », in MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Selected political writings*, ed. Melvin Richter, Indianapolis, Hackett Pub., 1990, p. 2 (ce dernier auteur reconnaît que « Montesquieu was among the creators of what are now known as political sociology and comparative politics »). E. Evans-Pritchard énumère les principaux apports sociologiques de *De l'Esprit des Lois* : « the insistence on the scientific, comparative study of society, the use of the data of as many societies as possible; the inclusion of primitive societies as examples of certain types of social systems; a need to start with a classification or taxonomy of societies based on significant criteria [...]; the idea of inter-consistency between social facts (social systems), and that any social fact can only be understood by reference to other social facts and environmental conditions, as part of a complex whole; and the idea of this interconsistency being of a functional kind » (EVANS-PRITCHARD, Edward, *A history of anthropological thought*, ed. Andrei Singer, London, Boston, Faber and Faber, 1981, p. 11).

⁹² Les humanistes français ont lancé « the first blow which had ever been struck at the foundations of that elaborate Romanic edifice of law which the middle ages, inspired by the ideas of universality and authority derived from Roman times, had slowly reared » (HAZELTINE, H. D., « The Renaissance and the Laws of Europe », in ALEXANDER, G. G. (ed.), *Cambridge legal essays: Written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny*, Cambridge, W. Heffer & Sons, 1926, p. 156). Voir aussi en ce sens : CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1970, pp. 183-205 ; CARBASSE, *Introduction historique au droit*, cit., p. 147-148 ; LAHOZ F., José María, *El humanismo jurídico en Europa*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2002, pp. 43-44 ; THIREAU, Jean-Louis, « Humanisme (jurisprudence) », in ALLAND, Denis y RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 796-797.

⁹³ WIJFFELS, Alain, *Introduction historique au droit*, cit., p. 198. « By the second half of the sixteenth century a group of jurists, mainly French Jurists, had laid the foundations for a new branch of scholarship, the history of laws and institutions, and had made some forays into the more obscure field of social history. This they had done not only through the critical reading or original sources following humanist methods but also by the discriminating use of certain medieval, scholarly traditions » (KELLEY, Donald R., « The Rise of Legal History in the Renaissance », *History and Theory*, vol. 9, n° 2, 1970, pp. 190-191).

traitement scientifique et de comparaison systématique. Ceci a conduit, dès lors, à la composition d'un certain nombre d'œuvres dans lesquelles le droit romain et les droits locaux ont été comparés⁹⁴, bien que confinées aux normes qui existaient côte à côte dans le même pays, ce qui a plutôt donné lieu à une sorte de droit comparé « interne »⁹⁵.

En France, la critique humanistique contre la tradition scolastique a répondu à et s'est développée dans le contexte des disputes politiques et religieuses qui ont déchiré le pays pendant le XVI^e siècle⁹⁶. D'une part, les Huguenots calvinistes ont été particulièrement réceptifs aux défis à l'autorité universelle du droit romain, de même qu'ils refusaient l'autorité universelle de l'Église catholique romaine. Pour leur part, les catholiques français étaient divisés entre eux-mêmes de manière que si le mouvement ultra-catholique de La Ligue pouvait se révolter ouvertement contre la monarchie en cas d'un pacte de tolérance entre protestantisme et catholicisme, les intellectuels catholiques modérés et fidèles au roi, en particulier ceux qui soutiendraient un tel compromis, accepteraient, comme les Huguenots, la thèse de la spécificité juridique française posée par le Gallicanisme, sans pour autant nier l'autorité de l'Église catholique en matière juridique et politique⁹⁷.

Du côté de l'humanisme juridique calviniste, il est nécessaire de mettre en relief les idées exposées dans l'*Antitribonian* (1603) de François Hotman (1524-1590). Il n'est pas seulement l'un des juristes les plus célèbres de ce courant de pensée, mais a affirmé explicitement une conception relativiste du droit⁹⁸, annonçant même les mots de Montesquieu :

« Tous les hommes savants ont de tout temps reçu & approuvé cette maxime & règle affleurée en matière d'état, que les lois d'un pays doivent être accommodées à l'état & forme de la république, & non la république aux lois. Et ainsi l'a écrit Aristote au troisième livre de *Les Politiques*. Car les lois sont ordonnées pour entretenir la république en son être, forme & qualité ; comme la diète et règle de vivre est ordonnée par le Médecin pour la configuration du corps, au moyen du quoi doit être accommodée selon la qualité et la complexion de celui-ci, & non pas le corps à la diète »⁹⁹.

D'autre part, quelques juristes catholiques ont aussi développé une conception du droit et de la politique à caractère relativiste – même si elle est atténuée par la recherche d'un

⁹⁴ HUG, Walther, « History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, vol. 45, n° 6, 1932, p. 1040 ; DONAHUE, Charles, « Comparative law before the Code Napoléon », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard, (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 16.

⁹⁵ HUG, *ibidem*, p. 1044.

⁹⁶ Il convient de préciser que bien que l'humanisme juridique ait connu dès la première moitié du XVI^e siècle un grand essor académique en France, il « fut essentiellement un phénomène scientifique, qui ne semble pas avoir substantiellement affecté directement les modes de pensée des praticiens, et dont les effets sur la littérature doctrinale dans son ensemble ont été tantôt indirects, en mettant fin à l'hégémonie des modèles médiévaux, tantôt préliminaires, en élaborant de nouveaux types de systématisations » (WIJFFELS, *op. cit.*, p. 219).

⁹⁷ Voir en ce sens : LAUNAY, Robert, « Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law », in RILES, Annelise (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 23-24 ; THIREAU, J.-L., *Introduction historique au droit*, *cit.*, p. 215.

⁹⁸ KELLEY, Donald R., *François Hotman; a revolutionary's ordeal*, Princeton, Princeton University Press, 1973, pp. 238-252.

⁹⁹ HOTMAN, François, *Antitribonian, ou Discours d'un grand et renommé jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix*, ed. Henri Duranton, Saint-Étienne, Éditions de l'Université de Saint-Étienne, 1980, ch. 2, p. 6 (quelques mots de la citation ont été modernisés).

droit universel –, ce qui les poussait à suivre une méthode comparative. C'est le cas de Jean Bodin (1529-1596), l'un des plus importants représentants de l'humanisme de la Renaissance. Il n'a pas seulement posé, par sa théorie de la souveraineté, « la première pierre de l'*État moderne* »¹⁰⁰. Il a aussi fondé sa proposition de réforme juridique sur presque toute l'information disponible à son époque concernant l'histoire et la législation des plus divers peuples, procédé qui constitue une des prémisses de la comparaison systématique¹⁰¹. On a alors considéré que Bodin dans le domaine du droit comparé est un prédécesseur de Montesquieu¹⁰², son ancêtre et maître¹⁰³, même le premier théoricien de la démarche comparatiste¹⁰⁴, bien que plusieurs de ses contemporains se soient aussi engagés dans une comparaison systématique¹⁰⁵. Or, elle est très liée à la méthode historique exposée dans son ouvrage *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* (1566), dont le propos était de « dériver une théorie générale du droit des matériels de l'histoire universelle »¹⁰⁶. Comme l'explique J. Moreau-Reibel¹⁰⁷, l'étude des historiens politiques (en particulier l'œuvre de Polybe) a donc été pour Bodin l'introduction naturelle à la science comparée des

¹⁰⁰ GOYARD-FABRE, Simone, *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, PUF, 1989, p. 10. Cependant, il faut prendre en compte que Bodin est aussi considéré comme « le penseur de la ambiguïté, essentiellement parce que, au tournant de deux âges, il pensa la République – la *Res publica* – déjà en moderne, mais encore en ancien » (*ibidem*, p. 9).

¹⁰¹ Comme remarque S. Goyard-Fabre, « Bodin explore le donné historique et culturel des autres contrées du monde. [...] Si, bien entendu, il se rapporte amplement à l'histoire des peuples anciens (qui fait partie du bagage intellectuel d'un lettré de la Renaissance : la Chaldée, la Phénicie, l'Assyrie, l'Égypte, la Perse), il privilégie l'immense apport de la Grèce qu'il découvre à travers Platon, et, surtout, Aristote et, surtout, il exerce sa curiosité, de manière plus originale et plus rare en son temps, sur l'Espagne et l'Italie, sur Pologne, sur la Suisse et la Moscovie ; la Turquie, l'Afrique, les Indes, l'Amérique sont également présentes dans le globe intellectuel dont il fouille les arcanes » (GOYARD-FABRE, *op. cit.*, pp. 55-56). En effet, « because of a set of conditions peculiar to France, comparative law by the time Bodin came to it was both empirical and relativistic. It emphasized those social and contextual structures upon which the meaning and function of legal systems depend. Its data were drawn from non-European, as well as European, sources, although peoples regarded as primitive received little attention. Apart from this omission, its focus was as much sociological or anthropological as political » (RICHTER, Melvin, « Comparative Political Analysis in Montesquieu and Tocqueville », *Comparative Politics*, vol. 1, n° 2, 1969, p. 141).

¹⁰² Justement le titre de l'étude d'E. Fournol se fonde sur cette remarque : FOURNOL, Etienne Maurice, *Bodin, prédécesseur de Montesquieu. Étude sur quelques théories politiques de la République et de l'Esprit des lois*, Paris, A. Rousseau, 1896.

¹⁰³ MESNARD, Pierre, *L'essor de la philosophie politique au XVI^e siècle. De Pétrarque à Descartes*, Librairie Philosophique Paris, J. Vrin, 1952, p. 13.

¹⁰⁴ GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁵ DONAHUE, *op. cit.*, p. 15. « One has only to mention the names of Éguinaire Baron, François Baudouin, and François Hotman to indicate how common the method of comparative legal history was among the French humanist of the sixteenth century » (DONAHUE, *op. cit.*, pp. 15-16). À cette catalogue il faut ajouter le nom de Guillaume Budé (1467-1540), dont les travaux ont influencé Bodin car il fait partie d'« un mouvement qui a porté quelques-uns des meilleurs humanistes à envisager les données antiques à la lumière de l'analogie » et qu'« il prend plaisir à rapprocher les institutions romaines des grecques » (MOREAU-REIBEL, Jean, *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1933, p. 46). L'on trouve également Guillaume Postel (1510-1581), par son ouvrage *Les Magistratures athéniennes* (1540) qui « se présente ambitieusement comme équivalent de la *Constitution d'Athènes* d'Aristote, alors perdue », mais que « n'est autre chose qu'un essai d'interprétation des institutions grecques à travers des formes juridiques modernes » (MOREAU-REIBEL, *op. cit.*, p. 49), et aussi Guy Coquille (1523-1603), qui dans ses *Institutions au droit des François* utilise une très élaborée méthode comparative pour analyser le *ius commune* vis-à-vis les droits coutumiers français (DONAHUE, *op. cit.*, pp. 16-19).

¹⁰⁶ FRANKLIN, Julian H., *Jean Bodin and the Sixteenth-century Revolution in the Methodology of Law and History*, New York, Columbia University Press, 1963, p. 69.

¹⁰⁷ MOREAU-REIBEL, *op. cit.*, p. 66.

constitutions, au point qu'il a pu développer une connaissance de l'État en comparant les synthèses des philosophes et des historiens et ainsi éclairer l'histoire universelle des républiques¹⁰⁸. Ceci s'articule avec le projet d'identifier un droit universel, sur la base du modèle du droit romain, mais ne concevant celui-ci que comme un droit civil parmi d'autres. « Bodin forme alors apparemment le projet de bâtir une synthèse des droits à partir des droits civils historiquement et géographiquement situés »¹⁰⁹. L'effort de trouver ce type de synthèse lui permet dans la *Methodus* d'« étudier la constitution des républiques, qui contient tout le secret de cette science historique »¹¹⁰.

Une autre manifestation de la démarche comparative chez Bodin est la manière dont il propose diverses classifications des sociétés et des formes d'États, avec des implications évidentes sur le droit, dans son ouvrage le plus connu, *Les six livres de la République*, publié pour la première fois en 1576. Parmi elles, il convient de signaler celle qui différencie trois types d'États selon le nombre de personnes qui détiennent la souveraineté, présentée dans le livre II de la *République*¹¹¹, classification qui constitue une remarquable application des méthodes historiographiques et comparatives très avancées à l'époque¹¹². Mais il y a

¹⁰⁸ « Ainsi, nous a-t-il paru utile – affirme Bodin –, en vue de cette Méthode que nous établissons, de confronter entre elles les opinions des philosophes et des historiens au sujet du gouvernement et de comparer les empires des anciens avec les nôtres, afin que cette synthèse générale permette de mieux saisir l'histoire universelle des États » (BODIN, Jean, « La méthode pour faciliter la connaissance de l'histoire » (1572), in *Œuvres philosophiques de Jean Bodin*, éd. et trad. Pierre Mesnard, Paris, PUF, 1951, p. 350-A). Par conséquence, « el *Methodus*, con su colecta empírica y alcance comparativo como medio a través del cual llegar a una *civilis disciplina*, intentaba también medirse con la *Política* aristotélica, componiéndose así un eslabón importante de la reelaboración del aristotelismo político y moral en la que estaba fuertemente implicado el Renacimiento del quinientos » (PARDOS, Julio A., « Juan Bodino: soberanía y guerra civil confesional », in VALLESPÍN, Fernando (comp.), *Historia de la teoría política, 2: Estado y teoría política moderna*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 232). Sur la méthode historique de Bodin voir : BROWN, John L., *The Methodus ad facilem historiarum cognitionem of Jean Bodin. A critical study*, New York, AMS Press, 1939 ; COTRONEO, Girolamo, *Jean Bodin, teorico della storia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1966.

¹⁰⁹ COUZINET, Marie-Dominique, « La *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* : histoire cosmographie et méthode », in ZARKA, Yves Charles (éd.), *Jean Bodin : nature, histoire, droit et politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 31.

¹¹⁰ BODIN, Jean, « La méthode pour faciliter la connaissance de l'histoire », *cit.*, p. 281-A.

¹¹¹ Bodin commence le livre II en expliquant qu'« il faut voir en toute République, ceux qui tiennent la souveraineté, pour juger quel est l'état : comme si la souveraineté gît en un seul Prince, nous l'appellerons Monarchie ; si tout le peuple y a part, nous dirons que l'état est populaire ; s'il n'y a que la moindre partie du peuple, nous jugerons que l'état est Aristocratique » (BODIN, Jean, *Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*, éd. Gérard Mairet, Paris, Librairie Générale Française, 1993, p. 179 ; *Les six livres de la République de J. Bodin angevin*, Lyon, Gabriel Cartier, 1593, pp. 251-252).

¹¹² Comme l'explique C. Smith, Bodin « begins by defining the Commonwealth, proceeds to its division into three types (a monarchical, an aristocratic, and a popular), defines, discusses, and subdivides these types (the monarchy, for example, is divided into a Lordly, a Royal or lawful, and a Tyrannical), and finally analyzes the constituent parts of each one. [...] Book II of the *République* shows in its analysis of the three types of state this comparative method in process » (SMITH, Constance I., « Jean Bodin and Comparative Law », *Journal of the History of Ideas*, vol. 25, n° 3, 1964, p. 418). Cette manière de procéder, qui est une application des techniques logiques développées par Pierre de La Ramée (1515-1572) (dit Petrus Ramus), très novatrices à l'époque, est associée chez Bodin à sa démarche comparative pour accomplir son ambitieux projet de réaliser, selon ses propres mots, « un ouvrage sensiblement plus développé et plus soigné, qui renferme l'origine, l'équilibre, la corruption et la chute non seulement des principaux États, mais de toutes les républiques : le tout présenté avec une concision suffisante pour que l'on puisse embrasser d'un coup d'œil l'évolution de chaque État » (BODIN, Jean, « La méthode pour faciliter la connaissance de l'histoire », *cit.*, p. 284-A). Voir en ces sens : MCRAE, Kenneth D., « Ramist Tendencies in the Thought of Jean Bodin », *Journal of the History of Ideas*, vol. 16, n° 3, 1955, pp. 306-323 ; SKINNER, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought. Vol. 2, The Age of Reformation*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1978, p. 291.

aussi une autre qui dévoile plus ouvertement une conception relativiste du droit et des gouvernements. « Pour mieux entendre la variété infinie qui peut être entre les peuples de Septentrion et de Midi – affirme Bodin –, nous diviserons tous les peuples qui habitent la terre par-deçà l'Équateur en trois parties »¹¹³. Sur cette base, il distingue les peuples septentrionaux, les méridionaux et les moyens. Au-delà des inexactitudes empiriques sur lesquelles cette classification se fonde, étant donné son déterminisme géographique et climatique¹¹⁴, ce qui est important c'est de constater comme Bodin considère que ce sont les institutions et la législation qui doivent s'adapter au caractère de chaque peuple, et non l'inverse :

« Il faut donc que le sage gouverneur d'un peuple sache bien l'humeur [de celui-ci], et son naturel, auparavant que d'attenter chose quelconque au changement de l'état ou des lois : car l'un des plus grands, et peut-être le principal fondement des Républiques, est d'accommoder l'état au naturel des citoyens, et les édits et ordonnances à la nature des lieux, des personnes et du temps. [...] [Ce] qui fait aussi qu'on doit diversifier l'état de la République à la diversité des lieux : à l'exemple du bon architecte, qui accommode son bâtiment à la matière qu'il trouve sur les lieux »¹¹⁵.

L'analyse comparative chez Bodin a comme conséquence « un système compréhensif de droit constitutionnel comparé, qui est une avancée majeure pour le début tant de cette branche en particulier que de la théorie comparative du droit (*comparative jurisprudence*) en général »¹¹⁶. En effet, comme l'indique Ch. Donahue, il a comparativement examiné les abstractions de plus haut niveau et également les abstractions de niveau moyen trouvées dans la doctrine juridique, et il a mis les deux sortes de comparaison face à l'histoire des sociétés dans lesquelles elles sont apparues. Ce n'est qu'ainsi qu'il a été capable d'arriver à ses généralisations sur la nature de la souveraineté¹¹⁷. Plus encore, les apports de la doctrine bodienne du droit et de l'État au développement de l'histoire, la géographie, la science politique et l'ethnologie doivent être soulignés, en particulier parce qu'elle a mis en contact ces disciplines et les a déployées au-delà du cadre restreint de jugements de valeur, pour les placer aussi dans l'analyse des données empiriques des sociétés humaines. Comme le propose M. T. Hodgen, pour constater ces apports il suffit de comparer les tentatives précédentes de ne gagner une dispute que par la logique avec le projet de Bodin de réaliser la connaissance de l'homme en utilisant non seulement la logique mais aussi la preuve

¹¹³ BODIN, *Les six livres de la République*, cit. p. 412 (éd. 1593, pp. 666-667).

¹¹⁴ Sur la théorie dite des « climats » chez Bodin et son déterminisme géographique voir : COUZINET, *op. cit.*, pp. 37-41 ; GOYARD-FABRE, *op. cit.*, pp. 188-190.

¹¹⁵ BODIN, *op. cit.*, p. 411 (éd. 1593, p. 666). À la lumière de ces considérations, il est possible de conclure que « Bodin's relativism manifests itself in two ways: in his insistence, first, that institutions and legislation must conform to a people's character and, second, that they be appropriate to the form of state. In short, basic types are the unit of analysis, not a universal human nature » (RICHTER, *op. cit.*, p. 144). Cela explique que dans un autre ouvrage, *Tableau du droit universel* (1580), Bodin exclut de la jurisprudence, c'est-à-dire, « l'art de rendre à chacun son dû », le droit civil, car il « n'appartient qu'à une seule nation : or l'art ne connaît que ce qui est universel et non ce qui est singulier » (BODIN, Jean, « Tableau du droit universel » (1580), in *Œuvres philosophiques de Jean Bodin*, éd. et trad. Pierre Mesnard, Paris, PUF, 1951, p. 85-A).

¹¹⁶ FRANKLIN, *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁷ DONAHUE, *op. cit.*, p. 21.

historique et géographique dans une dimension comparative, démarche qui reste rare d'observer pendant le Moyen Âge¹¹⁸.

Il peut paraître surprenant que pendant le XVII^e et le XVIII^e siècles les études juridiques comparatives, élaborées sur des fondements normatifs mais aussi empiriques, se sont réduits à quelques travaux plutôt isolés. Cette situation s'explique principalement par l'avènement de l'école du droit naturel moderne qui tendait à l'uniformité et promouvait une méthode de rationalisme spéculatif¹¹⁹, mais également – et si l'on veut paradoxalement – par le caractère national que le droit commence progressivement à présenter. Pendant cette période les juristes de chaque pays se sont appliqués à maîtriser leurs propres systèmes juridiques, développés en raison de la croissante activité législative des puissances politiques de diverses espèces (spécialement des monarchies européennes), et à les adapter aux tâches et besoins du moment. Si une amélioration législative était requise, les juristes préféraient davantage recourir au droit naturel qu'au droit d'un autre lieu, de telle sorte qu'ils pouvaient connaître le travail des plus influents représentants du jusnaturalisme, mais ils ne s'intéressaient pas au droit étranger qui était à la base de l'éducation juridique de ceux-ci et qui était le contexte de la formulation de leurs doctrines¹²⁰. L'on pourrait même identifier une sorte de rupture dans le développement des études comparatives pendant la période indiquée et tracer une ligne qui relie les auteurs qui les ont réalisés au cours du XVI^e siècle, particulièrement en France, avec les fondateurs de la discipline moderne du droit comparé au début du XIX^e siècle¹²¹. De leur côté, les doctrines d'auteurs comme Francis Bacon (1561-1626), John Selden (1584-1654), Hugo Grotius (1583-1645), Giambattista Vico (1668-1744), Samuel von Pufendorf (1632-1694) et Gottfried W. von Leibniz (1646-1716), traditionnellement liés à l'école du droit naturel moderne, montrent une forte tendance à employer une approche comparative uniquement pour fournir un support empirique aux principes de droit naturel¹²². « En effet – comme le souligne L.-J. Constantinesco –, tant que le droit était conçu comme étant immuable et égal à lui-même dans l'espace et dans le temps et déduit de principes abstraits par la logique ou par la raison, il n'y avait pas de place pour le droit comparé »¹²³. Cette tendance ne commencera à être reconsidérée qu'à partir de l'œuvre de Montesquieu, qui n'est pas seulement « le grand précurseur de la recherche historique et comparative moderne »¹²⁴, mais aussi, comme l'on a déjà remarqué, l'un des

¹¹⁸ HODGEN, Margaret T., *Early anthropology in the sixteenth and seventeenth centuries*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1964, pp. 280-281.

¹¹⁹ Selon W. Hug, « most of the jurists of this school, which dominated the seventeenth and eighteenth centuries, found the principles of their system of natural law by mere deduction and, though they did not consider any other system, they relied unconsciously upon the system of law with which they were most familiar. Only a few of the leading minds thought of using the available comparative material » (HUG, *op. cit.*, p. 1045).

¹²⁰ HUG, *op. cit.*, p. 1051.

¹²¹ DONAHUE, *op. cit.*, pp. 3-4. La plupart des comparatistes modernes « would agree that the task of the comparatist must involve careful examination of top-level ideas, middle-level legal discourse, and actual practice and development. In all of these endeavours modern comparatists are the descendants of the French legal thinkers of the sixteenth century » (DONAHUE, *op. cit.*, p. 22).

¹²² On s'occupera de l'approche comparative de l'école du droit naturel dans le chapitre III (*infra* p. 114).

¹²³ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome I. Introduction au droit comparé*, Paris, LGDJ, 1972, § 31, p. 66.

¹²⁴ POLLOCK, Frederick, « The History of Comparative Jurisprudence », *Journal of the Society of Comparative Legislation*, New Series, vol. 5, n° 1, 1903, p. 83.

premiers auteurs qui ont le plus explicitement affirmé la subordination du droit au contexte social, tant aux manières de penser qu'aux pratiques et aux caractéristiques physiques¹²⁵.

SECTION 2. LA DIFFICILE CIRCULATION DANS LA PENSÉE DE MONTESQUIEU

Nombreux sont les apports à la connaissance des sociétés humaines que l'on a attribués à Montesquieu. Sa contribution à l'établissement et au développement de la sociologie a été déjà remarquée. En outre, l'un des premiers lecteurs de *l'Esprit des Lois*, David Hume (1711-1776), considérait également Montesquieu comme le fondateur d'une « science politique »¹²⁶. Dans ce domaine, les interprétations sont diverses et même contradictoires, au moins sur deux points : d'une part, celui de sa contribution à l'édification du libéralisme, étant donné les appréciations divergentes entre celles qui l'affirment et l'accentuent et celles qui la nient ou la minimisent¹²⁷ ; d'autre part, malgré un certain consensus sur l'influence de sa doctrine sur la configuration du constitutionnalisme moderne, il y a aussi une division face à la question de définir si Montesquieu a élaboré une théorie de la séparation des pouvoirs¹²⁸. Néanmoins, sans nier l'importance de ces questions, notre analyse portera

¹²⁵ « In short, Montesquieu presented a classic version of the mirror thesis, though his account went far beyond customs and morality to include the totality of a society and its physical setting » (TAMANAH, B. Z., *A general jurisprudence of law and society*, cit., p. 28-29).

¹²⁶ HUME, David, *Enquête sur les principes de la morale*, trad. Ph. Baranger et Ph. Saltel, Paris, Flammarion, 1991, p. 101.

¹²⁷ L'une des plus connues des attestations sur le libéralisme de Montesquieu est celle d'Isaiah Berlin, pour qui « les points essentiels de la doctrine de Montesquieu constituaient, où que ce fût, le credo libéral » (BERLIN, Isaiah, *À contre-courant : essais sur l'histoire des idées*, trad. A. Berelowitch, Paris, Albin Michel, 1988, p. 201). Pour une interprétation libérale de Montesquieu voir aussi : ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, cit., pp. 29-43 ; FAGUET, Émile, *La politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire*, Paris, Société Française d'Imprimerie et de Librairie, 1902 ; JAUME, Lucien, *La liberté et la loi : les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000 ; PANGLE, Thomas L., *Montesquieu's Philosophy of Liberalism*, Chicago, University of Chicago Press, 1973 ; THIEMANN, Ronald F., « Montesquieu and the Future of Liberalism », in KINGSTON, Rebecca E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, Albany, State University of New York Press, 2009, pp. 271-278. Pour sa part, L. Althusser rejette cette posture et assure qu'au delà de son libéralisme apparent Montesquieu est en réalité un partisan du domaine de la noblesse (ALTHUSSER, L., *Montesquieu, la politique et l'histoire*, cit., p. 120-122). D'autres ont plutôt vu en Montesquieu l'auteur qui en soutenant la science classique de la vertu a posé les fondements du républicanisme moderne (LARRÈRE, Catherine, « Montesquieu et le républicanisme », *Bulletin de la Société Montesquieu*, N° 5, 1993, pp. 12-28 ; POCOCK, J. G. A., *Le moment machiavélien : la pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique*, trad. L. Borot, Paris, PUF, 1997, p. 496 ; SHKLAR, Judith, « Montesquieu and the new republicanism », in BOCK, Gisela, SKINNER, Quentin, VIROLI, Maurizio (ed.), *Machiavelli and republicanism*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1990, pp. 265-279). Sur ce débat voir : LARRÈRE, Catherine, « Montesquieu and Liberalism: The Question of Pluralism », in KINGSTON, R. E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, cit., pp. 279-301 ; SPECTOR, Céline, « L'Esprit des lois de Montesquieu : entre libéralisme et humanisme civique », *Revue Montesquieu*, N° 2, 1998, pp. 139-161.

¹²⁸ C'est dans *Le Fédéraliste* (1787-1788) de Hamilton, Madison et Jay que l'on trouve l'une des plus célèbres références à Montesquieu comme « l'oracle toujours consulté et cité sur ce sujet » (HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, *Le Fédéraliste (commentaire de la Constitution des États-Unis)*, trad. G. Jèze, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902, p. 398). Cependant, une fois Ch. Eisenmann a soutenu que dans *l'Esprit des Lois* « on n'y trouvera ni séparation fonctionnelle ni séparation matérielle des autorités étatiques » (EISENMANN, Charles, « L'esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 166), on a commencé à relativiser la portée de la doctrine de la séparation de pouvoirs dans la pensée de Montesquieu. Voir en ce sens : TROPER, Michel, *La Séparation des*

spécifiquement sur une autre question : la manière dont cet auteur a développé une méthode comparative pour arriver à trouver l'« esprit » du droit et déterminer les rapports de celui-ci avec la société, bien qu'il ne se détache pas de la recherche « des lois de la nature »¹²⁹. L'ambivalence entre universalisme et relativisme se présente alors plus explicitement et Montesquieu s'attaque de cette manière à ce redoutable problème « qu'il pense éclairer en tirant les leçons de l'histoire et de la philosophie »¹³⁰. C'est parce qu'il a abordé cet objectif, que l'on a reconnu en lui l'auteur qui a établi les fondements de la méthode comparative moderne (I) et qui a profondément marqué l'évolution d'une conception relativiste du droit déterminé par le contexte social (II), ayant des effets même au delà des frontières européennes (III).

I. L'approche comparative

Dans les études sur l'histoire du droit comparé on fixe presque toujours comme un point crucial l'œuvre de Montesquieu. Selon M. Vile, il est « un penseur qui a produit – peut-être pour la première fois – une étude comparative des lois à proprement parler (avec un accent ferme sur le pluriel) tant en théorie qu'en pratique »¹³¹. Pourtant, à côté de ses

pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris, LGDJ, 1980, pp. 117-118 ; VILE, M. J. C., *Constitutionalism and the separation of powers*, 2nd ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1998, pp. 83-106.

¹²⁹ Celui-ci est le titre du deuxième chapitre du livre premier de *l'Esprit des Lois*. Bien que l'édition de référence de cet ouvrage est celle de R. Derathé (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, éd. Robert Derathé, Paris, Garnier frères, 1973), étant donné que les tomes 5 et 6 de la nouvelle édition des *Œuvres complètes* (sous la direction de P. Rétat et C. Volpillac-Augier) qui contiendraient le texte de *l'Esprit des Lois* n'ont pas encore été publiés, nous recourons à la version qui apparaît dans l'édition des *Œuvres complètes* de R. Caillois : MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Œuvres complètes*, éd. Roger Caillois, Paris, Gallimard, 1990, 2 vols.

¹³⁰ GOYARD-FABRE, Simone, *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, PUF, 1993, p. 2.

¹³¹ VILE, Malcom, « Custom, Combat, and the Comparative Study of Laws: Montesquieu Revisited », in DRESCH, Paul, SKODA, Hannah (eds.), *Legalism: anthropology and history*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 261. Pour R. Hirschl « the publication of Montesquieu's monumental *The Spirit of Laws* (1748) is undisputedly a—if not the—defining moment in the history of comparative law. Montesquieu's foundational approach of unearthing links between law and society across cultures has inspired an impressive tradition of comparative scholarship » (HIRSCHL, Ran, « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », in KINGSTON, R. E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, cit., p. 199). Cet auteur est aussi considéré « a great practitioner of comparative political analysis » (RICHTER, Melvin, « Introduction », in MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Selected political writings*, ed. Melvin Richter, Indianapolis, Hackett Pub., 1990, p. 32), et *l'Esprit des Lois* l'un des « the canonical books of comparative political analysis » (RICHTER, Melvin, « Comparative Political Analysis in Montesquieu and Tocqueville », *Comparative Politics*, vol. 1, n° 2, 1969, p. 129), sans compter que « the impact of Montesquieu's epistemological framework on comparative constitutional law scholarship produced by legal academics has been far less significant » (HIRSCHL, *ibidem*, p. 212.). Aussi, M. Richter soutient que « his mature work is perhaps best described as a political sociology both comparative and historical, based on the conscious analogy between the aspects of a society and the qualities of a system » (RICHTER, M., *ibidem*, p. 138). En ce qui concerne le droit constitutionnel comparé les apports de Montesquieu sont également soulignés, en tant que « père de tous les constitutionnalistes comparatistes » (PONTTHOREAU, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 34) : « Too little has changed from the time of Montesquieu's *The Spirit of Laws* to the early twenty-first century in respect of the ability of legal scholarship to draw upon comparative research to trace causal links among pertinent variables, and more generally, in the way comparative constitutional lawyers conceptualize and pursue their research. This is a compliment to Montesquieu's foundational scholarship; but, at the same time, it also reflects the blurred epistemological matrix of modern-day comparative constitutional law » (HIRSCHL, Ran, « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », cit., p. 200. Plus encore, « the epistemological pillars of Montesquieu's work—comparative research, taxonomy, and the interdependence of

apports au droit comparé on ne cesse pas de s'interroger sur la place qu'il occupe dans le jusnaturalisme moderne, d'autant plus que « *De l'Esprit des Lois* est un travail qui commence mais qui ne finit pas dans les traditions du droit comparé et de l'école du droit naturel »¹³². De fait, il ne semble pas facile d'articuler l'universalisme de la conception jusnaturaliste du droit avec le relativisme et le particularisme que peut impliquer l'analyse juridique comparative. Mais ce sont précisément les changements que Montesquieu opère dans ces deux sphères ce qui lui permet d'avancer sur cet objectif.

En ce qui concerne la première, dans *l'Esprit des Lois* il est possible de trouver des passages qui sembleraient revenir à la tradition du droit naturel, comme celui où l'on lit :

« Les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites ; mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites. Avant qu'il y eût des êtres intelligents, ils étaient possibles ; ils avaient donc des rapports possibles, et par conséquent des lois possibles. Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux »¹³³.

Cependant, les conceptions des auteurs de l'école du droit naturel s'opposent en plusieurs points à celles de Montesquieu, puisqu'il prend quelques éléments de leur théorie juridique pour en faire un usage différent ou pour y ajouter des nouveaux arguments jusqu'alors inconnus¹³⁴. Par exemple, Montesquieu ne formule pas les principes antérieurs et supérieurs au droit positif par des propositions impératives, selon le modèle de Grotius et d'autres jusnaturalistes, mais à la manière de rapports d'équité plus proches à des impératifs hypothético-déductifs¹³⁵. D'autre part, les « lois de la nature » qu'il identifie, c'est-à-dire, celles qui « dérivent uniquement de la constitution de notre être [...] avant l'établissement des sociétés »¹³⁶, ne sont – comme l'explique C. Spector – que « des

law and society—continue to serve as the bedrock of contemporary study of law and legal institutions » (*ibidem*, 212).

¹³² RICHTER, M., « Introduction », *cit.*, p. 25.

¹³³ *L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 233. L. Althusser critique fortement cet apparent retour à la tradition du droit naturel : « Ici Montesquieu rentre sagement dans la tradition la plus fade. Il existe des valeurs éternelles. Qu'on en lise l'énoncé dans le chapitre I du livre I : il faut obéir aux lois ; il faut vouer de la reconnaissance à son bienfaiteur ; il faut obéir à son créateur ; on sera puni pour le mal commis. Singulière énumération ! » (ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, *cit.*, pp. 39-40).

¹³⁴ RICHTER, *op. cit.*, pp. 25-26.

¹³⁵ « Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit : comme, par exemple, que, supposé qu'il y eût des sociétés d'hommes, il serait juste de se conformer à leurs lois ; que, s'il y avait des êtres intelligents qui eussent reçu quelque bienfait d'un autre être, ils devraient en avoir de la reconnaissance ; que, si un être intelligent avait créé un être intelligent, le créé devrait rester dans la dépendance qu'il a eue dès son origine ; qu'un être intelligent, qui a fait du mal à un être intelligent, mérite de recevoir le même mal ; et ainsi du reste » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 233).

¹³⁶ *L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 2 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 235. Montesquieu énonce ensuite les lois de la nature, en commençant par la paix, « la première loi naturelle » qui s'impose en raison de la vulnérabilité de la nature humaine : « L'homme, dans l'état de nature, [...] songerait à la conservation de son être, avant de chercher l'origine de son être. Un homme pareil ne sentirait d'abord que sa faiblesse ; sa timidité serait extrême : et, si l'on avait là-dessus besoin de l'expérience, l'on a trouvé dans les forêts des hommes sauvages ; tout les fait trembler, tout les fait fuir » (*ibidem*). Sur ce fondement Montesquieu identifie la deuxième et la troisième loi de la nature : d'une part, « au sentiment de sa faiblesse, l'homme joindrait le sentiment de ses besoins. Ainsi une autre loi naturelle serait celle qui lui inspirerait de chercher à se nourrir » ;

tendances éprouvées ou « senties » plutôt que des préceptes normatifs, rationnels ou moraux »¹³⁷. En plus, comme elles doivent opérer dans des environnements différents, elles produisent des différentes conséquences dans divers endroits. Par conséquent, le climat, la géographie, la forme de gouvernement, le système de production économique, la religion, les coutumes et les mœurs sont dans leur ensemble les principales conditions pour déterminer comment la raison ou les lois de la nature se présentent dans un cas particulier. Cependant, par cette voie Montesquieu abandonnerait le jusnaturalisme – au moins dans sa version traditionnelle – plutôt qu’il ne le maintienne, car il suggère une étude sociologique, par une méthode comparative, des institutions et de l’incidence sur celles-ci des autres institutions et des conditions physiques non institutionnelles. « La supposition qu’elles ne sont que les variantes d’une « nature » – conclut G. Sabine – n’est plus qu’une fiction »¹³⁸.

D’un autre côté, Montesquieu exécute un virage encore plus prononcé dans l’analyse comparative du droit. On sait déjà que le jusnaturalisme n’est pas seulement arrivé à reconnaître que le droit positif s’adapte en quelque sorte aux circonstances de chaque société, même si c’est toujours dans les limites du droit naturel ; dans sa version moderne il commence aussi à employer une approche comparative qui offrirait une confirmation empirique des principes de droit naturel. Montesquieu continue sur cette lancée¹³⁹, en considérant que le rationalisme déductif est une méthode pertinente qui peut être scientifiquement utilisée¹⁴⁰ et qu’il n’y a aucune incompatibilité entre la démonstration rationnelle et la vérification empirique, même à caractère historique¹⁴¹. Or, c’est

d’autre part, « la crainte poilerait les hommes à se fuir : mais les marques d’une crainte réciproque les engageraient bientôt à s’approcher. D’ailleurs ils y seraient portés par le plaisir qu’un animal sent à l’approche d’un animal de son espèce. De plus, ce charme que les deux sexes s’inspirent par leur différence, augmenterait ce plaisir ; et la prière naturelle qu’ils se font toujours l’un à l’autre, serait une troisième loi » (*ibidem*, p. 236). Finalement, « outre le sentiment que les hommes ont d’abord, ils parviennent encore à avoir des connaissances ; ainsi ils ont un second lien que les autres animaux n’ont pas. Ils ont donc un nouveau motif de s’unir ; et le désir de vivre en société est une quatrième loi naturelle » (*ibidem*).

¹³⁷ SPECTOR, Céline, *Montesquieu : Liberté, droit et histoire*, Paris, Michalon, 2010, p. 48. Montesquieu « exclut toute superposition entre droit naturel et morale. La distinction est nette entre les rapports d’équité concernant l’être intelligent et les « lois de la nature » qui dérivent de son être animal ou sensible : les lois découvertes à l’état de nature [...] sont issues du désir de conservation, antérieurement au développement de la raison » (*ibidem*, pp. 47-48).

¹³⁸ SABINE, George H., *A History of Political Theory*, 3rd ed., New York, Holt Rinehart and Winston, 1961, p. 554.

¹³⁹ Par exemple, il reconnaît que « c’est au législateur à suivre l’esprit de la nation, lorsqu’il n’est pas contraire aux principes du gouvernement » (*L’Esprit des Lois*, livre XIX, chap. 5 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 559), c’est-à-dire – on pourrait ajouter – aux principes du droit naturel (COURTNEY, C. P., « Montesquieu and Natural Law », *cit.*, p. 59).

¹⁴⁰ ZWEIGERT, Konrad and KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 50.

¹⁴¹ Dès la préface de *L’Esprit des Lois* Montesquieu annonce cette corrélation : « J’ai d’abord examiné les hommes, et j’ai cru que, dans cette infinie diversité de lois et de mœurs, ils n’étaient pas uniquement conduits par leurs fantaisies. J’ai posé les principes, et j’ai vu les cas particuliers s’y plier comme d’eux-mêmes, les histoires de toutes les nations n’en être que les suites, et chaque loi particulière liée avec une autre loi, ou dépendre d’une autre plus générale » (*Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 229). Il est alors possible de conclure que « Montesquieu a fait une philosophie expérimentale des sociétés humaines, une histoire naturelle des lois » (MARKOVITS, Francine, « Le paradoxe de l’amour des lois. Une lecture de Montesquieu », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 10 (La volonté générale), 2013, p. 24). Sur ce point voir : VILE, Malcom, « Custom, Combat, and the Comparative Study of Laws: Montesquieu Revisited », *cit.*, p. 277-278 ; RICHTER, « Introduction », in MONTESQUIEU, *Selected political writings*, *cit.*, pp. 11-12 ; ZUCCA, Lorenzo, « Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law », *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n° 3, 2009, pp. 494-496.

précisément cela, ce qui le conduit à réviser la portée de la méthode comparative qui ne se limite plus à constater les contenus du droit naturel obtenus d'une déduction abstraite, car elle sert également à trouver et définir ces principes en les dérivant par le biais d'une démarche inductive¹⁴².

Par conséquent, l'*Esprit des Lois* réalise une oscillation décisive du pendule vers l'approche comparative du XVI^e siècle, assez différente du style et le contenu des conceptions juridiques dominantes au moment de sa publication¹⁴³. Ce retour peut recevoir tant une explication épistémologique qu'une explication contextuelle. La première se rapporte à la prétention de Montesquieu d'appliquer quelques méthodes des sciences naturelles à l'analyse du monde social, en particulier de l'histoire et du droit, ce qui lui a valu d'être reconnu comme le « Newton du monde moral »¹⁴⁴. Il a donc choisi « le modèle d'une science des effets »¹⁴⁵ qui ne propose pas une théorie abstraite de l'essence de la société mais qui se donne pour objet les sociétés réelles, les faits historiques et juridiques, leur liaison et leur comparaison, de sorte qu'elle « devra relever de ce savoir des causes et de cette compréhension des raisons »¹⁴⁶ et, en plus, en ce qui concerne le droit, elle lui permettrait aussi de procéder à une étude systématique tant du droit naturel que du droit positif¹⁴⁷. L'explication contextuelle, pour sa part, se trouve dans le prétendu propos de

¹⁴² Comme le souligne R. Hirschl, « the significant feature of his comparative method is his use of foreign legal materials not as illustrations, as his predecessors had done, but as sources of legislative experience and for the purpose of inspiring legal science with the breadth of a broad intellectual outlook. Although his work is mainly devoted to public law and suffers from shortcomings, both his universal outlook and his method of empirical observation make him the foremost precursor of modern comparative law » (HIRSCHL, Ran, « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », in KINGSTON, R. E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, cit., p. 203). Cependant, « the statement that Montesquieu really envisaged and used an inductive and comparative method of studying social institutions must be taken with extreme qualification. Probably few important political theorists were more addicted to hasty generalizations or less inclined to distinguish between exact inference and the impulsion of prior convictions. He was indeed a man of wide reading but his knowledge was inexact, judged not by the scholarly standards of a later time but in terms of the sources at his disposal. His curious erudition was largely used to illustrate beliefs that would have been exactly the same if he had never heard of Persia » (SABINE, op. cit., pp. 557-558).

¹⁴³ LAUNAY, Robert, « Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law », in RILES, Annelise (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 25, 36. « The connection with Bodin is clear: on the one hand, the desire to arrive at generalizations valid for all societies belonging to the same type – in short, comparison of similarities; on the other hand, a strong sense of what is unique in the mores, the distinctive character (naturel) of each society, and even in its historical development – in short, comparison of differences. Nor are comparisons made in purely structural terms; there is also an effort to utilize them in constructing explanations of “general causes” » (RICHTER, M., « Comparative Political Analysis in Montesquieu and Tocqueville », cit., pp. 144).

¹⁴⁴ Le naturaliste genevois Charles Bonnet se dirige à l'auteur de l'*Esprit des Lois* en ces termes : « Newton a découvert les lois du monde matériel, vous avez découvert, Monsieur, les lois du monde intellectuel » (Lettre à Montesquieu du 14 novembre 1753, dans MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Œuvres complètes de Montesquieu*, éd. André Masson, Paris, Nagel, 1950-1955, vol. III, p. 1478).

¹⁴⁵ CHARRAK, André, « Le sens de la nécessité selon Montesquieu. Essai sur le livre I, chapitre I de *L'Esprit des lois* », *Revue de métaphysique et de morale*, N° 77, 2013, p. 9.

¹⁴⁶ SPECTOR, op. cit., p. 25. Sur les conséquences épistémologiques de la doctrine de Montesquieu voir : BINOCHÉ, Bertrand, « Montesquieu et la crise de la rationalité historique », in SPECTOR, Céline, HOQUET, Thierry (éd.), *Lectures de L'esprit des lois*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2004, pp. 35-64 ; CASABIANCA, Denis de, *Montesquieu, de l'étude des sciences à l'esprit des lois*, Paris, H. Champion, 2008.

¹⁴⁷ Pour l'école du droit naturel moderne il n'est pas possible de traiter systématiquement le droit positif. Comme son origine ne dépend que de la volonté du législateur, il n'y a pas un critère de vérification rationnel et objectif – comme celui de la « nature des choses » – pour déterminer son existence avant qu'il soit confronté aux normes du droit naturel qui, pour sa part, dispose effectivement de ce critère. Par exemple, pour Grotius « les préceptes du droit naturel étant toujours les mêmes, peuvent facilement être réunis en

l'*Esprit des Lois* de critiquer l'établissement de l'absolutisme monarchique en France, qu'il ne poursuit pas sur la base des principes abstraits et universels sur la légitimité du pouvoir politique mais à partir de la défense de ce qui serait la meilleure espèce de gouvernement spécifiquement pour la France ou, tout au plus, pour les pays d'Europe occidentale¹⁴⁸.

Même si dans cet ouvrage il y a une très élaborée application d'une méthode comparative, c'est dans l'*Essai sur les causes qui peuvent affecter les esprits et les caractères*¹⁴⁹ où Montesquieu offre les fondements conceptuels de cette méthode, sans lesquels il n'aurait pas procédé à l'explication effectuée dans l'*Esprit des Lois* des dissemblances et ressemblances des diverses sociétés humaines. En effet, la seconde partie de l'*Essai*, intitulée « Des causes morales qui peuvent affecter les esprits et les caractères », s'attache en premier lieu à l'étude de l'éducation comme l'une des principales causes. Selon Montesquieu elle consiste « à nous procurer des idées », et comme « les idées se tiennent les unes aux autres » il conclut que « la principale faculté de l'âme est de comparer »¹⁵⁰. Toutefois la question qui surgit immédiatement est celle de savoir ce qu'il entend par « comparer ». Pour M. Richter¹⁵¹, Montesquieu utilise le terme en deux sens, l'un à caractère philosophique et l'autre désignant les méthodes qu'il applique aux sciences humaines. Le premier sens est une adaptation du concept de comparaison énoncé par John Locke dans son *Essai sur l'entendement humain* (1689). Cet auteur souligne le fait que l'entendement dépend tant des impressions reçues des objets externes par les perceptions de sens que des idées ainsi formées par ces objets. De là il conclut que « comparer entre elles les idées, sous l'angle de leur extension, de leurs degrés, de leur temps, de leur lieu, ou de toute autre

règles d'art ; mais les dispositions qui proviennent du droit positif changeant souvent et variant avec les lieux, sont en dehors de tout système méthodique, comme les autres notions des choses particulières » (GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. M. P. Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1867, prologue, § XXXII, p. 32). Par contre, Montesquieu propose une étude systématique du droit positif fondé sur « les principes » qu'il n'a pas tiré de ses préjugés, « mais de la nature des choses », ce qui lui permet de voir les cas particuliers s'y plier comme d'eux-mêmes » et « les histoires de toutes les nations n'en être que les suites » (*Esprit des Lois*, Préface ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 229). Par conséquence, « Montesquieu was clearly proposing to do something which had never been done before and which had been pronounced impossible by the greatest authority on natural jurisprudence » (COURTNEY, *op. cit.*, p. 46).

¹⁴⁸ Montesquieu ne s'oppose pas seulement l'absolutisme monarchique mais aussi à l'alternative républicaine. Comme l'explique R. Launay, « a binary contrast of "republican" to "despotic" government would, of course, be entirely consistent with an argument from universal principles, typical of one or another seventeenth century theorist. Precisely because Montesquieu is arguing that a republic, however, ideal in the abstract, is not a workable solution to France's political ills does he need to resort to a relativistic argument » (LAUNAY, « Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law », *cit.*, pp. 34-35). Voir en ce sens : BARRERA, Guillaume, *Les Lois du monde. Enquête sur le dessein politique de Montesquieu*, Paris, Gallimard, 2009, p. 31-32 ; FETSCHER, Iring, « La Ilustración en Francia, la Enciclopedia, Montesquieu, Rousseau », in VALLESPÍN OÑA, Fernando (ed.), *Historia de la teoría política, 3: Ilustración, liberalismo y nacionalismo*, Madrid, Alianza Editorial, p. 109 ; GOYARD-FABRE, *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, *cit.*, pp. 112-114 ; MASTERSON, M. P., « Montesquieu's Grand Design: The Political Sociology of "Esprit des Lois" », *British Journal of Political Science*, vol. 2, n° 3, 1972, pp. 217-318 ; RICHTER, Melvin, « Montesquieu's theory and practice of the comparative method », *History of the Human Sciences*, vol. 15, n° 2, 2002, p. 22 ; SABINE, *op. cit.*, p. 556.

¹⁴⁹ La date de composition de l'*Essai* est incertaine, mais elle est antérieure à celle de l'*Esprit des Lois*. Il n'a été publié qu'en 1892. Nous utilisons la version éditée par R. Caillois : MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Œuvres complètes*, éd. Roger Caillois, Paris, Gallimard, 1990, vol. II, pp. 39-68.

¹⁵⁰ *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 54.

¹⁵¹ RICHTER, Melvin, « Two Eighteenth-Century Senses of "Comparison" in Locke and Montesquieu », *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 8, 2000, pp. 385-406.

considération, c'est une autre opération de l'esprit sur ses idées»¹⁵². Sur cette base Montesquieu indique dans l'*Essai* que « les objets extérieurs donnent à l'âme des sensations. [...] Une idée n'est donc qu'un sentiment que l'on a à l'occasion d'une sensation qu'on a eue, une situation présente à l'occasion d'une situation passée »¹⁵³. C'est en ce sens philosophique qu'il propose la comparaison comme principale faculté de l'âme, celle de mettre en rapport des idées formées par les perceptions¹⁵⁴. Le second sens se rapporte à l'étude des arrangements politiques, juridiques et sociaux de divers pays du monde – même en dehors de l'Europe¹⁵⁵ – qui s'accomplit de manière ample et créative dans l'*Esprit des Lois*. En ce qui concerne le droit, Montesquieu arrive à suggérer une comparaison systématique des lois et d'autres éléments des systèmes juridiques – ce qui annonce même les développements plus récents – en ces termes : « pour juger lesquelles de ces lois sont les plus conformes à la raison, il ne faut pas comparer chacune de ces lois à chacune ; il faut les prendre toutes ensemble, et les comparer toutes ensemble »¹⁵⁶.

La méthode comparative de Montesquieu est si complexe qu'elle permet d'intégrer les éléments de tout un modèle pour la comparaison dans les sciences sociales. Ce modèle serait composé de plusieurs façons de comparer. M. Richter en identifie cinq, chacune structurée selon un ensemble de catégories¹⁵⁷. La première consiste en un schème de types idéaux présenté dans les livres II à VIII de l'*Esprit des Lois* pour classer les gouvernements selon leur nature et leur principe ; il les différencie entre républicains, monarchiques et despotiques¹⁵⁸. La deuxième façon, développée dans le livre XVIII,

¹⁵² LOCKE, John, *Essai sur l'entendement humain, Livres I et II*, trad. J.-M. Vienne, Paris, J. Vrin, 2001, liv. II, chap. XI, § 4, p. 256.

¹⁵³ *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, pp. 41-42.

¹⁵⁴ Un développement du sens philosophique de comparaison selon Montesquieu peut être trouvé dans l'article « Comparaison » de *L'Encyclopédie* écrit par son disciple Louis de Jaucourt (1704-1779). En effet, dans le sous-titre de l'article il identifie la comparaison comme un terme philosophique et logique (*Philos.Log*), et il y la conçoit comme un mécanisme mental fondamental qui associe les données perçues par les sens aux opérations de l'esprit humain (*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, publié par M. Diderot et M. d'Alembert, Paris, Briasson, David, Le Breton, 1751, vol. III, p. 744).

¹⁵⁵ En effet, comme le souligne R. Launay, « no less than 213 citations—a very substantial proportion—refer to the non-European world and demonstrate Montesquieu's considerable interest and familiarity with the rapidly growing corpus of travel literature. The vast bulk of these citations (165) concern Asia: 51 for Turkey and Persia; 22 for India and Siam; 72 for China; and 20 for Japan. (To these I would be inclined to add the 17 references to Russia and "Tartary.") By way of comparison, sources on Africa are cited only 8 times, and only 18 for the Americas. Such a strong Asiatic bias reflects, but only partly, the travel literature available to Montesquieu at the time ». Toutefois, il faut aussi tenir en compte que « in *The Spirit of Laws* even more than in the *Persian Letters*, Asiatic "despotism" constitutes an anti-model, an entirely negative vision of government as well as of society » (LAUNAY, Robert, « Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law », *cit.*, pp. 29-30). Voir aussi : HIRSCHL, Ran, « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », *cit.*, p. 202).

¹⁵⁶ *L'Esprit des Lois*, livre XXIX, chap. 11 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 872. De là, il est possible de suggérer que pour Montesquieu « l'appréciation ne peut pas se faire à partir de cas particuliers, il faut une évaluation globale. Il en est de même dans l'étude des lois, elles ne doivent pas être comparées séparément, une à une. [...] Le niveau pertinent, pour faire cette comparaison, est alors le niveau national [...] » (LARRÈRE, Catherine, « Le pluralisme de Montesquieu ou le savoir de la liberté », *Revue de métaphysique et de morale*, N° 77, 2013, p. 23).

¹⁵⁷ RICHTER, « Montesquieu's theory and practice of the comparative method », *cit.*, pp. 24-27.

¹⁵⁸ Selon Montesquieu « il y a trois espèces de gouvernements : le RÉPUBLICAIN, le MONARCHIQUE et le DESPOTIQUE. Pour en découvrir la nature, il suffit de l'idée qu'en ont les hommes les moins instruits. Je suppose trois définitions, ou plutôt trois faits : l'un que « le gouvernement républicain est celui où le peuple en corps, ou seulement une partie du peuple, a la souveraine puissance ; le monarchique, celui où un seul

classifie les peuples par leurs modes de subsistance (Montesquieu identifie les peuples « sauvages » ou « chasseurs », les peuples « barbares » ou « pasteurs », et les « nations policées » à cause de l'agriculture ou du commerce) et les types de lois appropriées pour chacun¹⁵⁹. La troisième forme de comparaison correspond à la distinction entre divers régimes et nations par rapport à leur dépendance aux lois, aux mœurs et aux manières (livre XIX), mais aussi par la présence ou l'absence de limites juridiques et institutionnelles sur le gouvernement (livre XI)¹⁶⁰, au point qu'elle avance les bases pour une sociologie comparée du droit et des institutions. La comparaison apparaît sous un quatrième aspect dans les deux derniers livres de l'*Esprit des Lois*, les livres XXX et XXXI, où en examinant les lois féodales en France, Montesquieu ne compare pas plusieurs sociétés ou systèmes politiques mais la même société à des périodes distinctes. Une cinquième forme de comparaison se révèle tant dans l'*Essai sur les causes qui peuvent affecter les esprits et les caractères* que dans l'*Esprit des Lois* et elle supporte une théorie des explications causales dans le sens de la recherche du caractère de chaque société, ce que Montesquieu appelle « l'esprit général ». Cette catégorie permet de joindre les causes physiques (comme celle de la théorie des climats) et les causes morales (par exemple, la part de l'éducation ou la religion dans l'évolution d'une société) et, par conséquent, elle est au centre de la méthode comparative de Montesquieu¹⁶¹. Enfin, il est possible que le seul nombre de méthodes comparatives utilisées par Montesquieu indique que sa créativité théorique est la conséquence des ambivalences non résolues et des contradictions occasionnelles que l'on trouve tout au long de son œuvre. En comparant, il établit des ressemblances parmi des sociétés largement séparées dans l'espace et le temps, de même qu'il aperçoit ce qui est individuel et irréductiblement différent entre chacune d'elles. Une partie de sa pensée aspire à être scientifique selon le modèle rationaliste : Montesquieu cherche à réduire à quelques

gouverne, mais par des lois fixes et établies ; au lieu que, dans le despotique, un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices » » (*L'Esprit des Lois*, livre II, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 239). Après avoir étudié chaque type de gouvernement, Montesquieu s'occupe, dans le livre III, de la « différence de la nature du gouvernement et de son principe » (*L'Esprit des Lois*, livre III, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 250-251).

¹⁵⁹ Pour Montesquieu « les lois ont un très grand rapport avec la façon dont les divers peuples se procurent la subsistance. Il faut un code de lois plus étendu pour un peuple qui s'attache au commerce et à la mer, que pour un peuple qui se contente de cultiver ses terres. Il en faut un plus grand pour celui-ci que pour un peuple qui vit de ses troupeaux. Il en faut un plus grand pour ce dernier que pour un peuple qui vit de sa chasse » (*L'Esprit des Lois*, livre XVIII, chap. 8 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 536). M. Richter considère qu'« although Montesquieu also attributed differences in mores and governments to the mode of subsistence, he showed no interest in ranking nations as higher and lower on an ascending scale of development as did Scottish theorists later in the century. Montesquieu did not establish a value-laden dichotomy between nations classified as *sauvages* and *barbares* on the one side; and those *civilisés*, or *policés*, on the other. His tone is remarkably equable » (RICHTER, « Montesquieu's theory and practice of the comparative method », *cit.*, p. 25).

¹⁶⁰ Ce ne sont que les limites au pouvoir ce qui permet de jouir de la liberté. Montesquieu l'affirme dans un des passages le plus célèbres de l'*Esprit des Lois* : « La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés ; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » (*L'Esprit des Lois*, livre XI, chap. 4 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 395).

¹⁶¹ Comme l'indique P. Raynaud, « L'« esprit général » des nations a une consistance propre, il peut survivre à des transformations politiques et sociales considérables et surtout, il pose d'avance des limites infranchissables à l'action du pouvoir politique » (RAYNAUD, Philippe, « « Autour du livre XIX » La France, l'Angleterre et la politesse », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N° 35, 2012, p. 160).

ressemblances, à certains genres, l'infinie variété de phénomènes sociaux et politiques, au point qu'il puisse identifier les causes et les lois applicables à toutes les sociétés humaines. Cependant, il insiste aussi sur les différences, la complexité, le développement organique et historique qui ne peut pas être planifié, la sagesse cachée de la coutume et les conséquences généralement bienfaisantes, mais fortuites, de la foi¹⁶².

Le modèle général pour la comparaison que propose Montesquieu affecte directement sa conception du droit. Ainsi comme il est concerné par la diversité des sociétés, il l'est également par la diversité des droits¹⁶³. Ceci lui permet de s'éloigner d'une perspective abstraite, absolue et prescriptive et de se rapprocher à une autre à caractère relativiste qui se soucie aussi de décrire la réalité juridique de chaque société¹⁶⁴. L'étude sur les différences et les similitudes entre les ordonnancements juridiques que Montesquieu entame, toujours dans son contexte et en les observant comme le résultat de la nature de l'homme en société – et non pas de la seule nature de l'homme – est d'une extraordinaire originalité à son époque¹⁶⁵. Or, outre la dimension que l'on pourrait nommer « externe » de la pluralité des droits appartenant à diverses sociétés, il reconnaît aussi une dimension « interne », où la pluralité se réfère au fait que dans chaque société il y a différents types des lois qu'il vaut mieux considérer séparément¹⁶⁶. Montesquieu arrive même à relativiser la centralité de la loi écrite, car il ne suffit pas de mettre par écrit les normes juridiques si elles ne correspondent pas à la société à laquelle elles sont appliquées, ce qui garantit en plus son efficacité¹⁶⁷. Il s'agit là d'une des prémisses centrales du scepticisme de Montesquieu à l'égard de la

¹⁶² RICHTER, Melvin, « Montesquieu's theory and practice of the comparative method », *cit.*, pp. 30-31.

¹⁶³ Ceci est évident lorsque Montesquieu dans sa *Défense de l'esprit des lois* (1750), texte qu'il a écrit pour répondre aux objections contre son principal ouvrage, affirme que celui-ci « a pour objet les lois, les coutumes et les divers usages de tous les peuples de la terre. On peut dire que le sujet en est immense, puisqu'il embrasse toutes les institutions qui sont reçues parmi les hommes ; puisque l'auteur distingue ces institutions ; qu'il examine celles qui conviennent le plus à la société, et à chaque société ; qu'il en cherche l'origine ; qu'il en découvre les causes physiques et morales ; qu'il examine celles qui ont un degré de bonté par elles-mêmes, et celles qui n'en ont aucun ; que de deux pratiques pernicieuses, il cherche celle qui l'est plus et celle qui l'est moins ; qu'il y discute celles qui peuvent avoir de bons effets à un certain égard, et de mauvais dans un autre. Il a cru ses recherches utiles, parce que le bon sens consiste beaucoup à connaître les nuances des choses » (*Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, pp. 1137-1138).

¹⁶⁴ On a déjà indiqué que pour Montesquieu il n'y a aucune incompatibilité entre la démonstration rationnelle et la vérification empirique. En conséquence, « Montesquieu's comparative scholarship [...] treats law as an indicator, cause, and outcome of society's development », mais aussi « it is descriptive, prescriptive, and explanatory » (HIRSCHL, Ran, « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », *cit.*, p. 203). Cependant, cette combinaison peut s'avérer problématique, car « comment peut-on à la fois présenter certaines institutions comme déterminées, c'est-à-dire s'imposant à la volonté des hommes, et porter des jugements politiques sur certaines institutions ? » (ARON, *op. cit.*, pp. 43-44). Or, pour justifier cette combinaison il est possible de poser comme principe intégrateur chez Montesquieu la recherche et définition des conditions de la liberté : « he sought to integrate the natural sciences and his human science, and these descriptive sciences with moral theory, orienting the sciences toward the normative goal of promoting human liberty » (SAMUEL, Ana J., « The Design of Montesquieu's "The Spirit of the Laws": The Triumph of Freedom over Determinism », *The American Political Science Review*, vol. 103, n° 2, 2009, pp. 306).

¹⁶⁵ VILE, Malcom, « Custom, Combat, and the Comparative Study of Laws: Montesquieu Revisited », *cit.*, pp. 263-264.

¹⁶⁶ Le pluralisme juridique chez Montesquieu lui permet de rétablir le lien entre droit et politique et de souligner le rôle des certaines institutions qui avaient été plutôt omises dans les travaux jusqu'alors publiés. Selon R. Hirschl, même aujourd'hui « fundamental questions concerning the very purpose and rationale of comparative inquiry (and how that enterprise is to be undertaken) remain largely outside the purview of mainstream constitutional law scholarship » (HIRSCHL, R., *ibidem*, pp. 212-213).

¹⁶⁷ ZUCCA, *op. cit.*, p. 485.

circulation des normes d'un lieu à l'autre, quoiqu'elle l'encourage d'ailleurs à explorer la portée des normes dont l'existence ne dépend pas des autorités étatiques (les mœurs, les usages, le droit coutumier, etc.) et les rapports entre droit et société dans son ensemble¹⁶⁸.

II. Relativisme juridique et déterminisme social

Ce biais relativiste de la conception du droit de Montesquieu, qui accentue la diversité existante entre le droit d'une société par rapport à celui des autres, tempère son côté universaliste qui insiste sur la recherche des lois de la nature. Comme il a été déjà indiqué, pour résoudre cette ambivalence cet auteur offre une version renouvelée du jusnaturalisme et révisé la portée et les fonctions de la méthode comparative. Néanmoins, malgré cette tentative, maintenir les deux extrêmes de l'ambivalence semble assez difficile¹⁶⁹. Il est possible de l'affronter en minimisant la composante jusnaturaliste, soit par la considération de celle-ci comme une concession à la tradition¹⁷⁰, soit par l'exclusion de Montesquieu de l'école du droit naturel¹⁷¹. Une autre possibilité est celle de renforcer cette composante et voir chez Montesquieu une continuation et une confirmation du jusnaturalisme. La persistance dans cette tradition s'expliquerait, entre d'autres raisons, par l'utilisation de modèles abstraits ou types idéaux pour élaborer la classification des gouvernements présentée dans les livres II à VIII de *L'Esprit des Lois*, à laquelle on a déjà fait allusion. Comme elle ne s'appuie pas sur des explications factuelles ou généralisations descriptives, Montesquieu resterait fidèle à la méthode *a priori* de l'école du droit naturel qui est habitué à l'emploi de ces modèles ou types (par exemple, l'« état de nature » ou la « nature humaine ») à caractère abstrait¹⁷². Finalement, il est possible d'emprunter la voie comparatiste qui cherche l'unité sur la base de la pluralité et qui recourt à une démarche inductive, c'est-à-dire, celle qui utilise l'étude de cas concrets pour dériver des principes généraux et compréhensifs¹⁷³. Quoi qu'il en soit, le relativisme, même en entrant en tension

¹⁶⁸ VILE, *ibidem*, pp. 270, 275.

¹⁶⁹ « En tant que sociologue, Montesquieu a cherché à combiner deux idées, dont aucune peut être abandonnée, mais dont la conjonction est difficile. D'une part, implicitement, il affirmait la pluralité indéfinie des explications partielles. [...] D'autre part, il a cherché le moyen de dépasser la juxtaposition de relations partielles, de saisir quelque chose qui constitue l'unité des ensembles historiques. Il a cru trouver [...] ce principe d'unification [...] dans la notion d'esprit d'un peuple [...] » (ARON, *op. cit.*, pp. 64-65). Ceci peut être la conséquence du fait que Montesquieu serait « un « ancien » perdu dans le monde des « modernes » » (GOYARD-FABRE, *op. cit.*, pp. VIII-IX).

¹⁷⁰ ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, *cit.*, pp. 40-41.

¹⁷¹ MARTINO, Pierre, « De quelques résidus métaphysiques dans *L'Esprit des lois* », *Revue d'histoire de la philosophie et d'histoire générale de la civilisation*, Université de Lille, Faculté des lettres et sciences humaines, n° 43, 1946, pp. 235-243 ; SABINE, *op. cit.*, p. 551.

¹⁷² CASSIRER, Ernst, *La philosophie des Lumières*, trad. Pierre Quillet, Paris, Fayard, 1966, pp. 219-220 ; COURTNEY, *op. cit.*, p. 55 et 62. Quoi qu'il en soit, l'on peut reconnaître une innovation chez Montesquieu par rapport aux jusnaturalistes, car « it does not seem to have occurred to them that from the definition of the nature of different forms of government it would be possible to deduce systematically the political and civil laws appropriate to each. Montesquieu's originality lies in his understanding of this possibility » (*ibidem*, p. 55).

¹⁷³ Selon Ch. Donahue, chez Montesquieu « notable too is the absence of a master narrative from which principles are derived and then used to control the examples. Rather than condemning practices that the master narrative has shown to be contrary to reason, Montesquieu seeks to explain the variety of laws and practices that he reports as the product of geographical (or ecological), institutional and social forces » (DONAHUE, *op. cit.*, p. 26). Dans ce même sens, pour D. de Casabianca « le projet de *L'Esprit des lois* est de

avec l'universalisme, est l'une des prémisses de la célèbre thèse de Montesquieu selon laquelle le droit est défini par le contexte géographique, climatique, culturel, moral et politique, en un mot, par l'ensemble des éléments constitutifs de la société qu'il régit¹⁷⁴. Bien qu'il n'y ait pas un lien logique entre le relativisme et le déterminisme social sur le droit, Montesquieu les énonce conjointement pour questionner la possibilité du déplacement des normes et d'autres composants d'un système juridique d'une société vers une autre société, ou au moins pour en réduire la portée :

« La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »¹⁷⁵.

Montesquieu ne rejette donc pas complètement le phénomène de la circulation, mais le soumet à des conditions si difficiles à accomplir qu'il apparaît comme « un très grand hasard » qu'il puisse se produire¹⁷⁶. L'une des principales conditions est celle de partager les sociétés à l'intérieur desquelles le droit se déplace une structure des pouvoirs similaire qui se manifeste normativement dans un droit politique semblable :

« Comme les lois civiles dépendent des lois politiques, parce que c'est toujours pour une société qu'elles sont faites, il serait bon que, quand on veut porter une loi civile d'une nation chez une autre, on examinât auparavant si elles ont toutes les deux les mêmes institutions et le même droit politique.

Ainsi, lorsque les lois sur le vol passèrent des Crétois aux Lacédémoniens, comme elles y passèrent avec le gouvernement et la constitution même, ces lois furent aussi sensées chez un de ces peuples qu'elles l'étaient chez l'autre. Mais, lorsque de Lacédémone elles furent

trouver cette “ règle-échelle ” qui prenne la mesure des lois positives, sans tomber dans l'universalisme moral, incapable d'évaluer dans le détail la diversité humaine, et sans verser dans le particularisme, qui érige en règle les préjugés » (CASABIANCA, Denis de, « Le droit politique dans les histoires de toutes les nations. Pourquoi “ l'illustre Montesquieu ” n'a pas pensé les fondements de la société politique », *Revue de métaphysique et de morale*, N° 77, 2013, pp. 43-44).

¹⁷⁴ Les lois – affirme Montesquieu – « doivent être relatives au physique du pays ; au climat glacé, brûlant ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur ; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir ; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles ; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 3 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 238). Il confirme plusieurs fois cette conception relativiste tout au long de *L'Esprit des Lois*. Par exemple, dans le livre III, chapitre 1, Montesquieu signale qu'« après avoir examiné quelles sont les lois relatives à la nature de chaque gouvernement, il faut voir celles qui le sont à son principe. Il y a cette différence entre la nature du gouvernement et son principe, que sa nature est ce qui le fait être tel ; et son principe, ce qui le fait agir. L'une est sa structure particulière, et l'autre les passions humaines qui le font mouvoir. Or, les lois ne doivent pas être moins relatives au principe de chaque gouvernement qu'à sa nature » (*Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, pp. 250-251).

¹⁷⁵ *L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 3 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 237.

¹⁷⁶ De là, il est possible de dire que « it is impossible to attach any very precise meaning to Montesquieu's celebrated dictum that laws must be adapted to the circumstances in which a nation lives. Undoubtedly it suggested a corrective for a purely abstract or a priori treatment of political justice. Undoubtedly also it suggested a comparative study of law on a wide scale, but it left the plan for such study quite vague » (SABINE, *op. cit.*, pp. 557).

portées à Rome, comme elles n'y trouvèrent pas la même constitution, elles y furent toujours étrangères, et n'eurent aucune liaison avec les autres lois civiles des Romains»¹⁷⁷.

Dans ce cas, la possibilité de circulation se restreint aux « lois civiles » et dépend d'un acte de volonté de l'autorité politique. La première caractéristique découle du fait que les lois politiques sont plus attachées à chaque société en cela qu'elles sont les « premières lois fondamentales » qui « suivent directement » la nature des trois espèces de gouvernements¹⁷⁸, ainsi que de leur principe¹⁷⁹, tandis que les « lois civiles » n'auraient pas un lien si profond et permanent. De toute façon, les deux types de lois reflètent les particularités des sociétés, étant donné que chacun d'eux accomplit une fonction différente : former le gouvernement pour les lois politiques, le maintenir pour les lois civiles¹⁸⁰. La deuxième caractéristique correspond à la question du concept de droit chez Montesquieu et la manière dont il s'éloigne d'une conception volontariste de celui-ci. Sa célèbre notion des lois qui les définit comme « les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses »¹⁸¹, s'oppose si ouvertement à la notion de loi assimilée au mandat du législateur qu'elle a suscité une vigoureuse controverse¹⁸². Néanmoins, elle lui permet d'aborder toutes les réalités normatives présentes dans une société, non seulement les lois de la nature envers les lois positives, mais aussi les mœurs, les coutumes et les manières envers la législation¹⁸³. En outre, bien qu'elle n'implique pas que Montesquieu confonde les lois-rapports à caractère descriptif et les lois-mandats à caractère normatif¹⁸⁴, il est nécessaire de déterminer si pour lui le droit, surtout quand il circule entre plusieurs sociétés, est une réalité empirique influencée par d'autres réalités empiriques ou s'il est une réalité normative – et dès lors conceptuelle – déterminée par des réalités empiriques.

¹⁷⁷ *L'Esprit des Lois*, livre XXIX, chap. 13 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 875.

¹⁷⁸ *L'Esprit des Lois*, livre II, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 239.

¹⁷⁹ *L'Esprit des Lois*, livre III, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, pp. 250-251.

¹⁸⁰ « Il faut qu'elles [les lois] se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir ; soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques ; soit qu'elles le maintiennent, comme font les lois civiles » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 3 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, pp. 237-238).

¹⁸¹ *L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 232.

¹⁸² L'idée que les lois sont des rapports et qu'elles ne sont pas des volontés « a suscité la critique non seulement des théologiens, mais des rationalistes révolutionnaires comme Condorcet. Montesquieu détermine la volonté des législateurs et des hommes comme un effet des lois [...]. Il pensait ne polémiquer que contre les métaphysiciens. Mais il vise en fait une thèse subjectiviste que l'on retrouvera, de manière inattendue, jusque chez les libéraux » (MARKOVITS, Francine, *Montesquieu : le droit et l'histoire*, Paris, J. Vrin, 2008, p. 21).

¹⁸³ Avant Montesquieu il est difficile de trouver une définition de mœurs et de manières, vis-à-vis la loi, si explicite est compréhensive : « Les mœurs et les manières sont des usages que les lois n'ont point établis, ou n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu établir. Il y a cette différence entre les lois et les mœurs, que les lois règlent plus les actions du citoyen, et que les mœurs règlent plus les actions de l'homme. Il y a cette différence entre les mœurs et les manières, que les premières regardent plus la conduite intérieure, les autres l'extérieure » (*L'Esprit des Lois*, livre XIX, chap. 16 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 566).

¹⁸⁴ ARON, *op. cit.*, p. 59. Comme l'explique C. P. Courtney la notion de lois-rapports « is a variant of the standard natural law definitions » et elle trouve son fondement dans « the assumption [...] that the laws of morals are analogous to those of physics and mathematics because they all refer to the rational order of the cosmos » (COURTNEY, *op. cit.*, p. 49). De toute façon, Montesquieu était conscient de la différence lorsqu'il signale que « l'homme, comme être physique, est, ainsi que les autres corps, gouverné par des lois invariables. Comme être intelligent, il viole sans cesse les lois que Dieu a établies, et change celles qu'il établit lui-même » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 234).

Quoique l'on puisse reconnaître que le plus important accomplissement de Montesquieu réside dans la complexité de sa vision, saisissant la divergence entre le réel et l'idéal, entre le monde de normes et celui de faits¹⁸⁵, il est difficile de soutenir qu'il annonce une conception empiriste (si l'on veut « réaliste ») qui « entend refuser toute vision idéaliste du droit »¹⁸⁶. Montesquieu utilise le terme « loi » comme une catégorie générale qui renferme plusieurs espèces¹⁸⁷. Il en identifie d'abord deux : l'une comportant les « rapports » qui se trouvent entre une « raison primitive » et « les différents êtres » ; l'autre qui comprend « les rapports de ces divers êtres entre eux »¹⁸⁸. Tandis que la première correspond à une notion de loi conçue comme un énoncé descriptif d'un rapport de causalité (notion assez étendue parmi les auteurs du XVIII^e siècle¹⁸⁹), la seconde est celle à laquelle Montesquieu recourt lorsqu'il présente sa conception du droit. Par conséquent, il ne se distance pas beaucoup de celle posée par la doctrine dominante à son époque – situation qui ne surprend pas, étant donné qu'il était magistrat à Bordeaux – et qui distingue un ordre de lois indépendantes de la volonté des autorités humaines d'un autre qui, par contre, dépend de cette volonté¹⁹⁰. Or, bien qu'il soit possible de mettre en cause le caractère normatif des lois de la nature¹⁹¹, dans le cas de lois positives il est évident que pour Montesquieu elles ont toujours ce caractère. Même si elles sont apparues de plusieurs manières (« droit des gens », « droit politique », « droit civil »¹⁹²), leur fonction est de « gouverner » certains domaines de la vie en société, de prescrire le comportement dû de ses membres¹⁹³. Malgré le fait que les lois positives existent comme des prescriptions elles demeurent pour autant le reflet des éléments constitutifs de la société, de « l'esprit général d'une nation », tant de son aspect physique que de son aspect immatériel¹⁹⁴, et dont la

¹⁸⁵ ZUCCA, *op. cit.*, p. 483. «Montesquieu's project had a strong empiricist component. For the first time, laws were scrutinised in a detached way without setting any assumption that could not be tested. In other words, Montesquieu was not interested in an ideal constitution but in the hard reality of human laws» (*ibidem*, p. 493).

¹⁸⁶ MILLARD, Éric, « Réalisme », in ALLAND, Denis y RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1297.

¹⁸⁷ Selon Montesquieu, ses espèces sont définies par les destinataires des lois : « dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois, la divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 232).

¹⁸⁸ *Loc. cit.*

¹⁸⁹ COURTNEY, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁹⁰ Nous avons déjà fait allusion à la distinction que Montesquieu pose en affirmant que « les êtres particuliers intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites ; mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites. Avant qu'il y eût des êtres intelligents, ils étaient possibles ; ils avaient donc des rapports possibles, et par conséquent des lois possibles » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 1 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 233).

¹⁹¹ Il a été déjà indiqué que pour Montesquieu les lois de la nature sont plutôt des tendances éprouvées ou senties que des préceptes normatifs (*supra*, p. 50).

¹⁹² Montesquieu explique cette classification en ces termes : « Considérés [les hommes] comme habitants d'une si grande planète, qu'il est nécessaire qu'il y ait différents peuples, ils ont des lois dans le rapport que ces peuples ont entre eux ; et c'est le DROIT DES GENS. Considérés comme vivant dans une société qui doit être maintenue, ils ont des lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés ; et c'est le DROIT POLITIQUE. Ils en ont encore dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux ; et c'est le DROIT CIVIL » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 3 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 236).

¹⁹³ On sait déjà que selon Montesquieu « la loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre » (*L'Esprit des Lois*, livre I, chap. 3 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 237).

¹⁹⁴ *L'Esprit des Lois*, livre XIX, chap. 4 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 558.

circulation d'un lieu à l'autre est presque irréalisable¹⁹⁵. Dans le cas où Montesquieu les concevait comme des réalités empiriques, et étant donné qu'il reconnaît une grande diversité entre les sociétés humaines, la circulation deviendrait alors impossible¹⁹⁶.

Néanmoins, le déterminisme social sur le droit que Montesquieu développe n'est pas absolu¹⁹⁷, parce qu'il accepte aussi que le droit ait la capacité de déterminer la société de la même façon qu'il est déterminé par l'évolution constante des pratiques sociales¹⁹⁸. En outre, bien qu'il s'occupe amplement des effets de causes physiques sur les caractéristiques générales des peuples, Montesquieu a conclu tant dans l'*Essai sur les causes qui peuvent affecter les esprits et les caractères* que dans l'*Esprit des Lois* que les causes morales peuvent dépasser et prévaloir sur celles à caractère physique¹⁹⁹. Ceci serait particulièrement

¹⁹⁵ De toute façon, il convient d'indiquer que la notion de constitution ne présente pas encore chez Montesquieu ce caractère normatif. « Quoique libéral et constitutionnaliste – explique O. Beaud –, Montesquieu défend plutôt une conception institutionnaliste de la constitution, proche d'Aristote et de Hegel » (BEAUD, Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 3, 2009, p. 7). Or, l'on trouve aussi que dans l'*Esprit des Lois* « de la “ constitution de l'État (ou du gouvernement) ” entendue comme ce qui est, comme le constat d'un ordre politique naturellement établi, s'opère une subtile transition, jamais rigoureusement fondée, vers “ la constitution ” entendue comme ce qui doit être, c'est-à-dire une juste distribution des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire » (TILLET, Edouard, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 287). La conception de constitution de Montesquieu « will help us to unravel two major drawbacks of contemporary Comparative Constitutional Law: textual and normative reductionism. [...] Montesquieu's viewpoint is a useful foil to the most evident problem of contemporary comparative constitutional law: the study of constitutions is reduced to a sterile textual analysis » (ZUCCA, *op. cit.*, p. 484.) « Written constitutions began to appear few years after the publication of *The Spirit of the Laws* (1748); we could argue that written constitutions killed the spirit of the laws in that the interest since then has shifted from the study of the socio-political framework to the interpretation of the written text, and this interpretative bias has continued up until our time to take the lion's share in constitutional theory » (*ibidem*, p. 487).

¹⁹⁶ On vient d'indiquer que la notion de constitution de Montesquieu présente encore un fort caractère empirique et institutionnel et se limite à annoncer une transition vers la conception normative. Par voie de conséquence, les possibilités d'une greffe seraient en principe rejetées. C'est ainsi que l'on peut conclure que chez Montesquieu « il n'y a pas de modèle constitutionnel et passe-partout que les peuples pourraient adopter (deux chambres, un exécutif suffisamment indépendant et des procédures électorales). Il faut prendre en compte la diversité des circonstances et celle des projets populaires qui ne se réduisent pas à un uniforme désir de sécurité individuelle » (LARRÈRE, *op. cit.*, p. 32).

¹⁹⁷ C'est pourquoi il y a un long débat sur la portée du déterminisme chez Montesquieu. Voir, par exemple, ARON, *op. cit.*, pp. 46-50 ; COX, Iris, *Montesquieu and the history of French laws*, Oxford, Voltaire Foundation, 1983, p. 23 ; ROSSO, Corrado, *Montesquieu moraliste : des lois au bonheur*, trad. Marc Régaldo, Bordeaux, Ducros, 1971, p. 153; SHKLAR, Judith N., *Montesquieu*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1987, pp. 95-99.

¹⁹⁸ ZUCCA, *op. cit.*, p. 499. Montesquieu « has shown that men do not have to be governed so strictly by the physical laws, but can govern themselves by moral, religious, sociopolitical, and positive laws, which are elaborated in the new list of Book XXVI. This is the ultimate purpose of understanding the spirit of the laws, to learn how to heighten the role that these other orders of law play in human life, so as to promote freedom » (SAMUEL, *op. cit.*, p. 318).

¹⁹⁹ En effet, dans l'*Essai* Montesquieu affirme que « les causes morales forment plus le caractère général d'une nation et décident plus de la qualité de son esprit que les causes physiques » (*Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 60). Dans l'*Esprit des Lois* il reprend l'idée de la primatie des causes morales : « Je ne dis point que le climat n'ait produit, en grande partie, les lois, les mœurs et les manières de cette nation ; mais je dis que les mœurs et les manières de cette nation devraient avoir un grand rapport à ses lois » (livre XIX, chap. 27 ; éd. Caillois, vol. II, pp. 574-575). Finalement, dans la *Défense de l'Esprit des Lois* il insiste sur ce point : « [...] tous les effets quelconques ont des causes : le climat et les autres causes physiques produisent un nombre infini d'effets. [...] [Or], comme le caractère de l'esprit influe beaucoup dans la disposition du cœur, on ne saurait encore douter qu'il n'y ait de certaines qualités du cœur plus fréquentes dans un pays que dans un autre » (*Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 1145).

évident lorsque le législateur est conscient des effets de causes physiques. Une fois que les hommes comprennent ce type de causes, ils peuvent manipuler la nature plutôt que rester les simples sujets de celle-ci. Par conséquent, Montesquieu – conclut M. Richter – était loin d'être un déterministe sévère, obsédé des causes physiques et non humaines. Il admettait de préférence les possibilités créatives – toujours dans certaines limites – de la politique, des constitutions et de la législation, bref, de tout ce qui est le produit de l'intelligence et de la volonté humaine²⁰⁰. De cette manière, surgit une nouvelle ambivalence, cette fois entre liberté et détermination, qui apparaît si importante dans la pensée de Montesquieu qu'elle peut être identifiée comme l'un des principes qui a structuré le plan de l'*Esprit des Lois*²⁰¹.

Quoi qu'il en soit, la présence de ces ambivalences ne signifie nécessairement pas que Montesquieu développe une doctrine marquée par des contradictions. Il montre plutôt les meilleures aspirations scientifiques de son époque, mais aussi ses inévitables confusions et limitations. C'est ainsi qu'il a fourni un plan pour l'étude des gouvernements, autant dans son contexte physique que dans son milieu social, étude qui exige une comparaison d'institutions à une large échelle, mais qui ne dispose chez Montesquieu ni de l'exactitude de connaissances ni de la distance analytique nécessaire pour la réaliser²⁰². De plus, ses intérêts sont divisés, presque au même degré, entre l'établissement de ressemblances parmi les diverses sociétés, amplement séparées dans l'espace et le temps, et la perception de ce qui est individuel et irréductiblement différent entre chacune d'elles. Montesquieu est alors « un de ces penseurs dont la grandeur et la signification historique procèdent de ses ambivalences et même de ses contradictions »²⁰³, ce qui peut-être explique également l'énorme influence de son œuvre en France et ailleurs, constituant ainsi l'un des plus célèbres exemples de circulation de doctrine juridique²⁰⁴.

²⁰⁰ RICHTER, Melvin, « An Introduction to Montesquieu's "An Essay on the Causes That May Affect Men's Minds and Characters" », *Political Theory*, vol. 4, n° 2, 1976, pp. 132-133. Comme l'explique G. Barrera, « si Montesquieu n'a pas écrit « pour rien », s'il n'a pas manqué d'adresser son chef-d'œuvre à quelques destinataires sans le dédier à personne, c'est qu'il n'a pas cru que les grandes choses seules gouvernent les hommes. [...] Si Montesquieu ne se presse pas, à la différence de la plupart des philosophes de son siècle, auprès des trônes, ce n'est pas pour avoir sous-estimé, voir nié l'initiative humaine en politique. Tout au contraire, il la mesure précisément et la redoute assez en un temps de grandes monarchies » (BARRERA, *op. cit.*, p. 28).

²⁰¹ La question du plan de l'*Esprit des Lois* a bouleversé depuis toujours les commentateurs de cet ouvrage (ARON, *op. cit.*, pp. 29-31). Pour A. J. Samuel « the battle between freedom and determination is reflected in the way the first three parts alternate between a focus on determining forces and a focus on liberating forces. Part 1 frames the determination problem and shows its impact on social and political organization. Part 2 details the path toward social and political liberty. Part 3 puts into relief the threat of material determination, the proposal that humanity is governed strictly by physical causes. The end of Part 3, Book XIX, is the midpoint of the work, and serves as a transitional book in the sense [...] that there is a movement in Book XIX away from despotism and towards liberty. [...] Book XIX provides the key to achieving human freedom over determinism » (SAMUEL, *op. cit.*, p. 306).

²⁰² SABINE, *op. cit.*, p. 551.

²⁰³ RICHTER, Melvin, « Comparative Political Analysis in Montesquieu and Tocqueville », *cit.*, p. 151.

²⁰⁴ Comme l'explique U. H. Gonthier, « through his work, Montesquieu thus initiated a series of enlightened exchanges which testify to the dynamic nature of the diffusion and reception of ideas in the eighteenth century, and to the extensive intellectual cross-fertilization linking England and France at this time » (GONTHIER, Ursula H., *Montesquieu and England: enlightened exchanges, 1689-1755*, London, Brookfield (Vt.), Pickering & Chatto, 2010, p. 169). Sur le cas concret de l'influence de Montesquieu aux États-Unis voir : COHLER, Anne M., *Montesquieu's comparative politics and the spirit of American constitutionalism*, Lawrence (Kan.), University Press of Kansas, 1988 ; SPURLIN, Paul M., *Montesquieu in America, 1760-1801*, University (La.), Louisiana State University Press, 1940.

III. L'influence du relativisme juridique de Montesquieu en Amérique Latine : l'exemple de Bolívar et d'Alberdi

L'influence de l'œuvre de Montesquieu arrive même en Amérique Latine, où elle inspire une conception du droit relativiste qui conduit à ses tenants à soutenir que celui-ci est fortement déterminé par le contexte social. Il est bien possible que Simón Bolívar (1783-1830) ait animé cette influence au cours du XIX^e siècle, à cause des allusions qu'il fait aux idées de Montesquieu dans ses écrits. L'une des plus connues est celle contenue dans le Discours face au Congrès d'Angostura de 1819²⁰⁵, dans lequel il rejette l'« imitation servile » des modèles étrangers, même s'il agit de la « Constitution Britannique qui est celle qui semble être destinée à opérer le plus grand bien possible aux Peuples qui l'adoptent »²⁰⁶. La raison de ce scepticisme face à l'importation de normes et institutions venues d'ailleurs (que ce soit celles de l'Angleterre, des États-Unis ou de la France) s'explique non seulement par les circonstances spéciales d'instabilité et d'incertitude des républiques latino-américaines juste après leur indépendance de l'Empire espagnol²⁰⁷, mais aussi par des conceptions de Bolívar sur le rapport entre droit et société, le premier subordonné à la seconde comme Montesquieu le soutenait :

« Bien que ce Peuple [celui des États-Unis] soit un modèle singulier de vertus politiques et d'illustration morale, bien que la Liberté ait été son berceau, bien qu'il se soit élevé dans la Liberté et qu'il se nourrisse de la Liberté, il me faut dire : même si, de plusieurs points de vue, ce Peuple est unique dans l'histoire du genre humain, c'est un prodige qu'un système si faible et compliqué que le Fédéral ait pu régir dans des circonstances si difficiles et délicates comme celles qui se sont produites. Toutefois, quoi que ce soit de relatif à ce gouvernement par rapport à celui de la Nation Américaine, je dois dire que je n'ai pas du tout envisagé l'idée d'assimiler la situation et la nature des États aussi distincts que l'anglo-américain et l'américain espagnol. Ne serait-il pas très difficile d'appliquer en Espagne le Code de liberté politique, civile et religieuse de l'Angleterre ? Il est ainsi encore plus difficile d'adapter en Venezuela les lois de l'Amérique du Nord. *L'Esprit des Lois* ne dit-il pas que celles-ci doivent être propres au peuple pour lequel elles ont été faites ? Qui est un grand hasard que celles d'une Nation puissent convenir à une autre ? Que les lois doivent-elles être relatives au physique du pays, au climat, à la qualité du terrain, à sa situation, à son étendue, au genre

²⁰⁵ Ce congrès a débouché sur la naissance officielle de la République de la « Grande » Colombie (qui intégrait les territoires des colonies espagnoles de Venezuela et de la Nueva Granada), grâce à la promulgation de la « Loi Fondamentale » d'Angostura le 17 décembre 1819.

²⁰⁶ BOLÍVAR, Simón, « Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819 el día de su instalación », in ID., *Obras Completas*, éd. Vicente Lecuona, Bogotá, Tiempo Presente, Ecoe Ediciones, vol. V, p. 341.

²⁰⁷ En effet, comme le souligne P. W. Walsh « his words during independence regarding the exercise of natural rights were not mere rhetoric; he knew that a representative federation like that of Anglo-America was not a fitting government for his people at that time. Instead, they needed strong laws and strong constitutions to ensure stability in their new nations, while they recovered from the effects of the wars and from centuries of what he deemed poor rule by the Spanish ». De toute façon, il est possible de penser que ce facteur finit par nuancer l'influence de Montesquieu : « So it was that Bolívar's conception of human nature, and the intellectual tradition regarding the physical nature of his America, informed his application of Montesquieu's ideas in a way that justified his strongly centralized governments, strong laws, a powerful executive and the hereditary senate. Unlike Montesquieu, he believed that the republic was a stable government, but not for nations so recently liberated as were those of his America » (WALSH, Philip W., « Jefferson's Vacant Lands and Bolívar's "Desierto": Two Applications of Montesquieu's Thought to the Americas », *Confluencia: Revista hispánica de cultura y literatura*, vol. 21, N° 1, 2005, p. 53).

de vie des peuples ? Que doivent-elles se rapporter au degré de liberté que la Constitution peut subir, à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs coutumes, à leurs manières ? Voilà le Code que nous devons consulter, et non pas celui de Washington ! »²⁰⁸.

Suivant cette ligne de pensée, Juan Bautista Alberdi (1810-1884), juriste argentin qui a profondément influencé le texte de la Constitution de son pays en 1853, pose tout au début (dans les « pages explicatives ») de l'ouvrage qu'il a justement écrit dans le cadre des débats sur cette constitution, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852)²⁰⁹, une conception relativiste et particulariste du droit constitutionnel qui implique un rejet explicite de la réception des modèles étrangers :

« Toutes les constitutions changent ou succombent lorsqu'elles sont les filles de l'imitation ; la seule qui ne change pas, la seule qui accompagne le pays pendant que celui-ci vit et par laquelle il vit, c'est la Constitution que ce pays a reçue des événements de son histoire, c'est-à-dire, des faits qui composent la chaîne de son existence, à partir du jour de sa naissance. La Constitution historique, œuvre des faits, est l'union vivante, la seule qui est réelle et permanente en chaque pays, qui survit à tous les essais et surnage dans tous les naufrages »²¹⁰.

Dans le même livre, Alberdi, en réfutant le rapport de la Commission rédactrice de la Constitution argentine de 1826 qui avertissait qu'elle n'avait pas essayé de faire une constitution originale, affirme catégoriquement que « la constitution qui n'est pas originale est mauvaise, parce que devant être l'expression d'une combinaison spéciale de faits, d'hommes et de choses, elle doit essentiellement offrir l'originalité qui affecte cette combinaison dans le pays qui a à se constituer. [...] L'originalité constitutionnelle est la seule à laquelle on peut aspirer sans immodestie et prétention [...]. Elle ne consiste pas en une nouveauté supérieure à toutes les perfections connues, mais en l'aptitude pour le cas spécial sur lequel elle doit être appliquée »²¹¹. Quoiqu'il soit possible d'identifier dans les

²⁰⁸ BOLÍVAR, S., *op. cit.*, p. 336. Même si Bolívar montre un scepticisme sur la réception des normes et institutions de tout genre, ses critiques dans le discours d'Angostura sont dirigées spécifiquement à l'implantation en la Grande Colombie du système fédéral nord-américain. Dans ce cadre il est possible d'identifier certaines inconsistances de Bolívar, car – comme l'explique G. A. Billias – « he was willing to copy features of the U.S. Constitution when it served his purpose. He criticized the plural executive of the 1811 constitution [in Venezuela], for example, and preferred instead a single executive. When he later submitted a draft constitution for Bolivia in 1826, he admitted that the president would enjoy “many of the powers of the [North] American chief executive” » (BILLIAS, George A., *American constitutionalism heard round the world, 1776-1989: a global perspective*, New York, New York University Press, 2009, p. 126).

²⁰⁹ En effet, Alberdi affirme explicitement que « nos hallamos como en 1810 en la necesidad de crear un gobierno general argentino, y una constitución que sirva de regla de conducta a ese gobierno », et que le propos de son livre est celui de « ayudar a los diputados y a la prensa constituyentes a fijar las bases de criterio para marchar en la cuestión constitucional » (ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852), éd. Francisco Cruz, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915, pp. 37-38).

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 13-14.

²¹¹ *Ibidem*, p. 48. Sur ces prémisses Alberdi critique la tendance en Amérique Latine de suivre les modèles constitutionnels étrangers sans tenir compte des conditions de chaque contexte spécifique : « A fuerza de vivir por tantos años en el terreno de la copia y del plagio de las teorías constitucionales de la Revolución francesa y de las constituciones de Norte América, nos hemos familiarizado de tal modo con la utopía, que la hemos llegado a creer un hecho normal y práctico. Paradojal y utopista es el propósito de realizar las concepciones audaces de Siéyes y las doctrinas puritanas de Massachussets, con nuestros peones y gauchos que apenas aventajan a los indígenas. Tal es el camino constitucional que nuestra América ha

mots d'Alberdi le déterminisme social sur le droit distinctif de la théorie de Montesquieu, il semble que l'influence de cet auteur est plutôt indirecte. En effet, comme l'explique J. L. Romero, la « génération de 1837 », un groupe d'intellectuels argentins dont Alberdi était l'un des plus célèbres membres, a développé ses conceptions et agi sur la politique de son temps sur la base des idées de quelques auteurs français du début du XIX^e siècle (Saint Simon, Fourier, Leroux, Lamennais et Lerminier²¹²), mais aussi sur celles de l'école historique allemande, en particulier la doctrine de Savigny (qu'on abordera dans la prochaine section) qu'Alberdi avait appris à travers les travaux de Lerminier²¹³. De toute façon, cela n'affecte pas la portée du relativisme et particularisme alberdian qui supporte l'une des critiques les plus explicites et fermes à la pratique très répandue en Amérique Latine d'imiter et d'implanter les contenus des ordres juridiques étrangers.

SECTION 3. LE « DROIT POPULAIRE » DANS L'ÉCOLE HISTORIQUE DU DROIT

L'École historique du droit est un mouvement de pensée juridique développé au XIX^e siècle spécialement en Allemagne. Ses principaux représentants ne se sont pas explicitement occupés de l'éventualité, la portée et la convenance des greffes juridiques (ou tout au moins pas en ces termes). Toutefois, en raison de l'orientation particulariste de leur conception du droit ils auraient trouvé les prémisses pour le faire. Ce particularisme est la conséquence des fondements philosophiques de l'école, en particulier de la conception organiciste, idéaliste et nationaliste du monde, une conception emprise du romantisme en vogue à la même époque²¹⁴. Quoiqu'il y ait eu une scission entre un courant romaniste et un

recorrido hasta aquí y en que se halla actualmente » (*ibidem*, p. 213-214). Comme le souligne R. Haro « esta reflexión alberdiana, nos recuerda la conocida semejanza analógica de que la Constitución es para los Estados, como un traje para un hombre, el cual —diríamos ahora— debe ser hecho «a medida», ya que ni puede quedarle grande y amplio en una figura payasesca, ni puede serle estrecho y chico, pues le quitará comodidad y elegancia en el vestir » (HARO, Ricardo, « Juan Bautista Alberdi: ideas fundamentales de su obra “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina” », *Revista de derecho político*, N° 81, 2011, p. 423).

²¹² Sur ce point voir: HERRERO, Alejandro, « Juan Bautista Alberdi y las ideas políticas francesas: en busca de un proyecto alternativo al orden rosista (1835-1852) », *Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, N° 48, 2010, pp. 75-85.

²¹³ Comme le souligne Romero, « Alberdi seguía a Savigny —a través de Lerminier— [...] cuando afirmaba que era nefasto todo trasplante en el derecho » (ROMERO, José Luis, *Las ideas políticas en la Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 136).

²¹⁴ En Allemagne le romantisme à caractère nationaliste avait été développé et encouragé par Johann Gottfried von Herder (1744-1803). Comme l'explique W. Ewald, « his ideas ushered in the national and historical consciousness [...] was to dominate the intellectual life of the nineteenth century. The origins of pan-Slavism, German romantic poetry, the historical theory of law, comparative linguistics, and much more are all to be found in his writings. [...] His central thesis [was] the idea that human cultures are diverse, values are plural, truths are partial, and philosophical systems are lies [...] » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, pp. 2009-2010). Sur les fondements romantistes et idéalistes de l'École historique voir : BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. Olivier Jouanjan, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53-76 ; HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 1989, pp. 69-70 ; JOUANJAN, Olivier, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne », in ALLAND, Denis y RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses

courant germaniste à l'intérieur de l'école, les deux tendances partagent cette conception. Elle est exposée par celui qui est considéré comme son membre le plus célèbre et influent, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), autant dans ses écrits programmatiques – *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814) et l'article introductif de la revue qu'il a fondé en 1815 (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*²¹⁵) intitulé « Sur le but de la présente revue » – que dans son chef-d'œuvre, *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849), traduit au français sous le titre *Traité de droit romain* (1855). La conception organiciste, idéaliste et nationaliste, reprise également par Georg Friedrich Puchta (1798-1846), partisan de la tendance romaniste, et par Georg Beseler (1809-1888), soutenant la tendance germaniste, se précise en l'idée de peuple. Selon Savigny, il s'agit d'un organisme²¹⁶ composé de plusieurs éléments, en particulier les individus – bien qu'il reconnaisse l'existence de corps intermédiaires, comme les familles, les corporations, les villes, etc. – et par plusieurs rapports de dépendance entre ces éléments²¹⁷. Le peuple est au centre de la doctrine juridique de l'École historique et Savigny arrive à le considérer comme un être autonome de ses composants²¹⁸, ce qui s'oppose à la théorie individualiste de la société du libéralisme classique et à la théorie organique de la tradition aristotélico-thomiste²¹⁹. L'intégration des éléments constitutifs de cet être est assurée par le plus important d'entre eux : « l'esprit du peuple » (*Volksgeist*), dont le caractère idéal est si profond qu'elle a été considérée comme une entité mystique²²⁰. Le peuple est d'ailleurs

Universitaires de France, 2003, p. 573-574 ; RÜCKERT, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, R. Gremer, 1984, pp. 34-42 ; SOLARI, Gioele, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, Torino, G. Giappichelli 1971, pp. 122-129.

²¹⁵ La « Revue pour une science juridique historique », publiée à Berlin, est encore en circulation sous le titre *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*.

²¹⁶ L'organicisme remplit chez Savigny une fonction centrale. « La catégorie de l'organisme, en tant que totalité naturelle en devenir, permet de penser cette liaison intime de la nature et du temps, du système et de l'histoire comme de la forma et de la vie » (JOUANJAN, O., *op. cit.*, p. 573).

²¹⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von, « Sur le but de la présente revue », in JOUANJAN, Olivier (éd.), *L'esprit de l'École historique du droit : textes inédits en français de F. C. von Savigny et G. F. Puchta*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 26-27 ; SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Traité de droit romain. Tome premier*, trad. par Charles Guenoux, Paris, F. Didot frères, 1855, chap. II, § VIII, pp. 19-20.

²¹⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. Alfred Dufour, Paris, PUF, 2006, pp. 53-54.

²¹⁹ DUFOUR, Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Droit, individu et pouvoir de l'École du Droit naturel à l'École du Droit historique*, Paris, PUF, 1991, p. 158 ; HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, p. 71 ; KELLEY, Donald R., *The human measure: social thought in the western legal tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 253.

²²⁰ BERGBOHN, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Kritische Abhandlungen*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1892, pp. 496, 503 ; GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1932, p. 344 ; STAMMLER, Rudolf, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Charlottenburg, Pan Verlag R. Heise, 1925, p. 217 ; SCHIELD, Wolfgang, « Savigny und Hegel », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18 y 19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, p. 295 ; STONE, Julius, *Social dimensions of law and justice*, Stanford, Stanford University Press, 1966, p. 102. Le caractère mystique du *Volksgeist* est le fondement de la qualification de « antiphilosophique » à l'encontre de la doctrine juridique de Savigny, soulignant son organicisme, médiévalisme, irrationalisme et romantisme. Voir en ce sens : KANTOROWICZ, Hermann, « Savigny and the Historical School of Law », *Law Quarterly Review*, vol. 53, n° 3, 1937, pp. 335-338 ; JAKOBS, Horst H., *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Zürich, Schöningh, 1992, pp. 51 et sqq. ; WHITMAN, James Q., *The legacy of Roman law in the German romantic era: historical vision and legal change*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 67-68.

conçu comme un être historique qu'il faut discerner tout au long de son évolution et dans la connexion entre le passé, le présent et le futur²²¹.

C'est dans l'esprit du peuple, cet « atelier obscur »²²², que l'École historique détecte l'origine du droit, aussi bien que celui de la religion, le langage, la morale, les mœurs et d'autres expressions culturelles avec lesquelles le droit est profondément lié :

« Si maintenant on cherche quel est le sujet au sein duquel le droit positif a sa réalité, on trouve que ce sujet est le peuple. C'est dans la commune conscience du peuple que vit le droit positif ; aussi peut-on l'appeler *le droit du peuple*. Néanmoins, il ne faudrait pas s'imaginer que les divers individus dont se compose le peuple aient créé le droit arbitrairement ; car ces volontés individuelles auraient pu sans doute enfanter le même droit, mais il est beaucoup plus vraisemblable qu'elles eussent produit une foule de droits différents. Le droit positif sort de cet esprit qui anime tous les membres d'une nation ; aussi, l'unité du droit se révèle nécessairement à leurs consciences, et n'est plus l'effet du hasard »²²³.

La notion de Droit populaire ainsi impliquée est la manifestation la plus évidente du caractère particulariste de la conception du droit de Savigny et des autres membres de l'école :

« L'École historique admet que la matière du droit est donnée à travers le passé de la nation dans son ensemble et ce, non pas de façon arbitraire, de telle sorte que cette matière pourrait aussi bien être telle ou telle, mais en ce sens qu'elle provient de l'essence la plus intime de la nation même et de son histoire. L'activité bien avisée de chaque époque devrait être destinée à déchiffrer, rajeunir et rafraîchir cette matière donnée avec une nécessité intime »²²⁴.

La génération du droit populaire par l'esprit du peuple devient dès lors une notion acquise, dans la mesure où celui-ci ne dépend pas d'une volonté particulière qui ordonne au-dessus du peuple. Or, pour Savigny le contenu du droit est nécessaire puisqu'il ne procède pas non plus de la volonté de l'époque dans laquelle il est établi²²⁵. « En effet – affirme cet auteur –, là où commence l'histoire fondée sur les documents, on trouve chez

²²¹ SAVIGNY, *De la vocation de notre temps*, cit., pp 54-55.

²²² PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, éd. Paul Krueger, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893, p. 18.

²²³ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., chap. II, § VII, p. 14-15. Il convient ici d'indiquer que l'utilisation de l'expression « droit positif » pour faire allusion au « droit populaire » n'implique pas que celui-ci dépend d'un acte de promulgation législative. « Parece que, según Savigny, el Derecho popular es Derecho positivo precisamente por todo lo contrario, o sea, porque no es puesto por el hombre, porque no es inventado por el hombre para responder a necesidades concretas, porque se trata de un Derecho ya dado al hombre, un Derecho que el hombre se encuentra, un Derecho que regula cualquier relación jurídica antes de que el hombre arbitre reglas que regulen dichas relaciones » (HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, p. 75).

²²⁴ SAVIGNY, « Sur le but de la présente revue », cit., p. 27. Dans le même sens Puchta affirme que « le droit repose quant à son ultime fondement historique sur la conviction commune du peuple. Si quelqu'un allait penser devoir défendre contre cette conception l'origine divine du droit, il la comprendrait mal. Nous ne mettons pas en question que le droit vienne de Dieu. Il s'agit seulement de savoir comment Dieu crée le droit. Et nous affirmons : il le fait en ayant inséré la force créatrice du droit dans la nature des peuples » (PUCHTA, Georg Friedrich, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1852, § X, p. 23 ; on a suivi la traduction de DUFOUR, Alfred, « Droit historique (École du) », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{er} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, pp. 112).

²²⁵ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., chap. II, § VII, pp. 16-17.

tous les peuples un droit positif déjà existant, et dont l'origine remonte au-delà des temps historiques »²²⁶. Par conséquent, le droit populaire n'existe pas à cause d'une décision consciente d'une autorité politique. Il « n'existe que par une suite de transformations non interrompues, [...] soumises à la même nécessité, également indépendantes du hasard et des volontés individuelles. Mais ces développements continuels suivent une marche régulière et obéissent à un enchaînement de circonstances invariables, dont chacune tient par un lien spécial aux diverses manifestations de l'esprit du peuple, au sein duquel le droit prend naissance »²²⁷. Cependant, cela ne signifie pas que la doctrine fondée sur cette manière de concevoir l'origine du droit populaire puisse être considérée comme une description sociologique du droit²²⁸, car elle présente un fort caractère normativiste et idéaliste – il serait même possible de voir dans le droit populaire une espèce de droit naturel²²⁹ – qui donne lieu à un « idéalisme objectif »²³⁰.

Savigny soutient que le droit populaire renferme deux éléments : l'un qui est individuel et particulier à chaque peuple ; l'autre qui est général, fondé sur la nature commune de l'humanité²³¹. Il distingue également entre ce droit populaire, le droit qui « vit dans la conscience du peuple », et les « règles abstraites »²³² qui composent les sources du droit, c'est-à-dire, la coutume, la législation et le droit scientifique, bien que celles-ci partagent un commun caractère normatif²³³. Ces règles sont placées au-dessous du droit populaire, le vrai droit, dans un rapport organique et génétique, pour autant qu'elles ont leur origine, leur fondement profond, dans les institutions juridiques du droit populaire²³⁴. C'est dans ce

²²⁶ *Ibidem*, chap. II, § VII, p. 15.

²²⁷ *Ibidem*, chap. II, § VII, pp. 16-17.

²²⁸ En sens contraire : MANIGK, Alfred, « Savigny und die Kritik der Rezeption », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 61, n° 1, 1941, p. 220 ; KANTOROWICZ, H., « Savigny and the Historical School of Law », *cit.*, p. 334.

²²⁹ Voir en ce sens : BERGBOHN, K., *op. cit.*, pp. 499-507 ; HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, p. 74 ; THIEME, Hans, « Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, vol. 56, n° 1, 1936, pp. 202-263.

²³⁰ RÜCKERT, *op. cit.*, p. 67.

²³¹ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *cit.*, chap. II, § XV, p. 49.

²³² « Le droit qui vit dans la conscience du peuple n'est pas un composé de règles abstraites. Il est perçu dans la réalité de son ensemble, et la règle apparaît sous sa forme logique dès que le besoin s'en fait sentir ; elle se détache de cet ensemble et se traduit par un mode artificiel. Telles sont les actions symboliques qui donnent au droit une apparence sensible, et où son origine populaire se révèle avec plus de profondeur et de clarté que dans les lois » (*ibidem*, chap. II, § XII, p. 16).

²³³ Ce caractère normatif du droit se révèle lorsque Savigny, après avoir identifié le « droit dans le sens subjectif » dérivant d'un « rapport de droit », le rattache à « une règle générale qui domine les cas particuliers. Cette règle s'appelle droit, ou droit général, ou quelquefois encore, droit dans le sens objectif » (*Traité de droit romain*, *cit.*, chap. II, § V, p. 9). Ensuite, il définit le droit populaire comme une « règle préexistante » qui précède les sources du droit (chap. II, § V, p. 14) et dont le caractère idéal consiste en ce qu'il « vit dans la conscience du peuple » (*ibidem*, p. 16). Les sources ont aussi un caractère normatif pour Savigny : « On appelle sources du droit les bases du droit général, par conséquent les institutions elles mêmes, et les règles particulières que l'on en tire par abstraction » (*Ibidem*, chap. II, § VI, p. 11). Sur la conception de Savigny sur les sources du droit voir : DUFOUR, Alfred, « La théorie des sources du droit dans l'École du droit historique », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 27, 1982, pp. 85-119 ; HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, « La idea del sistema en Savigny », *Anales de la real academia de Jurisprudencia y Legislación*, n° 9 (Especial dedicado al II Centenario del nacimiento de Federico Carlos Von Savigny), 1981, pp. 223-225.

²³⁴ « La règle de droit et la loi qui en est l'expression ont pour base plus profonde les institutions dont la nature organique se montre dans l'ensemble vivant de leurs parties constitutives, et dans leurs développements successifs. Ainsi donc, quand on ne veut pas s'en tenir aux manifestations extérieures, mais pénétrer l'essence des choses, on reconnaît que chaque élément du rapport de droit a une institution qui le

point que réside l'une des manifestations les plus visibles de la philosophie de l'histoire du droit de Savigny, selon laquelle le droit populaire évolue et se développe au fur et à mesure de l'évolution du peuple²³⁵, correspondant à chaque étape de cette évolution une source différente du droit : dans l'époque de jeunesse le droit coutumier, dans la maturité le droit scientifique et, finalement, dans la décadence la législation et le droit codifié²³⁶.

Tout cela ne suppose pas que Savigny limite au seul élément général l'attribut de la nécessité, caractéristique du droit populaire, car il ne le rejette pas explicitement par rapport à l'élément individuel. Mais surtout, cela n'implique pas non plus que cet auteur admette que le premier est le produit de la circulation du deuxième, parce qu'il est plutôt la conséquence de la structure et le contenu immanent des ordonnancements juridiques. Le « caractère fondamentalement historique du droit à raison de son enracinement dans la conscience populaire de chaque nation et de son développement organique au cours des siècles »²³⁷, trait distinctif de l'École historique, entraîne une conception particulariste du droit qui exclurait la circulation d'un peuple à l'autre des normes appartenant aux sources de droit, encore moins des institutions et rapports du droit populaire. Pour Savigny, c'est du peuple, d'« une communauté de rapports intellectuels attestée par l'usage d'une langue commune », de cet « ensemble réel que sort la création du droit, c'est l'esprit national circulant dans tous les membres de la nation »²³⁸. Néanmoins, lui-même reconnaît qu'« entre les différents peuples il n'y a pas de limites rigoureusement déterminées, et cette indétermination se retrouve dans le droit qu'ils se créent ». Cette situation laisse apparaître un éventuel cas de greffe juridique, en principe conditionné et assez exceptionnel, car il dépend de « la parenté existant entre certains peuples » qui « nous laissent quelquefois dans l'incertitude de savoir si nous devons les réunir ou les distinguer, et leurs droits, sans être

domine et lui sert de type, de même que chaque jugement est dominé par une règle ; et ce second enchaînement, en se rattachant au premier, y trouve la réalité et la vie » (*ibidem*, chap. II, § V, pp. 9-10).

²³⁵ Cependant, cela ne suppose pas nécessairement que Savigny propose un évolutionnisme empirique ou un mécanisme historique. « El *evolucionismo* de Savigny no permite ser interpretado empíricamente, esto es, en el sentido de un *sociologismo* determinista en cualquiera de sus acepciones: materialista, mecanicista, psicologista » (HURTADO BAUTISTA, Mariano, « Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny », *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XVII, n° 1, 1958-1959, p. 67 ; voir aussi dans ce sens : ROSS, Alf, *On law and justice*, London, Stevens, Berkeley, University of California Press, 1974, p. 308). Il s'agit alors d'une histoire des idées (COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, New York, De Gruyter, 1976, p. 43), d'une interprétation idéale de l'histoire (POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, St. Paul (Minn.), West Pub., 1959, vol. II, pp. 57-58) ou d'un traditionalisme spirituel (WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 385, 390), assez éloigné des conceptions de Montesquieu que l'on vient de présenter (ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1929, p. 155 ; en sens contraire : GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, « La Escuela Histórica del Derecho », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18 y 19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, pp. 5-7 ; DUFOUR, Alfred, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de philosophie du droit*, n° 29, 1984, pp. 231). En effet, « this general spirit, as formulated by Montesquieu, possesses none of the metaphysical attributes found in the notion of the *Volksgeist*. For him the general character is to be discovered empirically from the style of the upbringing or education it imparts to its members » (RICHTER, Melvin, « Comparative Political Analysis in Montesquieu and Tocqueville », *cit.*, p. 139).

²³⁶ SAVIGNY, *De la vocation de notre temps*, *cit.*, pp. 105-106, 113, 175-176.

²³⁷ DUFOUR, Alfred, « Droit historique (École du) », *cit.*, p. 109 (dans le même sens voir MARINI, Giuliano, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 149).

²³⁸ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *cit.*, chap. II, § VIII, pp. 19-20.

entièrement semblables, reproduisent ce caractère de parenté »²³⁹. L'on peut alors se demander si c'est précisément ce phénomène de la parenté qui se présente entre le droit romain et « le droit commun de l'Allemagne »²⁴⁰, étant donné que Savigny dans le chapitre premier du *System des heutigen römischen Rechts* assume comme point de départ la réception du droit romain dans ce pays :

« Cet ouvrage a le droit *romain* pour objet ; il devra donc se borner aux matières du droit qui ont une origine romaine, et les suivre dans leurs développements successifs [...]. Le droit romain actuel [...], la législation Justinienne, puisque c'est sous cette dernière forme que nous avons reçu le droit romain [...] »²⁴¹. « Le droit romain actuel défini a une grande analogie avec le droit commun allemand. [...] Ainsi donc, cet ouvrage, qui traite du droit romain actuel, pourrait, au moyen de quelques additions, présenter le droit commun de l'Allemagne »²⁴².

Le second chapitre ne retourne pas sur la question de la réception, son propos étant celui de « déterminer les bases du droit romain actuel », c'est-à-dire, ses « sources ». Mais Savigny se détache du cas spécifique du droit romain et il procède à « une recherche préliminaire sur la nature des sources du droit en général »²⁴³. Là il pose sa doctrine du droit populaire à caractère particulariste qui ne semble pas s'accorder avec le fait de la réception du droit romain en Allemagne. Ensuite, dans le chapitre troisième, cette question réapparaît explicitement et est analysée suivant la classification générale des sources du droit. Pour chacune d'elles Savigny reconnaît l'influence du droit romain. En ce qui concerne la législation, la réception du droit romain justinien est si étendue qu'il devient tant le droit commun en Allemagne que le droit commun de l'Europe²⁴⁴. Or, pour que la législation soit ainsi reçue, certaines conditions s'imposent, permettant la parenté entre les peuples qui doit être à la base de la réception. D'une part, les peuples doivent partager un « droit coutumier général », dont la plus remarquable manifestation est précisément l'adoption du droit romain, bien qu'elle ait une signification différente chez les différents peuples de l'Europe et que les changements qu'elle apporte dans le domaine du droit se fassent sentir d'une manière très diverse²⁴⁵. La parenté est alors posée par Savigny en termes d'une « civilisation moderne » historiquement construite et d'une religion commune aux peuples européens :

²³⁹ *Ibidem*, chap. II, § VIII, p. 20.

²⁴⁰ Pour Savigny le « droit commun », qui a une portée nationale, est défini par rapport au « droit territorial » de nature local. « Ainsi, en Allemagne, nous trouvons un droit territorial, qui tantôt embrasse tout un pays, tantôt une seule province, droit dont l'importance et l'étendue varient selon les différents État » (*Ibidem*, chap. III, § XXII, p. 98).

²⁴¹ *Ibidem*, chap. I, § I, pp. 1-2.

²⁴² *Ibidem*, chap. I, § I, pp. 3, 5.

²⁴³ *Ibidem*, chap. II, § IV, p. 7.

²⁴⁴ Selon Savigny, du droit romain, « comme législation, se présentent d'abord les quatre parties composant le droit Justinien, et connues sous le nom de *corpus juris*, c'est-à-dire les Institutes, le Digeste, le Code et les diverses Nouvelles postérieures aux trois premiers recueils, mais toujours dans les limites et sous la forme que leur a données l'école de Bologne. En effet, c'est sous cette forme que le droit romain est devenu droit commun de l'Europe ; et lorsque, quatre siècles plus tard, d'autres sources vinrent successivement s'y ajouter, le *corpus juris* de l'école de Bologne était reçu si universellement et depuis si longtemps ; son autorité, comme base de la pratique, était si bien établie que les nouvelles découvertes restèrent dans le domaine de la science, et ne servirent qu'à la théorie du droit » (*ibidem*, chap. III, § XVII, pp. 65-66).

²⁴⁵ *Ibidem*, chap. III, § XVIII, p. 77.

« La manière dont le droit romain fut reçu et circonscrit dans de certaines limites mérite surtout notre attention ; car on y voit l'œuvre d'une volonté réfléchie et intelligente, et non le produit d'un simple hasard. Ce ne fut pas d'ailleurs un fait instantané et subit, mais un travail lent et progressif, notamment pour ce qui touche l'exclusion d'une partie importante du droit romain. Ce grand spectacle d'un droit coutumier général, s'établissant chez plusieurs nations, quoiqu'à des époques différentes, nous révèle l'esprit de la civilisation moderne. En voyant ces nations adopter dans son ensemble un droit né chez un peuple étranger avec lequel plusieurs n'avaient pas même de communauté d'origine, on reconnaît que les peuples modernes ne sont pas appelés comme ceux de l'antiquité à une nationalité profondément distincte, mais que la religion chrétienne les unit par un lien invisible, sans néanmoins effacer les traits essentiels du caractère national. Telle est la loi du développement des temps modernes, dont le dernier but est encore caché à nos yeux »²⁴⁶.

D'autre part, la diffusion de ce droit coutumier général, manifestée par la réception du droit romain, est en grande partie la conséquence de l'action du droit scientifique, du droit des juristes savants les plus influents, car l'application du droit romain exigeait des connaissances spéciales et approfondies²⁴⁷. Son importance est telle que Savigny dans le cas de la réception du droit romain en Europe identifie le droit coutumier avec le droit scientifique²⁴⁸. Or, face à ces conditions, ce qui est le plus remarquable c'est la manière dont entrent en tension les deux aspects historicistes de la doctrine de l'École historique : sa philosophie de l'histoire du droit, d'un côté, et sa conception de la science juridique, à la fois systématique et historique, de l'autre²⁴⁹. Tandis que le premier implique une intime connexion du droit populaire avec l'esprit du peuple, partageant une même évolution, et, de là, une conception particulariste du droit, le deuxième ne peut pas ignorer – et Savigny ne le fait pas – que le droit commun en Allemagne est le produit de la réception du droit romain

²⁴⁶ *Ibidem*, chap. III, § XVIII, p. 78.

²⁴⁷ « L'état des choses était bien différent de celui de l'ancienne Rome quand, au moyen âge, le droit romain fut adopté par la plupart des peuples de l'Europe. Cette adoption donna au droit un caractère scientifique ; et les connaissances nécessaires pour résoudre les difficultés qu'offrait son application ne pouvaient être communes à tous » (*ibidem*, chap. III, § XIX, p. 83).

²⁴⁸ Par exemple, Savigny souligne les apports de l'École des glossateurs, dont « l'énergie des efforts que durent soutenir [...] donne à leurs travaux une dignité noble et sérieuse, et les résultats qu'ils obtinrent, malgré une position si difficile, ont encore aujourd'hui droit à notre admiration. Ainsi donc le droit populaire, à moins qu'il ne fût renfermé dans un cercle très-étroit, se trouva dès l'origine identifié au droit scientifique, et les besoins pratiques, pour avoir satisfaction, durent être traduits par la science » (*ibidem*, chap. III, § XIX, p. 84). La réception du droit romain est un événement majeur, car « là se reproduit l'identité du droit coutumier et du droit scientifique ; identité que j'ai donnée comme signe caractéristique, des temps modernes » (*ibidem*, chap. III, § XX, p. 88). Ainsi, Savigny accepte en général cette identification : « La marche naturelle de la civilisation amenant la division du travail et des connaissances, la société se partage en différentes classes où chacune tourne son activité vers un but spécial. Ainsi le droit, qui d'abord vivait dans la conscience du peuple, par suite des nouveaux rapports que crée la vie réelle, prend un tel développement, que sa connaissance cesse d'être accessible à tous les membres de la nation. Alors se forme une classe spéciale, celle des jurisconsultes, qui, dans le domaine du droit, représentent le peuple dont ils font partie. Ce n'est là qu'une forme nouvelle sous laquelle le droit populaire poursuit son développement, et des lors il a une double vie. Ses principes fondamentaux subsistent toujours dans la conscience de la nation, mais leur détermination rigoureuse et les applications de détail appartiennent aux jurisconsultes » (*ibidem*, chap. II, § XIV, pp. 42-43).

²⁴⁹ Pour l'identification de ces deux aspects voir : DUFOUR, Alfred, « Rationnel et irrationnel dans l'École du Droit Historique », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 23, 1978, p. 147-174 ; ID., *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, cit., p. 183 ; FIKENTSCHER, Wolfgang, « La concepción de la historia y del sistema en Savigny », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18 y 19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, pp. 49-82 ; HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, p. 83 ; WOLF, Erik, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1963, p. 484.

qui par ses mérites permet une véritable et complexe analyse systématique de ses composants²⁵⁰. Pour résoudre cette ambivalence, Savigny propose plusieurs conditions pour que la réception d'un droit étranger ne contredise pas les conséquences particularistes de la doctrine du droit populaire, de façon qu'en Allemagne – et dans toute l'Europe – le droit romain a fini pour être absorbé par l'esprit du peuple grâce au travail des jurisconsultes qui cultivent la science du droit²⁵¹.

Cette orientation romaniste de Savigny est contestée par le courant germaniste de l'École historique qui « prend au sérieux l'idée du droit assimilé à la coutume, dans le sens populaire et traditionnel du terme »²⁵². Contrairement à la haute déférence de Savigny envers le droit romain justinien, ce courant condamne sa réception en Allemagne, « en y voyant une violence étrangère faite à l'esprit populaire germanique », et déclenche une « querelle de la « réception » qui le conduit à réclamer une codification générale conçue, non pas [...] comme une codification rationnelle, mais comme l'acte réparateur de cette violence originaire, comme l'acte de retour à soi-même et à son droit propre de la communauté nationale allemande »²⁵³. En conséquence, le refus des greffes juridiques et, en particulier, de la réception du droit romain en Allemagne a renforcé l'attitude particulariste et même relativiste de l'École historique qui selon Beseler (comme l'on a déjà indiqué, l'un de représentants de la tendance germaniste) devait approfondir l'étude particulière du droit populaire :

²⁵⁰ De cette manière Savigny peut joindre une conception historiciste à une conception systématique de la science du droit. Cette dernière trouve une expression très achevée lorsqu'il affirme, par rapport aux principes directeurs du système, que « c'est l'une des tâches les plus difficiles de notre science que de dégager ces principes et de saisir à partir de là la cohérence interne et le genre de rapport existant entre tous les concepts et principes juridiques, c'est même là ce qui confère à notre travail son caractère proprement scientifique » (SAVIGNY, *De la vocation de notre temps*, cit., p. 60). Il peut même assurer que la science juridique dans certain stade de son évolution permet, par rapport aux juristes, de dire « sans exagérer qu'ils calculent avec leurs concepts » (*ibidem*, p. 64). « Cette dernière formule a frappé les esprits et prête encore à discussion. Mais on peut souligner qu'elle autorise une lecture de Savigny qui met davantage l'accent sur la systématique que sur l'élément historique. Une telle lecture, qui engage dans la voie du conceptualisme de la seconde moitié du [XIX^e] siècle, peut d'ailleurs être confortée par ce passage du *Beruf* » (JOUANJAN, Olivier, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne », cit., p. 575 ; dans un sens similaire voir : BRETONE, Mario, « Il «Beruf» e la ricerca del «tempo classico» », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. IX, 1980, pp. 209-212).

²⁵¹ TAMANAHA, Brian Z., *A general jurisprudence of law and society*, cit., p. 30. Pour W. Ewald une alternative « to reconcile his thesis about Roman law with the Herderian conception of the Volksgeist » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I) », cit., p. 2027) s'appuie sur la « distinction between the People-considered-as-empirical and the People-considered-as-ideal [...], a commonplace of the political philosophy of the early nineteenth century. [...] [T]he general contours of [Savigny's] strategy are clear enough. Specifically, he would have sought to draw a distinction between the *empirical* (and self-contradictory) rules in the old Roman law books, and the *ideal* rules that are the true concern of the *Volksgeist*. If some such view underlies Savigny's thinking, then the *Volksgeist* is not to be identified with the *empirical* will of the nation—with the concrete beliefs and desires of actual individuals—but with an *idealized* will abstracted from the concrete particulars. Let us call this the *problem of the ideal*, and observe that it is different from the problem of finding a leitmotif. This distinction between the empirical and the ideal is evidently crucial, for on it rest (1) Savigny's theory that the academic elite have become the representatives of the (idealized!) *Volk*; (2) his theory of the autonomy of legal scholarship; (3) his call for a systematic, logical exposition of the rules of private law; and, (4) his explanation of the transplantation of Roman law into Germany » (*ibidem*, p. 2030).

²⁵² REIMANN, Mathias, « Nineteenth Century German Legal Science », *Boston College Law Review*, vol. 31, n° 4, 1990, p. 868.

²⁵³ JOUANJAN, op. cit., pp. 572-573.

« Le meilleur moyen pour le juriste de parvenir à sa fin dans son étude du droit populaire est de s'en forger une conception propre par une observation attentive des rapports juridiques et des affaires, de pouvoir comprendre sans aucune médiation la rationalité intrinsèque des choses. [...] Ainsi le juriste consciencieux devra-t-il toujours tendre de toutes ses forces à partager la manière de penser du peuple et à se sentir autant que possible comme porteur du droit populaire. C'est en tant que tel que lui incombera la mission de développer le droit populaire sans qu'il ait à craindre d'assujettir le droit vivant à des concepts étrangers aux choses parce que tirés d'ailleurs »²⁵⁴.

Cette scission entre un courant germaniste et un courant romaniste à l'intérieur de l'École historique est la plus explicite expression de ses contradictions internes qui lui ont valu des critiques de divers genres. L'une d'elles est l'ambivalence entre le particularisme de la doctrine du droit populaire et la reconnaissance des greffes juridiques par le biais de la réception du droit romain en Allemagne²⁵⁵. Or, elle est surtout le symptôme d'une incompatibilité plus profonde au sein du courant romaniste de l'école (incompatibilité que l'on vient de signaler) entre sa philosophie de l'histoire du droit et sa conception historique et systématique de la science juridique, l'une conduisant à un particularisme juridique, mais l'autre acceptant la réception d'un droit étranger comme le trait principal du droit allemand. C'est ainsi que, d'une part, la notion d'« esprit du peuple » et le droit populaire qui en est la manifestation juridique sont la base des qualificatifs d'« anhistorique » et d'« antihistorique » qu'a formulé Otto von Gierke à son encontre²⁵⁶, ce qui a conduit à mettre en question l'authenticité de son historicisme²⁵⁷. D'autre part, l'apologie d'un droit romain reçu principalement à travers la doctrine des juristes savants a donné lieu au reproche de conservatisme – à l'égard de l'opposition de Savigny à la codification du droit privé – et d'élitisme contre les membres de l'école²⁵⁸. Quoi qu'il en soit, il convient de retenir les

²⁵⁴ BESELER, Georg, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, pp. 122-123 (on a suivi la traduction de DUFOUR, Alfred, « Droit historique (École du) », *cit.*, p. 112).

²⁵⁵ EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I) », *cit.*, p. 2022 ; DUFOUR, Alfred, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de Philosophie du Droit : Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, tome 29, 1984, pp. 236-240.

²⁵⁶ GIERKE, Otto von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin, Schade, 1903, pp. 14-17.

²⁵⁷ Pour W. Schield l'historicisme de Savigny succombe au constant recours à la mystification biologiste (SCHIELD, *op. cit.*, p. 295). En effet, « la prédilection marquée de ces auteurs [...] pour les catégories d'ordre biologique de *totalité naturelle*, de *nécessité interne* et de *croissance organique*, sous l'action de *forces silencieuses*, oblige à se demander si leur pensée historique n'est pas en réalité « une pensée de développement organique » relevant de « l'ordre de la nature » plutôt que de celui de l'esprit » (DUFOUR, *op. cit.*, p. 114). En plus, pour H. Klenner, l'École historique ne fait pas l'étude du présent comme le produit d'un devenir et la matrice de l'avenir, mais qu'elle étudie le passé comme quelque chose de présent (KLENNER, Hermann, « Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18 y 19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, p. 141).

²⁵⁸ Il est bien connu que « la question de la codification tisse l'intrigue de la pensée juridique allemande du XIX^e siècle. De la célèbre querelle qui voit s'affronter, en 1814, Friedrich Carl von Savigny et Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), à l'entrée en vigueur du Code civil le 1^{er} janvier 1900, la codification est l'un des thèmes majeurs du débat doctrinal » (JOUANJAN, O., « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne », *cit.*, p. 578). Il semblerait alors que l'opposition de Savigny à la codification du droit et l'utilisation permanente des notions de coutumes et de conscience s'accorderaient avec un projet conservateur. « In this respect, Savigny's jurisprudence fit particularly well with the strongly conservative mood of the German aristocracy after the Napoleonic wars » (REIMANN, *op. cit.*, p. 877). L'une des expressions les plus connues de ce type de critique est celle de Marx dans *Contribution à la critique de La philosophie du droit de Hegel Introduction* (1843), lorsqu'il affirme que l'École historique du droit est « une école qui légitime l'infamie d'aujourd'hui par l'infamie d'hier, une école qui proclame rebelle chaque cri du

considérations très élaborées de Savigny et d'autres historicistes sur la réception du droit romain en Allemagne, malgré leur point de départ particulariste et leur affirmation d'un déterminisme social sur le droit, qui sont à la base des analyses ultérieures sur la circulation des normes et d'autres éléments des systèmes juridiques développés dans le cadre des études d'histoire du droit²⁵⁹.

SECTION 4. LE DROIT COMME RÉALITÉ EMPIRIQUE

L'on vient de décrire le développement par Savigny tant d'une conception idéaliste du droit populaire que d'une conception normativiste des sources du droit. Du côté de Montesquieu, on a vu également qu'il conçoit le droit, en particulier les lois positives, comme un ensemble de normes, bien qu'elles dépendent de la situation physique et des caractères immatériels de chaque société. Il convient désormais de s'interroger sur les conceptions qui réaffirment la subordination du droit aux circonstances contextuelles et qui soutiennent expressément un déterminisme social sur celui-ci, mais qui en même temps semblent s'éloigner des théories qui considèrent qu'il est formé par des normes, c'est-à-dire, par des prescriptions, en soutenant que ce sont des réalités à caractère empirique, notamment les comportements de tous les membres de la société ou de quelques groupes, celles qui caractérisent le droit. Dans l'introduction générale de ce travail l'on a déjà indiqué que la plupart des analyses sur la circulation du droit partent d'une conception normativiste, identifiant les normes et d'autres types de prescriptions comme les objets principaux sinon exclusifs de ce phénomène. Le problème est alors celui de savoir s'il est possible encore de parler de « circulation » ou de « greffe » juridique à partir d'une notion empiriste du droit. Étant donné qu'il sera repris dans la troisième partie, on fera uniquement référence aux travaux de quelques auteurs représentatifs des courants « empiristes » ou « réalistes » de la pensée juridique, même si d'autres doctrines considérées également comme « réalistes » sont abordées dans le chapitre suivant. Loin de dresser un répertoire exhaustif, on s'attachera plus particulièrement à l'analyse des idées d'Eugen Ehrlich (1862-1922), promoteur de la « théorie sociologique du droit »²⁶⁰ (I), de Karl N.

serf contre le knout, dès lors que le knout est chargé d'années, héréditaire, historique, une école à la quelle l'histoire, comme le Dieu d'Israël à son serviteur Moïse, ne montre que son a posteriori » (MARX, Karl, *Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel*, trad. M. Simon, Paris, Aubier-Montaigne, 1971, pp. 57, 59). En outre, la manière dont Savigny réduit le « droit populaire » au « droit scientifique » est considéré par certains comme une conception élitiste du droit. Ainsi, selon E. Ehrlich, « die historische Juristenschule hat sich unendlich viel Mühe gegeben, um zu zeigen, wie unmittelbar im Volksbewußtsein „Gewohnheitsrecht“, genauer gesprochen Rechtssätze des „Gewohnheitsrechts“ entstehen. Es war vergebliche Mühe. Lambert hat überzeugend nachgewiesen, daß, abgesehen vielleicht von Rechtssprichwörtern, im Volksbewußtsein selbst keine Rechtssätze entstehen. Rechtssätze werden immer von Juristen gebildet, überwiegend auf Grund von Entscheidungsnormen in richterlichen Urteilen » EHRlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, p. 141.

²⁵⁹ Voir *infra* pp. 58 et suiv.

²⁶⁰ A. Brimo utilise cette dénomination pour identifier la doctrine de Ehrlich (BRIMO, Albert, *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, A. Pedone, 1967, p. 208), qui est également considéré l'un des fondateurs de la sociologie du droit (CARBONNIER, Jean, *Sociologie Juridique* (1978), Paris, PUF, 2004, p. 110 ; NELKEN, David, « Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law », *Legal Studies*, vol. 4, 1984, p. 157 ; REHBINDER, Manfred, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 14 ; ZIEGERT, Klaus A., « Introduction to the Transaction

Llewellyn (1893-1962), l'un des noms éminents du réalisme juridique américain (II), et de Karl Olivecrona (1897-1980), représentant du réalisme juridique scandinave (III).

I. La réception des « normes juridiques » chez Ehrlich

C'est peut-être dans son ouvrage le plus connu, *Fondements de la sociologie du droit* (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913), qu'Ehrlich propose explicitement une théorie empiriste du droit, en identifiant l'objet de la sociologie juridique avec « la proposition juridique, considérée seulement comme un fait, donc uniquement d'après son origine et son effet, en dehors de son application et interprétation pratique », et avec « toutes les forces sociales qui mènent vers la formation du Droit »²⁶¹. Néanmoins, il soutient aussi que l'« ordre interne duquel la décision judiciaire extrait la prédominante majorité de ses normes de décision [...], n'appartient pas au monde des faits, par exemple une éclipse de Soleil ou la composition chimique de l'eau, mais il est lui-même une pièce du Droit »²⁶². Comme l'explique M. Rheinstein, cela signifierait alors que pour Ehrlich les normes juridiques, comme c'est le cas d'autres contenus de l'esprit, sont des propositions qui n'existent pas dans le monde physique mais dans le monde des sens²⁶³ et que ce serait une erreur de considérer cette conception idéaliste du droit comme une doctrine sociologiste²⁶⁴.

Pour aborder cette ambivalence il convient de distinguer les éléments qui selon Ehrlich intègrent le droit et qui constituent le cadre conceptuel de sa théorie. Parmi eux l'on trouve d'abord la « norme juridique » (*Rechtsnorm*) définie comme « le commandement juridique transformé en action, [...] même sans une formulation littérale »²⁶⁵. Elle est alors une règle de conduite pour subvenir à l'ordre interne des associations sociales²⁶⁶, dont l'existence ne

Edition », in EHRLICH, Eugen, *Fundamental principles of the sociology of law*, trans. Walter L. Moll, New Brunswick, Transaction Publishers, 2002, p. xix). Il est aussi associé au « sociologisme juridique » (AMSELEK, Paul, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 150 ; VILLEY, Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1961, p. 92 ; ID., « Ce qu'on entend par "sociologisme juridique" », in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, pp. 333-337), expression qui désigne « non sans connotation dénigrante, la propension de certains sociologues à exagérer l'importance de leur discipline » (CARBONNIER, *op. cit.*, p. 27).

²⁶¹ EHRLICH, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, p. 382. En ce même sens voir aussi : EHRLICH, Eugen, *Die juristische Logik*, Aalen, Scientia, 1966, p. 310 ; ID., « The Sociology of Law », trans. Nathan Isaacs, *Harvard Law Review*, vol. 36, n° 2, 1922, pp. 144-145.

²⁶² *Ibidem*, p. 286.

²⁶³ RHEINSTEIN, Max, « Review: Sociology of Law. Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's *Grundlegung der Soziologie des Rechts* », in RHEINSTEIN, Max, *Gesammelte Schriften. Collected works. Vol. 1*, Hrsg. Hans G. Leser, Tübingen, Mohr, 1979, p. 151.

²⁶⁴ HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, *cit.*, p. 291. On a même affirmé que « plutôt qu'une authentique sociologie du droit, qui aurait dû être orientée vers la recherche empirique, ce qu'avait préconisé Ehrlich était une *sociological jurisprudence* au sens américain, ou mieux encore une doctrine du *Freies Recht* au sens allemand – bref une simple méthode d'interprétation du droit positif. En effet, il s'est beaucoup intéressé au rôle des juges, à leur pouvoir de créativité » (CARBONNIER, *op. cit.*, p. 110).

²⁶⁵ EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *cit.*, pp. 29-30.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 31-32.

dépend pas des autorités étatiques²⁶⁷ et qui est par définition efficace. « Une norme juridique – affirme Ehrlich – ne doit pas être traitée comme un dogme rigide mais comme une énergie vivante »²⁶⁸. Or, cette notion ne permet pas de différencier les normes juridiques des normes sociales. Comme le critère de l'origine étatique des premières est rejeté, Ehrlich introduit un autre consistant à identifier les réponses émotionnelles que les différentes catégories de normes occasionnent dans l'esprit des destinataires. Pour cet auteur « les divers types des normes déclenchent divers types de sentiments (*Gefühlstöne*), et nous répondons à la violation des différentes normes avec des sensations différentes »²⁶⁹. Tandis que la transgression d'une norme juridique provoque un sentiment de révolte (*Empörung*), la transgression d'une norme morale engendre un sentiment d'indignation (*Entrüstung*), un comportement indécent un sentiment de contrariété (*Ärgernis*), l'imprudence une réponse de désapprobation (*Missbilligung*) et la méconnaissance des règles d'étiquette est rejetée en raison du ridicule (*Lächerlichkeit*). Par conséquent, « ce qui est singulier d'une norme juridique c'est le sentiment pour lequel les juristes du droit commun continental ont déjà trouvé le si caractéristique nom d'*opinio necessitatis* »²⁷⁰, de manière que cette espèce de normes régit des affaires qui selon l'opinion du groupe à l'intérieur duquel la norme trouve son origine sont d'une très grande importance et d'une portée fondamentale²⁷¹.

Le droit est également composé d'autres types de normes, par exemple, les « normes de décision » (*Entscheidungsnormen*) qui, comme les normes sociales, sont des règles de conduite, mais dirigées exclusivement aux cours de justice. Elles sont alors des normes juridiques mais d'un type spécial, différent à celui des normes contenant une prescription

²⁶⁷ En effet, Ehrlich est très critique en ce qui concerne la conception étatiques du droit : « Das Recht als Regel des Handelns, das Recht im Sinne einer gesellschaftlichen Ordnung, ist allerdings ebenso alt wie die Gesellschaft : aber dieses Recht entsteht nie urwüchsig in der Form, daß es unmittelbar als Entscheidungsnorm dienen könnte, und genügt nicht für die Entscheidung aller vorkommenden Rechtsfälle. Die älteste Aufgabe des Juristen ist also, das gesellschaftliche Recht zu Entscheidungsnormen zu verarbeiten und auch darüber hinaus die Entscheidungsnormen zu finden, die man für den Rechtsstreit braucht. Eine staatliche Gesetzgebung oder Rechtsbildung gibt es auf dieser Entwicklungsstufe noch nicht und wird es in einem irgendwie in Betracht kommenden Maße noch lange nicht geben » (*ibidem*, p. 198).

²⁶⁸ EHRLICH, Eugen, « Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects », in *Science of Legal Method: Select Essays by Various Authors*, trans. Ernest Bruncken and Layton B. Register, Boston, Boston Book Company, 1917, p. 77.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 132.

²⁷⁰ *Loc. cit.*

²⁷¹ « Die Rechtsnorm regelt wenigstens nach der Empfindung der Gruppe, von der sie ausgeht, eine Sache von großer Wichtigkeit, von grundlegender Bedeutung » (*ibidem*, p. 134). Dès lors, comme l'explique B. V. Klink, pour les normes juridiques « the only formal, possibly distinctive features Ehrlich thought of were of a rather contingent kind: (i) stability; (ii) determinateness; and (iii) social perception » (KLINK, Bart V., « Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen », in HERTOIGH, Marc (ed.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, Portland, Hart Pub., 2009, p. 136). Cependant, la principale critique à l'encontre du critère de la perception sociale, en particulier de l'*opinio necessitatis*, consiste en souligner que les perceptions sont plutôt un résultat des normes et non pas leurs caractéristiques définitoires (REHBINDER, Manfred, *op. cit.*, pp. 105-106). Par conséquence, « elle ne peut ni rendre compte du droit positif, des normes juridiques, ni fournir un critère décisif pour nous permettre de les distinguer des autres normes sociales » (BRIMO, *op. cit.*, p. 210). De toute façon, « as a result, what Ehrlich has to say about the *opinio necessitatis*-problem is not meant as a 'brief single formula' to solve the jurisprudential problem of 'What is law?' (or as a basis for deciding court cases), but instead offers a novel research approach to analyse people's 'legal consciousness' and to see which norms they consider important in their daily lives » (HERTOIGH, Marc, « From 'Men of Files' to 'Men of the Senses': A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich's Sociology of Law », in ID. (ed.), *op. cit.*, p. 7).

dirigée à tous les membres du groupe social²⁷². D'autre part, Ehrlich distingue aussi les « propositions juridiques » (*Rechtssatz*), définies comme « la fortuite formulation, de nature générale et obligatoire, d'un précepte juridique dans une loi ou un livre juridique »²⁷³, et le « droit étatique » (*Staatliches Recht*) dont le contenu, mais non pas la forme, est défini par l'État²⁷⁴. Finalement, « le droit vivant » (*lebenden Rechts*) est une catégorie extensive qui forme un contraste avec le droit imposé par les cours et d'autres institutions étatiques. « Le droit vivant est le droit qui domine la vie, bien qu'il ne soit pas fixé dans des propositions juridiques »²⁷⁵. Tout cela montre bien que malgré ses affirmations dans un sens contraire, Ehrlich présente une conception normativiste, mais en même temps une conception dynamique du droit, qui fait dériver l'existence des normes juridiques de son efficacité²⁷⁶ et qui implique que « le droit bouge et change constamment et est ouvert aux connexions avec les forces sociales »²⁷⁷, ce qui distingue cette conception de celle du positivisme juridique²⁷⁸. En somme, pour cet auteur une norme juridique est caractérisée par le fait d'être « transformée en action »²⁷⁹ et, en plus, de surgir des « faits du droit »²⁸⁰. Cette manière de

²⁷² « Die Entscheidungsnorm ist wie alle gesellschaftlichen Normen eine Regel des Handelns, aber doch nur für die Gerichte, sie ist, wenigstens in erster Linie, nicht eine Regel für die Menschen, die im Leben wirken, sondern für die Menschen, die über diese Menschen zu Gericht sitzen. Insoweit die Entscheidungsnorm eine Rechtsnorm ist, erscheint sie daher als Rechtsnorm besonderer Art, verschieden von den Rechtsnormen, die allgemeine Regeln des Handelns enthalten » (*ibidem*, p. 98).

²⁷³ *Ibidem*, p. 29.

²⁷⁴ « Staatliches Recht ist genau vom Gesetz zu unterscheiden. Staatliches Recht geht nicht der Form, sondern dem Inhalte nach vom Staate aus; es ist ein Recht, das nur durch den Staat entstanden ist und ohne Staat nicht bestehen könnte » (*ibidem*, p. 110).

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 399. La notion de « droit vivant » est possiblement celle qui a attiré le plus d'intérêt et, par conséquent, elle a été l'objet des divers genres de critiques. Par exemple, pour R. Cotterrell il s'agit d'un « concept devised solely for polemical purposes » qui implique des « inquiries of seemingly boundless scope » (COTTERRELL, Roger, *The Sociology of Law: An Introduction*, London, Butterworths, Oxford University Press, 1992, p. 34). Pour sa part, B. V. Klink considère qu'« either way, normatively or empirically, living law threatens to lose its right to exist: normatively, because it becomes indistinguishable from justice; empirically, because it coincides with power » (KLINK, *op. cit.*, p. 147).

²⁷⁶ Selon M. Rehbinder, pour Ehrlich « unmittelbar aus den Rechtstatsachen entstehen und unmittelbar im Verbände wirksam sind also nur die Rechtsnormen » (REHBINDER, *op. cit.*, p. 33).

²⁷⁷ TAMANAHA, Brian Z., « A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from "Living Law" », *Law & Social Inquiry*, vol. 36, n° 1, 2011, p. 315.

²⁷⁸ Cette opposition se manifeste très explicitement dans le compte rendu que sur *Grundlegung der Soziologie des Rechts* Hans Kelsen a publié en 1915 dans l'*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Il critique Ehrlich pour avoir combiné deux perspectives d'étude sur le droit qui pour lui sont complètement incompatibles : d'une part, la perspective qui a pour objet les normes et, d'autre part, celle qui a pour objet la réalité sociale, en particulier un comportement régulier, ce qui implique donc un « syncrétisme méthodologique » (KELSEN, Hans, « Eine Grundlegung der Soziologie des Rechts », in KELSEN, Hans, EHRLICH, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 5). Dans sa réponse publiée en 1916 dans la même revue Ehrlich n'accepte pas cette accusation et affirme qu'il a toujours considéré que le droit n'appartient pas au domaine de l'être mais à celui du devoir-être : « Ich erkläre, daß ich in meinem ganzen Buche das Recht immer nur als Sollregel und nie als Naturgesetz, als 'Seinsregel' behandelt habe, und daß sich darin kein Wort findet, das die Kelsensche Behauptung rechtfertigen würde » (EHRLICH, Eugen, « Entgegnung », in KELSEN, Hans, EHRLICH, Eugen, *op. cit.*, p. 58).

²⁷⁹ « Die Rechtsnorm ist daher nur eine von den Regeln des Handelns und insofern allen andern gesellschaftlichen Regeln des Handelns artverwandt » (EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *cit.*, p. 31 ; voir aussi pp. 7 et 134).

²⁸⁰ Ces faits du droit sont l'usage, la domination, la possession et la déclaration de volonté : « Die Menschengruppe wird durch ihre Organisation zu einem Verband. Die Organisation ist die Regel, die jedem Einzelnen im Verbände seine Stellung und seine Aufgaben anweist. Es handelt sich daher vor allem, die Tatsachen anzugeben, an die der menschliche Geist solche Regeln anknüpft. Diese Tatsachen, anscheinend

l'entendre implique que la notion de « norme juridique » (*Rechtsnorm*) accomplit un rôle central dans la théorie d'Ehrlich. Or, une fois ces fondements posés, la question est de savoir s'il est possible d'envisager l'éventualité qu'une norme juridique ainsi conçue puisse circuler d'une société à une autre.

Au regard de la pensée d'Ehrlich, il ne semble pas que cette situation puisse facilement se produire, car les « propositions juridiques » ou le « droit étatique » venus d'ailleurs peuvent rencontrer d'importants obstacles avant de devenir des vraies « normes juridiques » faisant partie du droit vivant. L'évolution est plutôt à l'inverse²⁸¹ : elle suit un ordre ascendant commençant par les normes sociales et les normes juridiques qui sont la base des normes de décision et qui peuvent finir comme des propositions juridiques²⁸². Cependant, il ne faut pas oublier que, selon Ehrlich, même si cette évolution a été réalisée, le seul droit qui peut maintenir l'ordre social n'est pas composé de propositions juridiques d'origine étatique mais de normes juridiques efficaces. Celui-ci correspond alors au droit vivant, celui qui en dernière analyse mérite d'être appelé « le droit ». Est-il alors possible que le droit vivant, intégré des normes juridiques dans le sens strict qu'Ehrlich propose, puisse se déplacer d'une société pour être reçu et implémenté dans une société différente ? En dépit de ses appréciations sur le droit vivant et sa notion de « norme juridique », qui impliqueraient que son œuvre soit considéré « le prolongement final de la théorie du miroir »²⁸³, Ehrlich – comme il avait été le cas chez Savigny – entreprend l'étude du phénomène de la réception du droit romain en Allemagne et dans le reste de l'Europe. Il s'y attelle notamment dans le chapitre XIII de *Fondements de la sociologie du droit*, consacré à la science juridique (*Jurisprudenz*) dans l'ancien droit commun continental. L'une des préoccupations centrales d'Ehrlich dans cet ouvrage est celle de définir les caractéristiques de la science qui a le droit comme objet, que ce soit en termes de science générale du droit (*Rechtswissenschaft*) ou de doctrine juridique (*praktischen Rechtslehre*)²⁸⁴. Dans ce chapitre il reconnaît que la réception du Droit romain en Europe

sehr verschiedenartig, lassen sich doch auf einige wenige zurückführen. Das sind — es möge gestattet sein, das Ergebnis der Ausführung vorwegzunehmen — folgende: die Übung, die Herrschaft, der Besitz, die Willenserklärung » (*ibidem*, p. 31). De là, il est possible de conclure que ces faits du droit sont des rapports sociaux qui au même temps se présentent comme des rapports juridiques et qui, par conséquence, sont aussi un générateur d'ordre social (REHBINDER, *op. cit.*, p. 32).

²⁸¹ Voir en ce sens : NIMAGA, Salif, « Pounding on Ehrlich, Again? », in HERTOIGH, M. (ed.), *op. cit.*, p. 162 ; ZIEGERT, Klaus A., « The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979, p. 225 ; ID., « Introduction to the Transaction Edition », *cit.*, p. xxxiv.

²⁸² « The great mass of law arises immediately in society itself in the form of a spontaneous ordering of social relations, of marriage, the family associations, possession, contracts, succession, and most of this Social Order has never been embraced in Legal Provisions. Legal Provisions, on the other hand, come into existence through judicial pronouncements or through jurisprudence as judicial or juristic law. The statute books have, of course, the form of state-made statutes, but so far as their content is concerned, they are almost entirely works of juristic law » (EHRlich, Eugen, « The Sociology of Law », *cit.*, p. 136). De toute façon, Ehrlich reconnaît la possibilité d'un processus à l'inverse : « Ein Rechtssatz, der den Gerichten oder staatlichen Behörden ihr Vorgehen vorschreibt, enthält eine Rechtsnorm für die Gerichte oder Behörden schon dann, wenn diese ihn wirklich ausführen, er wird zu einer Regel des Handelns erst dadurch, daß sich danach die gesellschaftlichen Verhältnisse tatsächlich ordnen » (EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *cit.*, p. 155).

²⁸³ TAMANAHA, *A general jurisprudence of law and society*, *cit.*, p. 31.

²⁸⁴ On a traduit assez librement l'expression allemande *praktischen Rechtslehre* par « doctrine », parce qu'elle désigne le côté plus pratique et technique de la « science juridique ». Dans la version en anglais l'on utilise l'expression *juristic science* (EHRlich, Eugen, *Fundamental principles of the sociology of law*, trans.

pendant le Moyen Âge et les temps modernes est une étape décisive du développement de la science juridique, parce que grâce au travail des juristes romains ce qui est reçu ce n'est pas directement les normes juridiques mais les normes de décision insérées dans les compilations du Droit romain justinien²⁸⁵. À l'origine ces dernières avaient été le produit de la généralisation (*Verallgemeinerung*) et l'unification (*Vereinheitlichung*) des premières, processus qui pour Ehrlich est la condition indispensable pour que la réception d'un droit étranger puisse se réaliser. En effet, cet auteur met en relief le pluralisme normatif à l'intérieur d'une société et, encore plus, entre diverses sociétés. La seule façon pour la science du droit de surpasser cette diversité et, ainsi, de parvenir à synthétiser les réalités objet d'étude, est de réduire à des formules le plus simples possibles cette pluralité des normes. Pour ce faire, elle peut prendre comme référence et fondement les normes juridiques reflétant les rapports sociaux et qui prévalent dans certaines conditions, dans un contexte particulier et pour un cas concret ou des cas similaires. La généralisation s'épanouit et trouve son point d'aboutissement dans les normes de décision par rapport auxquelles, en outre, l'unification est aussi réalisée car c'est à ce niveau qu'il devient évident qu'un commandement particulier ne doit pas contredire une norme juridique générale. Les diversités individuelles et locales sont ainsi contenues sous les normes de décision générales et unitaires constituant alors le droit vivant²⁸⁶. Ehrlich souligne que la généralisation n'est qu'un processus logique sans lequel aucune opération scientifique ou pratique n'est possible. Toutefois, la science juridique l'effectue en y soumettant des normes et non pas des phénomènes réguliers, comme il arrive dans les autres sciences pratiques et dans les sciences naturelles. En conséquence, dans ce cas ce qui en résulte ce sont des normes universelles et non pas des régularités unifiées universelles²⁸⁷.

Walter L. Moll, New Brunswick, Transaction Publishers, 2002, n. 1, pp. 3-4). Sur la conception de science juridique d'Ehrlich et ses apports à la construction d'une épistémologie juridique en un sens sociologique voir : ZIEGERT, Klaus A., « Introduction to the Transaction Edition », *cit.*, pp. xxix-xxx, xxxvii-xxxviii.

²⁸⁵ EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *cit.*, p. 239.

²⁸⁶ « Jeder gesellschaftliche Verband ist, genau gesprochen, ein Einzelfall, der zum zweitenmal nicht mehr auf der Welt vorhanden ist. [...] Das steigert sich selbstverständlich, wenn man größere Gebiete ins Auge faßt; von Gemeinde zu Gemeinde, von Provinz zu Provinz, von Volk zu Volk, in jedem Ort, bieten die Verbände ein anderes Bild. Mit dieser Buntheit kann die Rechtsprechung nicht arbeiten; sie muß sie schon aus technischen Gründen auf einfache Formeln zurückführen. Das geschieht durch Verallgemeinerung und Vereinheitlichung. Es werden gesellschaftliche Verhältnisse nach der Form, die für die Verhältnisse von dieser Art in der Gegend vorherrscht, oder es werden die gesellschaftlichen Verhältnisse im Lande nach der in einem Teile des Landes oder in einer bestimmten gesellschaftlichen Klasse vorherrschenden Form unterschiedslos beurteilt. Wenn es in der Gegend Regel ist, daß der Mann über das Vermögen der Frau unbeschränkt verfügt, so wird eine vom Mann über das Vermögen der Frau getroffene Verfügung als für sie verbindlich behandelt, unbekümmert darum, ob man es auch in dieser Familie so gehalten habe. [...] Darin liegt die Verallgemeinerung. Es wird aber auch weiter gegangen. Man läßt selbst eine nachgewiesene, der allgemeinen Norm widersprechende Ordnung nicht gelten: dadurch wird das Recht vereinheitlicht. So kommen zunächst nur allgemeine und einheitliche Entscheidungsnormen, nicht allgemeines und einheitliches lebendes Recht auf; unter der äußerlich gleichförmigen Kruste können ganz wohl individuelle und örtliche Verschiedenheiten fortbestehen » (EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *cit.*, pp. 99-100).

²⁸⁷ « Die Verallgemeinerung ist an sich nur ein logischer Prozeß, ohne den es kein wissenschaftliches und kein praktisches Denken gibt : aber diesem logischen Prozeß werden hier Normen unterworfen, nicht wie bei den andern Kunstlehren und den eigentlichen Wissenschaften die Gesetzmäßigkeiten der Erscheinung, und das hat zur Folge, daß sich aus dem logischen Prozeß hier, nicht wie sonst bei den Verallgemeinerungen, allgemeinere Gesetzmäßigkeiten, sondern » (*ibidem*, pp. 203-204).

Pour Ehrlich la principale caractéristique de la réception du droit romain – qui pourrait s'étendre à tous les cas de réception – a été précisément qu'elle suppose déjà réalisé le processus de généralisation :

« Les généralisations en Droit romain perdent en partie la spécificité caractéristique des généralisations lorsque ce droit est reçu. Dans le lieu où elle a son origine, une généralisation doit être éprouvée comme ce qu'en effet elle est, comme une généralisation. Transplantée dans un lieu où ce qui a été généralisé ne s'est pas du tout accompli, elle n'est plus une généralisation ; elle devient une règle qui éventuellement semble assez arbitraire et après laquelle l'on décide les disputes juridiques, sans avoir un caractère général ou particulier. Ainsi, tout le Droit romain, dont la validité se fonde de cette manière, devient une collection des normes juridiques de décision. Tandis qu'autrefois, à Rome, il émergeait directement de la vie, il semblerait qu'actuellement il fait face à la vie tout au moins comme un critère fixe et définitif : la vie juridique n'est plus le sujet de la science juridique, comme il arrive jusqu'à un certain degré lorsqu'il s'agit d'un développement juridique autochtone, mais uniquement son objet. Et de là, la jurisprudence devient également quelque chose de très différente de ce qu'elle avait été jusqu'alors. Elle fait face à la société de dehors. Elle entreprend la tâche d'imposer à la société des règles que celle-ci n'a pas inventées mais qui ont été prises d'ailleurs, sans aucune considération sur la manière dont la société les supportera, seulement parce qu'elles étaient là »²⁸⁸.

Le phénomène de la réception d'un droit étranger a alors pour objet non pas les normes juridiques mais les normes de décision et, éventuellement, les propositions juridiques, les deux dernières envisagées par Ehrlich comme le résultat d'un processus de généralisation à partir des premières. Dès lors, le problème pour un juriste n'est plus celui d'identifier les normes juridiques à partir de l'observation directe de la vie sociale, mais celui d'adapter les normes de décision transplantées aux rapports juridiques déjà existants dans la société réceptrice²⁸⁹. Il ne s'agit donc pas d'exclure toute analyse de la réalité sociale et du droit vivant, car « sans certaines contemplations des situations juridiques dans la vie, il n'y a aucune science juridique. Les juristes romanistes doivent comprendre les conditions de vie de leur temps pour pouvoir les subsumer aux notions du Droit romain. Comme les juristes de tous les temps, ils cherchent justement à connaître avant tout le rapport juridique qui leur est présenté pour trouver une décision. [...] Ils n'utilisent pas les notions du Droit romain, comme celles-ci procèdent des sources, pour le propos de la science juridique, mais avant tout ils les préparent intentionnellement, par abstraction et construction artificielles, de manière à produire un résultat convenable, ou tout au moins qui ne soit pas trop choquant, pour des nouvelles généralisations. Si les normes de décision romaines étaient tout simplement inaptes, les juristes ne les exécuteraient pas »²⁹⁰. Ces considérations montrent bien que pour Ehrlich la législation qui ne correspond pas à la compréhension locale du droit vivant est plutôt un « droit mort ». Il apparaît alors que sa sociologie juridique contient des indications importantes sur le fonctionnement des normes juridiques

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 239.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 240.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 252. Ces conclusions et d'autres encore que l'on trouve tout au long des écrits d'Ehrlich permettent d'assurer que « he can show that law is indeed a "system" but it is not a system of texts, or, in modern reading, of "discourses". Law is a system, which dynamically produces and reproduces its unity through social operations, which structure themselves and, in the process, reconstitute the "inner order" of society as a legal order » (ZIEGERT, K. A., « Introduction to the Transaction Edition », *cit.*, p. xxxvii).

dans la société²⁹¹. En plus, son œuvre fournit des arguments solides contre le modèle de l'« interrupteur » défendu par le positivisme juridique et qui présuppose que la loi a des effets sociaux simplement parce qu'elle existe et que les propositions juridiques impliquent ce type d'effets en tant que telles²⁹².

Tout ceci montre bien que l'analyse d'Ehrlich sur la circulation du droit est très élaborée, bien qu'il ne comptât pas avec les instruments de l'analyse comparative en droit qui commençait juste son développement au début du XX^e siècle²⁹³. Il arrive même à souligner l'un des éléments principaux de ce phénomène, qu'on abordera plus tard²⁹⁴ : la conscience des sujets, en particulier des juristes, qui promeuvent ou qui s'opposent à la réception, du fait qu'ils sont eux-mêmes en train d'envisager un droit étranger. C'est ainsi qu'Ehrlich pose et examine la question de savoir comment ont pu les juristes, pendant la période suivant la réception, avoir l'idée dans l'esprit que les sources du Droit romain s'occupaient des mêmes institutions qu'ils devaient aborder²⁹⁵. L'auteur tire en outre deux autres conclusions : d'une part, la réception d'un droit étranger prouve l'une des présuppositions basiques de la science sociologique : qu'il y a des institutions juridiques qui existent indépendamment du droit positif ; d'autre part, elle prouve aussi qu'il y a des institutions juridiques communes entre la société romaine et les sociétés qui ont reçu le Droit romain, ce qui fait possible l'application de celui-ci dans ces dernières. Cependant, les institutions et d'autres conditions contextuelles ne sont pas les seuls facteurs qui ont permis la réception du Droit romain. Ehrlich reconnaît qu'elle n'aurait pas pu se réaliser si la science juridique romaine n'avait pas offert les éléments de ce droit qui sont universellement humains et qui existent en toute société²⁹⁶. Encore une fois l'on constate que pour Ehrlich, avant la circulation du moindre type d'entité juridique elle a dû être l'objet d'une généralisation qui, dans le cas d'une norme juridique, transforme celle-ci en une norme de décision ou même en une proposition juridique.

Or, cette généralisation montre un caractère principalement pratique, car les divergences entre les phénomènes de la vie juridique romaine et ceux des sociétés qui ont reçu le Droit romain sont si importantes que les examiner sur la base des mêmes principes

²⁹¹ HERTOIGH, M., *op. cit.*, p. 15.

²⁹² ZIEGERT, K. A., « Introduction to the Transaction Edition », *cit.*, p. xxxii.

²⁹³ Comme le souligne B. Tamanaha, « around the world today, many societies are marked by a juxtaposition of legal and cultural systems with starkly contrasting underlying assumptions. It is the legacy of imposed legal transplantation during colonization; it is the product of voluntary borrowing or emulation of legal institutions connected to the spread of the state system around the world and the advance of global capitalism. [...] Ehrlich's observations of the dynamic interaction and potential inconsistencies between law and society have continuing application to these situations [...] » (TAMANAH, B. Z., « A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from "Living Law" », *cit.*, pp. 313-314).

²⁹⁴ *Infra*, p. 502.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 240. En général, « Ehrlich's suggestion that people's feelings and emotions are an important indicator of the social significance of law and legal institutions has found strong empirical support in recent legal consciousness studies » (HERTOIGH, M., *op. cit.*, p. 9).

²⁹⁶ En effet, Ehrlich affirme que les conditions de réception se trouvaient déjà dans « römischen Recht, wie es aus der römischen Jurisprudenz hervorgegangen ist. Mit unnachahmlicher Meisterschaft war hier das Allgemeinmenschliche, das in jeder Gesellschaft vorkommen muß, herausgehoben: Körperschaft, familienrechtliche Gewalten, Eigentum und dingliche Rechte, die einzelnen Verträge, das Erbe, alle diese und viele andere grundlegende Begriffe jeder Jurisprudenz, nicht bloß der eines bestimmten Volkes, wurden dargelegt, und für die wichtigsten Fragen, die in einem Rechtsstreit vorkommen, wurden die entsprechenden Entscheidungsnormen gefunden » (*ibidem*).

aurait été une procédure profondément ascientifique. « Les juristes du temps de la réception – affirme Ehrlich – se chargeaient des causes et cherchaient dans le *Corpus Iuris* les décisions qui leur convenaient. Cependant ces décisions n'étaient convenables que si les cas leur ressemblaient dans une certaine mesure ; toutefois, cela ne dépend pas de leur exactitude scientifique. La fonction que la doctrine juridique pour eux avancée avait à remplir ne présentait aucun caractère scientifique, mais plutôt la fonction pratique et éternelle de toute doctrine : faire que le droit serve aux besoins de la vie juridique »²⁹⁷. Cet auteur pose ainsi les fondements d'une approche instrumentaliste du droit comparé bâtie sur une analyse fonctionnaliste, dans la mesure où les normes venues d'ailleurs – reçues comme des normes de décision – sont reconnues comme des instruments qui servent à des intérêts sociaux ou individuels²⁹⁸. Ceci constitue un apport additionnel à l'évolution de la démarche comparative en droit et à l'étude sur le phénomène de la circulation, ce qui permet d'affirmer – selon R. Pound – qu'Ehrlich a accompli un début significatif du droit comparé sociologique (*sociological comparative law*), voire d'une théorie sociojuridique comparative (*comparative sociological jurisprudence*)²⁹⁹.

II. Karl N. Llewellyn et le modèle du droit commercial allemand aux États-Unis

L'identification des principaux membres de l'école du réalisme juridique américain et la détermination de leurs conceptions sur le droit sont des questions auxquelles l'histoire de la pensée juridique s'est beaucoup intéressée. De plus, elles recouvrent toutes les tendances qui sont qualifiées de réalistes ou empiristes, ne se restreignant pas à la doctrine aux États-Unis. Dans ce dernier cas, la complexité de ces questions s'est vue amplifiée par l'habituelle

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 242.

²⁹⁸ Ainsi, pour Ehrlich, « es ist daher durch die Aufnahme des römischen Rechts den Juristen weder die Lebensbetrachtung, noch die Verallgemeinerung erspart worden, sondern nur der Schwerpunkt der Arbeit des Normenfindens einigermaßen verlegt. Soweit die römischen Normen schlechthin übernommen werden konnten, durften sich die Juristen allerdings auf bloße Darstellung und Auslegung des römischen Rechts beschränken; im übrigen wurde das ursprüngliche freie Verfahren, wie es etwa bei den Römern und bei den deutschen Schöffen üblich war, durch das sehr verkünstelte, aber im wesentlichen gleichartige der Begriffsbildung und Konstruktion ersetzt. Daß sie sich dabei so unwissenschaftlicher Mittel bedienten, wie es die wohl nur zum geringen Teile unbewußte Begriffsentstellung und Normenfälschung ist, wäre nur dann verwerflich gewesen, wenn sie Wissenschaft hätten treiben sollen. Sie verfolgten aber keine wissenschaftlichen Ziele, sondern das ewige, unverrückbare Ziel der praktischen Jurisprudenz, das Recht den Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen » (*ibidem*, p. 256). Sur le caractère fonctionnaliste de la conception des normes de décision d'Ehrlich voir : NIMAGA, S., *op. cit.*, pp. 164-165 ; VOGL, Stefan, *Soziale Gesetzgebungspolitik, Freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 358. Néanmoins, il convient de signaler qu'en ce qui concerne le droit vivant Ehrlich ne lui attribue pas ce caractère fonctionnaliste. « Law was to be seen more as an *outcome* of social processes and social change rather than as a *tool* of intervention. It was one aspect of social and economic life, organically connected with and created by common patterns of life, work and relationships in groups and other collectivities » (NELKEN, David, « Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law », *op. cit.*, p. 162).

²⁹⁹ POUND, Roscoe, « Fifty Years of Jurisprudence » [part III], *Harvard Law Review*, vol. 51, n° 5, 1938, pp. 805-806. Dans ce sens voir aussi : STONE, Julius, *Social dimensions of law and justice*, *cit.*, pp. 46-47, 645-646. D'autre part, pour une analyse générale de la manière dont les écrits d'Ehrlich ont été utilisés par la doctrine et la théorie juridique postérieurs, voir : NELKEN, David, « Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? », in HERTOIGH, M. (ed.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, *cit.*, pp. 237-272.

assimilation du réalisme américain à la *Sociological Jurisprudence*³⁰⁰, en particulier à la très célèbre thèse d'Oliver Wendell Holmes (1841-1935) selon laquelle « les prédictions de ce que feront les tribunaux et rien d'autre de plus prétentieux sont ce que j'entends par droit »³⁰¹. Dès lors, l'on associe fréquemment le réalisme juridique américain avec une notion du droit où les décisions des juges sont accentuées, en soulignant soit l'importance des faits de chaque cas spécifique pour arriver à la décision (contrairement à la conception traditionnelle qui assigne ce rôle aux règles abstraites), soit son processus d'élaboration et justification, défini tant par les conditions contextuelles que par les attributs individuels du juge, soit l'indétermination que laissent les normes juridiques pour que le juge, choisissant parmi plusieurs options, fonde sa décision sur d'autres bases à caractère non juridique (ce qui s'oppose au formalisme juridique)³⁰². Cependant, il y a aussi d'autres perspectives qui insistent plutôt sur la méthode empirique applicable au droit en général, de manière que le réalisme juridique américain puisse être conçu comme une école proposant un examen factuel du droit et de son fonctionnement dont le propos est de discerner les effets auxquels il donnera lieu et d'offrir aux sciences sociales des éclaircissements sur la nature du droit et ses conséquences³⁰³. Or, tant le premier point de vue que le deuxième impliquent que le réalisme juridique américain, à l'égal de toute conception empiriste, est caractérisé par le rapprochement du droit aux faits ou encore plus par l'affirmation que le droit est composé de faits. Qu'il s'agisse de la conduite de tous ou de quelques membres des sociétés (par exemple, les juges), ou des formulations normatives faites par ceux-ci³⁰⁴, ou d'un autre type de phénomène, il ne semble pas facile qu'ils puissent circuler d'un lieu à l'autre, étant donné leur nature profondément marquée par le contexte à l'intérieur duquel

³⁰⁰ Sur les différences et les continuités entre la *sociological jurisprudence* et le réalisme juridique américain voir : MICHAUT, Françoise, « Réalisme – I. Réalisme juridique américain », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, pp. 341-343.

³⁰¹ HOLMES, Oliver Wendell, « The Path of the Law » (1897), in *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, p. 173.

³⁰² Parmi ceux qui remarquent ces dimensions du réalisme juridique américain voir : BIX, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, Boulder (CO), Westview Press, 1996, pp. 151-158 ; GARCIA VILLEGAS, Mauricio, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux États-Unis », *L'Année sociologique*, vol. 59, n° 1, 2009, p. 36 ; LEITER, Brian, « Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence », in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 15-58 ; ID., « American Legal Realism », in Golding, Martin P., Edmundson, William A. (eds.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Malden (MA), Blackwell Pub., 2005, pp. 50-66 ; MARYIOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX^e siècle », in BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001, pp. 178-184 ; MICHAUT, Françoise, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, N° 2, 1987, pp. 343-371 ; TAMANAH, Brian Z., *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2010, pp. 79-84.

³⁰³ Sur cette perspective voir : MICHAUT, Françoise, « États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in ALLAND, Denis y RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 663-664 ; SCHLEGEL, John Henry, *American legal realism and empirical social science*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995, pp. 23-80 ; TAMANAH, Brian Z., *Realistic socio-legal theory: pragmatism and a social theory of law*, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1997, pp. 26-57.

³⁰⁴ Pour une identification du réalisme juridique comme une théorie qui conçoit le droit intégré par des propositions normatives formulées par les opérateurs juridiques, entendues à la manière des formulations qui existent comme des faits, voir : TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il mulino, 1974, p. 76.

ils se produisent. Pour vérifier cette hypothèse, et sans chercher à développer une analyse approfondie du réalisme américain, l'on ne s'attachera, dans ce qui suit, qu'à certaines idées avancées par l'un des plus réputés représentants de cette école de pensée juridique, Karl N. Llewellyn³⁰⁵.

Sa conception du droit repose sur la distinction entre les « règles et droits réels » (*real rules*) et les « règles et droits de papier » (*paper rules and rights*)³⁰⁶. À cette dernière catégorie correspondent les lois, les autres normes des organes gouvernementaux et les règles formulées par les juges dans les fondements de leurs décisions³⁰⁷. Cependant, il n'est pas tout à fait clair à quoi Llewellyn fait allusion avec l'expression « règles réelles »³⁰⁸ : d'un côté, il affirme qu'elles sont des prédictions ou prophéties sur l'activité judiciaire, c'est-à-dire, des propositions descriptives sur les comportements réguliers que dans le futur réaliseront les juges et les autres autorités de résolution de conflits³⁰⁹ ; d'un autre côté, il affirme aussi que les règles juridiques réelles ne sont que ces mêmes comportements réguliers, la conduite constante des individus qui exercent la juridiction et non pas les propositions qui la décrivent ou la prédisent³¹⁰. Quoi qu'il en soit, Llewellyn ne pose même pas la question d'une éventuelle circulation ou greffe des règles conçues d'une manière ou d'une autre, parce que son accomplissement est presque impossible. Si elles existent comme des prédictions, sa vérification est subordonnée à l'analyse des circonstances factuelles spécifiques qui permettent de constater que ce qu'elles ont décrit comme un événement futur s'est effectivement produit selon ce qui a été prédit. D'autre part, si les règles sont plutôt perçues comme la conduite régulière des juges et d'autres autorités, leur

³⁰⁵ La prééminence de Llewellyn parmi les réalistes américains a été toujours remarquée, à tel point que l'on soutient qu'« one cannot understand Realism without understanding Llewellyn's thought » (SCHAUER, Frederick, « Foreword », in TWINING, William L., *Karl Llewellyn and the realist movement*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. xix).

³⁰⁶ LLEWELLYN, Karl N., « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930, pp. 447-448.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 451.

³⁰⁸ Sur les ambiguïtés de la conception de Llewellyn sur les règles juridiques voir : REICH, Norbert, *Sociological jurisprudence und legal realism im Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg, C. Winter, 1967, pp. 105-106; TWINING, William L., *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, cit., pp. 544-545.

³⁰⁹ « This concept of “real rule” has been gaining favor since it was first put into clarity by Holmes. “Paper rules” are what have been treated, traditionally, as rules of law: the accepted *doctrine* of the time and place – what the books there say “the law” is. The “real rules” and rights – “what the courts will do in a given case, and nothing more pretentious” – are then predictions. They are, I repeat, on the level of isness and not of oughtness; they seek earnestly to go no whit, in their suggestion, beyond the remedy actually available » (LLEWELLYN, K., « A Realistic Jurisprudence », cit., p. 448). « “I think it also clear that after study of a group of cases and estimates of just how far courts do follow what prior courts have done, one can set about constructing generalized statements, generalized predictions of their action. I have no hesitancy in calling these predictions rules; they are, however, thus far only rules of the court's action; they are statements of the practices of the court » (LLEWELLYN, Karl N., *The Bramble Bush: on our law and its study* (1930), ed. S. Macaulay, New Orleans, Quid Pro Books, 2012, p. 77).

³¹⁰ Selon Llewellyn les « real rules and rights » « are conceived in terms of behavior; they are but other names, convenient shorthand symbols, for the remedies, the actions of the courts. They are descriptive, not prescriptive, except in so far as there may occasionally be implied that courts *ought* to continue in their practices. “Real rules,” then, if I had my way with words, would by legal scientists be called the practices of the courts, and not “rules” at all. And statements of “rights” would be statements of likelihood that in a given situation a certain type of court action loomed in the offing. Factual terms. No more » (LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence », cit., p. 448). Voir aussi : LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, cit., pp. 12-13 ; ID., « Legal Tradition and Social Science Method », in *Jurisprudence: realism in theory and practice*, New Brunswick, Transaction publishers, 2008, p. 79.

existence dépend profondément des conditions particulières du contexte, sans que cela implique nécessairement que la possibilité d'une imitation des comportements soit exclue. Il est bien possible, par exemple, que dans un pays les juges reproduisent la façon d'agir des juges d'un autre pays et que cette situation soit assimilée à la métaphore de la greffe de règles juridiques, sans concevoir celles-ci comme des normes ou prescriptions mais comme des réalités empiriques, en particulier comme la conduite constante des juges. Néanmoins, Llewellyn ne procède pas à ce type d'analyse³¹¹. Au contraire, lorsqu'il développe l'une des caractéristiques principales de sa conception du droit, son instrumentalisme, la thèse selon laquelle « le droit sert de moyen de satisfaire les différents politiques (*politics*) mises en œuvre par le gouvernement d'un pays »³¹², il considère que le droit prend ses caractéristiques essentielles de celles de la société dans laquelle il agit³¹³, ce qui s'approche beaucoup de l'image du droit comme un miroir de la société³¹⁴. De fait, comme le souligne R. S. Summers, l'instrumentalisme en droit montre une tendance à supposer que les moyens juridiques soient dans la plupart des cas des directives de comportement, des prescriptions qui ordonnent de faire ou de ne pas faire quelque chose³¹⁵. Par conséquent, Llewellyn n'élimine pas les « règles de papier » du panorama de l'analyse juridique³¹⁶. Il s'oppose plutôt à ce qu'elles soient considérées un objet d'étude en soi³¹⁷, sans tenir compte de leur fonction comme un instrument pour parvenir à certains résultats ou buts, celle-ci

³¹¹ En ce sens, la seule mention que l'on puisse signaler est celle qu'on trouve dans son travail le plus connu sur l'anthropologie juridique, *The Cheyenne way* (1941), lorsqu'il examine la possibilité de généraliser les conclusions des études sur les composants juridiques d'une culture en particulier : « Le cas de trouble, avec ses aspects de normalisation et de juridicité, peut constituer en vérité le plus puissant stimulus vers la généralisation connue dans une culture. La question devient alors, premièrement, dans quelle mesure sera-t-il généralisé, et deuxièmement, comment sera-t-il généralisé. C'est dans le domaine du *comment* que se révèle la saveur juridique d'une culture. Le juridisme se construit sur la généralisation (et la distinction) qu'il assume sous la forme de signes extérieures aussi insignifiants qu'irréfutables » (LLEWELLYN, Karl N., HOEBEL, E. Adamson, *La voie cheyenne : conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, trad. Louis Assier-Andrieu, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1999, p. 64-65 ; ID., *The Cheyenne way: conflict and case law in primitive jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941, pp. 61-62).

³¹² MARYOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX^e siècle », *cit.*, p. 179. En ce même sens B. Tamanaha explique que « according to the instrumentalist approach, law is, and should be, an instrument that serves social or individual interests » (TAMANAH, *A general jurisprudence of law and society*, *cit.*, p. 45).

³¹³ Pour Llewellyn « as to tools, law has borrowed copiously from the rest of culture: language, logic, writing; and for the subject matter of its thinking it borrows the whole stock of practices, standards, ethics that make up the social, economic and religious phases of society. What is dominant in society, then, is dominant in law » (LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, *cit.*, p. 117).

³¹⁴ Dans *La voie cheyenne* Llewellyn referme les liens entre droit et société : « Notre expérience montre [...] que les modèles, les manières et les tensions propres à une culture se font sentir plus vite dans le cas de trouble. Les pressions et les contraintes que l'on éprouve alors nous entraînent vers une enquête que le plan préliminaire ne permettait pas d'entrevoir. À partir de ce moment, il s'agit de suivre une culture donnée pour ce qu'elle révèle d'elle-même. Mais on n'en suit pas moins, pour constamment les mesurer aux cas, les théories générales dont d'autres travaux ont pu convaincre de la valeur en tant qu'hypothèses » (*op. cit.*, p. 44 ; en anglais, p. 40).

³¹⁵ SUMMERS, Robert S., *Instrumentalism and American legal theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, p. 67.

³¹⁶ « Are "rules of law" in the accepted sense eliminated in such a course of thought? Somewhat obviously not. Whether they be pure paper rules, or are the accepted pattern of the law officials, they remain present, and their presence remains an actuality—an actuality of importance—but an actuality whose *precise* importance, whose bearing and influence become clear. First of all they appear as what they are: rules of authoritative ought, addressed to officials, telling *officials* what the *officials* ought to do » (LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence », *cit.*, p. 449).

³¹⁷ Voir en ce sens : TWINING, *op. cit.*, pp. 547-548.

étant la seule manière pour lui d'examiner le droit³¹⁸. De toute façon, cette approche instrumentaliste ne semble pas s'accorder facilement à la reconnaissance de la circulation des règles et d'autres composants des systèmes juridiques.

Néanmoins, cette présupposition, qui s'appuie sur les études théoriques de Llewellyn, entre en tension avec la manière dont il a procédé dans ses travaux à caractère dogmatique et pratique, en particulier ceux liés à sa décisive intervention pendant une période de quinze ans (1937-1952) dans l'élaboration du Code Commercial Uniforme (*Uniform commercial Code*) des États-Unis³¹⁹. Parmi les diverses prémisses sur lesquelles il a entrepris cette activité, notamment son pragmatisme³²⁰ et son instrumentalisme³²¹, celle de l'influence de la pensée juridique allemande est aussi à souligner. Sur la ligne esquissée par Oliver Wendell Holmes et Roscoe Pound (1870-1964), qui dès la fin du XIX^e siècle s'étaient intéressés au droit et à la doctrine germaniques³²², Llewellyn s'est appliqué à introduire la pensée juridique allemande aux États-Unis, tout en essayant également d'introduire le droit américain en Allemagne³²³. Même si en 1925 il invitait déjà à suivre le modèle européen des tribunaux commerciaux spécialisés³²⁴, ce n'est qu'à partir de 1928 qu'il a commencé à prendre en considération le droit allemand lors de son voyage en Leipzig pour donner une série de cours sur le système américain de la *case law*, publiés sous le titre *Präjudizienrecht*

³¹⁸ LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence », *cit.*, p. 451-453; ID., « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », *Harvard Law Review*, vol. 44, n° 8, 1931, p. 1223; ID., *The Bramble Bush*, *cit.*, p. 84.

³¹⁹ Le rôle de Llewellyn dans la préparation, discussion et approbation du Code Commercial Uniforme a toujours été remarqué, à tel point qu'on l'appelle « Code Llewellyn » (GILMORE, Grant, « In Memoriam: Karl Llewellyn », *Yale Law Journal*, vol. 71, n° 5, 1962, pp. 814; WALLACH, Frederick, *Introduction to European commercial law*, New York, Oceana Publications, 1953, p. 42). Pour W. Twining « almost all of the initial planning in respect of scope, objectives, method and style was Llewellyn's and even the later editions of the Code are remarkably close to his original conception » (TWINING, *op. cit.*, p. 300). En ce sens voir aussi : DANZIG, Richard, « A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code », *Stanford Law Review*, vol. 27, n° 3, 1975, pp. 631-632; SCHNADER, William A., « A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code », *University of Miami Law Review*, vol. 22, n° 1, 1967, p. 4; WISEMAN, Zipporah B., « The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules », *Harvard Law Review*, vol. 100, n° 3, 1987, pp. 471-472.

³²⁰ W. Twining souligne que « Llewellyn, while actively involved in a codification project, was able nonetheless to deal with codification controversies with some detachment was due in part to the fact that his approach to codification was essentially pragmatic » (*op. cit.*, pp. 310-311).

³²¹ W. Twining indique également que « Llewellyn himself saw commercial law primarily as an instrument for facilitating certain kinds of economic activity and he had no political or ideological hobby-horses to ride on this area, unless his concern with fair distribution of risk can be so described » (*op. cit.*, p. 307).

³²² Sur ce point voir: HERGET, James E., WALLACE, Stephen, « The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism », *Virginia Law Review*, vol. 73, n° 2, 1987, pp. 399-456.

³²³ « Formé aux droits continentaux, au droit américain mais aussi aux sciences sociales et à l'anthropologie, Llewellyn avait de plus une expérience de premier ordre du droit allemand puisqu'il avait écrit (en allemand) sur le rôle du « précédent ». Il avait également étudié à Paris et à Lausanne » (HERMAN, Sahel, « Historique et destinée de la codification américaine », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 47, n° 3, 1995, p. 726). Sur l'influence de la doctrine européenne, en particulier celle de l'Allemagne, sur la pensée juridique de Llewellyn voir : RIESENFELD, Stefan, « The impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States », in REIMANN, Mathias (ed.), *The reception of continental ideas in the common law world, 1820-1920*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 90-93; TWINING, *op. cit.*, pp. 106-109; WISEMAN, *op. cit.*, pp. 514-515; WHITMAN, James, « Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code », *Yale Law Journal*, vol. 97, n° 1, 1987, pp. 166-170.

³²⁴ LLEWELLYN, Karl N., « The Effect of Legal Institutions Upon Economics », *The American Economic Review*, vol. 15, n° 4, 1925, p. 669, n. 13.

*und Rechtsprechung in Amerika*³²⁵. Un deuxième séjour en 1931 a été l'occasion d'approfondir ses liens avec l'Europe et l'Allemagne³²⁶, en s'engageant dans une analyse plus détaillée de la doctrine de ce pays, ce qui l'a conduit à accueillir quelques éléments du romantisme juridique germanique³²⁷, spécialement dans le manuscrit de 1932 *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*³²⁸ : d'une part, Llewellyn y affirme explicitement que le droit est d'une certaine manière attaché aux convictions du *Volksgeist*, bien qu'il n'accepte pas que le seul *Volksgeist* crée le droit³²⁹ ; d'autre part, les principaux effets de la tradition romanticiste sur le droit commercial en Allemagne, la reconnaissance de la coutume des commerçants comme source du droit et leur inclusion dans les jurys qui devaient statuer sur les causes dans ce domaine, ont assez impressionné Llewellyn qui déclarait que les Américains feraient bien s'ils imitaient la sage pratique allemande de compter sur des hommes bien informés du commerce dans les procédures commerciales³³⁰.

Bien que l'idée de récupérer l'ancien droit coutumier commercial, selon le modèle de la *lex mercatoria*, ait pu guider la participation de Llewellyn à l'élaboration du Code Commercial Uniforme, dans ses travaux sur ce sujet n'apparaît presque aucune référence au *Volksgeist* ni aux autres notions caractéristiques du romantisme juridique allemand. Cependant, comme l'explique J. Whitman, l'expérience allemande subsiste chez Llewellyn et la version du réalisme qu'il a introduit dans le Code a des racines dans le romantisme allemand³³¹. Cela devient évident dans sa proposition de soumettre au jugement d'un jury composé de commerçants plusieurs types des controverses³³² et dans le paragraphe 1-103 du Code Commercial Uniforme, dont le contenu est en grande partie attribué à Llewellyn³³³, qui reconnaît que les principes généraux du droit marchand peuvent compléter ses dispositions³³⁴. De toute façon, il a lui-même déclaré que le plan de la section 59 n'a pas été conçu comme une germanisation du droit américain, mais comme une reprise des

³²⁵ LLEWELLYN, Karl N., *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, Leipzig, T. Weicher, 1933 ; version en anglais : *The case law system in America*, ed. Paul Gewirtz, trans. Michael Ansaldi, Chicago, University of Chicago Press, 1989. Selon S. Herman « la lecture de cet ouvrage dissipe le moindre doute quant à la connaissance du droit allemand par son auteur » (*op. cit.*, p. 729, n. 76).

³²⁶ Dans un article publiée cette année Llewellyn affirme que « it is high time that American legal thinking should arrive at a conscious and sociologically defensible working position in regard to European legal thought » (LLEWELLYN, Karl N., « What Price Contract--An Essay in Perspective », *Yale Law Journal*, vol. 40, n° 5, 1931, p. 729, n. 54). Par ailleurs, il y fait allusion aux travaux de plusieurs auteurs allemands (R. Ehrenberg, E. Ehrlich, H. Isay et M. Weber).

³²⁷ WHITMAN, *op. cit.*, p. 167.

³²⁸ Il n'a été publié qu'en 1977 : LLEWELLYN, Karl N., *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*, Hrsg. Manfred Rehbindler, Berlin, Duncker und Humblot, 1977.

³²⁹ *Ibidem*, p. 44.

³³⁰ *Ibidem*, p. 101, n. 11.

³³¹ WHITMAN, *op. cit.*, p. 171. De toute façon il convient de ne pas exagérer l'influence germanique chez Llewellyn face à l'ascendant de la culture juridique américaine. Comme l'indique W. Twining « it is naturally much easier to point to affinity than to prove influence. That Llewellyn had much in common with German legal scholars of the early twentieth century is not to be doubted, just as it is obvious that he had many American traits » (*op. cit.*, p. 108).

³³² Llewellyn a présenté cette proposition en 1941 dans la section 59 du *Second Draft of the new Sales Act* (KELLY, Elizabeth S. (ed.), *Uniform Commercial Code: Drafts*, Littleton, F.B. Rothman, 1984, vol. 1, p. 254).

³³³ TWINING, *op. cit.*, p. 300.

³³⁴ U.C.C. § 1-103 : « Unless displaced by the particular provisions of the Uniform Commercial Code, the principles of law and equity, including the law merchant [...], supplement its provisions ».

pratiques de la *common law*³³⁵. Cet avertissement s'explique par le fait que « dans les années quarante, l'hostilité à l'égard de la culture et du droit allemands, était chose commune aux États-Unis », parce que « le rôle joué par ce pays pendant la Première Guerre mondiale avait déjà conduit les juristes américains à dédaigner le droit allemand »³³⁶. Selon S. Riesenfeld, Llewellyn recommandait de « ne jamais faire état d'une inspiration étrangère car telle révélation serait le baiser de la mort », attitude qui dévoile pourquoi « il s'interdit toute référence à des théories allemandes et à des auteurs contemporains allemands »³³⁷. Malgré les défiances de Llewellyn, il est possible de conclure que « les dispositions générales du Code Commercial Uniforme, avec leur ratification prudente de la “ coutume ” et du “ droit marchand ”, ont incarné une conception complète pour un code commercial romantique, un code dans lequel l'impulsion générative pour un droit marchand toujours en évolution demeure chez les marchands eux-mêmes, assemblés dans des jurys »³³⁸. Ainsi pourrait-on avancer que « la pensée des architectes de la *common law* moderne et celle des pandectistes modernes fusionnaient chez Llewellyn ; c'est tout ce que l'on peut dire mais cela implique beaucoup »³³⁹. L'une des implications est que dans l'œuvre de cet auteur l'on trouve une ambivalence – très proche de celle qui a été également soulignée chez les auteurs étudiés jusqu'ici – entre un instrumentalisme particulariste qui subordonne le droit au contexte social et l'utilisation des modèles étrangers pour la réforme des branches entières d'un droit national.

III. Le droit comme réalité sociopsychologique chez Karl Olivecrona

Parmi les conceptions empiristes du droit, le réalisme juridique scandinave est habituellement présenté parallèlement au réalisme juridique américain, malgré leurs différences³⁴⁰. Ses principaux représentants sont d'origine suédoise, en commençant par son fondateur, Axel Hägerström (1868-1939), mais aussi Anders V. Lundstedt (1882-1955) et Karl Olivecrona (1897-1980). Paradoxalement, Alf Ross (1899-1979), seul membre de l'école à ne pas être suédois, est probablement celui dont l'œuvre a reçu la plus ample diffusion. Cependant, ses idées sur le droit ont fortement évolué, ce qui l'a conduit à la fin de sa carrière à abandonner ses conceptions empiristes et à développer une approche à caractère normativiste³⁴¹. C'est pour cette raison que l'analyse sur la circulation du droit

³³⁵ KELLY (ed.), *Uniform Commercial Code: Drafts*, cit., p. 252.

³³⁶ HERMAN, *op. cit.*, p. 727, n. 71. En effet, comme l'indique Wiseman, « in 1941 German institutions were not held in high regard in America » (*op. cit.*, p. 514 n. 219).

³³⁷ RIESENFELD, *op. cit.*, p. 91.

³³⁸ WHITMAN, *op. cit.*, p. 172.

³³⁹ RIESENFELD, Stefan, « The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and his Disciples », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n° 1, 1989, p. 6.

³⁴⁰ Comme l'explique E. Millard, « le réalisme américain se teinte parfois d'un jusnaturalisme pragmatique que rejette le réalisme scandinave, et son orientation behavioriste le rapproche de la sociologie juridique, alors que le réalisme scandinave travaille de manière originale à la construction théorique d'une science juridique » (MILLARD, « Réalisme », *cit.*, p. 1297).

³⁴¹ Dans son ouvrage *Directives and Norms* (1968), Ross considère que les normes juridiques sont des contenus de sens directs et la science juridique (en particulier, la doctrine juridique) une science qui étudie et interprète les normes juridiques (ROSS, Alf, *Directives and norms*, Clark (NJ), Lawbook Exchange, 2009, pp.

d'un point de vue empirique ne peut pas prendre pour base la théorie de Ross. Par contre, celle d'Olivecrona maintient cette perspective et développe ouvertement et systématiquement les idées principales du réalisme scandinave, ce qui justifie que l'on en aborde quelques éléments³⁴².

Pour la plupart des réalistes scandinaves le droit est fondamentalement un phénomène psychique, s'apparentant à la croyance que partagent les membres d'une société selon laquelle il y a des normes, des droits et des devoirs³⁴³. « Cette croyance – explique E. Pattaro – [...] est un phénomène réel, un fait psychique aux amples dimensions sociales, très riche d'implications, capable de faire agir les individus et les groupes en en déterminant les comportements et les habitudes. L'idée diffuse dans la population qu'il existe des normes comme modèles objectifs de comportement, constitue une part essentielle du phénomène juridique »³⁴⁴. Olivecrona affirme explicitement cette notion factuelle du droit, en le concevant comme un maillon de la chaîne cause et effet, qui existe dans le temps et l'espace³⁴⁵. Or, même si cette thèse implique le rejet des conceptions impérativistes attribuées au positivisme juridique³⁴⁶, il n'admet pas que le droit soit composé des comportements constants des membres des sociétés, de telle sorte qu'il se demande quel est le rôle effectif des « normes » dans une conception scientifique du droit³⁴⁷. C'est sur cette base qu'Olivecrona formule le concept d'« impératif indépendant », l'un des plus

82, 100-101). On peut conclure de là que « la filosofía jurídica de Ross es idealista, sin lugar a dudas. Ross afirma claramente que las normas jurídicas son proposiciones (en su terminología: ideas normativas, contenidos de ideas abstractos, contenidos de sentido) » (HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, cit., p. 185).

³⁴² Il convient de reprendre les précisions de P. Brunet sur le principal ouvrage d'Olivecrona et sa version en français (OLIVECRONA, Karl, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. Patricia B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011) : « l'ouvrage qui a paru en français sous le titre *De la loi et de l'État* est la première version du maître-livre de Karl Olivecrona qui s'intitulait *Law as Fact* (1971). D'abord publié au Danemark en anglais en 1939, la première édition et première version de *Law as Fact* fut ensuite publiée en danois en 1940 mais Olivecrona lui donna comme titre *Om lagen, och staten*, soit, en français : *De la loi et de l'État* » (BRUNET, Pierre, « Le droit est-il dans la tête ? A propos de Karl Olivecrona, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit* », *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, N° 8, 2012, p. 2).

³⁴³ Pour les réalistes scandinaves le droit est « un phénomène psychologique collectif, la croyance qu'existent des commandements de se conduire d'une certaine manière (la croyance donc qu'existe cet idéal de justice, ou cet ordre normatif, ou une puissance supérieure) » (MILLARD, « Réalisme », cit., 1298).

³⁴⁴ PATTARO, Enrico, « Réalisme – II. Réalisme juridique scandinave », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, p. 344. Cette récupération du rôle des normes d'un point de vue empirique permet à cet auteur d'identifier le réalisme scandinave comme un « réalisme normativiste » (PATTARO, Enrico, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna, CLUEB, 1985, pp. 125-126).

³⁴⁵ Selon lui, « l'acte de législation constitue le maillon d'une chaîne causale psychologique qui aboutit à conférer à la loi son réel caractère obligatoire », il constitue « un véritable rouage de la machinerie sociale, lequel influe sur le comportement des citoyens » (OLIVECRONA, *De la loi et de l'État*, cit., p. 80). Les conséquences épistémologiques de cette prémisse ontologique sont également soulignées par Olivecrona : « un système de droit qui se situerait hors du monde réel est impensable pour une raison simple : rien ne peut être mis en relation avec des phénomènes réels du monde temporel et spatial qui n'appartienne à ce même monde. Par conséquent, toute affirmation de l'existence d'un ordre juridique qui, de façon mystérieuse, se situerait au-dessus des faits de la vie est en elle-même contradictoire et confine à l'absurde » (*ibidem*, p. 43 ; voir aussi : OLIVECRONA, Karl, *Law as fact*, 2nd ed., London, Stevens, 1971, p. 172).

³⁴⁶ Voir sur ce point : OLIVECRONA, *De la loi et de l'État*, cit., pp. 42-43.

³⁴⁷ OLIVECRONA, Karl, « Law as Fact », in SAYRE, Paul (ed.), *Interpretations of modern legal philosophies: essays in honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947, p. 544.

célèbres de sa doctrine³⁴⁸. Il est caractérisé par le fait que ces impératifs associent un modèle de comportement à une forme prescriptive, de manière qu'ils « ne s'adressent pas à une personne en particulier mais ils visent à activer chez tous les individus l'idée que tel acte est prescrit, tel autre interdit »³⁴⁹. Bien qu'il y ait certaines ambiguïtés sur la nature qu'Olivecrona assigne aux impératifs indépendants³⁵⁰, il affirme qu'ils sont des « propositions impératives se situant hors du champ des commandements »³⁵¹, des « mots impératifs qui ont lieu dans notre imagination »³⁵², des impératifs qui existent « en tant que contenu de représentations surgissant par intermittence chez les individus »³⁵³. On pourrait penser que ces observations conduisent Olivecrona vers un idéalisme normativiste, mais sa conception du droit préserve un caractère empirique si elles sont attachées à ses appréciations sur le droit en un sens psychique : par exemple, lorsqu'il soutient que la « force obligatoire » du droit est avant tout une « réalité psychologique » dont le fondement réside dans « le fort sentiment de subordination que nous éprouvons à l'égard de l'ordre juridique »³⁵⁴ ; ou lorsqu'il considère que face aux règles nous ne sommes pas obligés, nous nous sentons obligés, ce qui se présente comme un « reflet du sentiment de contrainte intérieure » et non pas comme un trait de caractère inhérent à la règle³⁵⁵ ; ou lorsqu'il souligne que « les droits ne correspondent pas à des faits mais existent dans l'esprit des individus et donc appartiennent au monde empirique à titre de représentations mentales »³⁵⁶ ; ou, finalement, lorsqu'il conclut que « la mise en œuvre des règles ne s'explique pas par une quelconque *force obligatoire* d'ordre mystique qui serait intrinsèque

³⁴⁸ S. Strömholm et H.-H. Vogel affirment que la notion d'impératif indépendant est ce qui différencie le réalisme juridique des écoles idéalistes (STRÖMHOLM, Stig, VOGEL, Hans-Heinrich, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1975, p. 56). En outre, cette notion et le rejet de la conception prédictive du droit conduit Olivecrona à qualifier le réalisme juridique américain comme un « réalisme naïf » (OLIVECRONA, Karl, « Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy », *New York University Law Review*, vol. 26, n° 1, 1951, pp. 120-131).

³⁴⁹ OLIVECRONA, K., *De la loi et de l'État*, cit., p. 62.

³⁵⁰ Sur cette question voir : HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, pp. 258-260.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 59.

³⁵² OLIVECRONA, K., « Law as Fact », cit., p. 545.

³⁵³ OLIVECRONA, K., *De la loi et de l'État*, cit., p. 68. Pour une analyse sur les impératifs indépendants chez Olivecrona voir : HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1981, pp. 34-42 ; PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, cit., pp. 188-194 ; STRÖMHOLM, VOGEL, *op. cit.*, pp. 54-58 ; VERGARA LACALLE, Oscar, « La noción de "orden" o "mandato" en la teoría general del derecho del realismo escandinavo. Una nota sobre las limitaciones del análisis psicologista del lenguaje normativo », *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 7, 2003, pp. 819-821.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 46.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 66.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 95. Comme l'explique P. Brunet, cette façon de concevoir le droit permet de mieux comprendre l'objet qu'Olivecrona entend assigner à la science du droit : puisqu'il n'existe, selon lui, aucune réalité juridique objective, mais seulement des représentations mentales, la science du droit ne saurait décrire un devoir-être objectif et ne saurait être normative (BRUNET, *op. cit.*, p. 15). Pour lui, elle a pour fonction de « discerner les représentations d'actes qui trouvent leur expression dans la loi ou dans toute autre règle appartenant à l'ordre juridique, de les regrouper et de les systématiser. C'est là s'attacher à la vraie réalité, les représentations constituant des faits naturels. [...] Le seul véritable objet de la science juridique ne peut consister qu'en un contenu d'idées réel, pour autant que la science du droit se borne à dégager et à décrypter les règles existantes : ce n'est qu'à ce titre que l'on peut la qualifier de science normative » (OLIVECRONA, *De la loi et de l'État*, cit. p. 70).

aux propositions impératives. L'explication réside dans le fonctionnement psychique des individus eux-mêmes et dans l'influence réciproque des individus entre eux »³⁵⁷.

Que le droit soit conçu comme un phénomène sociopsychologique – ce qui supposerait qu'Olivecrona propose un réalisme juridique « interne »³⁵⁸ – restreint considérablement les possibilités d'une circulation des normes juridiques ainsi comprises. Les croyances et les représentations mentales dont le droit est composé sont en principe des entités profondément liées aux circonstances de leur genèse et leur développement, même si cela n'implique pas d'exclure d'emblée la possibilité d'une imitation (de toute façon, Olivecrona ne l'avance pas). Par conséquent, il ne resterait d'autre option qu'une stricte subordination du droit au contexte social, en particulier aux situations psychologiques dans lesquelles les individus déploient leurs activités dans la société. Cependant, Olivecrona n'arrive pas à cette conclusion par la voie de l'analyse des greffes juridiques, question pour laquelle il ne montre pas d'intérêt, mais suivant celle de l'histoire du droit. Lorsque cet auteur aborde les origines des ordres juridiques il n'estime pas seulement qu'elles sont aussi indéterminables qu'indéterminées, il les fait également dépendre des conditions de chaque société, lesquelles définissent leur développement postérieur : « aucune fondation originaire de la société ne nous est connue et il serait illusoire de croire que l'on en puisse saisir le moment précis : à coup sûr, il s'est agi d'un processus qui s'est développé sur une très longue période. [...] Les sociétés dites primitives comportent en effet elles-mêmes un ordre juridique, lequel est le résultat d'une longue maturation et est souvent fort complexe »³⁵⁹. L'analyse historique apporte ainsi à Olivecrona un complément de son analyse psychologique et confirme les conclusions de ses études sur le langage du droit (tant des normes que de la doctrine)³⁶⁰. Elle a pour objet principal le Droit romain³⁶¹ et son propos est celui de comprendre les concepts juridiques modernes, qui selon Olivecrona n'ont pas été créés *ex-novo*, car nous les avons reçus par une lente évolution³⁶². Celle-ci est l'une des seules références explicites sur le phénomène de la réception d'un système juridique étranger, mais sans qu'elle soit posée d'un point de vue empirique et psychologique³⁶³. Olivecrona suit plutôt une

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 61.

³⁵⁸ HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, pp. 256-258.

³⁵⁹ OLIVECRONA, K., *De la loi et de l'État*, *cit.*, p. 92.

³⁶⁰ À partir de la méthode (empirique) et de l'objet de ses recherches (le droit des sociétés modernes occidentales), Olivecrona utilise trois instruments principaux : l'analyse linguistique, l'analyse historique et l'analyse psychologique (VERGARA LACALLE, Oscar, *El Derecho como fenómeno psicológico-social y la posibilidad de una ciencia jurídica avalorativa. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Thèse de doctorat, dir. P. Serna Bermúdez, Universidade da Coruña (Espagne), 2002, p. 123-124). Or, comme l'indique P. Brunet, la question qui apparaît est celle de savoir « pourquoi s'interroger sur l'origine historique d'un phénomène qu'[Olivecrona] tient pour essentiellement psychologique ? Du moins, s'il voulait être conséquent, il aurait fallu envisager de répondre non en se contentant d'invoquer rapidement la coïncidence de sociétés juridiquement organisées mais en s'attachant aux catégories mentales et sociales que chaque société tend à produire. Il aurait ainsi pu déplacer la question et prendre la mesure de ce que cette forme d'exercice du pouvoir qu'est l'État est à la fois historiquement déterminée et parfaitement arbitraire, ou pour le dire autrement conventionnelle, et donc déterminant des structures mentales spécifiques » (BRUNET, *op. cit.*, p. 21).

³⁶¹ Voir son ouvrage principal sur ce sujet : OLIVECRONA, Karl, *The acquisition of possession in Roman law*, Lund, C.W.K. Gleerup, 1938.

³⁶² OLIVECRONA, K., *De la loi et de l'État*, *cit.*, p. 92.

³⁶³ En effet, Olivecrona fait allusion de manière détournée à un cas de réception d'un droit étranger lorsqu'il cherche à démontrer le caractère évolutif de l'existence du droit : « Les sociétés dites primitives comportent en effet elles-mêmes un ordre juridique, lequel est le résultat d'une longue maturation et est

démarche traditionnelle où il ne vise que les contenus des normes de droit romain dans son contexte doctrinal, politique et sociale, en laissant de côté la question de leur réception par les sociétés modernes³⁶⁴.

Cette indifférence d'Olivecrona pour le phénomène du déplacement des normes et d'autres composants des systèmes juridiques ne semble pas être une caractéristique exclusive de la doctrine de cet auteur. Elle dévoilerait plutôt les difficultés d'aborder ce phénomène à partir d'une conception empirique du droit. C'est ainsi qu'Ehrlich le fait d'un point de vue normatif, Llewellyn ne s'en occupe pas dans ses analyses théoriques mais dans celles à caractère doctrinal et Olivecrona n'utilise pas sa conception sociopsychologique du droit pour l'aborder, montrant peut d'intérêt pour le sujet. De toute façon, cela n'implique pas nécessairement qu'il ne soit compréhensible que d'une perspective normativiste, car il est possible de constater que le droit ne voyage pas seulement à la manière de normes et d'autre type d'entités prescriptives mais aussi comme un phénomène social lié à certaines pratiques, processus et événements, tel que l'on aura l'occasion de l'expliquer.

souvent fort complexe. La colonisation de l'Islande ou de l'Amérique ne peut être considérée comme illustration de fondations originaires de sociétés. Les colons ont en effet organisé leur société nouvelle à l'aide de matériaux intellectuels et spirituels qui provenaient de leurs pays d'origine et constituaient déjà le produit d'une vie en société » (*loc. cit.*).

³⁶⁴ L'objectif des études historiques du Droit romain d'Olivecrona est, selon O. Vergara, d'une autre portée : ces études « le permiten apreciar en toda su plenitud un aparato jurídico formal operante en una sociedad donde las creencias en la magia eran parte importante de la vida ordinaria. La relevancia de estos estudios se deja notar especialmente si tenemos en cuenta que entonces no existía un Estado soberano, con poder irresistible, que pudiera condicionar, con su fuerza, la psique del ciudadano » (VERGARA LACALLE, *op. cit.*, p. 126 ; voir aussi : PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, *cit.*, pp. 180-181).

Chapitre II. La subordination du droit à l'organisation sociale

Il est possible d'identifier une autre perspective à partir de laquelle est avancé le déterminisme social sur le droit et qui insiste sur les obstacles imposés à celui-ci pour se déplacer d'une société à l'autre. Bien que ce ne soit qu'une différence de degré, cette deuxième perspective présente le rapport entre droit et société en termes de dépendance et de subordination du droit par rapport à la société, tandis que les auteurs étudiés dans le chapitre précédent proposent des doctrines où le droit apparaît assez incorporé au contexte social, quelques-uns niant même son caractère normatif et affirmant qu'il est une réalité empirique de nature similaire à celle des autres phénomènes sociaux. De toute façon, elles partagent en principe une même conception relativiste et particulariste du droit, en raison du rôle essentiel et définitif que joue le contexte social face à celui-ci. Malgré les différences considérables que l'on peut trouver entre l'une et l'autre par rapport à leurs présupposés conceptuels et méthodologiques, les accents mis sur un ou plusieurs éléments du contexte, ou quelques détails dans l'explication du lien entre droit et société, ces conceptions coïncident sur deux points³⁶⁵ : d'une part, elles considèrent que le droit doit être compris du point de vue de ses fonctions sociales plus importantes, qui peuvent être déterminées et spécifiées indépendamment des concepts et des catégories juridiques ; d'autre part, elles affirment aussi que le droit d'une société reflète directement sa structure, au moins ses composants principaux, même si toutes ne sont pas d'accord en ce que le droit est réductible à cette structure sous-jacente.

L'idée que le droit est subordonné à un ou plusieurs éléments de l'organisation sociale a été développée par diverses tendances de la pensée juridique. C'est pour cela qu'il est impossible d'aborder toutes ces théories (ce qui, qui plus est, dépasse le propos de notre démarche). On compte parmi elles les théories sociologiques modernes du droit (section 1) et le déterminisme économique sur le droit (section 2) ; ces deux ensembles représentant des exemples pertinents de cette conception sur le rapport entre droit et société.

SECTION 1. THÉORIES SOCIOLOGIQUES MODERNES DU DROIT

En raison de la multitude de théories et recherches qui peuvent être classées sous cette rubrique (incluant quelques-unes que l'on a déjà examinées), pour autant qu'elles procèdent à une étude du droit d'un point de vue sociologique, forcément un choix s'impose. Ce

³⁶⁵ EWALD, William, « The jurisprudential approach to Comparative Law: A Field Guide to "Rats" », *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n° 4, 1998, p. 702.

paragraphe ne traite que trois auteurs qui, malgré leurs différences, ont en commun d'avoir formulé de très influentes explications sur la manière dont la forme et le contenu du droit sont profondément attachés à la structure et caractéristiques de l'organisation sociale : d'abord, Henry S. Maine (1822-1888), l'un des précurseurs des conceptions historiques évolutionnistes du droit et de l'anthropologie juridique (I) ; ensuite, Émile Durkheim (1858-1917), le principal théoricien de la sociologie fonctionnaliste (II) ; finalement, Max Weber (1864-1920), le fondateur de la sociologie compréhensive (III)³⁶⁶. Il convient d'insister, sur le fait qu'il ne sera question ici (comme dans les analyses précédentes) que d'une approximation aux idées de chaque auteur sur les liens entre droit et société et sur la possibilité d'un déplacement des composants des systèmes juridiques d'un lieu à un autre.

I. Théories évolutionnistes du droit : l'exemple de Henry S. Maine

Le déterminisme social sur le droit trouve son point culminant dans les théories juridiques évolutionnistes. En général, elles cherchent à discerner et expliquer les modèles de continuité et changement en droit³⁶⁷. Or, l'application de l'évolutionnisme pour comprendre la réalité juridique peut prendre une approche plus spécifique et présenter le développement du droit comme s'il suivait toujours des phases déterminées, selon un modèle applicable à toute société et dans un sens progressif, commençant par un stade initial et moins sophistiqué et avançant vers un plus haut niveau d'évolution. À la lumière de cette approche le droit n'est pas un système autonome, mais une partie intégrante de la vie sociale de chaque communauté, de sorte que ce qui évolue n'est pas le droit mais plutôt la société : dans la mesure où le langage, la culture, le système politique ou la structure économique progressent, le droit change avec eux³⁶⁸. En outre, il est possible d'identifier de façon encore plus précise une conception évolutionniste du droit sous le terme « darwinisme juridique », dont la thèse principale – comme l'explique E. D. Elliott – est que le droit est défini par son environnement de manière analogue à celle que la théorie de

³⁶⁶ Pour B. Tamanaha il est possible de classer ensemble ces auteurs, car ils développent l'une des modalités de la théorie du miroir (TAMANAH, *A general jurisprudence of law and society*, cit., p. 32).

³⁶⁷ C'est à partir de cette perspective générale que H. Hovenkamp soutient que « jurisprudence was also "evolutionary" long before Darwin, and it continues to be evolutionary. Like most other intellectual disciplines, jurisprudence needs a theory of change » (HOVENKAMP, Herbert, « Evolutionary Models in Jurisprudence », *Texas Law Review*, vol. 64, n° 4, 1985, p. 645).

³⁶⁸ Sur cette manière spécifique de comprendre le droit d'un point de vue évolutionniste voir : STEIN, Peter, *Legal evolution: the story of an idea*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1980, pp. 69-70 ; LANDMAN, Jacob H., « Primitive Law, Evolution, and Sir Henry Sumner Maine », *Michigan Law Review*, vol. 28, n° 4, 1930, pp. 404-405 ; SINCLAIR, Michael B. W., « The Use of Evolution Theory in Law », *University of Detroit Law Review*, vol. 64, n° 3, 1987, pp. 452, 467-471. La différence entre ces deux perspectives est remarquée par M. Zamboni : « it is necessary to distinguish between a *theory of legal evolution* and *evolutionary theory and law*. Inside legal scholarship, a *theory of legal evolution* is a general label attached to all legal thinking aimed at discovering and explaining general patterns of continuity and change in the law. [...] Among the different theories of legal evolution, one can find an approach defined as *evolutionary theory and law* [...]. The approach of *evolutionary theory and law*, under whose roof several schools can be grouped, is characterized in general by its attention to points of change and stability in the law through the centuries and among various legal systems » (ZAMBONI, Mauro, « From "Evolutionary Theory and Law" to a "Legal Evolutionary Theory" », *German Law Journal*, vol. 9, n° 4, 2008, pp. 520-521 ; en ce même sens voir aussi : HOVENKAMP, op. cit., p. 648).

l'évolution a formulé dans la biologie : à savoir, la théorie, d'habitude attribuée à Charles Darwin, selon laquelle la constitution des êtres vivants est formée par les conditions environnementales et non pas par le destin ou les choix d'un Créateur³⁶⁹. C'est précisément sous cette influence du darwinisme que l'on a habituellement placé l'essor des théories évolutionnistes du droit à la fin du XIX^e siècle. P. Stein affirme même que ces théories « ont essentiellement été un phénomène du dix-neuvième siècle et n'ont pas longtemps survécu à la fin du siècle »³⁷⁰. Cependant, « bien que le darwinisme juridique soit tombé en disgrâce au XX^e siècle, on peut observer la permanence de ses prémisses fondamentales sous des formes moins explicites et plus sophistiquées »³⁷¹. En effet, il y a eu un renouvellement important de l'intérêt sur les théories évolutionnistes du droit au XX^e siècle, particulièrement aux États-Unis³⁷², bien que « pour des raisons qui restent encore mystérieuses, les références à l'évolution dans la théorie juridique anglo-américaine sont plutôt rares pendant le demi-siècle qui s'étend dès la moitié des années 1920 à la moitié années 1970 »³⁷³. C'est pourquoi, dans ce qui suit, nous nous occuperons seulement de Henry S. Maine, l'un des représentants de l'évolutionnisme juridique du XIX^e siècle, quoiqu'il ne développe pas un darwinisme juridique au sens strict³⁷⁴.

L'œuvre de Maine est certainement l'un des plus connus essais d'application de l'évolutionnisme au droit³⁷⁵. Dans *Ancient Law* (1861)³⁷⁶, travail qui à l'époque de sa publication a exercé une importante influence³⁷⁷, il soutient que le droit évolue à travers diverses étapes, toujours les mêmes dans les « sociétés progressives »³⁷⁸, car chacune d'elles repose sur l'antérieure et jette les bases pour sa propre transformation dans l'étape suivante. Par conséquent, pour comprendre l'évolution du droit il est nécessaire de prendre en considération « les formes primitives des conceptions juridiques », qui « sont pour le jurisconsulte ce que les couches primitives de la terre sont pour le géologue : elles contiennent en puissance toutes les formes que le droit a prises plus tard »³⁷⁹. Comme

³⁶⁹ ELLIOTT, E. Donald, « The Evolutionary Tradition in Jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 85, n° 1, 1985, p. 39.

³⁷⁰ STEIN, *op. cit.*, p. 122.

³⁷¹ DUPRET, Baudouin, *Droit et sciences sociales*, Paris, A. Colin, 2006, p. 5.

³⁷² ELLIOTT, *op. cit.*, p. 40, n. 5.

³⁷³ *Ibidem*, p. 59.

³⁷⁴ Cela parce que « Henry Maine used an evolutionary model to describe the passage of law through several successive stages without referring to the theory of natural selection as a device for explaining this development » (HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 649, n. 18 ; voir aussi : ELLIOTT, *op. cit.*, p. 46).

³⁷⁵ Parmi les auteurs qui développeraient ce type de évolutionnisme en droit l'on inclut Friedrich Carl von Savigny, John H. Wigmore (1863-1943), Oliver W. Holmes, Arthur L. Corbin (1874-1967) et Jean Piaget (1896-1980) (DUPRET, *op. cit.*, pp. 5-12 ; ELLIOTT, *op. cit.*, pp. 50-59).

³⁷⁶ MAINE, Henry S., *Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, intr. and notes Frederic Pollock, London, J. Murray, 1930 ; version en français : *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, trad. J.-G. Courcelle-Seneuil, Paris, Guillaumin, 1874.

³⁷⁷ STEIN, *op. cit.*, p. 85. En France cette influence se reflète à travers la traduction de plusieurs travaux de Maine pendant les années quatre-vingt du XIX^e siècle, parmi lesquels l'on trouve les suivants : *Études sur l'histoire des institutions primitives*, trad. M. J. Durieu de Leyritz, Paris, E. Thorin, 1880 ; *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, trad. René de Kérallain, Paris, E. Thorin, 1884 ; *Essais sur le gouvernement populaire*, trad. René de Kérallain, Paris, Thorin, 1887 ; *Études sur l'histoire du droit*, trad. René de Kérallain, Paris, E. Thorin, 1889 ; *Le droit international, la guerre*, trad. René de Kérallain, Paris, E. Thorin, 1890.

³⁷⁸ MAINE, *L'ancien droit, cit.*, p. 24.

³⁷⁹ MAINE, *op. cit.*, p. 3.

l'explique B. Dupret³⁸⁰, cette première étape de l'évolution du droit a un caractère spontané et organique³⁸¹ ; elle est suivie par une phase de développement qui procède d'une adaptation consciente des règles et qui résulte de l'édiction des jugements royaux³⁸² ; ensuite on trouve l'avènement du droit coutumier préservé par une aristocratie ou un groupe sacerdotal³⁸³ ; finalement, l'âge des codes est le dernier stade de l'évolution du droit, bien que Maine n'assigne pas aux codes un sens moderne, mais il les entend comme la fixation par écrit du droit coutumier préexistant³⁸⁴. Cette progression sur des étapes successives explique la principale transformation du droit qui différencie les sociétés primitives des sociétés modernes :

« Le mouvement des sociétés progressives a été uniforme sous un rapport. Pendant toute sa durée, il a été remarquable par la dissolution graduelle de la dépendance de famille, qui a été remplacée peu à peu par les obligations individuelles. L'individu est constamment substitué à la famille comme l'unité sociale dont s'occupe le droit civil. Le progrès a été plus ou moins rapide, et existe encore des sociétés dans lesquelles, bien qu'elles ne soient pas entièrement stationnaires, on ne peut apercevoir la décadence de l'ancienne organisation qu'au moyen d'études patientes. Mais quelle qu'ait été la rapidité de la marche du progrès, il n'a jamais subi ni réaction ni recul, et les retards apparents qu'il a éprouvés ont été occasionnés par l'absorption d'idées et de coutumes antiques venues d'une source étrangère. Et il n'est pas difficile de voir quel est le lien qui remplace peu à peu les formes de réciprocité de droit et de devoirs qui ont leur origine dans la famille : c'est le contrat. Partant, comme d'une station de l'histoire, d'un état social dans lequel tous les rapports des personnes se résument en rapports de famille, nous semblons avoir marché constamment vers un ordre social dans lequel tous ces rapports naissent de la volonté libre des individus. [...] Si donc nous employons le mot état [*Status*], comme les meilleurs écrivains, dans le sens de ces conditions personnelles seulement, et ne l'appliquons pas aux conditions qui sont de près ou de loin le résultat d'une convention, nous pouvons dire que le mouvement des sociétés progressives a jusqu'à présent consisté à passer de *l'état au contrat* [*from Status to Contract*] »³⁸⁵.

Ce passage dévoile explicitement la subordination du droit au contexte social, dès lors que selon Maine le développement des sociétés s'est réalisé et a été accompagné par la transformation du droit et que si le droit évolue c'est parce que la société a d'abord évolué. Il est remarquable également parce que, sans nier la possibilité de la réception des normes et pratiques « venues d'une source étrangère », Maine considère qu'elle s'oppose et retarde l'évolution normale et progressive des rapports sociaux et du droit qui les régit. En effet, lorsqu'il s'occupe de ce phénomène c'est pour insister sur le fait que celui-ci interrompt le développement que le droit aurait accompli s'il suivait les conditions sociales. Ainsi en est-il du chapitre d'*Ancient Law* sur l'histoire de la propriété primitive, où Maine explique l'origine des diverses classifications des biens et affirme que dans le cas des peuples germaniques les changements qui dans ce domaine leur droit a subi ne répondaient pas à

³⁸⁰ DUPRET, *op. cit.*, p. 7.

³⁸¹ MAINE, *op. cit.*, pp. 3-5.

³⁸² *Ibidem*, pp. 9-10.

³⁸³ *Ibidem*, pp. 11-12.

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 17-18.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 160-162.

leurs caractéristiques intrinsèques mais étaient la conséquence de l'influence du droit romain. Pour lui ces peuples avaient admis plusieurs classifications à tel point qu'« on distinguait la terre des meubles ; mais les biens mobiliers étaient seuls divisés en plusieurs catégories dont chacune était soumise à des règles différentes. Cette exubérance de classification, qui peut nous sembler étrange chez un peuple aussi grossier que les conquérants germains de l'Empire romain, peut s'expliquer sans doute par la présence d'un élément considérable de droit romain absorbé par eux pendant leur long séjour sur les frontières de l'empire »³⁸⁶.

D'autres passages confirment que pour Maine la réception d'éléments d'un droit étranger est surtout une anomalie dans le processus de développement d'une société : par exemple, les emprunts secrets qu'au XIII^e siècle les juges anglais faisaient aux abrégés de droit romain et de droit canonique pour maintenir l'idée qu'il existait un corps de droit anglais complet, bien lié, bien ordonné, d'une ampleur suffisante pour fournir les principes applicables à toutes les combinaisons de circonstances imaginables³⁸⁷ ; un autre exemple est celui des jurisconsultes romains qui voulant justifier l'amélioration de leur jurisprudence par le préteur, ont emprunté à la Grèce la doctrine de l'état naturel de l'homme pour légitimer de cette manière la fiction selon laquelle cette amélioration n'était pas le produit d'un changement mais du retour à une perfection qu'on avait perdue³⁸⁸. Maine arrive même à assimiler la réception au plagiat en accusant Henry de Bracton (1210-1268), l'un des plus célèbres juristes anglais du XIII^e siècle, d'avoir ainsi procédé : « Qu'un écrivain anglais du temps d'Henri III ait pu présenter à ses compatriotes comme un abrégé de droit anglais pur un traité dont la forme et le tiers du contenu étaient directement pris dans le *Corpus Iuris* et qu'il ait fait cette tentative dans un pays où l'étude du droit romain était formellement défendue, voilà ce qui sera toujours une énigme dans l'histoire de la jurisprudence »³⁸⁹.

La manière dont Maine applique l'évolutionnisme au droit a été l'objet de diverses critiques³⁹⁰. Par exemple, il n'explique pas comment l'évolution du droit suit toujours et partout les mêmes étapes et la même progression, sans accepter la possibilité des développements différenciés selon les circonstances de chaque société³⁹¹. Cependant, cet

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 266. Un autre exemple que Maine prend du Droit romain est celui des testaments, qui dans la plupart des sociétés sont une étrangeté venue d'ailleurs : « Partout où le droit de tester existe, il a été emprunté au droit romain ; de même, l'espèce de testament qui, me dit-on, se trouve dans le droit juif des rabbins, a été attribué au contact avec les Romains. La seule forme de testament qui, en dehors des sociétés grecque et romaine, puisse avec quelque raison être considérée comme indigène, est celle que reconnaissent les coutumes du Bengale ; et le testament du Bengale, que quelques personnes supposent inventé par les juristes anglo-indiens, est tout au plus un testament rudimentaire » (*Ibidem*, p. 187).

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 32.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 68.

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 78-79.

³⁹⁰ Sur ce point voir STEIN, *op. cit.*, pp. 99-115.

³⁹¹ Comme l'explique N. Luhmann, « Evolution ist keine allmähliche, kontinuierliche, bruchlose Steigerung von Komplexität, sondern ein Modus von Strukturänderung, der durchaus mit sprunghaften Umbrüchen (»Katastrophen«) und mit langen Zeiten der Stagnation (»Stasis«) kompatibel ist. » (LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 243). Une conséquence de cette faiblesse de la théorie de Maine est que « despite his emphasis on empiricism, and the importance of drawing evidence from different cultures, Maine had not assimilated the Darwinian concept of evolutionary change as variation in the distribution of characteristics within populations. Maine still thought in terms of the iron laws of the machine, or the inflexible stages of development in embryology, which were the model for Herbert Spencer's theory of evolution, not Darwin's » (ELLIOTT, *op. cit.*, pp. 44-45).

auteur est assez cohérent lorsqu'il lie son déterminisme social sur le droit à sa défiance à l'égard de la possibilité et des conséquences de la réception d'un droit étranger³⁹². Étant donné la grande influence de cet auteur sur la théorie et la doctrine juridique anglo-américaine du début du XX^e siècle³⁹³, il est possible que le peu d'intérêt que l'on y trouve sur la question du déplacement du droit s'explique précisément par la certitude avec laquelle il affirme la subordination du droit aux conditions de chaque société.

II. La solidarité sociale et le droit chez Durkheim

Reconnu comme le père fondateur de la sociologie du droit en France³⁹⁴, Émile Durkheim, influencé par Maine³⁹⁵, soutient tant la subordination du droit au contexte social qu'une conception de la dynamique des sociétés en un sens évolutionniste³⁹⁶. Même s'il est possible de trouver ces deux thèses tout au long de son œuvre, il les développe en particulier dans *De la division du travail social* (1893), dont la question centrale, qui est celle de toute la pensée durkheimienne, est la relation entre les individus et la collectivité³⁹⁷. Pour y répondre, Durkheim retrace un processus où les sociétés « primitives » évoluent pour devenir des sociétés « modernes », lorsque leur forme d'organisation sociale ne correspond plus à la « solidarité mécanique » mais à la « solidarité organique »³⁹⁸. Une société primitive est caractérisée par une forte identité entre ses membres et la présence permanente d'une « conscience collective »³⁹⁹ qui couvre presque tous les domaines de la vie sociale. « La vie sociale – assure Durkheim – y est faite presque exclusivement de

³⁹² Néanmoins, partir d'un point de vue évolutionniste n'implique pas nécessairement nier le phénomène de la réception d'un droit étranger ou relativiser sa portée, pour autant que cette réception soit perçue comme un élément du processus d'évolution d'une société. C'est ainsi que F. Pollock, en analysant la théorie de Maine, soutient que « a given result may be produced in one community by straightforward development; in another by some highly artificial adaptation; and in a third by direct importation or imitation of a foreign model. And a series of apparently continuous forms may have no real historical connection at all » (POLLOCK, Frederick, « Sir Henry Maine and His Work », in *Oxford Lectures and Other Discourses*, London, MacMillan, 1890, p. 164).

³⁹³ ELLIOTT, *op. cit.*, p. 46.

³⁹⁴ CHAZEL, François, « Émile Durkheim et l'élaboration d'un "programme de recherche" en sociologie du droit », in CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, p. 27 ; GARCIA VILLEGAS, Mauricio, LEJEUNE, Aude, « La sociologie du droit en France : De deux sociologies à la création d'un projet pluridisciplinaire ? », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol. 66, 2011, p. 4. Pour A. Hunt, Durkheim est « an undisputed giant amongst social scientists » (HUNT, Alan, *The sociological movement in law*, Philadelphia, Temple University Press, 1978, p. 60).

³⁹⁵ CARBONNIER, Jean, *Sociologie Juridique*, *cit.*, p. 103 ; LUKES, Steven, *Emile Durkheim, his life and work: a historical and critical study*, Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 60.

³⁹⁶ Sur la conception évolutionniste du droit chez Durkheim voir : COTTERRELL, Roger, *Emile Durkheim: law in a moral domain*, Stanford, Stanford University Press, 1999, pp. 82-84 ; VOLG, W. Paul, « Durkheim's Sociology of Law: Morality and the cult of the individual », in TURNER, Stephen P. (ed.), *Emile Durkheim: sociologist and moralist*, London, New York, Routledge, 1993, p. 76.

³⁹⁷ ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, *cit.*, p. 319.

³⁹⁸ Comme l'explique M. García Villegas et A. Lejeune, « la solidarité – l'un des concepts centraux de son œuvre – est une forme d'organisation sociale produite par la rencontre de deux forces : l'intégration, c'est-à-dire l'existence de pratiques et de croyances partagées, et la régulation, qui limite les comportements humains » (GARCIA VILLEGAS et LEJEUNE, *op. cit.*, p. 5). C'est pour cette raison que « la sociologie, selon Durkheim, tout à la fois, justifie l'individualisme rationaliste et prêche le respect des normes collectives » (ARON, *op. cit.*, p. 398).

³⁹⁹ DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, 2^{ème} éd. (1902), Paris, PUF, 1991, p. 46.

croyances et de pratiques communes qui tirent d'une adhésion unanime une intensité toute particulière »⁴⁰⁰. Dans ce cas, la solidarité, « née des ressemblances, rattache directement l'individu à la société » ; elle « ne consiste pas seulement dans un attachement général et indéterminé de l'individu au groupe, mais rend aussi harmonique le détail des mouvements »⁴⁰¹. Par conséquent, « à ce moment de l'évolution, la personnalité individuelle n'existe pas »⁴⁰². Or, dans les sociétés modernes apparaît une forte division sociale du travail parmi des individus dédiés à certaines activités et formant des groupes étroitement intégrés, ce qui produit une autre forme de solidarité : « tandis que la précédente implique que les individus se ressemblent, celle-ci suppose qu'ils diffèrent les uns des autres. La première n'est possible que dans la mesure où la personnalité individuelle est absorbée dans la personnalité collective ; la seconde n'est possible que si chacun a une sphère d'action qui lui est propre, par conséquent une personnalité »⁴⁰³. À ce stade la solidarité est alors « organique » parce que la société maintient sa cohésion en raison de l'interdépendance des groupes ou segments, de manière semblable « à celle que l'on observe chez les animaux supérieurs. Chaque organe, en effet, y a sa physionomie spéciale, son autonomie, et pourtant l'unité de l'organisme est d'autant plus grande que cette individuation des parties est plus marquée »⁴⁰⁴.

L'évolutionnisme en sens large chez Durkheim est posé à la façon d'une « loi de l'histoire » qui implique que « la solidarité mécanique, qui d'abord est seule ou à peu près, perde progressivement du terrain, et que la solidarité organique devienne peu à peu prépondérante »⁴⁰⁵. Si les conditions se sont produites, cette évolution est inévitable puisque « quand la manière dont les hommes sont solidaires se modifie, la structure des sociétés ne peut pas ne pas changer »⁴⁰⁶. Or, ce qui est encore plus remarquable c'est que ce phénomène social, difficilement saisissable de manière directe, ne peut être étudié que par ses symptômes ou expressions, parmi lesquels les plus accessibles sont ceux à caractère juridique⁴⁰⁷. C'est ainsi que selon Durkheim à chaque forme d'organisation sociale correspond un type de droit : « Puisque le droit reproduit les formes principales de la

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 74.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 140, n. 1.

⁴⁰³ *Ibidem*, pp. 100-101.

⁴⁰⁴ *Loc. cit.*

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 149.

⁴⁰⁶ *Loc. cit.*

⁴⁰⁷ Selon Durkheim, « la solidarité sociale est un phénomène tout moral qui, par lui-même, ne se prête pas à l'observation exacte ni surtout à la mesure. [...] Il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible, c'est le droit. En effet, là où la solidarité sociale existe, malgré son caractère immatériel, elle ne reste pas à l'état de pure puissance, mais manifeste sa présence par des effets sensibles » (*ibidem*, p. 28). En ce même sens, dans *Les règles et la méthode sociologique* (1895) Durkheim affirme : « quand on veut connaître la façon dont une société est divisée politiquement, dont ces divisions sont composées, la fusion plus ou moins complète qui existe entre elles, ce n'est pas à l'aide d'une inspection matérielle et par des observations géographiques qu'on y peut parvenir ; car ces divisions sont morales alors même qu'elles ont quelque base dans la nature physique. C'est seulement à travers le droit public qu'il est possible d'étudier cette organisation, car c'est ce droit qui la détermine, tout comme il détermine nos relations domestiques et civiques » (DURKHEIM, Émile, *Les règles et la méthode sociologique*, 14^{ème} éd., Paris, PUF, 1960, p. 13). Sur ce point voir : LASCOUMES, Pierre, « Le droit comme science sociale. La place de E. Durkheim dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux derniers siècles (1870-1914) », in CHAZEL, F., COMMAILLE, J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, cit., pp. 39-47).

solidarité sociale, nous n'avons qu'à classer les différentes espèces de droit pour chercher ensuite quelles sont les différentes espèces de solidarité sociale qui y correspondent »⁴⁰⁸. Pour ce faire, cet auteur se focalise sur la nature de la sanction juridique appliquée dans chaque type de droit :

« Il en est de deux sortes. Les unes consistent essentiellement dans une douleur, ou, tout au moins, dans une diminution infligée à l'agent ; elles ont pour objet de l'atteindre dans sa fortune, ou dans son honneur, ou dans sa vie, ou dans sa liberté, de le priver de quelque chose dont il jouit. On dit qu'elles sont répressives ; c'est le cas du droit pénal. [...] Quant à l'autre sorte, elle n'implique pas nécessairement une souffrance de l'agent, mais consiste seulement dans *la remise des choses en état*, dans le rétablissement des rapports troublés sous leur forme normale [...]. On doit donc répartir en deux grandes espèces les règles juridiques, suivant qu'elles ont des sanctions répressives organisées, ou des sanctions seulement restitutives. La première comprend tout le droit pénal ; la seconde, le droit civil, le droit commercial, le droit des procédures, le droit administratif et constitutionnel, abstraction faite des règles pénales qui peuvent s'y trouver »⁴⁰⁹.

Dans cette perspective, Durkheim conclut que le changement de la forme de solidarité dans une société, qui suppose une transformation de sa nature, se manifeste par l'adoption de l'un des deux types de règles juridiques⁴¹⁰. Dans les sociétés primitives la prééminence de la solidarité mécanique est saisissable grâce à la présence d'un droit de nature répressive, en particulier le droit pénal⁴¹¹. Dans les sociétés modernes c'est le droit restitutif qui exprime l'évolution vers une solidarité organique, car il s'accorde beaucoup mieux à la complexité des rapports que l'on y trouve⁴¹². Cette différence est due à ce que « le droit répressif – comme le remarque R. Aron – est le révélateur de la conscience collective dans les sociétés à solidarité mécanique, puisque, par le fait même qu'il multiplie les sanctions, il manifeste la force des sentiments communs, leur extension et leur particularisation », tandis que le droit restitutif, au sens très vaste, « englobe toutes les règles juridiques ayant pour objet d'organiser la coopération entre les individus », étant « moins l'expression des sentiments communs à une collectivité que l'organisation de la coexistence régulière et ordonnée entre des individus déjà différenciés »⁴¹³.

⁴⁰⁸ DURKHEIM, É., *De la division du travail social*, cit., p. 32.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 33-34.

⁴¹⁰ « Si les deux sortes de solidarités que nous venons de distinguer ont bien l'expression juridique que nous avons dite, la prépondérance du droit répressif sur le droit coopératif doit être d'autant plus grande que le type collectif est plus prononcé et que la division du travail est plus rudimentaire. Inversement, à mesure que les types individuels se développent et que les tâches se spécialisent, la proportion entre l'étendue de ces deux droits doit tendre à se renverser » (*ibidem*, p. 103). Ce type d'observations permet d'affirmer que pour Durkheim, ainsi que pour Montesquieu et Maine, « a central theme is the historical development of law; more precisely, they consider the various factors that influence the formation and evolution of laws, and, in turn, how laws influence society. Montesquieu, Maine, and Durkheim all understand the mores and ethos of a society having a central effect on its legal organization. At the same time, law is also an important indicator of societal and political development » (HIRSCHL, R., « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », cit., p. 204).

⁴¹¹ DURKHEIM, É., *De la division du travail social*, cit., p. 73.

⁴¹² *Ibidem*, p. 91.

⁴¹³ ARON, *op. cit.*, pp. 325-326. En effet, chez Durkheim « types of society may be classified by types of solidarity; types of solidarity may be determined by studying societies' dominant types of law; types of law can be classified by the types of sanctions attached to them. Hence, social evolution could be studied via the evolution of sanctions or punishments » (VOLG, *op. cit.*, p. 75).

Tout cela suffirait à constater le déterminisme social sur le droit proposé par Durkheim. Cependant, il l'atteste explicitement, presque à la manière d'une théorie du miroir, lorsqu'il soutient que « la vie sociale, partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis. La vie générale de la société ne peut s'étendre sur un point sans que la vie juridique s'y étende en même temps et dans le même rapport. Nous pouvons donc être certains de trouver reflétées dans le droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale »⁴¹⁴. Il semblerait même que Durkheim, dans un article publié en 1887, reprenne les mots de Montesquieu pour réaffirmer ce déterminisme : « Le droit dépend donc à la fois de causes objectives et de causes subjectives. Il n'est pas seulement relatif au milieu physique, au climat, au nombre des habitants, etc., mais encore aux goûts, aux idées, à la culture de la moyenne de la nation. Voilà pourquoi il est variable et pourquoi ce qui est commandé ici est défendu là »⁴¹⁵. Durkheim avance ainsi, comme le souligne A. Hunt, une image de la relation entre droit et solidarité sociale à la façon d'un miroir où le premier est le reflet de la deuxième. Toutefois, elle est fondée sur la supposition selon laquelle le droit embrasse le contenu de tous les systèmes normatifs. Ceci exclurait l'éventualité d'un conflit entre les normes juridiques et d'autres types de normes, situation qui, pour autant, n'est pas suffisamment justifiée par cet auteur⁴¹⁶.

Cette subordination du droit à l'organisation sociale est posée en des termes si fermes que les allusions au phénomène de la réception d'un droit étranger sont très rares chez Durkheim. Ceci peut être la conséquence du fait que cet auteur n'aborde pas l'analyse du droit suivant la perspective traditionnelle de la doctrine juridique, qui d'habitude, par le biais des antécédents historiques, finit par évoquer un ou plusieurs cas d'emprunt des normes ou des doctrines venues d'ailleurs. Pourtant, il convient également de signaler que cet auteur considère, en général, que l'imitation produite par le contact qu'une société maintient avec une autre n'affecte que la partie la plus superficielle de son organisation :

« C'est qu'en effet la division du travail, étant un phénomène dérivé et secondaire, [...] se passe à la surface de la vie sociale, et cela est surtout vrai de la division du travail économique. Elle est à fleur de peau. Or, dans tout organisme, les phénomènes superficiels, par leur situation même, sont bien plus accessibles à l'action des causes extérieures, alors même que les causes internes dont ils dépendent généralement ne sont pas modifiées. Il suffit ainsi qu'une circonstance quelconque excite chez un peuple un plus vif besoin de bien-être matériel pour que la division du travail économique se développe sans que la structure sociale change sensiblement. L'esprit d'imitation, le contact d'une civilisation plus

⁴¹⁴ DURKHEIM, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹⁵ DURKHEIM, Émile, « La science positive de la morale en Allemagne », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, tome 24, 1887, p. 52. En particulier, en ce qui concerne les rapports entre le droit et les mœurs, pour Durkheim normalement ceux-ci « ne s'opposent pas au droit mais au contraire en sont la base » (*De la division du travail social*, *cit.*, p. 30). Par conséquent, dès la perspective de cet auteur « law is to be considered the primary form in which society, as a unity, expresses its moral essence, that is the distinctive moral character that gives it some kind of integrity and cohesion » (COTTERRELL, Roger, *Emile Durkheim: law in a moral domain*, *cit.*, p. 91).

⁴¹⁶ HUNT, *The sociological movement in law*, *cit.*, pp. 69-70 ; voir aussi : LUKES, Steven, SCULL, Andrew, « Introduction », in LUKES, Steven, SCULL, Andrew (eds.), *Durkheim and the law*, New York, St. Martin's Press, 1983, p. 6.

raffinée peuvent produire ce résultat. [...] Cette comparaison montre qu'il ne faut pas juger de la place qui revient à une société sur l'échelle sociale d'après l'état de sa civilisation, surtout de sa civilisation économique ; car celle-ci peut n'être qu'une imitation, une copie et recouvrir une structure sociale d'espèce inférieure. Le cas, il est vrai, est exceptionnel ; il se présente pourtant »⁴¹⁷.

L'une des seules mentions au phénomène de la circulation du droit, qui est assez tacite, se trouve dans les justifications que Durkheim donne sur les différences entre les sociétés primitives et les sociétés modernes. On a déjà indiqué que dans les premières il y a une forte identité entre ses membres tandis que dans les deuxièmes « les types individuels se développent et les tâches se spécialisent »⁴¹⁸. Cette distinction conteste la supposition – que Durkheim attribue à plusieurs auteurs (notamment Jean-Gabriel Tarde⁴¹⁹) – selon laquelle dans les sociétés modernes la civilisation a pour effet d'accroître les similitudes sociales. Pour la prouver l'on souligne tant les ressemblances entre les membres des sociétés les plus développées que les similitudes entre ce type de sociétés qui tendent davantage à se ressembler qu'à se différencier. Durkheim reconnaît que « dans presque toutes les sociétés européennes, le droit, la morale, les mœurs, même les institutions politiques fondamentales sont à peu près identiques », de même qu'« on fait également remarquer qu'au sein d'un même pays on ne trouve plus aujourd'hui les contrastes qu'on y rencontrait autrefois »⁴²⁰. Cependant, il n'accepte pas que ces faits infirment sa thèse initiale parce que l'opinion contraire « repose sur une confusion entre les types individuels et les types collectifs, tant provinciaux que nationaux », car pour lui « il est incontestable que la civilisation tend à niveler les seconds ; mais on en a conclu à tort qu'elle a le même effet sur les premiers, et que l'uniformité devient générale. Bien loin que ces deux sortes de types varient l'un comme l'autre, nous verrons que l'effacement des uns est la condition nécessaire à l'apparition des autres »⁴²¹. Dès lors, le passage d'une société primitive à une société moderne ne se manifeste pas seulement par la diversification et particularisation des rôles accomplis par les individus, mais aussi par les ressemblances entre les diverses sociétés qui ont atteint ce stade de développement. Il est possible de penser que dans ce cas l'identité est l'effet du déplacement des plusieurs éléments de l'organisation sociale – comptant parmi eux le droit – d'un lieu à l'autre, mais Durkheim ne fait pas allusion à ce phénomène, tout au moins pas explicitement⁴²².

⁴¹⁷ DURKHEIM, *De la division du travail social*, cit., pp. 266-267, n. 4.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁴¹⁹ TARDE, Gabriel, *Les Lois de l'imitation, étude sociologique*, Paris, Alcan, 1895 ; ID., *Les transformations du droit : étude sociologique*, 5^e éd., Paris, Alcan, 1906.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 106.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 107.

⁴²² Dans une série de cours de sociologie dispensés entre les années 1890 et 1900 (publiés seulement jusqu'en 1950), Durkheim insiste sur les ressemblances qui surgissent entre des sociétés différentes, non pas en raison d'un processus d'imitation mais comme la conséquence d'avoir atteint un stade d'évolution supérieur. En effet, cet auteur identifie « les devoirs que les hommes ont les uns envers les autres parce qu'ils appartiennent à tel groupe social déterminé, parce qu'ils font partie d'une même famille, d'une même corporation, d'un même État. Mais – Durkheim souligne – il en est d'autres qui sont indépendants de tout groupement particulier. Je dois respecter la vie, la propriété, l'honneur de mes semblables alors même qu'ils ne sont ni mes parents, ni mes compatriotes. C'est la sphère la plus générale de toute l'éthique, puisqu'elle est indépendante de toute condition locale ou ethnique. C'est aussi la plus élevée. Les devoirs que nous allons passer en revue sont considérés chez tous les peuples civilisés comme les premiers et les plus pressants de

De toute façon, cela ne l'a pas empêché d'avoir souligné, dans *De la division du travail social*, l'importance sociologique de l'étude comparative des systèmes juridiques⁴²³ et d'avoir développé « outre ses travaux en ethnologie juridique, la méthode comparative en sociologie – marquant une certaine rupture avec la méthode évolutionniste et historique jusqu'alors dominante »⁴²⁴. En effet, pour Durkheim « la sociologie comparée n'est pas une branche particulière de la sociologie ; c'est la sociologie même, en tant qu'elle cesse d'être purement descriptive et aspire à rendre compte des faits »⁴²⁵. Or, admettre que la comparaison est un procédé méthodologique incontournable ne signifie nécessairement pas qu'il y a un lien entre les extrêmes de la comparaison⁴²⁶. En particulier, l'analyse comparative des diverses sociétés n'implique pas que l'on ait identifié au préalable un rapport d'influence de l'une sur l'autre, par exemple, la réception des normes juridiques. Il semblerait que Durkheim était conscient de cette différence et, pour cette raison, ne s'est pas beaucoup intéressé à ce type de questions.

III. Max Weber, la rationalisation du droit et sa circulation

Comme c'est le cas chez Durkheim, les liens du droit avec la société ont été un objet d'intérêt central de Max Weber⁴²⁷. Il a entrepris ses recherches dans ce domaine sur la base d'un très complexe cadre analytique et d'une recherche historique et comparative très élaborée. En ce qui concerne ce dernier point, A. White a souligné l'importance pour l'étude du droit comparé de la méthode de Weber, car il offre une remarquable approche typologique qui a dès lors été appropriée et reproduit dans l'examen des problèmes

tous les devoirs » (DURKHEIM, Émile, *Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950, p. 131).

⁴²³ LACAPRA, Dominick, *Emile Durkheim: sociologist and philosopher*, Aurora (CO), Davies Group, Publishers, 2001, p. 86.

⁴²⁴ MARTINY, Dieter, « Sociologie juridique comparative », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p. 385. Voir aussi : SMELSER, Neil J., *Comparative methods in the social sciences*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1976, pp. 95-113. Les apports méthodologiques de Durkheim à la sociologie du droit ont toujours été remarqués : « celle-ci, sans toujours y prendre garde, se sert couramment d'un outillage conceptuel transmis par lui : la contrainte sociale, la conscience (juridique) collective, l'institution (juridique), le système (juridique) sont des notions qu'il a forgées ou du moins marquées de son empreinte. Et surtout, il y a la règle d'objectivité, la première des *Règles de la méthode sociologique* » (CARBONNIER, *op. cit.*, p. 101-102). Il s'agit de la règle selon laquelle les phénomènes sociaux doivent être considérés en dehors des consciences des sujets qui se les représentent et, par conséquent, doivent être analysés comme « des choses externes et objectives » (GARCIA VILLEGAS et LEJEUNE, *op. cit.*, p. 5).

⁴²⁵ DURKHEIM, *Les règles et la méthode sociologique*, *cit.*, p. 137.

⁴²⁶ Par conséquent, « Durkheim admitted, indeed he insisted, that different societies at different stages of evolution will be strikingly different in their morality and law. But when it was a question of societies at the same stage of evolution, and even more so when the discussion shifted to what was normal within a particular society, Durkheim saw much less room for latitude » (VOLG, *op. cit.*, p. 88).

⁴²⁷ Voir en ce sens : GROSCLAUDE, Jacques, « Introduction », in WEBER, Max, *Sociologie du droit*, trad. Jacques Grosclaude, Paris, PUF, 2007, p. 10 ; TREIBER, Hubert, « La place de Max Weber dans la sociologie du droit allemande contemporaine », *Droit et Société*, n° 9, 1988, p. 216. Pour une analyse comparative de Weber face à Durkheim voir : SCHLUCHTER, Wolfgang, « La sociologie du droit comme théorie empirique de la validité », in COUTOU, Michel, ROCHER, Guy (dir.), *La légitimité de l'état et du droit : autour de Max Weber*, Paris, LGDJ, Presses de l'Université Laval, 2006, pp. 63-89 ; BERTHELOT, Jean-Michel, HIRSCHHORN, Monique, COENEN-HUTHER, Jacques (dir.), *Durkheim et Weber : vers la fin des malentendus ?*, Paris, L'Harmattan, 1994.

contemporains de la comparaison juridique. L'appropriation de la démarche wébérienne est particulièrement évidente dans les démarches catégorielles de l'approche comparative traditionnelle, en particulier dans les débats autour des grands « systèmes » ou « familles » de droit, des « traditions juridiques » et d'autres classifications semblables⁴²⁸. L'instrument spécifique de cette méthodologie est l'*Idealtypen*, qui est obtenu, explique Weber, « en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes isolés, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre, [...] pour former un tableau de pensée homogène »⁴²⁹. Cet instrument ouvre la possibilité d'atteindre l'un des objectifs que cet auteur assigne à la sociologie, celui d'expliquer causalement le déroulement et les effets de l'activité sociale, étant l'autre celui de comprendre⁴³⁰ par interprétation rationnelle le sens intentionnel que les acteurs sociaux prêtent aux institutions et aux conduites⁴³¹. Le droit comme phénomène social peut donc être objet de compréhension et d'explication, en évitant tout jugement de valeur⁴³², ce qui permet en plus de différencier la sociologie du droit de la dogmatique juridique⁴³³. Weber

⁴²⁸ WHITE, Ahmed A., « Max Weber and the Uncertainties of Categorical Comparative Law », in RILES, Annelise, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, cit., p. 40. En ce sens voir aussi : RHEINSTEIN, Max, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, Beck, 1987, pp. 162-186.

⁴²⁹ WEBER, Max, *Essais sur la théorie de la science*, trad. Julien Freund, Paris, Plon, 1965, p. 81. Or, celui-ci n'est pas le seul instrument utilisé par Weber. Comme l'explique G. Roth, « he employed several comparative devices [...]: (a) the identification of similarities as a first step in causal explanation; (b) the negative comparison; (c) the illustrative analogy; (d) the metaphorical analogy » (ROTH, Guenther, « Introduction », in WEBER, Max, *Economy and society: an outline of interpretive sociology*, ed. Guenther Roth and Claus Wittich, trans. Ephraim Fischhoff, et al., Berkeley, University of California Press, 1978, p. xxxviii). Pour une analyse détaillée de cet instrument voir : BURGER, Thomas, *Max Weber's theory of concept formation: history, laws, and ideal types*, Durham (N.C.), Duke University Press, 1987; HEKMAN, Susan J., *Weber, the ideal type, and contemporary social theory*, Notre Dame (Ind.), University of Notre Dame Press, 1983; MOMMSEN, Wolfgang J., *The political and social theory of Max Weber*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, pp. 121-132; TREIBER, Hubert, « Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Weber's Ideal Type in the Sociology of Law », *Max Weber Studies*, vol. 8, n° 2, 2008, pp. 225-246.

⁴³⁰ Comme on l'a déjà indiqué, cet auteur est considéré le fondateur de la « sociologie compréhensive » ou de la « compréhension sociologique ». « Sans être le fondateur de la notion de *compréhension*, Weber lui attribue une dimension essentielle. Car la compréhension chez Weber répond à la fois à une éthique de la probité intellectuelle et à la spécificité des sciences humaines et sociales » (FLEURY, Laurent, *Max Weber*, Paris, PUF, 2009 p. 23).

⁴³¹ « Nous appelons sociologie – affirme Weber – (au sens où nous entendons ici ce terme utilisé avec beaucoup d'équivoques) une science qui se propose de comprendre par interprétation [*deutend verstehen*] l'activité sociale et par là d'expliquer causalement [*ursächlich erklären*] son déroulement et ses effets » (WEBER, Max, *Économie et société. Vol. 1, Les catégories de la sociologie*, trad. Julien Freund et al., Paris, Plon/Pocket, 1995, p. 28). Ces deux objectifs sont alors atteints en trois temps : « comprendre (c.à.d. saisir les significations), interpréter (c.à.d. organiser en concepts le sens subjectif), expliquer (c.à.d. mettre à jour les régularités des conduites) » (LASCOUTES, Pierre, SERVERIN, Évelyne, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », in LASCOUTES, Pierre (éd.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1995, p. 163 ; voir aussi : ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, cit., p. 550).

⁴³² Comme l'explique H. Bruun, « at least in certain connections, Weber demands a complete separation of the value sphere from that of scientific inquiry; in these connections, values are, in his view, illegitimate elements in the process of scientific inquiry. This principle or demand (...) Weber calls the demand for the value freedom (*Wertfreiheit*) of scientific inquiry » (BRUUN, Hans H., *Science, values and politics in Max Weber's methodology*, Aldershot, Ashgate, 2007, p. 57).

⁴³³ Pour Weber, « quand on parle de « droit », d'« ordre juridique », de « règle de droit », on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le *sens normatif* qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langue donnée

propose ainsi dans *Rechtssoziologie*, texte qui fait partie de son chef-d'œuvre, *Économie et société*⁴³⁴, un tableau figurant quatre types idéaux de formation du droit qui correspondent, au moins partiellement, à certaines formes d'organisation social, mais sans suivre nécessairement un modèle évolutionniste à la manière de Maine et de Durkheim⁴³⁵ ou un fonctionnalisme anhistorique⁴³⁶. Or, même si cette catégorisation implique que le droit dépend amplement du contexte social, Weber relativise cette subordination en notant que son développement est le produit de diverses causes et est soumis à plusieurs espèces d'influences, parmi lesquelles l'on trouve la religion, l'organisation politique, la structure économique et, surtout, les intérêts des membres de la profession juridique⁴³⁷.

Le premier critère de la classification des types idéaux juridiques – Weber parle de « divers moyens de technique juridique »⁴³⁸ – est la rationalisation du processus de création et de découverte du droit⁴³⁹, qui constitue le problème central de la sociologie juridique

comme norme de droit. Le sociologue se demande en revanche ce qu'il en *advient en fait* dans la communauté » (WEBER, Max, *Économie et société. Vol. 2, L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, trad. Julien Freund et al., Paris, Plon/Pocket, 1995, p. 11). Sur ce point voir : SERVERIN, Évelyne, « Sens et portée de la distinction entre dogmatique et sociologie du droit chez Max Weber », in COUTOU, M., ROCHER, G. (dir.), *La légitimité de l'état et du droit : autour de Max Weber*, cit., pp. 155-171.

⁴³⁴ Rédigé entre 1911 et 1913, ce travail a été publié comme l'un des chapitres de la deuxième partie d'*Économie et société* dans l'édition posthume due à J. Winckelmann. Le titre *Rechtssoziologie* (Sociologie du droit) a été choisi par Marianne Weber, épouse de l'auteur. Nous utiliserons la traduction de J. Grosclaude : WEBER, Max, *Sociologie du droit*, trad. Jacques Grosclaude, Paris, PUF, 2007. Voir aussi la version apparue dans les Œuvres Complètes de Weber en allemand : WEBER, Max, *Max Weber-Gesamtausgabe. Band I/22,3: Wirtschaft und Gesellschaft. Recht*, Hrsg. v. Werner Gephart u. Siegfried Hermes, Tübingen, Mohr, 2010. Ici, le travail apparaît sous le titre, indiqué entre crochets, de *Die Entwicklungsbedingungen des Rechts* (Les conditions du développement du droit).

⁴³⁵ Cependant, Weber arrive à décrire un processus d'évolution du droit en ces termes : « Divisée en stades théoriques du développement, l'évolution générale du droit et de la procédure conduit de la révélation charismatique du droit, par des “ prophètes du droit ”, à une création et à une découverte empiriques du droit, par des notables de la robe (création du droit par la jurisprudence de cautèle et les antécédents judiciaires), de là, à l'octroi du droit par l'*imperium* laïc et les pouvoirs théocratiques et, enfin, à une élaboration systématique et spécialisée du droit sur la base d'une juridiction se développant grâce à une formation littéraire et formellement logique en tant qu'œuvre de savants (les juristes professionnels) » (WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 287). Quoi qu'il en soit, comme F. Chazel le signale, « Weber prend soin de signaler d'emblée le caractère “ théorique ” des étapes ainsi conçues ; il souligne également avec force qu'elles ne correspondent pas à un ordre de succession historique et qu'on ne les rencontre pas toutes, même en Occident » (CHAZEL, François, « La “ sociologie du droit ” de Max Weber à la lumière de l'édition critique de la Max Weber Gesamtausgabe », *Droit et société*, N° 81/2, 2012, p. 489). Pour une analyse critique de l'historiographie juridique de Weber appliquée au droit occidental voir : BERMAN, Harold J., REID, Charles J., « Max Weber as legal historian », in TURNER, Stephen (ed.), *The Cambridge Companion to Weber*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 221-239.

⁴³⁶ ROTH, « Introduction », cit., p. xxxvii.

⁴³⁷ Par exemple, lorsque Weber explique que « ce n'est qu'en Occident que le stade d'un droit élaboré par des juristes professionnels a été atteint dans sa plénitude », il affirme aussi que « des circonstances économiques ont joué un très grand rôle mais n'ont jamais été seules déterminantes » (WEBER, *Sociologie du droit*, pp. 287-288 ; pour un autre exemple voir p. 246). Sur le caractère multi-causal de la relation entre droit et société, voir : MILOVANOVIC, Dragan, *Weberian and Marxian analysis of law: development and functions of law in a capitalist mode of production*, Brookfield, Avebury, 1989, pp. 30-35.

⁴³⁸ WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 49.

⁴³⁹ Selon Weber, « la sphère de l'administration “ publique ” comprend dans son sens le plus large trois éléments : la création du droit (*Rechtsschöpfung*), la découverte du droit (*Rechtsfindung*) et ce qui reste de l'activité institutionnelle publique après retrait de ces deux éléments, nous voulons dire le “ gouvernement ” (“ *Regierung* ”) » (WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 32).

wébérienne⁴⁴⁰. À ce critère est joint un autre qui débouche sur la distinction entre systèmes juridiques à caractère formel, dans lesquels les décisions sont fondées principalement sur des considérations internes au droit, et systèmes juridiques à caractère matériel, qui vont au-delà du droit pour appuyer les décisions sur la religion, l'éthique, la politique, etc. Un système est alors irrationnel, du point de vue formel, « quand, pour régler des problèmes posés par la création du droit et par la découverte du droit, sont employés des moyens qui ne peuvent pas être contrôlés par la raison, tels la consultation d'oracles ou de leurs succédanés »⁴⁴¹ ; il l'est au point de vue matériel « dans la mesure où ce ne sont pas des normes générales mais des évaluations très concrètes au cas particulier – qu'elles soient éthiques, sentimentales ou politiques – qui déterminent la décision »⁴⁴². D'autre part, le caractère rationnel du droit, qu'il soit défini d'une perspective formelle ou bien d'une perspective matérielle, se présente « dans la mesure où, tant au point de vue processuel que matériel, des caractéristiques générales et univoques relatives à la situation de fait sont prises en considération et ce de façon exclusive »⁴⁴³. La rationalisation formelle du droit, comme l'indique J. Grosclaude⁴⁴⁴, peut prendre deux voies différentes, l'une extrinsèque, où l'on attribue une signification juridique à des actes concrets (par exemple, prononcer un certain mot, donner une signature, accomplir un certain acte), l'autre logique, où « des concepts juridiques fermes sont formulés et appliqués sous la forme de règles abstraites »⁴⁴⁵. À son tour, la rationalisation matérielle suppose que « des normes qualitativement différentes de celles obtenues par la généralisation logique d'interprétations abstraites signifiantes doivent influencer sur le règlement des problèmes juridiques ; ce sont des impératifs éthiques ou des règles utilitaires, des règles d'opportunité ou des maximes politiques qui brisent le formalisme de la caractéristique extérieure comme celle de l'abstraction logique »⁴⁴⁶.

⁴⁴⁰ BRIMO, Albert, « La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, pp. 23 ; COUTU, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, Presses de l'Université Laval, 1995, pp. 46-47 ; FARINAS DULCE, María José, *La sociología del derecho de Max Weber*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 231-232 ; FREUND, Julien, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *Archives de philosophie du droit*, vol. 23, 1978, pp. 69-70.

⁴⁴¹ WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 49.

⁴⁴² *Loc. cit.*

⁴⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴⁴ GROSCLAUDE, « Introduction », cit., p. 20.

⁴⁴⁵ WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 49.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 50. À partir de cette observation, il semble évident que le concept de rationalité est le principal de cette classification des types idéaux juridiques. De fait, ce concept, aussi bien que celui de rationalisation qui désigne le déploiement de la rationalité dans le monde moderne, occupe une place principale dans toute la sociologie wébérienne. Voir en ce sens : ALBROW, Martin, *Max Weber's construction of social theory*, New York, St. Martin's Press, 1990, p. 115 ; COLLIOT-THELENE, Catherine, *Max Weber et l'histoire*, Paris, PUF, 1990, p. 52 ; COUTU, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, cit., pp. 19-20 ; FREUND, Julien, *Sociologie de Max Weber*, Paris, PUF, 1966, p. 15 ; RAYNAUD, Philippe, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, PUF, 1996, p. 126 ; SCHLUCHTER, Wolfgang, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus: eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1979, p. 10 ; SWIDLER, Ann, « The Concept of Rationality in the Work of Max Weber », *Sociological Inquiry*, vol. 43, n° 1, 1973, p. 35. Sur les diverses dimensions des procédés de rationalisation chez Weber voir : HABERMAS, Jürgen, « Aspects of the Rationality of Action », in GADAMER, Hans-Georg, GERAETS, Théodore F. et al., *Rationality to-day. La rationalité aujourd'hui*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, p. 188.

Cette catégorisation en quatre types idéaux – droits formellement irrationnels, droits matériellement irrationnels, droits matériellement rationnels et droits formellement rationnels (décomposés en formalisation extrinsèque et formalisation logique) – semble aller dans le sens d’une évolution passant d’un type à l’autre, au point que Weber affirme que le droit moderne est la conséquence d’un développement où s’accroît de plus en plus sa rationalité formelle⁴⁴⁷. Néanmoins, comme il a été déjà indiqué, il ne suit pas une méthode évolutionniste stricte, car il attache plutôt chaque type à certaines formes d’organisation sociale⁴⁴⁸. Il y aurait donc chez Weber un contraste entre son évolutionnisme, qui présente le système juridique occidental moderne comme le plus avancé par rapport aux autres, et son relativisme, qui reconnaît la pluralité des systèmes juridiques et sociaux et leurs irréductibles particularités⁴⁴⁹. Or, comme le souligne C. Didry, « entre ces deux voies, la démarche adoptée par Weber dans *Sociologie du droit* consiste en une analyse de la diversité des systèmes juridiques à partir d’une sorte de “grammaire” de base des sociétés humaines », démarche conduisant à « une *classification dynamique des systèmes juridiques* qui doit tenir compte à la fois de la forme interne de ces systèmes et de leur coexistence à l’échelle du monde »⁴⁵⁰. Par conséquent, le propos de cet auteur est de rendre compte des complexités des rapports entre droit et société à partir d’une « véritable comparaison critique » qui ne se limite pas à établir des analogies et parallèles entre divers régimes juridiques et leur développement mais qui se préoccupe également d’offrir une explication causale des différences⁴⁵¹.

Cette démarche est encore plus évidente lorsque l’on relie cette classification à une autre, peut-être la plus connue parmi celles proposées par Weber, concernant les types de domination légitime :

« Il y a trois types de domination légitime. La validité de cette légitimité peut principalement revêtir : 1) Un caractère *rationnel*, reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu’ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens (domination légale) ; 2) Un caractère *traditionnel*, reposant sur la croyance quotidienne en la sainteté de traditions valables de tout temps et en la légitimité de ceux qui sont appelés à exercer l’autorité par ces moyens (domination traditionnelle) ; 3)

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pp. 283-284. Sur la centralité de la question de la rationalisation du droit en Occident chez Weber, voir les études de W. Schluchter, en particulier : SCHLUCHTER, Wolfgang, *Die Entwicklung des okzidental Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1979.

⁴⁴⁸ FREUND, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁴⁹ Cette dichotomie est dévoilée explicitement par Weber lorsqu’il reconnaît qu’assurer que « ces stades théoriquement construits de rationalisation se soient succédés dans l’ordre du degré de rationalisation, qu’ils aient tous existé partout, même en Occident, ou qu’ils existent encore », n’implique pas nier que « les raisons expliquant la forme et le degré de rationalisation sont du point de vue historique fondamentalement différentes » (WEBER, *Sociologie du droit, cit.*, pp. 286-287).

⁴⁵⁰ DIDRY, Claude, « Droit, histoire et politique dans la sociologie de Max Weber », in COUTOU, M., ROCHER, G. (dir.), *La légitimité de l’état et du droit : autour de Max Weber, cit.*, p. 100.

⁴⁵¹ Dans un écrit de Weber sur les conditions de l’agriculture dans l’Antiquité publié en 1909 l’on lit : « Eine wirklich kritische Vergleichung der Entwicklungsstadien der antiken Polis und der mittelalterlichen Stadt [...] wäre ebenso dankenswert wie fruchtbar, – natürlich nur, wenn sie als Ziel nicht, nach Art der heute modischen Konstruktionen von generellen Entwicklungsschemata, nach »Analogien« und »Parallelen« jagt, sondern gerade umgekehrt nur dann, wenn ihr Zweck die Herausarbeitung der Eigenart jeder von beiden, im Endresultat so verschiedenen, Entwicklungen und so die Leitung der kausalen Zurechnung jenes verschiedenen Verlaufs ist » (WEBER, Max, « Agrarverhältnisse im Altertum », in WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, hrsg. Marianne Weber, Tübingen, Mohr, 1988, p. 287).

Un caractère *charismatique*, [reposant] sur la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne, ou encore [émanant] d'ordres révélés ou émis par celle-ci (domination charismatique) »⁴⁵².

Weber établit divers liens entre les types de domination et les types de systèmes juridiques⁴⁵³. C'est ainsi qu'il soutient, par exemple, qu'à la domination dite « légale » correspond une conception formellement rationnelle du droit⁴⁵⁴, parce que – comme A. T. Kronman l'explique – dans ce cas la validité des normes qui déterminent les limites de l'autorité légitime dépend de leur forme, du fait d'être des préceptes formellement corrects, et non pas de leur contenu spécifique⁴⁵⁵. Cette tendance à subordonner le droit au contexte sociopolitique est encore plus claire lorsque Weber, en reconnaissant qu'« il n'est pas rare que des normes juridiques soient édictées en vue de modifier d'une manière rationnelle des “ coutumes ” et des conventions existantes », il considère que « l'état des choses normal est le suivant : en fait, l'“ autorité ” effective dont jouit l'ordre juridique n'est pas due à l'existence d'une garantie fondée sur la contrainte, mais au fait qu'il est d'abord “ entré ” dans les mœurs sous la forme de “ coutumes ” et que, généralement, la convention désapprouve les dérogations flagrantes au comportement prescrit par la loi »⁴⁵⁶. Or, Weber admet que le rapport entre droit, mœurs et coutumes devient plus compliqué dans les sociétés modernes où la nature rationnelle et formelle du droit peut donner lieu à un écart entre les décisions juridiques et les attentes et l'opinion populaire sur la justice, de sorte qu'« un droit de juristes n'est jamais et n'a jamais été conforme aux attentes des profanes à moins qu'il ne renonce totalement au caractère formel qui lui est immanent »⁴⁵⁷. Mais même dans cette situation « le droit ne peut que garantir le “ minimum éthique ” »⁴⁵⁸ existant dans la société. Une rupture totale du droit avec les conceptions de la justice et les coutumes est alors une espèce d'anomalie qui s'explique, parmi d'autres raisons, par l'influence d'un pouvoir politique (l'on pourrait ajouter d'un droit) étranger :

« Des habitudes et des accords bénéficiant d'une diffusion universelle ne sont ignorés de façon durable par des appareils de contrainte que si des motifs formellement définis ou l'intervention de forces autoritaires l'exigent de façon absolue ; ou encore si les organes de la contrainte juridique n'ont aucun contact avec la vie commerciale parce qu'ils ont été imposés par un souverain ethniquement ou politiquement étranger ; ou enfin si, en raison d'une spécialisation professionnelle les organes de l'appareil de contrainte sont éloignés de

⁴⁵² WEBER, *Économie et société*. Vol. 1, cit., p. 289.

⁴⁵³ De fait, le principal propos du chapitre V de *Rechtssoziologie* est celui d'aborder le problème « de l'influence des diverses formes de domination politique sur les qualités formelles du droit » (WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 207).

⁴⁵⁴ En effet, pour Weber « la forme de légitimité actuellement la plus courante consiste dans la croyance en la *légalité*, c'est-à-dire la soumission à des statuts *formellement* corrects et établis selon la procédure d'usage » (*Économie et société*. Vol. 1, cit., p. 73).

⁴⁵⁵ KRONMAN, Anthony T., *Max Weber*, Stanford, Stanford University Press, 1983, p. 45. En conséquence, la domination juridico-rationnelle emploie le principe de positivité comme fondement de sa légitimation (WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 55).

⁴⁵⁶ WEBER, *Économie et société*. Vol. 2, cit., p. 43.

⁴⁵⁷ WEBER, *Sociologie du droit*, cit., pp. 290-291.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, 291.

la vie commerciale, comme cela peut arriver dans l'hypothèse d'une différenciation sociale très poussée »⁴⁵⁹.

Dans ce passage est déjà perceptible le rapport entre la rationalisation formelle du droit et son appropriation par les juristes professionnels qui surgissent comme un groupe différencié dans les sociétés d'Occident⁴⁶⁰. Bien plus, Weber reprend ces deux événements pour les discerner parmi les causes de la réception du droit romain, dont l'analyse est l'occasion pour lui d'aborder le phénomène de la circulation des systèmes juridiques⁴⁶¹. Cela confirme en plus qu'il ne réduit pas la relation entre droit et société à une dépendance unidirectionnelle du premier face à la deuxième, mais qu'il admet un degré d'autonomie des systèmes juridiques et leur reconnaît certaine capacité d'influencer sur divers composants de la vie sociale⁴⁶². C'est ainsi que Weber souligne le fait que la réception du droit romain n'a pas répondu aux conditions économiques ou à d'autres circonstances mais aux nécessités particulières de la pratique et la doctrine juridique⁴⁶³. Pour cet auteur un point semble acquis :

« Étant donné que même les couches sociales méfiantes à l'égard du succès du droit romain ne contestent pas la participation de quelques "docteurs" en tant qu'assesseurs mais ne luttent que contre leur suprématie et contre la nomination d'étrangers, il est clair que la percée de juristes professionnels résulte des nécessités concrètes de la vie juridique, plus

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁶⁰ J. Carbonnier indique que dans ces recherches Weber « rencontra une notion pour lui capitale : l'état-major, le personnel du droit ; ce sont tous les agents humains – le chef, le juge, le juriste, etc. – mis en place par la société afin d'assurer l'observance de certaines normes ou la sanction de leur violation. Leur présence même désigne comme juridiques les normes sociales dont ils assument l'application » (CARBONNIER, Jean, *Sociologie Juridique*, cit., p. 121). En ce sens voir aussi : RHEINSTEIN, Max, « Types of reception », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, p. 37 ; TREIBER, Hubert, « La place de Max Weber dans la sociologie du droit allemande contemporaine », cit., p. 217.

⁴⁶¹ Weber fait également allusion à l'imitation du Code civil français par plusieurs pays de l'Europe (WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 267) : « En tant que produit d'une législation rationnelle, le Code civil – base de la grande majorité des codifications de l'Europe de l'Ouest et du Sud – est devenu le troisième droit universel, à côté du droit anglo-saxon, produit de la pratique juridique, et à côté du droit romain, produit d'une doctrine théorique et littéraire » (*ibidem*, p. 268).

⁴⁶² En effet, pour cet auteur « la manière selon laquelle se sont différenciées les conceptions fondamentales, aujourd'hui familières, relatives aux sphères du droit, dépend dans une large mesure de facteurs de technique juridique et en partie de la structure du groupement politique et ne peut être conditionnée que de façon indirecte par l'économie ». Cela lui permet même de dire que « les caractéristiques du droit conditionnées par des facteurs politiques et de technique juridique se répercutent sur la conformation de l'économie » (*ibidem*, p. 46 ; dans ce sens voir aussi p. 259). En conséquence, « les rapports entre droit et économie sont, aux yeux de Weber, des rapports d'interaction, mais aussi de tension entre deux sphères d'activité relativement indépendantes l'une de l'autre, lesquelles partagent cependant la même logique systémique : maîtrise technique et prévisibilité » (MARYIOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX^e siècle », cit., p. 205).

⁴⁶³ Comme le souligne M. Coutu « dès ses premiers travaux sur les mérites économiques respectifs du droit romain et du droit médiéval, Weber était pleinement conscient de ce que la mise en cohérence formelle et la systématisation du droit proviennent avant tout de préoccupations intellectualistes, et n'impliquent nullement une étroite liaison avec les attentes pratiques des intéressés » (COUTU, M., *Max Weber et les rationalités du droit*, cit., p. 158). En conséquence, « contrary to what is presumed by some commentators, Weber did not argue that Roman law was decisive for the emergence of the modern economy. Indeed, he argues to the contrary, that, had it in fact been dominant, its extreme formalism would actually have precluded the 'invention' in the early Middle Ages of a number of extremely useful legal devices of a commercial nature, such as the stock certificate, the bill of exchange, the legally recognized commercial company, and others », (LOVE, John R., *Antiquity and capitalism: Max Weber and the sociological foundations of Roman civilization*, London, New York, Routledge, 1991, p. 193).

spécialement de la nécessité d'une rationalisation de la procédure ainsi que du fait que ces juristes sont capables, vu leur formation professionnelle, de formuler clairement la question concernant une situation complexe. [...] Vu la technicité croissante et inévitable de la vie juridique, ce sont les qualités formelles générales du droit romain qui contribuent à sa victoire. [...] Très important est également l'éducation formaliste des juristes que les princes sont obligés de prendre comme fonctionnaires ; elle confère à la juridiction de l'Occident le caractère juridiquement formel qui lui est spécifique s'opposant par là à la plupart des autres administrations patrimoniales de la justice. Le respect devant le droit romain et l'enseignement romaniste domine l'ensemble des codifications premières du début des Temps modernes qui sont toutes créations du rationalisme de juristes formés à l'Université »⁴⁶⁴.

Parmi les qualités formelles générales du droit romain qui ont favorisé sa réception, Weber remarque la nature abstraite de ses normes et institutions. Ceci est la conséquence du processus de généralisation qu'Ehrlich avait déjà expliqué⁴⁶⁵ (et duquel nous nous sommes occupés⁴⁶⁶). Sur ces bases la pensée juridique, développée par des juristes professionnels – sujets principaux de la circulation du droit⁴⁶⁷ –, devient plus formelle et plus logique, de sorte que « les aperçus occasionnels et brillants des juristes romains [...] sont arrachés de leur contexte de cas particulier tels qu'ils figurent dans les Pandectes et élevés à la dignité de principes juridiques derniers à partir desquels on argumente de façon déductive »⁴⁶⁸. Dès lors, le rationalisme formel est la caractéristique centrale du droit romain, car lorsque celui-ci est « transplanté dans un environnement différent [...] la tâche de “construire” de façon juridiquement cohérente le fait devient la tâche la plus importante »⁴⁶⁹.

La réception du droit romain pour Weber est profondément attachée à un processus interne de développement juridique concernant les questions techniques, formelles et logiques singulières au droit comme système normatif complexe. Il est même permis de dire que pour cet auteur ce processus est une condition qui permet le déplacement des éléments d'un système juridique d'un lieu à l'autre. À la différence d'un droit matériellement irrationnel, qui est très attaché aux circonstances de chaque société et à ses valeurs

⁴⁶⁴ WEBER, *Sociologie du droit*, cit., pp. 256-257. À partir de ces considérations de Weber il est possible de conclure que pour lui la réception du droit romain (spécialement en Allemagne) est avant tout une substitution : « What occurred in that process was primarily the substitution of university trained lawyer specialists for the lay element of the older type » (RHEINSTEIN, M., « Types of reception », cit., p. 38).

⁴⁶⁵ Weber l'évoque même explicitement sur ce point : « Ehrlich, entre autres, y a insisté avec raison, pour être reçues les institutions romaines doivent se débarrasser de tout caractère national et atteindre la sphère de l'abstraction logique, le droit romain lui-même devant être idéalisé sous la forme d'un droit “logiquement juste”. Une jurisprudence de seize siècles devait aboutir à ce résultat » (*Ibidem*, p. 258). De toute façon, il y a des différences entre les deux auteurs, comme le souligne W. Gephart, car là où Ehrlich déplore une abstraction à ses yeux stérile, Weber voit la manifestation d'un développement du droit dans le sens de la rationalité formelle (GEPHART, Werner, « Einleitung », in WEBER, Max, *Max Weber-Gesamtausgabe. Band I/22,3: Wirtschaft und Gesellschaft. Recht*, cit., p. 117).

⁴⁶⁶ Voir *supra* p. 68.

⁴⁶⁷ On aura l'occasion de souligner leur rôle dans le processus de déplacement et circulation du droit (voir *infra* p. 502).

⁴⁶⁸ WEBER, *Sociologie du droit*, cit., pp. 258-259.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 259.

concrètes⁴⁷⁰, et d'un droit caractérisé par une rationalité matérielle, dans lequel l'on emploie des principes fournis par une idéologie spécifique, un droit formellement rationnel, en particulier s'il a ce caractère par des procédés logiques, est plus disposé à circuler entre diverses sociétés. Ceci s'explique parce que son contenu est intégré par des concepts abstraits créés par la pensée juridique elle-même, à qui, en plus, correspond la tâche de l'adapter aux circonstances concrètes du contexte social⁴⁷¹. La rationalisation, bien qu'elle implique un plus haut niveau de prévisibilité et de stabilité, peut aussi ouvrir un écart entre le droit, d'un côté, et les coutumes, la moralité et le sens commun de la justice, de l'autre. Dans les mots de Weber, « la justice formelle viole par son caractère inévitablement abstrait les idéaux de justice matérielle »⁴⁷². Si à cette situation l'on relie celle de la réception d'un droit rationalisé et formalisé venu d'ailleurs, malgré l'opposition qu'il peut subir⁴⁷³, l'écart serait encore plus ample et ses conséquences plus profondes, quoique cela ne signifie pas nécessairement qu'il perd sa capacité d'influence et de régulation sur la conduite des membres de la société réceptrice.

Ce qui est remarquable de cette analyse de Weber sur la réception du droit romain c'est la manière comme il l'aborde dans le cadre de sa théorie sur le processus de rationalisation juridique. La circulation du droit est ainsi perçue dans sa dynamique, de sorte que Weber peut avancer sur quelques éléments qui l'intègrent en tant que phénomène complexe et actif : par exemple, les acteurs qui y participent ou ses conséquences pour la portée du lien entre droit et société. D'ailleurs, il est possible de rattacher cet examen à la très élaborée conception du droit de Weber qui part de la distinction, déjà évoquée, entre le point de vue juridique et le point de vue sociologique. Comme l'explique F. Chazel, elle suppose que pour lui il y a un profond écart entre « la conception juridique de la règle, posée comme un “devoir-être”, comme une norme idéale, établie par des relations de concepts, et son étude empirique, qui l'aborde factuellement comme une maxime d'action, dont l'influence – variable – sur les conduites est à apprécier en termes d'imputation causale »⁴⁷⁴. Or, cet écart se voit relativisé lorsque Weber s'attache à observer le phénomène de la circulation du droit à l'occasion de son analyse de la réception du droit romain. En principe, il semblerait

⁴⁷⁰ Weber arrive même à affirmer que les facteurs purement sentimentaux du sentiment de justice difficilement peuvent être à la base de l'existence des règles juridiques. Par conséquent, « les particularités “nationales” dans le développement du droit ne découlent nulle part de différences quant à l'intervention de ces sources “sentimentales” du moins en l'état actuel de nos connaissances. Étant fortement émotionnel, ce sentiment de justice n'est précisément pas de nature à étayer des normes se voulant stables. Il est plutôt une des diverses sources d'invention irrationnelle du droit » (*ibidem*, p. 157).

⁴⁷¹ Weber était conscient du fait que la réception d'un droit venu d'ailleurs pouvait être encadrée par l'adaptation entreprise par la doctrine juridique : « La codification est en partie responsable du fait que le véritable travail scientifique des juristes se tourne soit vers le droit romain, soit, sous l'influence de l'idée nationale, vers les institutions juridiques de l'ancien droit allemand pour rechercher dans les deux cas au moyen de la méthode historique leur “pure” forme originaire. En ce qui concerne le droit romain, on aboutit au résultat suivant : entre les mains des juristes formés à l'histoire du droit, il est débarrassé des transformations qui l'avaient adapté lors de sa réception aux besoins des intéressés » (*ibidem*, p. 263).

⁴⁷² *Ibidem*, p. 212.

⁴⁷³ Par exemple, Weber met en relief qu'en Allemagne « la dépendance à l'égard des concepts et de la méthodologie du droit romain ne peut être évité malgré de nombreuses divergences de détail et malgré une germanisation énergique de la terminologie entreprise pour la première fois ici dans le droit allemand » (*ibidem*, p. 262).

⁴⁷⁴ CHAZEL, François, « La “sociologie du droit” de Max Weber à la lumière de l'édition critique de la Max Weber *Gesamtausgabe* », *cit.*, p. 479. Voir aussi : GEPHART, « Einleitung », *cit.*, pp. 34-37.

que sur ce sujet son intérêt se focalise sur « ce qu'il en *advient en fait* dans la communauté »⁴⁷⁵. Le déplacement du droit d'un lieu à l'autre se réaliserait donc dans le cas où « la *chance* existe que les hommes qui participent à l'activité communautaire, et parmi eux surtout ceux qui détiennent une dose socialement importante d'influence effective sur cette activité communautaire, considère *subjectivement* que certaines prescriptions doivent être observées et se comportent en conséquence »⁴⁷⁶. Cette représentation « subjective » d'un ordre comme doté de validité⁴⁷⁷ ne se rapporte pas nécessairement à un ordre interne et peut aussi avoir comme objet divers éléments d'un droit étranger et comme participants des juristes professionnels qui le connaissent⁴⁷⁸. Il s'agit alors d'un phénomène abordable d'un point de vue sociologique, étant donné qu'il a pour objet de « comprendre le comportement significatif des membres d'un groupement relativement aux lois en vigueur, et de déterminer le sens de la croyance en leur validité, ou en l'ordre qu'elles ont établi »⁴⁷⁹. Toutefois, selon Weber dans le cas du droit romain il s'agit justement de la réception d'un système des règles et pour autant il n'exclut pas le discernement de « ce qui a valeur de droit du point de vue des idées »⁴⁸⁰, car cette réception suppose connaître par avance le « *sens normatif* qu'il faut *attribuer logiquement* à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit »⁴⁸¹.

En conséquence, il est possible de conclure que pour cet auteur la réception a comme objet une réalité à caractère normatif mais ne peut être abordée que du point de vue sociologique, car dans ce cas, comme le signalent P. Lascoumes et E. Serverin, « l'ordre juridique est envisagé par Weber non comme un ensemble d'impératifs mais comme un ensemble de ressources »⁴⁸², c'est-à-dire, comme « un complexe de motifs agissants sur l'activité réelle de l'homme »⁴⁸³. L'étude de la réception du droit romain est l'une des occasions pour Weber de souligner « le *rapport actif* entretenu par les acteurs sociaux avec les dispositions juridiques », même si elles proviennent de l'étranger, car « ce qui retient son attention ce sont les activités développées par les acteurs en situation, activités structurées, entre autres, par les règles juridiques »⁴⁸⁴. Cela n'implique pas cependant une inévitable subordination du droit au contexte social. Au contraire, le déplacement de divers éléments d'un système juridique, intégrant le processus de rationalisation, serait l'une des manifestations les plus claires du développement autonome du droit. Il serait précisément l'une des « voies » de la rationalisation du droit, qui favorise « le développement de ses

⁴⁷⁵ Voir cite *supra* n. 434.

⁴⁷⁶ WEBER, *Économie et société*. Vol. 2, cit., p. 11.

⁴⁷⁷ Selon Weber « ce qui détermine la “ validité ” d'une prescription, ce n'est pas le fait qu'elle soit “ observée ”, mais le fait que certaines activités soient “ orientées ” en fonction d'elle » (WEBER, *Économie et société*. Vol. 2, cit., p. 13).

⁴⁷⁸ On reprendra cette caractéristique définitoire du processus de circulation du droit dans la troisième partie du présent travail (*supra* p. 502).

⁴⁷⁹ FREUND, Julien, *Sociologie de Max Weber*, cit., p. 215. En d'autres termes, tandis que « le dogmaticien se borne au *sens actuel* du droit en vigueur à un moment donné » une position de sociologie compréhensive « consiste à rechercher, par interprétation, le sens et les valeurs donnés aux règles par les agents au cours de leurs activités concrètes » (LASCOUMES, P., SERVERIN, É., *op. cit.*, p. 160).

⁴⁸⁰ Voir cite *supra* n. 433.

⁴⁸¹ WEBER, *Économie et société*. Vol. 2, cit., p. 11.

⁴⁸² LASCOUMES, P., SERVERIN, É., *op. cit.*, p. 164.

⁴⁸³ WEBER, *Économie et société*. Vol. 2, cit., p. 12.

⁴⁸⁴ LASCOUMES, P., SERVERIN, É., *op. cit.*, p. 165.

qualités “juridiques” aujourd’hui spécifiques»⁴⁸⁵ et qui constitue l’objet principal de recherche de *Rechtssoziologie*. Même si Weber reconnaît «qu’on peut rationaliser un droit de différentes manières» et qu’«il n’est nullement nécessaire que ce soit dans le sens de l’épanouissement de ses qualités “juridiques”»⁴⁸⁶, la circulation du droit entre divers endroits peut être considérée comme un phénomène qui détermine «le sens dans lequel ces qualités formelles se développent» et qui est, en plus, «directement conditionné par des rapports pour ainsi dire “internes au droit” (*innerjuristisch*), c’est-à-dire la particularité du cercle de personnes qui par métier sont en mesure d’influer la manière dont le droit est formé ; ce n’est que de façon indirecte que le développement du droit est influencé par des conditions économiques et sociales»⁴⁸⁷. Tout cela est une indication des profonds apports que la théorie juridico-sociale de Weber peut offrir à la compréhension de la circulation du droit.

SECTION 2. DÉTERMINISME ÉCONOMIQUE SUR LE DROIT

L’une des manières les plus répandues de soutenir la dépendance du droit aux divers composants de l’organisation sociale est celle d’accentuer l’un de ceux-ci en expliquant qu’il définit principalement, sinon exclusivement, la nature des systèmes juridiques⁴⁸⁸. Parmi ces composants il y en a un qui a notamment été souligné, celui de la structure économique et le mode de production, bien que cela ne signifie pas écarter les autres, par exemple, la disposition, portée et idéologie des pouvoirs politiques⁴⁸⁹. En ce qui suit, l’on abordera brièvement les conceptions sur le droit d’un auteur du XIX^e siècle qui a développé la première alternative, dont l’importance pour l’analyse des sociétés modernes peut difficilement être contestée.

I. La place du droit dans le matérialisme dialectique de Marx

Karl Marx (1818-1883) a sans doute fait la déclaration la plus connue dans le sens de subordonner le droit aux conditions économiques des sociétés. Il l’a fait malgré l’absence dans son œuvre d’une analyse systématique et exhaustive sur le droit⁴⁹⁰. En effet, la critique

⁴⁸⁵ WEBER, *Sociologie du droit*, cit., p. 180.

⁴⁸⁶ *Loc. cit.*

⁴⁸⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸⁸ B. Tamanaha regroupe sous l’appellation « *selective mirror tradition* » les tendances de la pensée juridique que considèrent que « law reflects only certain customs or morals, or values and interests within society » (TAMANAH, B. Z., *A general jurisprudence of law and society*, cit., p. 40).

⁴⁸⁹ Par exemple, pour R. W. Gordon, l’un des membres du mouvement *Critical legal studies* (CLS) aux États-Unis, « in the West, legal belief structures, [...] have been largely built by elites who have thought they had some stake in rationalizing their dominant power positions, so at any given time they have tended to define rights in such a way as to reinforce existing hierarchies of wealth and privilege » (GORDON, Robert W., « Some Critical Theories Of Law And Their Critics », in KAIRYS, David (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3rd ed., New York, Basic Books, 1998, p. 649).

⁴⁹⁰ Voir en ce sens : ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, *Marxismo y filosofía del derecho*, 2^a ed., México, Distribuciones Fontamara, 1998, pp. 11-12 ; CAIN, Maureen, HUNT, Alan (eds.), *Marx and Engels on law*, London, New York, Academic Press, 1979, p. IX ; COLLINS, Hugh, *Marxism and law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1984, p. 9 ; HYDEN, T. M., « A Critique of Marxist Legal Theoretical

générale de l'économie classique exposée dans certains de ses ouvrages – et particulièrement dans le plus connu, *Le Capital* (dont le premier livre a été publié à Hambourg en 1867) – l'a développée à tel point qu'elle forme une théorie économique systématique. Par contre, ses observations sur le droit n'ont pas ce même caractère et sont présentées d'une manière plutôt fragmentée et dispersée dans divers écrits, bien qu'il semble que Marx ait essayé de s'y intéresser dans un travail qui serait une continuation du *Capital* mais qu'il n'a pu réaliser⁴⁹¹. Cela ne signifie pas ignorer l'originalité, la complexité et l'importance de ses considérations à propos de ce sujet, à partir desquelles on a essayé d'élaborer une théorie juridique marxiste⁴⁹². Or, les observations présentées ci-après ne prennent en considération que certains aspects de ce que Marx lui-même, avec Friedrich Engels (1820-1895), sont arrivés à proposer sur le rapport entre droit et économie.

Que ce rapport soit posé en termes de subordination du premier à la deuxième est principalement la conséquence de l'une des données philosophiques et méthodologiques de la pensée marxienne, que Engels a nommé « conception matérialiste de l'histoire »⁴⁹³, et qui est aussi connue sous l'appellation de matérialisme « historique » ou « dialectique ». En se fondant sur les idées de Georg W. F. Hegel (1770-1831), Marx et Engels développent une philosophie de l'histoire selon laquelle les sociétés changent comme conséquence de la contradiction et de l'affrontement entre forces opposées. Cependant, ils critiquent le

Constructs», in JESSOP, Bob, WHEATLEY, Russell (eds.), *Karl Marx's social and political thought. Volume VII: The State, Politics, and Civil Society*, London, New York, Routledge, 1999, pp. 36-45 ; STONE, Alan, « The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype », *Law & Society Review*, vol. 19, n° 1, 1985, p. 39 ; VINCENT, Andrew, « Marx and Law », *Journal of Law and Society*, vol. 20, N° 4, 1993, p. 371.

⁴⁹¹ CAIN, Maureen, « The Main Themes of Marx' and Engels' Sociology of Law », in JESSOP, Bob, MALCOLM-BROWN, Charlie (eds.), *Karl Marx's Social and Political Thought: Critical Assessments. Volume III: The State, Politics, and Revolution*, London, New York, Routledge, 1990, p. 106.

⁴⁹² Comme le souligne A. Hunt « il n'y a pas une théorie marxiste du droit unique, mais plutôt une gamme de théories qui sont nées sous l'influence des écrits de Karl Marx, et de la tradition qu'il a inspirée » (HUNT, Alan, « Approche marxiste du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, pp. 241). Même s'il est possible d'identifier des antécédents dans la « théorie sociale du Droit » de K. Renner et dans le « socialisme juridique » de A. Menger, le premier essai d'élaborer une théorie juridique sur la base des idées de Marx n'a été développé que dans les travaux de E. B. Pašukanis (PAŠUKANIS, Evgeny B., *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-M. Brohm, Paris, Études et documentation internationales, 1970). Il convient de faire également allusion à la dogmatique juridique soviétique, représentée par exemple par l'œuvre de R. Lukić (LUKIĆ, Radomir, *Théorie de l'État et du droit*, trad. Marc Gjidara, Paris, Dalloz, 1974) et aux apports à la connaissance du droit du marxisme en occident, tant ceux de l'école de G. Della Volpe (DELLA VOLPE, Galvano, *Rousseau e Marx e altri saggi di critica materialistica*, Roma, Editori Riuniti, 1964), poursuivis par U. Cerroni (CERRONI, Umberto, *Marx e il diritto moderno*, Roma, Riuniti, 1962 ; « La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del derecho público », in CAPELLA, Juan Ramón (ed. y trad.), *Marx, el derecho y el Estado*, Barcelona, Oikos-Tau Ediciones, pp. 12-48), que ceux de l'école de L. Althusser (ALTHUSSER, Louis, *Pour Marx*, Paris, La Découverte, 2005) et des juristes français qui s'en sont inspirés, parmi lesquels l'on trouve B. Edelman (EDELMAN, Bernar, *Le Droit saisi par la photographie : éléments pour une théorie marxiste du droit*, Paris, C. Bourgois, 1980) et M. Miaille (MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris, F. Maspero, 1982). Pour plus de détails voir : ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2000 ; BEIRNE, Piers, QUINNEY, Richard (eds.), *Marxism and law*, New York, Wiley, 1982 ; HUNT, A., *op. cit.*, pp. 242-243 ; ID., « Marxist theory of law », in PATTERSON, Dennis (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, pp. 355-366 ; KELSEN, Hans, *The Communist Theory of Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1955 ; RENAULT, Emmanuel, « Marxist (Doctrines du droit) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1000-1005 ; REICH, Norbert (Hrsg.), *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

⁴⁹³ ENGELS, Friedrich, « Sur la conception matérialiste de l'histoire », *Le Devenir social : revue internationale d'économie, d'histoire et de philosophie*, Tome III, n° 3, 1897, p. 228-261.

caractère idéaliste de la dialectique hégélienne, la croyance en la prééminence de la « conscience » sur la « vie », et proposent donc une espèce d'inversion qui donne lieu à une dialectique matérialiste. Par opposition à la première, celle-ci suppose la prépondérance de la pratique sur la théorie, que la vie sociale et économique des hommes conditionne leur conscience, de telle manière que les circonstances matérielles d'existence sont le fondement réel des conceptions qu'ils se forment et, par cette voie, de l'organisation sociale et politique⁴⁹⁴. Cette conception matérialiste de l'histoire esquisse le lien qui unit le droit aux conditions de vie dans une société. Si le rapport s'établit à partir de l'idée que ces conditions déterminent le droit, on peut ainsi conclure que la conception matérialiste implique un déterminisme économique unidirectionnel⁴⁹⁵. La célèbre préface de la *Contribution à la critique de l'économie politique* (*Zur Kritik der politischen Ökonomie*, 1859) est certainement la plus explicite exposition de ce déterminisme dans l'œuvre de Marx :

« Mes recherches aboutirent à ce résultat que les rapports juridiques – ainsi que les formes de l'État – ne peuvent être compris ni par eux-mêmes, ni par la prétendue évolution générale de l'esprit humain, mais qu'ils prennent au contraire leurs racines dans les conditions d'existence matérielles [...]. Dans la production sociale de leur existence, les hommes entrent en des rapports déterminés, nécessaires, indépendants de leur volonté, rapports de production qui correspondent à un degré de développement déterminé de leurs forces productives matérielles. L'ensemble de ces rapports de production constitue la structure économique de la société, la base concrète sur laquelle s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de conscience sociales déterminées. Le mode de production de la vie matérielle conditionne le processus de vie social, politique et intellectuel en général. Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur être ; c'est inversement leur être social qui détermine leur conscience »⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ La dialectique matérialiste est formulée explicitement dans *L'idéologie allemande* (*Die Deutsche Ideologie*, texte rédigé entre 1845 et 1846 et publié en 1932) : « À l'encontre de la philosophie allemande qui descend du ciel sur la terre, c'est de la terre au ciel que l'on monte ici. Autrement dit, on ne part pas de ce que les hommes disent, s'imaginent, se représentent, ni non plus de ce qu'ils sont dans les paroles, la pensée, l'imagination et la représentation d'autrui, pour aboutir ensuite aux hommes en chair et en os ; non, on part des hommes dans leur activité réelle ; c'est à partir de leur processus de vie réel que l'on représente aussi le développement des reflets et des échos idéologiques de ce processus vital. [...] Ce n'est pas la conscience qui détermine la vie, mais la vie qui détermine la conscience » (MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *L'idéologie allemande*, trad. H. Auger et al., Paris, Éditions sociales, 1968, p. 51).

⁴⁹⁵ C'est sur cette base qu'A. Stone soutient que pour Marx les systèmes juridiques « mirror and legally define the fundamental economic relationship in society » (STONE, A., *op. cit.*, p. 50). Il convient également d'indiquer que Marx attache constamment l'analyse du droit à celui de l'État. Ce lien trouve son origine dans l'œuvre de Hegel, car il y développe une théorie de l'État qui aborde le droit comme un ordre normatif nécessairement rapporté à celui-ci, ce qui peut être constaté par l'usage continu du terme allemand *Recht*. Cette donnée hégélienne implique pour Marx que la critique de l'État est en grande partie et presque d'une manière immédiate une critique du droit (PHILLIPS, Paul, *Marx and Engels on law and laws*, Oxford, M. Robertson, 1980, p. 21).

⁴⁹⁶ MARX, Karl, *Contribution à la critique de l'économie politique*, éd. Karl Kautsky, trad. L. Lafargue, Paris, V. Giard et E. Brière, 1909, pp. 4-5. Quelques années auparavant, dans *L'idéologie allemande*, Marx et Engels avaient soutenu explicitement la subordination du droit aux conditions économiques : « Si on fait de la puissance, de la force, le fondement du droit, ainsi que Hobbes et d'autres, alors le droit, la loi, etc. ne sont que le symptôme, l'expression d'autres rapports sur lesquels repose la puissance de l'État. La vie matérielle des individus, qui ne dépend nullement de leur seule « volonté », leur mode de production et leurs formes d'échanges, qui se conditionnent réciproquement, sont la base réelle de l'État et le restent à tous les stades où sont encore nécessaires la division du travail et la propriété privée, tout à fait indépendamment de la volonté des individus. [...] Ces conditions réelles ne sont pas du tout créées par le pouvoir d'État, ce sont au contraire

Néanmoins, le déterminisme économique ne semble pas se concilier avec ce que Marx affirme dans d'autres parties de son œuvre, particulièrement celles qui s'attachent à des événements historiques particuliers⁴⁹⁷. Dans ce contexte il se voit obligé de reconnaître que le droit dispose d'une marge d'autonomie et qu'il peut même influencer sur la structure économique des sociétés⁴⁹⁸. Un exemple pertinent se trouve dans *Le Capital* où Marx accepte que les normes juridiques qui établissent le régime de la propriété, malgré leur localisation dans la superstructure idéologique, puissent conditionner la manière dont les matières premières ou le capital, composants de la base économique, sont utilisés. En effet, comme le souligne G. Sabine⁴⁹⁹, lorsque Marx se sert de sa théorie pour expliquer l'essor du capitalisme en Angleterre, il qualifie l'expropriation des monastères comme une source de capital et l'émancipation des serfs comme la cause de l'apparition d'une classe de travailleurs libres, bien qu'il s'agisse évidemment des changements politiques et juridiques⁵⁰⁰. Cette explication nuancerait d'une certaine façon le déterminisme strict formulé dans le texte cité ci-dessus, en reconnaissant implicitement qu'il y a des cas où peut se présenter une relation réciproque, non unidirectionnelle, de la structure économique

elles qui créent ce pouvoir. Les individus qui exercent le pouvoir dans ces conditions ne peuvent donc, abstraction faite de ce que leur pouvoir doit se constituer en État, que donner à leur volonté déterminée par ces conditions précises, l'expression générale d'une volonté d'État, d'une loi, – et le contenu de cette expression est toujours donné par les conditions de leur classe, comme il ressort très clairement de l'examen du droit privé et du droit pénal » (*op. cit.*, p. 362).

⁴⁹⁷ Une autre difficulté réside dans le fait que Marx n'explique pas le fonctionnement du déterminisme économique, pour autant qu'il n'est pas clair comment l'économie « détermine » le droit. Ceci pourrait signifier que la structure économique est la cause du droit, ou qu'elle l'affecte, ou qu'elle fixe ses caractéristiques, ou qu'elle entretient une relation symbiotique avec le droit. Cette ambiguïté laisse beaucoup de questions ouvertes pour quelqu'un qui s'intéresserait à la pratique juridique, par exemple celle de savoir « whether a judge follows instrumental considerations with a class character or operates a discrete mode of reasoning » (COLLINS, *op. cit.*, 70).

⁴⁹⁸ ELSTER, Jon, *Making sense of Marx*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 1985, p. 398 ; SANDERSON, J., « Marx and Engels on the State », in JESSOP, B., MALCOLM-BROWN, Ch. (eds.), *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹⁹ SABINE, George H., *A History of Political Theory*, *op. cit.*, p. 778. En ce sens voir aussi : HYDEN, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁵⁰⁰ « Ce processus d'expropriation par la violence des masses populaires connut une nouvelle et terrible impulsion au XVI^e siècle avec la Réforme et le pillage colossal des biens d'Église qui s'ensuivit. À l'époque de la Réforme, l'Église catholique était en Angleterre propriétaire féodal d'une grande partie des terres. L'offensive menée contre les monastères, etc. rejeta leurs habitants dans le prolétariat. Les biens d'Église eux-mêmes furent pour une grande part distribués en donations à de rapaces favoris du roi ou bien vendus pour un prix dérisoire à des spéculateurs, ou bourgeois des villes, lesquels chassèrent en masse les anciens tenanciers héréditaires et regroupèrent leurs exploitations. La propriété d'une part des dîmes de l'Église, que la loi garantissait aux paysans appauvris, leur fut tacitement confisquée. « *Pauper ubique jacet* » [« Partout git le malheureux ». Ovide, *Fastes*, Livre I, vers. 218], s'écria la reine Élisabeth après un voyage à travers l'Angleterre. Dans la quarante-troisième année de son règne, on fut en fin forcé de reconnaître officiellement le paupérisme en introduisant un impôt en faveur des pauvres » (MARX, Karl, *Le Capital : critique de l'économie politique. Livre premier, Le procès de production du capital*, éd. Jean-Pierre Lefebvre, trad. 4^{ème} éd. allemande par E. Balibar et al., Paris, PUF, 1993, pp. 811-812). Dans ce même ouvrage Marx reconnaît qu'en Angleterre il a eu des cas où le prolétariat put recourir au droit comme un instrument de transformation et en obtenir des bénéfices en s'alliant à la bourgeoisie pour forcer l'approbation des mesures législatives spécifiques (par exemple, la limitation de la journée de travail) (*op. cit.*, pp. 313-315). Un autre exemple de relativisation du déterminisme économique par rapport au droit se trouve dans le travail de Marx intitulé *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte (Der Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, 1850)*, lorsqu'il le perçoit comme un lieu d'affrontement entre les diverses classes sociales qui arrivent même à l'utiliser contre celle qui détient le pouvoir de l'État, en ce cas la classe moyenne contre le régime de Louis Bonaparte, dit Napoléon III, de sorte que sous ce régime « l'État semble être devenu complètement indépendant » (MARX, Karl, *Le dix-huit brumaire de Louis Bonaparte*, éd. D. Franche, Paris, Éd. Mille et une nuits, 1997, cap. vii, p. 169).

avec les idées et les institutions juridiques et politiques⁵⁰¹. Il serait alors possible que le droit soit profondément imbriqué avec les rapports de production en en garantissant l'opération, sans qu'il soit simplement subordonné à ceux-ci ou réduit à une idéologie ou à un appareil de la classe dominante⁵⁰². De toute façon, une version économiciste du marxisme peut objecter que ce matérialisme nuancé dégénère nécessairement en un « fétichisme légal »⁵⁰³ qui suppose que le droit est indispensable pour l'existence de la société et qu'il est indépendant des conditions économiques ou de classe. Or, même si Marx n'a jamais accepté une autonomie totale du droit (un autonomisme que soutiennent les visions les plus radicales du positivisme juridique), car celui-ci opère toujours dans les limites générales imposées par le système économique⁵⁰⁴, cet auteur n'exclut pas toujours la possibilité que dans quelques cas le droit puisse influencer sur ce système et intervenir dans le développement des rapports de production, soit en les promouvant, soit en les entravant⁵⁰⁵.

II. Les conditions socio-économiques de la circulation du droit

Ce que le matérialisme dialectique, même dans cette version nuancée, semblerait exclure c'est la possibilité d'un déplacement du droit d'un lieu à l'autre. Celui-ci est si attaché aux

⁵⁰¹ En conséquence, dans quelques cas la conscience (que ce soit dans son expression philosophique, politique ou juridique) pourrait affecter les conditions matérielles de vie dans une société et avoir certain degré d'efficacité, sans se voir réduit à être un simple épiphénomène des relations de production. Il s'agit alors d'un matérialisme « alternatif » nuancé qui peut être observé dans la doctrine marxiste de la « praxis » (VINCENT, *op. cit.*, p. 379) ou dans le « paradigme de la lutte des classes », par opposition au déterminisme du « paradigme de la production » (MÁIZ, Ramón, « Karl Marx: de la superación del Estado a la dictadura del proletariado », en VALLESPÍN OÑA, Fernando (ed.), *Historia de la teoría política, 4: Historia, progreso y emancipación*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 102). En outre, dans ce cadre il serait possible de traiter les termes « base » et « superstructure » comme des métaphores plus ou moins utiles qui ne se rapportent pas nécessairement à une réalité empirique (CAIN, M., HUNT, A., *op. cit.*, p. 49).

⁵⁰² Il convient ici de faire allusion aux deux approches opposées du marxisme juridique : d'une part, l'approche « instrumentaliste » qui considère que le droit n'est qu'un instrument de domination de classe ; d'autre part, l'approche « structuraliste » qui décrit le droit comme un sous-système relativement autonome à l'intérieur de la société mais qui répond finalement aux intérêts de la classe dominante. Sur cette différence voir : MARYIOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX^e siècle », *cit.*, p. 235 ; TAY, Alice, KAMENKA, Eugene, « Marxism, Socialism and the Theory of Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 23, 1984-1985, pp. 217-249.

⁵⁰³ PAŠUKANIS, E. B., *op. cit.*, p. 107.

⁵⁰⁴ Selon N. Poulantzas, le droit est situé à l'intérieur d'une « structure sociale, un mode de production ou une formation sociale qui consiste en un ensemble de niveaux à structures propres et efficaces spécifique à dominance, en dernière instance, de l'économique », de sorte que la « spécificité et l'efficacité propres d'un niveau particulier de la structure – disons le droit – ne dépend pas de sa *nature*, mais de sa *place* et de sa *fonction* dans un type de rapports des niveaux à l'intérieur d'une unité complexe » (POULANTZAS, Nicos, « A propos de la théorie marxiste du droit », *Archives de philosophie du droit*, tome 12 (Marx et le droit moderne), 1967, pp. 150-151). Dès lors, selon cette vision structuraliste, le droit est selon Marx toujours encadré par la structure économique et en dernière analyse il exprime, régit et maintient les relations sociales de domination. En ce sens voir aussi : COLLINS, *op. cit.*, p. 47-52 ; MAMUT, L. S., « Questions of Law in Marx's Capital », in JESSOP, B., MALCOLM-BROWN, Ch. (eds.), *Karl Marx's Social and Political Thought*, *cit.*, pp. 95-105 ; RENAULT, E., *op. cit.*, p. 1003 ; SUMMERS, R. S., *Instrumentalism and American legal theory*, *cit.*, p. 258.

⁵⁰⁵ Les deux versions du matérialisme historique ont été développées par différents courants de la théorie juridique marxiste. Ainsi, tandis que Pašukanis maintient la version économico-déterministe, d'autres auteurs, par exemple Antonio Gramsci, Gyorg Lukács et Karl Korsch, considèrent que le matérialisme nuancé est celui qui s'adapte le mieux à la pensée de Marx, puisque le réductionnisme économique suppose une conception trop simpliste du droit et de l'État (VINCENT, *op. cit.*, pp. 379-380).

conditions économiques de chaque société qu'il est très difficile qu'une greffe ou transposition juridique ait lieu, ce qui est encore plus évident par rapport au matérialisme économique, car la complète dépendance du droit à la structure économique fait irréalizable ce type de phénomène. Il ne peut se produire que comme conséquence des transformations de cette structure, la greffe des normes ou d'autres éléments d'un système juridique devenant totalement secondaire et accessoire face aux changements de la base matérielle. C'est pourquoi Marx ne s'y est pas beaucoup intéressé, de même que les doctrines juridiques marxistes. L'une des seules allusions que cet auteur fait est présentée dans *L'idéologie allemande* par le biais du cas de la réception du droit romain :

« Chez les peuples modernes où l'industrie et le commerce amenèrent la dissolution de la communauté féodale, la naissance de la propriété privée et du droit privé marqua le début d'une phase nouvelle susceptible d'un développement ultérieur. [...] En Italie d'abord et plus tard dans d'autres pays, dès que le commerce et l'industrie eurent amené un développement plus considérable de la propriété privée, on reprit immédiatement le droit privé des Romains déjà élaboré, qui fut élevé au rang d'autorité. Plus tard, lorsque la bourgeoisie eut acquis assez de puissance pour que les princes se chargent de ses intérêts, utilisant cette bourgeoisie comme un instrument pour renverser la classe féodale, le développement proprement dit du droit commença dans tous les pays – en France au XVI^e siècle –, et dans tous les pays, à l'exception de l'Angleterre, ce développement s'accomplit sur les bases du droit romain. Même en Angleterre, on dut introduire des principes du droit romain (en particulier pour la propriété mobilière) pour continuer à perfectionner le droit privé. (N'oublions pas que le droit n'a pas davantage que la religion une histoire qui lui soit propre.) »⁵⁰⁶.

Que le droit n'ait pas « une histoire qui lui soit propre », suppose, dans ce contexte, que la réception du droit romain dans divers pays de l'Europe est uniquement un effet de l'établissement du mode de production commercial et industriel. Elle ne serait ainsi qu'une simple conséquence des transformations des conditions économiques d'une société et ce sont celles-ci qui doivent recevoir l'attention si l'on cherche à comprendre son évolution. Conformément à cette présupposition, à ce que procède Marx c'est à remarquer le caractère international du régime de production capitaliste. C'est ainsi que dans *Le Manifeste du Parti communiste* (*Manifest der Kommunistischen Partei*, 1848) il révèle le

⁵⁰⁶ MARX, K., ENGELS, F., *L'idéologie allemande*, cit., p. 106. Il est possible aussi de trouver une mention au caractère universel du droit romain et à sa capacité de circuler entre divers endroits dans *Ludwig Feuerbach et la fin de la philosophie classique allemande* (*Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, 1886) : « Si l'État et le droit public sont déterminés par les conditions économiques, il en est évidemment de même aussi pour le droit civil, qui ne fait, pour l'essentiel, que sanctionner les rapports économiques normaux qui, dans les conditions données, existent entre les individus. Mais la forme sous laquelle cela se fait peut prendre des aspects très divers. On peut, comme cela s'est produit en Angleterre, en accord avec toute l'évolution nationale, conserver en majeure partie les formes de l'ancien droit féodal, tout en leur donnant un contenu bourgeois [...] ; mais on peut également, comme cela fut le cas dans le reste de l'Europe occidentale, prendre pour base le premier droit mondial d'une société productrice de marchandises, le droit romain [...]. Mais on peut aussi, après une grande révolution bourgeoise, élaborer, sur la base précisément de ce droit romain, un code de la société bourgeoise aussi classique que le code civil français. S'il est donc vrai que les normes du droit bourgeois ne sont que l'expression juridique des conditions d'existence économiques de la société, celles-ci peuvent, selon les circonstances, être bien ou mal exprimées » (ENGELS, Friedrich, *Ludwig Feuerbach et la fin de la philosophie classique allemande*, trad. L. Lafargue, éd. É. Bottigelli, Paris, Éd. Sociales, 1980, pp. 177-178).

processus de mondialisation du marché et ses conséquences dans d'autres domaines de la vie sociale :

« Par l'exploitation du marché mondial, la bourgeoisie donne un caractère cosmopolite à la production et à la consommation de tous les pays. Au grand désespoir des réactionnaires, elle a enlevé à l'industrie sa base nationale. Les vieilles industries nationales ont été détruites et le sont encore chaque jour. [...] À la place des anciens besoins, satisfaits par les produits nationaux, naissent des besoins nouveaux, réclamant pour leur satisfaction les produits des contrées et des climats les plus lointains. À la place de l'ancien isolement des provinces et des nations se suffisant à elles-mêmes, se développent des relations universelles, une interdépendance universelle des nations. Et ce qui est vrai de la production matérielle ne l'est pas moins des productions de l'esprit. Les œuvres intellectuelles d'une nation deviennent la propriété commune de toutes. L'étroitesse et l'exclusivisme nationaux deviennent de jour en jour plus impossibles et de la multiplicité des littératures nationales et locales naît une littérature universelle »⁵⁰⁷.

Parmi les « productions de l'esprit » qui deviennent l'objet de « l'interdépendance universelle des nations » comme conséquence du caractère mondial des rapports de production capitalistes, il est possible d'identifier tant les normes juridiques que la doctrine élaborée à partir de celles-ci. Plus encore, le droit romain, en particulier la branche du droit privé, semble être spécialement propice à ce type de circulation entre diverses nations, même si elle est toujours déterminée par la structure économique, comme Marx lui-même le reconnaît implicitement dans l'extrait de *L'idéologie allemande* qui vient d'être cité. Or, il ne développe pas ce sujet au-delà de ces quelques allusions, ce qui arrive aussi avec beaucoup d'autres questions concernant le droit. De toute façon, elles peuvent offrir des intéressants apports pour comprendre les conditions sociales sous lesquelles se produit le déplacement de normes et d'autres composants des systèmes juridiques.

⁵⁰⁷ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifeste du Parti communiste*, trad. L. Lafargue, Paris, Éditions Champ libre, 1983, p. 32-33. Dans *Le Capital* Marx allude également à « l'intrication de tous les peuples dans le réseau du marché mondial » comme l'une des caractéristiques du « caractère international du régime capitaliste » (*op. cit.*, p. 856).

Chapitre III. L'universalisme de la philosophie et de la théorie générale du droit et la circulation de modèles juridiques

L'étude de l'évolution de la pensée juridique se fait presque toujours du point de vue temporel. Il suffit d'examiner n'importe quel livre d'histoire de la philosophie du droit pour constater que l'analyse s'y développe suivant une ligne chronologique qui va du passé au présent, de l'antécédent au conséquent. En plus, cette étude a lieu comme s'il existait un grand espace mondial dans lequel les idées juridiques circulent sans grands obstacles. Des références nationales peuvent être signalées, les conceptions d'un auteur peuvent être mises en rapport avec sa nationalité, son contexte, ou son apport au droit positif du pays, mais après ces références on assiste à une sorte de détachement et d'abstraction. Cela implique que les idées de l'auteur considéré perdent de leur éventuelle portée locale et, par ailleurs, justifie son entrée au monde – au « ciel » comme disait satiriquement Rudolf von Jhering (1818-1892)⁵⁰⁸ – de la philosophie juridique ou, au moins, de la théorie générale du droit. Or, il serait tout à fait normal que l'auteur d'un livre de philosophie du droit procède de cette façon, puis qu'il écrit sur des auteurs qui, à leur tour, ont eu la prétention d'offrir une conception générale du droit applicable n'importe où, au-delà des particularités de son contexte. Toutefois, ce présupposé méthodologique a été mis en doute de temps à autre et a dû être justifié par ceux qui défendent une « théorie générale » du droit, en opposition à une « théorie particulière », comme l'on aura l'occasion de l'indiquer.

De plus, cette défense est étroitement liée à l'objectif de faire de l'étude du droit une vraie science à portée universelle. Tant dans le cadre de la « philosophie du droit » que de la « théorie générale du droit », cet universalisme se manifeste dans la prétention d'identifier et examiner les contenus, les structures et les défis partagés par tous ou la plupart de systèmes de droit. Or, ces aspects communs ne sont pas reconnus parce qu'ils ont circulé entre diverses sociétés, mais en raison d'une progression où, à partir de la considération des composants essentiels des systèmes juridiques de certains pays, l'on arrive à un entendement abstrait et compréhensif de ces mêmes composants, détachés du contexte duquel ils avaient été pris. Cette façon d'abstraire et de généraliser est un trait distinctif de la pensée juridique occidentale, que soit dans la tradition du droit naturel, par rapport à la découverte de certains principes universels et permanents (section 1), ou bien dans les développements de la théorie générale du droit, cette fois par rapport à certains concepts

⁵⁰⁸ JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1992, pp. 245 sqq.

ou catégories qui sont l'objet d'une connaissance du droit qui n'est plus philosophique mais « scientifique » (section 2). Comme on l'a déjà souligné, dans les deux cas s'il y a une indication de mouvement des normes, institutions et concepts juridiques, elle se pose dans la plupart des situations de manière accessoire et fragmentée. Après avoir abordé les conceptions qui soutiennent le déterminisme social sur le droit ou la subordination de celui-ci aux différentes structures des groupes humains, il est nécessaire maintenant de procéder à un bref examen sur la visée universaliste des études juridiques d'un point de vue philosophique et théorique et ses conséquences sur l'analyse qu'elles proposent éventuellement de la circulation du droit.

SECTION 1. LA TRADITION DU DROIT NATUREL

Dans l'introduction du chapitre I, on a déjà eu l'occasion d'indiquer que le trait distinctif des diverses tendances de la pensée juridique appartenant à l'école du droit naturel est sa commune croyance en l'existence de certains principes universels qui sont le fondement de la validité et du contenu des droits positifs. Or, ce qui du point de vue de notre recherche est le plus remarquable, c'est l'opinion des jusnaturalistes selon laquelle ces principes n'ont pas un lien direct avec les circonstances ou les idées sur la justice d'une communauté particulière ; au contraire, ils sont caractérisés par une prétention universaliste, par la présomption d'être partagés par tous les peuples et tous les systèmes juridiques, ceux-ci n'ayant pour objet que leur réalisation et renforcement sans ne devoir les contredire en aucun cas. Une éventuelle opposition entre « droit naturel » et « droit positif » démontrerait ainsi qu'il n'y a pas un lien nécessaire entre la société et son droit, parce qu'étant le naturel, le « vrai » droit, les déviations du droit positif face à celui-ci, quoique justifiées dans le contexte social, impliquent qu'il perde son « essence juridique » et son caractère obligatoire. Cependant, cet universalisme est fréquemment relativisé par la reconnaissance de l'influence des coutumes et des mœurs sur le droit positif et l'adaptation de celui-ci aux conditions de temps et de lieu, ce qui conduit à une restitution de la connexion entre droit et société. À côté de cette ambivalence (I) il faut aborder également la question de la méthode pour trouver les principes généraux du droit naturel, car elle ouvrirait la possibilité d'une analyse du phénomène du déplacement du droit d'un lieu à l'autre du point de vue jusnaturaliste (II).

I. Universalisme et adaptation locale

L'universalité est l'un des traits caractéristiques des principes, normes ou prescriptions qui intègrent le droit naturel selon le jusnaturalisme. Dès les origines, cette école l'a explicitement formulé et il continue à être posé malgré les nuances apportées. Parmi celles-ci l'on trouve que l'universalisme a été particulièrement attaché au droit naturel dit « idéal », par opposition au droit naturel dit « existentiel ». Selon le premier, l'essence de l'homme ne peut être définie qu'à partir de la raison, du *logos*, tandis que le deuxième affirme que l'homme n'est pas à l'origine un être rationnel mais qu'il est déterminé par des actes impulsifs à caractère prérationnel et dominés par les instincts. Sur cette base, la conception

idéale envisage le droit naturel comme un ordre universel, absolu, éternellement valide et accessible par la raison ; en revanche, pour la conception existentielle il repose sur des décisions conditionnées par le contexte concret ou sur l'affirmation instinctive de l'existence. Cette différence, proposée par H. Welzel⁵⁰⁹, n'est évidente qu'à partir du Moyen Âge, même s'il y a des précédents dans la pensée de l'Antiquité gréco-latine. C'est justement dans ce contexte que Platon, en répondant au relativisme existentiel de la sophistique, a développé une doctrine sur le droit qui dès lors est considéré comme le paradigme du jusnaturalisme idéaliste et universaliste⁵¹⁰. De fait, la théorie des idées, avec laquelle il cherche à établir une sphère de vérité soustraite de tout doute⁵¹¹, est le fondement d'un droit naturel dont le contenu prétend une validité générale, détaché de toute dépendance aux circonstances particulières ou locales. « La théorie platonicienne des idées, en tant que théorie des contenus essentiels aprioristiques du monde, constitue le centre théorique de toute théorie idéale du droit naturel »⁵¹². De toute façon, ce n'est qu'avec Aristote que l'on formule ouvertement la propriété d'universalité pour caractériser le droit naturel : « La justice politique elle-même est de deux espèces, l'une naturelle et l'autre légale. Est naturelle celle qui a partout la même force et ne dépend pas de telle ou telle opinion ; légale, celle qui à l'origine peut être indifféremment ceci ou cela, mais qui une fois établie, s'impose »⁵¹³. En développant cette donnée, les représentants du jusnaturalisme stoïcien ont étendu leur vision au-delà des limites de la *polis*, de la cité-État grecque, pour identifier un droit cosmopolite, un droit qui est fondé sur la raison universelle⁵¹⁴. Ils arrivent même à poser les bases pour une sorte de décomposition du niveau le plus général du droit et distinguer ainsi entre la *lex aeterna*, la *lex naturalis* et la *lex humana*⁵¹⁵. Bien que les deux premières aient un lien de correspondance, car la loi naturelle est la *recta ratio*, la raison correspondante avec la nature humaine, entre celles-ci et la loi positive il y a une distance qui peut dégénérer en divergence et conflit. Cicéron, l'un des auteurs qui ont porté la pensée stoïcienne à Rome, énonce explicitement cette opposition entre une loi universelle

⁵⁰⁹ Cet auteur soutient que les deux versions apparaissent tout au long de l'histoire de l'école du droit naturel, mais que l'idéaliste est la seule qui habituellement est considérée dans les études sur ce sujet, donnant lieu à une vision unilatérale et restreinte (WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, pp. 10-11, 48-49).

⁵¹⁰ *Ibidem*, pp. 21-22.

⁵¹¹ « Dans le monde intelligible l'idée du bien est perçue la dernière et avec peine, mais on ne la peut percevoir sans conclure qu'elle est la cause de tout ce qu'il y a de droit et de beau en toutes choses ; qu'elle a, dans le monde visible, engendré la lumière et le souverain de la lumière ; que, dans le monde intelligible, c'est elle-même qui est souveraine et dispense la vérité et l'intelligence ; et qu'il faut la voir pour se conduire avec sagesse dans la vie privée et dans la vie publique » (PLATON, *Œuvres complètes. Tome 4. La République*, trad. Robert Baccou, Paris, Garnier frères, 1936, chap. VII, § 517c, pp. 250-251).

⁵¹² WELZEL, *op. cit.*, p. 22.

⁵¹³ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, J. Vrin, 1990, livre V, chap. 10, p. 250.

⁵¹⁴ Par exemple, Chrysippe de Soles (v. 280-206 av. J.-C.), philosophe stoïcien, affirme que le monde est un grand État soumis à une loi au moyen de laquelle la raison naturelle prescrit ce qu'il faut faire et interdit ce qu'il faut omettre, de sorte que les lois des divers États délimités territorialement ne sont que les compléments de la loi naturelle unique (ARNIM, Hans F. A. von (coll.), *Stoicorum veterum fragmenta: Volumen III, Chrysippi Fragmenta Moralia, Fragmenta Successorum Chrysippi, Lipsiae*, B.G. Teubneri, 1967, § 323, pp. 79-80).

⁵¹⁵ Comme l'explique Welzel, « so entsteht das für das weitere Naturrecht charakteristische Schema : Weltgesetz – Naturgesetz – Menschengesetz, lex aeterna, lex naturalis, lex humana » (*op. cit.*, p. 39). Cette distinction sera développée par Augustin d'Hippone (*De libre arbitrio*, lib. I, chap. VI, § 14) et par Thomas d'Aquin (1225-1274) (AQUIN, Thomas de, *Somme théologique*, dir. Albert Raulin, trad. Aimon-Marie Roguet, Paris, Les éd. du Cerf, 1984, vol. II, p. 573-578 (I^a II^{ae}, q. 91, arts. 1-4).

et parfaite et une loi particulière et susceptible de tomber en contradiction avec la première :

« Il existe une loi vraie, c'est la droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous les êtres, toujours d'accord avec elle-même, non sujette à périr, qui nous appelle impérieusement à remplir notre fonction, nous interdit la fraude et nous en détourne. L'honnête homme n'est jamais sourd à ses commandements et à ses défenses ; ils sont sans action sur le pervers. À cette loi nul amendement n'est permis, il n'est licite de l'abroger ni en totalité ni en partie. Ni le sénat, ni le peuple, ne peuvent nous dispenser de lui obéir et point n'est besoin de chercher un Sextus Aelius pour l'expliquer ou l'interpréter. Cette loi n'est pas autre à Athènes, autre à Rome, autre aujourd'hui, autre demain, c'est une seule et même loi éternelle et immuable, qui régit toutes les nations et en tout temps, il y a pour l'enseigner et la prescrire à tous un dieu unique : conception, délibération, mise en vigueur de la loi lui appartiennent également. Qui n'obéit pas à cette loi s'ignore lui-même et, parce qu'il aura méconnu la nature humaine, il subira par cela même le plus grand châtiment, même s'il échappe aux autres supplices »⁵¹⁶.

En dépit de ces proclamations du caractère universel du droit naturel, on a déjà pu indiquer que les auteurs cités restituent le lien entre droit et société que cet universalisme semblait avoir brisé, en acceptant que les coutumes et les mœurs déterminent le contenu et l'efficacité du droit positif ou en reconnaissant que celui-ci (bien qu'il doive correspondre au droit naturel), ne peut pas trop s'éloigner des conditions de la société dans laquelle il régit. Même si cette manière de nuancer l'universalisme est plus explicite chez Platon et Aristote⁵¹⁷ que chez Cicéron, ce dernier insiste sur l'importance des coutumes et mœurs⁵¹⁸, malgré son scepticisme face à l'influence de celles reçues de l'étranger, ce qui pourrait s'étendre aux lois⁵¹⁹.

Tandis que tout au long de l'évolution des doctrines jusnaturalistes, l'opposition entre droit naturel et droit positif est toujours résolue en faveur du premier⁵²⁰, l'ambivalence entre universalisme et particularisme ne semble pas si clairement définie. Si l'on reprend la

⁵¹⁶ *Traité de la République*, livre III, XXII ; CICÉRON, *De la République. Des lois*, trad. Charles Appuhn, Paris, Flammarion, 1985, p. 88.

⁵¹⁷ Voir *supra* pp. 31.

⁵¹⁸ En effet, après avoir cité un vers d'Ennius (« C'est par les mœurs antiques et aussi par les hommes que dure l'État romain »), Cicéron soutient que « ni les hommes, si la cité n'avait pas eu ces mœurs, ni les mœurs, s'il n'y avait pas eu les chefs que vous savez, n'auraient pu fonder et faire durer si longtemps un État aussi grand et exerçant une domination aussi étendue. C'est ainsi que, d'une part, avant nous, les coutumes venues des ancêtres fournissaient par elles-mêmes des hommes éminents, et que, d'autre part, des hommes supérieurs maintenaient les mœurs anciens et les institutions établies » (*Traité de la République*, livre V, I ; *op. cit.*, p. 101).

⁵¹⁹ Pour Cicéron, « il y a en outre, en ce qui concerne les mœurs, une corruption et une instabilité propres aux villes maritimes ; des parlers nouveaux, des habitudes nouvelles y pénètrent, on n'y importe pas seulement des marchandises, mais aussi des coutumes étrangères, de sorte que nulle institution nationale ne se conserve dans sa pureté » (*ibidem*, livre II, IV, p. 49).

⁵²⁰ Il convient de rappeler, comme le fait P. Raynaud, que l'« on aurait grand tort de réduire l'apport de la philosophie antique à la découverte d'une idée du « droit naturel » qu'il serait toujours possible d'opposer au « positivisme » ou au « relativisme » des Modernes ; d'un côté, en effet, le « juste par nature » des grands philosophes « socratiques » que sont Platon et Aristote ne se confond nullement avec la « loi naturelle » des Stoïciens et des Chrétiens et, de l'autre, la réflexion de ces penseurs sur la justice et sur le droit est infiniment plus riche que ne le laisse supposer la simple opposition entre le « droit naturel » et le « droit positif » » (RAYNAUD, Philippe, « Anciens et modernes », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 48).

traditionnelle distinction entre l'école du droit naturel classique et l'école du droit naturel moderne, elle est présente dans les deux tendances. L'auteur le plus célèbre de la première – son *locus classicus* –, Thomas d'Aquin (1225-1274), suit le présupposé universaliste lorsqu'en se demandant si « la loi naturelle [est] unique chez tous », il répond que « la loi de nature est identique pour tous dans ses premiers principes généraux, tout autant selon sa rectitude objective que selon la connaissance qu'on peut en avoir »⁵²¹. Néanmoins, il rend flexible jusqu'à un certain point cet universalisme dans la mesure où il reconnaît que « quant à certaines applications propres qui sont comme les conclusions des principes généraux, elle est identique pour tous dans la plupart des cas, et selon sa rectitude et selon sa connaissance ; toutefois, dans un petit nombre de cas, elle peut comporter des exceptions, d'abord dans sa rectitude, à cause d'empêchements particuliers [...] ; elle comporte encore des exceptions quant à sa connaissance ; c'est parce que certains ont une raison faussée par la passion, par une coutume mauvaise ou par une mauvaise disposition de la nature »⁵²². Ceci peut être considéré comme le fondement de la manière dont Thomas d'Aquin cherche à accorder la loi de nature avec la coutume et, par cette voie, avec le droit positif⁵²³. En effet, après avoir rappelé que « les lois tirent leur plus grande force de l'habitude, selon le Philosophe [Aristote] »⁵²⁴, il conclut que « par le moyen des actes, très multipliés, qui créent une coutume, la loi peut être changée, voire expliquée ; et même des pratiques peuvent s'établir qui obtiennent force de loi du fait que, par des actes extérieurs multipliés, on exprime d'une façon très efficace et le mouvement intérieur de la volonté, et la conception de la raison ; car lorsqu'un acte se répète un grand nombre de fois, cela paraît bien émaner d'un jugement délibéré de la raison. De ce fait, la coutume a force de loi, abolit la loi et interprète la loi »⁵²⁵. Il apparaît alors que Thomas d'Aquin accepte que « tant l'observance coutumière que la promulgation délibérée sont des modes valides de création des lois »⁵²⁶. Mais, ce qui est encore plus notable c'est qu'il accepte que l'existence des lois positives soit « une nécessité de par la *nature* même de l'homme, sociable et naturellement destiné à l'ordre politique »⁵²⁷, et que parmi les qualités de la loi humaine positive apparaît tant celle d'être juste que celle d'être « adaptée aux circonstances de temps et de lieu,

⁵²¹ AQUIN, Thomas de, *Somme théologique*, cit, vol. II, p. 594 (I^a II^{ae}, q. 94, art. 4).

⁵²² *Ibidem*, pp. 594-595. En ce même sens, pour cet auteur « quant aux principes généraux, la loi naturelle ne peut d'aucune façon être effacée du cœur des hommes, de façon universelle. Elle est cependant effacée dans une activité particulière parce que la raison est empêchée d'appliquer le principe général au cas particulier dont il s'agit à cause de la convoitise ou d'une autre passion. Quant aux préceptes secondaires, la loi naturelle peut être effacée du cœur des hommes, soit en raison de propagandes perverses, de la façon dont les erreurs se glissent dans les sciences spéculatives au sujet de conclusions nécessaires ; soit comme conséquences de coutumes dépravées et d'habitus corrompus » (I^a II^{ae}, q. 94, art. 6 ; *ibidem*, p. 597).

⁵²³ En ce qui concerne la subordination du droit positif au droit naturel ses conclusions sont très connues : « une loi n'a de valeur que dans la mesure où elle comporte de la justice. Or, dans les affaires humaines, une chose est dite juste du fait qu'elle est droite, conformément à la règle de la raison. Mais la règle première de la raison est la loi de nature [...]. Aussi toute loi portée par les hommes n'a raison de loi que dans la mesure où elle dérive de la loi de nature. Si elle dévie en quelque point de la loi naturelle, ce n'est plus alors une loi, mais une corruption de la loi » (I^a II^{ae}, q. 95, art. 2 ; *ibidem*, p. 599).

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 611 (I^a II^{ae}, q. 97, art. 2).

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 612 (I^a II^{ae}, q. 97, art. 3).

⁵²⁶ KELLY, John M., *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1992, p. 138.

⁵²⁷ VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. S. Rials, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p. 163.

puisqu'elle doit être l'expression d'un juste naturel changeant», comme le remarque M. Villey⁵²⁸. Tout cela supposerait le rétablissement du lien du droit avec la société chez Thomas d'Aquin.

L'universalisme de Thomas d'Aquin découle de sa conception idéale et objective du droit naturel qu'il a pris d'Aristote. Néanmoins, il est possible d'identifier une autre version du jusnaturalisme selon laquelle ce qui est juste l'est du fait d'une volonté constante et supérieure. Ce mode d'intervention de la volonté est écarté tant par le droit naturel idéal, parce que la seule fonction de la volonté est d'exécuter les possibilités prédéterminées par la raison, que par le droit naturel existentiel, car dans cette tendance la volonté est absorbée par l'instinct⁵²⁹. Or, dans la mesure où cette «volontarisation» du droit naturel est orientée à ce que celui-ci soit fondé sur la volonté de Dieu, elle maintient le caractère universel de ses préceptes. Par exemple, Augustin d'Hippone (354-430) définit la *lex aeterna* comme «la raison divine ou volonté de Dieu, qui commande de conserver l'ordre naturel et interdit de le troubler»⁵³⁰, et la *lex naturalis* comme la transcription de la *lex aeterna* dans l'esprit humain, dans la raison et le cœur de l'homme⁵³¹. Un autre exemple d'une doctrine volontariste est celle de Guillaume d'Ockham (v. 1285-1347), car il affirme que «le droit naturel n'ordonne autre chose que ce que Dieu veut, et n'interdit que ce que Dieu veut empêcher»⁵³². Plus encore, cette forme de volontarisme a permis à quelques membres de la scolastique de la fin du Moyen Âge de rejeter les nuances à l'universalité que Thomas d'Aquin avait incluses dans sa conception du droit naturel. C'est ainsi que Gabriel Vázquez (1551-1604) soutient que comme la loi naturelle est la nature rationnelle en elle-même, elle continue à être identique partout, même par rapport aux dernières conclusions des principes généraux, n'étant les différences apparentes que le produit des coutumes locales et de l'ignorance de peuples⁵³³. En ce sens, Francisco Suárez (1548-1617), le plus célèbre des scolastiques espagnols, distingue trois types de préceptes cognoscibles par la raison (les principes généraux, les principes déterminés et les conclusions qui en dérivent) et les regroupe tous les trois dans le droit naturel parce qu'ils procèdent de la nature et de Dieu

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 164. En effet, Thomas d'Aquin affirme de la loi humaine doit être «juste, réalisable selon la nature et la coutume du pays, adaptée au temps et au lieu, cela signifie que la loi devra être adaptée à la discipline des mœurs. [...] Elle doit enfin être adaptée aux usages, car un individu ne peut pas vivre comme un solitaire dans la société, sans se conformer aux mœurs d'autrui. [...] La discipline doit être en rapport avec telles circonstances données, d'où: la loi sera adaptée au temps et au lieu» (I^a II^{ae}, q. 95, art. 3 ; *ibidem*, p. 600).

⁵²⁹ WELZEL, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁵³⁰ «Ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari jubens, perturbari vetans» (*Contra Faustum Manichaeum*, liv. XXII, § 27).

⁵³¹ *De diversis quaestionibus octoginta tribus*, q. 53, § 2.

⁵³² «Cum ergo in naturali iure nichil aliud precipiatur quam quod Deus vult fieri nihilque vetetur quam quod Deus prohibet fieri» (*Dialogus inter magistrum et discipulum de imperatorum et pontificum potestate*, I^{er} partie, liv. 1 chap. 9 ; transcrit dans : GOLDAST, Melchior, *Monarchia sacri Romani imperii* (1612-1614), vol. II, p. 406). Du côté de la Réforme protestante l'on trouve aussi ce type de volontarisme. Par exemple, selon Jean Calvin (1509-1564) «la volonté de Dieu est tellement la règle suprême et souveraine de justice, que tout ce qu'il veut, il le faut tenir pour juste, d'autant qu'il le veut» (*Institution de la religion chrétienne* (dernière édition en français, 1560), liv. III, chap. 23, § 2 ; éd. F. Baumgartner, Genève, E. Beroud, 1888, p. 439).

⁵³³ *Commentariorum ac disputationum in primam secundae S. Thomae* (1598), II, 1, q. 94, art. 4, n. 9.

comme son créateur⁵³⁴. L'universalisme est ainsi accentué en dépit de toute considération d'ordre local ou particulier.

Du côté du « droit naturel moderne » il y a également la prétention de discerner les principes universels du droit naturel, mais en empruntant un chemin différent. Le concept de *ratio* subit une profonde transformation impulsée tant par les méthodes des nouvelles sciences naturelles que par les polémiques et luttes religieuses déclenchées par la Réforme protestante⁵³⁵. Or, tout comme le jusnaturalisme moderne, la métaphysique téléologique aristotélico-thomiste concevait la raison comme le principe fondamental du droit naturel, car l'homme est un *animal rational* qui est soumis par Dieu à l'axiome de la *recta ratio*, ce qui l'entraîne, par ses inclinations naturelles, à se conduire rationnellement et, par cette voie, à vivre en société⁵³⁶. Mais il s'agit d'un principe formel vers lequel l'homme se tourne par nature, de même que sa fin intrinsèque est de se conduire rationnellement, comme il l'est aussi d'être un *animal social* et *politicum*. Au contraire, la conception de la raison du jusnaturalisme moderne s'écarte progressivement de cette métaphysique téléologique, ne cherchant plus une fin immanente des choses et des êtres. En suivant la méthode analytique et synthétique de René Descartes (1596-1650) et Galileo Galilée (1564-1642), la raison devient la *clara et distinta perceptio*, la connaissance claire et distincte⁵³⁷, à laquelle on n'arrive pas par la seule contemplation de l'apparence externe des objets, étant donné leur complexité, mais par la décomposition et l'examen détaillé de leurs diverses parties (phase analytique ou de résolution) et par leur reconstruction fondée sur l'analyse des connexions entre celles-ci (phase synthétique ou de composition)⁵³⁸. Cette méthode, qui se

⁵³⁴ *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (1613), liv. II, chap. VII.

⁵³⁵ WELZEL, *op. cit.*, p. 100.

⁵³⁶ En effet, selon Thomas d'Aquin « de même que l'intelligence adhère nécessairement et naturellement aux premiers principes, ainsi la volonté à la fin dernière » (I^a, q. 82, art. 2 ; *Somme théologique*, cit., vol. I, p. 716). Par conséquent, en ce qui concerne la loi naturelle, « il s'ensuit que l'esprit humain saisit comme des biens, et par suite comme dignes d'être réalisées, toutes les choses auxquelles l'homme se sent porté naturellement ; en revanche, il envisage comme des maux à éviter les choses opposées aux précédentes. C'est selon l'ordre même des inclinations naturelles que se prend l'ordre des préceptes de la loi naturelle » (I^a II^{ae}, q. 94, art. 2 ; *ibidem*, vol. II, p. 592).

⁵³⁷ « Je suis assuré que je suis une chose qui pense ; mais ne sais-je donc pas aussi ce qui est requis pour me rendre certain de quelque chose ? Certes, dans cette première connaissance, il n'y a rien qui m'assure de la vérité, que la claire et distincte perception de ce que je dis, laquelle de vrai ne serait pas suffisante pour m'assurer que ce que je dis est vrai, s'il pouvait jamais arriver qu'une chose que je concevrais ainsi clairement et distinctement se trouvât fautive : et partant il me semble que déjà je puis établir pour règle générale que toutes les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies » (DESCARTES, René, *Méditations métaphysiques*, III ; *Discours de la méthode : suivi des Méditations métaphysiques*, Paris, E. Flammarion, 1908, pp. 83-84).

⁵³⁸ GALILÉE, Galileo, *Dialogue sur les deux grands systèmes du monde*, trad. René Fréreau et François de Gandt, Paris, Seuil, 2000, §75, p. 83. Sur les apports de Galilée à la méthode scientifique voir : WISAN, Winifred L., « Galileo's Scientific Method: A Reexamination », in BUTTS, Robert E., PITT, Joseph C. (eds.), *New perspectives on Galileo*, Dordrecht, Boston, D. Reidel, 1978, pp. 1-57. Un bon exemple de l'application de la méthode analytique et synthétique, exprimée en termes mécanistes, est proposé par Hobbes lorsqu'il soutient qu'« on ne saurait mieux connaître une chose, qu'en bien considérant celles qui la composent. Car, de même qu'en une horloge, ou en quelque autre machine automate, dont les ressorts sont un peu difficiles à discerner, on ne peut pas savoir quelle est la fonction de chaque partie, ni quel est l'office de chaque roue, si on ne la démonte, et si l'on ne considère à part la matière, la figure, et le mouvement de chaque pièce ; ainsi en la recherche du droit de l'État, et du devoir des sujets, bien qu'il ne faille pas rompre la société civile, il la faut pourtant considérer comme si elle était dissoute, c'est-à-dire, il faut bien entendre quel est le naturel des hommes, qu'est-ce qui les rend propres ou incapables de former des cités, et comment c'est que doivent être disposés ceux qui veulent s'assembler en un corps de république » (HOBBS, Thomas, *Le citoyen ou les*

pose indépendamment de l'autorité de Dieu⁵³⁹, offre une nouvelle conception de la raison et constitue la base du droit naturel moderne dans la mesure où il peut être appliqué aux problèmes de la vie sociale, en particulier celui de découvrir les contenus juridiques matériels de validité générale à partir de la nature humaine, mais cette fois obtenus de l'observation de l'homme empirique et non plus de la spéculation abstraite. Dans le passage de l'interprétation transcendante à l'interprétation immanente de l'univers, d'une interprétation où les objets ont une fin intrinsèque et naturelle imposée par Dieu à une interprétation où l'ordre du monde est expliqué par lui-même, dès l'intérieur, sous la forme des lois naturelles causales et exprimées au moyen de la mathématique et la géométrie⁵⁴⁰, dans ce passage réside la substitution de la transcendance par l'immanence des lois qui caractérise le jusnaturalisme moderne, qui ne parle plus de la *lex aeterna* mais de la loi rationnelle⁵⁴¹.

Cette nouvelle conception de la raison peut accentuer vigoureusement l'universalisme du jusnaturalisme moderne. C'est notamment le cas de Thomas Hobbes (1588-1679) qui soutient qu'« une loi de nature (*lex naturalis*) est un précepte, ou une règle générale trouvée par la raison selon laquelle chacun a l'interdiction de faire ce qui détruit sa vie, ou qui le prive des moyens de la préserver »⁵⁴². De là il conclut que la première et fondamentale loi de nature est de « *chercher la paix et la maintenir* », car elle est érigée sur « un précepte et une règle générale de la raison, *que chacun doit s'efforcer à la paix aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'atteindre* »⁵⁴³. Or, ce qui est le plus remarquable c'est que Hobbes rapporte l'universalité de la loi de nature aux lois positives. Partout celles-ci ont le même caractère d'avoir « été faites lois par la volonté de ceux qui ont la puissance souveraine sur les autres »⁵⁴⁴. Une adaptation aux contextes particuliers de chaque société n'est pas prévue par le philosophe anglais, puisqu'elles ne consistent qu'en « les règles que l'État a commandées à tout sujet, par des mots ou par écrit, ou par un autre signe suffisant de la volonté, afin qu'il en fasse usage pour distinguer le droit du tort [*for the Distinction of Right, and Wrong*], autrement dit ce qui est contraire et ce qui n'est pas contraire à la règle »⁵⁴⁵. De fait,

fondements de la politique, trad. Samuel Sorbière, éd. Simone Goyard-Fabre, Paris, Flammarion, 1982, p. 71). Sur les deux méthodes dans l'œuvre de Hobbes voir : MALHERBE, Michel, *Thomas Hobbes ou l'œuvre de la raison*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1984, pp. 32-39.

⁵³⁹ « Les doctrines philosophiques sur le droit naturel connurent de nouveaux succès avec l'humanisme et le rationalisme. L'un puis l'autre (et l'autre plus que l'un) rompirent avec les dimensions théologiques qui animaient les doctrines précédentes. La référence ultime du Droit devient l'homme et le droit naturel conçu comme le droit de la raison humaine s'offre comme instrument conceptuel de ce bouleversement » (SÉRIAUX, Alain, « Droit naturel », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 507).

⁵⁴⁰ « La philosophie est écrite dans ce vaste livre constamment ouvert devant nos yeux (je veux dire l'univers), et on ne peut le comprendre si d'abord on n'apprend à connaître la langue et les caractères dans lesquels il est écrit. Or il est écrit en langue mathématique, et ses caractères sont le triangle et le cercle et autres figures géométriques, sans lesquelles il est humainement impossible d'en comprendre un mot » (GALILÉE, Galileo, *L'Essayeur de Galilée (Il Saggiatore)*, éd. et trad. Christiane Chauviré, Paris, Les Belles Lettres, 1980, p. 141)

⁵⁴¹ WELZEL, *op. cit.*, p. 109-110.

⁵⁴² HOBBS, Thomas, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. Gérard Mairet, Paris, Gallimard, 2000, partie I, chap. XIV, p. 230.

⁵⁴³ *Ibidem*, pp. 231-232.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, partie II, chap. XXVI, p. 430.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, chap. XXVI, p.

l'universalité des deux espèces de loi est l'une des conséquences de l'idée de Hobbes selon laquelle « la loi de nature et la loi civile se contiennent l'une l'autre et sont d'égale étendue. [...] La loi de nature est donc une partie de la loi civile dans tous les États du monde. Réciproquement, aussi, la loi civile est une partie des choses dictées par la nature »⁵⁴⁶. Cette superposition de la loi de nature et de la loi civile (dont la notion correspond en bonne partie à celle de loi positive) ne conduit pas seulement à une profonde révision du rôle de la première et à une prééminence de la deuxième⁵⁴⁷, en cela que celle-ci garantit un ordre réel de la vie sociale⁵⁴⁸. Elle suppose également qu'étant donné la conception volontariste du droit que Hobbes déploie, le souverain⁵⁴⁹ n'est pas du tout soumis dans l'exercice de sa compétence législative aux circonstances et particularités de la société dont les membres se trouvent sous son autorité⁵⁵⁰. Il est amplement affranchi de ce type de conditionnement ce qui, en outre, fait douter à Hobbes de la convenance de tenir compte des exemples de nations étrangères si le souverain cherche à éviter la dissolution de l'État, comme c'est son devoir⁵⁵¹.

L'un des auteurs le plus influents de l'école du droit naturel moderne, Samuel von Pufendorf (1632-1694), arrive à une vision universaliste similaire, malgré les différences qui

⁵⁴⁶ *Ibidem*, chap. XXVI, pp. 408-409.

⁵⁴⁷ En effet, pour Hobbes de l'état de nature, « de cette guerre de chacun contre chacun » résulte que « rien ne peut être injuste. Les notions du bon et du mauvais, du juste et de l'injuste n'ont pas leur place ici. Là où n'existe aucune puissance commune, il n'y a pas de loi ; là où il n'y a pas de loi, rien n'est injuste » (*ibidem*, partie I, chap. XIII, p. 227-228). Ce type d'affirmations permet de conclure que « the law of nature is law only in a figurative sense, for the imperative or coercive aspect of civil law is the essence of it » (SABINE, George H., *A History of Political Theory*, 3rd ed., New York, Holt Rinehart and Winston, 1961, p. 472), et même d'affirmer que « Hobbes peut aussi être qualifié de premier positiviste juridique » (PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro, *La notion de l'État*, trad. Jean R. Weiland, Paris, Ed. Sirey, 1969, p. 137). De toute façon, il convient d'indiquer, comme le fait F. Lessay, que du point de vue de la légitimation de pouvoir politique, « en faisant découler la soumission à la loi civile d'une « convention », autrement dit du contrat social, il pose, par rapport au droit, un primat de la loi naturelle. Celle-ci acquiert par là une valeur légitimante qui trouve à s'exercer grâce au pacte fondateur de la cité sans lequel aucune loi positive ne verrait le jour » (LESSAY, Franck, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, PUF, 1988, p. 191).

⁵⁴⁸ Selon H. Welzel, l'idée philosophico-juridique centrale de l'œuvre de Hobbes est que le propos principal du droit n'est pas celui de créer un ordre idéal, mais un ordre réel de la coexistence (WELZEL, *op. cit.*, p. 112).

⁵⁴⁹ « Dans tous les États, le souverain seulement est législateur, que ce soit un seul, comme en monarchie, ou une assemblée de plusieurs, comme en démocratie ou en aristocratie. Le législateur, en effet, est celui qui fait la loi. Et l'État seulement prescrit et commande d'observer ces règles que nous appelons la loi ; donc l'État est le législateur » (*Ibidem*, chap. XXVI, p. 407).

⁵⁵⁰ En effet, comme l'explique M. Malherbe, « le souverain règle sur sa volonté propre les lois qu'il édicte, sans qu'il lui soit nécessaire – en outre – de tenir compte de l'avis de ses sujets ou d'avoir les yeux fixés sur quelque principe éternel du bien » (MALHERBE, M., *op. cit.*, p. 196).

⁵⁵¹ C'est ainsi que Hobbes considère que « tout comme une fausse doctrine, très souvent l'exemple d'un gouvernement différent chez une nation voisine encourage à changer la forme de gouvernement déjà établie. C'est ainsi que [...] les plus petites cités de la Grèce étaient troublées en permanence par les soulèvements des partis aristocratiques et démocratiques, une part de presque toutes les cités désirant imiter les Lacédémoniens, l'autre les Athéniens. Aussi, je ne doute pas que beaucoup, prenant les Pays-Bas comme exemple, n'aient été satisfaits de voir les derniers troubles d'Angleterre : pour devenir riches, ils supposent qu'il suffit seulement de changer la forme du gouvernement comme on l'a fait aux Pays-Bas. La constitution naturelle des humains est par elle-même sujette à désirer la nouveauté. Quand donc ils sont encouragés à la nouveauté par les voisins qui, en plus, se sont enrichis par elle, il leur est presque impossible de ne pas être satisfaits de ceux qui les appellent au changement, et de ne pas aimer les désordres qui commencent (même s'ils pâtissent de leur continuation) » (*Ibidem*, chap. XXIX, p. 483-484).

le séparent de Hobbes⁵⁵². L'une de celles-ci réside dans la proposition par Pufendorf d'une théorie de la spécificité du monde moral – spécialement dans son ouvrage *De jure naturae et gentium* (1672) – qui permet de le distinguer du monde physique, tandis que Hobbes insérait la morale dans un processus causal. Cette spécificité s'illustre chez Pufendorf dans la catégorie des « êtres moraux » (*entia moralia*), qu'il définit comme « *certaines Modes, que les Êtres Intelligents attachent aux Choses Naturelles ou aux Mouvements Physiques, en vue de diriger & de restreindre la Liberté des Actions Volontaires de l'Homme, & pour mettre quelque ordre, quelque convenance & quelque beauté, dans la vie Humaine* »⁵⁵³. La liberté de la volonté humaine est donc un présupposé de l'existence des êtres moraux et une caractéristique de tous les hommes qui leur permet d'être sujets des obligations imposées par une loi supérieure, même dans l'état de nature⁵⁵⁴. Cette loi supérieure, dont le fondement matériel, obtenu de l'observation de la nature humaine⁵⁵⁵, se trouve dans la « sociabilité universelle »⁵⁵⁶. Elle est la loi naturelle que, selon Pufendorf, « l'on pourroit aussi nommer *Loi Universelle*, parce que tout le Genre Humain est tenu de l'observer, ou *Loi Perpétuelle*, à cause qu'elle n'est point sujette au changement, comme les Lois Positives »⁵⁵⁷. En plus de son caractère systématique⁵⁵⁸ et des principes matériels sur lesquels elle repose – l'idée de liberté⁵⁵⁹ et l'idée d'égalité⁵⁶⁰ – Pufendorf renforce l'universalité de la loi naturelle tant en niant qu'elle soit fondée sur le consentement de tous les hommes ou de toutes les Nations⁵⁶¹, qu'en rejetant qu'elle puisse s'appuyer sur la coutume, étant donné la diversité et même l'opposition qui se manifeste entre celles de plusieurs peuples⁵⁶², de sorte que « la Coutume n'a jamais assez de force pour corrompre le Jugement jusques à nous mettre absolument hors d'état de découvrir la Vérité en ce qui regarde les Loix Naturelles »⁵⁶³.

⁵⁵² Pour une analyse détaillée de la conception du droit naturel de Pufendorf voir : GOYARD-FABRE, Simone, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994 ; KRIEGER, Leonard, *The politics of discretion: Pufendorf and the acceptance of natural law*, Chicago, University of Chicago Press, 1965 ; LAURENT, Pierre, *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, J. Vrin, 1982.

⁵⁵³ PUFENDORF, Samuel von, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Jean Barbeyrac (1732), Caen, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1987, liv. I, chap. I, § III, t. 1, p. 3.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, liv. I, chap. I, § VII, t. 1, p. 7.

⁵⁵⁵ « Pour moi je ne trouve point de voie plus abrégée ni plus commode pour découvrir les principes du Droit Naturel, que de considérer avec soin la nature, la constitution, & les inclinations de l'Homme » (*ibidem*, liv. II, chap. III, § XIV, t. 1, p. 192).

⁵⁵⁶ *Ibidem*, liv. II, chap. III, § XIV, t. 1, pp. 194-195.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, liv. II, chap. III, § I, t. 1, p. 169.

⁵⁵⁸ La conception systématique du droit naturel de Pufendorf a été un modèle pour les théories jusnaturalistes postérieures et les codes érigés sur celles-ci, comme le Code général pour les États prussiens (1794) (WELZEL, *op. cit.*, p. 154).

⁵⁵⁹ *Ibidem*, liv. II, chap. II, § III, t. 1, p. 153-154.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, liv. III, chap. II, § I, t. 1, p. 308-309.

⁵⁶¹ « Il y en a d'autres qui posent pour fondement du Droit Naturel, le consentement de tous les Hommes, ou de toutes les Nations, ou du moins de la plupart, & des plus civilisées, à reconnoître certaines choses pour honnêtes ou deshonnêtes. Mais outre que par là on donne seulement une démonstration à *posteriori*, comme on parle, & qui ne nous enseigne point pourquoi telle ou telle chose est prescrite ou défendue par le Droit Naturel, c'est dans le fond une méthode bien peu sûre, & environnée d'un nombre infini de difficultés » (*ibidem*, liv. II, chap. III, § VII, t. 1, p. 179).

⁵⁶² *Ibidem*, liv. II, chap. III, § VIII, t. 1, p. 180.

⁵⁶³ *Ibidem*, liv. II, chap. III, § IX, t. 1, p. 183 ; voir aussi : liv. II, chap. III, § XXIII, t. 1, p. 215. Le seul point que Pufendorf admet est celui de l'utilité de faire approuver des lois qui correspondent aux coutumes :

En général, les auteurs distinctifs du jusnaturalisme moderne tendent à accentuer la propriété de l'universalité des principes du droit naturel, bien que quelques-uns ne cessent pas de remarquer que les règles du droit positif ne doivent pas seulement correspondre à celui-ci mais aussi s'adapter dans une certaine mesure aux conditions de la société. John Locke (1632-1704) par exemple, confirme le caractère universel et permanent de la loi de nature : « L'état de nature possède une loi de nature qui le régit, et cette loi oblige tout le monde ; la raison, qui est cette loi, enseigne à tous les hommes qui prennent la peine de la consulter qu'étant tous égaux et indépendants, aucun ne doit nuire à un autre dans sa vie, sa santé, sa liberté et ses possessions »⁵⁶⁴. Cette loi ne cesse pas d'être en vigueur une fois la société civile et le gouvernement ont été établis, à tel point que si une loi positive y est contraire elle perd sa validité⁵⁶⁵. En plus, cet auteur considère que la mission de l'autorité publique est celle de sauvegarder et protéger les droits que toutes les personnes possèdent depuis l'état de nature⁵⁶⁶. De cette manière, outre la dimension objective s'érige aussi une dimension subjective du droit naturel qui est alors composé tant des devoirs des autorités et sujets que des droits et libertés individuels⁵⁶⁷. Les deux dimensions partagent un même caractère universel, car elles sont fondées sur la nature humaine et la raison, sans que la coutume accomplisse un rôle important⁵⁶⁸. Toutefois, Locke reconnaît qu'en sanctionnant les conduites les plus reprochables chaque société présente des particularités qui ne

« Ce n'est pas qu'il ne soit extrêmement utile, pour tirer des Sujets une obéissance volontaire, de leur prescrire des Loix qu'ils approuvent eux-mêmes, sur tout lors qu'il s'agit de quelque chose qui doit passer en coutume » (*ibidem*, liv. I, chap. VI, § XIII, t. 1, p. 103).

⁵⁶⁴ LOCKE, John, *Le second traité du gouvernement: essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. Jean-Fabien Spitz, Paris, PUF, § 6, p. 6.

⁵⁶⁵ « La loi de nature demeure comme une règle éternelle pour tous les hommes, pour les législateurs autant que pour les autres. Les règles que les premiers imposent aux actions des hommes doivent de même que leurs propres actions et celles des autres, être conformes à la loi de nature, c'est-à-dire, à la volonté de Dieu dont elle est une déclaration ; et parce que la loi fondamentale de la nature est la préservation du genre humain, aucun décret humain ne saurait être bon ni valide s'il y est contraire » (*ibidem*, § 135, p. 98). Par conséquence, selon Locke, les « lois civiles des différents pays [...] ne sont justes que dans la mesure où elles se fondent sur la loi de nature, d'après laquelle il faut les régler et les interpréter » (*ibidem*, § 12, p. 11).

⁵⁶⁶ *Ibidem*, §§ 123-124, pp. 90-91. Sur l'importance du concept de droit naturel chez Locke, voir : BOBBIO, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, Torino, G. Giappichelli, 1963 ; DUNN, John (1969), *La pensée politique de John Locke*, trad. J.-F. Baillon, Paris, PUF, 1991, pp. 105-127 ; HANCEY, James O., « John Locke and the Law of Nature », *Political Theory*, vol. 4, n° 4, 1976, pp. 439-454 ; TULLY, James, *A discourse on property: John Locke and his adversaries*, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 1980, pp. 35-50 ; YOLTON, John W., « Locke on the Law of Nature », *The Philosophical Review*, vol. 67, n° 4, 1958, pp. 477-498.

⁵⁶⁷ Voir en ce sens : SIMMONS, Alan J. (1992), *The Lockean theory of rights*, Princeton, Princeton University Press, 68-120 ; SABINE, George H., *A History of Political Theory*, 3rd ed., New York, Holt Rinehart and Winston, 1961, pp. 525-526, 528.

⁵⁶⁸ Dans *Le second traité du gouvernement* Locke tend à relativiser l'importance et la portée des coutumes, car il considère que dans la plupart des cas elles ne répondent pas aux principes de la raison. Par exemple, il rejette l'argument selon lequel la monarchie absolue est légitime parce qu'elle s'appuie sur des coutumes immémoriales : « le temps conférait sans doute [...] un caractère sacré à des coutumes que la négligence et l'imprévoyante innocence des premiers âges avaient introduites, mais lorsqu'il eut également apportés des successeurs d'un autre acabit, le peuple vit que ses propriétés n'étaient pas en sûreté sous un gouvernement ainsi constitué » (*ibidem*, § 94, p. 68). Un autre exemple concerne la question de l'équilibre dans la représentation (en Angleterre il y avait des circonscriptions très peuplées mais sous-représentées), sur laquelle Locke soutient qu'elle doit être définie par la « droite raison » et non pas « d'après la coutume » (*ibidem*, § 158, p. 115).

permettent pas une uniformité complète⁵⁶⁹. Pour les expliquer, cet auteur et d'autres jusnaturalistes recourent à l'argument selon lequel seulement quelques personnes ont la capacité et la sagesse pour accéder aux principes de droit naturel à travers l'application diligente de la raison, tandis que les autres succombent facilement aux passions et aux intérêts égoïstes⁵⁷⁰. Par ailleurs, ils acceptent aussi que le droit naturel concède un éventail des choix entre alternatives raisonnables et qu'il ne s'occupe pas de tous les détails de la vie sociale⁵⁷¹. Les conditions particulières de chaque société semblent ainsi pouvoir nuancer la prétention universaliste de la conception jusnaturaliste du droit.

II. Méthode déductive et méthode inductive dans l'école du droit naturel

La question de l'ambivalence entre universalisme et particularisme fait écho à une autre qui a beaucoup inquiété le jusnaturalisme : celle de l'origine et du fondement des préceptes de droit naturel. Elle a donné lieu à plusieurs classifications et a profondément marqué l'analyse sur cette école de pensée juridique⁵⁷². Toutefois, du point de vue de notre recherche il convient d'aborder uniquement l'un de ses divers aspects. Il s'agit de la méthode qui permet d'identifier les principes qui intègrent le droit naturel. Deux grandes tendances peuvent être identifiées. D'une part, il y a une longue tradition qui vise à déterminer ces principes au moyen d'une analyse essentiellement abstraite et rationnelle et, de là, à constater, en suivant une démarche déductive, la correspondance des règles des droits positifs aux principes de droit naturel, ce qui permet de confirmer la validité universelle de ces derniers. D'autre part, il est possible de repérer une autre tendance qui procède de manière inductive, puisqu'elle part de la comparaison des contenus spécifiques des normes appartenant aux divers systèmes juridiques en vigueur, en reconnaissant même qu'ils ont été l'objet d'un emprunt d'une société par une autre ; ce faisant, elle dérive des principes de plus en plus amples, jusqu'à ce que surgissent les principes premiers du droit

⁵⁶⁹ « And so, were the consensus of mankind to be considered the rule of morals, there would either exist no law of nature, or this law would vary from place to place; one thing is considered virtuous in one place and vicious elsewhere; and vices themselves are transformed into duties [...]. For men have judged themselves not to have violated, but to have observed, the law of nature, since they have been guided by the then dominant opinion [and] have preferred one action or another in conformity with the custom of their race, actions which seem perhaps to other, and not without reason, vicious and impious » (LOCKE, John, *Questions concerning the law of nature*, ed. Robert Horwitz, Jenny Strauss Clay y Diskin Clay, Ithaca, Cornell University Press, 1990, p. 183).

⁵⁷⁰ Voir, par exemple, l'extrait cité de Thomas d'Aquin, *supra* n. 522. Pour sa part, Locke souligne que « les hommes étant partiaux envers eux-mêmes, la passion et l'esprit de revanche risquent fort de les entraîner trop loin, et avec une chaleur excessive, lorsqu'il s'agit de leur propre cause ; d'un autre côté, la négligence et l'indifférence les portent à être trop insouciant lorsqu'il s'agit de celle des autres » (LOCKE, J., *Le second traité du gouvernement*, *cit.*, § 125, p. 91).

⁵⁷¹ Sur ces remarques des doctrines du droit naturel, voir : FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, 2nd ed., Oxford, New York, Oxford University Press, 2011, p. 29 ; STRAUSS, Leo, *Natural right and history*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, p. 10.

⁵⁷² Pour une classification des doctrines de droit naturel sur ce critère voir : BIX, Brian, « Natural law theory », in PATTERSON, Dennis (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, pp. 223-230 ; BOBBIO, Norberto, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, G. Giappichelli, 1947, pp. 13-15 ; FRIEDMANN, Wolfgang Gaston, *Théorie générale du Droit*, Paris, LGDJ, 1965, p. 46 ; NINO, Calos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 28-30 ; WEINREB, Lloyd L., *Natural law and justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, pp. 43-66.

naturel⁵⁷³. Quoique la première méthode soit caractéristique de la conception idéaliste du droit naturel et la deuxième trouve les meilleures conditions pour son accomplissement dans la conception existentialiste du droit naturel, cette différenciation ne correspond pas à celle qui distingue le droit naturel « idéal » du droit naturel « existentiel », conception abordée dans le paragraphe précédent⁵⁷⁴. Cependant, il convient de s'en approcher, même si dans le cas d'un auteur ou d'une doctrine en particulier il est difficile de juger s'ils suivent l'une ou l'autre de ces deux méthodes. Face à cette difficulté, on se contentera de faire allusion aux idées des quelques philosophes et juristes jusnaturalistes qui, entre le XVII^e et le XVIII^e siècles, commencent à développer une démarche inductive pour l'identification des principes de droit naturel.

L'un des premiers auteurs qui a esquissé une méthode à caractère inductif est Hugo Grotius (1583-1645). Il a de plus été reconnu pendant longtemps comme le « père fondateur » du jusnaturalisme moderne, principalement parce qu'il a « émancipé la théorie du droit de la théologie »⁵⁷⁵. Bien que ce jugement ait été partiellement revu⁵⁷⁶, il ne faut pas oublier que cet auteur soutient que le droit naturel s'impose sur les différences religieuses⁵⁷⁷ et que celui-ci « aurait lieu en quelque sorte, quand même nous accorderions, ce qui ne peut être concédé sans un grand crime, qu'il n'y a pas de Dieu, ou que les affaires humaines ne sont pas l'objet de ses soins »⁵⁷⁸. Son principal objectif est d'influer sur la pratique effective

⁵⁷³ Pour une approche de cette différenciation voir : DONAHUE, Charles, « Comparative law before the Code Napoléon », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard, (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 22-23 ; HUG, Walther, « History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, vol. 45, n° 6, 1932, p. 1032.

⁵⁷⁴ Du point de vue historique, il est possible de repérer cette différence dans l'abandon progressif des conceptions de l'Humanisme juridique du XVI^e siècle, dont l'étude du droit suivait une méthode de type inductive et qui était intéressé à l'examen de l'histoire de divers systèmes de droit (voir *supra*), en raison de la prépondérance, pendant le XVII^e siècle, de la démarche déductive et fondée sur la spéculation abstraite caractéristique de la tendance idéaliste de l'école du droit naturel moderne. En effet, comme l'explique R. Launay, « these three key elements—relativism, historicism, and comparativism—were, by way of contrast, far more marginal if not absent from seventeenth century thought. In some instances, sixteenth century ideas were deliberately suppressed [...]. None of these principles appealed to absolutist monarchies, anxious to justify their rule on universal principles. At the same time, the Cartesian emphasis on deductive reason was hardly compatible with the messy inductivism typifying comparative or historicist approaches to social, political, and legal theory » (LAUNAY, Robert, « Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law », in RILES, Annelise (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 25).

⁵⁷⁵ POUND, Roscoe, « Theories of Law », *Yale Law Journal*, vol. 22, n° 2, 1912-1913, p. 124.

⁵⁷⁶ C'est ainsi que quelques commentateurs considèrent que Grotius n'a fait que reprendre la scolastique espagnole (ROMMEN, Heinrich A., *Le droit naturel : histoire, doctrine*, trad. Émile Marmy, Paris, Eglhoff, 1945, pp. 95 sqq. ; SAUTER, Johann, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechtes: Untersuchungen zur Geschichte der rechts- und Staatslehre*, Wien, Springer, 1932, p. 91 sqq.).

⁵⁷⁷ « À propos des traités, on demande fréquemment s'il est licite d'en conclure avec ceux qui sont étrangers à la vraie religion. Cette question, dans le droit de nature, n'offre pas de doute. Car le droit de traiter est tellement commun à tous les hommes, qu'il n'admet pas de différence de religion » (GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. M. P. Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1867, liv. II, chap. XV, § VIII, vol. II, pp. 249-250).

⁵⁷⁸ *Ibidem*, prol., § XI, vol. I, pp. 13-14. Cependant, il ne s'agit pas, comme le rappelle C. Larrère, d'un « argument laïque, voire « impie ». Il ne suppose pas que l'on adopte les hypothèses avancées, mais montre la cohérence et la consistance du droit naturel, hors de tout fondement théologique. Grotius fortifie l'assise rationnelle du droit naturel en le séparant d'un contenu théologique exposé au doute sceptique » (LARRÈRE, Catherine, « Grotius, Hugo », in RAYNAUD, Philippe, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 297). En général, il est possible d'affirmer que « in the seventeenth century, important changes occurred in the way that the theory of natural law was

du droit de son temps. Pour y arriver, il articule dans ses travaux sa complète formation humanistique et ses vastes connaissances juridiques. Grotius croit alors qu'à travers la raison et le droit il est possible de résoudre le conflit religieux déclenché entre catholiques et protestants à partir du XVI^e siècle, bien qu'il ne s'agisse pas de la *lex aeterna* mais des préceptes concrets du droit naturel⁵⁷⁹. Or, le plus frappant c'est que pour identifier celui-ci, il complète les arguments rationnels avec une énorme masse d'exemples historiques. Il n'abandonne pas la démarche déductive, mais il fait également usage des matériaux légaux de divers endroits et temps pour offrir des illustrations et confirmations de son système de droit naturel⁵⁸⁰. Pour lui, la validité universelle des propositions de ce droit pourrait être prouvée tant par une simple déduction de la raison que par le fait que certaines normes et institutions ont été adoptées dans tous les systèmes juridiques. Grotius déclare qu'« on a coutume de prouver de deux manières qu'une chose est de droit naturel : *a priori* et *a posteriori*. De ces deux façons d'argumenter, celle-là est plus abstraite, celle-ci plus populaire. On prouve *a priori*, en démontrant la convenance ou la disconvenance nécessaire d'une chose avec la nature raisonnable et sociale ; *a posteriori*, en concluant, sinon avec une certitude infaillible, du moins avec beaucoup de probabilité, qu'une chose est du droit naturel, parce qu'elle est crue comme telle chez toutes les nations, ou parmi celles qui sont le plus civilisées. Car un effet universel exige une cause universelle, et la cause d'une semblable opinion ne peut guère être autre chose que le sens même qu'on appelle sens commun »⁵⁸¹. Néanmoins, l'analyse comparative au sens moderne n'apparaît pas dans le système de droit naturel de Grotius. En outre, il n'a pas suivi la pratique de certains juristes médiévaux d'utiliser les matériaux juridiques étrangers comme une référence d'autorité⁵⁸². C'est pourquoi M. Villey conclut que le « *jus gentium*, règles appuyées sur le consentement universel ou que certifie l'autorité des juristes romains, et même règles du "droit volontaire" [...] vont *en fait* fournir sa substance au système de Grotius. Mais tout l'effort de sa doctrine est de ramener fictivement ces règles à cette source première, *la raison, c'est-à-dire la loi morale* »⁵⁸³. De toute façon, comme l'indique H. Welzel, il est remarquable que cet auteur ait essayé de déduire le droit naturel de la conviction juridique commune de tous les peuples, au moins de tous les peuples « civilisés », ce qui lui a permis de formuler des préceptes de droit naturel beaucoup plus précis et incomparablement plus riches que ceux des doctrines jusnaturaliste précédentes⁵⁸⁴.

argued. A new secular version was put forward by Grotius and Pufendorf to replace natural law teachings with theological foundations. [...] Theorist of natural law assert that law ought to be obeyed, not because rulers or states so command, but because the law itself conforms to some higher principle rooted in nature, morality, deity, or reason » (RICHTER, Melvin, « Introduction », in MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Selected political writings*, ed. Melvin Richter, Indianapolis, Hackett Pub., 1990, p. 11). Quoi qu'il en soit, ce processus de sécularisation du droit naturel n'implique pas nécessairement une « déchristianisation » du droit naturel, mais uniquement la concrétisation du droit comme quelque chose du monde réel, lié à l'honnêteté de la vie quotidienne (WELZEL, *op. cit.*, pp. 106-107).

⁵⁷⁹ WELZEL, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁸⁰ RICHTER, M., *ibidem*, p. 12.

⁵⁸¹ GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, *cit.*, liv. I, chap. I, § XII-1, vol. I, p. 87.

⁵⁸² HUG, Walther, « History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, vol. 45, n° 6, 1932, p. 1049.

⁵⁸³ VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, *cit.*, p. 544.

⁵⁸⁴ WELZEL, *op. cit.*, p. 133.

Parmi les auteurs, qui sur une étude des contenus spécifiques des systèmes juridiques existants, cherchent à fonder un droit naturel abstrait l'on trouve également John Selden (1584-1654). Dans plusieurs ouvrages, notamment *Titles of Honour* (1614) et *History of Tithes* (1917)⁵⁸⁵, il a insisté sur la nécessité et l'importance de l'analyse comparative basée sur une compréhension claire et une connaissance approfondie de l'histoire du droit de chaque pays et à différentes époques, développée de manière inductive par l'observation⁵⁸⁶. Pour sa part, le philosophe du droit italien Giambattista Vico (1668-1744) utilise une méthode semblable. Comme il est convaincu que les lois de toutes les nations se fondent sur le sens commun de l'humanité et sont donc identiques à l'origine, l'un de ses objectifs principaux est de prouver que le droit naturel existe indépendamment de l'histoire juridique de chaque nation. Dès lors, les vérités générales et les principes métaphysiques, qu'il a déduits comme le contenu de ce droit naturel, sont illustrés au moyen d'exemples pris des systèmes juridique des divers pays⁵⁸⁷. Or, dans son ouvrage principal, *La scienza nuova* (1725, 2^e éd. 1744), il oppose la conception selon laquelle le droit naturel ne serait plus qu'un droit civil qui « aurait été transmis aux peuples par l'effet de quelque prévoyance humaine », à celle qui le conçoit comme « un droit que la Providence divine aurait naturellement établi chez tous les peuples avec les mœurs mêmes », pour prouver que « le droit naturel des gens apparut chez chaque peuple en particulier et sans qu'aucun d'entre eux ne sût rien des autres ; c'est plus tard et à l'occasion des guerres, des missions, d'ambassades, des alliances et des relations commerciales, que les hommes s'aperçurent que ce droit était commun à tout le genre humain »⁵⁸⁸. Comme l'explique G. Del Vecchio, il y a alors un fort lien dans la doctrine de Vico entre, d'un côté, le « principe d'une nécessaire identité originaire du droit de tous les peuples » et, de l'autre côté, sa négation de la communicabilité du droit qu'il considère comme superflue, « parce que, selon sa doctrine, les unités substantielles du droit naturel des nations se fondent immédiatement sur le sens commun du genre humain », sans que les peuples prennent comme modèle le droit des

⁵⁸⁵ En particulier dans les préfaces de ces deux ouvrages : SELDEN, John, *The works of John Selden. Vol. III. Containing his English tracts*, London, Typis Guil. Bowyer, 1726, pp. 101-106, 1069-1074.

⁵⁸⁶ HUG, *op. cit.*, p. 1047. Pour H. D. Hazeltine « it is this world-wide survey of legal development which strikingly characterises the work of Selden and makes it of lasting significance in the history of comparative legal studies » (HAZELTINE, Harold D., « Selden as Legal Historian: A Comment in Criticism and Appreciation. IV », *Harvard Law Review*, vol. 24, n° 3, 1911, p. 215). J. Berman considère donc que Selden « lays the foundation of an historical jurisprudence that resolves the traditional conflict between natural law theory and positivism » (BERMAN, Harold J., « The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale », *The Yale Law Journal*, vol. 103, n° 7, 1994, p. 1698). C'est pourquoi il semblerait que la doctrine de Selden est dans la base de l'étude du droit étranger qui s'est développé en Angleterre pendant le XVIII^e siècle. « Whenever the lawyers did not find an express rule in the common-law authorities, they turned to the Roman law books, which were regarded as an embodiment of pure legal reason. Thus, Lord Holt relied strongly on the civil law and Lord Mansfield worked the law merchant, which had grown up on the Continent and had been shaped by civil law doctrines, into the fabric of the English common law » (HUG, *op. cit.*, pp. 1051-1052). Plus encore, Lord Mansfield est considéré le plus grand comparatiste anglais avant l'avènement effectif du droit comparé (CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome I. Introduction au droit comparé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, § 28, p. 57).

⁵⁸⁷ « Par cette façon de considérer et de juger les états, les lois et les mœurs – souligne B. Croce –, Vico éliminait une autre des doctrines ou des prétentions capitales de la doctrine du droit naturel : cette tendance à l'abstraction et cet ANTIHISTORICISME, que nous avons notés à leur place et dont la conséquence était la conception d'un droit naturel, supérieur au droit positif [...] » (CROCE, Benedetto, *La philosophie de Jean-Baptiste Vico*, Paris, M. Giard & É. Brière, 1913, p. 112).

⁵⁸⁸ VICO, Giambattista, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, trad. Ariel Doubine, éd. Benedetto Croce, Paris, Nagel, 1953, § 146, p. 66.

autres⁵⁸⁹. Vico coïncide avec Montesquieu et rejette la circulation du droit, mais ils diffèrent par rapport aux fondements : Vico s'appuie sur l'idée de l'identité originaire du droit de tous les peuples⁵⁹⁰, tandis que Montesquieu le fait sur le relativisme de sa doctrine et la constatation empirique de la diversité des droits⁵⁹¹.

D'autres auteurs de l'école du droit naturel moderne qui n'ont pas été mentionnés dans cet aperçu ont également fait allusion aux droits étrangers avec le même dessein. Par exemple, Francis Bacon (1561-1626) dans son essai *De dignitate et augmentis scientiarum* (1623) soutient que le juriste doit se libérer des liens qui l'attachent au droit de son pays avant qu'il ne puisse apprécier sa vraie valeur, car l'objet d'étude, la loi nationale, ne peut pas être le standard de jugement⁵⁹². Bacon critique ainsi le chauvinisme de la culture juridique anglaise de son temps, sans que ceci implique un retour à la démarche classique du jusnaturalisme idéaliste consistant en découvrir les principes du droit naturel à partir d'une réflexion abstraite. Ce qu'il veut plutôt c'est de justifier de cette manière la recherche comparative⁵⁹³. Pour sa part, Gottfried W. von Leibniz (1646-1716) refuse également les abstractions et la démarche déductive. Il préfère une approche directe aux réalités juridiques et un examen des contenus concrets des systèmes de droit. En effet, sa proposition est de considérer le droit de plusieurs pays, sans se restreindre au seul droit romain. Sur cette observation, il est possible d'ériger un théâtre juridique (*theatrum legale*) qui embrasse tous les domaines, les races, les lieux et les temps⁵⁹⁴. Cependant, comme

⁵⁸⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, « La communicabilité du droit et les doctrines de G.-B. Vico », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, LGDJ, 1938, vol. II, § 111, p. 593. Cependant, Del Vecchio observe que « ceux deux doctrines ne sont pas en réalité antithétiques », parce que « la relation entre les deux thèses est plutôt de hiérarchie et de subordination que de contradiction réciproque ; l'une désigne le phénomène le plus général, et pour ainsi dire la racine de toute la phénoménologie du droit ; l'autre une manifestation dérivée, et cependant imposante et caractéristique, qui survient dans le développement historique, en déterminant les enchaînements et les propagations des institutions » (*ibidem*, p. 598). Pour approfondir les propositions de Del Vecchio sur la communicabilité du droit, voir *infra* p. 163.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 593.

⁵⁹¹ Voir *supra* p. 50. C'est pourquoi il est possible de conclure que « Montesquieu differed from Grotius as well as from Vico in aim and method. Like Selden, he was interested in an objective observation of historical facts, but he undertook this comparative study of legal institutions, not for the mere sake of discovering historical truths, but for supporting the legislative reforms which he suggested. He wanted historical facts to speak for themselves without any preconceived theory of their importance or development ». (HUG, W., *op. cit.*, pp. 1049-1050).

⁵⁹² BACON, Francis, *De dignitate et augmentis scientiarum*, ed. Ph. Mayer, Nuremberg, Sumptibus Riegellii et Wiessneri, 1829, liv. VIII, § 83, t. II, pp. 279-280.

⁵⁹³ ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 50.

⁵⁹⁴ « Jurisprudentia historica est vel interna vel externa: Illa ipsam Jurisprudentiæ substantiam ingreditur, hæc adminiculum tantum est, & requisitum. *Historia juris interna* est, quæ variarum rerumpublicarum jura recenset : qualia extabant olim opera *Aristotelis* & *Theophrasti*, fed quibus ad nostram usque ætatem vita non superfuit. Habemus *leges Mosaicæ* in sacra scriptura, quarum cum Romanis comparisonem paulo post *Julianiani* Græculus aliquis instituit, hodie verò diligentiorum ea in re operam *Zepperus* navavit. Legum *Ægyptiarum*, *Persicarum*, *Scythicarum* extant reliquiæ apud *Herodotum*, in fragmentis *Ctefiæ* & *Diodoro Siculo*. *Græcorum* instituta diligentissimè perfecutus est *Pausanias*, & nostri am velut alter *Pausanias*, *Meursius*. Jura *Romanorum* satis cognosci ex variis eorum monumentis possunt, de quo mox. *Gentium* primo *barbararum* postea *excultarum* jura, scilicet Longobardorum, Gothorum, Francorum, *leges Salicæ*, aliaque id genus vetustatis monumenta collegit unoque volumine edidit *Lindenbrogius*. Nihil dicam de bullariis Pontificum, nihil de Gallico codice, *Land-Recht* & *Weichbild* Saxonum, statutis Polonorum, corpore juris Prutenico, consuetudinibus Italarum magnam partem collectis a Cardinali *Tuscho*, nihil de juribus Saxonum Hungaricorum, consuetudinibus Marchicis, aliisque id genus gentium moribus prope infinitis. Ex his aliisque

l'observe L.-J. Constantinesco, « il s'agissait là davantage d'une idée générale, qui n'a jamais été suivie d'un commencement d'exécution, que d'un système fortement charpenté. Toutefois c'était là une nouvelle perspective qui ne se réalisera que plus tard, à partir du 19^e siècle »⁵⁹⁵.

Malgré ces tentatives d'adopter une démarche inductive qui pendant le XVII^e siècle maintient quelques éléments de la conception relativiste et historiciste du siècle précédent (dans laquelle l'on peut trouver des esquisses d'une analyse comparative du droit), c'est la conception idéaliste dominée par l'analyse abstraite et rationnelle celle qui a fini par s'imposer⁵⁹⁶. L'intérêt pour le phénomène de la circulation du droit – en particulier sur celle du droit romain – amoindrit et les juristes persistent dans l'étude des systèmes concrets de droit comme fondement pour constater que les principes du droit naturel ne considèrent pas ce phénomène et lorsqu'ils le font, comme c'est le cas de Vico, ils nient sa possibilité d'accomplissement.

SECTION 2. LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ENTRE LE XIX^E ET LE XX^E SIÈCLES

L'universalisme qui avait caractérisé le jusnaturalisme moderne pendant les XVII^e et XVIII^e siècles continue dans une importante mesure à être présent sous une branche de la connaissance juridique qui à partir du XIX^e siècle commence à être qualifiée de « théorie générale du droit », tandis que la réflexion sur le droit naturel se développe dans le cadre de ce qui traditionnellement a été appelé « philosophie du droit ». Au-delà de l'opposition entre « théorie » et « philosophie » dans le domaine juridique⁵⁹⁷, il convient de souligner la manière dont, dans la période indiquée, émerge la prétention d'une science positive du droit, science qui serait placée au-dessus de la dogmatique juridique, car elle n'entend pas s'occuper des systèmes de droit particuliers à chaque pays, mais au-dessous des observations normatives et abstraites – voire métaphysiques – de la philosophie du droit,

omnibus undecunque collectis, Deo dante, conficiemus aliquando theatrum legale, et in omnibus materiis omnium gentium, locorum, temporum placita παφαλληλωξ disponemus » (LEIBNIZ, Gottfried W., « Nova Methodus Discendæ Docendæque Jurisprudentiæ », in *Opera omnia*, éd. L. Duten, Genève, Fratres de Tournes, 1768, t. IV, III^e partie, § 29, p. 191).

⁵⁹⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome I. Introduction au droit comparé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, § 30, p. 63.

⁵⁹⁶ Comme l'on a déjà eu l'occasion de l'indiquer (voir *supra* n. 574) et comme l'explique W. Hug, « while the Reformation, with its breach from authority, had prepared the way for the emancipation of legal science from the text of the *Corpus Juris* and the Renaissance had led to an objective appreciation of the various bodies of law, the rising Law-of-Nature School with its aim at uniformity and its method of speculative rationalism did not promote empirical studies in comparative law. Most of the jurists of this school, which dominated the seventeenth and eighteenth centuries, found the principles of their system of natural law by mere deduction and, though they did not consider any other system, they relied unconsciously upon the system of law with which they were most familiar. Only a few of the leading minds thought of using the available comparative material » (HUG, W., *op. cit.*, pp. 1044-1045).

⁵⁹⁷ Sur les différences entre philosophie du droit et théorie du droit voir : VAN HOECKE, Mark, « Théorie général du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Story-Scientia, 1988, § 4, p. 418.

au style jusnaturaliste⁵⁹⁸. En suivant l'une des thèses du positivisme scientifique, selon laquelle il n'y a que des phénomènes et des descriptions de ces phénomènes, la théorie générale du droit érige un positivisme juridique qui a comme objet exclusif les normes promulguées par les autorités humaines parce qu'elles sont les seules dont l'existence peut être vérifiée empiriquement⁵⁹⁹. Or, la théorie du droit revendique sa généralité dans la mesure où elle se présente comme une « construction intellectuelle méthodique et organisée fondée sur l'observation et l'explication des divers systèmes juridiques et destinée à définir les grands axes de la construction et de l'application du droit »⁶⁰⁰. Son propos est ainsi de faire de l'étude du droit une vraie science à portée universelle. À l'image des sciences de la nature, par exemple la géologie, dont les principes scientifiques ne diffèrent pas d'un pays à l'autre, bien qu'elle se pratique sur le sol d'un lieu donné, la théorie dite « générale », cherchant à être reconnue comme une science, ne peut pas se borner à décrire l'ordre juridique positif d'un pays, mais elle doit aussi trouver et examiner les notions les plus globales et abstraites, sans pour autant se détacher des ancrages empiriques pour aller se perdre dans des abstractions métaphysiques. Comme l'explique M. Van Hoecke, « on entend mettre entre parenthèses les caractéristiques et les contenus sociaux des divers systèmes juridiques en présence, afin de dégager une sorte de « droit naturel » qui aurait les traits d'un objet scientifique positif »⁶⁰¹.

Cette démarche semble en principe récupérer le modèle inductif servant à la détermination des principes du droit naturel esquissé par quelques jusnaturalistes, dans la mesure où « la théorie générale du droit doit mettre en lumière les éléments constants et les principales variantes des divers systèmes »⁶⁰². Cependant, dans ce cadre il est possible de repérer une différenciation entre ce qui est désigné par le terme « *jurisprudence* » dans les pays anglo-saxons et la théorie générale du droit (*allgemeine rechtslehre*, *teoría general del derecho*) telle qu'elle est comprise en Europe continentale et dans les lieux influencés par sa culture juridique⁶⁰³. Comme le souligne W. Twining, celle-ci est abstraite et détachée des détails des systèmes juridiques en vigueur, alors que la *jurisprudence* est plus empirique et s'occupe de l'analyse du droit des divers pays mais dans un plus haut niveau de généralité

⁵⁹⁸ Sur ce caractère intermédiaire de la théorie générale du droit par rapport à la philosophie du droit et la dogmatique juridique voir : ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2000, p. 329 ; BOBBIO, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Torino, G. Giappichelli, 1958, p. 25 ; VAN HOECKE, Mark, *What is legal theory?*, Leuven, Acco, 1985, p. 14.

⁵⁹⁹ SCHMILL O. Ulises, « El positivismo jurídico », in GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 68.

⁶⁰⁰ BERGEL, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, p. 4. En un sens similaire, W. Ewald explique que « the task for the philosopher is to say what is to be made of this fact; the hope is that by studying how law and justice vary from society to society one can more effectively draw philosophical conclusions about law in general. Call this sort of philosophical interest an interest in the “yield” of comparative law » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, p. 1944).

⁶⁰¹ VAN HOECKE, M., « Théorie général du droit », *cit.*, § 3, p. 417.

⁶⁰² BERGEL, *ibidem*.

⁶⁰³ Du point de vue linguistique, « le mot anglais « Jurisprudence » indique aussi bien la dogmatique juridique que la philosophie ou la théorie du droit » (VAN HOECKE, Mark, *op. cit.*, § 1, p. 417). En effet, « the word “jurisprudence” is not generally used in other languages in the English sense. Thus in French it refers to something like our “case-law”, *théorie générale du droit* being used to cover our meaning of jurisprudence » (FREEMAN, Michael D. A., *Lloyd's Introduction to jurisprudence*, 6th ed. London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 1, n. 1).

que celui de l'étude concret de normes et institutions. Que la théorie du droit soit « générale » signifie alors qu'elle développe des analyses possédant un considérable degré d'abstraction, sans qu'une indication géographique soit posée ; en revanche, la *jurisprudence* est accompagnée de l'adjectif *general* parce qu'elle est perçue, dans une perspective spatiale, comme une théorie d'un niveau intermédiaire placée au-dessus et embrassant divers systèmes juridiques⁶⁰⁴. Il convient alors de considérer quelques exemples de ces deux tendances pour définir la portée de l'universalisme avancé par chacune d'elles et les conséquences de celui-ci dans la façon dont elles abordent le phénomène de la circulation du droit.

I. Universalisme et circulation du droit dans la *Analytical Jurisprudence* anglaise du XIX^e siècle

En Angleterre, pendant le XIX^e siècle se profile une école de pensée juridique dont la tâche était d'appliquer l'approche analytique à l'étude du droit. Cette *Analytical Jurisprudence*, toutefois, ne vise pas à vérifier la signification d'un terme dans le texte d'une loi spécifique. Elle cherche plutôt à révéler le cadre conceptuel qui est commun à tous les systèmes de droit – au moins ceux considérés par les membres de l'école comme les plus développés – et avoir ainsi une meilleure compréhension des concepts et des normes juridiques. Son fondement épistémologique, qui permet de l'associer au positivisme juridique⁶⁰⁵, est la différence entre l'analyse descriptive et l'analyse prescriptive, entre aborder le droit tel qu'il existe et proposer comment il devrait être. De là il est possible de dire que l'« *Analytical Jurisprudence* provient, en dernier ressort, de quelques-unes des vues personnelles de Thomas Hobbes et David Hume (spécialement la distinction entre *description* et *prescription*, *être* et *devoir-être*), mais a son point de départ, en tant qu'école de pensée juridique, dans l'œuvre de Jeremy Bentham et celle de John Austin »⁶⁰⁶. En effet, le premier auteur distingue entre *expository jurisprudence*, qui a un caractère descriptif, et *ensorial jurisprudence*, qui a, en revanche, un caractère prescriptif⁶⁰⁷, alors que le second,

⁶⁰⁴ TWINING, William, *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 19.

⁶⁰⁵ SCHMILL O. U., *op. cit.*, p. 69.

⁶⁰⁶ MACCORMICK, Neil, « Approche analytique du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{re} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, § 2, p. 13. Toutefois, il faut tenir compte que « it was not Austin's work itself that exercised this remarkable control, but rather the work of those writing in the generation following the publication of his *Lectures on Jurisprudence* in 1863, most notably T.E. Holland's *Elements of Jurisprudence* (1924; first published 1880). It is doubtful that Austin's ponderous work was much read, but Holland's book, an accessible statement of core Austinian themes, and others like it, secured the dominance of Austinian thought in English jurisprudence » (POSTEMA, Gerald J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Dordrecht, Springer, 2011, pp. 3-4).

⁶⁰⁷ BENTHAM, Jeremy, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. Emmanuelle de Champs et Jean-Pierre Cléro, Paris, J. Vrin, 2011, chap. XVII, § ii, 21, pp. 336-337. Cette distinction est l'un des fondements de celle que Bentham propose entre la morale et la législation : « La Morale, en général, est l'art de diriger les actions des hommes, de manière à produire la plus grande somme possible de bonheur. La Législation doit avoir précisément le même objet. Mais quoique ces deux arts, ou ces deux sciences, aient le même but, elles diffèrent beaucoup quant à l'étendue. Toutes les actions, soit publiques, soit privées, sont du ressort de la morale. C'est un guide qui peut mener l'individu, comme par la main, dans tous les détails de sa vie, dans toutes ses relations avec ses semblables. La législation ne le peut pas, et si elle le pouvoit, elle ne

pour sa part, pose une différence dans le même sens entre la science de la jurisprudence (descriptive) et la science de la législation (prescriptive)⁶⁰⁸. Or, ils développent une autre classification qui est encore plus pertinente dans le contexte de notre analyse : d'une part, Austin identifie une *general jurisprudence* qui s'intéresse aux principes et distinctions qui sont partagés par divers systèmes de droit spécifiques, s'écartant ainsi d'une *particular jurisprudence*, dont l'objet est justement l'étude concrète de ces derniers⁶⁰⁹ ; d'autre part, Bentham utilise l'expression *universal jurisprudence* pour désigner l'étude des lois de toutes les nations, tandis que celle de *local jurisprudence* lui sert à délimiter l'étude des lois de telle ou telle nation en particulier⁶¹⁰. Les deux manières de classer indiquent la portée relative de l'universalisme qui caractérise la conception de la *jurisprudence* de chaque auteur⁶¹¹ et, plus encore, les possibilités que celle-ci offre pour accéder au phénomène du déplacement du droit d'un lieu à l'autre.

A. La « transplantation des lois » chez Bentham

Jeremy Bentham (1748-1832), fondateur de l'utilitarisme moderne et membre principal de la *Analytical Jurisprudence*, ne s'attache pas seulement à construire une science du droit analytique et empirique. Il est aussi un grand réformateur, s'intéressant tant à la *expository jurisprudence* qu'à la *censorial jurisprudence*, bien qu'il insiste sur la nécessité de

devoir pas exercer une intervention continuelle et directe sur la conduite des hommes. La morale prescrit à chaque individu de faire tout ce qui est à l'avantage de la Communauté, y compris son avantage personnel ; mais il y a bien des actes utiles à la Communauté que la législation ne doit pas commander. Il y a de même bien des actes nuisibles qu'elle ne doit pas défendre, quoique la morale le fasse. La législation, en un mot, a bien le même centre que la morale, mais elle n'a pas la même circonférence » (BENTHAM, Jeremy, « Principes de législation », in ID, *Traité de législation civile et pénale*, trad. Étienne Dumont, éd. M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, E. de Champs, Paris, Dalloz, 2010, p. 49).

⁶⁰⁸ Austin reconnaît qu'il existe des liens entre les deux types d'analyses : « Now, though the science of legislation (or of positive law as it *ought* to be) is not the science of jurisprudence (or of positive law as it *is*), still the sciences are connected by numerous and indissoluble ties » (AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*, ed. Robert Campbell, London, J. Murray, 1885, p. 83). Cependant, il critique ouvertement les auteurs qui les ont confondus (*ibidem*, 214-217).

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 31. Austin sépare également la *general jurisprudence* de la science de la législation : « Now, general jurisprudence, or the philosophy of positive law, is not concerned directly with the science of legislation. It is concerned directly with principles and distinctions which are commons to various systems of particular and positive law; and which each of these various systems inevitable involves, let it be worthy or praise or blame, or let it accord or not with an assumed measure or test. Or (changing the phrase) general jurisprudence, or the philosophy of positive law, is concerned with law as it necessarily *is*, rather than with law as it *ought* to be; with law as it must be, *be it good or bad*, rather than with law as it must be, *if it be good*. [...] Having distinguished general from particular jurisprudence, [...] I shall also endeavour to show, that the study or general jurisprudence might precede or accompany with advantage the study of particular systems of positive law » (*ibidem*, p. 32).

⁶¹⁰ En faisant allusion au type d'ouvrage auquel chaque forme de *jurisprudence* correspond, Bentham affirme : « En premier lieu, en termes d'étendue, les indications concernant les lois en question peuvent faire référence ou bien aux lois de telle ou telle nation ou groupe de nation particulier, ou bien aux lois de toutes les nations quelle qu'elles soient ; dans les premier cas, on peut dire que le livre a rapport à la *jurisprudence locale*, dans le second, à la *jurisprudence universelle* » (BENTHAM, J., *Introduction aux principes de morale et de législation*, cit., chap. XVII, § ii, 24, p. 338).

⁶¹¹ Il convient d'indiquer dès à présent que « tanto en Austin como en Bentham, las diferencias entre jurisprudencia general y particular o entre jurisprudencia universal y local tienden a favorecer el primer elemento de la disyunción. Estos autores tratan de fundar un espacio vacío superior de jurisprudencia general y universal a la vez, por oposición a una jurisprudencia particular y local » (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 99-100).

différencier les deux domaines d'étude⁶¹². Il établit, de plus, un lien entre la *censorial jurisprudence* et la jurisprudence à caractère universel : comme celle-ci a un objet assez restreint qui ne se rapporte qu'aux termes juridiques partagés par plusieurs nations, « c'est dans la perspective critique [celle qui correspond à la *censorial jurisprudence*] qu'il y a le plus de pour des développements s'appliquant de la même façon aux circonstances de toutes les nations »⁶¹³. Dans ce cadre Bentham aborde explicitement et même systématiquement le phénomène de la circulation du droit, utilisant l'expression « transplantation des lois » pour y faire allusion. Il se présente ainsi comme l'un des précurseurs de l'examen de ce type de phénomène, dont il s'occupe dans un essai intitulé « De l'influence des temps et des lieux en matière de législation » qui fait partie de l'un de ses plus célèbres ouvrages, *Traité de législation civile et pénale* (publié en français en 1802)⁶¹⁴. L'intégration de cet essai dans l'ouvrage n'est pas une coïncidence : les considérations que Bentham y développe font de lui « l'un des réformateurs sociaux les plus actifs et les plus heureux au moyen de la législation, c'est-à-dire de mesures par lesquelles l'État régleme les conditions de vie de tous »⁶¹⁵. En effet, tout au long de sa vie il a persévéré sur la codification et la rationalisation du droit en appliquant les principes utilitaristes qu'il a lui-même développés. Or, Bentham ne reste pas dans les limites du débat dans son propre pays et il « entend démontrer la possibilité de légiférer pour un pays autre que le sien »⁶¹⁶. Comme l'explique J.-P. Cléro, pour le juriste anglais « une loi a pour but de régler la vie réelle des gens telle qu'elle se déroule ici et à tel moment. Elle peut bien inspirer d'autres législations dans d'autres pays, mais c'est parce qu'elle réussit *hic et nunc* dans ce pays-ci qu'elle y parvient en ceux-là, et non parce qu'elle est l'incarnation d'une idée venue du ciel sur terre »⁶¹⁷.

Bentham est d'abord conscient que la première difficulté à laquelle il faut faire face c'est la très répandue croyance que le droit dépend des caractéristiques de chaque société et qu'il est ancré dans les coutumes et traditions⁶¹⁸. Il est conscient aussi de la grande variété des

⁶¹² Il est même possible d'affirmer que pour Bentham « the expositor was to be the servant of the censor, who in turn would be the adviser of the legislator » (SCHOFIELD, Philip, « Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence », *Journal of Legal History*, vol. 12, n° 1, 1991, p. 61). En ce sens voir aussi : HART, H. L. A., *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*, Oxford University Press, 1982, pp. 1-2, 22.

⁶¹³ BENTHAM, J., *Introduction aux principes de morale et de législation*, cit., chap. XVII, § ii, 24, p. 338.

⁶¹⁴ BENTHAM, Jeremy, « De l'influence des temps et des lieux en matière de législation », in ID., *Traité de législation civile et pénale*, trad. Étienne Dumont, éd. M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, E. de Champs, Paris, Dalloz, 2010, pp. 448-474. Voir aussi la version en anglais complètement remaniée : BENTHAM, Jeremy, « Place and time », ed. P. Schofield and S. G. Engelmann, in ID., *Selected Writings*, ed. S. G. Engelmann, New Haven, Yale University Press, 2011, pp. 152-219.

⁶¹⁵ FRIEDMANN, W., *op. cit.*, p. 271.

⁶¹⁶ BOZZO-REY, Malik, BRUNON-ERNST, Anne, DE CHAMPS, Emmanuelle, « Préface », in BENTHAM, J., *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. XXXII.

⁶¹⁷ CLÉRO, Jean-Pierre, « Bentham et Montesquieu », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N° 35, 2012, p. 174.

⁶¹⁸ Bentham décrit d'une façon remarquable le noyau de ce que l'on a appelé la théorie du miroir en supposant un interlocuteur qui lui interrogerait en ces termes : « Mais les lois que vous proposez pour votre pays sont-elles également bonnes pour tout autre ? N'y auroit-il aucun inconvénient à les transplanter chez un peuple où les lois précédentes, mœurs, coutumes, religion, préjugés, climat, population, étendue, voisinage, commerce, sont très-différens et même en opposition avec tout ce qui est établi en Angleterre ? Quelle doit être l'influence de cet amas de circonstances diverses sur la Législation d'un peuple donné ? Quelles différences et quelles ressemblances y aura-t-il entre les lois de diverses nations, à diverses époques, en

lois des divers pays et des différences profondes qui peut y avoir⁶¹⁹. Toutefois, ce relativisme Bentham peut le nuancer, d'une part, au moyen de l'identification, sur la base de principes utilitaristes, de certains contenus permanents partagés par tous les systèmes juridiques⁶²⁰ et, d'autre part, en affirmant qu'il y a aussi des concepts, exprimés par quelques mots spécifiques, que l'on trouve partout⁶²¹. De toute façon, il ne prétend pas, en principe, offrir un modèle exhaustif pour expliquer la transplantation des lois. « Je ne me dissimule pas – soutient Bentham – combien cette question est importante, et combien elle est difficile à résoudre ; il seroit même absurde de tenter une solution particulière pour chaque peuple, parce qu'il faut connoître à fond toutes les circonstances dont on a parlé. Mais il est possible de donner un exemple, et d'indiquer les principes généraux d'après lesquels on doit se diriger dans les applications locales »⁶²². L'exemple sur lequel il travaille est celui de l'influence du droit anglais sur le Bengale, un territoire de l'est du sous-continent indien qui à l'époque était une colonie britannique⁶²³. Cependant, celui-ci est constamment ajusté aux principes utilitaristes qui doivent guider tous les législateurs du monde, à tel point que l'universalisme semble l'emporter sur les spécificités du cas concret⁶²⁴. Sur cette base

supposant que ces lois fussent toujours et partout au plus haut degré de perfection ? » (BENTHAM, J., « De l'influence des temps et des lieux en matière de législation », *cit.*, p. 448).

⁶¹⁹ « Or, dans l'infinie variété des nations de la terre, il n'y en a pas deux qui s'accordent exactement sur leurs lois, ni, à coup sûr, dans leur totalité, ni même peut-être sur un seul point et à supposer qu'elles s'accordent aujourd'hui, elles seront en désaccord demain. C'est assez évident en ce qui concerne la *substance* des lois et il serait encore plus extraordinaire qu'elles s'accordent en termes de *forme*, c'est-à-dire, qu'elles soient constituées précisément des mêmes suites de mots » (BENTHAM, J., *Introduction aux principes de morale et de législation*, *cit.*, chap. XVII, § ii, 24, p. 338).

⁶²⁰ FRIEDMANN, W., *op. cit.*, pp. 269-270.

⁶²¹ Juste après avoir reconnu la variété des lois, mais aussi la variété linguistique entre les diverses nations, il soutient qu'entre celles-ci il est possible d'identifier des mots qui expriment des concepts communs : « étant donné que les langues des nations diffèrent ordinairement, de même que leurs lois, il est rare qu'en toute rigueur, elles aient ne serait-ce qu'un seul *mot* en commun. Cependant, parmi les mots qui sont adaptés au thème du droit, il y en a certains qui, dans toutes les langues, correspondent assez exactement les uns aux autres, ce qui revient pratiquement au même que s'ils étaient identiques. Sont de ce type, par exemple, ceux qui correspondent aux mots *pouvoir*, *droit*, *obligation*, *liberté* et bien d'autres encore » (*loc. cit.*).

⁶²² BENTHAM, J., « De l'influence des temps et des lieux en matière de législation », *cit.*, p. 448.

⁶²³ Les profondes différences entre l'Angleterre et le Bengale justifient le choix : « Tout bien pesé, je donne la préférence au Bengale : là tout diffère, climat, mœurs, langage, religion ; c'est un autre monde, et je ne puis trouver un exemple plus riche en instruction, un contraste plus évident et plus propre au développement de tous les principes qu'on doit suivre dans la transplantation des lois » (BENTHAM, J., « De l'influence des temps et des lieux en matière de législation », *cit.*, pp. 448-449). Cependant, dans la version française de *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation* « le traducteur supprime presque tous les passages qui se rapportent à la situation présente de l'Angleterre et du Bengale, notamment la critique du système instauré par la Compagnie des Indes Orientales à laquelle le gouvernement britannique a délégué l'administration du pays. On peut également déplorer l'omission du dernier chapitre du texte de Bentham, dans lequel le philosophe s'élève contre la doctrine de l'immutabilité des lois – un thème qui sera développé dans d'autres écrits plus tardifs » (BOZZO-REY, M., BRUNON-ERNST, A., DE CHAMPS, E., *op. cit.*, p. XXXII).

⁶²⁴ En effet, l'identification d'un principe universel qui permet d'établir les principes à suivre dans la transplantation des lois chez différentes nations est le premier pas vers cet objectif : « l'objet de toute bonne loi peut se réduire à une seule expression, PRÉVENIR UN MAL. Le mal, en dernière analyse, de quelque nature qu'il soit, c'est tout ce qui est peine ou perte de plaisir. Mais le catalogue des peines et des plaisirs est-il différent chez différentes nations ? N'est-il pas certain que la nature humaine est la même partout, et ne semble-t-il pas que des êtres de la même espèce, ayant en commun les biens et les maux, peuvent être gouvernés par les mêmes lois ? Ce qui est bon pour les uns, ne sera-t-il pas bon pour tous, puisqu'ils sont tous les mêmes ? Certainement l'humanité est une : la sensibilité fait de tous les peuples de la terre une seule famille ; nous sommes tous également gouvernés par la peine et le plaisir, et nous avons les mêmes facultés, les mêmes organes pour la souffrance et la jouissance » (BENTHAM, J., *op. cit.*, p. 450).

Bentham arrive même à soutenir, comme le fera la théorie des *legal transplants* au XX^e siècle⁶²⁵, que la transplantation des lois est relativement facile à exécuter si l'on suit toujours la méthode correcte⁶²⁶.

En conséquence, pour identifier les « principes à suivre dans la transplantation des lois chez différentes nations »⁶²⁷ Bentham procède à une pondération, qui affronte beaucoup d'obstacles méthodologiques et conceptuels, entre les principes utilitaristes de portée universelle et les spécificités des circonstances dans lesquelles il prétend réaliser une transplantation. En exposant les principes de la transplantation, la plupart desquels concernent les types de délits et les sanctions applicables, il bascule très souvent entre l'universalisme utilitariste⁶²⁸ et la nécessité d'adaptation aux conditions locales⁶²⁹. Plus encore, ce sont les principes utilitaristes, au-delà des conditionnements imposés par les circonstances de la société réceptrice, ce qui justifie l'inévitable adaptation des lois importées⁶³⁰. C'est de cela dont témoignent les critères que Bentham propose pour déterminer la convenance des changements destinés à l'adaptation des lois transplantées, dont la présentation suit une démarche typiquement utilitariste :

« Comparez le Gouvernement que vous voulez régler à celui qui vous sert de modèle. Relativement au point qui vous occupe, vous le trouverez égal, supérieur ou inférieur à ce modèle. Qu'il soit supérieur, c'est ce qui ne s'accorde guère avec la supposition, puisque alors la loi du pays qu'on suppose la plus parfaite en tout point, ne seroit pas la meilleure imaginable. Mais lorsque vous trouverez que le Gouvernement, à cet égard, est inférieur, vous avez un nouvel examen à faire ? Quel est le plus grand mal ? Le mal qui résulte de cette infériorité, ou le mal qui résultera des mesures qu'il faudra adopter pour le changement ? Le mal de la maladie ou le mal du remède ? Le mal de laisser les choses

⁶²⁵ Voir *infra* chap. II, titre II, p. 132.

⁶²⁶ « Il faut pour l'exactitude de l'opération qu'il [le législateur] ait constamment deux classes de tableaux sous les yeux. La première classe renfermera des détails relatifs aux lois qui lui servent de modèle, par exemple le catalogue des Délits, des Justifications, des Aggravations, des Exemptions, des Peines, le catalogue des titres du Code civil et du Code constitutionnel. La seconde classe renfermera une table générale des circonstances qui influent sur la sensibilité, une autre table qui indique les dispositions morales, religieuses, antipathiques ou sympathiques du peuple auquel il veut adapter les lois en question ; une autre table des productions du pays, naturelles ou artificielles, des poids, des mesures, des monnaies, de la population, du commerce, et ainsi de suite. [...] L'on verra qu'il ne s'agit, quand on a sous les yeux les divers tableaux dont j'ai parlé, que d'un travail de manœuvre pour approprier ce Code Britannique aux circonstances du Bengale » (BENTHAM, J., *loc. cit.*).

⁶²⁷ Il s'agit du titre du chapitre premier de l'essai *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation* (*loc. cit.*).

⁶²⁸ Par exemple, lorsque Bentham parle des « injures corporelles simples », il assure qu'« elles sont peu susceptibles de modifications par la différence des lieux. Ces délits seront les mêmes à Londres et à Calcutta » (*ibidem*, p. 451).

⁶²⁹ C'est ainsi que l'auteur anglais conclut que les exemples qu'il donne « suffisent pour montrer de quelle manière on doit appliquer les principes, avec quelle attention il faut procéder pour ménager tous les sentiments reçus, et pour approprier les lois aux circonstances impérieuses et souvent immuables du peuple qu'on veut gouverner » (*ibidem*, p. 455).

⁶³⁰ Par conséquent, « Bentham's general position can be interpreted as being quite consistent: existing laws of different nation vary considerably in respect to both form and substance. However, the principle of utility and of the form of laws in the pannomion are of universal application; but caution needs to be exercised in legislating for a particular country in case expectations based on local customs and circumstances should be disappointed » (TWINING, William, « General and particular Jurisprudence: three chapters in a story », in *ID.*, *Globalisation and legal theory*, London, Butterworths, 2000, p. 20).

comme elles sont, ou le mal des efforts et des tentatives pour les rendre ce qu'elles doivent être ?

Cette question est bien compliquée ; elle en renferme beaucoup d'autres. Le mal du remède n'est-il que temporaire, tandis que le mal de la maladie seroit permanent ? Quelle est la portion de bien-être actuel qu'on peut sacrifier à la probabilité d'un bien futur ? Quand on a fait deux mesures, l'une de ce qu'on sacrifie, l'autre de ce qu'on croit acquérir, il faut examiner pour combien de temps il vaut la peine de sacrifier telle portion de bien-être actuel à telle portion de bien-être à venir »⁶³¹.

Dans cette balance utilitariste face à la transplantation des lois la définition des conséquences qui en suivent est décisive. Bentham insiste sur le fait qu'« il se peut qu'une loi, très bonne dans un pays ne doive pas être transplantée dans un autre, où, en vertu des circonstances, elle ne produiroit pas les mêmes effets »⁶³². Il lui est alors possible de poser « en maxime qu'une loi bonne dans un pays pourroit être mauvaise dans un autre, par la diversité des circonstances »⁶³³. Celle-ci donne lieu à la formulation d'autres plus spécifiques (« maximes » que Bentham différencie des « principes »), mais qui ont en commun de considérer les raisons qui justifient la transplantation et ses conséquences : par exemple, Bentham affirme qu'« aucune loi ne doit être changée, aucun usage ne doit être aboli sans quelque raison spéciale », car « il faut qu'on puisse assigner quelque avantage positif pour résultat du changement »⁶³⁴ ; parmi les maximes spécifiques concernant les conséquences, Bentham soutient que « l'avantage net de la loi sera comme son avantage abstrait, déduction faite des mécontentements qu'elle entraîne, et des inconvénients que ces mécontentements peuvent produire »⁶³⁵. Dans ce cadre, comme l'explique D. López, chez Bentham la différence entre *local jurisprudence* et *universal jurisprudence* est surtout un outil de la transplantation législative qui est pertinent pour quelqu'un qui voudrait implanter une réforme dans une société traditionnelle. Les circonstances locales n'imposent pas un modèle de droit au côté des codes à caractère universel. Elles se limitent à forcer une adaptation ou acclimatation. Les idéaux sur le droit ont déjà été définis en Angleterre et dans d'autre pays influents par la *jurisprudence*, et les lois des pays récepteurs n'ont pas la capacité normative d'influer la détermination du droit comme il se doit. Elles font partie d'un droit qui existe, mais qui est améliorable par l'application de fondements utilitaristes à portée universelle⁶³⁶. De toute façon, Bentham est un auteur qui, dans un contexte marqué par un eurocentrisme juridique rigide – encouragé par les processus de colonisation – accepte tant la nécessité d'une adaptation des transplantations juridiques aux circonstances des sociétés réceptrices⁶³⁷, que la complexité de ce phénomène qui mérite que l'on doute de

⁶³¹ BENTHAM, J., « De l'influence des temps et des lieux en matière de législation », *cit.*, p. 456.

⁶³² *Ibidem*, p. 457. Pour justifier cette affirmation Bentham pose l'exemple des différents effets de l'établissement de l'institution du jugement par jury en Angleterre et en Bengale.

⁶³³ *Ibidem*, p. 458.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 460.

⁶³⁵ *Loc. cit.*

⁶³⁶ LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 98.

⁶³⁷ De fait, bien que Bentham semble suivre le très répandu argument, soutenu par le libéralisme du XIX^e siècle, favorable à l'importation du droit européen pour améliorer la situation des colonies, il a écrit *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation* visant aussi un autre objectif : critiquer le régime imposé en Bengale par les autorités coloniales Britanniques. Comme le souligne J. Pitts, « Bentham may have chosen to address the question of comparative legislation by proposing to adapt English laws to fit a British

l'universalisme des principes du droit naturel ou des conclusions d'une science positive du droit⁶³⁸.

B. La *General Jurisprudence* de Austin et le déplacement du droit

La démarche inductive qui caractérise la théorie du droit se trouverait, en principe, parmi les bases qui servent à l'exécution du projet de *General Jurisprudence* par John Austin (1790-1859)⁶³⁹. En effet, il a été l'un des premiers auteurs qui au milieu du XIX^e siècle et sur les présupposés scientistes du positivisme juridique – spécialement ceux développés par Bentham – s'est occupé explicitement de la question d'identifier, à partir de certaines données spécifiques, une connaissance du droit à caractère général et universel pour s'opposer au particularisme exacerbé des études de la *common law* en Angleterre :

« Le sujet approprié d'une théorie générale ou universelle du droit consiste dans une description des topiques et des objectifs du droit qui sont partagés par tous les systèmes juridiques. [...] Et on verra que ces ressemblances sont très évidentes et qu'elles s'étendent sur une grande partie de la discipline. Elles se limitent aux similitudes entre les systèmes juridiques de certaines nations, car il n'est possible de se familiariser qu'avec quelques-uns d'entre eux, même de manière imparfaite. Néanmoins, à partir de ceux-ci le reste peut être présumé (*presumed*). Ce ne sont que les systèmes juridiques de deux ou trois nations qui méritent l'attention : les écrits de juristes romains, les décisions des juges anglais des derniers temps et les préceptes des codes français et prussien »⁶⁴⁰.

Cet universalisme de la *General Jurisprudence*, si clairement posé dans *The uses of the study of jurisprudence* (publié en 1863), ne reconnaît cependant pas la pertinence⁶⁴¹ des

colony because he sought to write in a vein that would be recognizable to, and even regarded as useful by, his reader in imperial Britain. But his exasperation at the cruel incompetence and outright oppression of existing British legislation in India is apparent throughout. And the spirit of the work as well as its irreverent tone differ markedly from that of later liberal and utilitarian efforts to legislate in India » (PITTS, Jennifer, « "Great and Distant Crimes": Empire in Bentham's Thought », in BENTHAM, Jeremy, *Selected Writings*, ed. S. G. Engelmann, New Haven, Yale University Press, 2011, pp. 485-486).

⁶³⁸ Selon Bentham, « lorsqu'on traite des sujets de cette importance, on ne sauroit trop éviter le ton péremptoire et décisif. Les conclusions doivent d'abord être hypothétiques. Chaque côté de la question doit être présenté avec le degré d'incertitude qui lui appartient. Défions-nous de ceux qui, par la véhémence de leurs assertions, par la confiance de leurs prédictions, compensent la foiblesse de leurs arguments. La première chose que doit savoir un Homme d'État, c'est que la législation est une science de calculs moraux, et que l'imagination ne supplée ni au travail ni à la patience » (*ibidem*, p. 463).

⁶³⁹ L'une des plus célèbres analyses critiques de la conception du droit de Austin est celle présentée par H. L. A. Hart dans *Le concept de droit* (HART, H. L. A., *Le concept de droit*, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, pp 33-41).

⁶⁴⁰ AUSTIN, John, « The uses of the study of jurisprudence », in ID., *The province of jurisprudence determined: and The uses of the study of jurisprudence*, intr. by H. L. A. Hart, Indianapolis, Hackett Pub., 1998, p. 373.

⁶⁴¹ Austin a formulé ailleurs ce type de considérations d'une manière encore plus véhémente: « The principles and distinctions which the mere being of Law supposes, are the matter of Universal Jurisprudence. Taken in its *literal* import, it lies within a narrow compass. So different is Law amongst barbarians from Law amongst civilized men, Law amongst Asiatics from Law amongst Europeans, Law in Mahometan from Law in Christian communities, that Jurisprudence would be confined to the definitions of a few leading terms, supposing it confined to the matter which is *common* to *all* systems. But in the positive systems of Law which are worthy of accurate examination (in the positive systems, that is, of the civilized European Nations), *common* distinctions and principles, though they take very various forms, are sufficiently numerous to constitute the subject of a science. Accordingly, these are the subjects of the *Universal Jurisprudence* which is the purpose of the Lectures to expound » (*Second Statement by the Council of the University of London Explanatory of the Plan of Instruction* (1828), cité par RUMBLE, Wilfrid E., « Divine Law, Utilitarian Ethics,

analyses conceptuelles sur le droit adoptant un point de vue géographique. Tandis que, par exemple, l'histoire, même si elle se présente comme histoire universelle, tient compte des clivages géographiques de son déroulement, cette vision généraliste de la théorie du droit met ces clivages au deuxième rang pour souligner le caractère universel, et donc scientifique, de l'étude du droit⁶⁴². Toutefois, les considérations de Austin montrent implicitement que le droit, tant les normes juridiques que la doctrine ou la théorie qui les examine, circule entre lieux différents. D'un côté, il y a « les systèmes juridiques de quelques nations » très précisément détaillés par cet auteur : Rome, présentée plutôt comme une référence symbolique des origines historiques de la pensée juridique, et surtout le droit jurisprudentiel de l'Angleterre (auquel il faudra joindre, dans les années qui suivent l'œuvre de Austin, le droit américain) et, dans une même unité, le droit codifié français et allemand. D'un autre côté, l'on trouve « le reste », c'est-à-dire, les autres ordres juridiques qui découlent des premiers. En conséquence, comme l'explique D. López, se lève un espace vide et universel de théorie juridique avec une histoire et des structures juridiques universelles qui couvrent toutes les autres juridictions. Vu du point de vue du reste du monde, cet espace théorique vide manque de tout contexte de formation, mais il finit par être rempli principalement de produits abstraits et circulables de la théorie générale du droit stérilisés pour qu'ils puissent être consommés par la doctrine locale après avoir abandonné les lieux originaux où ils étaient nés⁶⁴³. Cette prétention généraliste ne peut toutefois pas dissimuler le fait que les caractéristiques que Austin attribue aux systèmes juridiques prestigieux, et par cette voix au « reste », sont tirées principalement du droit anglais et de références occasionnelles au droit romain (ce qui, en outre, arrive à beaucoup d'autres théories du droit⁶⁴⁴), de sorte que sa *jurisprudence* est plutôt « particulière » et non pas « comparative »⁶⁴⁵.

Austin prétend résoudre ce paradoxe en privilégiant une perspective « générale », qui n'envisage pas les particularités du droit d'un pays, mais qui ne peut pas non plus laisser de côté les références à certains systèmes juridiques, ceux de « deux ou trois nations », qu'il privilégie pour définir le domaine (*province*) de la *general jurisprudence*. Ce domaine, qui est aussi le sujet principal d'un autre de ces travaux (*The province of jurisprudence determined*, 1832), suppose la définition de la théorie générale du droit comme une science qui est consacrée à l'exposition des principes, notions et structures qui sont communs à tous les systèmes de droit, mais considérant seulement « les systèmes les plus développés et mûrs »⁶⁴⁶. Le problème ici est que Austin procède non seulement à des généralisations sur

and Positivist Jurisprudence: A Study of the Legal Philosophy of John Austin », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 24, 1979, pp. 155-156).

⁶⁴² Comme l'indique W. Twining, « Austin emphasised the distinction between general and particular jurisprudence because he wished to lay a foundation for an autonomous discipline distinct from the Science of Legislation and from historical and empirical enquiries » (*op. cit.*, p. 23).

⁶⁴³ LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 96.

⁶⁴⁴ Celle de Austin ne serait qu'un cas au sein d'une tendance plus générale qui consiste en « to project parochial preconceptions onto non-Western legal orders, cultures, and traditions » (TWINING, W., *op. cit.*, p. 21).

⁶⁴⁵ BUCKLAND, William W., *Some Reflections on Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1945, p. 69; DIAS, Reginald W., *Jurisprudence*, 2nd ed., London, Butterworth, 1964, p. 357.

⁶⁴⁶ « I mean, then, by General Jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles, notions and distinctions which are commons to systems of law: understanding by systems of law, the ampler

ces systèmes, « les plus suffisants et mûrs des communautés raffinées », dont il a jusqu'à un certain point étudié le contenu⁶⁴⁷, mais également sur les « systèmes maigres et rudimentaires des sociétés rustiques » (*the scanty and crude systems of rude societies*)⁶⁴⁸, qu'il connaît relativement peu. Il ne donne aucun critère pour identifier les systèmes « maigres et rudimentaires » ni les « suffisants et mûrs », de même qu'il ne démontre pas que les caractéristiques qu'il invoque dans ses travaux sont effectivement partagées par tous, indépendamment de leurs spécificités⁶⁴⁹. Si Austin avait pensé à suivre une démarche inductive, comme quelques déclarations méthodologiques pouvaient laisser le supposer, elle résulte très affectée « puisqu'il croyait que, *au-delà des recherches empiriques*, le contenu de la plupart des lois de tous les systèmes *devait* être le même. La base de cette conviction n'était pas une étude attentive des faits de systèmes juridiques réels, mais plutôt une certaine conception de la nature humaine et de l'éthique »⁶⁵⁰, ce qui serait plus proche de l'idéalisme déductif des conceptions plus traditionnelles, comme celles du jusnaturalisme scolastique. Il est possible donc de dire que pour Austin les propositions de la *General Jurisprudence* qui ont la plus grande portée ne sont pas les généralisations empiriques, mais plutôt des propositions inhérentes à l'idée même de droit qui sont profondément intégrées à celui-ci. C'est pour cette raison que Austin peut les caractériser comme nécessaires, inévitables, essentielles et universelles⁶⁵¹.

II. Le caractère transnational de la théorie générale du droit

Ce type d'universalisme trouve sa manifestation la plus achevée et la plus complète dans le courant de pensée juridique qui en Allemagne a été connu sous le nom de *Allgemeine Rechtslehre*. Son principal objectif était la détermination et la systématisation des « concepts juridiques fondamentaux » (*juristische Grundbegriffe*), qui sont dérivés de l'examen des contenus des normes et principes appartenant aux diverses branches des systèmes de droit. Il s'agissait alors de procéder à une synthèse des résultats de toutes les sciences dogmatiques, ce qui différencie la théorie générale du droit des juristes allemands de la *General Jurisprudence* de Austin dont le propos était celui d'obtenir les concepts juridiques généraux au moyen de l'observation et la comparaison des « systèmes les plus développés et mûrs », comme on vient de l'indiquer. Malgré ces divergences méthodologiques, les deux tendances partagent deux particularités : d'une part, avoir comme but la définition et l'examen des systèmes composés de concepts généraux et

and maturer systems which, by reason of their amplitude and maturity, are pre-eminently pregnant with instruction » (AUSTIN, John, « The uses of the study of jurisprudence », *cit.*, p. 367).

⁶⁴⁷ En effet, comme H. L. A. Hart le souligne, « in 1826 when the University of London was founded Austin was appointed its professor of jurisprudence and spent the next two years in preparation of his lectures, manly in Bonn where he read the newly discovered Institutes of Gaius, the Pandects, and the works of Hugo, Thibaut, and Savigny, and made friends with Niebuhr and W. von Schlegel » (HART, H. L. A., « Introduction », in AUSTIN, J., *op. cit.*, p. vii).

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 365.

⁶⁴⁹ DIAS, R. W., *loc. cit.*

⁶⁵⁰ RUMBLE, W. E., *op. cit.*, p. 172.

⁶⁵¹ RUMBLE, Wilfrid E., « Introduction », in AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1995, pp. xxiii-xxiv.

formels et, d'autre part, n'avoir comme objet d'étude que le droit positif⁶⁵². Elles sont explicitement soutenues par d'Adolf Merkel (1836-1896), le principal représentant de la *Allgemeine Rechtslehre*, qui pose de plus comme point de départ le postulat, proche à celui formulé par Bentham, selon lequel il est nécessaire de distinguer clairement, d'un côté, les questions du droit existant, ses bases empiriques et ses effets inévitables et, de l'autre, les questions du droit souhaité et ses rapports idéaux⁶⁵³. Cela lui permet d'affirmer que la tâche d'intégrer le droit positif ne correspond pas à la philosophie du droit, car elle ne s'occupe que des valeurs juridiques objectives qui ne peuvent pas être l'objet de recherche scientifique, mais à la *Allgemeine Rechtslehre*, qui pour y arriver tente d'identifier ce que les diverses branches du droit ont en commun et les « règles générales de leur développement »⁶⁵⁴. Il propose alors explicitement de substituer la philosophie du droit à la théorie du droit, l'érigant de fait comme une vraie science, comme la seule connaissance scientifique du droit⁶⁵⁵.

Sur ces bases la théorie générale du droit comme discipline connaît en Europe continentale une période de croissance pendant les premières décennies du XX^e siècle, marquée notamment par le lancement en 1926 de la *Revue internationale de théorie du droit*, édité jusqu'en 1938 par Léon Duguit, Franz Weyr et Hans Kelsen⁶⁵⁶. Ce dernier auteur est devenu célèbre en prétendant développer une théorie générale dans le domaine juridique sous la dénomination de « théorie pure du droit », titre de son livre le plus connu. Le caractère généraliste et même universaliste est posé par cet auteur comme une condition méthodologique essentielle (comme l'avait déjà fait la *Analytical Jurisprudence*⁶⁵⁷), étant donné que la théorie pure est une théorie du droit positif en général, « sans autre spécification », c'est-à-dire, qu'« elle n'est pas la théorie d'un ordre juridique déterminé ; elle

⁶⁵² FASSÒ, Guido, *Histoire de la philosophie du droit : XIX^e et XX^e siècles*, trad. Catherine Rouffet, Paris, LGDJ, 1976, p. 157.

⁶⁵³ MERKEL, Adolf, « Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft », in HOLTZENDORFF, Franz von (éd.), *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, 5^e éd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1890, p. 89.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, pp. 90-91. De toute façon, il est possible de dire que pour Merkel « what should be follows from a judgment of what is, this is not an unexpected amalgamation of both areas in a “naturalistic fallacy,” but indicates the possibility that an analysis of given facts and their potential positive and negative developments allow the derivation of “ideal forms” as templates for the transformation of existing circumstances » (HOFMANN, Hasso, « From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism », in CANALE, D., GROSSI, P., HOFMANN, H. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 324-325).

⁶⁵⁵ Proclamé par Merkel dans un article de 1874 – considéré comme le « manifeste du positivisme juridique » (FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 158) – sur les rapports entre la philosophie du droit et la science positive du droit : MERKEL, Adolf, « Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben », in ID., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, I*, Straßburg, Trübner 1899, pp. 291-323.

⁶⁵⁶ VAN HOECKE, Mark, « Théorie général du droit », *cit.*, § 3, p. 417.

⁶⁵⁷ Dans la préface de *Théorie générale du droit et de l'État* (1944) Kelsen reconnaît que « la théorie pure du droit suit en principe la même orientation que la science du droit dite analytique. À l'instar de John Austin et de ses célèbres *Lectures on Jurisprudence*, la théorie pure s'attache à obtenir ses résultats grâce à la seule analyse du droit positif. Chaque assertion de la science du droit doit se fonder sur un ordre juridique positif ou sur une étude comparative du contenu de plusieurs ordres » (KELSEN, Hans, *Théorie générale du droit et de l'État : suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. Béatrice Laroche et Valérie Faure, Paris, LGDJ, Bruylant, 1997, p. 47). Sur les relations entre la conception du droit et de l'État de Bentham et celle de Kelsen voir : VAN DE KERCHOVE, Michel, « Bentham et Kelsen », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 69, n° 2, 2012, 106-120.

n'a pas pour objet l'interprétation de tel ou tel ensemble de normes juridiques, nationales ou internationales »⁶⁵⁸. Cela n'implique pas pour autant que Kelsen ne s'intéresse point à ceux-ci, car ils sont le point de départ de la composition d'une théorie du droit à caractère général, de manière que « produit d'une analyse comparée de plusieurs ordres juridiques positifs, cette théorie énonce les concepts fondamentaux qui permettent de décrire le droit positif d'une communauté juridique donnée »⁶⁵⁹.

L'universalisme est ainsi une condition de la possibilité d'une science du droit qui se réalise au moyen d'une théorie pure, débarrassée de tous les éléments qui lui sont étrangers et sans être mêlée à la psychologie, la sociologie, l'éthique et la théorie politique⁶⁶⁰. Pour identifier l'objet de cette science il est nécessaire de surpasser la diversité apparente qui le caractérise et se concentrer dans les caractères communs que l'on peut en trouver partout :

« Une théorie du droit doit avant tout déterminer la notion de son objet. Pour parvenir à une définition du droit, il est recommandable de partir tout d'abord de l'usage linguistique, c'est-à-dire d'établir la signification qu'a le mot *Recht*, c'est-à-dire droit, dans la langue allemande, et qu'ont ses équivalents dans d'autres langues, tels que *law*, *droit*, *diritto*, etc. Il s'agit d'établir si les phénomènes sociaux que l'on désigne par ces termes présentent des caractères communs par lesquels on peut les distinguer d'autres phénomènes présentant des similitudes avec eux, et si, d'autre part, ces caractères sont suffisamment importants pour servir comme éléments d'une notion de science sociale. *A priori*, il pourrait fort bien se faire que cette enquête aboutît à la conclusion que le mot droit ou ses équivalents dans d'autres langues servent à désigner des objets si différents qu'ils ne peuvent pas être réunis sous une notion commune. En fait, tel n'est cependant pas le cas. En effet, lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents et aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduite humaine »⁶⁶¹.

Selon Kelsen, il est alors possible d'identifier un concept général du droit qui embrasse les caractéristiques des ordonnancements juridiques particuliers, au-delà de leurs divergences, et qui permet de proposer une théorie du droit à caractère scientifique et, ainsi, universel. Dès la première édition (1934) de son ouvrage principal, Kelsen souligne le fait que sa proposition d'une théorie pure a été suivie dans plusieurs pays malgré les différences qui exhibent leurs systèmes de droit⁶⁶². Plus encore, dans la préface de la seconde édition (1960) il accepte qu'une éventuelle faiblesse de la théorie pure consiste en ce qu'elle ne peut

⁶⁵⁸ KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, § 1, p. 1.

⁶⁵⁹ KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État*, cit., p. 45. Or, comme l'explique A. Maryioli, la *Théorie pure du droit* est « une théorie (ou doctrine) « générale » du droit qui ressemblerait les concepts et les principes juridiques des différentes branches du droit sous l'égide de quelques concepts fondamentaux censés à la fois épuiser le terme Droit et rendre manifeste l'unité de celui-ci » (MARYIOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX^e siècle », cit., p. 144).

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁶¹ *Ibidem*, pp. 42-43.

⁶⁶² « J'ai aujourd'hui la satisfaction de pouvoir constater que je ne suis pas demeuré seul sur la voie où je me suis ainsi engagé. Dans tous les pays évolués, dans tous les milieux qui se consacrent aux tâches juridiques professionnelles, qui sont si diverses, auprès de praticiens comme auprès de théoriciens, mais également auprès de représentants de disciplines apparentées à la science du droit, j'ai trouvé des approbations extrêmement encourageantes » (*ibidem*, p. VII).

appréhender et expliquer la variété et les différences que montrent de plus en plus les divers ordres juridiques du monde⁶⁶³.

Bien qu'il soit conscient que l'un des obstacles pour le développement d'une théorie pure et générale du droit est celui de pouvoir considérer sous un même concept de droit toutes les particularités des systèmes juridiques, Kelsen, tout au long de son œuvre, spécialement dans la *Théorie pure du droit*, propose diverses catégories qui accentuent le sens universaliste de celle-ci. Un exemple remarquable de cette condition est la théorie dite de la « norme fondamentale » (*Grundnorm*) qui est l'un des éléments les plus importants de la conception kelsenienne du droit⁶⁶⁴. Son point de départ est la distinction entre les ordres normatifs statiques et les ordres normatifs dynamiques. Dans les ordres du premier type, le contenu des normes est immédiatement évident, de sorte qu'elles sont valides en vertu de sa dignité intrinsèque. Les normes inférieures du système se déduisent des normes supérieures de la même manière que le particulier est déduit du général⁶⁶⁵. Pour sa part, dans un système de nature dynamique, les normes ne sont pas déduites les unes des autres. Le contenu des normes supérieures consiste en l'établissement d'une autorité qui aura la faculté de création normative et qui pourra conférer une telle faculté à d'autres autorités qui lui seront subordonnées. Les normes d'un système dynamique sont ainsi créées par les autorités compétentes selon une norme de degré supérieur. Pour Kelsen, « les systèmes qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique »⁶⁶⁶, dont les normes ne sont pas placées les unes à côté des autres, mais elles sont rangées dans une structure hiérarchique⁶⁶⁷. À partir de cette distinction entre systèmes statiques et systèmes dynamiques, Kelsen développe la théorie de la norme fondamentale. La norme qui s'érige comme le fondement final de la validité de toutes les autres normes du système et qui ne se fonde plus sur une autre est la *norme fondamentale*. Elle a ce caractère parce que, d'une part elle n'est pas édictée par une autorité reconnue par le système et ne dérive donc pas d'une autre norme et, d'autre part, elle fonde la validité de toutes les autres normes du système, avec lesquelles elle entretient un rapport de supériorité. Dans un système juridique, la norme fondamentale se trouve au-dessus de la norme positive la plus importante du système, c'est-à-dire, au-dessus de la constitution. Or, ce qui est le plus remarquable par rapport au caractère universaliste de la théorie kelsenienne c'est que le

⁶⁶³ « Étant donné la diversité qui va constamment croissant avec le temps, du contenu des ordres juridiques positifs, une théorie générale du droit est toujours exposée au risque que les concepts fondamentaux du droit quelle a élaborés n'appréhendent pas la totalité des phénomènes juridiques. Il peut se faire que maints d'entre eux se révèlent trop étroits ou au contraire trop larges. En proposant dans ce livre une théorie générale, j'ai pleinement conscience de ce risque, et ma reconnaissance est donc sincèrement acquise par avance à ceux qui présenteraient des critiques sur ce plan » (*ibidem*, p. XIV).

⁶⁶⁴ Dans ce qui suit on a repris quelques aspects de nos travaux sur ce sujet, auxquels nous nous rapportons pour plus de détails : RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, *La validité des systèmes juridiques : les théories de la norme basique*, Mémoire de DEA Philosophie du droit / Paris II, 2000 (publié dans *Revista electrónica Via inveniendi et iudicandi*, n° 12, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, 2011) ; ID., « ¿Es necesaria una norma por encima del sistema jurídico?: Las teorías de la norma básica de Kelsen y Hart », *Revista Pensamiento Jurídico*, n° 16, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, junio-julio 2006, pp. 149-170.

⁶⁶⁵ KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, cit., p. 258.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 261.

⁶⁶⁷ « L'ordre juridique, en particulier l'ordre juridique personnifié par l'État, n'est donc pas un système de normes liées l'une à l'autre et se situant sur le même plan, il forme une hiérarchie composée de multiples degrés de normes » (KELSEN, H., *Théorie générale du droit et de l'État*, cit., p. 178).

contenu spécifique de la norme fondamentale, qui concerne la faculté de création des normes obligatoires qu'a l'autorité qui a édicté la constitution, est similaire dans tous les systèmes juridiques et s'exprime par un même énoncé : « La norme fondamentale d'un ordre juridique – écrit Kelsen – prescrit que chacun se conduise comme le lui ordonnent les « pères » de la constitution et les individus habilités (délégués) par la constitution de manière directe ou indirecte. Cet énoncé peut prendre la forme d'une norme juridique : les actes de contrainte ne doivent être exécutés que dans les conditions et selon le procédé déterminé par les « pères » de la constitution ou les organes qu'ils délèguent. Voilà, de façon schématique, en quoi consiste la norme fondamentale de l'ordre juridique d'un État unique, la norme fondamentale d'un ordre juridique étatique »⁶⁶⁸.

En outre, il convient de signaler que dans la *Théorie pure du droit* la seule mention au phénomène de la circulation de normes juridiques est faite par Kelsen justement dans le contexte de l'exposition de la théorie de la norme fondamentale. Cet auteur soutient que la signification de celle-ci devient particulièrement claire « lorsque l'on envisage une Constitution qui n'a pas été modifiée par la voie constitutionnelle, mais remplacée par une autre de façon révolutionnaire »⁶⁶⁹. Kelsen précise alors que :

« En règle générale, à la suite et à l'occasion d'une révolution [...], ce sont seulement la Constitution ancienne et certaines lois politiquement essentielles qui sont abrogées. On dit habituellement qu'au contraire une grande partie des lois qui ont été édictées sous l'empire de l'ancienne Constitution « demeurent en vigueur » ; mais cette dernière expression n'est pas juste : des lois ne peuvent être considérées comme étant en vigueur sous la nouvelle Constitution que parce qu'elles ont été mises en vigueur par le gouvernement révolutionnaire, sous l'empire de la nouvelle Constitution, soit de façon expresse, soit de façon tacite. Il ne s'agit pas d'une création de droit complètement nouvelle, mais de [la] réception par un ordre juridique de normes d'un autre ordre ; telle que fut la réception du droit romain par le droit allemand. Mais une telle réception est quand même bien création de droit. Car la validité des normes juridiques qui ont été reçues sous l'empire de la Constitution nouvelle établie par voie révolutionnaire ne peut plus trouver son fondement immédiat dans l'ancienne Constitution, qui a été abrogée ; ce fondement ne peut plus être que la Constitution nouvelle »⁶⁷⁰.

Il est alors évident que Kelsen recourt à l'exemple de la réception du droit romain non pas comme une manière d'aborder la question du déplacement des normes d'un lieu à l'autre (ni même comme un argument complémentaire), mais pour expliquer par rapport à la constitution et, à travers elle, par rapport à la norme fondamentale, le lien existant entre la validité et l'efficacité des normes d'un système juridique considéré dans son ensemble. De toute façon, cette allusion est à tel point accessoire que Kelsen finit par considérer cette « réception » comme une forme de création de normes et non pas comme un cas de circulation entre divers endroits.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 169-170.

⁶⁶⁹ Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, cit., p. 278.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 279.

Conclusion du Titre I

La confrontation entre le jusnaturalisme et le positivisme a profondément marqué l'évolution de la pensée juridique en Occident pendant les derniers temps. Or, malgré les différences qui sont à la base de leur désaccord, ils partagent une même prétention universaliste. L'école du droit naturel a toujours maintenu l'idée de l'existence de certains principes qui dépassent les frontières géographiques et temporelles et qui, en conséquence, servent de fondement de validité des systèmes spécifiques de droit positif. Que leur contenu soit défini au moyen d'une métaphysique téléologique, selon le modèle aristotélico-thomiste, ou bien en suivant la méthode analytique et synthétique du jusnaturalisme moderne, il s'agit nécessairement des principes qui prétendent une validité générale, détachée de toute sujétion aux conditions particulières de chaque société. Les deux tendances ont ainsi encouragé une méthode abstraite et rationnelle pour les identifier et une méthode déductive pour déterminer, à partir des principes universels de droit naturel, les normes des droits positifs qui doivent dès lors correspondre à ceux-ci. Dans ce cadre, les remarques sur le déplacement des normes et des autres composants des systèmes juridiques sont assez rares, et lorsque l'on s'occupe de ce phénomène, il ne mérite pas une analyse approfondie. Cela est encore le cas du courant d'auteurs jusnaturalistes qui entre les XVII^e et XVIII^e siècles commence à esquisser une démarche inductive, dont le propos est de dériver des principes de plus en plus larges jusqu'à atteindre les principes premiers du droit naturel à partir de l'examen et la comparaison de contenus des normes appartenant à divers systèmes juridiques en vigueur. Bien qu'il soit possible de penser qu'une plus grande attention portée sur ces derniers puisse inciter la reconnaissance de rapports d'échange et d'influence entre eux, les allusions continuent à être exceptionnelles et quand elles existent, c'est plutôt pour mettre en doute la possibilité ou la convenance de ce type de rapports qui configurent la circulation du droit, comme il arrive chez le jusnaturaliste italien Giambattista Vico.

Du côté du positivisme juridique, la disposition universaliste de sa conception du droit est également un obstacle important pour s'approcher du phénomène de la circulation du droit entre divers endroits. La théorie générale du droit, à partir des fondements épistémologiques positivistes (qui restreignent son objet d'étude au seul droit tel qu'il est, sans s'occuper du droit comme il devrait être), cherche à être reconnue comme une science. Pour y arriver elle ne se limite pas à décrire l'ordre juridique positif d'un pays – ce qui serait plutôt le propos principal de la doctrine⁶⁷¹. Elle se présente comme « générale », et donc, comme une théorie qui explique les notions les plus globales et abstraites. À cet égard, les idées de Austin sont paradigmatiques. Cet auteur ne soutient pas l'universalisme de la théorie juridique contre n'importe quelle forme de particularisme. Il s'agit selon lui de

⁶⁷¹ Sur la notion de doctrine voir : JESTAZ, Philippe, JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 3-9.

surpasser les spécificités des « systèmes juridiques de quelques nations » qui méritent véritablement l'attention et dont les ressemblances sont le point de départ de l'élaboration de la théorie générale du droit. Il n'est donc pas nécessaire d'aller chercher dans les autres ordres juridiques qui ne sont finalement que la reproduction des « systèmes les plus suffisants et mûrs des communautés raffinées »⁶⁷². Austin leur reconnaît probablement quelques aspects particuliers qui s'expliquent par l'adaptation à un nouveau milieu, mais pour lui les normes et les institutions reçues maintiennent leurs caractéristiques essentielles. Cela lui permet ainsi de faire de la théorie générale du droit tant par rapport aux systèmes juridiques prestigieux que par rapport à ceux qui les ont imités. Or, ce qui est le plus remarquable c'est justement la manière dont Austin fixe, plutôt de forme implicite, le caractère général de la théorie juridique en supposant le fait que le droit s'est déplacé de certains pays vers les autres. Il ne l'aborde pas directement, mais sa justification d'une théorie dite « générale » le laisse transparaître. Toutefois, cela n'implique pas que l'examen de ce phénomène soit forcément exclu du point de vue d'une théorie générale du droit. Les considérations de Bentham sur la « transplantation des lois » confirment cette hypothèse, bien qu'elles montrent également une ambivalence entre, d'une part, l'application des principes utilitaristes à portée universelle pour identifier les « axiomes » qui doivent guider la transplantation et, d'autre part, les changements que les normes et les institutions transplantées doivent expérimenter pour qu'elles s'adaptent aux conditions de la société réceptrice, changements dont la nature est, de toute façon, déterminée par des bases utilitaristes. C'est pour cela qu'il est possible de conclure que les thèses de Bentham sur la circulation du droit, alors qu'il accepte la complexité de ce processus et la nécessité d'une adaptation des greffes juridiques au contexte, suivent la ligne traditionnelle qui la conçoit d'une manière linéaire et unidirectionnelle, partant de pays prestigieux et arrivant aux pays dont le droit et la doctrine sont toujours considérés comme l'imitation et la continuation du droit et la doctrine des premiers. Cependant, ni Austin ni les autres auteurs représentatifs de la théorie générale du droit de la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle (par exemple, Kelsen) ne continuent ni développent les propositions de Bentham sur ce sujet, pour lequel ils montrent très peu d'intérêt.

Il semblerait alors que le contexte le plus fécond pour aborder le phénomène du déplacement du droit ne soit pas celui des analyses généralistes de la philosophie jusnaturaliste ou de la théorie du droit positiviste, mais les conceptions juridiques particularistes et relativistes. Cela est assez paradoxal car celles-ci nient la possibilité ou la convenance des greffes ou transplantations, soit parce qu'elles incorporent le droit à la culture, les mœurs, les coutumes et les pratiques sociales, soit parce qu'elles le subordonnent à un ou plusieurs éléments de la structure des sociétés. Or, chez quelques auteurs et doctrines qui proposent cette conception, en commençant par Montesquieu, il est possible de percevoir une dichotomie entre un instrumentalisme particulariste qui soumet le droit aux conditions de chaque société et le recours aux modèles étrangers pour la réforme des branches entières d'un droit national. Ceci est encore plus évident lorsqu'ils abordent le sujet de la réception du droit romain en Europe. Par exemple, Savigny et Ehrlich qui en principe suivent la tradition du déterminisme social sur le droit offrent des contributions intéressantes pour la compréhension du phénomène de la circulation du droit

⁶⁷² AUSTIN, John, « The uses of the study of jurisprudence », *cit.*, p. 365.

en prenant pour fondement l'analyse de la réception du droit romain justinien dans les territoires allemands. Weber, qui développe une théorie sociojuridique où le droit dépend des structures politiques et économiques des sociétés, reprend cette démarche et affirme que même si la réception du droit romain, et en général de tout ordre juridique, concerne une réalité à caractère normatif, elle ne peut être abordée que du point de vue sociologique (conclusion à laquelle n'arrive ni Maine ni Durkheim), ce qui constitue un apport primordial à l'explication des « greffes » juridiques. Toutefois, le fait que ce sont des normes qui circulent dans le cas de la réception du droit romain peut induire d'importantes difficultés à l'heure d'aborder ce phénomène à partir d'une conception empirique du droit, comme semblent le suggérer les approches de Llewellyn et Olivecrona. Cependant, comme on l'a déjà indiqué et comme on aura l'occasion de le souligner, l'examen de la circulation du droit ne se réalise pas exclusivement d'un point de vue normativiste, car il est possible de constater que le droit ne voyage pas seulement à la manière de normes et d'autre type d'entités prescriptives mais aussi comme un phénomène social lié à certaines pratiques, processus et événements. Mais cette perspective ne surgit qu'après les développements réalisés par les études d'histoire du droit et de droit comparé sur les greffes ou transplantations juridiques, en poursuivant une conception typiquement normativiste et en les identifiant sous diverses appellations, principalement celle de « réception du droit » et celle de « *Legal Transplants* ».

TITRE II. LES GREFFES OU TRANSPLANTATIONS JURIDIQUES : LES TERMES D'UN DÉBAT

Dans la doctrine juridique et même dans certaines études de théorie générale du droit, l'affirmation selon laquelle le droit – ou au moins une bonne partie de celui-ci – a été le produit de l'imitation d'autres ordres juridiques, est en général faite d'une manière intuitive et comme la constatation de quelque chose d'évidente qui ne requiert pas une sustentation détaillée, configurant ainsi une espèce de « mythe » de la copie. De ce point de vue, il va de soi que tant les normes et les institutions que les idées juridiques (exposées par la doctrine) établies et élaborées dans une société peuvent s'en détacher, voyager et être accueillies dans une autre société, même si celle-ci détient une structure sociale différente. Plus encore, on affirme que cette situation est celle qui caractérise les pays du « tiers-monde » ou « en voie de développement », tels que ceux de l'Amérique latine, dans la mesure où ils ont toujours cherché ailleurs les éléments essentiels de leurs systèmes juridiques, alors que d'autres pays facilement identifiables (principalement, la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne et les États-Unis), ont eu la possibilité d'élaborer leur propre système juridique, dont la caractéristique principale est l'originalité pour autant qu'il corresponde aux conditions de chaque contexte social. D'autre part, on assume également que les institutions et les normes juridiques importées, en dépit d'être conçues comme des œuvres terminées qui répondent à une rationalité cohérente et homogène, doivent nécessairement s'adapter aux réalités sociales et culturelles du contexte de réception pour que l'importation puisse être réalisée, raison pour laquelle l'imitation en tant que telle est condamnée à l'échec. Il y aurait alors une espèce d'ambivalence dans ce type de conceptions, parce qu'en même temps que l'on accepte qu'une société puisse imiter le droit d'une autre société, on soutient aussi que dans l'inévitable processus d'adaptation l'objet juridique importé perd ses éléments essentiels et finit par être une réalité distincte à celle qui était d'abord.

Il est évident que les bases sur lesquelles cette conception s'appuie ont des implications profondes dans la manière dont sont conçus tant les rapports entre la société et son droit que la nature même du droit, implications qui habituellement avaient été négligées. En principe, il s'agit de l'une des questions qui doit aborder le droit comparé. Cependant, au-delà des débats autour de son objet d'étude, sa méthodologie et même à sa propre existence, celui-ci d'ordinaire assume une approche qui peut être qualifiée de « statique », étant donné qu'il procède à une analyse comparative où les interpénétrations et les influences d'un ordre juridique sur les autres ne sont pas considérées, ceux-ci étant abordés

à la façon des produits terminés qui se présentent l'un vis-à-vis de l'autre. Il n'en demeure pas moins que face à cette perspective il est possible d'identifier une à caractère « dynamique » qui ne rapproche pas seulement des droits en vigueur à un moment donné, mais tient également compte du rôle des influences d'un extrême de la comparaison sur l'autre tout au long de son évolution, ce qui implique que le droit comparé soit profondément articulé avec d'autres disciplines, en particulier l'histoire du droit et la sociologie juridique.

On sait déjà que l'imitation de normes et institutions juridiques, qui constitue l'un des cas les plus évidents du phénomène de la circulation du droit, jusqu'à récemment n'avait pas attiré l'attention des experts et il n'y avait pas beaucoup d'études qui s'occupaient de manière systématique et ponctuelle de ce sujet. Ceci peut être constaté par le fait que l'approche dynamique du droit comparé tendait à avoir un rôle secondaire dans les principaux travaux dans le domaine. Or, on a également remarqué que « les années soixante-dix du XX^e siècle ont vu un renouvellement durable de l'intérêt sur la question de la diffusion du droit sous l'étiquette de « greffe » juridique »⁶⁷³, ce qui a donné lieu à une controverse assez intense sur la nature et les conséquences du fait que le droit puisse se déplacer d'un lieu à un autre. Quoi qu'il en soit, avant la période indiquée et dans le cadre des recherches tant d'histoire du droit que du droit comparé, il est possible de repérer quelques références au phénomène de la circulation du droit qui constituent le fondement des développements postérieurs. Dans ce qui suit, il sera d'aborder ces antécédents (chapitre I), pour qu'il soit possible d'analyser ultérieurement le débat autour de la théorie dite des *legal transplants* (chapitre II).

⁶⁷³ TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, pp. 210-211.

Chapitre I. Les antécédents : la circulation du droit dans les études d'histoire du droit et de droit comparé pendant le XX^e siècle

La réception d'un ou plusieurs éléments d'un droit étranger pour la réforme du système juridique d'une société donnée, ce qui implique le mouvement de ces éléments d'un lieu à un autre, est un sujet qui a depuis longtemps intéressé la théorie du droit, l'histoire des divers ordres juridiques, la doctrine et, en général, tout type d'analyses sur le droit. Les auteurs et les courants de pensée juridiques présentés dans le titre précédent le confirment. Jusqu'au milieu du XX^e siècle cet intérêt sur le sujet a eu plusieurs causes, soit la négation de la possibilité ou de la convenance de la réception à partir d'une conception particulariste qui soutient le déterminisme social sur le droit, soit l'examen de l'histoire d'un ordre juridique spécifique, soit l'identification des principes universels et éternels qui déterminent la validité et la légitimité des droits positifs, soit le développement d'une science juridique sur des bases empiriques et vérifiables, soit l'application de certaines notions – empruntées à d'autres domaines des sciences humaines et sociales – à l'analyse du droit⁶⁷⁴. Or, à l'époque contemporaine, même si tous ces facteurs continuent à avoir une emprise importante, les contributions les plus directes et élaborées à la compréhension du phénomène de la circulation du droit peuvent être trouvées dans des recherches sur les cas particuliers de réception d'un droit étranger développées par l'histoire du droit (section 1) et dans les études de droit comparé qui s'y attache de manière plus ou moins explicite, mais dans la plupart des cas comme l'une des conséquences de l'utilisation pratique de l'approche comparative pour la réforme du droit national (section 2). Dans ce qui suit, on ne prétend évidemment pas, reconstruire ou exposer de façon exhaustive l'évolution des divers courants de l'histoire du droit et du droit comparé, mais simplement faire allusion à quelques travaux qui dans ces domaines ont approché plus ouvertement le sujet de la

⁶⁷⁴ Par exemple, la théorie de la diffusion développée par l'anthropologie culturelle a été l'un des fondements des allusions et analyses sur la réception d'un droit étranger chez plusieurs auteurs du XIX^e siècle. W. Twining souligne que ceci est le cas de Tarde, Maine et Weber. En effet, « diffusionism represented a reaction against the prevailing nineteenth-century view that there were natural laws of evolution governing human progress. This theme was taken up mainly in cultural anthropology, in the early years concentrating on spatial distribution of culture traits more than on the processes of diffusion. In time, strong forms of diffusion theory were discredited, and most anthropologists accepted that the history of nearly every society involves a mixture of indigenous factors and external influences. The development and functioning of institutions and practices rather than their spread thereafter tended to be the focal point of interest » (TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 208).

circulation, de sorte qu'ils peuvent être considérés comme les ancêtres immédiats des théories et doctrines qui sur le phénomène ont été proposées pendant la seconde moitié du XX^e siècle.

SECTION 1. HISTOIRE DU DROIT : LA RÉCEPTION DU DROIT ROMAIN

L'une des disciplines les plus ouvertes à l'analyse du phénomène de la circulation des divers composants des systèmes juridiques est celle de l'histoire du droit, puisqu'elle offre les fondements empiriques indispensables à une explication générale du phénomène. Cependant, il semble que le passage du cas concret historiquement présenté à un cadre conceptuel explicatif plus ample est assez difficile à parachever. Dans le titre précédent, on a fait allusion à la manière dont quelques auteurs se sont attachés à étudier l'un des événements majeurs de l'histoire juridique occidentale et qui constitue, d'ailleurs, « le cas le plus connu de diffusion d'un modèle juridique partout en Europe »⁶⁷⁵. Il s'agit bien évidemment de la « réception du droit romain », expression la plus couramment répandue pour l'identifier. Ce cas particulier se présente alors comme un vrai paradigme de circulation du droit, bien que cela ne signifie pas qu'il soit le seul qui ait été considéré de la sorte (le droit canonique étant un autre cas d'étude⁶⁷⁶). Cependant, son examen par les auteurs mentionnés n'abandonne que difficilement les limites restreintes de l'événement spécifique, même s'il est possible de trouver chez eux quelques éléments d'une approche théorique. Cette situation ne change pas beaucoup entre les XIX^e et XX^e siècles, lorsque l'histoire du droit devient une discipline académique autonome, bien qu'en Allemagne la réception du droit romain est l'occasion de réflexions de plus en plus étendues sur le déplacement du droit d'une société à une autre (I), tandis qu'en France il ne suscite pas une conceptualisation du phénomène (II).

I. Préliminaires d'une théorie générale de la réception du droit dans l'historiographie juridique allemande du milieu du XX^e siècle

Comme on a déjà eu l'occasion de l'indiquer, pendant le XIX^e siècle la doctrine juridique allemande est traversée par la dispute entre romanistes et germanistes, les premiers révélant et expliquant la réception du droit romain et les seconds dénonçant et rejetant cette opération et réclamant la récupération du droit germanique original. Cette controverse est à l'origine d'une révision du rôle du droit romain tant dans la formation universitaire des juristes que dans la pratique des avocats et magistrats dans le cadre des

⁶⁷⁵ GRAZIADEI, Michele, « Comparative Law as the Study of transplants and reception », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 445.

⁶⁷⁶ Sur la diffusion du droit canon et ses liens avec le droit romain voir : ARMINJON, Pierre, NOLDE, Boris, WOLFF, Martin, *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950-1951, §§ 25-35, pp. 63-79 ; BERMAN, Harold J., *Droit et révolution*, trad. Raoul Audouin, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, pp. 218-219.

procédures judiciaires. Elle est même décrite comme une « crise » qui s'accroît de plus en plus avec l'entrée en vigueur du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) en 1900 et qui trouve son point culminant dans le « Programme en 25 points du Parti ouvrier allemand national-socialiste » (*Das 25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei*) de 1920, dont le point 19 exige « qu'un droit public allemand se substitue au droit romain, serviteur d'une conception matérialiste du monde »⁶⁷⁷. Après la Deuxième Guerre Mondiale, le germanisme commence à être questionné par quelques historiens du droit privé qui, d'un point de vue comparatif, examinent le phénomène de la réception du droit romain en Allemagne comme une expression concrète de la circulation de celui-ci tout à long de l'Europe, bien que l'analyse se soit principalement centrée sur ce pays. Toutefois, il est possible d'y trouver des apports très intéressants et pertinents pour l'élaboration d'un appareil conceptuel général sur le phénomène du déplacement du droit, ce qui est particulièrement évident dans les travaux de Paul Koschaker (1879-1951) et Franz Wieacker (1908-1994)⁶⁷⁸.

Dans son ouvrage *Europe et le Droit Romain* (*Europa und das römische Recht*, 1946, 2^e éd. 1953) Koschaker reconnaît explicitement que l'opposition germaniste au droit romain a été la raison primordiale pour s'engager dans la recherche sur son histoire en Allemagne⁶⁷⁹, son influence dans plusieurs pays d'Europe et ses conséquences au-delà des frontières européennes⁶⁸⁰. Le point de départ sur lequel cet auteur s'appuie est déjà marquant, car il ne procède pas à une analyse directe des contenus des normes des compilations justiniennes, mais tend à esquisser une sociologie comparative du droit sur les juristes qui en Allemagne, en France et dans le monde anglo-saxon ont cultivé le droit romain à des fins pratiques⁶⁸¹. Dans ce cadre, le sujet de la réception du droit romain est central, ce qui explique pourquoi Koschaker étudie les questions des origines, le processus de développement et les crises que cette réception a expérimentées⁶⁸². De fait, pour les aborder il pose une subtile distinction entre la réception des normes venues d'ailleurs et leur assimilation dans la pratique des juristes. Tandis que la première est un phénomène qui intéresse du point de vue historique, la deuxième suppose une approche sociologique, bien que son explication ne doive pas laisser de côté la réception dans l'identification des

⁶⁷⁷ Citation prise de KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, C. H. Beck, 1958, p. 234.

⁶⁷⁸ De toute façon, comme l'explique W. Twining, « after the Second World War, studies of 'reception' developed largely divorced from empirical studies of diffusion, especially the sociological literature on diffusion of innovations. The two classic studies by Koschaker and Wieacker were ambitious works of legal history, written on a grand scale, but essentially particularistic » (TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, pp. 208-209).

⁶⁷⁹ KOSCHAKER, P., *op. cit.*, p. XII.

⁶⁸⁰ Dans plusieurs parties de son ouvrage Koschaker insiste sur la dimension européenne de la réception du droit romain : « Es ist so, daß der liebe Gott ausgerechnet den Deutschen mit der Rezeption – je nach Einstellung des Forschers – ein Geschenk gemacht oder ein Kuckucksei ins Nest gelegt hat. Vielmehr bedingt schon das Substrat der Rezeption, das römische recht, daß sei ein europäischer » (*ibidem*, p. 142 ; voir aussi p. 144).

⁶⁸¹ Selon M. Kunkel, l'un des grands mérites de Koschaker a été de démontrer – sur la base des contributions de M. Weber – l'importance de la sociologie des praticiens pour l'histoire de la réception du droit romain en Allemagne et dans d'autres pays de l'Europe (KUNKEL, M. « Prefazione », in *L'Europa e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano, Giuffrè, 1954, vol. I, p. XI).

⁶⁸² KOSCHAKER, P., *op. cit.*, p. XII-XIII.

premières phases de l'assimilation⁶⁸³. À cette différence Koschaker ajoute une autre qui est encore plus déterminante pour la configuration d'un modèle explicatif de la présence du droit romain en Allemagne : celle qui existe entre la réception directe des normes juridiques d'origine étrangère et la propagation d'une doctrine fondée sur celles-ci mais qui peut s'en détacher. C'est justement ce type de propagation doctrinal et non pas une réception normative directe qui, selon cet auteur, s'est produite en Allemagne du XII^e au XIV^e siècle, car durant cette période il est possible de constater que les juristes de quelques territoires du Saint Empire romain germanique (dans quelques-uns plus explicitement que dans les autres⁶⁸⁴) utilisent le droit romain justinien mais toujours à travers la doctrine de l'École des Glossateurs de Bologne⁶⁸⁵. Sur cette même différenciation Koschaker examine la « seconde réception » qui a eu lieu en Europe dans le XIX^e siècle (après celle du droit romain), c'est-à-dire la réception du Code civil français qui, à la différence de la première, se présente comme une réception normative, soit directement à la manière d'une greffe de ses dispositions, soit en inspirant le droit privé d'un grand nombre de pays. Or, malgré les écarts qui existent entre les deux modèles, ils trouvent une même explication. D'une part, le droit romain n'a pas été reçu en Allemagne en raison de ses qualités intrinsèques, mais parce qu'il était le droit de l'*imperium romanum*, dont l'idéal survit dans l'Empire allemand et dans la culture juridique européenne. D'autre part, le Code civil français n'a pas non plus eu une extraordinaire propagation en raison de son contenu ni de ses qualités techniques, même si en effet il les possède, mais parce qu'il est le code de l'Empire français et constitue l'un des archétypes de la culture française précise et claire qui, indépendamment des considérations politiques, dispose d'un grand ascendant sur les contemporains et les générations à suivre, bénéficiant qui plus est du prestige personnel de Napoléon Bonaparte, (le Code étant considéré comme son œuvre personnelle). De là Koschaker arrive à une conclusion remarquable :

« La réception d'un système juridique n'est pas un problème de qualité ; en d'autres termes, l'on ne reçoit pas un système juridique étranger parce qu'il est apprécié comme le meilleur. La réceptivité d'un système juridique est plutôt un problème de pouvoir, en d'autres termes, elle est la conséquence de l'autorité spirituelle et culturelle de laquelle jouit le droit qui est reçu, conditionnée, en plus, par la circonstance que le système juridique adopté a simultanément été créé par un grand pouvoir politique qui à ce moment-là existait encore ou dont le souvenir, ainsi que celui de la culture qui représente, continue à vivre. Par conséquent, l'on peut dire que la réception d'un système de droit étranger est un phénomène qui a son origine dans l'autorité qui émane de ce système ou, au moins, dans celle qui lui est encore attribuée »⁶⁸⁶.

⁶⁸³ *Ibidem*, pp. 125-126.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, pp. 50-54.

⁶⁸⁵ « Diese europäische, auf dem römischen Recht ruhende Rechtswissenschaft war aber nicht notwendig mit Rezeption verbunden. Sie konnte ihre Aufgabe auch erfüllen, indem sie die Pflege des heimischen Rechts befruchtete. Das ist [...] in Frankreich, aber auch in Deutschland geschehen, gilt selbst, wenn auch in erheblich geringerem Maße, für England. Nicht in der Rezeption, sondern in der Tatsache, daß die im 12.-14. Jahrhundert in Italien geschaffene romanistische Rechtswissenschaft, die sich über ganz Europa ausbreitete, zum Exponenten der europäischen Kultur wurde, liegt der Grund, warum wir heute noch ein romanistisches Rechtsstudium haben » (*ibidem*, p. 134-135).

⁶⁸⁶ *Ibidem*, pp. 137-138. Dans la troisième partie (voir *infra* pp. 150 et suiv.) on reprendra la thèse de Koschaker selon laquelle la réception du droit est une question de pouvoir et les réponses critiques auxquelles elle a donné lieu, spécialement celles d'A. Watson (WATSON, Alan, *Society and legal change*, Philadelphia,

Franz Wieacker suit également une démarche comparatiste pour examiner l'histoire de la science européenne du droit privé, dans le cadre de laquelle il s'intéresse plus spécifiquement à la réception du droit romain. Dans le livre intitulé *Histoire du droit privé des temps modernes (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1951, 2^e éd. 1967)* l'auteur relie cette perspective historique comparatiste à une exposition générale des connexions sociales, culturelles et historico-spirituelles du développement juridique⁶⁸⁷. Cela lui permet d'insister sur l'idée que l'histoire du droit privé allemand est un cas spécial dont les grandes étapes historiques ne peuvent être comprises que du point de vue de la coordination européenne, de sorte que, par exemple, une appréciation convenable de la réception du droit romain en Allemagne est uniquement possible si l'on aborde celle-ci comme l'un des champs de la diffusion en Europe de la science juridique romaniste d'origine italienne⁶⁸⁸. Toutefois, l'examen du cas concret allemand le conduit à poser quelques éléments de ce qui peut être considéré comme une explication intégrale du phénomène de la réception d'un droit étranger. Il arrive même à formuler une notion générale de la réception comme une réalité culturelle :

« La réception des éléments culturels qu'un peuple n'a pas lui-même générés, n'est que l'une de diverses formes d'accomplissement des transferts culturels (*Kulturübertragungen*), surgissant à partir de la permanence des coutumes humaines. L'idée même de réception est une expression de notre conviction sur la continuité de l'histoire humaine universelle ou, du moins, sur la continuité des grandes cultures. Cette idée, comme celle de continuité, se rapporte à l'acceptation d'une vie qui surgit constamment des manifestations culturelles dans le cours de l'histoire »⁶⁸⁹.

Sur ce fondement Wieacker souligne le caractère complexe de la réception culturelle, en général, et de la réception dans le domaine du droit, en particulier⁶⁹⁰. Dans les deux cas cette complexité se révèle par le fait que la réception est intégrée par trois éléments : le sujet, l'objet et le processus⁶⁹¹. En ce qui concerne le second, cet auteur conteste la convenance du terme « réception » car celui-ci suggère une sorte d'équivoque qui implique que le droit pourrait être adopté sans assimilation et adaptation. Elle a pour fondement une notion simpliste du droit qui le conçoit comme un objet matériel à être pris, transmis et reçu, alors qu'en réalité il se présente comme l'intégration de divers substrats profondément

Temple University Press, 2001, p. 99) et de K. Zweigert et H. Kötz (ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 100).

⁶⁸⁷ WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 7-8. Pour cette raison, R. Zimmermann soutient que ce livre « clearly constituted an attempt to come to terms with the immediate past, to reassert to core values and the essential constants of European legal culture (among them, particularly, what Wieacker has elsewhere referred to as “personalism”, “legalism” and “intellectualism”), and thus to firm a firm foundation for a civilized and European future » (ZIMMERMANN, Reinhard, « Foreword », in WIEACKER, Franz, *A history of private law in Europe with particular reference to Germany*, trans. Tony Weir, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1995, p. ix).

⁶⁸⁸ WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 18-19.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁶⁹⁰ En effet, pour Wieacker « Eine so umfassende und umwälzende Erscheinung wie „die“ Rezeption ist in Wirklichkeit die Summe unzählbarer Handlungen, Ereignisse und innerer Vorgänge: der Rechtsetzungen, Urteilsakte, der Rechtsausbildung, ja der Veränderung der Rechtsüberzeugung von vielen Millionen. Der Rechtshistoriker muß die ihm oft gar nicht mögliche genaue Beschreibung dieser Vorgänge zur Veranschaulichung notwendig durch sehr vereinfachende Darstellungsmodelle ersetzen » (*ibidem*, p. 126).

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 125, n. 3.

enchevêtrés et variables : une structure de couches multiples à caractère historique, social, intellectuel et psychologique, s'érigeant toutes ensemble⁶⁹². C'est ainsi que Wieacker met en évidence qu'il est nécessaire de partir d'une conception du droit comme objet du processus de circulation qui soit suffisamment intégrale pour expliquer tous les composants et fluctuations de ce phénomène. Seule une telle conception permet d'affirmer que « la réception est surtout une assimilation, c'est-à-dire, un processus propre d'évolution : un peuple ne peut qu'adopter et développer un droit étranger s'il transforme ce droit en un élément de sa propre vie et pensée »⁶⁹³. C'est justement cette situation celle qui s'est produite en Allemagne face au droit romain, raison pour laquelle il considère qu'il faut substituer la formule générale « réception du droit romain » à l'analyse de principaux éléments du processus de réception. Cela impliquerait, d'ailleurs, de surpasser la théorie du droit de tendance positiviste qui l'entend uniquement comme un ensemble de normes et principes tout à fait transférables et qui méprise la dépendance du droit tant aux rapports et présupposés culturelles et étiques qu'à ses opportunités de réalisation sociale et historique⁶⁹⁴. Sur ces prémisses et suivant sur ce point les thèses de Koschaker, Wieacker conclut que « ce qui a été reçu ne fut pas le droit romain classique (alors inconnu dans sa forme originale), ni le droit historique justinien en lui-même, mais le *jus commune* européen que les Glossateurs et, surtout, les Consiliatores avaient formé non pas sur la seule base du *Corpus Juris* justinien, mais comme une assimilation scientifique des statuts, coutumes et usages commerciaux de leur temps, surtout ceux du nord de l'Italie »⁶⁹⁵. Plus encore, le fait que la vie juridique allemande soit devenue scientifique ne représente pas nécessairement une adaptation d'éléments étrangers. Il s'agit, en revanche, de l'effondrement de l'ancienne sensibilité juridique à cause d'une transformation presque révolutionnaire des tenants de la jurisprudence technique, de la formation juridique, de la pensée juridique, du droit de la procédure et de la plupart des sources écrites du droit⁶⁹⁶.

II. Le désintérêt de l'histoire du droit française pour le phénomène de la réception

En France, des ouvrages de référence apparaissent au tournant du siècle, quand l'histoire du droit devient une discipline académique (principalement en raison du sectionnement de l'agrégation dans ce domaine en 1896). On retrouve parmi ceux-ci le *Précis de l'histoire du droit français* (1886) de Paul Viollet (1840-1914), l'*Histoire du droit*

⁶⁹² *Ibidem*, p. 128.

⁶⁹³ *Loc. cit.*

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 133. Ce type de considérations permet d'affirmer sur l'*Histoire du droit privé des temps modernes* de Wieacker que « it is a work of intellectual history hardly concerned with technical detail or the law in action. His is a strongly Weberian story of rationalization by legal *honoratios*. The central thesis is that the history of modern private law in Europe starts with the rise of jurists trained in the Bolognese legal method of the *studium civile* who acquired key positions in the judicial and administrative branches of government. Wieacker's is a story of a long-drawn out, complex process of diffusion over time and space of a particular approach to Justinian's *Institutes*, involving the steady intellectualization of law, especially in Germany, resulting in a particular form of 'legal science' » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, p. 209).

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 132-133.

et des institutions de la France (1887-1897) d'Ernest D. Glasson (1839-1907), le *Manuel d'histoire du droit français* (1898-1904) de Jean-Baptiste Brissaud et le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1892) d'Adhémar Esmein (1848-1913). Même si à cette époque « les historiens du droit français aspirent encore à être des « jurisconsultes » et à promouvoir une méthode de compréhension des phénomènes juridiques »⁶⁹⁷, et même s'ils étudient la présence du droit romain tout au long de l'évolution du droit en France, ils ne sortent pas des limites du cas concret et ne développent pas une analyse sur les conditions générales de la réception d'un système juridique étranger. C'est ainsi que, par exemple, Esmein souligne, d'une part, qu'aux IV^e et V^e siècles les institutions en Gaule, conquise par les romains, furent « promptement et profondément romanisées »⁶⁹⁸ ; il indique aussi, d'autre part, qu'un autre procédé de romanisation s'est produit dans le Moyen Âge, dans lequel « le droit romain renaît en effet et sort de l'oubli dans la seconde moitié du XI^e siècle », situation qui implique que « dans le cours des deux siècles suivants, ce droit rentra en vigueur, tantôt s'appliquant à côté de la coutume, tantôt la refoulant ou la transformant ; et, jusqu'à la fin de l'ancien régime, dans une mesure variant suivant les lieux et les matières, il resta en vigueur comme loi impérative »⁶⁹⁹. Cependant, cet auteur n'arrive pas à expliquer les dissemblances entre la première et la deuxième expérience de réception du droit romain, l'une déterminée par l'expansion de l'Empire romain, l'autre identifiée comme une diffusion à caractère doctrinale⁷⁰⁰. Et il ne le fait pas probablement parce qu'il ne s'intéresse pas beaucoup au phénomène de la circulation entre diverses sociétés des composants d'un ordre juridique, afin qu'il constitue un objet spécial d'étude. Il n'en offre pas un cadre explicatif, mais l'aborde comme n'importe quel événement historique, de la même manière qu'il le fait par rapport aux autres qu'il examine dans ses travaux. Cela constitue une différence importante face à l'historiographie juridique allemande du XIX^e siècle qui, en revanche, offre quelques éléments d'une explication générale du phénomène de la réception d'un droit étranger – on l'a constaté dans quelques parties de l'œuvre de Savigny – à partir de l'étude du cas spécifique de la réception du droit romain en Allemagne⁷⁰¹.

Pendant la première moitié du XX^e siècle cette tendance se maintient dans le champ de l'histoire juridique en France. Bien que les historiens du droit développent des analyses sur

⁶⁹⁷ HALPÉRIN, Jean-Louis, « Histoire du droit », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 785.

⁶⁹⁸ ESMEIN, Adhémar, *Cours élémentaire d'histoire du droit français, à l'usage des étudiants de première année*, 15^{ème} éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925, p. 1. De fait, selon Esmein « les habitants de la Gaule, sujets de l'empereur (*provinciales*) vivaient sous le droit romain, sauf l'application, sur certains points, de coutumes provinciales ; et le droit romain se présentait, au V^e siècle, sous la forme de la loi écrite » (*ibidem*, p. 30). Dans ce cas la réception du droit romain est si profonde que cet auteur ne présente pas « le régime de la Gaule romaine pendant les trois premiers siècles de l'ère chrétienne » parce qu'« il appartient beaucoup plus à l'histoire du droit romain qu'à celle du droit français » (*ibidem*, p. VII). Toutefois, il n'explique pas les conditions sous lesquelles cette réception s'est accompli et qui permettent d'exclure cette période de la histoire du droit du lieu de réception et l'inclure dans celle du lieu d'origine du droit reçu.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 678.

⁷⁰⁰ « La renaissance des études de droit romain, qui se produisit dans la seconde moitié du XI^e siècle, et qui atteignit sa pleine floraison au XII^e, introduisit un élément nouveau. Elle révolutionna le droit privé plus profondément encore que le droit public. Partout le droit romain exerça son influence scientifique, servant de modèle aux jurisconsultes, et faisant pénétrer dans la jurisprudence des principes directeurs ; dans certaines régions, il se fit recevoir comme loi véritable, comme loi écrite et impérative » (*ibidem*, p. 681).

⁷⁰¹ Voir *supra* p. 149.

la portée et les conséquences de l'application de plusieurs éléments du droit romain au cours des diverses étapes de l'histoire du pays, ils n'esquissent pas un modèle général sur la réception d'un droit étranger, comme avaient commencé à le faire leurs pairs en Allemagne (tels que Koschaker et Wieacker comme on vient de le préciser). Il est possible d'expliquer cette situation non pas seulement comme la manifestation d'une certaine inertie, mais aussi parce qu'il ne s'était pas déclenché en France un affrontement similaire à celui entre germanistes et romanistes, comme il a été le cas en l'Allemagne⁷⁰², et parce qu'en outre, « les historiens du droit s'attachèrent principalement au développement de l'État national en centrant leurs travaux sur le droit public français des invasions barbares à la fin de l'Ancien Régime », approche qui « se conjugua avec des idées traditionalistes, volontiers nostalgiques de l'ancienne monarchie »⁷⁰³.

L'intérêt pour le droit romain en France, sans qu'il implique un examen approfondi du phénomène de la réception, est explicite, par exemple, dans les ouvrages d'Émile Chénon, en particulier dans son *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815* (1926-1929). Il commence par souligner que parmi les « législations dont l'influence est reconnaissable dans le Droit français actuel », le droit romain « est l'élément le plus ancien et le plus important », parce qu'il a été suivi « à titre de coutume générale par toute une partie de la France, à titre de “ raison écrite ” par le reste », influence qui s'étend au-delà des frontières françaises car le droit romain « a contribué à donner au droit privé des nations latines une physionomie particulière, qui en révèle l'origine commune »⁷⁰⁴. La présence de celui-ci est si ancienne et si profonde que pour Chénon, lorsque entre les I^{er} et V^e siècles il est implanté dans la Gaule, ce droit n'est qu'« un droit romain pur »⁷⁰⁵, de sorte que cette période n'appartient à vrai dire pas à l'histoire du droit français mais « plutôt à l'histoire du Droit Romain »⁷⁰⁶. Après, tout au long de la période féodale et coutumière du X^e au XVI^e siècle, la scission entre le nord et le midi de la France affecte l'application du droit romain, car c'est justement la portée de sa présence d'un côté et de l'autre qui, chez Chénon comme chez beaucoup d'autres historiens du droit, détermine cette distinction. C'est ainsi qu'il reconnaît que dans la région du Midi le droit romain est encore obligatoire, mais « évidemment pas à titre de loi » mais « à titre de *coutume* [...] ». Le droit romain était en définitive la Coutume générale du Midi »⁷⁰⁷. Plus encore, celui-ci « n'était pas dépourvu

⁷⁰² Selon Koschaker cet affrontement est une véritable particularité allemande qui n'est pas digne d'imitation (*op. cit.*, p. 149), situation qu'il constate en la comparant par rapport à ce qui est arrivé dans la discipline de l'histoire du droit en France (*loc. cit.*, n. 1).

⁷⁰³ HALPÉRIN, J.-L., *op. cit.*, p. 786.

⁷⁰⁴ CHÉNON, Émile, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Paris, Recueil Sirey, 1926-1929, vol. 1, § 2, pp. 5-6.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, vol. 1, § 5, p. 13.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, vol. 1, § 3, p. 8.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, vol. 1, § 192, pp. 488-489. Chénon explique que « le droit romain qui constituait la grande Coutume du Midi de la France fut d'abord celui du Code théodosien, conservé par la Loi romaine des Wisigoths ou Bréviaire d'Alaric [...] ». Mais il faut observer qu'il s'était singulièrement altéré, d'abord par les emprunts qu'au cours de la période franke il avait pu faire au droit germanique, ensuite par des éléments coutumiers qui étaient venus s'y mêler spontanément, et qui lui donnaient parfois un aspect très original » (*Ibidem*, vol. 1, § 197, p. 502). Cette description de la manière dont le droit romain s'adapte aux conditions de la France médiévale au moyen des emprunts d'autres ordres juridiques est un exemple remarquable de la complexité du processus de réception d'un droit étranger. Néanmoins, Chénon n'avance pas au-delà de la description historique de l'événement spécifique.

de toute influence dans les pays des Coutumes », parce que « certaines d'entre elles, en petit nombre, admettaient son application à défaut de leurs propres dispositions, à titre de *droit supplétif* », tandis que « dans les autres, qui ne lui donnaient pas une autorité aussi grande, on le regardait comme la *raison écrite* »⁷⁰⁸. En résumé, « toute la France était coutumière »⁷⁰⁹, situation qui ne change qu'à partir du XI^e siècle, lors de la renaissance des études juridiques sur la base du « Code Justinien, de ses *Nouvelles*, et même du *Digeste*, dont la découverte, qui devait avoir des conséquences si graves et si diverses, peut être placée vers 1075 »⁷¹⁰. Dans ce cadre, Chénon souligne le fait qu'en France cette renaissance est le produit de l'influence des études de droit romain développées par les écoles italiennes, en particulier l'école des glossateurs ou de Bologne⁷¹¹, ce qui n'a pas empêché que, quelques années plus tard, ce soient les juristes français, notamment Jacques de Révigny (v. 1235-1296) et Pierre de Belleperche (v. 1230-1308), qui influencent les juristes italiens de l'école scolastique ou bartoliste, et plus particulièrement Bartolus de Saxoferrato (1313-1356)⁷¹². « À la fin du XIV^e siècle – conclut Chénon – le droit de Justinien a triomphé à peu près complètement dans les pays de droit écrit [...]. À cette date, on peut dire que « droit écrit » est devenu entièrement synonyme de « droit romain » »⁷¹³. Postérieurement, une « seconde renaissance » complète cette première renaissance du droit romain. Au début de la période monarchique, « à partir du XVI^e siècle, le droit romain reprit en France une grande autorité, non seulement dans les pays de droit écrit, mais même dans les pays de Coutumes ». Cette situation est provoquée « par la découverte de documents nouveaux et surtout par l'emploi de méthodes nouvelles »⁷¹⁴ (notamment, la version du *Corpus Juris Civilis* de Denis Godefroy [1549-1622] et la méthode historique développée par Jacques Cujas [1522-1590])⁷¹⁵. Or, ce qui est saisissant au-delà des conclusions spécifiques auxquelles Chénon arrive concernant la présence du droit romain en France, c'est le fait que malgré le haut niveau de son analyse sur ce sujet, qui serait un point de départ idéal pour exposer au moins quelques considérations sur les conditions, caractéristiques et effets du phénomène de la réception d'un droit étranger, cet auteur ne procède pas de cette manière, comme ne le font pas non plus d'ailleurs les autres historiens du droit de la première moitié du XX^e siècle.

En effet, d'autres exemples confirment cette conclusion. Il convient donc de faire également allusion au livre de Joseph Declareuil (1863-1938) intitulé *Histoire générale du droit français* (1925), dans lequel l'auteur élabore une synthèse sur le droit romain en France, tant au regard de la doctrine que de la pratique⁷¹⁶. On y trouve des considérations très intéressantes sur le processus de réception. Par exemple, Declareuil souligne la confluence des divers ordres juridiques sous les monarchies franques et jusqu'au XI^e siècle :

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 489.

⁷⁰⁹ *Loc. cit.*

⁷¹⁰ *Ibidem*, vol. 1, § 197, p. 503.

⁷¹¹ *Ibidem*, vol. 1, § 199, p. 506.

⁷¹² *Ibidem*, vol. 1, § 200, pp. 511-512.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 513.

⁷¹⁴ *Ibidem*, vol. 2, § 404, p. 329.

⁷¹⁵ *Ibidem*, pp. 329-331.

⁷¹⁶ DECLAREUIL, Joseph, *Histoire générale du droit français, des origines à 1789 : à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, Paris, Recueil Sirey, 1925, pp. 837-851.

« le droit romain, dans la mesure où il se maintenait, tendait à s'incorporer à ce magma où se confondaient les règles juridiques de toutes origines ayant cours dans les Gaules, lorsque au XI^e siècle se manifesta une renaissance des études dont seul il pouvait fournir les éléments »⁷¹⁷. Il s'intéresse aussi à l'incorporation du droit romain dans le droit français pendant la seconde partie du XVII^e siècle, en précisant que « la fusion des deux législations fut, dans la doctrine, tentée par deux voies : 1^o une synthèse, sous la forme de règles abstraites et tirées de la raison seule, bien que les lois romaines en fournissent la substance [...] ; – 2^o un exposé méthodique, dans la mesure possible, du contenu des lois romaines, grâce à quoi l'on put intégrer dans le corps du droit français ce qui restait utilisable encore de ces lois »⁷¹⁸. Cependant, comme il arrive chez Chénon, l'apport de Declareuil à la compréhension de la réception du droit romain en France n'atteint pas un niveau suffisamment abstrait pour qu'il puisse aborder de manière plus extensive ce phénomène, au-delà du cas concret historiquement examiné.

SECTION 2. LA CIRCULATION DU DROIT DANS LES ÉTUDES DE DROIT COMPARÉ DE LA PREMIÈRE MOITIÉ DU XX^E SIÈCLE

Dans l'étude du droit la méthode comparative s'applique depuis toujours. « La comparaison des droits – remarque R. David –, envisagés dans leur diversité géographique, est chose aussi ancienne que la science du droit elle-même »⁷¹⁹. C'est pourquoi la plupart des aperçus historiques sur le droit comparé commencent habituellement par une référence à des précédents très lointains, au Moyen Âge ou même à l'Antiquité classique⁷²⁰. Cependant, il est également reconnu que « le droit comparé comme science est chose récente dans le monde »⁷²¹ et qu'« il est né au plus tôt au milieu du dix-neuvième siècle »⁷²². Bien évidemment, comme l'indique L.-J. Constantinesco, « tout dépend du point de vue où l'on se place et de la conception qu'on se fait du droit comparé » : une notion ample de

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 838.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 850.

⁷¹⁹ DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd. Paris, Dalloz, 2002, § 2, p. 1.

⁷²⁰ C. Donahue expose d'une façon remarquable le fondement de cette démarche : « comparative law is to be found in the ancient world, that despite the multiplicity of legal sources it is not to be often found in the early or high middle ages, that there are hints of it in the commentators of the later middle ages, that in a very real science it can be found in French legal thinkers of the sixteenth century, and that one can trace a relatively clean line from the sixteenth century to whatever nineteenth-century authors one choose to focus on as the founders of the discipline that produced the First International Congress of Comparative Law in 1900 » (DONAHUE, Charles, « Comparative law before the Code Napoléon », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard, (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 3-4). Parmi les auteurs qui suivent cette perspective voir : HUG, Walther, « History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, vol. 45, n° 6, 1932, pp. 1029-1044 ; POLLOCK, Frédéric, « Le Droit comparé : Prolégomènes de son histoire », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 248-261 ; ID., « The History of Comparative Jurisprudence », *Journal of the Society of Comparative Legislation*, New Series, vol. 5, n° 1, 1903, pp. 74-89 ; SARFATTI, Mario, *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1933, pp. 10-47.

⁷²¹ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *loc. cit.*

⁷²² GUTTERIDGE, Harold C., *Le Droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, trad. René David, Paris, LGDJ, 1953, p. 31.

celui-ci, qui le rapporte à toute opération de l'esprit approchant deux objets juridiques distincts, implique qu'il a une origine ancienne ; en revanche, s'il agit de l'application d'une méthode raisonnée et d'une démarche systématique, l'évolution du droit comparé ne s'étend pas dans le passé⁷²³. Quoi qu'il en soit, le développement d'études de plus en plus complexes, organisées et élaborées de droit comparé à partir du milieu de XIX^e siècle (pour prendre une référence temporelle assez répandue⁷²⁴) peut être expliqué de deux formes qui semblent se contredire mais qui sont plutôt complémentaires. La première suppose l'abandon de l'universalisme – tant des diverses tendances jusnaturalistes que des doctrines médiévales ayant pour objet le droit romain et le droit canonique – puisque tandis qu'il exclut la pertinence de la comparaison dans l'étude du droit, « la méthode comparative suppose l'existence d'ordres juridiques nettement différents, la conscience de leurs différences et la volonté de les confronter par la comparaison »⁷²⁵. Pour sa part, l'analyse comparative du droit progresse aussi suivant une deuxième voie. Elle part du fait que les rapports entre les sociétés humaines deviennent encore plus constants et composés et les rapprochements des ordres juridiques semblent inévitables, malgré le caractère fortement national que, depuis l'ère moderne, la doctrine et la théorie attribuent au droit. Cette dimension internationale de la réalité juridique implique alors qu'il soit possible de conclure que « le développement du droit comparé est une réaction contre la nationalisation du droit qui s'est produite au XIX^e siècle »⁷²⁶. Par conséquent, deux procédés sont à la base du développement de l'approche comparative des systèmes juridiques. D'une part, l'abandon de la recherche des principes de justice universels et permanents sur la base d'une réflexion abstraite et rationnelle (ce que l'on a identifié comme la méthode déductive de l'école du droit naturel), sans que ceci implique qu'il ne soit pas pertinent de recourir à l'étude des contenus spécifiques des normes appartenant aux divers systèmes juridiques en vigueur pour en dériver des principes de plus en plus généraux et larges (ce qui constitue la méthode inductive)⁷²⁷. D'autre part, il est également établi qu'une caractérisation du droit qui ne considère pas les liens qui entretiennent les ordres juridiques reste insuffisante si l'on cherche à obtenir la connaissance la plus intégrale possible de la réalité juridique.

⁷²³ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome I. Introduction au droit comparé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, § 27, p. 50.

⁷²⁴ Comme c'est le cas de Gutteridge, il y a plusieurs auteurs qui prennent cette période comme celle du commencement de l'évolution du droit comparé en un sens strict, par exemple : ANCEL, Marc, « Cent ans de droit comparé en France », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée ; 1. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969): les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, LGDJ, 1969, pp. 4-5 ; CONSTANTINESCO, L.-J., *op. cit.*, § 27 p. 53 ; DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *op. cit.*, p. 2 ; GORDLEY, James, « Comparative Law and Legal History », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 759 ; KOHLER, J. « De la méthode du Droit comparé », trad. M. A. Kammerer, in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 : procès-verbaux des séances et des documents*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1905-1907, tome 1, p. 227 ; ÖRÜCÜ, Esin, « Developing Comparative Law », in ÖRÜCÜ, Esin, NELKEN, David (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 43 ; POLLOCK, Frederick, « The History of Comparative Jurisprudence », *Journal of the Society of Comparative Legislation*, New Series, vol. 5, n° 1, 1903, pp. 74-75 ; ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 51-52.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 52.

⁷²⁶ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *op. cit.*, p. 2.

⁷²⁷ Sur les deux méthodes voir *supra* p. 124.

Ce dernier aspect est très important dans le cadre de notre recherche parce que, comme nous l'observerons dans la troisième partie⁷²⁸, l'emprunt de divers éléments d'un ordre juridique à un autre est la plus explicite manifestation des rapports qui existent entre ceux-ci. Le problème c'est que même si l'on prend comme point de départ du développement du droit comparé le XIX^e siècle, il est très difficile de trouver, jusqu'au milieu du siècle suivant, des recherches minutieuses et systématiques sur le phénomène de la circulation du droit, ou qui tous au moins l'abordent directement comme son objet principal d'étude et non pas comme une question supplémentaire ou accessoire. Ce qui peut étonner c'est que les conceptions traditionnelles du droit comparé comme discipline juridique – tant celle de la « législation comparée » que celle qui lui attribue un caractère scientifique ou théorique⁷²⁹ – ont toutes deux le propos d'examiner le droit étranger pour améliorer le droit propre, soit par rapport aux contenus de ses normes et sa structure, soit par rapport à sa compréhension comme objet d'étude⁷³⁰. Cette situation persiste aussi dans le passage d'une conception du droit comparé selon laquelle uniquement les ordres juridiques qui possèdent une structure similaire offrent une base pour une approche comparative à une autre où la comparaison entre systèmes complètement différents est pertinente et utile car son fondement se trouve dans les ressemblances des fonctions qu'ils accomplissent et des besoins sociaux qu'ils satisfont⁷³¹. Malgré ce changement, l'utilisation du droit étranger

⁷²⁸ *Infra* p. 508.

⁷²⁹ Sur cette différence voir : ZWIEGERT, K., KÖTZ, H., *op. cit.*, p. 51.

⁷³⁰ Par exemple, l'un des précurseurs des études comparatives en Allemagne, Paul J. A. Feuerbach (1775-1833), soutient qu'il n'y a pas dans toute science pratique une source plus fertile de découvertes que la comparaison et la combinaison, et que l'on doit regarder aux autres peuples et scruter leurs lois et pratiques afin d'accentuer la perception que chacun a de son propre droit et de le voir avec une nouvelle lumière et même l'enrichir avec des nouvelles matières (FEUERBACH, Paul J. A., « Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft », in ID., *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg, Verlag von T. Otto, 1833, pp. 163-164). Le même caractère pratique est attribué au droit comparé par Karl S. Zachariae (1769-1843) dans l'article introductif du premier numéro de la première revue qui sur cette discipline juridique a été publiée, la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* (éditée par Zachariä et Carl J. A. Mittermaier [1787-1867]) : « Wenn nun aus dieser Übersicht des jetzt unter den Europäischen Völkern bestehenden literarischen Verkehrs und des dermaligen Rechtszustandes der Europäischen Staaten der Schluss gezogen werden darf, dass das, was in irgend einem Europäischen Staate für die Gesetzgebung oder für die Rechtswissenschaft geschehe, auch die Übrigen Europäischen Staaten und Völker mehr oder weniger interessire, so bedarf wohl der Plan der vorliegenden Zeitschrift, der Versuch, dem Deutschen Publikum die Bekanntschaft mit den Rechten und den rechtswissenschaftlichen Schriften des Auslandes zu erleichtern, nicht erst einer Entschuldigung » (ZACHARIAE, Karl S., « Über den Zweck dieser Zeitschrift : Statt einer Vorrede », *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 1, 1829, pp. 25-26). Pour sa part, en France Jean-Jacques Foelix, (1791-1853) fonde en 1834 la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* dont le propos montre également un sens pratique lié à l'utilisation des modèles étrangers pour les considérer dans la réforme du droit national, ce qui est à souligner du point de vue de l'examen du phénomène de la circulation du droit : « l'étude des législations étrangères présente l'avantage non seulement d'agrandir le cercle de nos connaissances et de satisfaire à une juste curiosité, mais encore de faire connaître, par l'application de la méthode comparative, les améliorations dont la législation nationale est susceptible, les déficiences qui la déparent, avec les moyens de faire disparaître celles-ci et d'accélérer celles-là. Cette étude guidera encore les législateurs de chaque nation dans l'examen de la question de savoir s'il convient d'introduire de nouvelles institutions dans l'organisation sociale, de nouvelles dispositions dans la législation » (FOELIX, Jean-Jacques, « Du système et de l'objet du Journal », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, tome 1, 1^{re} année, 1834, pp. 1-7, pp. 2-3).

⁷³¹ K. Zweigert et H. Kötz soulignent que l'abandon de la première conception, soutenue dans le Congrès International de droit comparé tenu à Paris en 1900, pour passer à la deuxième, qui assigne un caractère fonctionnaliste au droit comparé, est l'un des développements majeurs de cette discipline : « after the necessary abandonment of the view that only systems with comparable systematic structures offered a basis for comparison, it was shown to be profitable and useful to compare systems which were entirely

comme critère d'analyse ou de réforme du droit propre se voit de plus en plus renforcé. Toutefois, le fait que l'influence soit fonctionnelle et puisse accomplir certains objectifs pratiques ou épistémologiques ne signifie pas qu'on l'aborde comme un objet d'étude autonome et idoine en soi-même. Comme on a déjà indiqué, cette situation ne changera que pendant la deuxième partie du XX^e siècle lorsque la théorie dite des *legal transplants* est proposée. Or, dans les années qui précèdent cette période, il est possible de repérer des contributions très intéressantes et pertinentes à la compréhension du phénomène, que ce soit dans quelques recherches qui utilisant une méthode historico-comparative ont procédé à la décomposition et critique de la réception d'un droit étranger à partir d'un cas concret (I), ou bien dans les travaux de droit comparé qui ont été publiés tant pendant la première moitié du XX^e siècle (II) qu'après la Seconde Guerre mondiale, lors de la renaissance des études comparatives dans le domaine juridique (III) ⁷³².

I. De la présentation d'un cas concret à l'élaboration d'un cadre théorique sur la réception du droit

Comme dans le cas des travaux d'histoire du droit que l'on a commenté, des études de droit comparé sur la réception de certains éléments faisant partie d'un droit étranger ont donné lieu à quelques contributions conceptuelles et empiriques concernant la nature et la portée des greffes ou transplantations juridiques. Celles publiées dans le *Livre du centenaire* du Code civil français (1904) ⁷³³ figurent parmi les plus célèbres du début du XX^e siècle. Leur support essentiel est énoncé dès le début dans la préface d'A. Sorel :

« Comme autour des limites politiques de l'État français il existait des peuples de civilisation analogue, dans des conditions d'existence peu différentes, le Français, en légiférant pour lui-même, s'est trouvé légiférer pour ces peuples. La loi française s'est propagée et acclimatée chez eux naturellement, ici par infiltration, là par transplantation directe. C'est tout le possible en matière de propagation de lois sociales, et c'est beaucoup. C'est même, depuis la diffusion des lois romaines, le seul exemple que nous possédions d'une si large expansion des lois d'un peuple » ⁷³⁴.

La constatation de cette diffusion dans divers pays est l'objet des quelques travaux qui font partie de la troisième partie (« Le Code civil à l'étranger ») de ladite publication. On y trouve, par exemple, des articles sur l'influence du Code civil en Allemagne ⁷³⁵, en

different, and that the true basis for comparison was *similarity of function and of social need*, the means of satisfying which may be conceptually very different » (ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *op. cit.*, p. 62).

⁷³² Il convient d'indiquer que, dans ce qui suit, nous aborderons certains éléments de l'histoire du droit comparé, sans toutefois prétendre développer ce type d'analyse. Il ne sera en effet question que d'examiner quelques théories et doctrines qui ont abordé la possibilité et la portée du phénomène de la circulation du droit d'une société à une autre.

⁷³³ SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES (éd.), *Code civil : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, 2 vols.

⁷³⁴ SOREL, Albert, « Préface », in *Code civil : Livre du centenaire*, *cit.*, vol. I, p. XVI.

⁷³⁵ KOHLER, J., « Le Code Civil français dans la théorie et la pratique allemandes », in *Code civil : Livre du centenaire*, *cit.*, vol. II, pp. 615-624 ; MULLER, E., « Le Code Civil en Allemand - son influence générale sur le droit du pays, son adaptation dans les pays rhénans », *ibidem*, pp. 625-638.

Belgique⁷³⁶, au Canada⁷³⁷, en Égypte⁷³⁸, en Italie⁷³⁹, au Japon⁷⁴⁰ et aux Pays-Bas⁷⁴¹. En outre, C. Crome souligne que cette influence ne s'exerce pas seulement sur la législation de quelques pays, mais elle se déploie aussi sur d'autres domaines, de sorte que « les décisions de la Cour de cassation française ont, dans ces pays, presque autant d'autorité que celles des tribunaux indigènes et influencent visiblement celles-ci », ce qui constitue la base « parmi les peuples des races romaines d'une unité juridique »⁷⁴². Or, un commentaire comme celui-ci n'implique pas que dans ces travaux l'on ait procédé à une analyse comparative des diverses réceptions qui donne lieu à une conception intégrale du phénomène. Comme l'indique I. Zajtay, il ne semble pas que « l'on ait cherché à rapprocher les processus de pénétration du Code civil dans les différents pays de ceux de la réception du droit romain et à les faire entrer, ensemble avec ces derniers, dans la catégorie plus générale de la réception des droits étrangers »⁷⁴³.

Développer une analyse comparative est justement le but de l'étude qu'A. B. Schwarz a développé à partir de l'adoption en Turquie du Code civil et du Code des obligations suisses⁷⁴⁴. Dans cet article, dont la version française a été publiée en 1938 dans les *Mélanges Lambert*, l'auteur présente « une esquisse rapide d'un sujet fondamentale de la science du droit comparé qui n'a été que peu traité jusqu'à présent »⁷⁴⁵. Il s'agit de « la réception et l'assimilation des droits étrangers » que l'auteur aborde de manière autonome, comme un sujet spécial qui mérite une attention particulière, même si dans ses considérations résonnent les idées sur la réception du droit romain en Allemagne posées par l'école historique du droit et par d'autres courants doctrinaux⁷⁴⁶. Toutefois, face à ces précédents

⁷³⁶ VAN BIERVLIET, J., « L'interprétation belge du Code Civil », *ibidem*, vol. II, pp. 639-678 ; HANSSENS, E., « Le Code Civil en Belgique », *ibidem*, pp. 679-722.

⁷³⁷ MIGNAULT, P.-B., « Le Code Civil au Canada », *ibidem*, pp. 723-732.

⁷³⁸ ARMINJON, Pierre, « Le Code Civil et l'Égypte », *ibidem*, pp. 733-762.

⁷³⁹ CHIRONI, Gian-Pietro, « Le Code civil et son influence en Italie », *ibidem*, pp. 763-777.

⁷⁴⁰ GORAI, Tomoatsu, « Influence du Code Civil Français sur le Japon », *ibidem*, pp. 781-792.

⁷⁴¹ ASSER, C.-D., « Le Code Civil dans les Pays-Bas », *ibidem*, pp. 817-845. Il convient aussi d'évoquer les travaux publiés par la Société de législation comparée pour commémorer le cent-cinquantième du Code civil (SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (éd.), *Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris, 1950 : L'Influence du code civil dans le monde*, Paris, A. Pédone, 1954), ainsi que à ceux du numéro de la *Revue Internationale de droit comparé* dédié au même événement. Parmi les derniers il est possible de souligner les suivants : LAWSON, F. H., « Réflexions d'un juriste anglais sur le cent-cinquantième du Code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n° 4, 1954, pp. 665-677 ; MURDOCK, James Oliver, « Le Code civil français vu par un Américain », *ibidem*, pp. 678-680 ; ZAJTAY, Imre, « Les destinées du Code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n° 4, 1954, pp. 792-810.

⁷⁴² CROME, Carl, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », *ibidem*, p. 587.

⁷⁴³ ZAJTAY, Imre, « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n° 4, 1957, p. 690.

⁷⁴⁴ En effet, le 4 octobre 1926 un code civil et un code des obligations directement inspirés du modèle helvétique sont entrés en vigueur en Turquie. On a même affirmé que « the Turkish Civil Code is, generally speaking, a reproduction of the Swiss Civil Code » (LIPSTEIN, K., « The reception of western law in turkey », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, p. 16).

⁷⁴⁵ SCHWARZ, Andreas B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, LGDJ, 1938, vol. II, § 110, p. 581. Voir aussi la version en allemand de cet article : SCHWARZ, Andreas B., « Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte », in THIEME, Hans, WIEACKER, Franz (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Gegenwart, Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe, Müller, 1960, p. 581 et s.

⁷⁴⁶ Voir *supra* p. 58.

Schwarz fait une contribution conceptuelle remarquable, fondée sur l'expérience de l'implantation du droit suisse en Turquie, car il propose de différencier entre réception et assimilation. Bien que l'auteur ne la définisse pas explicitement, la première consiste en l'entrée en vigueur d'une ou plusieurs normes – par exemple, celles contenues dans un code – qui imitent ou qui s'inspirent d'une ou plusieurs autres appartenant à un ordre juridique étranger. Seule cette définition permet de comprendre l'avertissement de Schwarz lorsqu'il affirme que « ce que l'on adopte, c'est le code, et non le droit », parce que « ce sont deux choses différentes : un code n'est en réalité qu'une charpente, une ossature qui ne se ranime que par le contact avec la vie de la nation »⁷⁴⁷. Cette mention aux présupposés d'ontologie juridique de la réception – qui met en évidence son importance dans l'analyse de ce sujet – implique alors que l'assimilation se réalise par rapport au « droit » et non pas par rapport aux simples dispositions ou énoncés normatifs. En effet, « certaines dispositions ont montré une vigueur inattendue, tandis que d'autres, auxquelles même on attachait de l'importance, se sont révélées inopérantes »⁷⁴⁸. La première alternative correspond à l'assimilation dite « positive », tandis que la seconde définit l'assimilation « négative ». Le « droit » est donc intégré uniquement par les dispositions opératives ou efficaces et l'assimilation positive n'est autre chose qu'un cas de réception où « le droit s'accommode à la vie », ce qui s'effectue « par l'entremise de trois facteurs principaux : d'abord par la *pratique des tribunaux*, puis par ce qui peut être nommé la *pratique des actes juridiques* et enfin par la *doctrine* »⁷⁴⁹. Ces trois procédés permettent l'adaptation nécessaire du droit reçu aux circonstances locales, de sorte que celui-ci sera toujours différent du modèle original, car la réception est une évolution « dont les résultats s'éloignent du droit en vigueur dans le pays natal du code adopté »⁷⁵⁰. Que le droit qui part soit distinct du droit qui arrive n'implique pas qu'il n'y ait pas de réception, mais que celle-ci consiste en un processus complexe où interviennent différents facteurs et qui s'étend dans le temps⁷⁵¹. Quoi qu'il en soit, Schwarz restreint considérablement sa portée puisqu'elle est réduite à un rapport à caractère unidirectionnel où uniquement quelques systèmes juridiques servent de modèle à tous les autres, situation qui est encore plus évidente dans les temps modernes, depuis l'époque des codifications⁷⁵².

⁷⁴⁷ SCHWARZ, A. B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », *cit.*, p. 585.

⁷⁴⁸ *Loc. cit.*

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 586.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, p. 585.

⁷⁵¹ Pour cet auteur, « l'œuvre assimilatrice de la jurisprudence, l'accommodation de la pratique des actes juridiques aux circonstances nouvelles, et avant tout la formation d'une doctrine qui représente la pénétration du nouveau droit dans l'esprit de la nation, tout cela a besoin de beaucoup de temps et de grands efforts. Ce n'est qu'après de longues années que le droit transplanté pourra s'enraciner profondément et personne ne peut à l'heure qu'il est prévoir ce qu'il va devenir dans le sol nouveau » (*Ibidem*, p. 590).

⁷⁵² En effet, Schwarz, en des termes semblables à ceux de John Austin (*supra* p. 137), soutient que « seuls très peu d'États ont produit des codes vraiment originaux. Parmi tant de codifications de droit civil que l'époque dont nous parlons a vu naître, de ceux qui demeurent encore en vigueur ce ne sont en réalité que les codes de la France, de l'Autriche, de l'Allemagne et de la Suisse, qui manifestent un esprit vraiment original en tant qu'expression de la pensée et de la science juridique nationales. Les codes en vigueur dans la plupart des États dans le monde actuel ont été importés de l'étranger, soit qu'ils aient été adoptés dans leur intégralité, soit qu'ils aient été plus ou moins transformés ou bien même combinés les uns avec les autres » (*ibidem*, p. 583).

Par ailleurs, il convient de faire mention à un autre travail parut dans les *Mélanges Lambert* qui n'aborde pas un cas spécifique de réception, mais les idées que sur ce sujet avait développées Giambattista Vico⁷⁵³. Il s'agit de l'article de Giorgio Del Vecchio (1878-1970) sur la communicabilité du droit et les doctrines de l'auteur mentionné. Il commence par définir cette communicabilité comme la « propriété des normes juridiques par laquelle elles peuvent être transmises d'un peuple à un autre » et par signaler la nécessité de dépasser le cadre restreint de l'analyse d'un cas particulier (notamment celui de la réception du droit romain en Allemagne) car « elle mérite d'être considérée aussi dans sa généralité, en relation avec la nature du droit »⁷⁵⁴. Cela n'implique pas de nier l'adaptation des normes reçues, car la communicabilité ne consiste pas en un simple transport mécanique ou matériel. Étant donné que « le droit est essentiellement un fait de l'esprit », elle consiste plutôt en un processus où un peuple, en accueillant les idées ou les institutions juridiques d'un autre, y apporte l'empreinte de son propre tempérament et les modifie de façon à assurer leur adaptation à ses traditions et à ses conditions de vie. C'est pourquoi, même avec de pareilles modifications et adaptations, la communicabilité est un fait fondamental, vital et fécond⁷⁵⁵. Del Vecchio peut alors réfuter tant le dogme du particularisme irréductible de toute production juridique nationale soutenu par l'École historique en Allemagne que la doctrine de Vico qui – comme on l'a déjà indiqué⁷⁵⁶ – s'attache avec rigueur au principe d'une nécessaire identité originaire du droit de tous les peuples affirme que la communicabilité est superflue⁷⁵⁷.

Pour sa part, l'article de Schwarz peut être considéré comme l'annonce d'une série de travaux qui se sont occupés de la réception du droit européen en Turquie. Parmi eux il convient de souligner ceux qui ont été présentés au Colloque d'Istanbul célébré en septembre 1955. Il a été organisé par l'Association Internationale de Sciences Juridiques dans le cadre du projet d'« étudier les conditions et les circonstances dans lesquelles un système du droit étranger, dans les temps modernes, a été reçu dans un pays ayant un environnement culturel et une tradition différents de ceux du pays dans lequel le système a été à l'origine développé »⁷⁵⁸. Pour cette raison, dans la plupart des rapports et contributions on constate un effort de surpasser le cadre restreint du cas concret et de proposer des éléments pour une analyse générale du phénomène de la circulation du

⁷⁵³ Sur cet auteur voir *supra*, p. 127.

⁷⁵⁴ DEL VECCHIO, Giorgio, « La communicabilité du droit et les doctrines de G.-B. Vico », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, vol. II, § 111, p. 591.

⁷⁵⁵ *Loc. cit.*

⁷⁵⁶ Voir *supra* p. 127.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 593.

⁷⁵⁸ HAMSON, G. J. « The Istanbul Conference: Preliminary Report », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, p. 3. Il convient d'indiquer que suivant ce même objectif l'un des sujets du premier Congrès international de droit comparé, organisé par l'Association internationale des sciences juridiques (Barcelone, 1956) a été celui de la réception de droits étrangers dans l'Inde. Selon le compte rendu de L. Milliot « en réalité il été traité seulement de la réception du droit anglais » (MILLIOT, Louis, « Le premier congrès international de droit comparé de l'Association internationale des sciences juridiques (Barcelone, 10-17 septembre 1956) » [compte rendu], *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n° 1, 1957, p. 81). C'est pourquoi, « les représentants des pays d'Islam et les spécialistes ont regretté que la réception du droit musulman n'ait pas fait l'objet d'une discussion spéciale » (*ibidem*, p. 83).

droit⁷⁵⁹. C'est ainsi que dans l'article introductif sur la réception du droit occidental en Turquie, K. Lipstein formule trois questions qui doivent être posées dans tous les cas de réception : « premièrement, comment doit-elle s'ajuster à un milieu complètement différent ; deuxièmement, comment les différences linguistiques sont-elles surmontées par l'interprète ; troisièmement, comment les tribunaux locaux réussissent-ils à interpréter et appliquer un droit étranger »⁷⁶⁰. Malgré son caractère abstrait, les réponses données à ces questions s'attachent aux principales caractéristiques des changements dans le droit turc suite à la réception. Or, si l'on cherche une analyse encore plus globale il convient d'aborder l'article de Max Rheinstein dont le titre, « Types de réception », montre déjà qu'il cherche à y offrir un cadre conceptuel pour le sujet de la circulation du droit qui anticipe les développements postérieurs⁷⁶¹. Il commence par souligner que l'objectif de déterminer la nature et la portée des réformes légales promulguées en Turquie en 1926 ne peut être atteint que si l'on essaie de définir d'une manière plus précise le terme « réception », en proposant une classification des diverses espèces que révèle la réalité désignée par le terme, à partir des données prises de l'histoire du droit⁷⁶². Sur cette base Rheinstein soutient que « si nous regardons l'éventail complet des événements qui sont appelés *réceptions*, nous découvrons que leur caractéristique générale consiste en ce qu'un certain phénomène juridique développé dans un milieu juridique donné est consciemment exécuté dans un autre milieu juridique »⁷⁶³. Outre les distinctions que l'auteur expose – par exemple, celle qui différencie la réception, de l'imposition et la transplantation d'un droit étranger – l'apport le plus remarquable est l'affirmation selon laquelle la réception est un processus conscient et volontaire qui concerne tous les éléments qui intègrent un système juridique au sens large du terme, tant par rapport à l'objet qui circule, c'est-à-dire les « phénomènes juridiques », que par rapport aux lieux de circulation, c'est-à-dire les « milieux juridiques »⁷⁶⁴. Celles-ci

⁷⁵⁹ Ainsi, par exemple, I. E. Postacioğlu souligne que « toute réception implique un choix ; et ce choix dépend de multiples facteurs. Tout d'abord, ce sont les qualités techniques du Code à adopter qui vont retenir l'attention du pays récepteur. [...] Ensuite il faudra que le Code qui fera l'objet de transplantation représente aux yeux du pays récepteur un idéal de justice conforme à ses propres aspirations » (POSTACIOĞLU, İlhan E., « Quelques observations sur la technique des codes étrangers à la lumière de l'expérience turque », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, p. 53). À partir de ces deux facteurs l'auteur procède à analyser le cas de la réception du code civil suisse en Turquie.

⁷⁶⁰ LIPSTEIN, K., *op. cit.*, p. 12.

⁷⁶¹ Les articles de B. Davran et de R. David semblent suivre cette même tendance, mais ses considérations sont plus attachées au cas turc que celles de Rheinstein : DAVRAN, Bülent, « Bericht über die Änderungen im türkischen ZGB gegenüber dem schweizerischen, verbunden mit einigen Bemerkungen über den Sinn der Rezeption », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 131-143 ; DAVID, René, « Réflexions sur le colloque d'Istanbul », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 239-251.

⁷⁶² RHEINSTEIN, Max, « Types of reception », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, p. 31.

⁷⁶³ *Loc. cit.*

⁷⁶⁴ Selon Rheinstein, « the characteristic trait thus consists in the consciousness and voluntariness of the process on the part of the recipient, in contrast to the accidental nature of independent parallel development, the involuntary yielding to superior power which characterizes imposition, and the one-sidedness of the process of transplantation. In the case of reception we find two legal climates, that of the model and that of the recipient, and certain legal phenomena of the model are voluntarily and consciously taken over into the legal climate of the recipient » (*ibidem*, pp. 35-36).

sont des contributions notables qu'il ne convient pas d'ignorer et que nous aurons l'occasion de reprendre⁷⁶⁵.

II. Réceptions et transplantations dans les études de droit comparé

On sait déjà que les débuts du droit comparé comme discipline juridique autonome sont habituellement situés au milieu du XIX^e siècle. Toutefois, ce n'est qu'au siècle suivant qu'il arrive à être reconnu en tant que tel⁷⁶⁶. Malgré ces développements, le sujet de la circulation du droit entre divers endroits n'attire pas encore l'attention des spécialistes et il continue à être traité comme un complément d'une autre matière de la recherche comparative, envisagée comme la principale. Ce n'est qu'à partir des années soixante-dix que les réceptions ou transplantations juridiques deviennent un objet autonome d'étude sans être nécessairement lié à un autre. Cependant, dans l'intervalle, quelques travaux de droit comparé à caractère général, qui ne s'attachent pas à un cas spécifique de réception, offrent des éléments d'analyse sur ce phénomène et avancent vers sa considération comme un sujet indépendant qui mérite un examen spécial. Plus encore, il est possible de repérer dans les travaux qui à la fin du XIX^e siècle essaient pour la première fois de délimiter la nature et la portée de la « science de la législation comparée », des mentions remarquables sur la réception d'un droit étranger. Sans doute celui d'Emérico Amari (1810-1870), *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), n'est-il pas seulement le plus représentatif parmi ces travaux qui cherchent à fonder la discipline comparative dans le domaine juridique, mais aussi celui où l'on trouve les mentions les plus explicites sur la circulation du droit. Cet auteur parle ainsi de la « transmission des lois de peuple à peuple, des lois communiquées non seulement par la force, mais par d'autres nécessités politiques et sociales »⁷⁶⁷. Il s'agit d'un « phénomène perpétuel et universel », qui dérive psychologiquement de « deux instincts prépondérants, l'imitation et la propagation »⁷⁶⁸. Il est considéré par Amari comme la condition et le moyen principal de la civilisation progressive, lui reconnaissant même un caractère transcendantal, car cette transmission des lois « révèle une loi suprême de la Providence, le lien caché et divin, qui, à travers l'immensité des siècles et des espaces, réunit les sociétés humaines et crée l'humanité »⁷⁶⁹.

Sans nier l'importance de ce type de précédents, il est possible de prendre comme référence initiale les rapports présentés au Congrès international de droit comparé, dont la célébration à Paris en 1900 représente une date historique dans ce domaine de la

⁷⁶⁵ *Infra* p. 502.

⁷⁶⁶ ANCEL, Marc, « Les grandes étapes de la recherche comparative au XX^e siècle », in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, A. Giuffrè, 1968, vol. I, p. 24.

⁷⁶⁷ AMARI, Emérico, *Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate*, ed. Giuseppe Bentivegna, Soveria Mannelli (Catanzaro), Rubbettino, 2005, p. 53.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 54. C'est pourquoi Amari affirme que « posati i principii, che ci sembrano i più ragionevoli intorno alla possibilità e necessità della trasmissione delle leggi, e dei limiti giusti entro cui deve restringersi la loro propagazione, si riducono a mera questione di fatto. Quando incontreremo leggi e costumi di due popoli tra loro somiglianti, non avremo più a discutere se sia o nò possibile a priori una imitazione, ma se fu » (*ibidem*, p. 565).

⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 59.

connaissance juridique parce que c'est ici qu'ont été posés de façon claire ses problèmes fondamentaux et parce qu'il s'agit d'un événement où l'on a pris conscience de l'importance de la discipline⁷⁷⁰. De toute façon, la question de la réception d'un droit étranger est abordée de manière assez indirecte, bien qu'elle soit constamment présente dans les séances et les rapports. C'est ainsi que dans celui de Raymond Saleilles (1855-1912) sur la conception et l'objet de la science du droit comparé, ce sujet apparaît à propos de l'identification de son but principal qui montre une nature nettement pratique⁷⁷¹. En effet, il cherche à déterminer « dans quel sens doit se faire, d'après la comparaison du droit étranger, l'orientation juridique pour un état social donné »⁷⁷². Pour ce faire, le droit comparé s'appuie sur l'histoire comparative des institutions qui lui permet de constater les « rapports d'assimilation entre les peuples et également les emprunts réciproques qui peuvent intervenir par suite des échanges internationaux »⁷⁷³. Or, il trouve un autre appui dans la sociologie qui « étudie la part qui doit revenir au droit comparé dans l'évolution réciproque des législations, ou plutôt les éléments naturels et forcés qui expliquent cette pénétration internationale des phénomènes juridiques et qui en démontrent la nécessité »⁷⁷⁴. Sur ces deux apports, le droit comparé peut alors « déduire la loi qui doit être », quoiqu'il ne le fasse pas « sous la forme exacte qui serait susceptible de s'adapter au droit national, mais sous la forme d'un type générique qui doive servir de conception commune pour les réformes législatives à opérer dans les différents pays »⁷⁷⁵. Tout cela permet de conclure que pour Saleilles la circulation d'un ou plusieurs éléments d'un système juridique requiert que le droit comparé discerne des « types juridiques résultant de cette critique comparative et destinés à servir d'objectif à l'orientation progressive des législations particulières, sous réserve absolue du maintien des formes traditionnelles et des diversités historiques qui les

⁷⁷⁰ CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé. Tome I. cit.*, § 54, p. 127. En outre, « le congrès de 1900 est sans nul doute, en droit, le premier congrès scientifique digne de ce nom : les congrès auxquels ont pu participer les juristes par le passé étaient des réunions d'expertise pratique et non de réflexion théorique. Le projet n'en est pas moins ambivalent. Le Congrès ne se restreint pas aux hommes de science, des hommes politiques, de hauts fonctionnaires comptent parmi les débatteurs » (BLANQUER, Jean-Michel, MILET, Marc, *L'Invention de l'État : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 129).

⁷⁷¹ CAPITANT, Henri, « Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, pp. 89-90 ; CONSTANTINESCO, L.-J., *op. cit.*, § 57, pp. 132-133.

⁷⁷² SALEILLES, Raymond, « Conception et objet de la science du droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905, tome I, p. 168. Dans un autre texte Saleilles insiste sur ce but du droit comparé en ce sens que le juriste ne peut pas conduire l'élaboration consciente et réflexive, ni le progrès scientifique du droit, sans profiter des contributions du droit comparé. Le propos de celui-ci n'est donc pas la spéculation scientifique mais celui d'orienter le perfectionnement du droit national (SALEILLES, Raymond, « La fonction juridique du droit comparé », in BEROLZHEIMER, F. (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Beiträge : Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60. Geburtstag 9. März 1909*, Stuttgart, F. Enke, 1909, vol. I, p. 174).

⁷⁷³ *Ibidem*, p. 169.

⁷⁷⁴ *Ibidem*, p. 171.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, p. 179. L'identification des « types génériques » est l'un des fondements centraux de la « formation d'un droit commun de la humanité civilisée », ce qui constitue une sorte de « nouveau droit naturel » (SABBIONETI, Marco, *Democrazia sociale e diritto privato: la Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 266-274).

distinguent »⁷⁷⁶. Cette dernière remarque nuance la capacité de déplacement du droit et rétablit le lien entre celui-ci et le contexte social dans lequel il a été élaboré⁷⁷⁷.

De manière similaire à celui de Saleilles, le rapport de Raoul de La Grasserie (1839-1914) aborde par voie indirecte la réception d'un droit étranger, car son but central est de « rechercher la portée complète » de la « législation comparée » comme « science nouvelle »⁷⁷⁸, quoiqu'il s'en occupe plus amplement. Après avoir établi à l'intérieur de cette science des divisions entre la science pure, la science appliquée et la science adaptée, l'auteur affirme que dans la première, une fois constatée l'existence et le contenu du droit étranger, il est possible de l'étudier « dans son mouvement extérieur actif ou passif, c'est-à-dire dans l'influence qu'il a eue sur le droit national, ou le droit national sur lui, ou encore dans celle qu'un droit étranger exerce sur l'autre ; c'est là son côté dynamique, ce n'est pas un de ses moindres intérêts »⁷⁷⁹. De là, dans le deuxième niveau, celui de l'application de la science de la législation comparée, celle-ci peut offrir des contributions notables parmi lesquelles l'on trouve « la transformation complète de toute la législation d'un pays dans le sens du progrès et même de la perfection »⁷⁸⁰. Sur ces fondements, La Grasserie encourage le recours au droit étranger comme la seule façon de passer de l'« art » à la « science » de la législation, des préjugés spéculatifs à la constatation empirique fondée sur l'expérience⁷⁸¹.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, p. 189.

⁷⁷⁷ La détermination de l'objectif du droit comparé est la voie la plus répandue dans les rapports présentés au Congrès (en particulier ceux dédiés à la première question du programme : « théorie générale et méthode » du droit comparé) pour arriver à l'examen de la réception des droits étrangers. Par exemple, dans celui de E. Zitelmann est mise en relief la valeur de la méthode comparative parce qu'elle fournit « d'importants éléments d'information pour l'histoire d'un droit particulier, en ce qu'elle aide puissamment à faire découvrir les emprunts qui ont pu être faits d'un domaine juridique à un autre, et les influences exercées de l'un sur l'autre » (ZITELMANN, E., « Des différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé », in *Congrès International de droit comparé*, cit., p. 192). Dans le même sens, L. Josserand considère que l'une des missions principales du droit comparé est de servir « de révélateur de l'orientation juridique » (JOSSEMAND, Louis, « Conception générale du droit comparé », in *Congrès International de droit comparé*, cit., p. 238) qui doit suivre le législateur, même s'il reconnaît que « l'imitation législative [trouve] ses limites et un obstacle naturel dans les différences qui séparent les peuples même similaires, quant à leur vie politique, économique ou sociale ». Par conséquent, selon cet auteur « ce n'est pas sur le détail des institutions, sur leur mise en œuvre que doit se fixer l'attention du législateur, mais bien sur les grands principes dont elles supposent l'existence et qui, très généralement consacrés, semblent appelés à guider l'humanité tout entière » (*ibidem*, p. 239).

⁷⁷⁸ LA GRASSERIE, Raoul de, « Concept général et définition de la science du Droit comparé », in *Congrès International de droit comparé*, cit., p. 201.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, pp. 21-211.

⁷⁸⁰ L'autre contribution consiste en « le règlement des rapports internationaux de manière à préparer l'union définitive des nations en ce qui concerne un des côtés les plus importants de leur vie », celui du droit (*ibidem*, p. 219).

⁷⁸¹ « La voie véritable était ouverte par la législation comparée. Toutes les législations étrangères peuvent être considérées comme un vaste champ d'expérimentation [...]. Combien la loi étrangère qui contient une nouveauté utile sera préférable à la nouveauté purement cérébrale ! Elle est éprouvée d'avance. Sans doute, ce qui convient dans un climat, sous une latitude et à une altitude données, ne convient pas, sans exception, dans un autre ; mais cette objection est loin d'être toujours vraie. Il y a des lois qui réglementent des sujets nécessairement locaux, mais il en est beaucoup d'autres dont la nature est générale. [...] Il devrait se faire ainsi entre les peuples un échange incessant d'institutions et de lois. Chacun par une solidarité nouvelle et féconde expérimenterait pour toutes les autres. Dès qu'une loi nouvelle apparaîtrait ou qu'une loi ancienne deviendrait connue, elle ferait l'objet en tous les pays d'une étude spéciale provoquant, s'il y a lieu, un mouvement législatif ; seulement, pour arriver au maximum d'utilité, on laisserait cette loi produire ses effets pendant quelque temps dans le pays où elle a été édictée pour en connaître la valeur. [...] C'est la législation comparée qui deviendra la science de la législation, science aujourd'hui inconnue, on ne sait que l'art de la législation, et

Pour sa part, le rapport de Josef Kohler (1849-1919) fait aussi des mentions très intéressantes au phénomène juridique de la réception, mais toujours comme conséquence indirecte de son sujet principal : la méthode du droit comparé. Sur le présupposé selon lequel le droit comparé a un double but, la connaissance et l'action pratique⁷⁸², l'auteur considère que l'évolution du droit⁷⁸³ dépend de deux facteurs essentiels : d'une part, l'élément personnel d'un individu qui dans une société fait progresser la science et, d'autre part, « l'admission du droit étranger, par voie d'emprunt ou de réception »⁷⁸⁴. Il procède alors à l'identification des raisons qui produisent ces emprunts juridiques, bien qu'elles soient infiniment variées, en soulignant spécialement les circonstances politiques⁷⁸⁵. Il pose également les principes qui doivent entrer en jeu dans la réception de droit étranger, entendue comme l'une des fonctions de la politique du droit : les deux premiers exigent l'adaptation de l'objet reçu aux conditions de la société réceptrice, le troisième que l'on prend d'une institution juridique étrangère « la plus parfaite réalisation des idées qui sont à la base de cette institution et qui offrent au plus haut degré les avantages qu'elle poursuit »⁷⁸⁶, le quatrième que « la réception doit intervenir de façon à amener autant que possible l'harmonie dans les relations internationales »⁷⁸⁷, le cinquième que « la réception du droit étranger ne doit pas être de nature à envahir le droit national, car seul l'esprit national constitue le secret de la force des États »⁷⁸⁸, ce qui nuance l'enthousiasme initialement montré pour la réception, et, finalement, le sixième rétablit son importance et critique le « refus de réception du droit étranger » comme une « erreur notable » car c'est la seule manière dont une nation puisse puiser dans les découvertes de l'humanité entière⁷⁸⁹.

Un rapide parcours de quelques classiques permet d'observer que le phénomène du déplacement du droit d'une société à l'autre est régulièrement traité, pendant la première moitié du XX^e siècle, comme un complément d'un autre sujet qui intéresse la recherche juridique comparative. Ainsi, Édouard Lambert (1866-1947) s'intéresse-t-il dans ses travaux à ce phénomène lorsqu'il définit la fonction du droit civil comparé. Dans sa critique des conceptions faisant de celui-ci l'accessoire des études de droit civil français, il étudie les

même on le connaît mal, nous le décrirons sous la rubrique suivante, mais il diffère de la science du même nom » (*ibidem*, pp. 220-221).

⁷⁸² KOHLER, J., « De la méthode du Droit comparé », in *Congrès International de droit comparé*, cit., p. 237.

⁷⁸³ De fait, la conception évolutionniste est explicitement présente dans le rapport de Kohler, qui affirme même que le principe de base de toute recherche scientifique est le principe évolutionniste (*ibidem*, p. 237), mais que l'on peut trouver également dans les autres rapports rendus au Congrès de Paris, car il s'agissait de l'une des idées le plus rependue à l'époque.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 233.

⁷⁸⁵ « L'emprunt peut être rendu inévitable par suite de certaines circonstances politiques : une conquête peut avoir pour résultat de faire accepter au peuple conquis la civilisation du conquérant [...]. Il n'est point rare non plus que le vainqueur politique se soumette à la civilisation du vaincu et que ce soit ainsi le peuple soumis qui lui impose sa propre culture ; car, en voulant unifier les civilisations, il se voit obligé, malgré sa volonté, de subir l'ascendant de celle qui est la plus développée. Ce peut être aussi des motifs religieux qui font recevoir un droit étranger ; la religion et le droit sont strictement dépendants l'un de l'autre [...]. Mais avant tout, ce sont les intérêts des relations publiques et les nécessités de la vie qui ont conduit à cette acceptation du droit étranger » (*loc. cit.*).

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 235.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, pp. 235-236.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 237.

conséquences sur la science du droit civil et la réception du droit romain en France, entre le XVI^e et le XVIII^e siècle, et aussi en Allemagne⁷⁹⁰, mais sans offrir une réflexion au-delà des cas concrets. Cette approche fait écho à ses interventions au Congrès de Paris de 1900 où il se montre par ailleurs assez prudent sur l'utilisation pratique du droit comparé comme instrument pour influencer sur le travail législatif dans chaque pays⁷⁹¹, même s'il reconnaît sa contribution à l'évolution de la doctrine et la jurisprudence⁷⁹². Pour sa part, l'autre protagoniste du développement du droit comparé en France au début du XX^e siècle, Henri Lévy-Ullmann (1870-1947), fait allusion de manière sommaire au phénomène de la circulation du droit et notamment à l'idée selon laquelle l'une des tâches principales du droit comparé consiste à l'élaboration d'un « droit mondial » à caractère universel⁷⁹³.

Le comparatiste italien Evaristo Carusi (1866-1940) cherche aussi à impulser une *scienza del diritto universale comparato*, en appliquant un modèle historico-naturaliste à l'étude des droits anciens de la Méditerranée⁷⁹⁴. Celle-ci est l'occasion d'avancer quelques observations sur des situations où il est possible de constater le déplacement du droit d'un lieu à l'autre⁷⁹⁵. En Allemagne, malgré un certain déclin des études comparatives pendant la période indiquée⁷⁹⁶, une tendance comparativiste à caractère historico-philosophique⁷⁹⁷ essaie d'édifier une *Methode der vergleichenden Rechtswissenschaft*. Dans ce contexte, Gustav Radbruch (1878-1949) soutient que le fondement de cette méthode comparative est l'établissement des *Idealtypus*. Cependant, ils ne peuvent pas être constatés au moyen de la comparaison – car de ce qui est l'on ne peut déduire ce qui doit être – étant ainsi réduite à

⁷⁹⁰ LAMBERT, Édouard, *Études de droit commun législatif: Introduction. La fonction du droit civil comparé*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1903, pp. 63-65 ; voir aussi pp. 798-799, 856.

⁷⁹¹ « Dans l'ordre du droit privé surtout, le droit comparé peut fournir de très précieux renseignements au législateur. Assurément cet instrument de recherche demande à être manié avec discernement ; les réformes qui ont produit des résultats heureux dans un pays déterminé peuvent produire dans un autre pays des effets très regrettables » (intervention dans la séance du 1^{er} août, in *Congrès International de droit comparé*, cit., pp. 36-37).

⁷⁹² En effet, selon Lambert, le droit comparé peut être considéré « comme un moyen de fécondation des doctrines et des jurisprudences internes. Il arrive fréquemment, soit par suite de phénomènes d'imitations ou d'emprunts législatifs, soit par suite de la communauté ou de la similitude des conditions de la vie économique qu'une institution soit réglementée à peu près de la même manière dans un certain nombre de pays. L'étude de ces législations parentes pourra révéler aux juristes de chacun de ces pays de nouvelles conséquences des principes admis par leur propre législation, leur suggérer de meilleures explications ou de plus heureuses conciliations de leurs textes législatifs, des formules ou des définitions plus exactes, des constructions plus élégantes et rendant mieux la structure des institutions » (*ibidem*, p. 37).

⁷⁹³ LÉVY-ULLMANN, Henri, *Vers le droit mondial du XX^e siècle*, Paris, Rousseau, 1923. Sur l'universalisme de la doctrine française de droit comparé au début du XX^e siècle (posé aussi par Lambert) voir : ANCEL, Marc, « La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XX^e siècle », in DÖLLE, Hans, RHEINSTEIN, Max, ZWEIGERT, Konrad (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel, I*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1954, pp. 17-38. De toute façon, R. David et P. Lepaulle considère que chez Lévy-Ullmann l'universalisme est surtout une illusion de jeunesse (DAVID, René, « Lévy-Ullmann et le Droit comparé », in *L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann : contribution à la doctrine moderne sur la science de droit et le droit comparé*, Paris, Centre français de droit comparé, 1955, pp. 75-84 ;

⁷⁹⁴ « La scienza del diritto comparato è scienza essenzialmente storica, e si identifica con la scienza del diritto » (CARUSI, Evaristo, *Il Problema del diritto comparato, sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*, Roma, Società italiana per il progresso delle scienze, 1917, p. 38).

⁷⁹⁵ Voir par exemple : CARUSI, Evaristo, *Sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano*, Roma, Tip. Nazionale di G. Bertero e C., 1913.

⁷⁹⁶ ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, cit., p. 59-60.

⁷⁹⁷ CONSTANTINESCO, L.-J., *op. cit.*, § 59, pp. 142-145.

un outil pour guider l'activité du législateur⁷⁹⁸. De cette manière Radbruch reconnaît le phénomène de la circulation du droit, mais il ne surpasse pas cette mention préliminaire. D'autre part, le représentant le plus important du droit comparé aux États-Unis dans la même période, John H. Wigmore (1863-1943), fait quelques allusions à la circulation du droit entre divers lieux à l'intérieur de sa théorie de l'évolution des institutions juridiques⁷⁹⁹. Enfin, en Amérique Latine, la tendance de n'aborder la circulation du droit que comme un sujet secondaire est également présente dans les plus célèbres travaux de droit comparé, bien que ce sous-continent ait été considéré comme un véritable lieu de réception du droit et des Codes modernes d'Europe occidentale⁸⁰⁰. C'est le cas du juriste brésilien Clóvis Beviláqua (1859-1944), professeur de droit comparé à l'Université de Recife et rédacteur du premier brouillon du Code civil de 1916. Tant dans ses travaux de droit comparé⁸⁰¹ que dans ses études historico-juridiques, il souligne l'influence du droit européen au Brésil mais n'offre pas une analyse plus large de la réception⁸⁰². D'une façon similaire, le comparatiste argentin Enrique Martínez Paz (1882-1952) ne s'occupe de ce sujet que dans le cadre de son examen sur la réception du droit privé étranger dans son pays⁸⁰³ et du droit romain en Europe⁸⁰⁴.

Néanmoins, la perspective commence à changer et l'on peut repérer quelques études qui abordent la circulation du droit plus directement et comme un sujet autonome. L'exemple le plus remarquable est peut-être l'article d'Albert Kocourek, publié en 1935, sur

⁷⁹⁸ RADBRUCH, Gustav, « Über die Methode der Rechtsvergleichung », *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, vol. 2, 1906, pp. 422-425.

⁷⁹⁹ Par exemple, lorsque Wigmore se pose la question de « What is the necessary method to be used in tracing the evolution of a legal idea ? », il note que pour y répondre « the usual method and necessary effort has been to collect the materials for different countries and periods; for the tracing of the history in each country must come first. This has been possible hitherto for only a few systems of law in their entirety; the European systems since the Christian era have been subjected to complex forces of imitation from each other, so that a pure system for any long period is rare » (WIGMORE, John H., *Problems of law, its past, present, and future: three lectures*, New York, C. Scribner's Sons, 1920, pp. 48-49).

⁸⁰⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, « El sistema jurídico iberoamericano », *Revista de estudios políticos*, N° 157, 1968, pp. 218-219 ; CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome III, La Science des droits comparés*, Paris, Economica, 1983, § 76, p. 116.

⁸⁰¹ BEVILÁQUA, Clóvis, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, Magalhães, 1897.

⁸⁰² En effet, dans un article sur l'évolution du droit civil au Brésil Beviláqua affirme que « le Code civil brésilien fondit plusieurs courants de pensée : la tradition nationale, qui remonte au droit portugais, où le droit romain a reçu l'influence du droit germanique et du droit canonique ; le prestige du Code civil français et de la doctrine française ; l'influence du Code civil et de la doctrine de l'Allemagne et les solutions heureuses qui se présentaient dans les autres Codes civils, en particulier, le portugais, l'italien, l'espagnol, l'argentin, et encore dans celui du canton de Zurich. L'action exercée par le droit étranger, surtout par la doctrine, donna au Code civil brésilien de l'amplitude, de la flexibilité et l'esprit de son époque, mais n'en effacèrent pas l'individualité, la physionomie propre, soit qu'on le considère comme une œuvre technique, création des juristes brésiliens, soit qu'on l'examine comme une expression du droit civil brésilien dont des traits nombreux ne permettent pas de le confondre avec un autre, particulièrement dans le droit de la famille et dans celui des successions » (BEVILÁQUA, Clóvis, « L'évolution du droit civil au Brésil de 1809 à 1919 », in *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919) : Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1922, vol. II, pp. 128-129).

⁸⁰³ MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, Córdoba (R.A.), Impr. de la Universidad, 1934, pp. 192-195.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, pp. 156-157.

les facteurs déterminant la réception du droit⁸⁰⁵. Son point de départ méthodologique est déjà notable parce que son intérêt principal n'est pas celui d'examiner un cas ponctuel de réception pour en inférer quelques considérations générales, mais plutôt celui d'utiliser des événements historiques concrets pour illustrer des principes abstraits sur les causes du phénomène⁸⁰⁶. Il part aussi en éclairant qu'il n'entend pas la réception comme l'imposition purement formelle d'un ordre juridique (« *mere paper imposition of law* ») mais comme l'assimilation réelle d'un droit étranger dans la vie juridique et non juridique d'un peuple⁸⁰⁷. En outre, la réception est une situation dans laquelle un droit étranger nouveau s'impose sur l'ancien droit local, n'étant un objet d'étude intéressant que lors d'un conflit entre le premier et le deuxième. Sur ces bases et après avoir réfuté les conceptions du déterminisme social sur le droit dans la version de l'École historique du droit de Savigny, Kocourek essaie d'identifier les facteurs desquels dépend la réception d'un droit étranger et ses résultats, que ce soit une assimilation réussie ou un rejet des éléments importés. Il en énumère six : 1) les facteurs sociojuridiques objectifs dans le cadre desquels la réception a lieu, laissant de côté ce que les individus concernés en pensent ou cherchent ; 2) le facteur politique, qui selon l'auteur est le plus important et qui consiste en une certaine disposition de diverses institutions étatiques (en particulier, l'arrangement des sources du droit, l'organisation juridictionnelle et l'activité législative) ; 3) le facteur textuel (*literary factor*) qui est aussi important que le précédent et qui suppose que le droit reçu est un droit écrit, disponible à la manière de documents imprimés ; 4) les centres de diffusion du droit, c'est-à-dire, les tribunaux, les juristes et les facultés de droit ; 5) le facteur culturel, intégré par les croyances qui peuvent impulser ou s'opposer à la réception ; 6) le hasard, les circonstances qui ne peuvent pas être prévues et contrôlés mais qui affectent la réception d'un droit étranger⁸⁰⁸. En somme, Kocourek annonce les conceptions qui vont être avancées sur le sujet pendant la seconde moitié du XX^e siècle : les systèmes juridiques, après leur formalisation dans divers types de textes, sont dans une certaine mesure composés d'éléments étrangers introduits par voie d'imitation ou par voie de réception volontaire ou involontaire⁸⁰⁹.

Un autre travail qu'il convient également de remarquer est celui que publie Imre Zajtay peu après le Colloque d'Istanbul. En suivant une perspective similaire à celle de Kocourek, le propos de cet article n'est pas d'examiner un cas de réception en particulier, mais le phénomène de la réception des droits étrangers en général, en l'envisageant comme un domaine d'application de la méthode comparative⁸¹⁰. L'introduction de cette méthode ne signifie pas nier la nécessité et l'importance des études consacrées aux différents cas de

⁸⁰⁵ KOCOUREK, Albert, « Factors in the Reception of Law », *Tulane Law Review*, vol. 10, n° 2, 1935-1936, pp. 209-230 (publié aussi dans : CIAPESSONI, Pietro (éd.), *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, Padova, CEDAM, 1935-1938, vol. III, pp. 233-260). Kocourek est connu pour être le coauteur avec John H. Wigmore de la compilation des textes intitulée *Evolution of Law* (KOCOUREK, Albert, WIGMORE, John H. (eds.), *Evolution of law: select readings on the origin and development of legal institutions*, Boston, Little, Brown, and co., 1915-1918, 3 vols.).

⁸⁰⁶ KOCOUREK, Albert, « Factors in the Reception of Law », *Tulane Law Review*, *cit.*, p. 212.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 209.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, pp. 218-228.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 229.

⁸¹⁰ ZAJTAY, Imre, « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *cit.*, p. 687. Une première version de cette étude a été publiée en allemand : « Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 156, 1957, pp. 361 et s.

réception, mais uniquement développer comme condition préalable une notion assez large de réception qui permet d'identifier les situations où ce phénomène s'est produit. De fait, il y a un lien profond entre les deux activités, car « la notion réelle de la réception ne peut être dégagée que d'une étude comparative très large des différents cas de réception. Si l'on se limite à l'étude isolée d'une réception ou d'un nombre restreint de cas, on aboutit nécessairement à fausser cette notion »⁸¹¹. Outre la contribution de cette perspective à la compréhension des causes des réceptions, des circonstances dans lesquelles elles ont lieu, des facteurs qui influent sur le déroulement du processus, des résultats obtenus et de leur effectivité, Zajtay considère qu'elle présente un intérêt particulier pour la solution des problèmes relatifs à l'unification et à l'harmonisation des droits européens⁸¹², l'une des questions centrales que la doctrine juridique a effectivement abordées pendant les années qui ont suivi.

III. La progressive reconnaissance des transplantations comme un sujet autonome du droit comparé

Après la Deuxième Guerre Mondiale, l'étude du droit comparé connaît une renaissance et un nouvel essor. Dans ce contexte, on observe plusieurs tentatives de synthèse dont le propos est d'exposer et examiner les problèmes, les méthodologies, la portée et la nature du droit comparé comme discipline juridique⁸¹³. Parmi ces synthèses, il est possible de trouver des analyses plus compréhensives sur le phénomène de la circulation du droit, suivant ainsi la ligne signalée par les travaux qui viennent d'être présentés. Elles ne le réduisent donc pas à un sujet secondaire et essaient de dépasser les limites qu'impose l'observation d'un cas concret. Ainsi, par exemple, l'une des premières qui ont été publiées une fois la guerre a fini, la *Théorie juridique comparative (Vergleichende Rechtslehre, 1945)* du comparatiste et internationaliste Adolf F. Schnitzer (1889-1989), examine ensemble plusieurs cas de réception, notamment ceux de la réception du droit romain en Allemagne⁸¹⁴, du droit anglais en Amérique du Nord⁸¹⁵ et du Code civil français dans divers pays⁸¹⁶. L'auteur le fait comme un composant du panorama qu'il offre sur l'histoire et les principales caractéristiques des plusieurs systèmes juridiques, par exemple, ceux d'Europe continentale, les anglo-américains et même ceux de quelques pays asiatiques et africains⁸¹⁷. Pour sa part, Harold C. Gutteridge (1876-1953), le plus important comparatiste anglais au milieu du XX^e siècle, arrive au sujet par la voie de l'analyse du domaine et de la valeur du droit comparé. Il affirme donc que c'est à l'intérieur de l'un des champs de travail de celui-ci, le

⁸¹¹ ZAJTAY, I., « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *cit.*, p. 706.

⁸¹² *Ibidem*, p. 707.

⁸¹³ Voir en ce sens : CONSTANTINESCO, L.-J., *op. cit.*, § 61, pp. 154 ; GUTTERIDGE, H. C., *Le Droit comparé, cit.*, p. 42.

⁸¹⁴ SCHNITZER, Adolf F., *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1961, pp. 222-224.

⁸¹⁵ *Ibidem*, pp. 295-297.

⁸¹⁶ *Ibidem*, pp. 312-314.

⁸¹⁷ Il convient de faire allusion à un autre travail de Schnitzer, *De la diversité et de l'unification du droit* (1946) dans lequel il analyse la réception comme l'une des voies par lesquelles se réalise l'unification du droit (SCHNITZER, Adolf F., *De la diversité et de l'unification du droit : aspects juridiques et sociologiques*, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1946, pp. 43).

« droit comparé appliqué », que l'on peut retenir sa finalité pratique : « la réforme du droit ou l'unification des droits dissemblables, et c'est cette forme de recherche comparative qui est le plus répandue et le plus fertile en résultats »⁸¹⁸. Toutefois, si l'on veut souligner des mentions plus explicites et élaborées il faut évoquer le *Traité de droit comparé* (1950-1951) de Pierre Arminjon, Boris Nolde, y Martin Wolff, dans lequel dès le début, à propos de l'identification des systèmes juridiques comme l'objet de l'analyse comparative, est expressément contesté le déterminisme social dans la version de Montesquieu et, en revanche, est affirmé que « sous l'action de la conquête, de la colonisation ou simplement de l'imitation, les lois de l'univers se compénètrent et s'unifient »⁸¹⁹. À partir de cette réflexion, les auteurs soulignent que le droit comparé en tant qu'instrument du travail législatif implique inéluctablement le fait de l'emprunt aux lois étrangères et, ce qui plus est, ils soutiennent sa convenance pour une meilleure élaboration des lois et pour l'unification du droit, bien qu'il fasse le traditionnel appel à la prudence :

« De nombreux États se sont approprié tel quel, en partie ou même en bloc, un droit étranger. Telle est l'origine de nombreux codes ou lois contemporains. Heureux plagiat, grâce auxquels s'élabore, on peut l'espérer, un droit commun universel. Cette œuvre de rapprochement s'opère sous cette forme plus facilement, plus sûrement et avec moins d'inconvénients qu'au moyen de conventions internationales dont la conclusion impose des concessions et des sacrifices et enchaîne l'indépendance des contractants. Il va de soi que ces emprunts doivent être faits avec prudence, en se gardant d'introduire dans une législation des lois qui ne seraient pas en harmonie avec ses principes et contrediraient d'autres règles. [...] Il en est des institutions comme des espèces végétales ou animales. La transplantation des cépages américains en Europe y a introduit le phylloxera, l'acclimatation des lapins en Australie y a causé des ravages incalculables »⁸²⁰.

Outre la métaphore organiciste, qui va se répandre dans l'étude de la circulation du droit, il convient aussi de souligner que dans le *Traité*, à l'inverse de la plupart des travaux qui le précèdent⁸²¹, ces considérations générales constituent le point de départ de l'examen de « la marche et les résultats de certaines grandes « réceptions » de lois étrangères en matière de droit privé qui caractérisent l'évolution du droit moderne »⁸²². En effet, on y trouve des analyses sur la réception du droit romain en Europe comme l'un des fondements historiques communs du droit moderne⁸²³, sur la réception du droit français hors de la France⁸²⁴, sur l'influence du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, *BGB*) sur les législations étrangères⁸²⁵, sur le Code civil suisse à l'étranger, en particulier en

⁸¹⁸ GUTTERIDGE, H. C., *op. cit.*, p. 27. C'est pourquoi cet auteur constate que « dans les pays du continent et, à un moindre degré, dans ceux que gouverne la common law, le législateur s'adresse au droit comparé et le considère comme l'une des sources aptes à lui fournir les connaissances dont il a besoin » (*ibidem*, p. 59).

⁸¹⁹ ARMINJON, Pierre, NOLDE, Boris, WOLFF, Martin, *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950-1951, vol. I, § 2, p. 12.

⁸²⁰ *Ibidem*, § 6, p. 20.

⁸²¹ Une exception remarquable face à cette tendance est la doctrine de A. Kocourek sur la réception d'un droit étranger, à laquelle on a déjà fait allusion (voir *supra*, n. 806).

⁸²² *Loc. Cit.*

⁸²³ *Ibidem*, §§ 22-24, pp. 57-62.

⁸²⁴ *Ibidem*, §§ 74-99, pp. 136-179.

⁸²⁵ *Ibidem*, vol. II, §§ 486-487, pp. 268-269.

Turquie⁸²⁶, sur la réception du droit anglais⁸²⁷, sur l'extension du droit soviétique de l'U.R.S.S. depuis 1940⁸²⁸ et sur la diffusion du droit islamique⁸²⁹.

Une autre référence à la réception des droits étrangers faite dans l'une des grandes synthèses du milieu du XX^e siècle et qu'il convient de souligner est celle que René David présente dans son travail intitulé *Les grands systèmes de droit contemporains* (1964). Elle se trouve dans la composition de la célèbre classification des droits en familles proposée par cet auteur, la diffusion d'un modèle entre divers ordres juridiques qui constituent ainsi une seule famille étant justement l'un de ses critères. C'est ainsi que « par l'effet de la colonisation, la famille de droit romano-germanique a conquis de très vastes territoires [...] ». Un phénomène de réception volontaire a produit le même résultat en d'autres pays qui n'ont pas été soumis à la domination des peuples du continent européen, mais où la nécessité de réformer ou le désir de s'occidentaliser ont amené la pénétration des idées européennes »⁸³⁰. La *common law* qui « a connu une expansion considérable dans le monde entier, par l'effet des mêmes causes : colonisation ou réception »⁸³¹ est placée dans une situation similaire. Or, David reconnaît que, loin de la logique universaliste et dans les deux cas, la réception ne laisse pas inchangé l'objet de l'opération, mais au contraire suppose presque toujours une adaptation qui affecte sa nature et sa portée :

« Dans un grand nombre de pays on a pu « recevoir » les droits européens. Mais il existait dans ces pays, avant que cette réception n'ait lieu, une civilisation autochtone, comportant certaines manières de voir ou de se conduire et certaines institutions. La réception n'a souvent été, dans ces conditions, que partielle, divers secteurs des relations juridiques (notamment le « statut personnel ») demeurant régis par les principes traditionnels ; et indépendamment de là les manières anciennes de voir et de se conduire peuvent avoir entraîné une application du droit nouveau assez différente de ce qu'est son application en Europe »⁸³².

Une dernière référence avec laquelle il est possible de fermer le présent chapitre sur les antécédents de la théorie des *legal transplants* est celle que l'on trouve dans le travail d'Otto Kahn-Freund (1900-1979) sur « les usages et les abus du droit comparé »⁸³³. Ce qui est remarquable c'est qu'il ne contient pas de simples références à la question de la circulation du droit, mais que son sujet principal est l'utilisation des modèles étrangers pour la réforme du système juridique d'un pays donné. En outre, ce travail illustre bien le changement terminologique qui commence à s'opérer entre les années soixante-dix et quatre-vingt du siècle précédent. On sait déjà qu'une gamme de termes divers est utilisée pour évoquer le déplacement d'un ou plusieurs éléments d'un ordre juridique d'un lieu à l'autre⁸³⁴. Cependant, tout au long de cette période l'on peut percevoir dans le cadre des études de

⁸²⁶ *Ibidem*, vol. II, §§ 608-609, pp. 417-420.

⁸²⁷ *Ibidem*, vol. II, §§ 706-707, pp. 563-567.

⁸²⁸ *Ibidem*, vol. III, § 892, pp. 255-556.

⁸²⁹ *Ibidem*, vol. III, § 998, pp. 402-404.

⁸³⁰ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, cit., § 17, p. 17.

⁸³¹ *Ibidem*, § 18, p. 18.

⁸³² *Loc. cit.*

⁸³³ KAHN-FREUND, Otto, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *Modern Law Review*, vol. 37, n° 1, 1974, pp. 1-27.

⁸³⁴ Voir *supra* p. 17.

droit comparé que le terme « réception » est progressivement remplacé par celui de « transplantation » ou « greffe » juridique (en anglais *legal transplant* ou *transplantation*, en espagnol *trasplante jurídico*, en allemand *rechtstransplantation*). Si ce changement a une valeur quelconque c'est celle de dévoiler un intérêt croissant sur le phénomène que désigne l'expression, qui devient ainsi un objet autonome d'étude sans être nécessairement lié à un autre.

C'est justement le cas de l'article de Kahn-Freund qui s'occupe de celui-ci utilisant le mot « transplantation » pour faire allusion à la manière dont le législateur peut recourir aux contenus d'un système juridique étranger. Même si cet instrument peut avoir plusieurs objectifs, que ce soit préparer l'unification internationale du droit, donner les effets juridiques adéquats à un changement social que l'exportateur et l'importateur partagent, ou promouvoir un changement social qui s'est produit ailleurs comme conséquence d'une norme ou d'une institution, Kahn-Freund soutient que c'est surtout dans ce dernier cas que la transplantation pose les problèmes les plus complexes⁸³⁵. L'un de ceux-ci est impliqué par le caractère tant organiciste que mécaniciste de cette expression⁸³⁶. Comme elle n'évoque pas le processus mais uniquement son effet, on ne peut considérer en l'utilisant les conditions à partir desquelles les normes ou les institutions reçues sont effectivement assimilées ou finissent par être rejetées. La question est donc celle de savoir s'il y a un ou plusieurs critères, principes ou guides qui permettent aux législateurs arriver au premier résultat et éviter le second lorsqu'ils recourent au droit étranger pour la réforme de son propre droit⁸³⁷. Pour y répondre, Kahn-Freund reprend les thèses de Montesquieu, en particulier celle selon laquelle les lois positives ne sont que le reflet de « l'esprit général d'une nation », tant de son aspect physique que de son aspect immatériel, de sorte que sa circulation d'un lieu à l'autre est presque irréalisable. Or, Kahn-Freund ne prétend pas nier la possibilité d'une circulation mais établir dans quelle mesure et dans quel ordre d'influence les facteurs qui composent cet esprit général d'une nation – c'est-à-dire, « le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières »⁸³⁸ – déterminent la possibilité qu'un élément d'un ordre juridique soit transplantable, ainsi que le succès ou l'échec de sa transplantation dans un nouvel environnement. Au-delà des conclusions spécifiques que Kahn-Freund propose sur cette question (actuellement le facteur dominant n'est pas le contexte géographique mais la structure politique de la société réceptrice⁸³⁹), ce qui est notable c'est la manière dont il

⁸³⁵ KAHN-FREUND, O., *op. cit.*, p. 2.

⁸³⁶ « As soon as one mentions the word "transplantation" one conjures up inevitably the image of those often complicated and sometimes hazardous surgical operations by which part of a human body is transferred from one human being to another. We speak of transplanting the cornea of an eye, the transplanting of a kidney, even the transplanting of the heart. But no one ever says that the carburettor or a wheel is transplanted from one car to another, though here too part of an entity which serves a purpose is taken out of one specimen and inserted into another specimen of the same species » (*ibidem*, p. 5). De toute façon Kahn-Freund avertit que « transferring part of a living organism and transferring part of a mechanism are comparable in purpose, but in nothing else » (*loc. cit.*) et que la transplantation du droit ne correspond pas ni à l'une ni à l'autre classe d'événements (*ibidem*, p. 6).

⁸³⁷ « Are there – demande Kahn-Freund – any principles which may assist us in measuring the degree to which a foreign institution can be "naturalised"? » (*ibidem*, p. 6).

⁸³⁸ *L'Esprit des Lois*, livre XIX, chap. 4 ; *Œuvres complètes*, éd. Caillois, vol. II, p. 558.

⁸³⁹ Selon Kahn-Freund, « in these 200 years the geographical, the economic and social, and the cultural elements have greatly lost, but that the political factors have equally greatly gained in importance. The process

recompose l'importance du contexte pour la circulation du droit à partir des idées de Montesquieu⁸⁴⁰. De là il soutient qu'« on ne peut pas tenir pour acquis que les règles ou les institutions sont transplantables », étant donné que la transplantation « requiert une connaissance non seulement de la loi étrangère, mais aussi de son environnement social, et surtout de son contexte politique. L'utilisation du droit comparé pour un propos pratique ne devient un abus que si elle est dominée par un esprit légaliste qui ignore ce contexte du droit »⁸⁴¹.

of economic, social, cultural assimilation or integration among the developed countries (and also the dominant classes of the developing countries) has been accompanied by a process of political differentiation. It is this dual development of cultural and social assimilation and political differentiation which compels us to shift the emphasis of Montesquieu's test in order to find some workable criterion that can be used to determine how far a legal institution is transplantable » (*ibidem*, p. 8).

⁸⁴⁰ Voir en ce sens: TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *cité*, pp. 210-211.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 27.

Chapitre II. Le débat autour de la théorie des *legal transplants*

Le recours à la métaphore organiciste des greffes ou transplantations pour retracer le phénomène de la circulation du droit entre plusieurs endroits n'est pas nouveau. On le trouve dans les recherches d'histoire du droit et dans les études de droit comparé depuis longtemps⁸⁴². Toutefois, ce n'est qu'à partir des années soixante-dix que son utilisation s'est amplement répandue. Certainement, l'une des raisons principales de la diffusion de cette métaphore est la publication en 1974 du livre d'Alan Watson intitulé *Legal transplants : an approach to comparative law*⁸⁴³. Nous avons pris comme point de référence ce travail parce qu'il s'intéresse directement à la nature, la portée, les caractéristiques, les problèmes et les conséquences de ce qu'il décrit comme l'emprunt des normes d'un ordre juridique à un autre, bien qu'il semble que son propos ne soit pas celui d'offrir une théorie exhaustive sur le sujet mais seulement des observations générales d'ordre plutôt pratique⁸⁴⁴ (section 1). D'autre part, les considérations de cet auteur sur les greffes juridiques, surtout ses affirmations sur les conséquences de ce phénomène concernant les rapports entre droit et société, ont donné lieu à une réponse critique très ample et diverse qui constitue la plus

⁸⁴² Par exemple, dans le cadre des études de histoire du droit en France au début du XX^e siècle, A. Esmein, en expliquant le régime juridique des villes féodales, utilise la métaphore de la transplantation : « Autant que par l'étendue de leurs privilèges, les villes affranchies variaient par la forme de leur organisation municipale [...]. Cependant, sous cette diversité apparente et d'ailleurs réelle, on constate une certaine unité partielle. Divers groupes de villes arrivèrent à avoir des chartes, qui ne présentaient guère que les variantes d'un même type. Cela se fit en premier lieu par la propagation directe des chartes. Une charte rédigée pour une seule ville se trouva répondre aux besoins d'une région tout entière ou, tout au moins, d'un certain nombre d'autres cités. Elle fut copiée ou même parfois transplantée presque sans modifications. La charte qui a eu ainsi la propagation la plus étendue, ce sont les Etablissements de Rouen que les monarques anglais accordèrent aux principales villes, dans leurs possessions de l'ouest de la France, depuis Rouen jusqu'à Bayonne » (ESMEIN, A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, cit., p. 301).

⁸⁴³ WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Georgia, University of Georgia Press, 1993 (1st ed., 1974).

⁸⁴⁴ Dans *Legal Transplants* Watson soutient que le propos central de ce livre était « to set the bounds of Comparative Law as an academic discipline and to see what could be learned from it. But the study turns out to have a practical dimension » (*ibidem*, p. 118). Dans un article publié quelques années plus tard, Watson doute encore plus explicitement qu'il soit possible de construire une théorie exhaustive sur les greffes juridiques. En effet, bien que « the act of borrowing is usually simple », « to build up a theory of borrowing on the other hand, seems to be an extremely complex matter. Receptions come in all shapes and sizes: from taking over single rules to (theoretically) almost a whole system. They present an array of social phenomena that are not easily explained: from whom can one borrow, in what circumstances does one borrow? Still, one serious obstacle to understanding should be stressed: students and scholars are hesitant to accept the obvious fact of massive borrowing and to consider its implications. I am often told, not only in print and even by close friends that I exaggerate. On the contrary: I believe I, too, have been unwilling to recognize the scale of borrowing and of legal autonomy » (WATSON, Alan, « Aspects of Reception of Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, n° 2, 1996, p. 335).

claire manifestation du fait que la circulation du droit est devenue un sujet important pour le droit comparé, la théorie du droit et la sociologie juridique comparative (section 2).

SECTION 1. LE MODÈLE DES *LEGAL TRANSPLANTS* DE A. WATSON

L'auteur de *Legal transplants* ne soutient pas uniquement qu'il est possible de vérifier historiquement la réception d'un droit étranger à un certain moment et dans une société donnée. Sa thèse centrale est encore plus radicale en ce sens qu'il entraîne ce constat initial jusqu'au bout de ses conséquences. En effet, pour lui le droit d'une société n'est essentiellement que le produit de la réception des normes en provenance d'une autre société. Contrairement à ce qui est supposé lorsque l'on affirme tout simplement – comme il arrive souvent dans la doctrine latino-américaine – que le droit d'un pays n'est que la copie des droits des autres pays ou, moins fermement, le produit de leur réception, Watson est conscient de l'existence de beaucoup d'alternatives face à cette idée et qu'il est nécessaire d'en tenir compte et d'en répondre pour maintenir ses observations sur les greffes dans le droit. C'est ainsi que Watson conclut qu'étant donné que le droit d'une société change et évolue à la suite des greffes reçues d'autres ordres juridiques, les liens entre droit et société ne sont pas si étroits qu'on l'aurait d'abord présumé, ce qui constitue l'une des « paradoxes » du droit : « le droit nous montre plusieurs paradoxes. Peut-être la plus étrange de toutes consiste en ce que, d'une part, le droit d'un peuple peut être considéré comme étant spécial pour lui, de fait, comme un signe de l'identité de ce peuple [...] ; d'autre part, les greffes juridiques – le mouvement d'une règle ou d'un système de droit d'un pays à un autre, ou d'un peuple à un autre – ont été habituelles depuis les débuts de l'histoire enregistrée »⁸⁴⁵. Ce que Watson veut souligner c'est que les greffes juridiques impliquent que le droit ne dépend ni des conditions des sociétés dans lesquelles il est d'abord entré en vigueur ni des conditions des sociétés qui l'ont reçu. En conséquence, le lien entre droit et société ne peut être posé en termes de dépendance ou de subordination du premier à la deuxième, car il n'est pas suffisamment fort pour le concevoir de cette manière. En revanche, les greffes juridiques indiquent un haut degré d'autonomie du droit par rapport au contexte social.

La formulation du modèle des greffes juridiques de Watson met en évidence qu'au-delà d'une description du phénomène de la circulation du droit, l'auteur cherche à développer une conception des rapports entre droit et société, qui prétend renverser les fondements de toute théorie du déterminisme social sur le droit et qui reconstitue l'autonomie de celui-ci. Il s'agit de l'une des réflexions traditionnelles de la vision classique du positivisme juridique, mais Watson prétend l'accomplir par une voie différente, non pas celle de l'analyse ontologique et épistémologique mais celle de l'analyse comparative. Autour de cette caractéristique centrale de la conception de cet auteur sur les greffes juridiques il énonce

⁸⁴⁵ WATSON, A., *Legal Transplants*, cit., p. 21. « In most states, at most times, law mostly develops by taking from elsewhere. Legal transplants come in all shapes and sizes. An independent state may accept one rule or institution from another or may take many or even all. It may or may not make changes in what it borrowed. A conquered state may have the victor's law thrust upon it. Members of a society may, in a dominant role, migrate to a very different geographical area and may take their law with them » (WATSON, Alan, *Law out of context*, Athens, University of Georgia Press, 2000, p. 1).

une série des « *general reflections* » qui constituent un point de départ pertinent pour aborder ce modèle :

« Tout d'abord, la transplantation de règles individuelles ou bien d'une large partie d'un système juridique est très commune. Cela est vrai par rapport aux premiers temps – comme le témoigne l'ancien Proche-Orient – aussi bien qu'à l'heure actuelle. Deuxièmement, la transplantation est, en effet, la source la plus féconde de développement. La plupart des changements dans la plupart des systèmes sont le résultat d'un emprunt. [...] Troisièmement, dans un degré vraiment étonnant le droit est enraciné dans le passé. [...] Quatrièmement, la transplantation des règles juridiques est socialement facile. Quelle que soit l'opposition qu'il peut y avoir de la part des avocats ou de la législature, il continue à être vrai que les règles juridiques bougent facilement et sont acceptées dans le nouveau système sans trop de difficulté. Il en est ainsi même lorsque les règles proviennent d'un type de système très différent. [...] Il résulte de ces quatre réflexions que les règles juridiques n'ont généralement pas été particulièrement conçues pour la société spécifique dans laquelle elles opèrent et, d'ailleurs, ceci ne constitue pas un sujet qui génère beaucoup de soucis »⁸⁴⁶.

Dans la prochaine partie, nous procéderons donc à une exposition synthétique de la conception de Watson sur les greffes juridiques à partir de ces caractéristiques et des autres qu'il présente dans le livre qu'il a dédié à ce sujet et dans d'autres travaux qu'il convient également d'aborder. De fait, les principales considérations théoriques de Watson doivent être extraites des nombreuses discussions historiques dans lesquelles elles sont enracinées⁸⁴⁷.

I. L'objet des greffes juridiques

Comme on l'a déjà indiqué, Watson définit les greffes juridiques comme « le mouvement d'une règle ou d'un système de droit d'un pays à un autre, ou d'un peuple à un autre »⁸⁴⁸. On pourrait penser qu'il les réduit au simple emprunt des dispositions ou énoncés normatifs lors de leur entrée en vigueur selon les formes et procédures établies par l'ordre juridique récepteur, commettant ainsi une erreur qui avait été avertie auparavant⁸⁴⁹. Cependant, Watson ne soutient pas cette conception restreinte des greffes. En effet, dans *Legal transplants*, juste après avoir donné la définition qui vient d'être citée et cherchant à démontrer que « le phénomène de la transplantation ne se limite pas au monde moderne »⁸⁵⁰, il transcrit trois règles appartenant à des ordres juridiques de l'ancien Proche-

⁸⁴⁶ *Ibidem*, pp. 95-96.

⁸⁴⁷ EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants », *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4, 1995, p. 496.

⁸⁴⁸ Voir *supra*, n. 845. Il y a des occasions où Watson pose une notion si ample de transplantation qu'il accepte la possibilité qu'elle se produise à l'intérieur d'un même système juridique: « The borrowing may be from within the system, by analogy - from negligence in torts to negligence in contract, for instance - or from another legal system » (WATSON, A., « Aspects of Reception of Law », *cit.*, p. 335). Cependant, cette forme d'assimiler l'emprunt des normes juridiques venues de l'étranger à l'analogie réalisée à partir des normes d'un même système semble impliquer une espèce débordement conceptuel du premier phénomène que Watson ne la développe pas dans tous les détails.

⁸⁴⁹ On a ainsi évoqué la distinction posée par Schwarz entre la réception formelle d'une loi ou d'un code et l'assimilation matérielle du droit venu de l'étranger dans une société donnée (*supra*, p. 162).

⁸⁵⁰ WATSON, A., *Legal Transplants*, *cit.*, p. 22.

Orient concernant la responsabilité pour le fait d'avoir un bœuf encorné une personne ou un autre animal. Il affirme donc que « les trois dispositions ont des similitudes évidentes tant de substance que de formulation »⁸⁵¹ et que celles-ci démontrent qu'« une quelconque connexion, même lointaine, doit exister parmi elles », de sorte que « la nature des similitudes de style et de substance est telle qu'elles excluent la possibilité d'un développement juridique parallèle » de ces dispositions qui partagent probablement « une source commune originaire »⁸⁵². En somme, selon Watson ce qui est transplanté n'est pas seulement la formulation mais aussi le contenu des règles juridiques, et il recourt à plusieurs exemples de l'histoire du droit pour le prouver⁸⁵³, bien qu'il nuance cette posture en soutenant que son intérêt principal est « l'existence » de la règle de droit et non pas la manière dont elle opère dans la société à la suite de l'interprétation académique ou judiciaire⁸⁵⁴. Quoi qu'il en soit, il n'arrive pas à considérer comme objet de transplantation des réalités juridiques de nature empirique, de manière que la conception du droit qui lui sert de base a une forte tendance normativiste, au moins dans le sens large du terme⁸⁵⁵.

Cette conception des greffes permet à Watson de faire quelques considérations sur la nature des normes juridiques. Il affirme donc que les deux caractéristiques des règles juridiques les plus surprenantes, mais en même temps les plus évidentes, sont l'apparente facilité avec laquelle elles peuvent être transplantées d'un système à un autre ou d'une société à une autre, et leur capacité à avoir une longue durée de vie⁸⁵⁶. Il reconnaît en plus

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁵² *Ibidem*, p. 24.

⁸⁵³ Cet auteur arrive même à constater que l'emprunt de dispositions n'est pas la seule voie de transplantation des contenus normatifs et il fait allusion à quelques cas d'influence doctrinale qui ont donné lieu à des réformes législatives : par exemple, celui du Code civil français et l'influence sur celui-ci des doctrines de Pufendorf, de Barbeyrac et, surtout, de Pothier (*ibidem*, p. 87), et aussi celui de l'influence du *Libri Feudorum* sur le droit féodal et du chef-d'œuvre de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, sur le droit anglais et américain (*ibidem*, p. 111).

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 20. En ce sens Watson soutient que « when one writes about legal borrowing the focus must be on rules, institutions and structures. That is what is appropriated. One can borrow Roman legal rules but not the spirit of Roman law » (WATSON, Alan, *Society and legal change*, Philadelphia, Temple University Press, 2001, p. XIV). Vers la fin ce même livre Watson affirme que « throughout I have been talking about legal rules, and not about how decisions are reached by the courts – though occasionally judicial reasoning on law has slipped in – or how the legal system actually works. What I have had to say should be treated independently of the propositions of Legal Realists or of the insights of students of Sociology of Law » (*ibidem*, p. 135). Face à ces affirmations, Ch. Donahue considère que « by focusing almost exclusively on the formal statements of the rules rather than on their interpretation, their impact on society and their interaction with the high-level ideas that surround them, Watson has made it too easy for himself. He is doing comparative work, but it is comparative work that ignores some of the more important questions that the method inspires » (DONAHUE, Charles, « Comparative Legal History in North America », *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis/Legal History Review*, vol. 65, n° 1-2, 1997, p. 15).

⁸⁵⁵ Dans une des seules mentions de la distinction entre *law in books* et *law in action*, qui pouvait être le cadre pour avancer dans l'analyse des greffes des entités juridiques empiriques, Watson se limite à critiquer la distinction sans explorer cette possibilité : « the commonly-made distinction between law in books and law in action is too simple. The distinction is valid, but law in books must be subdivided. Much law in books reflects the conditions, needs and desires of the society in which it operates. But likewise much is accepted because it was borrowed often without much thought, and often without the intervention of any government. History shows that borrowed law, foreign law, is not necessarily to be regarded as unsatisfactory law. It may be as satisfactory as indigenous law » (WATSON, Alan, *Comparative law: law, reality and society*, Lake Mary (FL): Vandeplass Pub., 2007, p. 12).

⁸⁵⁶ Par contre, « theories of law and society, and of legal development tend to focus on important innovations. This leads to the impression of a very close inherent relationship between law and society in which it operates » (WATSON, Alan, *Society and legal change*, *cit.*, p. 8).

qu'en raison de la transplantation ou du passage du temps quelques modifications peuvent survenir, mais ces altérations dans le contenu des règles ont habituellement une signification assez limitée⁸⁵⁷. Cette condition est accentuée par le caractère organiciste de la métaphore des greffes que Watson utilise pour décrire la circulation du droit. Bien que ses travaux accordent peu d'attention à la notion de greffe ou transplantation, étant utilisée tout simplement comme un instrument conceptuel préétabli⁸⁵⁸, l'auteur ne cache pas qu'il lui attribue ce caractère. C'est ainsi que pour répondre aux critiques et insister sur sa pertinence il recourt à des analogies biologiques pour soutenir qu'il y a des ressemblances entre la greffe d'une plante et celle d'une norme juridique⁸⁵⁹.

II. Les agents des greffes juridiques

La conséquence principale de la conception de Watson sur les greffes juridiques est le rejet des formes les plus radicales de la théorie du déterminisme social sur le droit, qui peut aussi être appelée « théorie du miroir »⁸⁶⁰. Or, démontrer historiquement qu'il y a plusieurs cas où le contexte social ne détermine ni le contenu ni la structure du droit, ou qu'il ne le fait que partiellement, n'implique pas que l'autonomie d'un ordre juridique s'explique par le fait des greffes ou transplantations en provenance d'un autre ordre. Comme l'explique W. Ewald⁸⁶¹, cette conclusion requiert une autre base argumentative que l'on retrouve chez Watson dans sa conception des agents qui empruntent la norme ou l'institution étrangère pour l'introduire chez eux. La plupart de ces agents font partie de la profession juridique. Ce sont les juristes, quelle que soit l'activité – législateur, juge, avocat, professeur, etc. – ceux qui sont les protagonistes de l'exportation et l'importation des normes juridiques⁸⁶². Ils constituent une élite à l'intérieur de chaque société, chargée de l'élaboration et l'application du droit et son rôle dans la réalisation des greffes juridiques est si important que leur façon d'agir constitue le critère de la seule classification que cet auteur propose dans *Legal Transplants* sur le phénomène : celle qui distingue les greffes « volontaires » des greffes qui

⁸⁵⁷ WATSON, Alan, « Comparative Law and Legal Change », *Cambridge Law Journal*, vol. 37, n° 2, 1978, p. 313 ; ID., *Society and legal change*, cit., pp. 79-80, 89.

⁸⁵⁸ GLENN, Patrick, « On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants », *Journal of Comparative Law*, vol. 1, n° 2, 2006, p. 359.

⁸⁵⁹ En effet, lorsqu'il répond à ceux qui doutent qu'une greffe soit possible dans le domaine du droit, Watson « tente une analogie » : « I am a tomato grower. I have plastic trays each with 24 small containers filled with a soil mix. Into each container I place a tomato seed, which I proceed to water and fertilize. When the plants are about six centimeters tall, I sell them. A buyer takes one, pinches it out of its container, and plants it in his yard. The plant soon stretches out its roots into the surrounding, very different soil. The purchaser fertilizes it with his own, different from mine, fertilizer. The tomato plant is in a very different ethos on which its future depends. Even the sun strikes it differently. The tomato plant may flourish or even wither. Now to put a question not considered by the Greek philosophers. Is the tomato plant the same plant as it was under my care? If I understand Pierre Legrand correctly [comme nous le verrons, l'un des critiques de la théorie de greffes juridiques] his answer is No! There has been no transplant because transplants are impossible » (WATSON, Alan, « Legal Transplants and European Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 4, 2000, p. 10).

⁸⁶⁰ Voir *supra*, p. 189.

⁸⁶¹ EWALD, W., *op. cit.*, pp. 499-500.

⁸⁶² Tous ces agents sont réunis par Watson dans une seule catégorie, celle des « interpreters of the law », ce qui lui permet de nuancer la différence entre l'élaboration et l'application du droit (WATSON, A., *Society and legal change*, cit., pp. 118-119).

n'ont pas ce caractère⁸⁶³. En somme, « seule l'élite juridique d'une société connaît quelque chose sur le droit étranger : seulement ses membres sont en mesure d'organiser un emprunt »⁸⁶⁴.

Selon Watson, en tant que groupe social, les juristes présentent certaines caractéristiques distinctives : ils développent une attitude spéciale par rapport au droit qui émerge de la tradition dans laquelle ils travaillent ; leur comportement est déterminé par l'habitude ; la plupart considèrent les règles juridiques comme une fin en soi ; lorsqu'une réforme du droit s'impose, ils cherchent soit à diminuer sa portée, soit à emprunter une règle d'un système juridique étranger prestigieux ou dominant pour la soutenir⁸⁶⁵. Pour autant que cette caractérisation de l'élite juridique corresponde à la réalité, les greffes juridiques constituent nécessairement le principal mécanisme de changement du droit, puisqu'il s'agit de la voie la plus pratique pour satisfaire le besoin d'être appuyé par l'autorité de la tradition, c'est-à-dire, l'exigence de ne procéder qu'en considérant certains précédents et non pas les nécessités ou les revendications du contexte social⁸⁶⁶. De là, Watson peut soutenir que « les normes juridiques et la tradition juridique sont séparées de la société, mais elles maintiennent une connexion avec elle », ce qui est particulièrement évident lorsque « les institutions sociales qui semblent requérir un renforcement en se présentant comme des institutions juridiques, effectivement ne le reçoivent pas »⁸⁶⁷. L'existence d'une tradition juridique différente au reste des traditions sociales dépend amplement des transplantations des normes et institutions venues d'ailleurs⁸⁶⁸.

III. Le caractère inévitable des greffes juridiques

Watson affirme ouvertement que « les greffes juridiques sont inévitables » : « depuis l'Empire romain tardif, elles ont toujours été le facteur du changement juridique le plus important et le principal dans le monde occidental »⁸⁶⁹. Ni l'Angleterre, ni les États-Unis, ni le Québec (même avec ses différences par rapport aux autres provinces canadiennes) ne constituent des exceptions. Pour Watson la vraie question n'est pas celle de savoir s'il y a eu des greffes juridiques mais celle de savoir s'il devrait y avoir un effort concerté et délibéré, impulsé peut-être par les universitaires, afin de créer un droit commun universel⁸⁷⁰. Pour constater l'inévitabilité du phénomène, dans *Legal transplants* l'auteur recourt à plusieurs exemples qu'il expose avec précision historique : outre celui des droits de l'ancien Proche-

⁸⁶³ WATSON, A., *Legal Transplants, cit.*, p. 29. Watson considère que « there is no point in elaborating a detailed classification of borrowing until individual instance have been examined to see what they reveal » (*ibidem*, p. 30).

⁸⁶⁴ WATSON, Alan, *The evolution of law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1985, p. 28.

⁸⁶⁵ WATSON, A., *Law out of context, cit.*, pp. 163-164; ID., *The evolution of law, cit.*, pp. 41-42.

⁸⁶⁶ Watson souligne « the importance of authority for transplants and for law in general. It is a very marked characteristic of lawyers that they do not like to think they are standing alone or that their decisions are the result of their own limited reasoning power » (WATSON, A., *Legal Transplants, cit.*, p. 99).

⁸⁶⁷ WATSON, A., *The evolution of law, cit.*, p. 73.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, p. 93.

⁸⁶⁹ WATSON, A., « Legal Transplants and European Private Law », *cit.*, p. 10.

⁸⁷⁰ *Loc. cit.*

Orient il s'intéresse à la réception du droit romain en Égypte⁸⁷¹ et en Écosse⁸⁷², à l'adoption du droit anglais dans la colonie de Massachusetts⁸⁷³ et à d'autres exemples plus récents dans l'Europe moderne (celui du régime concernant le transfert de propriété et de risque dans le contrat de vente⁸⁷⁴) ou en Nouvelle-Zélande⁸⁷⁵ (les références à l'Amérique Latine sont assez sommaires). Toutefois, c'est l'exemple de la diffusion du droit romain en occident sur lequel Watson insiste le plus⁸⁷⁶. « Ce grand exemple éclaire les autres »⁸⁷⁷ soutient cet auteur. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne soit pas pertinent d'examiner des cas appartenant aux temps modernes ; de cette manière on constate qu'ils correspondent en grande partie à la tendance historique. Dans ce cadre, Watson fait allusion au phénomène de « la prise en charge, en totalité ou en grande partie, d'un code moderne occidental par un « pays du tiers-monde », dont l'objectif spécifique est la modernisation de celui-ci »⁸⁷⁸. Quoi qu'il en soit, la réception du droit romain constitue pour cet auteur le modèle par excellence de toute greffe juridique⁸⁷⁹ et, plus concrètement, d'une greffe à caractère « verticale », c'est-à-dire, celle où un droit développé, généralement mis par écrit et organisé à la façon d'un système normatif, est utilisé, sans trop de difficultés, comme une espèce de patron par des sociétés dont la structure économique et sociale est très différente⁸⁸⁰.

Outre la reconnaissance générale du fait qu'en Occident l'emprunt des normes et institutions est très usuel, Watson considère qu'il est plus intéressant d'insister sur ce qu'il appelle le « préjugé de transplantation » (*transplant bias*) dont l'existence est aussi

⁸⁷¹ WATSON, A., *Legal Transplants*, cit., pp. 31-35.

⁸⁷² *Ibidem*, pp. 44-56.

⁸⁷³ *Ibidem*, pp. 65-70.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, pp. 82-87.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, pp. 71-74.

⁸⁷⁶ Pour une analyse détaillée de Watson sur la diffusion du droit romain en occident voir : WATSON, A., *Law out of context*, cit., pp. 1-43.

⁸⁷⁷ WATSON, Alan, « Evolution of Law: Continued », *Law and History Review*, vol. 5, n° 2, 1987, p. 550.

⁸⁷⁸ *Loc. cit.* ; voir aussi : WATSON, Alan, *The evolution of law*, cit., pp. 31-32. Watson évoque ce type de situation à travers l'exemple de la réception du droit privé suisse en Turquie, exemple qui confirme qu'une greffe juridique est possible entre deux sociétés dont la structure économique et social est très différente : « Thus, the Swiss codification was intended by those who worked on it to be the written moral consciousness of the Swiss people. The arbitrary rules of cantonal law were to be remedied by federal law appropriate to the conditions of the Swiss. The "Swissness" of the codification is stressed. Yet the Swiss codification could be taken over, almost in its entirety, some years later by Turkey, a country with a vastly different history, legal tradition, religion, culture, economy, political setup, and geographical and climatic circumstances. Turkey under Atatürk is a prime example not only of legal transplants but of revolution in law. Substantive alternative alterations were few and minor. But what is striking is that the two Swiss codes were regarded by their creators as particularly Swiss and in accordance with the Swiss national spirit and moral consciousness » (WATSON, A., *Comparative law: law, reality and society*, cit., p. 10).

⁸⁷⁹ WATSON, A., *The evolution of law*, cit., p. 77.

⁸⁸⁰ Watson affirme que « above all I wanted to show that the Reception of Roman law in Western Europe, far from being one of the most difficult problems of history, corresponds to cultural patterns of development. A mature legal system in writing can easily be used as a quarry even by societies with very different economic and social structures. Each society takes what it wants, when it wants, and there is no great desire to search for the most appropriate rule. Who in particular does the taking and who in particular does not want to search too far is obvious: the law making elite. The developed system in writing is above all accessible, with rules that can be used to fill gaps in the other systems. Such a Reception presents difficult problems only for those-and they are many-who believe that there is a very close correlation between the law of a society and the life of the society » (WATSON, A., « Evolution of Law: Continued », cit., pp. 550-551).

amplement acceptée⁸⁸¹. L'auteur utilise cette expression pour souligner la tendance, de plus en plus évidente à l'époque contemporaine, d'aller chercher ailleurs le modèle qui sert de fondement à la réforme du droit dans un pays donné. Comme l'explique Watson lui-même, bien qu'une règle tout à fait inappropriée ne soit pas susceptible d'être volontairement empruntée, il arrive souvent, l'histoire le confirme, que le système récepteur ne cherche pas systématiquement la meilleure règle venue d'ailleurs, mais plutôt celle en provenance de l'ordre juridique qui a toujours été pris comme modèle, bien qu'elle ne soit parfois pas la plus appropriée. La manière dont quelques sociétés, sans être assujetties à un pouvoir étranger, prennent constamment des normes des ordres juridiques romains, anglais, et français atteste de cette situation. Ces normes sont empruntées sans qu'il soit déterminé si elles sont les meilleures ou du moins les plus souhaitables. Watson énumère les principales causes de ce préjugé de transplantation : le haut niveau de vie généralement reconnu au système donneur, le prestige général (incluant celui de son droit) de l'État donneur, la tradition juridique commune partagée par le donneur et le récepteur et l'accessibilité du droit à emprunter, que ce soit au moyen d'une loi écrite ou d'un code⁸⁸².

Du fait que les greffes juridiques se sont produites inévitablement tout au long de l'histoire, Watson conclut que « l'on peut affirmer, sans craindre de tomber en contradiction, que la transplantation a été, au moins dans le monde occidental, la caractéristique majeure du changement juridique pendant les dernières millénaires »⁸⁸³. Par conséquent, « le principal type de rapport entre plusieurs systèmes juridiques surgit en raison de l'emprunt que l'un de ces systèmes fait à l'autre, ou en raison que tous les deux font un emprunt d'un tiers »⁸⁸⁴. L'emprunt est ainsi un outil juridique dont l'usage a été et continue d'être très répandu et, par conséquent, le moyen le plus important du changement juridique. « Que cela soit trop souvent négligé ne peut s'expliquer que par les préjugés extrêmes provoqués par des notions comme celle selon laquelle “ le droit est l'Esprit du peuple ” ou celle qui considère que “ le droit reflète la structure du pouvoir de la classe dirigeante ” »⁸⁸⁵.

IV. L'autonomie du droit et les greffes juridiques

Il convient de s'arrêter un instant sur la façon dont Watson arrive à la conclusion du caractère autonome du droit (ce que W. Ewald appelle la « *insulation thesis* »⁸⁸⁶) par le biais de l'analyse des greffes juridiques. C'est ainsi qu'il conteste l'idée, très largement admise, selon laquelle il existe un profond lien entre droit et société, puisqu'en général le premier ne se développe que comme une conséquence directe de l'expérience sociale⁸⁸⁷. Par contre,

⁸⁸¹ WATSON, Alan, « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131, n° 5, 1983, p. 1146.

⁸⁸² *Ibidem*, p. 1147.

⁸⁸³ WATSON, A., « Comparative Law and Legal Change », *cit.*, p. 314

⁸⁸⁴ WATSON, A., *Society and legal change*, *cit.*, p. 141.

⁸⁸⁵ WATSON, A., *Comparative law: law, reality and society*, *cit.*, p. 5.

⁸⁸⁶ EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (II) », *cit.*, pp. 500-501.

⁸⁸⁷ Watson développe la thèse de l'autonomie du droit face à la société sans pour autant le relier directement au phénomène des greffes juridiques: « though there is a historical reason for every legal development, yet to a considerable extent law in most places at most times does not progress in a rational or

pour Watson, les normes et institutions juridiques peuvent régir dans une société très différente de celle où elles ont été créées grâce au phénomène de leur circulation⁸⁸⁸. Dans un épilogue inclus dans la deuxième édition de *Legal Transplants* publié en 1993, ce qui lui a permis de considérer les critiques que cette thèse suscite, Watson insiste sur celle-ci :

« Lorsque je regarde plusieurs systèmes sur une longue période, l'image qui se dégage est celle d'un emprunt continu et massif des règles et institutions et celle de leur longévité. La prévalence de l'emprunt suggère l'une des clés pour comprendre les permanences et les changements. Les systèmes liés les uns aux autres par une série d'emprunts peuvent indiquer, par suite de leurs similitudes et différences, l'élan de leur développement.

Mais ce même emprunt et cette longévité me persuadent qu'il n'y a pas un rapport simple entre une société et son droit. Si le droit a été en grande partie emprunté à des endroits très différents et survit tout au long de diverses périodes, à peine il peut en général être considéré comme « l'esprit du peuple ». Et si des règles et principes fondamentaux et des structures ont survécu dans des conditions économiques, sociales et politiques très diverses, ils ne pourraient que très difficilement refléter en quelque manière adéquate la base économique ou de pouvoir »⁸⁸⁹.

L'autonomie face au contexte social est ainsi considérée par Watson comme l'une des caractéristiques centrales des normes juridiques⁸⁹⁰. Pour lui, le droit possède, dans une grande mesure, une vie et une vitalité propres, de sorte qu'il n'existe pas une relation extrêmement proche, naturelle ou inévitable entre le droit, les structures juridiques, les institutions et les règles, d'une part, et les besoins, les désirs et la politique économique soutenus par l'élite dirigeante ou par les membres d'un groupe social particulier, d'autre part. S'il y avait une relation si étroite, les règles, les institutions et les structures juridiques seraient difficilement transplantables et sa capacité de se maintenir dans le temps serait très limitée ; en contrepartie, tout changement dans la structure de la société entraînerait toujours des changements dans le droit⁸⁹¹. Watson ne soutient cependant pas qu'il n'y a aucun rapport entre droit et société, mais que celui-ci ne répond pas au modèle du reflet,

responsive way, and that the divergence between law and the needs or wishes of the people involved or the will of the leaders of the people is marked. There is a divergence in the sense in which I am using the term when the legal rule, principle or institution is inefficient for its purpose in satisfying the needs of the people or the will of its leaders and when a better rule could be devised, *and* where both the inefficiency and the possibility of marked improvement are known to the persons concerned » (WATSON, A., *Society and legal change*, cit., p. 5 ; voir aussi : ID., *The evolution of law*, cit., p. 69).

⁸⁸⁸ En effet, comme l'explique Twining, « Watson's first book, *Legal Transplants*, advanced the bold thesis that throughout history imitation has been the main engine of legal change. Initially, Watson seems to have been reacting against mainstream comparative law, especially the 'legal families' tradition, and sociological and 'contextual' approaches to law, such as that of Kahn-Freund, that emphasized the intimate relationship between law and society. In his more extreme statements, Watson seemed reminiscent of the early diffusionists, suggesting that innovation is almost unknown in law » (TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », cit., pp. 211-212). De toute façon, dans ce livre Watson accepte la possibilité de l'élaboration du droit à cause principalement d'une innovation locale sans l'appui d'un modèle étranger : « it is perfectly possible for a powerful legal system to be developed by native talent without the help of transplants, and, more surprisingly, that this can happen even in a community which in general is adopting much of another civilization » (WATSON, A., *Legal Transplants*, cit., p. 77).

⁸⁸⁹ WATSON, A., *Legal Transplants*, cit., p. 107.

⁸⁹⁰ « Law is out of context much of the time, perhaps even most of the time. The fact is unremarkable and usually unremarked » (WATSON, A., *Law out of context*, cit., p. XI).

⁸⁹¹ WATSON, A., « Comparative Law and Legal Change », cit., pp. 314-315.

c'est-à-dire, à la théorie du déterminisme social sur le droit⁸⁹². Son argument principal « n'a pas été que le droit privé ne parvient pas à refléter les besoins et les désirs de la société ou de son élite dirigeante, mais que, dans une très large mesure, il est en décalage par rapport à ces besoins et désirs. Cette divergence [...] est si grande qu'aucune des théories sur l'évolution du droit ou sur le lien entre droit et société est acceptable, même si celles-ci, ou du moins certaines parmi elles, peuvent contenir beaucoup d'observations appropriées »⁸⁹³.

V. Le droit comparé et la théorie du droit face aux greffes juridiques

La thèse des greffes juridiques, telle qu'elle est présentée par Watson, suppose divers types de conséquences épistémologiques. De fait, dans *Legal Transplant* il s'engage dans le sujet des greffes sur la base d'amples considérations sur le droit comparé comme discipline académique, ses risques et aussi ses mérites. Il commence par se demander « qu'est-ce que le droit comparé ? »⁸⁹⁴, en ce sens que s'il ne se réduit pas à une méthode d'étude et de recherche, « est-il donc en soi une activité digne d'une démarche académique à part entière ? »⁸⁹⁵. Watson répond par l'affirmative : le droit comparé, « s'il doit être en soi une discipline intellectuelle à part entière, est quelque chose d'autre que la simple étude d'un système étranger (avec un coup d'œil au propre système) [...], et je suggère qu'il s'agit de l'étude du rapport d'un système juridique et ses règles avec un autre. La nature d'un tel rapport et les raisons des ressemblances et des différences, ne sont susceptibles d'être découvertes que par l'étude de l'histoire des systèmes ou des règles ; d'où le Droit comparé est, en premier lieu, l'Histoire Juridique concernée par le rapport entre systèmes »⁸⁹⁶. Sur ce constat et sur celui de la portée des greffes juridiques Watson établit un lien étroit entre le droit comparé et histoire du droit⁸⁹⁷. Même si les deux sont conçus comme des disciplines distinctes, elles peuvent bénéficier de contributions mutuelles très importantes. C'est ainsi que tandis que l'analyse comparative permet de clarifier certaines questions clés pour

⁸⁹² « It would, I believe, be universally admitted that some degree of correlation *must* exist between law and society. For any theory to emerge from comparative law, it must be possible to delineate precisely this correlation; and this delineation should be in terms of factors that help to bring about or inhibit legal change. [...] I have argued that legal rules by no means accurately reflect the needs and desires of society and its ruling elite and that a considerable disharmony tends to exist between the "best" rule that the society envisages for itself and the rule that it has. Any theory of legal change must be able to take full account of this lack of phase » (*ibidem*, p. 321).

⁸⁹³ WATSON, A., *Society and legal change*, cit., p. 130.

⁸⁹⁴ WATSON, A., *Legal Transplants*, cit., p. 1.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁹⁷ En effet, Watson remarque que « we could also by this route have reached the conclusion that the academic discipline of comparative law is primarily a study of the relationship between systems that is established by borrowing. The discipline must concern the borrowings that have taken place, must be more than descriptive, and must try to account for the particular transplant. Just as we should consider comparative law as a method valuable in law reform, so we should see comparative law as a method or (as some might prefer) a science related to legal history, and one whose end is to help us to understand the course of legal development and the connection between a society and its law. But whereas comparative law as a practical study deal with the transplants which are appropriate and how they should and can be made, the academic discipline deals with the transplants which have been made, why and how they were made, and the lessons to be learned from this » (WATSON, A., « Comparative Law and Legal Change », cit., p. 318).

l'historien, les résultats obtenus par l'historien peuvent, à leur tour, être d'un grand intérêt pour le comparatiste⁸⁹⁸. Par conséquent, pour Watson seul un droit comparé à caractère dynamique est justifiable, dans la mesure où il tient compte des processus d'influence toute au long de l'évolution historique des ordres juridiques et qu'il ne se limite pas à les comparer tels qu'ils se trouvent en vigueur à un moment donné⁸⁹⁹.

Or, les conséquences épistémologiques ne se restreignent pas au domaine du droit comparé. Selon Watson, la meilleure approche pour comprendre et connaître le droit, ce qu'il fait et ce qui est exigé de lui, est celle qui procède au moyen de l'histoire des règles, de leur origine, développement et transformation, surtout lorsque la même règle, dans un contexte historique donné, peut être observée à l'intérieur des différents systèmes. Lorsque plusieurs systèmes empruntent une règle de la même source, et le cours du développement varie d'un système à l'autre, les facteurs qui produisent les changements peuvent être isolés et évalués. Les implications nécessaires des circonstances économiques et politiques, l'influence des individus (que ce soit ou non des juristes), le rôle joué par la tradition, les conceptions morales de la société, etc., peuvent être tracés en détail. En conséquence, l'étude des aspects les plus généraux du droit (comme celui de la substance des règles) par rapport à plusieurs systèmes, même si un lien n'est pas constaté, permet de révéler beaucoup d'éléments de la nature du droit, tels que le rôle accompli par les différentes sources du droit dans le développement juridique, la correspondance générale d'une règle aux conditions de la société dans laquelle elle opère et la délimitation des concepts juridiques⁹⁰⁰.

SECTION 2. LA CRITIQUE DES *LEGAL TRANSPLANTS* : DROIT, SOCIÉTÉ ET LANGAGE

La thèse de Watson selon laquelle les transformations des systèmes juridiques s'expliquent essentiellement en raison de la transplantation des règles et institutions en provenance d'autres systèmes et, par conséquent, qu'il n'y a pas un lien nécessaire et permanent entre la société et son droit, a suscité, comme on pouvait s'y attendre, un grand intérêt et a été l'objet de nombreuses analyses critiques. Comme le souligne W. Twining, Watson a joué un rôle remarquable comme « agent provocateur » en lançant des hypothèses audacieuses dont l'attention se concentre sur quelques questions importantes concernant la transformation du droit. Il met l'accent sur la propagation des normes et renvoie au second plan le rôle de l'innovation. Watson y procède au moyen de plusieurs exemples de règles, institutions, concepts et structures qui ont en effet été transplantés, mais il ne s'occupe pas beaucoup du processus de diffusion, des voies qu'il a suivies, de son

⁸⁹⁸ *Ibidem*, pp. 102-103.

⁸⁹⁹ Par conséquent, « it should be noticed that legal history raises many of the same theoretical issues as the study of foreign law. Both are species of comparison; the chief difference is that in one case the foreign systems are separated from us by geography, while in the other they are separated by time » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, p. 1944).

⁹⁰⁰ WATSON, A., « Comparative Law and Legal Change », *cit.*, p. 316.

impact et de ses conséquences ultérieures⁹⁰¹. D'ailleurs, le vocable semble être dépassé et ne plus répondre aux réalités actuelles de la circulation du droit, en devenant ainsi un instrument daté⁹⁰². « L'idée de « transplantation » n'est donc plus dans l'air du temps et, dans la plupart des cas, on se borne à parler d'une simple source d'inspiration »⁹⁰³.

Dans une tentative préliminaire de mettre en lumière certaines des plus importantes critiques à l'encontre du modèle de Watson sur les greffes juridiques, critiques qu'en outre, nous reprendrons dans la troisième partie du présent travail, on peut dire que, d'une part, quelques-unes proviennent de la sociologie juridique et rétablissent les liens de concordance entre la société et son droit (I) ; d'autre part, d'autres critiques se développent dans le cadre des études et recherches dans le domaine du droit comparé (II) ; finalement, il convient de souligner les principales objections aux présupposés conceptuels et méthodologiques sur lesquels Watson s'appuie (III).

I. L'inévitable concordance entre la société et son droit

En ce qui concerne le premier type de critiques, il est évident que tous ceux qui pensent que le contexte social est le facteur essentiel pour la configuration du droit ne peuvent pas admettre le modèle de greffes juridique proposé par Watson. Ils représentent une tradition très répandue dans la pensée juridique depuis toujours, et qui se manifeste à travers diverses tendances. Nous en avons identifié deux : l'une qui soutient le déterminisme social sur le droit (pour autant que celui-ci soit enraciné dans la culture, les mœurs, les coutumes et les pratiques sociales), l'autre qui subordonne le droit à un ou plusieurs éléments de l'organisation sociale. Il ne s'agit que d'une manière de présenter ces tendances qui, d'une façon ou d'une autre, considèrent toutes que le droit est le reflet de la société dans laquelle il opère, raison pour laquelle elles sont connues aussi comme les « théories du miroir » (*mirror theories of law*). Une autre classification est proposée par W. Ewald qui, cherchant à comprendre et à récupérer la théorie de Watson sur les greffes juridiques, distingue, parmi les théories qui conçoivent le droit comme un miroir de la société, les versions strictes et les versions nuancées. Les premières affirment que le droit n'est autre chose que la réalité sociale et qu'il ne peut être expliqué que par rapport au contexte social, tandis que les secondes considèrent, en revanche, que le droit est lié profondément à la société et qu'une connaissance de la société est utile, mais non pas suffisante, pour le comprendre⁹⁰⁴. Il est difficile de trouver quelqu'un qui ait récemment soutenu la version stricte du déterminisme social sur le droit (comme on l'a constaté dans le titre premier, elle était plus courante avant le XX^e siècle), et ce même pour critiquer directement le modèle de greffes juridiques de Watson. En outre, et comme on l'a déjà indiqué, bien que l'auteur de *Legal transplants* affirme que le droit d'une société n'est essentiellement que le produit de la réception de

⁹⁰¹ TWINING, William, *The Tilburg-Warwick lectures, 2000 General Jurisprudence. Lecture IV: Generalizing about law: the case of legal transplants*, 2000, p. 38-39.

⁹⁰² LE QUINIO, Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011, p. 138.

⁹⁰³ BLANC-JOUVAN, Xavier, « L'influence du Code Civil sur les codifications étrangères récentes », in HALPÉRIN, Jean-Louis et al. (éd.), *Le code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, p. 480.

⁹⁰⁴ EWALD, W., « Comparative Jurisprudence (II) », *cit.*, pp. 493-494.

normes venues d'ailleurs, il ne nie pas qu'il y a quelques rapports entre la société et son droit. Il signale plutôt que la théorie du miroir ne les explique pas correctement. En conséquence, entre les doctrines déterministes nuancées et la théorie des greffes juridiques qui en principe développe Watson il n'y a pas nécessairement une contradiction.

La contradiction n'existe qu'entre les versions les plus radicales de la théorie du miroir, d'une part, et l'approche de la théorie de Watson qui réduit à l'extrême la correspondance entre le droit et le contexte où il existe, d'autre part. Comme on vient de l'indiquer, peu nombreux sont ceux qui, dans la doctrine et la théorie juridique contemporaine, affirment catégoriquement et sans exception le déterminisme social sur le droit. Un exemple constamment cité est celui des mots de l'historien du droit américain L. M. Friedman lorsqu'il conçoit le droit « non pas comme un royaume en soi-même, non pas comme un ensemble de règles et des concepts, non pas comme le seul domaine des juristes, mais comme un miroir de la société. Il ne prend rien comme un accident historique, rien d'autonome, mais ici tout est relatif et modelé par l'économie et la société »⁹⁰⁵. C'est justement contre ce type de conception que Watson propose sa thèse de l'autonomie du droit⁹⁰⁶. Néanmoins, une vision globale de l'œuvre de Friedman permet de constater qu'il n'accueille pas d'une manière si nette cette conception du droit comme un miroir fidèle de la société ; par contre, cet auteur développe l'idée selon laquelle droit et société se déterminent réciproquement, étant donné que le premier, tout au long de son histoire, change en correspondant à l'évolution de la société, mais, à son tour, celle-ci peut également répondre à la manière dont le droit règle les comportements de ses membres⁹⁰⁷.

Pour leur part, les critiques les plus farouches à l'encontre de Watson prennent la version la plus absolue de la notion des greffes juridiques et de leurs conséquences. C'est ainsi que Friedman lui-même, en considérant que « Watson semble penser, même catégoriquement, qu'il n'y a pas un rapport particulier entre droit et société », conclut que « quiconque qui a le moindre intérêt pour le droit comme un phénomène social ou historique, ne peut tout simplement prendre au sérieux les notions de Watson concernant le changement du droit (ou l'absence d'un changement) et la causalité et la direction du changement »⁹⁰⁸. Toutefois, malgré quelques affirmations de cet auteur qui accentuent radicalement l'autonomie du droit par rapport à la société⁹⁰⁹, Watson reconnaît – comme

⁹⁰⁵ FRIEDMAN, Lawrence M., *A History of American Law*, 2nd ed., New York, Simon and Schuster, 1985, p. 12. Dans ce même livre Friedman affirme que « nothing in the law is autonomous; rather, law is a mirror of society, and every aspect of the law is molded by economy and society. [...] As long as the country endures, so will its system of law, coextensive with society, reflecting its wishes and needs, in all their irrationality, ambiguity, and inconsistency. It will follow every twist and turn of development. The law is a mirror held up against life » (*ibidem*, p. 595).

⁹⁰⁶ EWALD, W., *op. cit.*, p. 495.

⁹⁰⁷ FRIEDMAN, Lawrence, « Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 94-95. C'est pour ce motif que R. Abel accuse Watson et Ewald de recourir à la classique technique rhétorique de l'« homme de paille », car ils présentent la position de Friedman et d'autres auteurs de façon volontairement erronée avant de la critiquer et après avoir ignoré les détails de leur argumentation (ABEL, Richard L., « Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law », *Michigan Law Review*, vol. 80, n° 4, 1982, pp. 789-790).

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 93.

⁹⁰⁹ En effet, Watson soutient que « the lesson of history, in fact, is that over most of the field of law, and especially of private law, in most political and economic circumstances, political rulers need have no interest in determining what the rules of law are or should be (provided always, of course, that revenues roll in and

on l'a déjà signalé – qu'entre droit et société existent plusieurs types de relations⁹¹⁰. Ce qu'il rejette ce sont les versions les plus catégoriques des conceptions qui ne saisissent le droit que comme un reflet exact de la société parce qu'elles échouent au moment d'expliquer les nombreux cas où ce reflet ne se présente pas, que ce soit en raison des greffes juridiques venues d'une autre société ou bien en raison du décalage entre le contenu du droit et les intérêts et besoins des divers groupes sociaux⁹¹¹. Or, le problème, comme l'explique R. Abel, c'est que Watson soutient aussi que « ces relations semblent impossibles de définir, peut-être parce qu'elles varient d'un État à l'autre ou d'une branche du droit à l'autre »⁹¹², ce qui impliquerait donc que « si les relations sont en effet inconnaissables, il ne peut pas en offrir une explication alternative »⁹¹³.

II. L'analyse du langage des normes juridiques dans le cadre du droit comparé

La critique du point de vue du droit comparé au modèle des greffes juridiques de Watson a été particulièrement développée par P. Legrand⁹¹⁴. Selon cet auteur Watson part nécessairement d'une conception strictement normativiste du droit, car il le conçoit uniquement comme un ensemble d'énoncés ou de dispositions qui, justement par cela même, peuvent être vues comme des simples formulations enlevées de tout acquis historique, social ou culturel et qui, par conséquent, peuvent se déplacer d'un lieu à l'autre

that the public peace is kept). Rulers and their immediate underlings can be, and often have been and are, indifferent to the nature of the legal rules in operation. This simple fact is often overlooked; indeed, it is habitually denied. But failure to accept it is the greatest cause of misunderstanding the nature of law, the relationship of law and society, and the course of legal development» (WATSON, Alan, *Roman law and comparative law*, Athens, University of Georgia Press, 1991, pp. 97-98).

⁹¹⁰ Même si l'on a déjà cité plusieurs passages où Watson développe cet argument, il convient de faire référence à un autre : « No reasonable person would wish to deny that to some extent a people's law is peculiar to it, that the law does reflect that people's desires and needs. [...] It is easy to agree that a legal rule is often the result of social engineering especially if we consider only case law, or a statute when it is passed. And who would deny that much of law reflects the interests of the ruling elite? » (WATSON, A., *Society and legal change*, cit., p. 4).

⁹¹¹ En effet, comme l'explique W. Ewald, « it is important to observe that Watson is not hostile to theories about the relationship between law and society, and therefore not hostile to pronouncing general theories. Indeed, such hostility would be hard to reconcile with his view of comparative law. But for precisely this reason the strong version of the insulation thesis is, in the end, both less interesting and less in keeping with his general approach than the more nuanced weak version. For a theory that says that there is no significant relationship between law and politics (or society, or economics, or religion, or whatever) leaves us with nothing further to say. Whereas the weaker version lays stress on the *complexity* of the phenomena, pointing out that the relationship between law and society is neither non-existent, nor a simple mirroring, but a subtle and intricate interrelationship that must be studied case-by-case » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (II) », cit., p. 504).

⁹¹² WATSON, A., *Society and legal change*, cit., p. 134.

⁹¹³ ABEL, R. L., *op. cit.*, p. 788.

⁹¹⁴ LEGRAND, Pierre, « What "Legal Transplant"? », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 55-70. Une première version de cet article est apparue en 1997 : « The impossibility of "legal transplants" », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, n° 2, 1997, pp. 111-124.

sans problème⁹¹⁵. En revanche, pour Legrand les règles qui font partie du droit ne se réduisent pas à être de simples dispositions textuelles ; elles sont composées également par le sens attribué à chaque disposition. Or, le sens d'une règle est toujours déterminé par le contexte culturel, étant donné que l'acte de son interprétation, au moyen duquel son sens est déterminé, dépend effectivement du langage, de la moralité, de la tradition, en somme, de toutes les composantes de ce que l'on appelle la culture⁹¹⁶. Si une règle n'était constituée que par une disposition vide de sens – ce qui selon Legrand est une forme très simpliste de concevoir le droit – sa transplantation serait donc possible. Mais si à cet élément formel de la règle l'on joint l'élément matériel, c'est-à-dire, qu'on lui attribue un sens spécifique, la transplantation est pratiquement impossible, parce que ce dernier est socialement conditionné par la culture qui lui sert de substrat⁹¹⁷. C'est pourquoi le droit ne peut pas bouger d'un lieu à l'autre sans changer sa signification ; il ne peut pas avoir le même contenu en dehors de la communauté qui l'a en premier lieu établi. C'est pour cette raison qu'il serait inutile de parler de « greffes juridiques » : le produit qui sort n'est jamais le même qui arrive. Tout ce que l'on peut voir – conclut Legrand – c'est que les réformateurs du droit (et d'autres juristes) trouvent occasionnellement qu'il est plus commode, sans doute dans l'intérêt de l'économie et de l'efficacité, d'adopter une formulation préexistante des mots qui ont pu être formulés en dehors de leur juridiction, situation qui n'est pas si différente de celle d'écrivains qui trouvent qu'il convient occasionnellement de citer d'autres écrivains, dont certains seraient des étrangers. C'est donc d'une stratégie rhétorique impliquant l'acte ordinaire de répétition comme une méthode discursive qu'il est question ici⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Selon Legrand, Watson considère que « law is rules and only that, and rules are bare propositional statements and only that. It is these rules which travel across jurisdictions, which are displaced, which are transplanted » (LEGRAND, P., *op. cit.*, p. 57).

⁹¹⁶ « No form of words purporting to be a “rule” can be completely devoid of semantic context, for no rule can be without meaning. The meaning of the rule is an essential component of the rule; it partakes in the ruleness of the rule. The meaning of a rule, however, is not entirely supplied by the rule itself; a rule is never totally self-explanatory. [...] Meaning is also—and perhaps mostly—a function of the application of the rule by its interpreter, of the concretisation or instantiation in the events the rule is meant to govern. This ascription of meaning is predisposed by the way the interpreter understands the context within which the rule arises and by the manner in which she frames her questions, this process being largely determined by who and where the interpreter is and, therefore, to an extent at least, by what she, in advance, wants and expects (unwittingly?) the answers to be. Hence, the meaning of the rule is a function of the interpreter's epistemological assumptions which are themselves historically and culturally conditioned » (*ibidem*, pp. 57-58).

⁹¹⁷ « If one agrees that, in significant ways, a rule receives its meaning from without, and if one accepts that such investment of meaning by an interpretive community effectively partakes in the ruleness of the rule, indeed, in the nucleus of ruleness, it must follow that there could only occur a meaningful “legal transplant” when both the propositional statement as such and its invested meaning— which jointly constitute the rule— are transported from one culture to another. Given that the meaning invested into the rule is itself culture-specific, it is difficult to conceive, however, how this transfer could ever happen » (*ibidem*, p. 60).

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 64.

III. Critiques du modèle théorique et de la méthode d'analyse de Watson

La plupart des reproches qui viennent d'être énoncés sont attachés aux problèmes méthodologiques que les critiques de Watson ont constamment soulignés. Parmi ceux-ci celui du caractère anti-théorique du modèle de *Legal transplants* a été plusieurs fois révélé⁹¹⁹, bien que Watson lui-même reconnaisse cette caractéristique de sa doctrine, comme on l'a déjà indiqué. Cette absence expliquerait les autres difficultés observées. Par exemple, par rapport à la thèse de l'autonomie du droit, comme il n'expose pas clairement ses présupposés théoriques, Watson finit par faire des affirmations sans un solide fondement conceptuel et empirique. C'est ainsi qu'« il examine une norme juridique, se demande s'il voudrait lui-même une telle norme en cas d'être membre d'une société donnée, décide qu'il ne le veut pas et, finalement, conclut que le droit ne sert aucun but »⁹²⁰. Un autre exemple consiste en ce que beaucoup de conceptions générales de Watson sont plutôt vagues ou ouvertes à plusieurs interprétations, parce qu'elles sont formulées d'une telle forme qui ne les rend pas susceptibles d'une vérification ou d'une invalidation détaillées. En particulier, étant donné que Watson se concentre sur les ressemblances présentes dans les codes, les textes des lois, les normes et le vocabulaire juridique, il est difficile d'établir dans quelle mesure ces ressemblances sont simplement superficielles ou le produit d'une coïncidence, car il accepte que les greffes puissent changer leur signification au cours du voyage⁹²¹.

Selon P. Legrand, à cause de ses difficultés méthodologiques le modèle de *Legal transplants* de Watson semble méconnaître tant l'existence de phénomènes qualitativement différenciés que le contenu concret des expériences et des valeurs. Il est surtout concerné par la découverte de patrons unificateurs, ce qui exige l'imposition d'une unité logique *a priori* sur toutes les expériences juridiques, malgré la disparité qui existe parmi elles⁹²². De là, plusieurs auteurs ont souligné que le modèle des greffes de Watson est dépourvu de toute vocation critique. Ceci impliquerait une forte tendance à un conservatisme qui favorise le *statu quo*, étant donné qu'il privilégie « la connaissance des régularités observables » et « la certitude, la prédictibilité et le contrôle »⁹²³. Ainsi, pour R. Abel,

⁹¹⁹ NELKEN, David, « Towards a Sociology of Legal Adaptation », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 23.

⁹²⁰ ABEL, R. L., « Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law », *cit.*, p. 791. En conséquence, « what Watson is doing is importing his own judgments – ethical, political, economic, and social – about what the rule ought to be, implicitly suggesting that these are the only purposes that the rule could serve, and then concluding that the rule serves no purpose » (*loc. cit.*).

⁹²¹ Comme le remarque W. Twining, « one is left with the feeling that Watson's theory [...] deals mainly with surface appearances. Watson essentially treats law as a superficial gloss on society; perhaps his generalizations about law are similarly superficial » (TWINING, William, *The Tilburg-Warwick lectures*, *cit.*, p. 40). En outre, « Watson works within "the Country and Western tradition of comparative law". His thesis is largely confined to Roman law and modern Western municipal law; he is mainly interested in private law; and his principal concern is the differences and relationships between civil and common law. So his central claims are limited in respect of subject matter and geography and, apart from his interest in classical Roman law, in respect of time » (*ibidem*, p. 39).

⁹²² LEGRAND, P., « What "Legal Transplant"? », *cit.*, p. 66.

⁹²³ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, London: Routledge, 1995, 73.

« Watson suppose que le droit est nécessairement à la traîne, derrière les normes et le comportement sociaux, et qu'il ne peut être qu'une force pour la réaction, non pas pour le progrès »⁹²⁴.

⁹²⁴ ABEL, R. L., *op. cit.*, p. 802.

Conclusion du Titre II

Malgré les intenses critiques à son encontre, il est possible de reconnaître que le modèle des greffes juridiques de Watson a donné lieu à un débat très intéressant sur le développement des systèmes juridiques et sa relation avec la société à l'intérieur de laquelle ils opèrent. De plus, les concepts et les méthodologies qui ont été développés grâce à cette controverse ouvrent un horizon analytique d'une grande richesse pour la recherche sur l'histoire du droit, particulièrement si l'on aborde un cas spécifique, comme nous le ferons dans la seconde partie du présent travail. Cependant, W. Twining développe une perception beaucoup moins optimiste de cette controverse ; il soutient que la thèse de Watson a provoqué la pire forme de débat académique où chaque opposant caricature l'autre et n'aborde qu'indirectement les questions posées. D'une part, Watson attaque la croyance selon laquelle le droit reflète la société, bien qu'il soit difficile de trouver quelqu'un qui soutienne sérieusement une version dure de cette thèse. D'autre part, les critiques de Watson canalisent leurs observations sur ses déclarations les plus extrêmes et l'ont accusé d'affirmer que la transformation du droit a lieu indépendamment de tout conditionnement social. Finalement, lorsque les protagonistes adoptent une posture modérée, ils glissent souvent vers un éclecticisme insipide⁹²⁵. Peut-être ce qui convient le plus – comme le propose G. Monateri⁹²⁶ – est de déconstruire la théorie de Watson, utilisant quelques éléments et en rejetant d'autres, mais en conservant le point essentiel, c'est-à-dire, que le droit, suivant un processus très complexe, peut se déplacer. C'est pourquoi – selon A. Le Quinio –, bien qu'elle ait le mérite de la pédagogie, il est néanmoins important d'avoir conscience de ses limites. « Elle permet d'identifier un mécanisme fondamental du développement du droit, l'emprunt juridique. Seulement, elle semble insuffisante pour appréhender toutes les virtualités de ce phénomène »⁹²⁷.

Le débat sur les greffes juridiques implique deux défis pour le développement de toute analyse sociale sur le droit. D'abord, son contenu ne peut être aussi simple que celui des théories juridiques et sociojuridiques traditionnelles. Il fait considérer les cas de dysfonctionnements du droit, d'inertie des normes et institutions, des échecs de rationalité (non pas uniquement les fortuits, mais aussi ceux à grande échelle), mais aussi et parallèlement les conditions par lesquelles les transformations du droit répondent à certaines conditions sociales. Comme l'indique W. Ewald, les rapports entre droit et société ne sont pas directs et unidirectionnels ; ils ont plutôt un caractère réciproque, interactif et se déploient en plusieurs niveaux⁹²⁸. Face aux obstacles que cette espèce d'analyse suppose,

⁹²⁵ TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, p. 212.

⁹²⁶ MONATERI, P. G., « Everybody's Talking: The Future of Comparative Law », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, n° 4, 1998, p. 839.

⁹²⁷ LE QUINIO, Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques*, *cit.*, p. 143.

⁹²⁸ EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (II) », *cit.*, pp. 509.

il convient de commencer par l'analyse d'un cas spécifique et, ensuite, au moyen des outils de l'approche comparative, de poser des hypothèses plus complètes. En effet, le deuxième défi est celui d'avancer sur une analyse qui ne se borne pas à un seul système juridique dans le temps présent, mais qui contient aussi une composante historique et un comparatif substantiel. Dans l'entreprise de définitions des liens entre droit et société, on ne peut laisser de côté la question des origines du droit, de son développement, des différences qu'il présente d'une société à l'autre, des influences réciproques entre systèmes juridiques distincts, de la diffusion d'idées juridiques, et ceci ne peut être réalisé qu'au moyen des études comparatives détaillées⁹²⁹. Il est difficile de nier que les emprunts juridiques sont importants, mais le contexte et la culture le sont également. Watson a raison lorsqu'il souligne que les greffes sont un facteur central du changement du droit ; les critiques, à partir d'une perspective contextualiste, ont raison lorsqu'ils insistent sur le fait que ces greffes en s'enracinant dans un nouveau contexte changent et s'adaptent, comme Watson lui-même l'a concédé. Le problème, comme l'indique W. Twining, c'est que ces généralités ont beau être largement vraies, elles restent néanmoins banales et simples, de sorte qu'il n'existe aucune manière de remplacer l'étude détaillée de cas particuliers⁹³⁰. C'est justement ainsi que nous allons procéder dans la seconde partie, en essayant de dépasser la dichotomie entre le déterminisme social sur le droit et l'autonomisme juridique dans laquelle était tombée la controverse sur les greffes juridiques, dont le bilan sera repris dans la troisième partie. Entre-temps, il convient de présenter quelques considérations préliminaires sur le rapport entre droit et société dans le cadre du phénomène de la circulation du droit.

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 510.

⁹³⁰ TWINING, William, *The Tilburg-Warwick lectures*, cit., p. 41.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Le fait du déplacement des différents éléments des systèmes juridiques d'un lieu à un autre a été traité par les diverses disciplines qui intègrent la connaissance juridique. Dans la doctrine, l'histoire du droit, la sociologie juridique, la théorie générale du droit et le droit comparé il n'est pas difficile de trouver des mentions à ce phénomène. Cependant, la plupart d'entre elles étaient jusqu'à peu présentées de façon dispersée et avaient un caractère accessoire, parce que la circulation du droit ne constituait pas l'objet principal d'étude. De plus, son analyse entraînait en tension avec le particularisme et relativisme des conceptions qui accentuaient le caractère local ou national du droit et avec l'universalisme de la plupart des écoles de la philosophie de la théorie générale du droit. Le refus de l'existence ou de la convenance des « réceptions », des « greffes », ou des « imitations » s'appuie soit sur l'idée que le droit est profondément fusionné avec la culture, les mœurs, les coutumes et les pratiques sociales, soit sur l'affirmation de la subordination du droit à la structure de chaque société, soit sur la recherche des principes à caractère universel et immuable qui s'imposent aux particularités de chaque communauté, soit sur l'établissement d'une science générale du droit qui prétend identifier les éléments communs à tous les systèmes juridiques sur la base d'une étude conceptuelle de leur structure intrinsèque et non pas nécessairement en observant le processus de déplacement ou transposition de ces éléments. Une synthèse de toutes ces conceptions donnerait lieu à une sorte de dichotomie entre l'uniformité universelle et les spécificités contextuelles qui entravent toute considération de la circulation du droit. En outre, dans le débat contemporain le phénomène des greffes juridiques est remis en doute parce que les changements qu'il suppose sur les objets transplantés sont si profonds qu'il ne s'agit plus d'un « greffon » mais d'une nouvelle réalité juridique.

Or, une approche préliminaire du phénomène montre justement que ces changements sont une partie essentielle du développement de la circulation. Il s'agit de la transformation et de l'adaptation de normes, institutions, idées et pratiques qui semblent s'imposer lors de son passage des lieux de production aux lieux de réception, en empruntant diverses voies et formes. Plus encore, dans certains cas le voyage impliquerait des changements qui ne se réduisent pas à des adaptations superficielles. La portée de ce type de mutations est définie par la prédisposition de l'ordre juridique du lieu de production à influencer d'autres ordres et également par la capacité du lieu de réception à préserver son droit et ses institutions originaux, tout cela dans le cadre de rapports et processus de circulation de plus en plus complexes. Par conséquent, le déplacement d'un système juridique – de ses règles et institutions autant que de sa théorie, sa doctrine et même ses pratiques – implique sa transformation, plus ou moins importante selon le cas. Depuis longtemps, le droit comparé

a ainsi rejeté le discours identitaire de ce que l'on appelait « législation comparée ». Le Congrès international de droit comparé, tenu à Paris en 1900, a été le point de départ de l'abandon progressif de cette approche, même si beaucoup de juristes continuent à l'employer dans leurs analyses. Après cela, l'affirmation selon laquelle la compréhension d'un droit étranger ne passe pas seulement par la connaissance de ses règles mais aussi de ses contextes est devenue un topique de la discipline comparatiste, ce qui a impliqué un élargissement de son objet d'étude. Il s'agit du point commun entre la vision culturaliste de R. David, le fonctionnalisme de Zweigert et Kötz et la notion de *legal traditions* développée par H. P. Glenn, malgré les différences spécifiques qui les séparent. Peut-on alors dire que la doctrine, la législation et les pratiques juridiques s'adaptent toujours au nouveau contexte dans lequel elles sont appliquées ? Est-ce que, par exemple, l'ouvrage de Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* lu en France est compris différemment à sa traduction *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* lue dans un pays d'Amérique Latine ?

En ce qui concerne l'influence doctrinale – dans la troisième partie nous reprenons l'analyse des autres éléments des systèmes juridiques – le débat autour de ces questions ne semble pas facile à trancher : d'une part, il semblerait que la partie théorique de cet ouvrage puisse difficilement être comprise dans un sens différent selon le contexte où il est lu ; d'autre part, pour ce qui est de la partie que l'on peut appeler *doctrinale*, car plus directement liée au droit français, on pourrait croire qu'une lecture différenciée est possible. Toutefois, si dans le nouveau contexte de lecture a été adopté un système juridique similaire à celui que Gény analyse, il n'y a aucune raison d'affirmer que ses conclusions doctrinales n'y seraient pas applicables. Si, par exemple, en Colombie au début du vingtième siècle, un système codifié de droit privé et des institutions juridiques similaires à celles de la France ont été adoptés durant la même époque, les juristes colombiens ne devraient pas arriver à une compréhension de l'ouvrage de Gény si différente de celle de leurs collègues français. Par conséquent, la doctrine « se théorise » et atteint un haut niveau de généralité et d'abstraction et une réponse négative aux questions posées précédemment serait admise : à l'image de la théorie, la doctrine ne peut être comprise différemment selon les contextes. En fait, les lecteurs latino-américains sont arrivés à cette conclusion et ils ont reçu à bras ouverts et avec empressement l'œuvre de Gény ; en outre, il est bien possible que celui-ci et d'autres auteurs français de la doctrine aient eu la même impression, dans la mesure où ils ont accepté la traduction de leurs ouvrages.

Cette doctrine généralisée et, évidemment, la théorie et la philosophie du droit, encore plus disposées à la circulation, sont conçues comme un ensemble qui a une signification unique et permanente. Selon cette logique, une interprétation particulière, autant que l'anachronisme, doit être rejetée : le second comme une erreur méthodologique et la première comme une incompréhension due à la maladresse du lecteur étranger. Cependant, un point de vue différent peut être développé : la doctrine et la théorie, comme les normes, sont adaptables et mutables en raison de leur transfert d'un lieu à un autre. Il ne s'agit pas d'un attribut exclusif de la littérature juridique : tous les produits textuels présentent cette malléabilité et adaptabilité. La théorie littéraire s'est emparée depuis longtemps de cette question. Sur ce point, elle se divise entre ceux qui ne conçoivent qu'une interprétation standard et unique d'un ouvrage (surtout de ceux qui ont une reconnaissance universelle) et

ceux qui, par contre, acceptent des compréhensions particulières déterminées par le contexte de lecture. En ce qui concerne l'analyse portant sur l'évolution de la pensée juridique et de la doctrine, ce type de controverse est récent ; cela ne fait que quelques années que l'un des pôles de l'opposition s'est développé. Alors que la proclamation d'une théorie – voire d'une doctrine – générale du droit à caractère universel est affirmée depuis le début du dix-neuvième siècle, la posture consistant à soutenir la possibilité d'une théorie particulière du droit et des applications adaptées régionalement de la doctrine est naissante et relativement inusitée. En outre, cette opposition correspond à la distinction entre les divers lieux de circulation de modèles juridiques : c'est ainsi que l'espace par excellence du développement d'une théorie générale du droit est celui des lieux de production, tandis que les lieux de réception dans les pays périphériques engendrent des théories locales ou particulières. Il est alors clair que la distinction pertinente n'est pas celle conçue par Austin, c'est-à-dire l'opposition entre une théorie générale du droit et quelques théories particulières des pays traditionnellement reconnus comme producteurs de pensée juridique, mais celle qui distingue cette théorie générale développée par l'ensemble de ces pays (malgré les évidentes différences qu'il y a entre leurs ordres juridiques) et les théories locales construites à partir de la réception et la transformation de cette dernière⁹³¹.

La formation des théories et des doctrines particulières est alors principalement fondée sur la transformation des théories et des doctrines conçues dans les lieux de production, bien que cela dépende, on l'a vu, de la pénétration du modèle juridique étranger dans le lieu de réception. À cet égard, le cas de l'Amérique Latine est particulièrement intéressant étant donné sa place dans le système international de circulation des normes et des idées juridiques. Sans oublier l'existence des ordres juridiques de quelques communautés ethniques et raciales, le droit officiel, ainsi que les autres éléments institutionnels des sociétés de ce sous-continent, ne sont pas suffisamment exotiques ou périphériques pour qu'il soit admissible de se réclamer d'un exceptionnalisme ou d'un particularisme intégral, comme celui des sociétés d'autres régions. En Amérique Latine, le projet d'assimilation à l'occident a été d'une étendue sans commune mesure en dépit des cultures et des sociétés précolombiennes qui ont eu malheureusement beaucoup de mal à survivre : d'abord dans la période de la colonisation pendant laquelle le recours à la violence et à l'extermination fut constant, puis dans les années qui ont suivi l'indépendance au début du XIX^e siècle, par le mépris et l'indifférence dont elles ont été l'objet. Pour cette raison, leur reconnaissance sociale, culturelle et juridique est assez récente et progressive. Elle ne s'est réalisée qu'à partir des réformes constitutionnelles des années quatre-vingt-dix. Cette assimilation implique que les pays latino-américains soient considérés comme faisant partie de l'occident, même s'il s'agit d'une partie dite « en voie de développement », « en transition vers la démocratie » ou qui détient un « marché émergent ». Elle a aussi, bien évidemment, des effets sur la conception du droit et dans la pratique juridique : l'Amérique Latine, remarque D. López, est un membre « de la famille juridique occidentale (un grand parapluie civilisateur qui inclut tant la tradition romaine que celle de la *common law*) et elle ne

⁹³¹ Cela implique reconsidérer la perspective péjorative à partir de laquelle habituellement l'on assume les résultats de la circulation du droit. C'est ainsi que A. Watson affirme que « there was a general feeling that to borrow law from elsewhere was a sign of inferiority and that there was a consequent hesitation to borrow. But [...] I had shown that to borrow law was virtually a universal phenomenon, and therefore wholly respectable [...] » (WATSON, A., *Comparative law: law, reality and society*, cit., p. 11).

possède pas une théorie juridique et un droit différents qui servent de fondement à une contribution véritablement exotique ou alternative »⁹³². S'il faut souligner l'une des conséquences de cette situation, c'est celle de l'exacerbation du « mythe de la copie » (auquel on a déjà fait référence) par rapport à la théorie ou la doctrine élaborée en Amérique Latine, dans la mesure où ces dernières sont assimilées à une simple reproduction, qui malgré les efforts de leurs auteurs, n'atteindra jamais la qualité de leur version originale. L'examen d'un cas particulier dans ce contexte permettrait de constater cette situation.

⁹³² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 12.

PARTIE II. LA RÉCEPTION DU CONSTITUTIONNALISME FRANÇAIS DANS LA DISCUSSION DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE

Se puede citar la Constitución francesa, porque la transformación constitucional se ha hecho con interpretación de la Constitución francesa.
Aquiles Arrieta⁹³³

Le droit dans sa complexité et la variété de ses usages se présente comme une réalité effectivement encadrée dans une société donnée, mais qui en même temps est disposé à être reçu et adapté dans d'autres endroits différents à ceux où il s'est initialement instauré et développé. Plusieurs facteurs culturels, sociaux et politiques, ainsi que les caractéristiques intrinsèques des systèmes juridiques facilitent ou entravent la circulation de leurs divers composants. Or, le caractère textuel qui graduellement mais amplement acquiert une bonne partie des systèmes, c'est-à-dire la formalisation et la systématisation des normes dans des documents écrits, est manifestement l'une des situations qui a le plus stimulé et favorisé la circulation du droit d'un lieu à l'autre. C'est pourquoi, même si le phénomène existe depuis toujours, il semble que pendant les trois derniers siècles, environ à partir du XVII^e siècle, il s'accomplit de façon de plus en plus habituelle et dans une multitude d'endroits. Or, dans ce contexte le tournant du XX^e siècle et la période de l'entre-deux-guerres est une époque encore plus intéressante. Malgré la formation et l'expansion des conceptions qui attachent

⁹³³ Phrase prononcée par le sénateur Aquiles Arrieta dans les débats précédant la réforme constitutionnelle de 1936 (*Anales del Senado*, 24 enero 1936, serie 5^a, n° 212).

le droit aux conditions d'une société en particulier, suivant en ceci les postulats de Montesquieu, mais en les formulant dans une sorte de nationalisme juridique qui fait partie du processus d'étatisation du droit, la circulation de normes, doctrines et pratiques ne s'arrête pas. Bien au contraire, elle continue à s'épanouir en se bénéficiant du développement des moyens de communication, quoique cette fois sous une condition nouvelle, car ce qui circule n'est seulement ni les contenus ni les formes traditionnelles du droit, principalement les codes et la législation, ni les conceptions dominantes de la doctrine juridique depuis le XVIII^e siècle, façonnées autour du légicentrisme, du formalisme et de l'étatisme. En outre, d'autres types d'entités normatives, des contenus juridiques différents, des doctrines qui mettent en cause les présupposées et les conclusions de ces devancières se déplacent et bouleversent la situation du droit jusqu'alors existant dans les lieux de réception. En conséquence, les changements profonds des normes et des institutions et le renouveau général de la doctrine juridique éprouvés à cette époque ont, comme le droit et la doctrine qui les ont précédés, la capacité de voyager. Cela donne lieu à des parcours de circulation juridique à caractère dialectique, où le contenu d'une règle, la portée d'une institution, les conceptions d'une doctrine arrivent à maints endroits accompagnés de ceux qui s'en opposent.

Il convient alors d'examiner une situation concrète où ce type de circulation peut être constaté. La réception de la doctrine constitutionnelle française du tournant du XX^e siècle dans les réflexions et les débats qui ont abouti à la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie est un cas remarquable d'influence juridique complexe dans des contextes politiques, culturels et sociaux mouvementés. Comme on l'a déjà indiqué⁹³⁴, l'observation de ces contextes est une prémisse essentielle pour arriver à comprendre le sens et la portée du processus de diffusion d'un ou plusieurs éléments d'un ordre juridique. Pour ce faire, une structure d'analyse binaire semble être le point de départ le plus accessible, commençant ainsi par un examen schématique des conditions juridiques et politiques, ainsi que les principales tendances et conceptions de la doctrine constitutionnelle française qui s'est développée entre la fin du XIX^e et le début du XX^e (Titre I). Ensuite, sera objet d'étude la présence en Colombie du droit et de la doctrine qui viennent de la France, ponctuellement dans les démarches et controverses qui aboutissent à la révision de 1936 (Titre II). Cependant, que ces deux extrêmes de la relation soient le centre d'intérêt, cela ne signifie pas que dans ce cas la diffusion du droit se réduit à un lien unidirectionnel et unique. Les réalités montrent toute une autre situation, comme l'on verra dans ce qui suit.

⁹³⁴ Voir *supra* p. 23.

TITRE I. LES DÉBATS CONSTITUTIONNELS EN FRANCE AU TOURNANT DU XX^E SIÈCLE

D'un point de vue politique et constitutionnel, les événements qui ont eu lieu en France pendant le passage du XIX^e au XX^e siècle présentent une caractéristique notable, dont les effets se sont également fait sentir ailleurs. Ce n'est que dans cette période que la Révolution française semble trouver son nom, cherché depuis des décennies. Le régime établi, celui de la Troisième République prévu dans les lois constitutionnelles de 1875, aurait atteint cet objectif d'une manière toute singulière, voire paradoxale. Comme l'explique F. Furet, « la France républicaine vient à sa manière de trouver une sorte de solution burkénne⁹³⁵ à la crise ouverte en 1789. Faute d'avoir une autre tradition politique que celle de la Révolution, elle a eu à dissocier démocratie et révolution ; elle a réussi à faire de la démocratie qu'elle avait trouvé dans son berceau un ordre consenti dans les idées et dans les mœurs, avant de l'installer au sommet de l'État »⁹³⁶. En d'autres termes, « ce n'est pas la monarchie ou bien le bonapartisme qui est parvenu à vaincre les effets de la Révolution et en particulier le recours à la violence politique, mais la République »⁹³⁷. Cette condition définit le cadre politique de l'époque et détermine directement l'évolution de la doctrine en droit public en général et plus spécialement de la doctrine constitutionnelle qui n'en était qu'à ses premiers balbutiements. En effet, la fin du Second Empire en 1870 ouvre une période de transition démocratique, impliquant par la même qu'un rôle critique, catalytique de mise en place des institutions démocratiques [soit] assigné aux nouvelles élites. Ce sont elles qui inventent des stratégies intellectuelles nouvelles, qui manœuvrent pour obtenir le soutien populaire, qui négocient avec les partisans encore puissants de

⁹³⁵ L'auteur fait allusion à Edmund Burke (1729-1797), homme politique et philosophe irlandais qui est resté célèbre pour sa ferme opposition à la Révolution française, exprimée dans ses *Reflections on the Revolution in France* (1790, ouvrage traduit cette même année sous le titre *Réflexions sur la Révolution de France*). L'une de ses critiques à l'encontre de la Révolution est qu'elle méconnaissait la tradition politique du pays, étant celle-ci l'un des fondements incontournables de toute constitution. C'est pour cette raison qu'il est souvent considéré comme le fondateur du conservatisme anglo-américain.

⁹³⁶ FURET, François, *La révolution française, II. Terminer la révolution : de Louis XVIII à Jules Ferry (1814-1880)*, Paris, Hachette Littératures, 1988, pp. 464-465.

⁹³⁷ ROUSSELLIER, Nicolas, « La plus longue des Républiques », in FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, Paris, La Découverte, 2013, p. 14. En ce même sens voir aussi : AGULHON, Maurice, *La République. Tome I, l'élan fondateur et la grande blessure, 1880-1932*, Paris, Hachette Littératures, 1999, p. 54 ; CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, 9^e éd., Paris, A. Colin, 2001, pp. 280-281.

l'ancien temps »⁹³⁸. Les tenants de la doctrine constitutionnelle font justement partie des nouvelles élites et ils accomplissent un rôle fondamental pendant la transition, en promouvant au moyen du droit constitutionnel l'installation délicate et progressive de la république démocratique. De fait, comme G. Sacriste le remarque, « c'est donc notamment parce qu'ils sont susceptibles de participer aux justifications de la distribution asymétrique du pouvoir d'État que les professeurs de droit constitutionnel et leurs théories se trouveront au cœur des concurrences entre les élites intéressées à ce pouvoir sous la Troisième République »⁹³⁹.

En conséquence, par rapport à la doctrine constitutionnelle il est encore plus évident qu'« il convient de saisir les enjeux d'une théorie au moment où elle se construit pour en mieux comprendre les ressorts »⁹⁴⁰. Dans ce cas, le contexte politique, social et intellectuel dans lequel les conceptions, observations et propositions de la doctrine sont posées et controversées est indispensable pour déterminer sa signification, sa portée et ses résultats. Pour M. Milet « étudier les « mécanismes d'interrelations » du corps [doctrinal] avec son environnement aboutit tout d'abord à dévoiler en priorité les modalités (positions institutionnelles, réseaux et « sas » de transition), les types (ingénierie constitutionnelle, soutien et mise en garde au pouvoir, expertise et consultation) et les lieux (arènes et forums de débats) des processus d'échange avec l'ordre politique. Mais l'échange n'est pas unilatéral : en retour le corps résiste aux pressions ; subit les contraintes extérieures »⁹⁴¹. Il y a ainsi un rapport réciproque entre doctrine et contexte. Malgré leurs spécificités, les facultés de droit du tournant du XX^e siècle n'étaient pas du tout à l'abri des controverses et conflits qui marquent la Troisième République tout au long de son histoire. En effet, diverses « logiques sociales influent sur les représentations et sur les pratiques professionnelles des professeurs de droit, à commencer sans doute par celles propres aux univers politique et/ou administratif », de sorte qu'elles « pèsent donc sur leur manière de produire des théories constitutionnelles », même si les contextes peuvent en retour « être modifiés par ce que les professeurs de droit constitutionnel produisent, font et diffusent : des interprétations savantes de la constitution politique du pays »⁹⁴². Dans cet ordre d'idées, on abordera en premier lieu lesdits contextes, suivant une présentation schématique des principales caractéristiques de la politique et du droit constitutionnel de la « plus longue des Républiques » (chapitre I). Ensuite, sans abandonner la perspective contextuelle il sera question de procéder à une étude interne de la doctrine de certains parmi les plus renommés constitutionnalistes de l'époque, qui ont eu une influence notable en France mais aussi à l'étranger (chapitre II).

⁹³⁸ NORD, Philip, « Les origines de la Troisième République en France (1860-1885) » in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 116-117, 1997, pp. 54-55.

⁹³⁹ SACRISTE, Guillaume, *La République des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 15.

⁹⁴⁰ REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 8.

⁹⁴¹ MILET, Marc, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Thèse de doctorat, Science politique, dir. Hugues Portelli, Université Panthéon-Assas Paris II, 2000, p. 12.

⁹⁴² SACRISTE, G., *op. cit.*, p. 13.

Chapitre I. Les contextes : le régime politico-constitutionnel de la Troisième République

Si l'on compare la Troisième République aux autres quatre qui ont été établies en France tout au long de son histoire politique, trois caractéristiques concernant les événements et les institutions peuvent être remarquées. En premier lieu, elle apparaît comme la « plus longue des Républiques », d'une durée de soixante-cinq ans si l'on prend comme date de naissance celle des lois constitutionnelles de 1875, voire de soixante-dix ans si l'on prend comme point de repère la proclamation de la république du 4 septembre 1870. Son terme, fixée par la loi du 10 juillet 1940⁹⁴³, peut également être reconsidérée. Depuis la fin de la Première Guerre mondiale plusieurs changements, par exemple les cas d'attribution de pleins pouvoirs au gouvernement pour prendre des mesures d'urgence face aux plusieurs crises, affectent si profondément le fonctionnement du régime qu'il est possible de mettre en doute la continuité de son caractère républicain⁹⁴⁴. Quoi qu'il en soit, ce critère de la durée n'est pas substantiel dans une approche où la Troisième est mise en rapport aux autres républiques, en particulier la quatrième et la cinquième, car « la qualité d'un régime politique ne se résume pas à la simple addition des années »⁹⁴⁵. Il l'est plutôt du point de vue de son développement interne parce que « sa durée exceptionnelle prouve à tout le moins que la République [est] le plus grand dénominateur commun des Français dans le dernier tiers du XIX^e siècle et le premier du suivant »⁹⁴⁶, de même qu'elle indique combien « la III^e République est “ la forme politique enfin trouvée ” de la société française du XIX^e siècle [...] ». De ce point de vue, la III^e République apparaît comme la stabilisation enfin venue de la Révolution française »⁹⁴⁷.

⁹⁴³ Voir *infra* p. 232.

⁹⁴⁴ Comme le souligne N. Roussellier, « pour être l'incarnation de la République, la III^e République est identifiée à la toute-puissance du principe de la “ nation assemblée », au rôle central du Parlement et à un régime de confection des décisions publiques qui dépend étroitement du régime de la discussion dans les assemblées. Depuis 1938, depuis 1936, depuis 1934, voire depuis 1926, les gouvernements ont multiplié les procédés de mise à l'écart et de contournement de la discussion parlementaire : vote des pleins pouvoirs qui autorisent le gouvernement à prendre des mesures par décrets lois, votes d'urgence sous la pression du contexte extérieur (comme en 1936), votes de lois cadres qui renvoient l'essentiel de la décision publique à la confection de décrets et de règlements d'administration publique, c'est-à-dire des actes pris par le pouvoir exécutif. [...] La date véritable de la mort de la République comme *expérience* politique originale n'est donc pas 1940, mais plutôt 1934 et 1935, avec le lancement du recours aux “ pleins pouvoirs ” [...] » (ROUSSELLIER, N., *op. cit.*, pp. 20-21).

⁹⁴⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁴⁶ MOLLIER, Jean-Yves, GEORGE, Jocelyne, *La plus longue des républiques*, Paris, Fayard, 1994, p. 7.

⁹⁴⁷ AZÉMA, J.-P., WINOCK, M., *La III^e République*, *cit.*, p. 121.

En outre, la longueur de la Troisième République surprend au vu des lois constitutionnelles de 1875⁹⁴⁸. Cette situation suppose donc que dès le commencement la question de la réforme des institutions, posée en termes de « réforme de l'État »⁹⁴⁹, soit constamment envisagée, quoique cette insistance ne donne lieu qu'à trois réformes constitutionnelles⁹⁵⁰. Même si « pour la première fois, une constitution est l'œuvre de partis opposés »⁹⁵¹, accord facilité par l'absence de principes substantiels dans les textes, une fois promulguée les forces politiques comptent sur une réforme qui l'adapterait à leurs idéologies et intérêts. Ainsi, tandis que les monarchistes rêvent de restaurer le modèle orléaniste du parlementarisme dualiste -qui en effet a bien inspiré les lois constitutionnelles⁹⁵²- les républicains cherchent à exclure tout retour de la monarchie et à confirmer un régime strictement représentatif où le gouvernement n'est responsable que devant l'assemblée électorale. Même après l'affirmation d'une lecture républicaine des lois constitutionnelles en raison des événements qui se produisent à partir du 16 mai 1877⁹⁵³, la réforme des institutions ne cesse pas d'être proposée, tant dans le débat politique que dans la doctrine publiciste. Le meilleur exemple de ce type de propositions se trouve dans les écrits de Charles Benoist (1861-1936) (l'un des principaux dirigeants de la droite républicaine et titulaire de la chaire d'histoire constitutionnelle de l'Europe continentale à l'École libre des sciences politiques), en particulier dans *La crise de l'État moderne* (1895)⁹⁵⁴, *L'Organisation de la démocratie* (1900)⁹⁵⁵ et *La Réforme parlementaire* (1902)⁹⁵⁶. La victoire dans la Première Guerre mondiale n'offre qu'un sursis et le débat reprend rapidement. De fait, ce conflit aura un effet paradoxal, car « son déroulement révèle les limites du parlementarisme et la plupart de ses dysfonctionnements. Il permet même de mettre en lumière certaines des valeurs ou des méthodes qui pourraient le réformer. Mais de ce diagnostic à la remise en ordre des institutions, à leur modernisation, il y [a] un fossé que l'issue victorieuse du conflit [rend] infranchissable »⁹⁵⁷. Dans les années trente la crise économique et internationale rend encore plus véhémentes et constantes les revendications

⁹⁴⁸ Voir en ce sens : BLUCHE, Frédéric, *Manuel d'histoire politique de la France contemporaine*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 201 ; CHEVALLIER, J.-J., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, cit., pp. 308-309 ; MORABITO, Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 289 ; SACRISTE, Guillaume, « “ Le droit constitutionnel garantit le fonctionnement de la République ” », in FONTAINE, M., MONIER, F., PROCHASSON, C. (dir.), *op. cit.*, p. 70.

⁹⁴⁹ GICQUEL, Jean, SPEZ, Lucien, *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, Paris, PUF, 1965, p. 23.

⁹⁵⁰ Voir *infra* n. 1131.

⁹⁵¹ MORABITO, M., *op. cit.*, p. 311.

⁹⁵² *Ibidem*, p. 312. Cette situation s'explique par le fait que « les hommes qui ont élaboré la Constitution de 1875 n'étaient pas, dans leur majorité, des fanatiques de la Révolution mais, formés par l'Orléanisme et par l'Empire libéral, ils n'entendaient pas, bien sûr, rompre avec la tradition des libertés. Les républicains qui, petit à petit, ont conquis la majorité, restaient profondément attachés à cette tradition malgré le silence des textes » (RIVERO, Jean, « Les libertés », in ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, Economica, 1990, pp. 153-160, p. 158).

⁹⁵³ Voir *infra* p. 216.

⁹⁵⁴ BENOIST, Charles, *De l'Organisation du suffrage universel. La crise de l'État moderne*, Paris, Firmin-Didot, 1895.

⁹⁵⁵ BENOIST, Charles, *L'Organisation de la démocratie*, Paris, Perrin, 1900.

⁹⁵⁶ BENOIST, Charles, *La réforme parlementaire*, Paris, Plon-Nourrit, 1902.

⁹⁵⁷ SAULNIER, Frédéric, *Joseph-Barthélemy, 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, Paris, LGDJ, 2004, p. 102.

en faveur d'une réforme, posées même par quelques leaders de la gauche, comme Léon Blum (1872-1950), qui a ainsi procédé dans le texte intitulé *La Réforme gouvernementale* (1936)⁹⁵⁸. Cette crise « met en question un système fragile, et qui ne trouve plus les soutiens qui firent sa force. [...] Elle conduit à une mise en cause profonde, presque inattendue si on songe à leurs succès quelques années plus tôt, du régime et des valeurs sur lesquelles il repose. Le 10 juillet 1940 et la fin sans gloire de la troisième République sont au bout de cette histoire »⁹⁵⁹. Cette contestation permanente de la structure des pouvoirs et de leur fonctionnement engendre un bilan peu favorable, du point de vue institutionnel, et surtout constitutionnel. Ainsi, la « constitution » de 1875 se présente de moins en moins comme le meilleur modèle à suivre en France (on sait comme la constitution de 1946 a essayé de s'en distancier, bien que sans beaucoup de succès) comme à l'étranger (surtout si l'on compare son influence à celle qu'ont eu les constitutions de la période révolutionnaire, spécialement la constitution de 1791). D'autre part, si l'on se place du point de vue politique et idéologique, on assiste pendant les derniers temps à une espèce de reprise et de relèvement des valeurs liées à la Troisième République⁹⁶⁰.

En troisième lieu, pendant le dernier quart du XIX^e siècle la Troisième République s'érige comme une exception dans le contexte européen, dont le régime ne trouve des parangons que de l'autre côté de l'Atlantique, tant en Amérique du nord que dans les républiques latino-américaines, malgré les profondes difficultés – notamment la guerre de sécession aux États-Unis et les nombreuses guerres civiles en Amérique Latine – que l'implantation du modèle représentatif y affronte. En effet, comme l'indiquent J.-Y. Mollier et J. George, en France « l'idée monarchique a été éradiquée en trois décennies, ce qui étonne les États voisins, empires allemand ou autrichien, royaumes d'Italie, d'Espagne ou de Belgique, sans parler de la Grande-Bretagne ni de la Russie des tsars. Le choc de la Grande Guerre balaiera les dynasties des Romanov, des Habsbourg de Vienne et des Hohenzollern de Berlin, alors que la France résistera dans une Union sacrée qui répercute la volonté des citoyens de conserver ce ciment qui les unit, par-delà leurs différences de sensibilités et de croyances, la République »⁹⁶¹.

À partir de ces constats et sans pour autant faire une reconstruction complète des circonstances, spécificités et débats développés durant la Troisième République, il convient d'abord de présenter, même de manière schématique, les principaux événements politiques et constitutionnels de la période, surtout ceux qui ont pu avoir des répercussions à l'étranger et influencer le droit et la politique ailleurs (section 1)⁹⁶². Cela est un cadre pertinent pour

⁹⁵⁸ BLUM, Léon, *La Réforme gouvernementale*, Paris, B. Grasset, 1936.

⁹⁵⁹ MAYEUR, Jean-Marie, *La vie politique sous la Troisième République : 1870-1940*, Paris, Éditions du Seuil, 1984.

⁹⁶⁰ « Même l'observateur le plus inattentif ne peut manquer de constater à quel point, ces dernières années, l'invocation des mânes de la République a envahi le débat public. Pas un discours qui ne fasse appel aux "principes républicains", qu'il s'agisse d'évoquer la sécurité, la méritocratie, la morale, ou encore l'intégration. [...] La République devient un patrimoine, un héritage qu'il faut conserver, faire revivre et protéger, un mot que l'on rappelle pour se rassurer » (FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe, « Introduction », in FONTAINE, M., MONIER, F., PROCHASSON, C. (dir.), *op. cit.*, p. 5).

⁹⁶¹ MOLLIER, J.-Y., GEORGE, J., *op. cit.*, p. 8.

⁹⁶² Sur la politique pendant la période de la Troisième République voir : ANDERSON, Robert D., *France 1870-1914: politics and society*, London, Henley, Boston, Routledge and K. Paul, 1977 ; AGULHON, Maurice, *La République. Tome I, l'élan fondateur et la grande blessure, 1880-1932*, Paris, Hachette Littératures, 1999 ;

procéder à une étude succincte de quelques sujets de controverse dans le domaine politique qui ont été choisis dans la mesure où ils ont plus directement concerné la doctrine en droit public et, en particulier, la doctrine constitutionnelle (section 2).

SECTION 1. POLITIQUE ET DROIT CONSTITUTIONNEL PENDANT LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE : LES PRINCIPAUX ÉVÉNEMENTS

Que ce soit soixante-cinq ans ou soixante-dix ans, la longue durée de la Troisième République n'est que l'une des caractéristiques d'une période pendant laquelle la société française expérimente les transformations qui posent les bases de ce qu'elle est aujourd'hui. Il convient d'en aborder une en particulier comme l'hypothèse sur laquelle est fondée l'analyse que l'on entreprend par la suite. La consolidation institutionnelle du régime représentatif, d'une démocratie soutenue par l'usage permanent, depuis un quart du siècle, du suffrage, mais qui rejette tant la participation directe du jacobinisme que le recours plébiscitaire du bonapartisme⁹⁶³. C'est dans ce cadre que se développe le concept de constitution comme structure politico-institutionnelle qui possède certaine capacité à gérer le fonctionnement des pouvoirs publics mais sans s'ériger à la façon d'une barrière normative infranchissable et garantie au moyen des procédures juridiques. Or, comme en effet il s'agit d'un espace de temps très long, il est nécessaire de poser quelques découpages. Le plus évident est celui qu'impose la Première Guerre mondiale, qui donne lieu à une division en une première partie, jusqu'en 1914, et une deuxième partie, à partir de la fin du conflit en 1918. Toutefois, on va suivre une chronologie un peu plus composée⁹⁶⁴, où il est possible de distinguer une première période qui correspond à l'avènement de la Troisième République ; elle s'étend de 1870 jusqu'aux environs de 1880 (I). La deuxième période, qui se poursuit jusqu'à la Première Guerre mondiale, voire jusqu'au début des années vingt, voit s'enraciner progressivement le parlementarisme républicain marqué par l'apparition des nombreux groupes et partis politiques, des élections disputées, les grands textes législatifs produit de la discussion parlementaire et l'instabilité gouvernementale (II). La troisième période, qui finit vers le milieu des années trente, est celle de l'approfondissement de la crise du parlementarisme républicain. Malgré les enthousiasmes initiaux qui font suite

AZÉMA, J.-P., WINOCK, M., *La III^e République*, cit. ; BONNEFOUS, Georges, *Histoire politique de la Troisième République 1906-1940*, PUF, 1956-1967, 7 vol. ; CHASTENET, Jacques, *Histoire de la Troisième République*, Hachette, 1952-1963, 7 vol. ; GOGUEL, François, *La Politique des partis sous la III^e République*, Paris, Éditions du Seuil, 1946 ; MAYEUR, Jean-Marie, *Les Débuts de la Troisième République : 1871-1898*, Paris, Éditions du Seuil, 1973 ; ID., *La vie politique sous la Troisième République*, cit. ; NICOLET, Claude, *L'idée républicaine en France (1789-1924) : essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 159-277 ; PETOT, Jean, *Les Grandes Étapes du régime républicain français, 1792-1969 : études d'histoire politique et constitutionnelle*, Paris : Éd. Cujas, 1970 ; RÉMOND, René, *La vie politique en France 1879-1939. La République souveraine*, Paris, Fayard, 2002 ; RUDELLE, Odile, *La République absolue : aux origines de l'instabilité constitutionnelle de la France républicaine, 1870-1889*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1982 ; SEIGNOBOS, Charles, *L'Évolution de la troisième République (1875-1914)*, Paris, Hachette, 1921 ; THOMSON, David, *La Démocratie en France, la Troisième République*, trad. Maurice Beerblock, Bruxelles, la Renaissance du livre, 1956.

⁹⁶³ Comme le souligne F. Furet, en 1870-1871 « le suffrage universel est une institution qui fonctionne depuis un quart de siècle ; c'est devenu un droit auquel le peuple tient, qu'il exerce dans la paix publique et qu'on ne peut lui retirer » (FURET, F., *op. cit.*, pp. 440-441).

⁹⁶⁴ Celle proposée par N. Roussellier (*op. cit.*, pp. 23-24).

au triomphe dans la Grande Guerre, cette crise est caractérisée par une succession d'échecs des tentatives de réforme institutionnel ainsi que par l'incapacité des partis politiques de restructurer l'équilibre entre l'exécutif et le législatif et d'imposer un minimum de discipline qui permet de stabiliser le système (III). Enfin, la quatrième période la Troisième République semble s'arrêter abruptement le 10 juillet 1940 par une loi qui confère tous les pouvoirs au maréchal Pétain et fixe l'idée d'une « nouvelle constitution de l'État français ». En définitive, nombreux sont ceux qui cherchent à réviser le rôle primordial du parlement et à affermir les attributions du gouvernement, les effets des débats menés à la fin de la Troisième République se rattachent aux réformes imposées dans la Quatrième République, voire la Cinquième, parmi lesquelles le renforcement de l'exécutif, la rationalisation de la procédure parlementaire, la modernisation de l'administration publique et la délégation législative (IV).

I. L'avènement de la Troisième République (1870-1879)

« Citoyens de Paris, la République est proclamée. Un gouvernement est nommé d'acclamation. [...] Le gouvernement incite les citoyens au calme ; le peuple n'oubliera pas qu'il est en face de l'ennemi. Le gouvernement est *avant tout un gouvernement de défense nationale* ». Cette proclamation du 4 septembre 1870 condense d'un ton pathétique les caractéristiques centrales de la naissance de la Troisième République, laquelle « procède davantage d'un constat de décès du Second Empire que d'un véritable acte de naissance »⁹⁶⁵, ce qui permet de la qualifier de « République par défaut »⁹⁶⁶. Comme l'indiquent J.-P. Azéma et M. Winock, trois événements expliquent pour l'essentiel la chute du Second Empire (1852-1870) sous Napoléon III⁹⁶⁷ : les élections législatives de 1869, dont les résultats ont dévoilé une montée de la force de l'opposition au régime⁹⁶⁸ ; le

⁹⁶⁵ MORABITO, M., *op. cit.*, p. 281.

⁹⁶⁶ MOLLIER, J.-Y., GEORGE, J., *op. cit.*, p. 67. L'historiographie sur la Troisième République a habituellement souligné les ruptures entre celle-ci et le Second Empire. Par exemple, P. Rosanvallon réalise une nette différenciation entre la pratique d'un suffrage universel « encadré et canalisé » sous Napoléon III et la libération du vote dans la Troisième République (ROSANVALLON, Pierre, *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, pp. 409-410). Or, il est également possible de remarquer les continuités d'une période à l'autre. C'est ainsi qu'« il y a une forte convergence entre le discours patriotique des bonapartistes et celui des républicains entre la fin des années 1840 et les débuts de la III^e République, fondée sur un socle commun de souvenirs historiques et d'attachements politiques aux institutions nationales » (HAZAREESINGH, Sudhir, « La fondation de la République : histoire, mythe et contre-histoire », in FONTAINE, M., MONIER, F., PROCHASSON, C. (dir.), *op. cit.*, p. 251 ; en ce sens voir aussi : GABORIAUX, Chloé, *La République en quête de citoyens : les républicains français face au bonapartisme rural, 1848-1880*, Paris, PFNSP, 2010 ; HAZAREESINGH, Sudhir, *Intellectual founders of the Republic: five studies in nineteenth-century French Republican political thought*, Oxford, Oxford University Press, 2001).

⁹⁶⁷ Charles Louis Napoléon Bonaparte (1808-1873) avait été élu président de la République française le 10 décembre 1848 au suffrage universel masculin selon les dispositions la constitution du 4 novembre 1848 (celle qui établit l'éphémère Seconde République). Après le coup d'État du 2 décembre 1852, il est proclamé empereur des Français sous le nom de Napoléon III.

⁹⁶⁸ « Dans l'ensemble, le gouvernement obtient 4 millions et demi de voix. Mais 3 millions et demi de voix hostiles désignent 93 opposants (au lieu de 34 en 1863), opposants d'ailleurs inégalement irréconciliables, certains étant – comme la suite le prouvera – très conciliables. L'écart des voix n'est donc que de 1 million » (CHEVALLIER, J.-J., *Histoire des institutions*, *cit.*, p. 272).

plébiscite de mai 1870, qui a accordé un répit à celui-ci⁹⁶⁹ ; la déclaration de guerre contre les États allemands coalisés sous l'égide de la Prusse, et la défaite militaire qui précipite sa ruine. « L'Empire vacille en 1869, il se rétablit au printemps de 1870 : on s'étonne qu'il aille risquer sa vie avec tant d'apparente légèreté, contre les armées de Bismarck »⁹⁷⁰.

La capture de l'empereur à Sedan le 2 septembre donne lieu à la proclamation de la république deux jours après et à la formation d'un gouvernement de défense nationale sous la présidence du général Louis Jules Trochu (1815-1896), duquel font partie Jules Ferry (1832-1893), Léon Gambetta (1838-1882), Jules Favre (1809-1880) et Jules Simon (1814-1896). Un armistice est signé le 28 janvier 1871, après un long siège de la capitale. Il prévoit l'élection d'une Assemblée nationale dont le propos n'est pas seulement le rétablissement des autorités publiques, mais surtout de se prononcer « sur la question de savoir si la guerre doit être continuée ou à quelles conditions la paix doit être faite »⁹⁷¹. Elle est réalisée dans la précipitation le 8 février à la faveur des courants monarchistes, résignés à la paix négociée, tandis que les républicains sont divisés entre les modérés, qui acceptent cette possibilité, et les radicaux qui, comme Gambetta, veulent continuer la guerre⁹⁷². Cependant, cet élan électoral en faveur des monarchistes n'est que temporaire, car les élections partielles réalisées par la suite modifient cette première répartition et profitent aux républicains⁹⁷³.

Installée à Bordeaux, loin de la capitale occupée par les allemands et prise par une agitation révolutionnaire, la nouvelle assemblée élit Adolphe Thiers (1797-1877) « chef du pouvoir exécutif de la République française » (17 février). Malgré cette dernière mention, la question du régime est ajournée et il est entendu que l'établissement d'une république n'est que provisoire. Elle se fait ainsi dans l'attente d'une solution définitive⁹⁷⁴, qui pourrait prendre les traits d'une nouvelle restauration. Ce projet échoue finalement en raison des divisions à l'intérieur des rangs monarchistes et de la progressive montée en puissance des divers courants républicains. En principe, Thiers ne se consacrera donc qu'au redressement

⁹⁶⁹ Un décret du 23 avril 1870 convoque le peuple français dans ses comices pour accepter ou rejeter le projet de plébiscite suivant : « Le Peuple approuve les réformes libérales opérées dans la Constitution depuis 1860, par l'empereur, avec le concours des grands corps de l'État, et ratifie le sénatus-consulte du 20 avril 1870 ». Comme l'explique M. Morabito, « le plébiscite se solde par un succès impérial éclatant : 7 358 786 oui contre seulement 1 571 939 non. Tirant les conséquences juridiques de ce résultat, *Napoléon III promulgue, le 21 mai 1870. Le sénatus-consulte "fixant" la constitution de l'Empire* » (MORABITO, M., *op. cit.*, p. 276). Cependant, « emporté dans la tourmente de la guerre dès le 4 septembre 1870, ce nouveau régime n'eut guère le temps de fonctionner » (*ibidem*, p. 278), de manière que « les dispositions constitutionnelles si méticuleusement élaborées pour assurer la continuité dynastique se sont évanouies avec la captivité de l'Empereur » par les prussiens (FURET, F., *op. cit.*, p. 399).

⁹⁷⁰ AZÉMA, J.-P., WINOCK, M., *op. cit.*, p. 38.

⁹⁷¹ Cité par MORABITO, M., *op. cit.*, p. 287.

⁹⁷² Toutefois, ces résultats montrent un paradoxe, car « l'une des raisons fondamentales du succès des conservateurs lors des élections à l'assemblée nationale fut bien d'avoir pris parti pour la paix. Mais, ce réalisme prudent va de pair avec un patriotisme intense, qui fonde la volonté de refaire la France et son armée. Refus du bellicisme et des provocations, refus du pacifisme et des humiliations, tel allait bien être le maître mot du régime en politique extérieure » (MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République*, *cit.*, p. 10).

⁹⁷³ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁷⁴ On appelle « pacte de Bordeaux » l'accord entre Thiers et l'Assemblée nationale par lequel ils s'engagent à différer la question constitutionnelle. C'est ainsi que Thiers dans un discours le 10 mars affirme : « Je jure devant le pays de ne préparer sous le rapport des questions constitutionnelles aucune solution à votre insu. [...] Monarchistes, républicains, ni les uns, ni les autres, vous ne serez trompés » (cité par MORABITO, M., *op. cit.*, p. 290).

du pays et à la recherche de la paix dans les meilleures conditions possibles, bien qu'il ne limite pas ses ambitions à ces seuls objectifs. Toutefois, la tâche n'est pas aisée et elles seront accomplies dans un contexte très difficile dont l'acmé est la Commune à Paris.

A. La république conservatrice de Thiers (1871-1873)

Comme le souligne M. Morabito, « de mars 1871 à novembre 1873, la République voit ses contours précisés. Elle prend d'emblée une orientation résolument conservatrice, qui se double progressivement d'une orientation parlementaire »⁹⁷⁵. La première est évidente par la réaction du gouvernement à l'encontre de l'insurrection de la capitale dont nombreux habitants, en particulier le « petit peuple » parisien⁹⁷⁶, s'estiment trahis par une paix humiliante avec Bismarck⁹⁷⁷ que Thiers, soutenu par la majorité de l'Assemblée, cherchait à signer. Après avoir refusé de rentrer à Paris, considéré comme « le chef-lieu de la révolution organisée, la capitale de l'idée révolutionnaire »⁹⁷⁸, le 10 mars 1871 l'Assemblée, sur une proposition du gouvernement et pour faire pression sur les insurgés, supprime la solde des gardes nationaux et met fin abruptement au moratoire des dettes qui avait été concédé aux petits commerçants et qui profitait aussi aux artisans. Thiers veut neutraliser Paris et tente de confisquer les canons de la Garde Nationale. La révolte éclate et entraîne des émeutes, des mutineries et l'assassinat de deux généraux. Le 26 mars est élu un Conseil général de la Commune, dont le fonctionnement est très ardu en raison de sa faible représentativité (la moitié des électeurs n'ayant pas voté) et des divisions du mouvement communaliste⁹⁷⁹. De toute façon, dans la mesure où le mouvement parisien se radicalise, il va « se transmuier inexorablement en révolution politique et sociale »⁹⁸⁰, quoique les atrocités commises par les deux camps empêchent toute forme d'accomplissement de ces idéaux. La reconquête de Paris entre le 21 et 28 mai, appelée la « semaine sanglante », est le commencement d'une répression sévère. « L'intransigeance de Thiers, la peur des conservateurs résolus à en finir avec l'anarchie, la passion des “ jacobins ” qui crurent revivre les heures de la Terreur et du Salut public firent qu'une émeute finit en révolution écrasée dans le sang »⁹⁸¹. Or, du point de vue politique, la Commune, « le dernier affrontement armé de la guerre civile française,

⁹⁷⁵ *Loc. cit.*

⁹⁷⁶ Les insurgés de 1871 sont les travailleurs parisiens : « 57 % des Parisiens vivent d'activités industrielles, 12 % d'activités commerciales. On a recensé en 1866 455 400 ouvriers et ouvrières, 120 600 employés, 140 000 patrons, 100 000 domestiques. 23 % des actifs travaillent dans le vêtement, 20 % dans les métiers d'art et les “ articles de Paris », 13 % dans le bâtiment, 8 % dans les industries des métaux. La petite industrie domine : plus de 60 % de ceux qu'on qualifie de “ patrons ” travaillent en réalité seuls ou avec un seul ouvrier, ou ne sont que les façonniers de grandes entreprises » (ROUGERIE, Jacques, *La Commune de 1871*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, p. 12).

⁹⁷⁷ Otto von Bismarck (1815-1898) a été le premier chancelier de l'Empire allemand établi en 1871, poste qu'il occupa jusqu'en 1890.

⁹⁷⁸ SIMON, Jules, *Le gouvernement de Monsieur Thiers : 8. févr. 1871 - 24 mai 1873*, vol. 1, Paris, Calman Lévy, 1878, p. 95.

⁹⁷⁹ « Les insurgés sont maîtres du terrain, mais le mouvement est loin d'être homogène. [...] On y trouve toutes les variantes de l'extrême gauche, de l'internationalisme au néo-hébertisme. La dominante est proudhonienne (“ autonomie absolue ” de toutes les communes, disparition des classes) et blanquiste (dictature révolutionnaire). Les seules tendances à peu près générales sont la haine des riches et de la religion – on voit renaître le défunt calendrier républicain – et un “ patriotisme ” belliqueux » (BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 195).

⁹⁸⁰ ROUGERIE, Jacques, *Paris libre, 1871*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, p. 135.

⁹⁸¹ MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, *cit.*, p. 32.

la dernière scène de la Révolution »⁹⁸², représente surtout une certaine image de la république, une république à caractère égalitaire ou social. Ce modèle a été abattu par la « république des libéraux »⁹⁸³, de sorte que la défaite de la Commune peut être conçue comme « la fin de la démocratie gouvernante, et le triomphe bientôt de la démocratie gouvernée, qui fut celle de la III^e République »⁹⁸⁴.

En effet, la crainte de la démocratie suppose le rejet du régime d'assemblée. S'installe alors un dilemme entre deux formes de parlementarisme : le parlementarisme dualiste, où le gouvernement est politiquement responsable tant devant le chef de l'État que devant l'assemblée représentative, et le parlementarisme moniste, où la responsabilité gouvernementale n'est exigée que devant celle-ci. Dans un premier temps, c'est la première alternative qui l'emporte par une série d'ajustements établis principalement dans deux textes. Le premier, la loi Rivet du 31 août 1871, décerne à Thiers le titre de « Président de la République », de même qui le soumet, dans l'exercice de ses fonctions, à l'autorité de l'Assemblée nationale (art. 1^{er}) demeurant responsable devant celle-ci (art. 2). Toutefois, elle déclare que les ministres sont également responsables devant l'Assemblée (*ibid.*), ce qui implique qu'ils cessent d'être considérés uniquement comme les exécuteurs de la politique du président, disposition avec laquelle l'on espérait restreindre l'influence de Thiers. Toutes ces mesures ne sont donc, en somme, que la conséquence de l'exécution par l'Assemblée du « droit d'user du pouvoir constituant, attribut essentiel de la souveraineté dont elle est investie »⁹⁸⁵. Face à cette proclamation, Thiers cherche à consolider son autorité, même s'il a accompli ce pour quoi il avait été nommé : le traité de Francfort (10 mai 1871), qui retire à la France des territoires en Alsace et en Moselle et qui lui impose une énorme indemnité de guerre, permet la graduelle libération du territoire. Il veut alors se présenter comme le leader d'une conjonction des centres et dans un message prononcé à l'Assemblée le 13 novembre 1872, il réaffirme le caractère républicain du régime, contre les aspirations des monarchistes, mais il déclare aussi qu'il s'agit d'une république conservatrice, se distanciant ainsi des républicains radicaux⁹⁸⁶. Cependant, la conjonction n'est pas encore assez solide et l'Assemblée s'efforce de limiter encore plus son influence au moyen d'un deuxième texte, la

⁹⁸² FURET, F., *op. cit.*, p. 412.

⁹⁸³ « Par deux fois, la République bourgeoise s'est assise sur le cadavre de la République égalitaire : en 1794, après le 9 thermidor et les journées de germinal ; en 1848, après les journées de juin. De même, la République de 1871 a été baptisée dans le sang de la République sociale » (AZÉMA, J.-P., WINOCK, M., *op. cit.*, p. 79).

⁹⁸⁴ *Ibidem*, p. 80. Sur les conditions politiques de la Commune voir : DECOUFLÉ, André, *La Commune de Paris, 1871 : révolution populaire et pouvoir révolutionnaire*, Paris, Éditions Cujas, 1969 ; RIHS, Charles, *La Commune de Paris : 1871, sa structure et ses doctrines*, Paris, Éditions du Seuil, 1973 ; ROUGERIE, Jacques, *La Commune de 1871, cit.* ; ID., *Paris libre, 1871, cit.*

⁹⁸⁵ En effet, le premier considérant de la loi Rivet affirme que l'Assemblée nationale « a le droit d'user du pouvoir constituant, attribut essentiel de la souveraineté dont elle est investie, et que les devoirs impérieux que tout d'abord elle a dû s'imposer, et qui sont encore loin d'être accomplis, l'ont seuls empêchée jusqu'ici d'user de ce pouvoir ».

⁹⁸⁶ Dans ce message il affirme : « la République existe, c'est le gouvernement légal du pays. Vouloir autre chose serait une nouvelle révolution et la plus redoutable de toutes ». Toutefois, il ne s'agit pas d'un triomphe du républicanisme, car il avertit aussi que « tout gouvernement doit être conservateur, et nulle société ne pourrait vivre sous un gouvernement qui ne le serait point. La République sera conservatrice ou ne sera pas. La France ne peut pas vivre dans de continuelles alarmes » (le texte est reproduit intégralement dans : AGOSTINO, M., GUILLAUME, S., DROUIN, J.-Cl., HERPIN, J. (dir.), *Textes d'histoire contemporaine. 1, Le XIX^e siècle*, 4^e éd., Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995, pp. 74-75).

loi de Broglie du 13 mars 1873, qui vise à encadrer ses fonctions comme chef de gouvernement⁹⁸⁷. Le 18 mai, Thiers remanie son ministère en plaçant une équipe de centre gauche. Le 24 une interpellation à son encontre exigeant faire « prévaloir dans le gouvernement une politique *résolument* conservatrice » est approuvée par l'Assemblée. « Le président de la République, se comportant en président du Conseil [de ministres] d'un régime parlementaire, démissionna. Ainsi prenait fin une expérience originale, marquée par la confusion en une même personnalité des fonctions de président du Conseil et de président de la République »⁹⁸⁸.

B. Le régime de l'« ordre moral » (1873-1879) et les lois constitutionnelles de 1875

Juste après la démission de Thiers, l'Assemblée élit le maréchal Patrice de Mac-Mahon (1808-1893). Il déclare dans son discours de politique générale du 25 mai : « nous constituerons l'œuvre de la libération du territoire et du rétablissement de l'*ordre moral* dans notre pays »⁹⁸⁹. Le sens conservateur du régime se révèle par l'absence de tout accent républicain. Plus encore, « le nouveau président ne se voit là que pour “ garder la place ” en prévision d'une nouvelle restauration »⁹⁹⁰. Celle-ci ne s'est pas produite en raison de l'intransigeance de Henri d'Artois, comte de Chambord (1820-1883), l'héritier du trône par la branche aînée des Bourbons, et la dispute entre les monarchistes qui appuyaient ce dernier (les légitimistes) et ceux qui soutiennent l'héritier de la branche cadette des Orléans (les orléanistes)⁹⁹¹. Pour que la situation ne dégénère pas, l'Assemblée définit la durée du mandat présidentiel : « *Le pouvoir exécutif est confié pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon [...]; ce pouvoir continuera à être exercé avec le titre de Président de la République et dans les conditions actuelles* jusqu'aux modifications qui pourraient y être apportées par les lois constitutionnelles » (art. 1^{er}). La loi du septennat de 20 novembre 1873 « fait du Président un chef d'État authentiquement parlementaire » et « donne à la responsabilité ministérielle sa pleine dimension en supprimant enfin la responsabilité présidentielle »⁹⁹².

⁹⁸⁷ Comme l'explique D. Gros, la loi de Broglie « règle les attributions des pouvoirs publics et les conditions de la responsabilité ministérielle. Cette loi est surtout connue pour avoir établi une procédure que Thiers qualifia de “ cérémonial chinois ” et qui devait précéder de peu sa chute. Elle soumet à une réglementation très stricte les interventions de Thiers devant l'Assemblée, l'empêchant ainsi de prendre la parole quand il le souhaite » (GROS, Damien, *Naissance de la III^e République*, Paris, PUF, 2014, p. 145).

⁹⁸⁸ MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, cit., p. 47.

⁹⁸⁹ Cité par MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République*, cit., p. 27.

⁹⁹⁰ BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 198.

⁹⁹¹ En effet, « la défaite des monarchistes ne s'explique pas seulement par la progression des républicains. Elle est à rechercher dans leurs divisions. La droite la plus marquée, celle des légitimistes, se situe dans la tradition hostile à 1789. Ses membres sont favorables à une société organique – ils trouvent dans le développement de la question sociale un aliment de leur critique de la société marchande – et à une société résolument chrétienne. [...] Sur le plan institutionnel, toutefois, leurs vues sont divergentes. Alors que la frange la plus à droite, celle des “ cheval-légers », souhaiterait une monarchie traditionnelle de type organique, les légitimistes modérés, tel Falloux, plus avertis, n'envisagent rien d'autre qu'un système parlementaire classique. [...] Les orléanistes sont séparés des légitimistes sur tous ces points. Catholiques libéraux, ils sont réservés quant aux options intransigeantes. Socialement, ils restent attachés au libéralisme économique. [...] Enfin, l'attachement au système parlementaire et aux libertés fait partie de leur credo intangible » (VAVASSEUR-DESPERRIERS, Jean, *Les droites en France*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, pp. 48-49).

⁹⁹² MORABITO, M., *op. cit.*, p. 295.

De mai 1873 à février 1875, dans ce contexte institutionnel et pour faire face aux échecs électoraux des monarchistes, aux progrès des républicains et à la remontée du bonapartisme, se réalise la conjonction des centres attendue depuis la proclamation de la république. Sur ce nouvel équilibre de forces s'engage la discussion sur un fondement constitutionnel pour le régime. Elle a comme point de départ le projet de la commission des Trente, dont le rapporteur, Louis de Ventavon (1806-1879) soutient que « ce n'est pas à vrai dire une constitution que j'ai l'honneur de vous rapporter ; ce nom ne convient qu'aux institutions fondées pour un avenir indéfini. Il s'agit simplement aujourd'hui d'organiser des pouvoirs temporaires, les pouvoirs d'un homme »⁹⁹³. Le caractère provisoire de l'organisation institutionnelle posée dans ce projet se constate du fait que le terme « république » n'apparaît pas dans le texte. Il ne sera inclus que de manière assez oblique, par un amendement proposé par Henri Wallon (1812-1904), de ce fait considéré le « père de la constitution », conçu en ces termes : « le Président de *la République* est élu à la majorité absolue des suffrages par le Sénat et par la Chambre des députés réunis en Assemblée nationale. Il est nommé pour sept ans. Il est rééligible ». Lorsqu'il explique le sens de sa proposition il reconnaît qu'il s'agit d'une solution qui peut être temporaire : « Je ne vous demande pas de le déclarer définitif. Qu'est-ce qui est définitif ? Mais ne le déclarez pas non plus provisoire. Faites un gouvernement qui ait en lui les moyens de vivre et de se continuer, qui ait aussi en lui les moyens de se transformer, si le besoin du pays le demande, de se transformer, non pas à une date fixe comme le 20 novembre 1880, mais alors que le besoin du pays le demandera, ni plus tôt ni plus tard »⁹⁹⁴. L'amendement obtient, le 30 janvier 1875, 353 voix contre 352. Malgré la très courte différence, ce vote ouvre la porte à l'approbation des lois constitutionnelles : celle du 24 février, relative au Sénat ; la loi du 25 février sur l'organisation des pouvoirs publics ; enfin, la loi de 16 juillet, régissant les rapports des pouvoirs publics.

Trois caractéristiques de cette « constitution » de 1875 doivent être signalées. D'une part, elle n'a pas un plan d'ensemble, car n'ayant pas répondu à un projet unitaire et préétabli (elle est construite au moyen d'amendements). D'autre part, comme on l'a déjà indiqué, la constitution ne comporte pas des principes substantiels, elle n'est pas couronnée par une déclaration des droits, n'étant qu'« une constitution fonctionnelle où la société civile a disparu »⁹⁹⁵. Enfin, dans les textes « la forme républicaine du gouvernement se voit associée à des mécanismes caractéristiques de la monarchie constitutionnelle »⁹⁹⁶, de sorte que « le régime mis en place par les lois constitutionnelles correspond plutôt, *a priori*, à un régime parlementaire dualiste, orléaniste »⁹⁹⁷, livrant « une nouvelle mouture du modèle

⁹⁹³ Cité par MORABITO, M., *op. cit.*, p. 296.

⁹⁹⁴ Le discours par lequel Henri Wallon défend son amendement est reproduit intégralement sur <http://henriwallon.com/Amendement.html>.

⁹⁹⁵ GROS, D., *op. cit.*, p. 283 (sur la disparition de la société civile dans les textes constitutionnels français voir : ARDANT, Philippe, « Le contenu des Constitutions : variables et constantes », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, N° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, pp. 33-35). Comme le souligne J.-M. Mayeur, « l'absence du préambule, de déclaration de droits, de rappel de principes est un premier trait remarquable : quelle majorité serait en effet parvenue à un accord ? ». Par conséquent, les lois constitutionnelles « n'abordent en termes juridiques que les aspects essentiels du régime » (MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République*, *cit.*, p. 33).

⁹⁹⁶ MORABITO, M., *op. cit.*, p. 311.

⁹⁹⁷ GROS, D., *op. cit.*, p. 285.

néo-monarchien »⁹⁹⁸. De toute façon, c'est une république qui est instauré, et « ce que cette III^e République a de républicain est évidemment la source unique d'où elle tire sa légitimité, la souveraineté du peuple : tous les pouvoirs doivent leur existence au suffrage universel, désormais accepté par tous comme le seul mode de désignation de l'autorité publique »⁹⁹⁹.

Quant à l'économie générale du système de 1875, il y a deux institutions à souligner. D'une part, le président de la République, qui est élu par les deux chambres réunies en Assemblée nationale, mais sans être politiquement responsable envers celles-ci, tous ses actes devant être contresignés par un ministre (art. 3, loi du 25 février)¹⁰⁰⁰. Il dispose de la nomination des ministres et des autres emplois civils et militaires, promulgue les lois, détient le pouvoir réglementaire et obtient la faculté de dissoudre la Chambre des députés moyennant l'avis favorable du Sénat. Les lois constitutionnelles établissent ainsi un exécutif dual, composé, sous l'autorité du président, par un Conseil de ministres dont le président (qui ne sera officiellement instauré que par un décret du 9 mars 1876, même si la figure existait déjà dans la pratique) assume progressivement la nomination, la direction et la responsabilité politique du gouvernement¹⁰⁰¹. D'autre part, le Sénat est l'autre institution centrale du régime, « la pièce maîtresse du compromis entre monarchistes et républicains »¹⁰⁰², à tel point que la première de lois constitutionnelles votée, le 24 février, lui est entièrement consacrée. Ses membres, 300 au total, sont élus pour neuf ans (renouvelable par tiers tous les trois ans) par les élus locaux, sauf 75 sénateurs désignés à vie par l'Assemblée nationale sortante¹⁰⁰³. Le Sénat est ainsi conçu comme la garantie principale du caractère conservateur du régime, ce qui peut être constaté par la manière dont l'article 2 de la loi du 24 février établit la répartition de sièges à pourvoir entre les départements, cherchant à imposer les intérêts du monde rural sur ceux des villes. D'ailleurs, la seconde chambre du parlement, la Chambre des députés, bien que ses membres soient recrutés au suffrage universel masculin direct, dispose de l'initiative et le vote des lois sur un pied d'égalité par rapport au Sénat¹⁰⁰⁴. Plus encore, « les ministres sont

⁹⁹⁸ RIALS, Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, p. 92.

⁹⁹⁹ FURET, F., *op. cit.*, p. 457.

¹⁰⁰⁰ Comme l'indiquent F. Hamon et M. Troper, les constituants de 1875 « n'ont pas oublié qu'ils faisaient de lui un chef d'État parlementaire : ils lui ont accordé l'irresponsabilité » (HAMON, Francis, TROPER, Michel, *Droit constitutionnel*, 29^e éd., LGDJ, 2005, p. 392).

¹⁰⁰¹ Bien que le texte de lois constitutionnelles ne prévoit pas expressément cet exécutif dual, la doctrine « différencie la mission exercée par le président de la République de la mission exercée par le président du Conseil. Même si le chef du gouvernement joue les premiers rôles, en tant que représentant de l'opinion du Parlement, la doctrine confie au président de la République une mission indispensable au régime. Elle en conclut même que la France ne pourrait plus s'en passer » (HAUUY, Cédric, « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la III^e République », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 93, 2013, p. 68). Par conséquent, « si le président de la République n'est pas tout entre 1870 et 1940, dire que sa personne fût réduite au néant ou à un seul état d'ornement serait abusif » (PROCHASSON, Christophe, « Le président de la République : un prince républicain ? », in FONTAINE, M., MONIER, F., PROCHASSON, C. (dir.), *op. cit.*, p. 33).

¹⁰⁰² MORABITO, M., *op. cit.*, p. 302 (dans ce même sens voir : MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République*, cit., p. 34).

¹⁰⁰³ Sur les sénateurs inamovibles voir : MAYEUR, Jean-Marie, CORBIN, Alain (dir.), *Les immortels du Sénat, 1875-1918 : les cent seize inamovibles de la Troisième République*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1995.

¹⁰⁰⁴ En effet, selon l'article 1^{er} de la loi du 25 février, « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat ». L'article 8 de la loi du 24 février confirme cette parité : « Le Sénat a,

solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels » (art. 6, loi du 25 février), le Sénat ayant donc la faculté de reverser un gouvernement, ce qui sera confirmé par la pratique.

« Quatre ans après son élection, et après bien des péripéties, l'Assemblée avait rempli son mandat de donner à la France une constitution »¹⁰⁰⁵. Ce décalage s'explique par la difficulté de trouver un accord entre républicains et monarchistes sur la nature et la structure du régime. Celui sur lequel repose les lois constitutionnelles n'arrive pas à dissiper tous les doutes, « le seul point de convergence entre les acteurs monarchistes et républicains est de considérer l'assemblage institutionnel comme un fait provisoire, laissant à chacun le soin de se réserver l'avenir »¹⁰⁰⁶. La constitution de 1875 se présente alors comme une solution d'attente, la procédure de révision des lois constitutionnelles, sans être très exigeante, confirme cette condition. Selon l'article 8 de la loi du 25 février, l'initiative de la révision appartient aux deux chambres séparément, soit spontanément, soit sur demande du président de la République. Une fois qu'il est déclaré qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles, les chambres se réunissent en Assemblée nationale et discutent le projet qui ne sera approuvé qu'à la majorité absolue des membres. En plus, la révision peut être « en tout ou en partie », ce qui comporte la possibilité d'un changement intégral, hypothéquant sérieusement la forme républicaine du gouvernement. « C'est dire que les monarchistes ne perdaient pas tout espoir de restauration. Pourtant, loin de faire basculer la République dans la monarchie, les premières révisions vont au contraire la renforcer »¹⁰⁰⁷. En effet, parmi celles-ci, la loi du 14 août 1884 est la plus remarquable parce qu'elle déclare que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision » (art. 2)¹⁰⁰⁸. La République commence ainsi sa consolidation.

C. La transition de la « République des Républicains »

Les élections de 1876 qui suivent la promulgation des lois constitutionnelles sont favorables aux républicains : tandis que les conservateurs obtiennent une maigre majorité

concurrentement avec la Chambre des députés, l'initiative et la confection des lois ». Cette même disposition prévoit pourtant que « les lois de finances doivent être, en premier lieu, déposées à la Chambre des députés et votées par elle ». De toute façon, « hormis cette infériorité chronologique, rien ne dit que les pouvoirs financiers du Sénat soient moindres que ceux de la Chambre des députés » (MORABITO, M., *op. cit.*, p. 303). Sur le fonctionnement et les pratiques politiques à l'intérieur de la Chambre des députés voir : LAFAILLE, Franck, « Le "présidentialisme parlementaire" sous la III^e République : les "descentes de fauteuil" de Gambetta et d'Herriot », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 76, 2008, pp. 733-760 ; GUISLIN Jean-Marc, « L'éloquence parlementaire aux débuts de la III^e République », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, N° 3, 2005, pp. 39-60.

¹⁰⁰⁵ MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, cit., p. 55.

¹⁰⁰⁶ ROUSSELLIER, N., *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁰⁷ MORABITO, M., *op. cit.*, p. 308.

¹⁰⁰⁸ Le but de cette révision, proposée par le gouvernement de Jules Ferry, est de mettre fin aux prétentions monarchistes. Or, « si le contenu de l'interdiction ne semble pas poser de problème tant il s'inscrit dans un contexte particulier : empêcher le rétablissement de la Monarchie ; en revanche, la "force" qui lui est reconnue n'est pas uniforme. Les opposants à la limitation du pouvoir de révision par la clause introduite en 1884 font valoir l'inutilité juridique et l'absurdité politique d'une telle limitation. Ses partisans leur opposent la valeur morale de l'engagement voire, pour une partie très minoritaire de la doctrine, une véritable valeur juridique » (DROIN, Nathalie, « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 80, 2009, pp. 731-732).

au Sénat, les républicains (en particulier, le parti de la Gauche républicaine de Ferry et Favre, et celui de l'Union républicaine de Gambetta) gagnent une ample majorité à la Chambre. Comme président du Conseil, Mac-Mahon désigne Jules-Armand Dufaure (1798-1881), puis Jules Simon, tous les deux républicains modérés. Toutefois, le régime de l'ordre moral est de moins en moins supporté par les républicains radicaux, qui font pression pour une politique laïque et anticléricale. Le gouvernement ne trouve plus l'appui de la Chambre. Le 16 mai 1877 Mac-Mahon, s'estimant responsable envers la France, pousse Jules Simon à la démission et rappelle le duc Albert de Broglie (1821-1901) pour former un nouveau ministère, qui obtient du président un décret d'ajournement des Chambres pour un mois. La majorité républicaine de la Chambre basse n'accepte pas cet orléaniste à la tête du ministère, dénonce la tentative du gouvernement personnel et vote le 18 juin un ordre du jour de défiance. Ayant obtenu l'autorisation du Sénat, Mac-Mahon prononce la dissolution de la Chambre. Les élections (14-28 octobre) se soldent par un échec de la droite « parlementaire », soutien politique du président, qui se voit obligé à rappeler Dufaure au Conseil (13 décembre). La cohabitation entre un président conservateur et un ministère républicain dure jusqu'au 1879. Le 5 janvier le premier renouvellement partiel du Sénat donne la majorité aux républicains et le président, s'opposant à certaines mesures du gouvernement, démissionne le 30. Il est remplacé par Jules Grévy qui dans son message du 6 février exclut toute possibilité d'une nouvelle dissolution¹⁰⁰⁹. À partir de ce moment une nouvelle lecture de la constitution – on l'appelle la « constitution Grévy » – s'impose. Elle consacre la suprématie du Corps législatif dans l'organisation constitutionnelle, dérapant souvent vers le régime d'assemblée, et amène en plus le modèle parlementaire moniste à l'emporter sur le dualiste¹⁰¹⁰. La principale conséquence de ce « parlementarisme absolu », comme le qualifiait Raymond Carré de Malberg (1861-1935)¹⁰¹¹, consiste en ce que les pratiques définissent le sens des textes constitutionnels, de sorte que la constitution « cède durablement le pas aux réalités politiques »¹⁰¹². Or, le conflit déclenché le 16 mai a une portée encore plus ample, car sa signification sociale est « d'opposer, comme en 1789 et en 1830, aux privilégiés attachés à une conception hiérarchique et immobile de la société, le bloc du tiers état, qui accepte la démocratie, définie non certes comme l'égalité des fortunes, mais comme l'égalité des

¹⁰⁰⁹ Dans ce message Grévy affirme que « soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerai jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels » (le message est reproduit intégralement dans : DELABROUSSE, Lucien (éd.), *Discours politiques et judiciaires, rapports et messages de Jules Grévy*, Paris, Quantin, 1888, vol. II, pp. 512-514).

¹⁰¹⁰ Sur les effets de cette nouvelle lecture de la constitution de 1875 sur le fonctionnement de l'institution présidentielle voir : PELLETIER, Willy, « La crise de mai 1877. La construction de la place et de la compétence présidentielles », in LACROIX, Bernard, LAGROYE, Jacques (dir.), *Le président de la République : usages et genèses d'une institution*, Paris, PNFSP, 1992, pp. 79-108.

¹⁰¹¹ Pour Carré de Malberg le parlementarisme absolu est « un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'Exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire » (CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 196).

¹⁰¹² MORABITO, M., *op. cit.*, p. 313. En somme, cette période qui s'étend de la démission de Thiers le 24 mai 1873 à l'élection de Jules Grévy, « ces quelques années sont déterminantes dans l'histoire de la France contemporaine, elles ont fourni les images et les références sur lesquelles la culture politique française vivra longtemps » (MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République, cit.*, p. 26).

chances. [...] Ainsi, la défaite des hommes du 16 mai clôt-elle en quelque façon le grand mouvement commencé en 1789 »¹⁰¹³.

II. La progressive consolidation du parlementarisme républicain (1879-1920)

Après la « constitution Grévy » commence une progressive consolidation du parlementarisme républicain qui se réalise paradoxalement dans un contexte politique mouvementé, marqué par des crises successives. Justement, l'enracinement du modèle républicain lui permet d'affronter la plus grave, la Première Guerre mondiale, de laquelle il va sortir renforcé, mais seulement pour quelques années. Pendant ce temps, la République est ancrée dans la durée, d'abord, tout au long des deux dernières décennies du XIX^e siècle, dans une version modérée, ensuite, pendant la première décennie du XX^e siècle et jusqu'au début des confrontations, dominée par les républicains radicaux. D'ailleurs, c'est pendant cette période qu'il se fait plus évident que la solidité temporelle du régime ne peut pas masquer ses faiblesses et fragilités. « Les faiblesses de la III^e République, à son âge d'or, tiennent principalement à la défaillance du pouvoir exécutif, à l'instabilité ministérielle, au pouvoir excessif des députés. Les fragilités sont dues à l'opposition durable d'une fraction de l'opinion publique au régime républicain, particulièrement manifeste et dangereuse lors des deux grandes crises du boulangisme et de l'affaire Dreyfus. Sans sous-estimer ces carences et ces crises, il faut convenir que la III^e République, au moins jusqu'en 1919, n'en a pas souffert mortellement »¹⁰¹⁴.

A. La période des « républicains de gouvernement » (1879-1899)

En même temps que les républicains affirment sa fidélité avec la Révolution de 1789, bien qu'en désavouant toujours la Terreur, ils cherchent à démontrer qu'ils capables d'offrir un gouvernement stable, fondé sur le droit et sur une participation notable des juristes¹⁰¹⁵. Ces « républicains de gouvernement » se sont aussi fait connaître sous le nom d'« opportunistes », « affirmant par là qu'ils voulaient se comporter en pragmatiques, en hommes politiques efficaces, proches des réalités, sans pour autant renier leurs principes »¹⁰¹⁶. Justement, les purs radicaux trouvent que le pragmatisme trahit ces principes

¹⁰¹³ *Ibidem*, pp. 49-50.

¹⁰¹⁴ AZÉMA, J.-P., WINOCK, M., *La III^e République*, cit., p. 187.

¹⁰¹⁵ En effet, comme l'indique Y.-H. Gaudemet, « des débuts de la III^e République à la guerre de 1914, les juristes ont eu un quasi-monopole de la fonction et de l'action politique », de même que « leur place dans la société fait d'eux des intermédiaires privilégiés pour la plupart des relations sociales » (GAUDEMET, Yves-Henri, *Les Juristes et la vie politique de la III^e République*, Paris, PUF, 1970, pp. 11, 31). Ce phénomène s'explique principalement par le fait que « les juristes ont appartenu pour leur majorité aux parties de Gauche et de Centre-gauche qui étaient des partis de gouvernement », et parce qu'ils « répugnaient le plus souvent à adhérer à un système global, à une idéologie qui leur préexistait » (*ibidem*, pp. 37-38), ce qui était justement le cas des partis d'extrême droite et d'extrême gauche. D'ailleurs, à cette époque les dirigeants des mouvements d'extrême gauche, suivant en ce point les conceptions marxistes, sont très sceptiques sur la capacité du droit de mener les changements sociaux qu'ils demandaient, tandis que les juristes, par sa formation et sa perspective professionnelle, avaient totalement confiance en le droit comme outil de transformation, de sorte que « la solution viendra de la loi et des cadres juridiques nouveaux qui devront guider les rapports sociaux » (*ibidem*, p. 45).

¹⁰¹⁶ BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 211.

et insistent sur leur application effective. Bien qu'au fond tous les républicains partagent l'attachement au mythe de la République, comprise comme un système de valeurs et un ensemble d'institutions¹⁰¹⁷, un fossé profond est creusé entre opportunistes et radicaux, car ceux-ci « veulent, comme les montagnards de la II^e République, la “ République démocratique et sociale ” », de même qu'« ils réclament la révision de la constitution, la suppression d'institutions issues du parlementarisme monarchique : le Sénat et la présidence de la République »¹⁰¹⁸. De plus, tandis que dans les rangs des seconds – dirigés par Claude-Désiré Barodet (1823-1906), Louis Blanc (1811-1882) et Georges Clemenceau (1841-1929) – se produisent quelques divisions, parmi les républicains de gouvernement se trouvent face-à-face deux factions : la Gauche républicaine de Ferry et l'Union républicaine de Gambetta. Les deux leaders occupent la présidence du Conseil, mais c'est Ferry qui le fait pendant deux ans, de février 1883 à mars 1885, ce qui constitue une parenthèse dans l'instabilité gouvernementale caractéristique du septennat de Grévy et de toute la Troisième République¹⁰¹⁹.

Or, par-delà la succession de gouvernements et les circonstances mouvementées qui les ont accompagné, dans la période des « républicains de gouvernement » s'appliquent plusieurs mesures qui répondent au programme de cette force politique : la laïcisation de la vie publique et la limitation de l'influence de l'Église catholique dans le domaine privé¹⁰²⁰ ; la consécration par une série de lois des principales libertés, remplissant partiellement un vide juridique laissé par les lois constitutionnelles¹⁰²¹ ; la promulgation des premières lois de prévoyance collective des travailleurs et d'assistance obligatoire aux déshérités qui annoncent quelques mesures de l'État providence¹⁰²² ; la reprise de la politique coloniale initiée sous Napoléon III (par exemple, l'instauration du protectorat sur la Tunisie en 1881), qui prétend être fondée sur la nécessité de répandre dans le monde les principes de 1789¹⁰²³ ; les essais de réforme aux lois constitutionnelles qui ont abouti à la promulgation

¹⁰¹⁷ MOLLIER, J.-Y., GEORGE, J., *op. cit.*, pp. 87-88.

¹⁰¹⁸ MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République, cit.*, p. 97.

¹⁰¹⁹ De toute façon, malgré les fréquentes crises ministérielles, sous la Troisième République apparaît aussi le phénomène singulier de la relative stabilité des ministres, des individus à la tête des divers ministères. Sur ce phénomène voir : OLLÉ-LAPRUNE, Jacques, *La Stabilité des ministres sous la Troisième République, 1879-1940*, Paris, LGDJ, 1962 ; SOULIER, Auguste, *L'instabilité ministérielle sous la Troisième République : 1871-1938*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939.

¹⁰²⁰ Par exemple, la loi Naquet du 27 juillet 1884 rétablit le divorce (à l'exception du divorce par consentement mutuel).

¹⁰²¹ Parmi celles-ci l'on trouve la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion ; la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ; la loi du 21 mars 1884 sur la liberté syndicale ; la loi municipale du 5 avril 1884, qui crée un régime juridique uniforme pour toutes les communes de France et constitue un point de départ de leur reconnaissance progressive face au pouvoir central. Que la Troisième République soit considérée comme « l'âge d'or » des libertés publiques c'est en grande partie la conséquence de ce type de législation. Cependant, J.-P. Machelon, sur la base d'un examen juridique détaillé, cherche à démontrer que pendant cette période les gouvernements ne sont pas totalement fidèles aux principes dont ils se réclament (MACHELON, Jean-Pierre, *La République contre les libertés ? : Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris, PFNSP, 1976).

¹⁰²² Il s'agit notamment de la loi sur l'assistance médicale gratuite (1893), de la loi sur l'assistance aux indigents (1893) et de la loi sur l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables (1905). Elles sont le complément des autres lois républicaines, en particulier la loi du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques (MERRIEN, François-Xavier, *L'État-providence*, Paris, PUF, 2007, p. 36).

¹⁰²³ Voir *infra* p. 255.

de la loi du 14 août 1884, qui comme on l'a déjà indiqué établit l'intangibilité de la forme républicaine du gouvernement, et de la loi du 9 décembre 1884 qui démocratise le Sénat (suppression des inamovibles et élargissement du collège sénatorial).

Cependant, ces réformes n'évitent pas les crises de plus en plus profondes qui poussent à la fin du régime des opportunistes. La dépression de 1882 affecte intensément l'économie et les premières victimes sont les classes ouvrières et paysannes. Le socialisme – de même que le syndicalisme qui lui est très attaché¹⁰²⁴ – se présente alors comme une alternative aux républicains, mettant la « question sociale » au premier plan des préoccupations¹⁰²⁵, bien qu'il soit divisé entre réformistes et révolutionnaires et que l'extrême gauche de l'anarchisme ait avili le mouvement face à l'opinion publique par une série d'actes violents (par exemple, l'assassinat en juin 1894 du président Sadi Carnot)¹⁰²⁶. D'autre part, le désir de revanche sur l'Allemagne conduit à une escalade du nationalisme, spécialement dans quelques secteurs de la droite (par exemple, la Ligue des patriotes), dont le point culminant est l'expansion du mouvement boulangiste entre 1886 et 1889¹⁰²⁷. Les scandales de corruption (notamment, celui de Panama en 1892¹⁰²⁸) affectent encore plus la légitimité du

¹⁰²⁴ MAYEUR, J.-M., *ibidem*, p. 187.

¹⁰²⁵ En effet, « vers les années 1880, les problèmes “sociaux”, les mots “société”, “sociologie”, “socialisme” envahissent littéralement l'univers mental français – moins peut-être sous l'influence des théories socialistes d'origine économique, comme le marxisme, que par l'effet du darwinisme, qui, par la liaison qu'il autorise entre les sciences naturelles et “morales” ou sociales, fascinera l'intelligence française – qui, d'ailleurs, le comprendra très mal » (NICOLET, Claude, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, cit., p. 21). Sur ce sujet voir : CHATRIOT, Alain, « Réformer le social sous la Troisième République », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, N° 56-4bis, 2009, pp. 40-53 ; TOPALOV, Christian (dir.), *Laboratoires du nouveau siècle : la nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France, 1880-1914*, Paris, Éd. de L'École des hautes études en sciences sociales, 1999.

¹⁰²⁶ Sur les diverses tendances du socialisme en France dans la dernière décennie du XIX^e siècle voir : MAYEUR, J.-M., *ibidem*, pp. 180-192.

¹⁰²⁷ « Dans la crise boulangiste, première épreuve du régime, moins de dix ans après ses débuts, importent moins les épisodes d'une histoire, somme toute brève, que la compréhension d'un phénomène d'opinion aux composantes diverses et dont la signification déborde largement l'éphémère héros qui lui donna son nom » (MAYEUR, J.-M., *ibidem*, p. 165). En effet, il s'agit d'un mouvement politique qui sur l'exaltation du sentiment national contre l'Allemagne, cherchant ainsi une revanche face aux conséquences de la guerre de 1870, tente de renverser la République parlementaire, ou du moins sa réforme en profondeur (GARRIGUES, Jean, « Le boulangisme est-il antiparlementaire ? », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, n° HS 9, 2013, pp. 49-58). Son nom dérive de celui du général Georges Boulanger (1837-1891), nommé ministre de la Guerre par Charles de Freycinet (1828-1923) le 7 janvier 1886. Pendant la durée de ses fonctions comme ministre il promeut une politique belliciste contre l'Allemagne, ce qui produit la méfiance des républicains de gouvernement. Il abandonne le ministère le 17 mai 1887 et c'est alors que naît le mouvement boulangiste. Malgré les enthousiasmes initiaux, son existence est éphémère et dans les élections de septembre-octobre 1889 obtient des très maigres résultats. Sur le boulangisme voir : DANSETTE, Adrien, *Le boulangisme*, Paris, Fayard, 1946 ; FULTON, Bruce, « The Boulanger Affair Revisited: The Preservation of the Third Republic, 1889 », *French Historical Studies*, vol. 17, n° 2, 1991, p. 310-329 ; GARRIGUES, Jean, *Le boulangisme*, Paris, PUF, 1992 ; ID., « Boulanger, ou la fabrique de l'homme providentiel », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, n° 13, 2010, pp. 8-23 ; IRVINE, William D., *The Boulanger Affair Reconsidered: Royalism, Boulangerism, and the Origins of the Radical Right in France*, New York, Oxford University Press, 1989.

¹⁰²⁸ « Le scandale est divulgué sur la scène politique à l'automne de 1892, à l'entrée d'une année électorale. En 1888, la Compagnie du canal de Panama, déjà en difficulté, avait voulu émettre des obligations à lots. Le vote d'une loi était nécessaire. La bienveillance des parlementaires fut facilitée par la distribution de chèques. L'émission de l'emprunt ne suffit pas à empêcher, en janvier 1889, la faillite d'une entreprise ruineuse » (MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République*, cit., p. 205). Le scandale, dénoncé par la presse, frappe plusieurs dirigeants républicains, notamment Georges Clemenceau qui, malgré tout, pourra rétablir sa réputation et devenir la figure centrale de la politique française pendant la Première Guerre mondiale. Or, ce type de scandales de corruption sont la manifestation d'un phénomène plus profond : « Qu'il soit pris dans l'élan de la croissance industrielle, préoccupé d'investir à l'étranger ou lié aux colonies, c'est l'ensemble du

régime et favorisent la montée de l'antiparlementarisme. La droite profite de ce contexte et depuis 1885 obtient des résultats électoraux remarquables. De toute façon, le républicanisme centriste peut résister à ces défis. Les élections de 1893 donnent le triomphe au « progressisme »¹⁰²⁹ et offrent l'occasion d'un nouveau répit pour l'opportunisme discrédité, mais en renouvelant le personnel politique par des hommes qui vont dominer la vie publique jusqu'au 1930¹⁰³⁰. Le long ministère de Jules Méline, qui s'étend d'avril 1896 à juin 1898, semble stabiliser enfin le gouvernement des républicains autour d'une coalition de centre-droite, mais il ne pourra pas survivre à l'affaire Dreyfus, le dernier scandale de la période, qui bouleverse la France pendant douze ans, de 1894 à 1906¹⁰³¹. En effet, l'affaire « comme toute crise d'opinion et toute crise de la conscience nationale, suscite reclassements et ruptures », de sorte qu'il « accéléra un glissement des valeurs nationales et du nationalisme à droite, cependant que, face à la “ caste militaire ”, s'affirmait l'antimilitarisme dans certains courants du socialisme et du syndicalisme, et que les idées pacifistes gagnaient les radicaux », en même temps qu'il « amenèrent enfin le socialisme français à prendre ses distances vis-à-vis de l'antisémitisme »¹⁰³².

B. La République radicale (1899-1914) et la Grande guerre

Bien que les formations politiques traditionnelles essaient de rester à l'écart du débat autour de l'innocence de Dreyfus, celui-ci affecte l'unité de la coalition républicaine dans le gouvernement. Dans les élections de mai 1898 la gauche (républicains radicaux et socialistes) obtient les meilleurs résultats, tandis que les progressistes souffrent un fort recul. Ils ne peuvent pas résister longtemps à la double pression, suscitée par l'affaire Dreyfus, d'une gauche affermie et d'une droite nationaliste qui recourt souvent à la

monde des affaires qui se trouve de plus en plus amené à chercher des appuis dans la classe politique, à élaborer les arguments adéquats. Scandales ou pas, les rivalités qui opposent entre eux ces hommes et ces groupes restent opaques à une opinion publique habituée à penser la vie politique en termes idéologiques » (REBÉRIOUX, Madeleine, *La République radicale ? 1898-1914*, Paris, Éditions du Seuil, 1975, p. 133).

¹⁰²⁹ Cette tendance reçoit l'appellation de « progressisme » dans la mesure où elle prétend épargner à la France les périls du socialisme révolutionnaire (MAYEUR, J.-M., *ibidem*, p. 211).

¹⁰³⁰ Comme l'indique F. Bluche, « en trente ans, la société française s'est transformée. On a vu se multiplier les “ capacités ” : aux avocats et aux journalistes, professions déjà porteuses au XIX^e siècle, se joignent de gros bataillons de médecins, d'ingénieurs, d'architectes, d'universitaires, d'instituteurs, de fonctionnaires, qui cultivent une mentalité républicaine typique, “ radicale ” au sens très large (culte de la réussite, de l'instruction, du travail, de la propriété, de l'épargne), et dont la respectabilité petite-bourgeoise est aussi éloignée de la tradition que des revendications populaires » (BLUCHE, F., *op. cit.*, pp. 229-230).

¹⁰³¹ L'affaire commence fin 1894 avec la condamnation du capitaine Dreyfus pour avoir prétendument livré des informations secrètes à l'Empire allemand. Il s'agit d'une erreur judiciaire favorisée par un contexte social singulièrement propice à la haine de l'Allemagne et à l'antisémitisme. L'affaire ne rencontre une ample diffusion qu'en 1898 lorsque le véritable coupable est acquitté et qu'Émile Zola publie à l'une du journal *L'Aurore* (fondé et dirigé par Clemenceau) un plaidoyer intitulé « J'accuse... ! », soutenant l'innocence de Dreyfus (l'auteur est condamné à un an de prison pour diffamation). Dès lors, une profonde division entre le camp des dreyfusards et celui des antidreyfusards traverse la société française et suscite des violentes polémiques nationalistes et antisémites, en particulier dans une presse de plus en plus influente. L'affaire ne finit véritablement qu'en 1906 par un arrêt de la Cour de cassation qui innocent définitivement Dreyfus. Parmi les nombreux travaux qui ont été consacrés à l'affaire voir : BIRNBAUM, Pierre (dir.), *La France de l'affaire Dreyfus*, Paris, Gallimard, 1994 ; BREDIN, Jean-Denis, *L'Affaire*, Paris, Fayard, 1995 ; DUCLERT, Vincent, *L'affaire Dreyfus*, Paris, La Découverte, 2012 ; MIQUEL, Pierre, *L'affaire Dreyfus*, Paris, PUF, 2003 ; WINOCK, Michel, « Le mythe fondateur : l'affaire Dreyfus », in BERSTEIN, Serge, RUDELLE, Odile (dir.), *Le modèle républicain*, Paris, PUF, 1992, pp. 131-145.

¹⁰³² MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, *cit.*, pp. 178-179.

violence. Or, le nationalisme ne se présente pas exclusivement comme un écueil pour la coalition gouvernementale, mais surtout comme une menace pour le parlementarisme républicain. Pour y répondre le 22 juin 1899 est formé un gouvernement de « défense républicaine » présidé par Pierre Waldeck-Rousseau (1846-1904) et soutenu dans la Chambre par les « républicains de gauche » (auxquels s'intègre une partie du groupe progressiste), par les radicaux et radicaux-socialistes et par les socialistes¹⁰³³. Ce « Bloc de gauches » permet à Waldeck-Rousseau de rester à la tête du gouvernement presque trois ans (de juin 1899 à juin 1902, un record de durée), pourchasser les ligues nationalistes et mener une politique anticléricale (la loi du 2 juillet 1901 sur les associations, un texte en principe très libéral, soumis aux congrégations religieuses à un régime d'autorisation). Les élections d'avril-mai 1902 renforcent le Bloc et, en particulier, le groupe des radicaux. Waldeck-Rousseau, malade, démissionne et cède la place au radical Émile Combes (1835-1921). Pendant son gouvernement, de juin 1902 à janvier 1905 (relativement long pour la moyenne), il durcit la politique anticléricale et continue à républicaniser l'administration et l'armée, mais le « scandale des fiches » l'oblige à démissionner¹⁰³⁴. Toutefois, la séparation de l'Église et de l'État se réalise par la loi de 9 décembre 1905¹⁰³⁵.

Tous ces événements de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle s'accomplissent dans un cadre politique renouvelé, avec « la naissance de véritables partis et des mutations dans le style de la vie politique »¹⁰³⁶. C'est ainsi que pour répondre à la création de l'Action française (1898-1899), mouvement politique d'orientation monarchiste et nationaliste dirigé par Charles Maurras (1868-1952)¹⁰³⁷, et à l'agitation nationaliste et antisémite, la gauche forme plusieurs partis sur la base de la loi de 1901 sur les associations. La même année est formée le Parti républicain, radical et radical-socialiste, appelé « Parti radical », situé entre l'extrême gauche et la droite et divisé entre les radicaux, attachés à la propriété privée et opposés au collectivisme marxiste, et les radicaux-socialistes, plus avancés car soutenant l'impôt sur le revenu et l'intervention de l'État dans l'économie, mais différenciés du socialisme. Pour sa part, les mouvements de centre s'organisent aussi. Les anciens « républicains de gauche » qui participaient au Bloc de gauches créent, sous la direction de

¹⁰³³ Il est alors possible de conclure qu'à la suite de l'affaire Dreyfus « le régime parlementaire allait reprendre ses droits : l'exploitation politique de l'Affaire commença dès 1899 ; ce n'est pas la moindre de ses conséquences que d'avoir été l'origine d'un changement important dans l'orientation de la politique intérieure » (MIQUEL, P., *op. cit.*, p. 120). Plus encore, « ce qui triomphait, en fait, c'était le régime parlementaire, conçu comme un gouvernement d'assemblées. L'Affaire Dreyfus lui avait permis de briser les derniers obstacles qui s'opposaient au contrôle de tous les organes de l'État par les représentants de la volonté populaire » (*ibidem*, p. 123 ; en ce même sens voir : REBÉRIOUX, M., *op. cit.*, pp. 39-40).

¹⁰³⁴ Le scandale éclate lorsque dans la Chambre on dénonce qu'à l'initiative du général Louis André, ministre de la Guerre, les nominations des officiers dans l'armée dépendent de l'avis des loges maçonniques du Grand Orient.

¹⁰³⁵ Sur l'élaboration, le vote et la réception de la loi du 9 décembre 1905 voir : LALOUETTE, Jacqueline, *L'État et les cultes 1789-1905-2005*, Paris, La Découverte, 2005, pp. 53-70.

¹⁰³⁶ MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, *cit.*, p. 193. Il convient d'ailleurs de signaler que « de 1899 à 1905 l'organisation, l'ascension du radicalisme, contemporaine des processus par lesquels se structurent les nouveaux partis socialistes, est incompréhensible hors l'affleurement, à la surface du tissu social, d'un mouvement profond qui permet à de nouvelles couches de s'insérer dans la vie politique. C'est comme un trésor commun où puissent les forces politiques qui participent à la défense républicaine et bientôt au Bloc des gauches » (REBÉRIOUX, M., *op. cit.*, p. 42).

¹⁰³⁷ Sur ce mouvement voir : WEBER, Eugen, *L'Action française*, trad. Michel Chrestien, Paris, Le Grand livre du mois, 1997.

Raymond Poincaré (1860-1934), l'Alliance républicaine démocratique, tandis que ceux qui sont exclus du Bloc conformément la Fédération républicaine dirigée par Jules Méline (1838-1925). Les catholiques « ralliés », c'est-à-dire, ceux qui acceptaient un rapprochement au gouvernement « progressiste », forment l'Alliance libérale populaire. Enfin, les socialistes, divisés sur la question de sa participation dans le ministère Waldeck-Rousseau, créent, d'un côté, le Parti socialiste français (PSF), composant du Bloc et dirigé par Jean Jaurès (1859-1914), et le Parti socialiste de France (PSDF) de Jules Guesde (1845-1922). Ce n'est qu'en 1905 qu'est fondé le Parti Socialiste Unifié, Section française de l'Internationale ouvrière (PSU-SFIO), qui suit la doctrine marxiste et regroupe les divers courants du socialisme français¹⁰³⁸, même si quelques députés socialistes « indépendants » restent dehors (Aristide Briand [1862-1932], Alexandre Millerand [1859-1943], René Viviani [1863-1925]).

On peut justement observer le rôle central des partis politiques dans les événements qui se déroulent durant la première partie du XX^e siècle lorsque l'unité socialiste sous le PSU-SFIO conduit à la rupture du Bloc de gauches. La majorité gouvernementale se trouve donc réduite au Parti radical et à l'Alliance républicaine. Cette coalition remporte les élections de mai 1906, ce qui permet l'arrivée de Georges Clemenceau à la présidence du Conseil et le commencement sous sa direction d'un long gouvernement (d'octobre 1906 au juillet 1909)¹⁰³⁹. Ses convictions de républicain de gauche l'accompagnent tout au long de sa carrière politique, mais il est aussi hostile à toute révolution socialiste¹⁰⁴⁰. Son programme social, qu'il ne réalise que partiellement, suit la ligne radical-socialiste et implique le rétablissement de l'obligation du repos hebdomadaire (qui avait été supprimé en 1880), l'application fragmentaire de la loi sur les retraites ouvrières, la promulgation de la loi sur les 10 heures (Clemenceau avait proposé une journée de 8 heures) et le perfectionnement de la loi sur les syndicats. Il n'arrive par contre jamais à faire approuver le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu qui échoue en raison de l'opposition du Sénat. D'autres aspects de son programme connaissent un meilleur sort, comme l'application de la loi sur la séparation de l'Église et de l'État et le maintien de la paix avec l'Allemagne, quoiqu'il procède aussi à la réforme de l'armée pour faire face à un éventuel conflit contre ce pays. Or, malgré les mesures bénéficiant en principe aux travailleurs, Clemenceau est confronté à plusieurs grèves¹⁰⁴¹. Il répond avec fermeté : « Le Tigre – comme il était surnommé – brise les grèves des postiers et des instituteurs en recourant à des révocations, celles des mineurs et des électriciens en utilisant l'armée ; il réprime dans le sang l'insurrection des viticulteurs (Narbonne, Béziers) »¹⁰⁴². Tout cela lui a valu l'appellation de « briseur de grèves » et une

¹⁰³⁸ « Parti d'électeurs, mais non d'adhérents, parti populaire, mais non ouvrier, sans lien avec une organisation syndicale, parti révolutionnaire par son discours, réformiste dans sa pratique parlementaire et municipale, la SFIO trouve sa force en son enracinement dans la sensibilité républicaine et de gauche » (MAYEUR, J.-M., *op. cit.*, p. 203).

¹⁰³⁹ Continuant la tradition de cumuler la présidence du Conseil avec un portefeuille ministériel, Clemenceau prend celui de l'Intérieur. Son cabinet comprend le socialiste indépendant René Viviani (Travail) le général Picquart, qui avait dévoilé les erreurs du procès contre Dreyfus (Guerre), le journaliste et diplomate Stephen Pichon (Affaires étrangères) et Aristide Briand (Instruction publique et Cultes).

¹⁰⁴⁰ Il se donne lui-même le surnom de « premier flic de France » (WINOCK, Michel, *Clemenceau*, Paris, Perrin, 2007, p. 9).

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 355.

¹⁰⁴² BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 234.

dure opposition de la gauche¹⁰⁴³. Ce contexte difficile ne lui empêche pas de continuer à la tête du gouvernement qu'il n'abandonne qu'à cause d'un incident lié à une maladresse tactique face à la direction de sa majorité dans la Chambre.

Une période de forte instabilité ministérielle suit la chute de Clemenceau. L'absence d'une majorité permanente dans la Chambre implique qu'entre 1909 et 1914 se succèdent six présidents du Conseil et neuf formations différentes du ministère¹⁰⁴⁴. Comme le signale J. M. Mayeur, « le retour à l'instabilité après 1909, le sentiment d'une certaine inefficacité du régime, l'absence, passé le temps du Bloc et des luttes anticléricales, d'un grand débat simple et mobilisateur¹⁰⁴⁵, toutes ces raisons ravivèrent un antiparlementarisme jamais disparu. Il prend un nouvel éclat dans deux familles idéologiques différentes, mais entre qui se nouent certaines convergences, l'Action française et le syndicalisme révolutionnaire »¹⁰⁴⁶. Or, cet antiparlementarisme ne peut pas éviter que les sujets liés à la politique intérieure, comme ceux de la réforme fiscale (l'impôt sur le revenu), la modification du modèle électoral (établissement de la représentation proportionnelle) ou l'ajustement des institutions (restauration des pouvoirs du président de la République), soient graduellement déplacés par la menace de la guerre contre l'Allemagne, qui en effet déclenche le 3 août 1914¹⁰⁴⁷.

Les disputes partisans sont atténuées par les contraintes de la guerre. Or, celle-ci met « en cause un certain nombre des données sur lesquelles repos[e] le fonctionnement démocratique de la République », dans la mesure où l'on peut se demander si « la démocratie [est] compatible avec l'état de guerre », et si « les libertés publiques ou privées pouvaient-elles être respectées »¹⁰⁴⁸. De fait, le 23 décembre la Chambre des députés décide l'ajournement de toutes les élections jusqu'à la fin des hostilités, tandis que plusieurs libertés sont restreintes par la mise en état de siège (par exemple, la presse souffre une forte censure). Pour affronter les défis de la guerre un gouvernement d'union nationale, connu comme l'« Union sacrée »¹⁰⁴⁹, est alors formé, d'abord sous la direction de René Viviani et ensuite sous celle d'Aristide Briand¹⁰⁵⁰. Cependant, cette coalition ne peut survivre ni au fait

¹⁰⁴³ « La pratique clemenciste va organiser une rupture haineuse entre le gouvernement radical et la classe ouvrière, voir l'avant-garde des fonctionnaires et les viticulteurs du Midi » (REBÉRIOUX, M., *op. cit.*, p. 113).

¹⁰⁴⁴ « On compte neuf cabinets et six présidents du Conseil en cinq ans : Briand (socialiste indépendant) en 1909-1911, Caillaux (radical) en 1911, Poincaré (républicain de gauche) qui tient toute l'année 1912 et est élu président de la République en 1913, Louis Barthou (républicain de gauche) en 1913, Gaston Doumergue (radical) en 1913-1914, Viviani (socialiste indépendant) en 1914 » (BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 234).

¹⁰⁴⁵ En effet, « L'alliance de diverses couches de la bourgeoisie avec les forces politiques qui représentaient la classe ouvrière ne survit pas au recul des congrégations, à la Séparation » (REBÉRIOUX, M., *op. cit.*, p. 116).

¹⁰⁴⁶ MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, cit., p. 218. Sur le syndicalisme révolutionnaire voir : DUBIEF, Henri, *Le syndicalisme révolutionnaire*, Paris, A. Colin, 1969.

¹⁰⁴⁷ Bien que cette menace soit permanente depuis la guerre de 1870-1871, « la crise de juillet [1914] provoqua une intense surprise dans toutes les catégories de la population française. Contrairement à ce qui a souvent été dit depuis – et malgré les périodes de tension des années précédentes –, l'opinion ne “ croyait ” pas à la possibilité de la guerre » (BECKER, Jean-Jacques, BERSTEIN, Serge, *Victoire et frustrations, 1914-1929*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, p. 24).

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, p. 60.

¹⁰⁴⁹ Par son message aux Chambres du 4 août 1914 le président de la République R. Poincaré déclare que la France « sera héroïquement défendue par tous ses fils, dont rien ne brisera devant l'ennemi l'union sacrée » (cité par BECKER, J.-J., BERSTEIN, S., *op. cit.*, p. 27).

¹⁰⁵⁰ Sur le gouvernement en France pendant la Grande guerre voir : BOCK, Fabienne, *Un parlementarisme de guerre : 1914-1919*, Paris, Belin, 2002 ; RENOUVIN, Pierre, *Les Formes du gouvernement*

que les socialistes quittent le ministère, ni à la crise de 1917, due aux défaites militaires, entraînant la baisse du moral, le progrès du défaitisme et même la propagation des mutineries, mais aussi aux difficultés sociales et les grèves, attisées par la révolution d'Octobre en Russie. Pour sortir de l'instabilité ministérielle qui est l'expression politique de la crise, le président de la République, Raymond Poincaré, n'a d'autre choix que d'appeler Clemenceau à la présidence du Conseil, nonobstant une vieille animosité personnelle. Le 20 novembre dans son discours à la Chambre il résume son programme de gouvernement : « Vaincre pour être juste, voilà le mot d'ordre de tous nos gouvernements depuis le début de la guerre. Ce programme à ciel ouvert, nous le maintiendrons »¹⁰⁵¹. Il impose alors « aux généraux comme aux Chambres une sorte de dictature civile »¹⁰⁵², en faisant juger les défaitistes, en légiférant par décrets lois, en sévissant contre les grèves. Le redressement qu'il conduit et l'intervention des États-Unis permettent, après une longue et couteuse guerre, la victoire militaire sur l'Allemagne (armistice du 11 novembre 1918), confirmée diplomatiquement par le traité de Versailles (28 juin 1919). Or, malgré le triomphe « la guerre a fait apparaître sous un jour plus cru les vices du parlementarisme. Puissant catalyseur, elle semble donner raison à la doctrine publiciste qui, dans sa grande majorité, ne cesse, depuis trente ans au moins, de vitupérer le régime. Mais le tournant [n'est pas pris] en 1918. Car si la guerre déstabilise le régime comme procédure, elle le "consensualise" comme symbole. [...] Dans l'euphorie du succès, tous les défauts reconnus des institutions parlementaires sont oubliés ; ébranlé par le déroulement du conflit, le régime en sort soudain grandi d'une manière inespérée »¹⁰⁵³.

III. L'instabilité du régime et son impossible réforme (1920-1932)

Néanmoins, le relèvement du régime qui succède au triomphe dans la Grande Guerre est momentané, puisque « au moment même où le régime parlementaire reprend son rythme normal de fonctionnement, se font jour des critiques qui rappellent les défauts constatés de longue date du système politique français »¹⁰⁵⁴. Par conséquent, la crise du parlementarisme républicain ne tarde pas à s'approfondir, mais les propositions de réforme institutionnelle qui cherchent à y faire face ne sont pas acceptées. Dans l'entre-temps, aux élections de novembre 1919 une coalition qui s'oppose à la montée du socialisme, le Bloc

de guerre, Paris, PUF, 1925 ; ROUSSELLIER, Nicolas, *Le parlement de l'éloquence : la souveraineté de la délibération au lendemain de la Grande guerre*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997.

¹⁰⁵¹ Cité par WINOCK, M., *Clemenceau, cit.*, p. 426-428.

¹⁰⁵² BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁵³ SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 108. Outre le triomphe dans la guerre, le renouvellement du parlementarisme républicain s'explique également par le fait que « peu de régimes européens semblent en 1914 aussi solides que la République française. [...] Non qu'elle ait cessé d'être contestée. Monarchistes et bonapartistes n'ont pas désarmé, mais leur audience a beaucoup reculé » (REBÉRIOUX, M., *op. cit.*, p. 190). Or, la solidité du régime ne dépend pas seulement de l'affaiblissement de l'opposition, mais aussi de « l'attachement de la classe ouvrière [qui] était acquis au départ » et de « la conquête des campagnes », sans oublier que « cet attachement s'exerce dans le cadre d'institutions qui sont stabilisées. Le système électif donne aux citoyens l'occasion fréquente de "faire leur devoir", "d'aller au drapeau" » (*ibidem*, pp. 191-192).

¹⁰⁵⁴ BECKER, J.-J., BERSTEIN, S., *op. cit.*, pp. 395-396.

national¹⁰⁵⁵, obtient la majorité à la Chambre grâce à la nouvelle loi électorale du 22 juillet 1919, qui instaure le scrutin de liste à la proportionnelle avec une dose de majorité¹⁰⁵⁶, mais grâce aussi aux divisions de la gauche¹⁰⁵⁷. Il s'agit d'un succès pour la politique de Clemenceau qui, pourtant, en janvier 1920 démissionne parce qu'aspirant à la présidence de la République il perd les élections contre le président de la Chambre des députés, Paul Deschanel (1855-1922). Malgré l'existence d'une majorité, l'instabilité ministérielle suit la démission de Clemenceau¹⁰⁵⁸. Elle n'est interrompue que par le retour de l'ancien président de la République, Poincaré, à la tête du gouvernement en janvier 1922 et jusqu'en juin 1924. Or, tous les ministères de la période du Bloc national partagent un programme qui, « jusqu'en 1918, a constitué la clé de voûte de l'union sacrée : lutte contre les défaitistes, réconciliation nationale, opposition à la vague révolutionnaire européenne »¹⁰⁵⁹. Dans ce cadre, il y a aussi un certain souci d'innovation qui, de toute façon, ne heurte pas les traditions et tient compte des contraintes politiques, en particulier celle des relations internationales (notamment la réparation due par l'Allemagne). C'est peut-être pourquoi la déception l'emporte finalement, car « ni la réorganisation administrative, ni la rénovation politique, ni le réformisme social ne virent le jour »¹⁰⁶⁰.

Un changement dans la composition de la Chambre se produit dans le cadre des élections de mai 1924. La coalition du Cartel des Gauches, formée par la SFIO, le Parti radical et radical-socialiste et le Parti républicain-socialiste (auxquels se joignent quelques radicaux indépendants), et dont l'objectif est de battre le Bloc national, obtient presque la plupart des sièges. Le soutien des députés de la Gauche radicale permet au Cartel d'avoir une majorité et ainsi, de pousser le gouvernement Poincaré à la démission (1^{er} juin). La coalition demande aussi la démission du président de la République Alexandre Millerand (qui a succédé à Deschanel en septembre 1920), parce qu'il entend changer la pratique de la « constitution Grévy », en exigeant le renforcement des pouvoirs du président, mais surtout parce qu'il manque à son devoir de neutralité quand, lors de la campagne électorale, il soutient ouvertement le Bloc national. Après avoir tenté de former un gouvernement de minorité qui ne parvient pas à obtenir l'appui du Sénat, Millerand finit par démissionner le 11 juin. Cependant, le Cartel ne peut pas imposer son candidat à la présidence de la République – Paul Painlevé (1863-1933), président de la Chambre – et c'est l'entente des radicaux et des républicains modérés (sans les socialistes), qui permet l'élection de Gaston Doumergue (1863-1937), président du Sénat d'alors. Doumergue appelle Édouard Herriot (1872-1957) pour former un gouvernement. Après quelques mesures symboliques (transfert

¹⁰⁵⁵ Comme l'expliquent J.-J. Becker et S. Berstein, « dans son intention première, le Bloc national n'est rien d'autre que la volonté de prolonger durant la paix l'union sacrée du temps de guerre », mais en vue des élections de 1919 il dévient « l'union du centre droit et de la droite, à laquelle participent individuellement des hommes jusqu'alors classés au centre gauche » (BECKER, J.-J., BERSTEIN, S., *op. cit.*, p. 180).

¹⁰⁵⁶ WINOCK, M., *op. cit.*, pp. 486-489.

¹⁰⁵⁷ En effet, les socialistes sont divisés à propos de la révolution russe et la création en 1919 de la III^e Internationale communiste (Komintern). Au congrès de Tours (décembre 1920), une minorité dirigée par Léon Blum refuse le modèle bolchevik et rebâtit la SFIO, tandis que la majorité accepte d'adhérer à la III^e Internationale et crée sous la direction de Marcel Cachin la Section française de l'International communiste (SFIC) (MAYEUR, J.-M., *op. cit.*, pp. 310-311).

¹⁰⁵⁸ Entre janvier 1920 et janvier 1922 se succèdent à la présidence du Conseil Alexandre Millerand, Georges Leygues et Aristide Briand.

¹⁰⁵⁹ BECKER, J.-J., BERSTEIN, S., *op. cit.*, pp. 198-199.

¹⁰⁶⁰ MAYEUR, J.-M., *op. cit.*, p. 268.

des cendres de Jean Jaurès au Panthéon, création d'un Conseil économique et social, autorisation pour les fonctionnaires de se syndiquer), un tournant s'affirme sur le plan de la politique intérieure (retour à une stricte laïcité, notamment dans l'enseignement) et sur celui de la politique extérieure (plan Dawes qui réévalue à la baisse les réparations que l'Allemagne doit à la France). Cependant, la politique financière d'Herriot échoue face à la dévaluation du franc, de même que son projet d'un impôt sur le capital qui est rejeté par le Sénat, ce qui entraîne sa démission en avril 1925. De fait, « pour la première fois, le Sénat renverse le gouvernement sur une question d'ordre purement financier »¹⁰⁶¹. S'ouvre ainsi une époque d'instabilité ministérielle marquée par la crise financière de la baisse du franc qu'aucun gouvernement du Cartel des Gauches ne peut résoudre et qui entraîne la chute de cette coalition. Or, ce n'est pas seulement le difficile contexte économique qui explique l'effondrement du Cartel, mais aussi « le caractère artificiel de l'union de gauches qui a présidé sa naissance », car « en matière économique et financière, l'incompatibilité entre les deux principaux partis du Cartel, radicaux et socialistes, est totale »¹⁰⁶². Plus encore, dans la France de la première moitié du XX^e siècle, « le Cartel révèle donc que la gauche peut remporter des victoires électorales, mais qu'elle est condamnée à l'échec gouvernementale. Après celui des années 1924-1926, l'échec des gouvernements de gauche en 1932-1934, celui du Front populaire en 1936-1938 en administreront la preuve »¹⁰⁶³.

Le reclassement de la majorité qui suit à l'effondrement du Cartel conduit au retour de Poincaré qui forme un gouvernement dit d'Union nationale (juillet 1926). L'équilibre entre la droite et les radicaux qu'il encourage et le redressement financier grâce à plusieurs mesures lui permettent de gagner les élections de 1928 et de demeurer à la tête du ministère jusqu'en juillet 1929. Malade, il démissionne pour laisser sa place à Aristide Briand qui n'y reste que quelques semaines parce qu'il ne parvient pas à maintenir l'Union nationale au tour de la politique extérieure. « Avec la retraite de Poincaré, avec la chute du ministère Briand [...] c'est bien une époque qui s'achève. Celle d'une génération politique parvenue au pouvoir dans les premières années du siècle et considérant que la gestion de la vie politique nationale doit échapper aux clivages partisans. [...] 1929 voit la fin du consensus sur le modèle de l'union sacrée, interminablement recherché, avec des fortunes diverses, depuis 1919 »¹⁰⁶⁴. C'est ainsi qu'une nouvelle période d'instabilité commence, malgré la continuité d'une majorité de centre droite. Les gouvernements « modérés » d'André Tardieu¹⁰⁶⁵ (1876-1945), Camille Chautemps (1885-1963), Théodore Steeg (1868-1950) et Pierre Laval (1883-1945) se succèdent jusqu'en 1932 lorsque la « grande crise », économique mais aussi politique, les emporte.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, p. 282.

¹⁰⁶² BECKER, J.-J., BERSTEIN, S., *op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 276.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, p. 312.

¹⁰⁶⁵ « La période 1929-1932 est dominée par André Tardieu [...]. Forte personnalité et brillante intelligence, Tardieu détestait le régime parlementaire et voulait transformer les institutions dans le sens d'un État fort qui annihilerait les partis en surmontant les oppositions entre la droite et la gauche classiques » (BORNE, Dominique, DUBIEF, Henri, *La crise des années 30 : 1929-1938*, Paris, Éditions du Seuil, 1989, pp. 20-75). Sur la « croisade » de Tardieu pour la réforme de l'État voir : MONNET, François, *Refaire la République. André Tardieu, une dérive réactionnaire : 1876-1945*, Paris, Fayard, 1993.

IV. La crise finale (1932-1940)

Comme le souligne J.-M. Mayeur, « les années 1932-1933 constituent un incontestable tournant dans l'histoire de la vie politique de la troisième République »¹⁰⁶⁶. La crise économique internationale arrive en retard en France mais ses effets sont dévastateurs¹⁰⁶⁷. Le recul de la production, l'effondrement des prix agricoles, les faillites, le déficit fiscal et surtout le chômage touchent profondément tous les niveaux de la population, spécialement les plus vulnérables. Dans ce contexte de dégradation progressive de l'économie, mais aussi dans un nouveau climat international (l'Allemagne est libérée de sa dette dans la conférence de Lausanne en juillet 1932 et obtient en décembre l'égalité de traitement face à la France dans le cadre de la Conférence mondiale du désarmement à Genève), la contestation du parlementarisme républicain prend une nouvelle allure. « Crise *politique* donc, elle-même issue de la crise *économique*. Si bien que pour peu qu'une crise *morale*, manifestation de sentiments sains [...] se produise, qu'elle soit exploitée habilement par les ennemis déclarés ou non du régime »¹⁰⁶⁸. Les résultats des élections de mai 1932 sont la première manifestation de cet affaiblissement de la légitimité politique. Bien que Tardieu, le dernier président du Conseil pendant la période de gouvernements des modérés, intervienne ouvertement dans la campagne électorale, la majorité qu'il conduit souffre une grande défaite. Une coalition des partis de gauche, connu comme le « second Cartel », mais qui n'a pas l'ampleur du premier¹⁰⁶⁹, soutient le nouveau gouvernement dirigé par Édouard Herriot (il est appelé par Albert Lebrun [1871-1950] qui venait d'être élu président de la République). Or, la majorité est très fragile et l'instabilité ministérielle continue à bouleverser le régime¹⁰⁷⁰. L'opposition d'extrême droite, en particulier les ligues nationalistes (telles l'Action française, les Croix-de-feu et les Jeunesses patriotes), profite de cette situation, dénonce la corruption du régime (affaire Stavisky¹⁰⁷¹), sa faiblesse en présence de la menace allemande et descend dans la rue. Le 6 février 1934 les ligues organisent une manifestation antiparlementaire qui finit dans la violence et qui entraîne la chute du gouvernement Édouard Daladier (1884-1970), le dernier du « second Cartel ». Les forces de gauche répondent et, le 12 février, manifestent dans plusieurs villes.

Le 9 février Gaston Doumergue, ancien président de la République, forme un gouvernement d'Union nationale qui rassemble autour du centre et des radicaux quelques voix socialistes et de la droite. Tandis qu'il reçoit l'autorisation de recourir aux décrets lois pour prendre les mesures afin de rétablir l'équilibre budgétaire, Doumergue aborde la

¹⁰⁶⁶ MAYEUR, J.-M., *op. cit.*, p. 325.

¹⁰⁶⁷ BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, pp. 20-35.

¹⁰⁶⁸ CHEVALLIER, J.-J., *Histoire des institutions*, *cit.*, p. 547.

¹⁰⁶⁹ BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁷⁰ Entre juin 1932 et février 1934 Édouard Herriot, Joseph Paul-Boncour, Édouard Daladier, Albert Sarraut, Camille Chautemps et de nouveau Daladier occupent la présidence du Conseil, avec l'appui de la coalition du Cartel des gauches.

¹⁰⁷¹ Serge A. Stavisky, fondateur du Crédit communal, organise une fraude lui permettant de détourner plus de 200 millions de francs grâce aux nombreuses relations qu'il entretient dans les milieux de la police, de la presse et de la justice. Il meurt dans des circonstances mystérieuses, ce qui renforce les soupçons de corruption du régime, contribue à la chute du gouvernement Chautemps et déclenche les émeutes antiparlementaires du 6 février 1934 (JANKOWSKI, Paul, *Cette vilaine affaire Stavisky : Histoire d'un scandale politique*, Paris, Fayard, 2000).

question de la réforme de l'État et propose le renforcement des pouvoirs de l'exécutif (élargissement du pouvoir de dissoudre la chambre, possibilité de convoquer des référendums, interdiction aux députés de proposer des dépenses). Il ne trouve même pas l'appui des ministres radicaux et démissionne le 8 novembre 1934. Quatre gouvernements vont suivre jusqu'aux élections d'avril-mai 1936¹⁰⁷², alors que l'économie peine à se remettre, le réarmement est timide et Hitler, porté à la chancellerie allemande en janvier 1933, occupe militairement la Rhénanie (mars 1936) sans aucune conséquence.

Le second tour de ces élections suppose un changement important de la composition de la Chambre et permet l'arrivée au gouvernement d'une coalition de partis de gauche, le Front populaire¹⁰⁷³. Son origine se trouve dans le pacte d'unité d'action entre le Parti communiste¹⁰⁷⁴ et la SFIO signé le 27 juillet 1934, où les deux partis s'engagent à lutter contre le fascisme et à s'opposer au gouvernement d'Union nationale¹⁰⁷⁵. Suivant l'invitation à constituer un rassemblement non seulement ouvrier mais « populaire »¹⁰⁷⁶, le comité exécutif du Parti radical décide le 3 juillet 1935 de participer à la grande manifestation unitaire prévue pour le 14 juillet, adhésion qui est confirmée dans le congrès du parti en octobre. Après cette manifestation, un Comité national pour le rassemblement populaire est chargé d'élaborer un programme commun dans la perspective des élections du printemps 1936¹⁰⁷⁷. Publié en janvier, celui-ci montre un caractère à la fois modéré et ambigu¹⁰⁷⁸, mais il est le point de départ de l'action du premier gouvernement à dominante

¹⁰⁷² Ceux de Pierre-Étienne Flandin, Fernand Bouisson, Pierre Laval et Albert Sarraut.

¹⁰⁷³ Sur le Front populaire voir : BRUNET, Jean-Paul, *Histoire du Front populaire : 1934-1938*, 2^e éd. Paris, PUF, 1998 ; LEFRANC, Georges, *Histoire du Front populaire : 1934-1938*, 2^e éd., Paris, Payot, 1974 ; MARGAIRAZ, Michel, TARTAKOWSKY, Danielle, « *L'avenir nous appartient* » : une histoire du Front populaire, Paris, Larousse, 2006 ; MONIER, Frédéric, *Le Front populaire*, Paris, La Découverte, 2002 ; MORIN, Gilles, RICHARD, Gilles (dir.), *Les deux France du Front populaire : chocs et contre-chocs*, Paris, l'Harmattan, 2008 ; VIGREUX, Jean, *Le front populaire 1934-1938*, Paris, PUF, 2011 ; WINOCK, Michel, NIKEL, Séverine, *La gauche au pouvoir : l'héritage du Front populaire*, Paris, Bayard, 2006.

¹⁰⁷⁴ En principe, la direction du Parti communiste français (PCF) s'oppose à tout rapprochement avec la SFIO, selon la tactique « classe contre classe » posée dans les années 1920 par la Troisième Internationale. Les explications de ce retournement sont diverses et controversées. Il est pourtant clair que ce n'est qu'avec l'approbation de l'Internationale, dirigée par Moscou, que Maurice Thorez, secrétaire général du PCF, opère ce changement de stratégie (BERSTEIN, Serge, *La France des années 30*, 4^e éd., Paris, A. Colin, 2002, p. 108 ; BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, pp. 132-134).

¹⁰⁷⁵ Comme l'explique S. Berstein, les partis de gauche décident de s'unir contre « le danger fasciste » et les tentatives de l'extrême droite pour établir en France un régime dictatorial équivalent à l'Italie fasciste (*ibidem*, p. 103).

¹⁰⁷⁶ En effet, à Nantes le 10 octobre 1934 le secrétaire général du Parti communiste suggère « l'alliance des classes moyennes avec la classe ouvrière » et la constitution d'un rassemblement non seulement ouvrier mais « populaire », ce qui implique un appel au parti radical, représentant des classes moyennes (BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, p. 132).

¹⁰⁷⁷ Dans la même ligne de rassemblent, la Confédération générale du travail (CGT) socialiste et la Confédération générale du travail unitaire (CGTU) communiste fusionnent en mars 1936 (KERGOAT, Jacques, *La France du Front populaire*, Paris, La Découverte, 2006, pp. 76-78).

¹⁰⁷⁸ « Cette plateforme somme toute modérée témoigne davantage de préoccupations électorales que d'une claire perception de la situation internationale : ni la question coloniale, ni les dangers extérieurs, ni la situation en Europe ne semblent préoccuper ses signataires » (ZÉRAFFA-DRAY, Danièle, *Histoire de la France : D'une République à l'autre, 1918-1958*, Paris, Hachette, 1992, p. 83). En matière économique, « il s'agit, à l'instar de Roosevelt aux États-Unis, de conduire, comme on le dira plus tard, une politique de relance par la consommation, dont on espère la reprise de la production, la réduction de la thésaurisation et le retour de la croissance » (MARGAIRAZ, M., TARTAKOWSKY, D., « *L'avenir nous appartient* » : une histoire du Front populaire, *cit.*, p. 56). De fait, même sur le plan économique, ce programme modéré du « plus petit dénominateur commun » reste modeste et se contente de prévoir la « réalisation des tâches immédiates » pour

socialiste de la Troisième République, formé le 4 juin par un dirigeant de la SFIO, Léon Blum (1872-1950)¹⁰⁷⁹, à la suite du triomphe du Front populaire aux élections¹⁰⁸⁰. Dès le début, il doit faire face à un contexte mouvementé, car entre mai et juin une série de grèves éclatent un peu partout, dans plusieurs cas avec occupation d'usines. « Irruption des masses, grèves, mise en cause de la propriété, crainte de la Révolution : un climat de peur collective se répand, orchestré par la grande presse de droite, d'extrême droite »¹⁰⁸¹. Le gouvernement Blum cherche à faire cesser le mouvement de grève et prend l'initiative des accords de Matignon signés par la Confédération générale du travail (CGT) et le patronat, représenté par Confédération générale de la production française (CGPF) dans la nuit du 7 au 8 en échange de l'évacuation des usines, ce qui ne se produira que lentement. Blum trouve ainsi les conditions pour présenter et faire approuver « un train de réformes sociales qui le font entrer dans la légende de la gauche »¹⁰⁸². Néanmoins, le gouvernement ne peut pas supporter tant les difficultés économiques et financières¹⁰⁸³ que les pressions de la

résoudre la crise et apporter « une solution aux injustices sociales les plus criantes [...], sans toucher aux structures de la société », comme le souhaiteraient les socialistes (BERSTEIN, S., *op. cit.*, p. 111).

¹⁰⁷⁹ Or, comme l'indique J.-M. Mayeur, « l'originalité de l'expérience du Front populaire ne réside pas dans la victoire électorale de la gauche : il en avait déjà été ainsi en 1924 et 1932. Elle tient à l'unité de la gauche, des radicaux au parti communiste, et à la présence, pour la première fois dans l'histoire politique française, d'un membre de la SFIO à la tête du gouvernement » (MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, cit., p. 345). Le cabinet dirigé par Blum était composé de socialistes et de radicaux. « Le second de Blum en importance et en dignité était Édouard Daladier, vice-président du Conseil et ministre de la Défense nationale. Camille Chautemps, radicale, Maurice Viollette, socialiste français, et Paul Faure, SFIO, représentaient comme ministres d'État les partis de la coalition gouvernementale. [...] Mme Brunshwig, Irène Joliot et Suzanne Lacore, qui n'avaient pas le droit de voter, étaient sous-secrétaires d'État » (BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, p. 149). Malgré son soutien au Front populaire, les communistes ne participèrent pas au gouvernement (sur les raisons de cette décision voir : KERGOAT, J., *op. cit.*, pp. 104-109).

¹⁰⁸⁰ Le Front populaire obtient une claire victoire aux élections législatives du 26 avril et 3 mai 1936, remportant un total de 386 députés sur 608 à la Chambre (DUPEUX, Georges, *Le Front populaire et les élections de 1936*, Paris, A. Colin, 1959). Cependant, cela ne signifie nécessairement pas que l'opinion française avait nettement glissé à gauche. Comme le souligne E. Hobsbawm, le triomphe du Front populaire « résulte de l'augmentation d'à peine 1 % des suffrages obtenus par les radicaux, les socialistes et les communistes en 1932 » ; plus encore, le succès du Front populaire met surtout « dramatiquement en relief les coûts de la désunion passée » (HOBSBAWM, Eric J., *L'âge des extrêmes : le court vingtième siècle, 1914-1991*, Bruxelles, Éd. Complexe, Paris, « Le Monde diplomatique », 2003, p. 202).

¹⁰⁸¹ MAYEUR, J.-M., *op. cit.*, p. 352.

¹⁰⁸² BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 247. « Les grandes réformes du gouvernement Blum, comme celles de Roosevelt au moment du New Deal, se situent dans les trois premiers mois de son existence, dans ce moment d' "état de grâce" où se conjuguèrent l'espoir des uns et la peur sociale des autres » (BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, p. 155). C'est ainsi que « le 11 juin, au Palais-Bourbon, étaient votés les "quinze jours" de congés payés, les conventions collectives, et révisés les textes, héritage des gouvernements précédents, qui diminuaient les pensions des anciens combattants et les traitements des fonctionnaires. Le 13 juin, la Chambre adoptait le texte réduisant à 40 heures la durée hebdomadaire du travail, qui jusque-là atteignait 48 heures [...]. Le 19 juin des décrets permettaient de dissoudre quatre ligues : Les Croix-de-Feu, la Jeune Patrie, la Solidarité française, les francistes. Le nouveau statut de la Banque de France était voté le 24 juin, la création de l'Office du blé le 4 juillet, la nationalisation des industries de guerre le 17 juillet. Le 11 août enfin, à la veille de la clôture de la session parlementaire, la Chambre adoptait la loi sur les grands travaux » (BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, pp. 155-156).

¹⁰⁸³ Comme l'explique J. Vigreux, « le Gouvernement n'arrive pas à placer les emprunts prévus pour financer les dépenses liées aux réformes sociales, d'autant que les spéculateurs envisagent une dévaluation et refusent de soutenir un "gouvernement de rouges". Mais, surtout, les slogans "faire payer les riches", la dénonciation des "200 familles" ont eu pour effet induit la fuite des capitaux » (VIGREUX, J., *Le front populaire*, cit., p. 72). En plus, « dans ce contexte financier tendu, le gouvernement de Léon Blum doit, malgré ses engagements, recourir à la dévaluation en septembre 1936, suivant ainsi les autres puissances. Mais cette dévaluation arrive trop tard. Elle aurait dû être prise comme en Grande-Bretagne au début des années

politique intérieure, parmi lesquelles la défiance des radicaux par rapport aux grèves qui ne cessent pas d'éclater, le harcèlement critique du Parti communiste facilité par la non-participation et les attaques de l'extrême droite. En plus, la politique extérieure pose aussi des sérieux problèmes, notamment le débat autour de l'intervention dans la guerre civile en Espagne qui aggrave les affrontements entre la droite et la gauche¹⁰⁸⁴. En février 1937, Blum décide donc de faire une pause dans les réformes, mesure qui prétend, sans succès, apaiser l'opposition de droite, mais qui, en revanche, déçoit l'aile gauche de la SFIO et du Parti communiste. Le 15 juin, le gouvernement présente un projet de pleins pouvoirs en matière économique et financière. Il est accepté par la Chambre mais rejeté par le Sénat, raison pour laquelle Blum démissionne le 21 juin¹⁰⁸⁵.

Le radical Camille Chautemps prend la présidence du Conseil (Blum reste dans la vice-présidence). Sans beaucoup changer le ministère, il continue, à un rythme ralenti, les réformes du Front populaire. Pour affronter l'aggravation de la crise économique (accentuation du déficit budgétaire) Chautemps réclame des pleins pouvoirs, mais ils lui sont refusés le 9 mars 1938, en dépit des votes socialistes, ce qui le pousse à la démission. Blum reprend la tête du gouvernement seulement pour quelques semaines, parce qu'il n'obtient pas l'approbation, auprès du Sénat, des mesures financières pour sortir d'une crise qui persiste¹⁰⁸⁶. La fin de l'expérience du Front populaire commence le 10 avril avec l'arrivée à la présidence du Conseil du radical Édouard Daladier qui y demeure jusqu'en mars 1940. Par-delà sa durée, ce gouvernement est remarquable car « pour la troisième fois dans l'entre-deux-guerres (cf. 1924 et 1932), le centre de gravité d'une Chambre élue avec une majorité de gauche se déplace vers le centre »¹⁰⁸⁷. Ce constat se reflète dans la composition du ministère, où les radicaux dominent et les socialistes ne participent pas (mais donnent leur appui avec les communistes), et dans l'objectif posé d'être un « gouvernement de Défense nationale » face au péril extérieur (Hitler avait annexé l'Autriche le 11-13 mars) et la crise économique. Il est alors autorisé par une ample majorité de la Chambre à agir par décrets lois. Mais ce soutien va bientôt se dissoudre à cause de la

1930, ce qui aurait évité au franc d'être surévalué et lui aurait permis d'être compétitif, ce qui n'est pas imputable au gouvernement de Léon Blum » (*ibidem*, p. 73).

¹⁰⁸⁴ Le 17 juillet 1936, six semaines après le commencement du gouvernement Blum, une révolte militaire en Espagne éclate, dirigée par les généraux Emilio Mola et Francisco Franco contre le Front populaire espagnol qui dégénère rapidement en guerre civile. « Naturellement, la France ne pouvait qu'être favorable au soutien à un gouvernement légitime et idéologiquement proche de la majorité au pouvoir. Dès le 20 juillet, des fournitures, d'avions et d'armes étaient promises. La menace nazie, des réticences en France faisaient revenir le 26 juillet le Conseil des ministres sur sa décision, le matériel militaire ne passerait pas la frontière. [...] Après l'accord des principales puissances concernées, les livraisons cessaient effectivement le 9 août. [...] En octobre, il devenait patent que l'Allemagne comme l'Italie aidaient les franquistes, alors que le gouvernement français fermait les yeux [...] et pratiquait une "non-intervention relâchée" » (BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, pp. 166-167). Plus encore, « l'affaire d'Espagne introduit une première faille à l'intérieur de la coalition de Front populaire » (KERGOAT, J., *op. cit.*, p. 199).

¹⁰⁸⁵ Les conséquences de la démission de Blum pour l'avenir du Front populaire sont très profondes. Il est même possible d'affirmer que ce mouvement « a été frappé à mort le 21 juin 1937, lorsque après un an d'exercice du pouvoir le premier gouvernement Léon Blum a démissionné. Ce jour-là, l'espoir qu'un gouvernement durable, appuyé sur une majorité cohérente, pourrait réaliser une politique de larges réformes économiques et sociales, a dû être abandonné » (DUPEUX, Georges, « L'échec du premier gouvernement Léon Blum », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome X, n° 1, 1963, pp. 35-36).

¹⁰⁸⁶ KERGOAT, J., *op. cit.*, pp. 253-254.

¹⁰⁸⁷ BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 247.

révision par le gouvernement de plusieurs réformes du Front populaire¹⁰⁸⁸, des mesures économiques qu'il prend (dévaluation du franc en novembre) et des accords de Munich (29-30 septembre) par lesquels la France et le Royaume-Uni acceptent d'octroyer à Hitler une partie de la Tchécoslovaquie sans contreparties significatives¹⁰⁸⁹. Dans le même temps, la rupture du Front populaire s'officialise lors du congrès du parti radical en octobre, qui refuse de poursuivre le rassemblement avec le Parti communiste¹⁰⁹⁰. Celui-ci et la CGT appellent à la grève générale le 30 novembre contre la politique extérieure et la politique sociale du gouvernement Daladier, qui répond par une ferme répression et des licenciements massifs. La Chambre approuve la reconnaissance du gouvernement de Franco en Espagne en février 1939 et l'exécutif voit progressivement s'accroître ses pouvoirs lorsqu'il reçoit en mars l'autorisation de prendre par décrets toutes les mesures nécessaires à la défense du pays, comme réplique à l'annexion à l'Allemagne nazi de ce qui restait de la Tchécoslovaquie. L'opinion publique et la majorité dans les deux chambres soutiennent le renforcement de l'exécutif autour de Daladier, voire du président Lebrun qui est réélu le 5 avril. Cette politique est ratifiée lorsque le 2 septembre le gouvernement obtient à l'unanimité de la Chambre un crédit pour faire face à la menace d'Hitler qui vient d'ordonner l'invasion de la Pologne. Le lendemain la France et la Grande-Bretagne déclarent la guerre déclenchant ainsi la Seconde Guerre Mondiale.

Le gouvernement peut alors disposer de pouvoirs exceptionnels (renouveau le 30 novembre des pouvoirs spéciaux votés en mars 1939). Pendant ce temps, le Traité de non-agression entre l'Allemagne et l'Union soviétique (23 août) et l'entrée de l'armée du second en Pologne (17 septembre) font apparaître les communistes comme les alliés des adversaires de la France en guerre, raison pour laquelle le parti est dissous (26 septembre). Cette fermeté semble arriver trop tard et la stratégie défensive, fondée sur une efficacité

¹⁰⁸⁸ Daladier remet en cause la logique même du front populaire : « le 21 août, en revenant sur l'un des symboles de juin 1936, la loi des 40 heures : " il faut remettre la France au travail ", proclame M. Daladier dans un énergique appel qu'il adresse au pays. [...] La rupture est alors consommée avec les communistes et les socialistes. C'est la fin de l'expérience du Front populaire » (VIGREUX, J., *op. cit.*, p. 93).

¹⁰⁸⁹ Malgré la menace de l'expansionnisme allemand, une sorte de pacifisme se répand en France tant dans la classe politique que dans l'opinion publique, bien qu'à cette majorité « munichois » s'oppose une minorité « antimunichois ». « Le drame français réside dans le fait que ni le monde politique ni l'opinion ne perçoivent que l'Allemagne de Hitler n'est pas l'Allemagne de Guillaume II. Les responsables français des années 1930 sont marqués par cette Première Guerre mondiale dont un des effets les plus directs est de faire naître des générations des pacifistes » (BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, p. 56). D'ailleurs, comme le souligne F. Bluche « les amoureux de la paix, qui s'inclinaient de fait devant Hitler par aveuglement, n'étaient pas toujours faciles à distinguer de ceux qui le faisaient par pusillanimité, par anticommunisme, voire par fascination pour les régimes autoritaires » (BLUCHE, F., *op. cit.*, p. 249).

¹⁰⁹⁰ Le bilan du gouvernement du Front populaire est habituellement posé à la manière d'un dilemme entre réussite et échec. Cependant, comme l'indique J. Vigreux, raisonner uniquement dans cette optique « ne permet pas d'envisager le Front populaire dans toutes ses dimensions. Si l'on se limite à son slogan " pain, paix, liberté ", on peut effectivement mesurer les écarts entre les réalisations et les objectifs, les désillusions face aux espoirs suscités, voire son relatif échec face aux fascismes européens. Mais il faut envisager les forces de résistance, les peurs, les combats qui ont freiné ou contrarié la mise en œuvre des réformes » (VIGREUX, J., *op. cit.*, p. 120). De toute façon, le Front populaire comporte la reconnaissance de la démocratie sociale qui enrichit le modèle républicain, l'« irruption du social dans le politique » et, « progressivement, la prise en compte, par le politique, du mouvement social » (BORNE, D., DUBIEF, H., *op. cit.*, p. 118). Par conséquent, « il s'agit d'une révolution au sein de la société française, où les formes traditionnelles d'exploitation ont pu être modifiées par la loi. De fait, le Front populaire ouvre une séquence historique plus longue, qui trouve son débouché dans le programme du Conseil national de la résistance, et qui est mise en œuvre à la Libération, sous la IV^e République » (VIGREUX, J., *op. cit.*, p. 121).

irrédelle de sanctions économiques, connue comme la « drôle de guerre », ruine le moral de l'armée et sème le doute dans l'opinion publique. L'invasion de la Finlande par l'URSS et l'armistice qui suit (13 mars 1940) entraînent le 20 mars 1940 la chute du gouvernement Daladier qui n'a plus la confiance de la Chambre, « victime de la double opposition de ceux qui lui reprochaient son manque d'énergie et de ceux qui aspiraient à une paix de compromis »¹⁰⁹¹. Paul Reynaud (1878-1966) est appelé pour remplacer Daladier et essaie d'affronter l'offensive allemande lancée le 10 mai 1940 (invasion de la Hollande et la Belgique). Le 15 mai le front, Est est percé et la ligne de défense facilement contournée. L'État-Major ordonne la retraite et l'on assiste à l'exode massif de civils pris de panique. Le gouvernement recourt aux gloires de la Grand Guerre et le maréchal Philippe Pétain (1856-1951), âgé de 84 ans, est nommé vice-président du conseil le 18 mai. Le gouvernement quitte Paris le 10 juin. Les allemands y font leur entrée le 14. Devant l'ampleur de la débâcle, Reynaud démissionne et est remplacé par le maréchal Pétain. Face à ceux qui envisagent une capitulation afin de poursuivre la lutte dans les colonies d'Afrique du Nord (notamment le général Charles de Gaulle), Pétain considère que la seule solution honorable pour l'armée est un armistice par lequel les autorités civiles puissent interrompre les hostilités et assumer leur responsabilité. Cette dernière alternative s'impose et l'armistice, signé le 22 juin, divise le territoire français en deux zones, l'une soumise à l'autorité militaire allemande, l'autre placée sous la direction du gouvernement Pétain. Celui-ci s'installe à Vichy et le 10 juillet fait approuver par l'Assemblée nationale (Chambre des députés et Sénat ensemble) une loi constitutionnelle attribuant les pleins pouvoirs à Pétain, en vue de « promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'*État français* ». S'en est ainsi finit de la République et du régime parlementaire.

SECTION 2. LES DÉBATS POLITICO-CONSTITUTIONNELS : LES VICISSITUDES DE LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE

Ce cadre mouvementé et complexe a donné lieu à de nombreux débats concernant le régime politique. Même si chaque phase de la longue période de la Troisième République montre des sujets spécifiques d'intérêt, il est possible d'en identifier quelques-uns qui les traversent, qui sont continuellement formulés et controversés et qui ont des répercussions même au-delà les frontières. Sans viser un rapport exhaustif, on n'a choisi d'aborder uniquement ceux qui sont le plus directement attachés aux développements du constitutionnalisme de l'époque. C'est ainsi que le caractère républicain du régime, la portée de la démocratie et la marche du parlementarisme sont des questions profondément liées et qui ne cessent de se poser tout au long de la période (I). La nature et la fonction de la constitution fait aussi partie de ce type de problèmes, mais il sera examiné de façon indépendante en raison de sa centralité pour l'évolution de la doctrine constitutionnelle du tournant du XX^e siècle, sujet du prochain chapitre (II). Il convient en outre d'analyser l'établissement graduel de l'État de droit et ses conséquences dans l'évolution des

¹⁰⁹¹ MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, cit., p. 387.

institutions (III). Il en est de même du contexte socio-économique et intellectuel et de son influence sur le régime politico-constitutionnel, mais aussi de la manière dont il est influencé par celui-ci (IV). On s'intéressera ensuite à l'analyse des objectifs et des parcours des entreprises coloniales qui ont également marqué la politique pendant la Troisième République et qui ont renforcé la diffusion du modèle juridique et politique français (V).

I. République, démocratie et parlementarisme

L'affrontement entre le libéralisme classique et les conceptions de la souveraineté populaire est déjà clairement présent à la fois dans le débat politico-constitutionnel de la Révolution française¹⁰⁹² comme dans celui que provoquent les mouvements d'indépendance en Amérique¹⁰⁹³. Dans les années qui suivent, durant le XIX^e siècle, les confrontations entre démocrates et libéraux ont toujours comme référence les événements historiques qui ont été vécu en France depuis 1789. C'est ainsi que l'enthousiasme initial avec lequel les libéraux avaient reçu la Révolution se transforme en horreur lorsqu'ils s'attachent aux événements de l'époque de la Terreur où les garanties constitutionnelles sont complètement ignorées. En raison de ce changement d'attitude, les prétentions révolutionnaires radicales sont pour la plupart abandonnées pour faire place, sinon à une réaction radicale, du moins à une conception modérée des transformations sociales et politiques préconisant une transition progressive vers un État libéral fondé sur des institutions représentatives. En outre, le rejet des événements sous le régime jacobin entraîne chez les libéraux un scepticisme aigu qui donne parfois lieu à une véritable panique face à la participation amplifiée des majorités dans la vie politique, dès lors que cela pourrait conduire à l'anéantissement des libertés. De toute façon, en France pendant la Troisième République « l'interprétation de la Révolution Française est plus que jamais au centre du débat politique et intellectuel. C'est en effet dans la révolution que la nouvelle République prétend trouver ses racines, c'est par elle que tente de s'établir un consensus de tous les républicains »¹⁰⁹⁴.

Il n'en demeure pas moins que le libéralisme ne peut pas échapper aux défis qu'impliquent les profonds changements que les sociétés occidentales connaissent tout au long du XIX^e siècle. Parmi ceux-ci l'on trouve la consolidation institutionnelle de l'État-nation, le développement d'ordres juridiques avec un certain niveau de systématisation et

¹⁰⁹² ROSANVALLON, Pierre, *La démocratie inachevée : histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, pp. 43-52.

¹⁰⁹³ SUNSTEIN, Cass R., « Constitutions and democracies: an epilogue », in ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune (ed.), *Constitutionalism and democracy*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1988, pp. 327-328; GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2005, pp. 2-4.

¹⁰⁹⁴ REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 38. Toutefois, « se reconnaître une filiation avec la Révolution est une attitude extrêmement imprécise, qui va de la simple constatation réaliste d'un fait à la volonté explicite ou implicite d'assurer au contraire une continuité, et même de renouer tel ou tel fil interrompu » (NICOLET, C., *L'idée républicaine en France*, cit., p. 84). Sur le débat autour de la Révolution française pendant la Troisième République voir aussi : GÉRARD, Alice, *La Révolution française, mythes et interprétations, 1789-1970*, Paris, Flammarion, 1970, pp. 27 et suiv.

d'unification, la révolution industrielle et l'expansion de l'économie de marché, la transformation des structures des sociétés et l'émergence de nouvelles classes sociales (en particulier celle des travailleurs urbains industriels), et l'expansion de ces modèles et réalités politiques, juridiques, économiques et sociales dans une bonne partie du monde. D'ailleurs, à la suite de la Révolution française l'idée d'égalité s'installe définitivement dans la réflexion et la pratique politico-constitutionnelle, ce qui comporte non seulement le renforcement du débat sur la reconnaissance et l'élargissement des mécanismes et institutions de participation politique que celui sur les garanties sociales et économiques dirigées au bien-être des individus et de la société dans son ensemble. Toutefois, les théories de la souveraineté populaire et les mouvements et partis qui cherchent à les incarner ne cessent pas de signaler les défauts démocratiques du constitutionalisme libéral classique – celui de Locke, Hamilton, Madison, Hume, Montesquieu, Diderot – et de sa matérialisation dans divers textes de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle : la constitution de 1787 aux États-Unis, les françaises 1791 et 1795, la constitution espagnole de Cadix de 1812, la plupart des constitutions des pays de l'Amérique latine adoptées dans les mois qui ont suivi l'indépendance, etc. Bien qu'ils acceptent l'hypothèse selon laquelle le consentement des gouvernés est la base de toute organisation politique qui prétend être légitime, ils ne le restreignent pas au moment initial d'établissement de la société politique et de l'État. Même si cette hypothèse apparaît comme une justification effective des révolutions libérales, elle semble insuffisante une fois finie l'impulsion révolutionnaire, dans la mesure où, selon le libéralisme classique, le fait que le consentement individuel soit la base de légitimité de l'État ne suppose pas que tout le monde participe aux décisions politiques fondamentales de la société, et encore moins à leur mise en œuvre. De cette manière, on justifie des régimes qui limitent amplement le suffrage à partir de critères économiques et sociaux et qui excluent une grande partie de la population du processus de l'élection des membres des institutions représentatives. Cependant, pour les démocrates, le consentement ne se limite pas au seul moment de la fondation de l'État ou du déclenchement d'une révolution, car il doit s'étendre aux périodes de normalité, légitimant constamment le fonctionnement quotidien des puissances publiques. Les droits de participation politique doivent donc être reconnus à tous les membres de la société, avec la seule restriction du genre – que les démocrates commencent graduellement à revoir –, l'âge et les sanctions légalement établies.

On pourrait croire qu'en France ce type de controverse est tranché depuis 1848, lorsque le gouvernement provisoire, issu de la révolution de février, proclame le 2 mars que « le suffrage sera universel et direct, sans aucune condition de cens » et décrète quelques jours plus tard, le 5 mars, la convocation des élections pour choisir une assemblée constituante et dans lesquelles tous les français mâles âgés de 21 ans seront électeurs¹⁰⁹⁵. La constitution qui est élaborée par cette assemblée et qui institutionnalise la Seconde République confirme le suffrage universel pour l'élection de l'Assemblée législative et du Président comme chef de l'exécutif. Néanmoins, les difficultés conceptuelles et pratiques pour rendre compatibles les institutions représentatives et la participation démocratique amplifiée, déjà annoncées dès la fin du XVIII^e siècle, resurgissent lors de la mise en place des institutions nouvelles prévues dans la Constitution de 1848, situation renforcée du fait du « conflit entre le

¹⁰⁹⁵ MORABITO, M., *Histoire constitutionnelle de la France, cit.*, p. 219.

Président et l'Assemblée était naturellement inscrit dans la logique constitutionnelle »¹⁰⁹⁶. En effet, au fur et à mesure que se rapproche la fin du mandat du premier président élu au suffrage universel, Louis Napoléon Bonaparte (1808-1873), ses rapports avec l'Assemblée se tendent. Sans un mécanisme pour résoudre les blocages entre les deux pouvoirs le coup d'État semble inévitable, ce qui se produit le 2 décembre 1851. Pour le légitimer, le président organise quelques jours plus tard un plébiscite et il obtient le soutien de plus de sept millions de voix (il avait été élu avec cinq million et demi de voix). La république constitutionnelle est mise à terre et son sort est scellé par le sénatus-consulte du 7 novembre 1852 rétablissant la dignité impériale (le président reçoit le titre de Napoléon III), proposition qui est soumise à un plébiscite et qui recueille une forte majorité (7 824 000 « oui », 253 000 « non », plus de deux millions d'abstentions). Il semble donc que démocratie et constitutionnalisme ne peuvent pas s'accorder et dans ce contexte spécifique s'opposent deux conceptions : « pour les républicains, la constitution étant un absolu, par hypothèse intangible, tout Président violant impunément cette norme suprême est illégitime. L'utilisation du suffrage universel ne saurait couvrir ce vice. Ce n'est qu'un instrument au service de la dictature du fait de l'inculture politique du peuple. Les bonapartistes placeront au contraire *le suffrage universel au-dessus de la constitution*, la confiance directement manifestée par le peuple étant à leurs yeux la seule source de légitimité. Tel sera le fondement du Second Empire »¹⁰⁹⁷.

Après l'installation de la Troisième République en 1870 (précédée de la libéralisation du régime impérial depuis 1860 et de l'introduction progressive de quelques éléments du modèle parlementaire) la question de la compatibilité du suffrage universel et du parlementarisme ne cesse pas d'être posée et domine les événements politico-juridiques du dernier quart du XIX^e siècle et des premières décennies du siècle suivant. En France, l'ambivalence entre constitutionnalisme et démocratie se concrétise, dans un contexte où, pourtant, « la politique est devenue en Europe, [...] encore plus largement qu'avant, et malgré des exceptions ou des retards, une affaire d'*opinion* »¹⁰⁹⁸. C'est ainsi qu'« en 1871, comme en 1814, toutes les équivoques de la culture politique française remontent à la surface. Les peurs sociales et les perplexités philosophiques se conjuguent pour alimenter les nostalgies légitimistes comme les incertitudes libérales. Elles se nouent autour de la question du suffrage universel. Pour une grande partie des conservateurs et des libéraux, le suffrage universel est mis en accusation de la façon la plus abrupte »¹⁰⁹⁹. Le problème, confronté d'ailleurs au drame de la Commune, est donc celui de déterminer si « le suffrage universel, après la tourmente de 1848 et l'aventure de l'Empire, doit-il, tout au moins dans la forme brute où le recueillent les hommes de 1870, rester l'institution centrale de la France assagie et meurtrie »¹¹⁰⁰. Ce qui peut alors surprendre c'est qu'il s'installe dans le régime parlementaire sans faire l'objet d'un compromis comparable à ceux qui expliquent l'adoption des lois constitutionnelles de 1875. Cette « combinaison inédite entre une

¹⁰⁹⁶ BODINEAU, Pierre, VERPEAUX, Michel, *Histoire constitutionnelle de la France*, 3^e éd., Paris, PUF, 2004, p. 65.

¹⁰⁹⁷ MORABITO, M., *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁹⁸ NICOLET, C., *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁹⁹ ROSANVALLON, P., *Le sacre du citoyen*, cit., p. 405.

¹¹⁰⁰ SAULNIER, F., *Joseph-Barthélemy, 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, cit., p. 49.

République démocratique et un régime parlementaire, forme même de la monarchie du XIX^e siècle », est la principale innovation institutionnelle de la Troisième République, dont « aucun exemple [...] ne pouvait être invoqué nulle part dans le monde »¹¹⁰¹. Or, son adoption donne lieu dans la doctrine publiciste à l'opposition de deux théories sur le titulaire de la souveraineté : la souveraineté de la nation, qui justifie le régime représentatif, contre la souveraineté du corps électoral, qui offre le fondement d'une démocratie directe ou, au moins, semi-directe¹¹⁰². C'est justement pour cette raison qu'« une large frange des constitutionnalistes, pour ne pas dire tous, s'interroge : les deux institutions, régime parlementaire et suffrage universel, sont-ils en réalité compatibles ? »¹¹⁰³.

C'est le cas d'Adhémar Esmein (1848-1913)¹¹⁰⁴, qui dans un article publié dans le premier numéro de la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* en 1894 reconnaît que « le régime représentatif sous sa forme classique, tel que l'exposaient les publicistes anglais dans la première moitié de ce siècle », « tend à s'altérer » : « En Europe, aussi bien que dans le nouveau monde, on sent décroître la foi dans la vertu du gouvernement représentatif. Dans les pays mêmes qui l'ont vu naître, les esprits modérés et instruits semblent prêts à abandonner quelques-unes de ses règles, qui passaient jusqu'ici pour essentielles, prêts à y introduire des éléments nouveaux hétérogènes »¹¹⁰⁵. Parmi ceux-ci l'on envisage le renforcement de l'exécutif par rapport au législatif – il y a une espèce de « renversement de valeurs » entre les deux pouvoirs¹¹⁰⁶, la méfiance passant de l'un à l'autre –, ce qui comporte en France la proposition de réhabiliter le président de la République¹¹⁰⁷. Un autre exemple d'une posture sceptique, remarquable par le cadre comparatif où il se trouve, est celui des considérations de Raymond Saleilles (1855-1912) dans son *Rapport d'ensemble* résumant les rapports sur la question du parlementarisme présentés au Congrès international de droit comparé en 1900 (auquel l'on a déjà fait allusion)¹¹⁰⁸. Selon l'auteur, le régime parlementaire présente des « symptômes de décadence » qui « éclatent partout »¹¹⁰⁹, situation dont la cause sociale et politique « la plus

¹¹⁰¹ SACRISTE, G., « “ Le droit constitutionnel garantit le fonctionnement de la République ” », *cit.*, p. 71. De fait, selon ce même auteur, « ce qui fait donc toute l'originalité du modèle républicain [...] réside dans le fait qu'il s'efforce de consacrer le parlementarisme en le conciliant avec le principe démocratique, deux principes présents et compatibles au sein de la Troisième République de manière inédite par rapport à tous les régimes politiques antérieurs » (SACRISTE, Guillaume, *La République des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 315).

¹¹⁰² En effet, comme le remarque M.-J. Redor, « à lire les publicistes, il apparaît clairement que leurs idées sur la souveraineté, et notamment son titulaire, son étroitement fonction du mode de gouvernement qu'il convient, selon eux, de défendre. À la conception d'une nation abstraite titulaire de la souveraineté et incapable de l'exercer par elle-même, correspond nécessairement le régime représentatif ; à celle de la souveraineté d'un corps électoral atomisé par le suffrage universel, correspondrait tout aussi nécessairement l'adoption de la démocratie directe ou semi-directe » (REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 47).

¹¹⁰³ SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁰⁴ Nous aborderons quelques aspects de la doctrine constitutionnelle de cet auteur au prochain chapitre (*infra* pp. 290 et suiv.).

¹¹⁰⁵ ESMEIN, Adhémar, « Deux formes de gouvernement », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome I, 1894, pp. 17-18.

¹¹⁰⁶ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁰⁷ MORABITO, M., *op. cit.*, p. 337.

¹¹⁰⁸ Voir *supra* p. 166.

¹¹⁰⁹ SALEILLES, Raymond, « Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès sur la question du parlementarisme », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905-1907, tome I, p. 79.

importante, la plus universellement étudiée » est « l'extension de la démocratie comme phénomène social, avec l'extension du droit de suffrage, comme résultante politique »¹¹¹⁰. Saleilles soutient alors que « ce n'est pas seulement *a priori* que l'on déclare le parlementarisme incompatible avec la conception de l'égalité des droits politiques et avec la conception de la souveraineté numérique ; c'est l'expérience même [...] qui nous montre, partout où se fait sentir la poussée démocratique, des déviations et des altérations correspondantes du Régime parlementaire [...]. Il a suffi ce régime de démocratie politique pour que, soit le Régime parlementaire [soit] supprimé, comme il [l'a été], en effet, en France, peu de temps après l'établissement du suffrage universel ; soit, lorsqu'on [l'a] rétabli, pour qu'il [soit] né avec un vice originel qui [aboutit] à la crise actuelle, l'une des plus troublantes de notre vie politique »¹¹¹¹. Dans la même idée, Charles Benoist, dont les travaux sur la réforme des institutions ont déjà été mentionnés au début du présent chapitre¹¹¹², aborde aussi dans son rapport au même congrès les crises du parlementarisme, une crise qui se répand partout dans l'Europe continentale. « S'il est des degrés dans ce mal, ces peuples-là paraissent en souffrir le plus qui ont le suffrage le plus général et qui l'ont depuis longtemps : car, pour ne pas se payer de vaines formules, dans le fait, livré à lui-même et laissé à l'état inorganique, le suffrage universel ne se forme pas, il se déforme ; il ne s'éduque pas, il se corrompt à l'user »¹¹¹³. C'est pourquoi, parmi les solutions à la crise du parlementarisme, il convient de commencer par l'amélioration du mode de suffrage : « la cause des causes du mal étant dans le suffrage universel inorganique, c'est là qu'il faut couper l'effet, en organisant le suffrage universel. [...] L'organisation du suffrage universel est la maîtresse pièce du système : c'en est aussi la plus lourde à remuer ; non pas que les moyens manquent – l'embarras serait plutôt dans leur nombre et leur variété –, ni que les cadres soient à chercher très loin, mais il y a lieu de se garder avec un soin jaloux de tout ce qui aurait même une apparence de ressusciter dans le suffrage des inégalités, et des classes, ou des castes, ou des ordres dans la nation »¹¹¹⁴.

¹¹¹⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹¹¹¹ *Loc. cit.*

¹¹¹² Voir *supra* p. 205.

¹¹¹³ BENOIST, Charles, « Parlement et parlementarisme », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905-1907, tome II, 1907, p. 306. En outre, il convient de signaler que le courant politique qui dénonce les dangers de l'égalité politique pour le régime parlementaire – courant qui trouve un soutien pertinent dans le constitutionalisme critique de l'élargissement de la démocratie – n'est pas le seul à contester le suffrage universel. « Une deuxième tendance, qui représente l'autre extrême, ne tarde pas à parler du suffrage universel comme d'une mystification, une véritable supercherie qui, sous couvert d'une prétendue souveraineté populaire, ne modifie en rien le sort des masses. Ce deuxième courant refusera de jouer le jeu de la démocratie bourgeoise, se détournera du parlementarisme et inventera des formes d'action plus directes, comme le syndicalisme ou la grève, sans parler de l'anarchisme » (SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 59-60). Or, cette tendance ne domine pas tout le mouvement ouvrier et les partis socialistes, car il y en a une autre à caractère modéré, soutenant que « le Parlement, d'instrument de défense des intérêts de la bourgeoisie qu'il était, doit se transformer en une citadelle inexpugnable des revendications des classes laborieuses. Dans leur esprit, le régime parlementaire n'est légitime que s'il permet d'imposer le règne sans partage d'une majorité élue pour les faire triompher » (*ibidem*, p. 60).

¹¹¹⁴ *Ibidem*, p. 311. Dans son ouvrage *La réforme parlementaire*, dans lequel est reproduit le rapport au Congrès International de droit comparé qui vient d'être cité (BENOIST, Ch., *La réforme parlementaire*, cit., pp. 1-47), Benoist développe ses considérations sur ce sujet : « Le suffrage universel n'est pas la pure Intelligence, et le citoyen ne reçoit point, à vingt et un ans, les sept dons de l'Esprit. Le suffrage universel est simplement ce qu'il est, *mais il est*. On peut dire de lui, et avec toute raison, ce que les économistes aiment à dire de l'État : qu'il est un mal nécessaire » (*ibidem*, pp. 139-140). Pour cette raison il insiste sur sa réforme :

Ce type d'obstacles empêche une révision du suffrage universel. Pour ses opposants celle-ci est toujours regardée comme une menace trop lourde contre le principe d'égalité et comme l'interruption définitive du processus de démocratisation du régime parlementaire¹¹¹⁵. Cette posture se répand au sein des divers courants républicains, en commençant par les radicaux, au point que l'un des traits communs de leur idéologie – selon C. Nicolet – sera le principe selon lequel « la raison ne peut prétendre organiser le monde que si elle est librement acceptée, parce qu'elle n'est raison que par et pour la liberté. Dès lors aucun ordre, si rationnel et souhaitable soit-il, ne peut ni ne doit être imposé ; il doit être accepté et réclamé selon des procédures qui ne laissent aucune place à l'équivoque »¹¹¹⁶. À partir de cette donnée il est possible d'identifier un modèle idéologique républicain de la Troisième République relativement cohérent. Il s'oppose tout à la fois au libéralisme, en faisant de l'égalité non pas la principale menace mais la condition même de la liberté moderne, et au socialisme, autant que l'individu y occupe encore une place centrale et que la société politique juste est définie comme celle où la puissance publique assure l'égalité de droit et de chances, non pas l'égalité de résultats. En conséquence, « la culture politique républicaine est caractérisée par le fait que l'égalité dans le statut de citoyen est non seulement la condition mais la matière de la liberté dans une société d'individus. La République n'a jamais voulu dépasser l'individualisme sous prétexte qu'il engendrait de nouvelles inégalités, mais il a voulu lui assigner sa pleine réalité non pas en supprimant les inégalités – chose qu'elle sait impossible – mais en instaurant la forme d'égalité de droit et de chances qui, seule, peut constituer le contexte dans lequel les inégalités qui se déploieront pourront être considérés comme légitimes. Et elle a toujours soutenu que la chose publique était le ressort et le garant de cette forme d'égalité sans laquelle la société moderne échappe à la prise du droit et devient illégitime »¹¹¹⁷.

II. Constitution

En plus de la question de la compatibilité du parlementarisme et la démocratie, il y a une autre qui intéresse tout spécialement la doctrine constitutionnelle. La Révolution française, de même que les révolutions américaines, ont provoqué la fusion de la

« Il n'y a qu'un moyen de redresser, moralement et intellectuellement, le suffrage universel : c'est de le spécialiser, de le localiser ; c'est de l'organiser. Tel qu'il est, le vice capital de ce suffrage est d'écarter, par le dégoût ou le sentiment de l'impuissance, tout ce qui a une valeur, de la fierté, le respect d'autrui et de soi-même ; et, comme conséquence, de nous livrer aux aventuriers » (*ibidem*, pp. 141-142).

¹¹¹⁵ En février 1881, dans un discours devant la Chambre des députés Georges Clemenceau, essayant de concilier démocratie et libéralisme, affirme que « le souverain, c'est le suffrage universel, c'est la nation gouvernant dans la liberté et trouvant dans la forme républicaine la seule garantie de cette liberté » (GARRIGUES, Jean (éd.), *Les grands discours parlementaires de la Troisième République : de Victor Hugo à Clemenceau*, Paris, Assemblée Nationale, Armand Colin, 2006, p. 76). Pour sa part, en avril 1881 Gambetta, devant le Congrès de la Ligue de l'Enseignement, déclare que « le suffrage universel est un droit avant d'être l'exercice légal et régulier de la raison cultivée. [...] Il ne faudrait pas laisser dire un seul instant que son principe ou sa valeur peuvent dépendre de l'état intellectuel de tout un peuple, car cet état intellectuel nul n'est en possession de le mesurer » (cité par NICOLET, C., *op. cit.*, p. 260).

¹¹¹⁶ NICOLET, C., *op. cit.*, p. 266.

¹¹¹⁷ SPITZ, Jean-Fabien, *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005, p. 31.

conception politique et de la conception juridique de constitution¹¹¹⁸ par une synthèse matérialisée par un seul texte. C'est le cas notamment des trois constitutions révolutionnaires, celles de 1791, de 1793 et de 1795, et aussi de la Constitution de 1848. Après ces expériences, les lois constitutionnelles de 1875 rompent l'unité textuelle qui a caractérisé la constitution en France, au moins dans la pratique républicaine. Dès lors, l'incertitude marque ce droit constitutionnel sans constitution¹¹¹⁹, dont l'équilibre entre droit et politique semble être troublé au profit du second terme du rapport. En effet, dans ces textes la structuration des pouvoirs publics l'emporte sur les limitations juridiques. La « constitution » de la Troisième République suit alors la tradition mécaniciste, ce qui signifie qu'« elle est conçue avant tout comme un mécanisme et les qualités qu'on exige d'elle sont avant tout celles d'une mécanique efficace : elle doit réaliser ce pour quoi elle a été construite »¹¹²⁰. Dans ce contexte, la notion normativiste de constitution a peu de chances de se développer, car il ne s'agit pas « de prescrire qu'on fasse de bonnes lois, qu'on respecte la constitution ou qu'on préserve la liberté, mais d'imaginer un système qui par sa structure même produise nécessairement ce résultat »¹¹²¹. De cette manière, l'on met en doute la suprématie juridique de la constitution, ce qui libérerait le législateur de limites substantielles. Si celles-ci sont reconnues, elles n'auraient alors qu'un caractère moral¹¹²². Or, la force politique du droit constitutionnel maintient toute sa portée, surtout comme outil de renforcement du modèle républicain¹¹²³. De fait, la durée du régime « a permis aux théoriciens et aux praticiens du droit de se faire et d'exposer de façon systématique une opinion qui, pour les désapprouver ou les approuver, rendait compte, au vu de l'expérience, des principes et de la pratique d'un régime républicain. Ce n'est pas un hasard non plus si pour la première fois le droit constitutionnel et le droit public furent alors officiellement constitués en discipline autonome et enseignés à divers niveaux »¹¹²⁴.

¹¹¹⁸ « Les grandes révolutions américaine et française ont provoqué la fusion des conceptions politique et juridique de la constitution. D'un côté, la constitution dans la pensée des Modernes est une notion juridique car elle opère la discrimination entre le légal et l'illégal. Mais, elle est également une notion politique en tant qu'elle organise le pouvoir et le limite conformément à l'idéal constitutionnaliste qui lui a donné sa marque idéologique » (BEAUD, Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 3 (Autour de la notion de Constitution), 2009, p. 29 ; voir également : GRIMM, Dieter, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 48-50).

¹¹¹⁹ L'on a déjà signalé que le rapporteur de la commission des Trente considérait que le projet présenté ne correspondait pas à une véritable constitution (voir *supra* p. 213).

¹¹²⁰ TROPER, Michel, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in ID., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 210.

¹¹²¹ *Ibidem*, p. 212.

¹¹²² Selon Adhémar Esmein – comme on le verra (*infra* pp. 290 et suiv.), l'une des figures centrales de la doctrine constitutionnelle de la fin du XIX^e siècle – la constitution qui correspond à ce modèle, « en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation » (ESMEIN, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1914 (réimpression : Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001), p. 595).

¹¹²³ Cette situation est plus évidente dans les débuts de la Troisième République, lorsque l'on cherche à assurer l'origine constitutionnelle du régime républicain et à défendre le régime républicain en droit. « C'est bien cette conception du droit considéré comme un outil pour faire advenir la République et comme une arme pour défendre le nouveau régime républicain qui sera revendiquée par les républicains arrivant au pouvoir » (SACRISTE, G., « “ Le droit constitutionnel garantit le fonctionnement de la République ” », *cit.*, p. 73).

¹¹²⁴ NICOLET, C., *op. cit.*, pp. 38-39.

Deux conséquences peuvent être tirées de cette manière de concevoir la constitution. En premier lieu, comme on l'a déjà indiqué¹¹²⁵, dès le commencement même de la Troisième République les réalités politiques s'imposent graduellement dans les textes constitutionnels. « De 1875 à 1914, l'écart ne cesse de se creuser entre le texte constitutionnel et la pratique qui en est faite. [...] Autant dire que la constitution n'offre de garantie que le nom, elle n'est plus qu'un symbole dont il convient de rappeler de temps à l'autre l'existence au parlement, tout en sachant parfaitement qu'il n'y a aucun moyen concret pour obliger le législateur à la respecter »¹¹²⁶. Par conséquent, la doctrine constitutionnelle de la fin du XIX^e siècle considère que « en deçà de la constitution politique écrite ou coutumière existe une *constitution sociale* en perpétuelle évolution [...] qui impose ses diktats, dans une certaine mesure au moins, au fonctionnement effectif des institutions politiques d'un pays »¹¹²⁷. Celle-ci est justement la thèse de Gaëtan Combes de Lestrade qui dans son ouvrage *Droit politique contemporain* (1900) affirme que si la constitution sociale « n'est pas la base, le soutien constant de la constitution politique, celle-ci sera lettre morte ou, tout au plus, un événement passager. Elles sont de commun, ces constitutions sociale et politique, qu'elles doivent toutes deux dériver de la nature de la nation où elles se développent, se modifier en raison de l'évolution de cette nation, procéder de son passé et s'accorder aux nécessités du présent »¹¹²⁸. Dans la même logique, Roger Bonnard (1878-1944) soutient en 1912 qu'en France deux types de constitution sont en vigueur : l'un qui correspond à la « théorie littéraire », car réduit aux seuls textes ; l'autre qui représente la théorie « réelle » de la constitution, reflétant la pratique politique, et qui ne contient « presque plus rien des règles traditionnelles du régime parlementaire »¹¹²⁹. Plus tard, dans un texte sur *Le droit constitutionnel non écrit* (1934) René Capitant (1901-1970) affirme que « chaque constitution eut ses noms, qui pourraient servir à la baptiser et auxquels on la reconnaissait en effet : Benjamin Constant pour le gouvernement de Cabinet, Guizot, Broglie, Mac-Mahon pour le parlementarisme dualiste, Thiers, Grévy, Gambetta pour le parlementarisme actuel. En ces hommes, en leurs doctrines, en leurs drapeaux les constitutions se sont incarnées et non dans les textes immuables qui les ont indifféremment recouvertes. Façade trompeuse dès sa promulgation, la charte de 1814 continue de marquer la réalité de notre droit constitutionnel, et c'est toute l'évolution politique du XIX^e siècle qu'il faut mesurer pour connaître le fossé qui sépare aujourd'hui notre constitution positive

¹¹²⁵ Voir *supra* p. 216.

¹¹²⁶ REDOR, M.-J., *op. cit.*, pp. 153-154. Pour cette raison, « il s'est forgé très rapidement, à côté des lois constitutionnelles établissant la constitution formelle de 1875, une constitution matérielle du régime, dont les normes elles-mêmes restent à définir – “ coutume constitutionnelle ”, conventions de la Constitution, voire simples pratiques politiques –, la combinaison de ces deux constitutions, formelle et matérielle, constituant ainsi ce que l'on pourrait qualifier de “ Constitution de la III^e République ” » (BUJADOUX, Jean-Félix de, *La Constitution de la III^e République*, Paris, LGDJ, 2014, p. 6.

¹¹²⁷ SACRISTE, Guillaume, *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début du siècle*, Thèse de doctorat, Science politique, dir. Jean-Claude Colliard, Université Panthéon-Sorbonne Paris I, 2002, p. 202.

¹¹²⁸ COMBES DE LESTRADE, Gaëtan, *Droit politique contemporain*, Paris, Guillaumin, 1900, p. 47.

¹¹²⁹ BONNARD, Roger, « De la responsabilité des fonctionnaires devant le Parlement », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 29, 1912, p. 92.

de notre constitution écrite »¹¹³⁰. Pour constater cet écart entre les textes constitutionnels et les pratiques politiques il convient de rappeler que malgré les nombreuses voix en faveur d'une réforme du régime que l'on entend dès le début de la Troisième République (comme on l'a déjà souligné au commencement du présent chapitre), tout au long de sa durée seules trois révisions des lois constitutionnelles ont été adoptées¹¹³¹.

Une deuxième conséquence qui découle directement de l'affaiblissement de la suprématie juridique de la constitution : le contrôle de la constitutionnalité des lois n'a pas pu être établi. En effet, « les lois de 1875 n'avaient pas prévu de contrôle de constitutionnalité. La souveraineté de la loi, héritée de la Révolution, y mettait obstacle. Rien ne devait altérer la démocratie représentative »¹¹³². C'est pourquoi, « pour les légistes de l'État républicain, les vertus intrinsèques de la loi nécessitent de proclamer et d'établir pleinement la souveraineté du pouvoir législatif. Il est donc convenu notamment que toute idée de contrôle de constitutionnalité de la loi doit être rejetée »¹¹³³. Il semblerait même qu'il s'agisse d'une situation inéluctable car « faute de normes de référence appropriées et faute de juge armé à cette fin, le contrôle de constitutionnalité ne pouvait s'exercer dans le cadre du système de souveraineté parlementaire qui caractérisait la Troisième République »¹¹³⁴. Toutefois, une partie de la doctrine commence à reconnaître la possibilité d'opposer à la loi une norme supérieure. De fait, la Troisième République constitue un moment clef pour l'histoire du contrôle de constitutionnalité, puisqu'il y a un basculement de l'*opinio juris* : la doctrine publiciste, initialement hostile à cette institution, s'y rallie progressivement mais plus largement qu'on ne l'a longtemps pensé¹¹³⁵. Par exemple, Léon Duguit (1859-1928)

¹¹³⁰ CAPITANT, René, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tome 3, Les sources des diverses branches du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 6.

¹¹³¹ En effet, « alors que soixante-dix-sept propositions parlementaires et vingt-trois projets ont été déposés afin de modifier partiellement ou intégralement les lois constitutionnelles de 1875, seules trois révisions, toutes d'origine gouvernementale, ont été adoptées » (GRANERO, Aurèle, « Les révisions constitutionnelles non abouties sous la Troisième République », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 96, 2013, p. 835). Outre la loi du 14 août 1884 portant sur la révision partielle des lois constitutionnelles qui rend impossible la modification de la forme républicaine du Parlement et supprimant les sénateurs inamovibles – à laquelle on a déjà fait allusion, *supra* p. 215 –, les textes de 1875 ont été modifiés par la loi du 21 juin 1879 abrogeant l'article 9 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics (transfert du siège des pouvoirs publics de Versailles à Paris) et par la loi du 10 août 1926 conférant un caractère constitutionnel à l'autonomie de la Caisse de gestion des bons de la défense nationale et d'amortissement de la dette publique.

¹¹³² MORABITO, M., *op. cit.*, p. 328. L'exposition la plus connue de ce scepticisme au début du XX^e siècle est le livre de Édouard Lambert (1866-1947) sur le contrôle de constitutionnalité des lois aux États-Unis : LAMBERT, Édouard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie., 1921.

¹¹³³ SACRISTE, G., *Le droit de la République (1870-1914)*, *cit.*, pp. 415.

¹¹³⁴ MACHELON, Jean-Pierre, « Parlementarisme absolu, État de droit relatif : À propos du contrôle de la constitutionnalité des lois en France sous la Troisième République (positions et controverses) », *Revue Administrative*, 1995, n° 288, p. 628. Au contraire, D. Rousseau considère que l'impossibilité de mettre en place un contrôle de la constitutionnalité des lois n'est que le résultat de la conjoncture politique du début du XX^e siècle (ROUSSEAU, Dominique, « La question du contrôle de la constitutionnalité des lois sous la III^e République », *Revue belge de droit constitutionnel*, n° 3-4, 1994, p. 311).

¹¹³⁵ BAUMERT, Renaud, *La découverte du juge constitutionnel entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 12 et suiv. Par ailleurs, selon G. Sacriste il y a une différence entre ce que « les professeurs de droit public de la faculté de droit de Paris font bloc contre les propositions

considère que « toute loi contraire aux termes de la Déclaration des droit de 1789 serait une loi inconstitutionnelle »¹¹³⁶, posture qui pourtant n'est pas partagée par plusieurs auteurs¹¹³⁷. D'autres encore revendiquent la possibilité d'un contrôle juridictionnel des lois en vue d'un renouvellement du rôle des juges¹¹³⁸, contrôle qu'ils perçoivent déjà à travers les lois constitutionnelles¹¹³⁹ ou qu'ils proposent d'instituer au moyen d'une réforme explicite de celles-ci¹¹⁴⁰. De toute façon, aucune de ces options n'a été officiellement accueillie et leur

d'importation d'une Cour suprême en France, promue au contraire par bon nombre de professeurs provinciaux et de professeurs de l'École libre [des sciences politiques] » (SACRISTE, G., *op. cit.*, pp. 416).

¹¹³⁶ DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, organisation politique*, 4^e éd., Paris, E. de Boccard, 1923 (réimpression : Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007), p. 218 (sur cet aspect de la doctrine du professeur bordelais voir *infra* pp. 323 et suiv.). Il convient de noter que dans la même époque est publiée une traduction de l'article de Hans Kelsen (1881-1973) sur le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois : KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », trad. Charles Eisenmann, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 45, 1928, pp. 197-257.

¹¹³⁷ N'acceptent la suprématie juridique de la Déclaration de 1789 ni Esmein (ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, cit., pp. 561-562) ni Carré de Malberg (CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920-1922, vol. II, pp. 580-582). Or, « au-delà des divergences entre les auteurs sur l'autorité des Déclarations de droits, qui peuvent du reste s'expliquer au regard de leurs présupposés sur le droit, la plupart des juristes [...] s'accordaient à cette époque pour considérer que les droits et libertés inscrits dans ces textes étaient, au regard de la configuration du système juridique et du fait de leur imprécision, privés de toute portée pratique en l'absence d'intervention du législateur » (ROULHAC, Cédric, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014, § 18).

¹¹³⁸ SAULNIER, F., *op. cit.*, pp. 94-95.

¹¹³⁹ Par exemple, Gaston Jèze (1869-1953) estime qu'« en droit public et constitutionnel, dès qu'un État adopte le système de la séparation des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, consacre le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et organise des tribunaux indépendants, il confère, par cela même, aux Tribunaux, à titre de conséquence naturelle et logique, sans qu'il soit besoin de le dire expressément, le pouvoir et le devoir de vérifier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux, le pouvoir et le devoir de refuser l'application des lois contraires à la Constitution » (JÈZE, Gaston, « Pouvoir et devoir des tribunaux français en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 29, 1912, p. 140).

¹¹⁴⁰ Comme l'explique A. Granero, « de nombreux députés ont, en effet, déposé des résolutions tendant à ce que le régime renoue avec les traditions des déclarations des droits, curieusement interrompues sous la Troisième République, et qu'il soit institué un contrôle de constitutionnalité des lois » (GRANERO, A., « Les révisions constitutionnelles non abouties sous la Troisième République », cit., p. 836). De fait, « la chambre des députés enregistra en 1903 le dépôt de deux propositions intéressantes à cet égard. Dans l'exposé de sa proposition de loi du 28 janvier, Benoist soulignait la nécessité de limiter le parlementarisme, de substituer à la démocratie absolue une démocratie constitutionnelle qui protégeât de l'arbitraire législatif. En conséquence, il envisageait la création d'une *Cour suprême* qui jouerait le rôle d'arbitre et constituerait une garantie efficace du citoyen contre les abus du pouvoir. [...] Déposée le même jour, la proposition Roche procédait d'un même souci. Elle envisageait à instituer une *Cour suprême* ayant pour fonction de statuer sur les réclamations des citoyens pour violation de leurs droits par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif. [...] Pas plus que la proposition Benoist, la proposition Roche ne vint en discussion » (MORABITO, M., *op. cit.*, p. 328). Pour justifier sa proposition Charles Benoist soutient qu'en cette Cour suprême l'on trouve « le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs, » la Cour de justice qui, au lieu et place du Conseil d'État, « statuera souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative. » La voilà, la juridiction certaine, la juridiction souveraine, composée de membres inamovibles et inaccessibles à la faveur comme à la crainte, à laquelle nous confierons le dépôt sacré de nos droits et de nos libertés ; qui sera comptable envers nous des garanties constitutionnelles ; et qui, par conséquent, jugera les lois mêmes en les comparant, en les confrontant, en les conformant à la constitution » (BENOIST, Ch., *La réforme parlementaire*, cit., p. XI). Sur ce sujet voir aussi : MAULIN, Éric, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République, Charles Benoist et Jacques Bardoux », in CHAGNOILLAUD, Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, pp. 57-82 ; VERPEAUX,

soutien reste minoritaire dans la doctrine¹¹⁴¹, et lorsque cela arrive ce n'est pas à cause d'un souci de respect de la hiérarchie normative (vision juridique), mais plutôt en raison de la critique générale du parlementarisme et de la théorie de la suprématie du législateur (vision politique). Or, comme une sorte de compensation de l'inexistence de toute garantie juridique efficace à l'encontre du législateur, le droit administratif développe quelques recours juridictionnels pour contrôler les actes de l'exécutif¹¹⁴². C'est pourquoi Henry Nézard, dans son ouvrage *Éléments de droit public* (1911), soutient que « notre organisation n'apport[e] peut-être pas des garanties juridiques très puissantes contre les erreurs possibles du pouvoir législatif qui ne doit édicter aucune loi violant les droits individuels »¹¹⁴³ ; malgré cela, « le gouvernement et les administrateurs sont juridiquement astreints au respect des droits individuels », car leurs actes sont « soumis au contrôle des tribunaux par des recours multiples [...] : par des recours en annulation [...] et par des recours en indemnité »¹¹⁴⁴.

III. État de droit

La discussion autour du contrôle de constitutionnalité des lois peut être perçue comme une manifestation concrète du passage de l'« État légicentrique » ou « État légal » à l'« État de droit ». Le premier est « un État qui organise la suprématie du législateur à travers le règne de la loi formelle et non plus matérielle et qui, par conséquent, n'offre aucune garantie sérieuse contre l'éventuel arbitraire du législateur »¹¹⁴⁵ ; en revanche, le deuxième développe « le principe selon lequel les divers organes de l'État ne peuvent agir qu'en vertu d'une *habilitation* juridique », principe qui « postule d'abord la soumission de l'administration au droit », mais qui « postule aussi la subordination de la loi à la

Michel, « Le contrôle de la loi par la voie de l'exception dans les propositions parlementaires de la IIIe République », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 4, 1990, pp. 688-698.

¹¹⁴¹ Plus encore, lorsque le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est admis, c'est avec beaucoup de préventions qu'on le fait. Esmein accepte ainsi d'« affirmer la compétence des tribunaux de tout ordre pour exercer un contrôle sur la régularité externe des actes émanant des Chambres législatives, à la condition que ce contrôle soit limité à l'observation des formes requises par les lois constitutionnelles proprement dites » (cité par SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 99, n. 294). De cette manière, cet auteur reconnaît qu'uniquement les règles organiques et procédurales de la constitution, ayant un caractère concret, peuvent recevoir une application juridique, ce qui n'est pas possible envers les principes constitutionnels généraux qui, de toute façon, ne sont pas inclus dans les lois constitutionnelles de 1875 (voir *supra* p. 213). Sur le rejet généralisé du contrôle de constitutionnalité des lois par la doctrine voir : MAUS, Didier, « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France », in *L'Esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 713-745 ; RAYNAUD, Philippe, « Des droits de l'homme à l'État de droit : Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public », in ID., *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2009, pp. 46-61.

¹¹⁴² Comme l'indique M.-J. Redor, « dans la mesure où il s'agit d'instituer l'État de droit, c'est-à-dire de mettre sous contrôle tous les actes faits par l'État, deux solutions peuvent alors être envisagées : ou bien l'on organise un contrôle juridique des actes du législateur ; ou bien, si cette première hypothèse n'est pas réalisable, on développe la fonction législative de l'exécutif. [...] La garantie du citoyen passerait alors paradoxalement par l'extension des pouvoirs de l'exécutif » (REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 130).

¹¹⁴³ NÉZARD, Henry, *Éléments de droit public : à l'usage des étudiants en droit*, Paris, F. Juven, 1911, p. 64.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 65-66.

¹¹⁴⁵ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 14.

Constitution»¹¹⁴⁶. Suivant partiellement la théorie allemande du *Rechtsstaat*¹¹⁴⁷, la soumission du législateur à un droit supérieur est un sujet qui intéresse beaucoup la doctrine publiciste pendant la Troisième République et qui arrive à avoir des répercussions dans le débat politique de l'époque. Carré de Malberg, le premier auteur qui en France aborde systématiquement ce concept¹¹⁴⁸, le définit comme l'État qui « se soumet lui-même à un régime de droit »¹¹⁴⁹, en maîtrisant tous ses pouvoirs, même le législatif¹¹⁵⁰. On pourrait penser, de prime abord, que pour la doctrine ce n'est question que d'imposer quelques procédures ou certaines formes d'organisation aux autorités publiques. Il n'en est rien, car il s'agit aussi d'affirmer une conception de la légitimation de celles-ci à l'aide du principe de légalité, de sorte que le respect des règles du système juridique offre le fondement de l'existence du pouvoir politique. Comme le souligne M.-J. Redor, qui a réalisé l'une des études les plus complètes en la matière, c'est au tournant du XX^e siècle – l'« âge d'or » de la doctrine publiciste française –, dans un climat politique favorable au contrôle des actes de l'administration, que l'idée d'« État de droit », l'idée de « lutter contre l'arbitraire, [d']obliger l'État à respecter le droit qu'il édicte » commence à s'étendre dans la doctrine, même si l'utilisation de l'expression reste relativement rare¹¹⁵¹. C'est pourquoi pendant ce temps « la

¹¹⁴⁶ CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, pp. 14-15. Ce principe implique que « tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique ; l'exercice de la puissance se transforme en une *compétence*, instituée et encadrée par le droit. Dans la mesure où les organes de l'État sont ainsi tenus au respect de normes juridiques supérieures, l'État de droit tend à se présenter sous l'aspect formel de la hiérarchie des normes » (*ibidem*, p. 14).

¹¹⁴⁷ Il s'agit d'une influence partielle parce que quand la doctrine juridique française reprend à son compte, au début du XX^e siècle, la notion de *Rechtsstaat* « c'est en opposant à la vision germanique la tradition politique française, héritée de la Révolution de 1789 » (CHEVALLIER, J., *op. cit.*, p. 13). D'ailleurs, il convient de rappeler que pendant ces années le dialogue franco-allemand est à double sens : « aux Allemands, la doctrine française offre une construction élaborée du libéralisme juridique, qui puise ses sources dans la Révolution de 1789 ; aux Français, la doctrine allemande offre le modèle d'une réflexion théorique sur le droit et l'État, relancée par la création de l'Empire » (BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick, « Préface », ID. (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 5).

¹¹⁴⁸ Avant cet auteur, Duguit, dès la première édition de son *Traité de droit constitutionnel* de 1911 (voir dans la 3^e éd. : DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome I, La règle de droit - Le problème de l'État*, 3^e éd., Paris, E. Bocard, 1927, § 49, pp. 539-540, § 60, pp. 642-646 ; ID., *Traité de droit constitutionnel. Tome II, La théorie générale de l'État*, 3^e éd., Paris, E. Bocard, 1928, § 42, pp. 688-689), Maurice Hauriou (1856-1929), dans ses *Principes de droit public* (HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, pp. 17-27, 31-40), et Nézard, dans ses *Éléments de droit public* (*op. cit.*, § 1, pp. 1-2), lui consacrent des développements substantiels. Or, « l'apport de Carré de Malberg sera de construire une approche de l'État de droit épurée de certaines de ses références germaniques et de ce fait mieux adaptée à la réalité politiques française » (CHEVALLIER, J., *op. cit.*, p. 30).

¹¹⁴⁹ CARRÉ DE MALBERG, R., *op. cit.*, tome I, p. 489.

¹¹⁵⁰ En effet, pour cet auteur tandis que « l'État légal tend purement et simplement à assurer la suprématie du Corps Législatif » le régime de l'État de droit n'exige pas uniquement « la subordination de l'administration aussi bien aux règlements administratifs eux-mêmes que aux lois », car « le développement naturel du principe sur lequel repose l'État de droit impliquerait que le législateur lui-même ne peut point, par des lois faite à titre particulier, déroger aux règles générales consacrées par la législation existante. Il serait pareillement conforme à l'esprit de ce régime que la Constitution détermine supérieurement et garantisse aux citoyens ceux des droits individuels qui doivent demeurer au-dessus des atteintes du législateur. Le régime de l'État de droit est un système de limitation, non seulement des autorités administratives, mais aussi de Corps Législatif » (*ibidem*, tome I, p. 492).

¹¹⁵¹ REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, *cit.*, pp. 8-9. Il est évident que l'idée d'État de droit n'est pas neuve puisque les fondations du droit public jetées par la Révolution de 1789 reposaient sur cette idée. « Mais il s'agissait d'un État de droit imparfait, inachevé. Ses défauts étaient restés masqués tant qu'avaient duré les restrictions apportées au droit de suffrage » (SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 89).

théorie de l'État de droit remplit pour la doctrine française une double fonction : une *fonction cognitive*, en permettant de mieux cerner, par contraste, ce qui caractérise le régime politique français ; une *fonction critique*, en fournissant des arguments théoriques à l'appui de la dénonciation de l'omnipotence parlementaire »¹¹⁵².

Dans ce cadre, la théorie de l'État de droit permet à la doctrine de procéder à une sorte d'autonomisation du droit par rapport à la politique, bien qu'il ne cesse pas d'avoir des effets politiques. L'un des principaux est le développement d'une vision juridique de la démocratie, qui suppose que ce ne soit pas seulement le vote, mais également le recours juridictionnel qui justifient le régime républicain. « La légitimité se résume désormais à l'affirmation du principe de légalité, à sa mise en œuvre par des moyens exclusivement juridiques »¹¹⁵³. Toutefois, « la protection des administrés contre les abus de pouvoir devient une sorte de résultat accessoire ; ce qui importe avant tout, c'est que le système juridique soit capable d'expulser de son sein tout acte étranger à la légalité. La confrontation des contrôles politiques et des contrôles juridiques tourne systématiquement chez les publicistes au profit des seconds, au point qu'ils y voient l'essence de la véritable démocratie »¹¹⁵⁴. C'est ainsi que « la limitation du pouvoir politique par le droit constitutionnel devient une limitation de l'État par le droit ; au constitutionalisme de la fin du dix-huitième siècle, succède l'administrativisme du début du vingtième siècle »¹¹⁵⁵.

Tout au long de la Troisième République se présente une relation complexe entre le droit et la politique, que ce soit dans la pratique ou bien dans la doctrine. Dans les deux domaines on considère que le droit légitime l'État dans la mesure où celui-ci l'applique aux particuliers et se l'applique à lui-même, donnant ainsi lieu à une réciprocité de l'obligation de respect du droit entre gouvernants et gouvernés. Le droit légitime l'État, mais en même temps l'État garantit l'effectivité du droit, paradoxe qui restitue le fait que, dans la pratique, l'État n'est lié par le droit qu'à cause des facteurs externes au droit même¹¹⁵⁶. De toute façon, le passage du règne de la loi au règne du droit est vu par la doctrine comme un processus d'autonomisation du droit, objectif qu'elle a toujours cherché, autonomisation liée à l'autolégitimation de l'État par l'intermédiaire du droit et à la surestimation du droit par la doctrine qui réaffirme la supériorité de celui-ci sur la politique. Cependant, cet apolitisme est relatif, parce qu'il se trouve nuancé par les effets politiques des garanties juridiques et par les conséquences de la nouvelle souveraineté du droit, qui déplace celle de la nation. Que la doctrine de l'époque ne s'en occupe ne signifie pas que les effets politiques de cette autonomisation ne cessent d'exister du fait de cette indifférence. La

¹¹⁵² CHEVALLIER, J., *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁵³ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 176. Par conséquent, « si l'État de droit révolutionnaire trouvait les garanties contre les abus de pouvoir essentiellement dans le domaine politique, les publicistes de la Troisième République les cherchait davantage du côté juridique, voire juridictionnel » (*ibidem*, p. 185).

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 176.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 324.

¹¹⁵⁶ En effet, comme l'indique M.-J. Redor, « si la théorie juridique de l'État de droit s'est édifiée grâce aux juristes, l'observation du droit par l'État n'a lieu que dans la mesure où l'efficacité du pouvoir dépend de son exercice rationnel. C'est donc par une condition étrangère au droit que l'État se trouve soumis au droit. La lecture des publicistes montre au contraire qu'ils réintègrent cette condition dans le monde juridique ; ils en déduisent alors que l'effectivité de l'obligation résulte de la valeur intrinsèque au droit, de sa logique contraignante, donnant ainsi au droit de façon particulièrement illusoire, une vie propre, autonome à l'égard de l'État qui le produit » (*ibidem*, p. 310).

séparation entre droit et politique opérée par la doctrine publiciste est alors bien relative, car « loin d'être apolitique, la conception de l'État de droit consiste à traduire en termes juridiques des problèmes éminemment politiques et elle prétend résoudre sur le terrain du droit, qui bénéficie du fait que la discipline tend à se constituer comme science autonome pour se donner comme terrain neutre »¹¹⁵⁷.

Dans ce cadre les publicistes encouragent un processus dont la première phase consiste à affirmer l'autonomie du droit public par rapport à la politique. En effet la loi, spécialement quand elle est appliquée par le juge (surtout par le juge administratif), offre des garanties plus efficaces contre l'arbitraire du pouvoir que la structure institutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs et la soumission virtuelle – pour autant qu'elle soit politique et non pas juridique – du législateur aux normes constitutionnelles. Ensuite, cette autonomisation du droit public accorde un caractère scientifique à son étude, ce qui comporte la reconnaissance de son autonomie face au droit privé. « Soumettre ainsi l'État au droit, c'est aussi offrir au droit instrument de cette limitation, le droit public, une chance de se développer et même de changer de nature. Inventé comme droit de puissance unilatérale, le droit public, avec l'État de droit, pourra contester au droit privé son privilège d'être le droit des rapports entre les particuliers et l'État. Il pourra même, peut-être, faire la preuve qu'il est le plus qualifié dans la défense des libertés contre l'État. Qu'il est un droit moderne, souple, qui peut, grâce à la jurisprudence, sa source principale, s'adapter à l'infini aux besoins sociaux, tandis qu'à l'inverse le droit privé, empêtré dans ses méthodes exégétiques travaille, lui, en faveur de l'ordre établi »¹¹⁵⁸.

Dans ce cadre, il n'est pas surprenant que le rôle assigné aux juges change considérablement par rapport à celui fixé depuis la Révolution française¹¹⁵⁹. L'autonomisation du droit à partir de la critique de l'omnipotence du législateur se réalise par l'adoption d'une conception juridictionnelle de l'État de droit qui cherche l'efficacité de la norme juridique et qui se concrétise dans le développement du droit public et des recours devant le juge administratif. Cette « souveraineté » des juges se manifeste aussi dans l'initiative que prend la jurisprudence, particulièrement en ce qui concerne l'établissement du recours pour excès de pouvoir, qui est suivi en détail par la doctrine dans ses études¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 315-316.

¹¹⁵⁸ SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁵⁹ Comme le rappelle Ph. Raynaud « les Lumières, longtemps suivies sur ce point par la pensée démocratique, ont été plutôt méfiantes à l'égard des juges » (RAYNAUD, Philippe, « Le juge, la politique et la philosophie », in ID., *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 103). De là, « la méfiance des hommes de la Révolution à l'égard du pouvoir judiciaire, méfiance inspirée elle-même par le souvenir des parlements de l'Ancien Régime et de l'obstruction qu'on leur reprochait à l'encontre des tentatives de réformes administratives entreprises par le pouvoir royal et les intendants. C'est cet état d'esprit anti-judiciaire qui, sous la Révolution, fit interpréter le principe de la séparation des pouvoirs comme exigeant, au nom de l'indépendance de la administration, l'interdiction pour les tribunaux judiciaires de juger les procès administratifs » (GAUDEMET, Yves, *Droit administratif*, 18^e éd., Paris, LGDJ, 2005, p. 42). On est alors en présence de la « tendencia antijudicialista hegemónica en las concepciones políticas del liberalismo galo » (BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, p. 239).

¹¹⁶⁰ En effet, « la théorie de l'État de droit servira aussi, comme en Allemagne, d'appui solide dans la construction doctrinale d'un droit administratif en plein essor : favorisant l'élargissement du contrôle du juge administratif sur les actes administratifs, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir dont la nature contentieuse et le caractère objectif sont désormais indiscutés, elle justifie aussi le développement de la

Elle arrive à expérimenter une sorte de vénération envers la jurisprudence du Conseil d'État¹¹⁶¹, encourageant aux juges à élargir encore plus leurs contrôles sur les actes de l'administration. Par conséquent, leur mission est principalement la protection de l'ordre juridique et leur présence suppose qu'un conflit social devienne un procès juridique garantissant ainsi un certain degré de stabilisation des relations à l'intérieur de la société. S'il leur est reconnu un rôle créateur ce n'est justement que pour conserver l'ordre juridique et social et non pas nécessairement pour garantir les droits des administrés¹¹⁶². De là, l'État de droit peut avoir une version de tendance étatiste, car en cherchant le respect du droit par les autorités publiques l'on cherche aussi que les gouvernés s'y soumettent, garantissant de cette manière la stabilité sociale. « Si le respect du droit est une condition du maintien de l'ordre et de l'existence de l'État, il s'avère donc que, réciproquement, le maintien de l'existence de l'État constitue un élément de l'ordre juridique »¹¹⁶³. Il est même possible de justifier la mise en doute de l'État de droit lui-même pour sauvegarder les institutions étatiques contre la menace du conflit sociopolitique.

Il y a pourtant une sorte de paradoxe dans cet élargissement des pouvoirs des juges, puisque malgré la critique à l'encontre du législateur, la nouvelle version de l'État de droit suppose une confirmation du principe de légalité par l'annulation juridictionnelle des actes administratif illégaux. Le changement opère alors sur le type de garantie contre l'arbitraire, qui n'est plus seulement une garantie politique – l'organisation institutionnelle des pouvoirs –, mais également une garantie juridique de l'efficacité de la loi : celle du jugement par les tribunaux de sa transgression. Ce paradoxe peut s'expliquer par le fait qu'il y a une continuité, plutôt qu'une rupture, entre État légal et État de droit : ce dernier renforce les contrôles juridiques au pouvoir qui prévoyait le premier et maintient les mêmes principes politiques de caractère libéral¹¹⁶⁴. C'est ainsi que la légitimité devient une question juridique et que la doctrine publiciste déplace la question de la légitimation du pouvoir de l'analyse de son origine à celui de son efficacité et sa rationalité à travers le droit¹¹⁶⁵. Dans ce cadre l'ambivalence entre libéralisme et démocratie montre une autre dimension, car « face à la poussée démocratique, les publicistes tentent en effet de sauvegarder les valeurs libérales

responsabilité d'une administration tenue de répondre de ses actes ; plus profondément, elle entraîne une véritable refondation d'un droit administratif conçu, non plus comme un privilège pour l'administration, mais comme un moyen de renforcer les garanties offertes aux administrés » (CHEVALLIER, J., *op. cit.*, p. 33).

¹¹⁶¹ Comme le remarque F. Burdeau « le rôle majeur qui fut finalement reconnu à la jurisprudence, au point qu'il deviendra banal de souligner la nature prétorienne du droit administratif, valut au Conseil [d'État] de la part de ses interprètes une attitude révérencieuse et dévote inconnue de la doctrine privatiste à l'égard de la Cour de cassation » (BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 116).

¹¹⁶² Bien que la protection des administrés soit une conséquence importante de l'action juridictionnelle, elle n'en constitue pas moins un résultat accessoire par rapport à celui de la perfection du droit, parce qu'en s'agissant du droit public le juge « est amené à faire respecter d'abord l'intérêt général qui, par essence, doit l'emporter sur les intérêts particuliers des administrés et l'arbitraire des administrateurs » (REDOR, M.-J., *op. cit.*, pp. 270-271).

¹¹⁶³ *Ibidem*, p. 301.

¹¹⁶⁴ En effet, il ne se produit pas un bouleversement total de l'État légal à l'État de droit, dans la mesure où « celui-ci se présente au contraire comme l'achèvement de la Révolution de 1789 instituant le pouvoir politique de la bourgeoisie. La République radicale qui se propose de terminer la Révolution pour sauvegarder ce pouvoir tend à en caricaturer certains traits, et notamment le juridisme auquel semble devoir se résumer le progrès démocratique » (*ibidem*, p. 316).

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 322.

qui fondent l'État légal »¹¹⁶⁶. L'État de droit, comme processus d'autonomisation du droit, comporte alors une conception particulière du pouvoir et certains choix politiques qui tendent à adapter le libéralisme à la démocratie et à concevoir l'État comme un pouvoir juridique plus que comme un pouvoir politique. La remise en cause de l'État légal n'est donc que partielle et consiste plutôt en la sauvegarde de l'essentiel : l'existence de l'État et d'un pouvoir politique séparé de la société civile, de façon que « le sacrifice de certains principes de l'État légal apparait comme le prix payé de l'adaptation du régime à la démocratisation du suffrage et de la société »¹¹⁶⁷. Des tensions peuvent ainsi apparaître entre la souveraineté du droit et la souveraineté de la nation, même si celle-ci se réalise par le régime représentatif du parlementarisme. Comme les seuls contrôles juridiques suffiraient, les revendications politiques (par exemple, l'élargissement des droits et procédures de participation politique) sont mises à l'écart et l'ordre juridique peut de cette manière s'opposer à la démocratie. Toutefois, à partir de 1945 l'État de droit revalorise ses aspects libéraux, articule la philosophie des droits de l'homme et réaffirme un modèle de démocratie amplifiée, « au point que l'État de droit et la démocratie libérale sont aujourd'hui synonymes. La doctrine en arrive ainsi à concilier deux légitimités, celle de la source du pouvoir et celle de son efficacité, l'élection des gouvernants au suffrage universel et l'exercice du pouvoir dans le respect du droit »¹¹⁶⁸.

IV. Contexte socio-économique et intellectuel

En France, la consolidation du suffrage universel dans le cadre du régime parlementaire accompagne d'autres transformations qui affectent profondément le contexte social, économique et intellectuel de la Troisième République. Or, ces transformations sont assez graduelles – ce qui s'encadre dans la longueur de la période –, au point que « des débuts de la III^e République à la fin du siècle, la société française ne connaît que des mutations limitées, et les inégalités entre les groupes sociaux demeurent inchangées »¹¹⁶⁹. Il est même permis de dire que cette immuabilité des structures est un autre motif de la stabilité constitutionnelle de la Troisième République¹¹⁷⁰. Au demeurant, ce n'est que depuis le début du XX^e siècle, et surtout pendant la période de l'entre-deux-guerres, que la société française expérimente les changements qui bouleversent le régime politique jusqu'au déclenchement de la Seconde Guerre mondiale. C'est le cas, par exemple, des améliorations de la croissance industrielle : « Médiocres encore au tournant du siècle, ralenties en tout cas

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 167.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 329-330.

¹¹⁶⁹ MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République*, cit., p. 93.

¹¹⁷⁰ Comme le soulignent J.-P. Azéma et M. Winock, « à la recherche d'une explication socio-économique de la réussite constitutionnelle de la III^e République, nous sommes passés insensiblement des faits objectifs : permanence ou lente mutation de la population active, retard de la industrialisation, importance numérique anormale des non-salariés, place démesurée de la petite propriété, continuité de l'artisanat, faible part des ouvriers employés par les grands établissements, etc. à des considérations d'ordre subjectif : l'individualisme, la crainte de la superproduction, le goût de l'épargne et de la rente, la méfiance de l'industrie... Tous ces aspects ont joué dans le même sens pour assurer à la France une certaine permanence de ses structures, qu'on a trop glorifiée comme une réussite, mais qui dénote un singulier archaïsme des esprits dirigeants et de la production économique » (AZÉMA, J.-P., WINOCK, M., *La III^e République*, cit., pp. 155-156).

par les difficultés cycliques de 1901-1904, elles ne s'affirment qu'après 1905 et le vent nouveau qui souffle sur l'industrie française atteint sa vitesse maximale en 1910-1913 »¹¹⁷¹. Il en est de même de la consolidation de l'interventionnisme étatique, étant donné que « l'industrialisation va très vite amener l'État à intervenir dans l'économie tant pour en réguler le développement qui menace l'équilibre social que pour l'encourager et en tirer un surcroît de puissance »¹¹⁷². L'administration et la technocratie entrent alors dans sa phase d'expansion¹¹⁷³, impliquant l'abaissement de l'influence que jusqu'alors avaient les juristes dans le gouvernement¹¹⁷⁴. En même temps se produit l'essor de groupements de divers types dans la société, comme les associations et les syndicats, situation qui affaiblit la primauté que jusqu'alors avait l'individualisme dans la pensée politique et juridique¹¹⁷⁵. De fait, la doctrine essaie de ne pas omettre ces changements, ce qui démontrerait la modernité dont font preuve les publicistes de la Troisième République. « Au lieu de s'opposer à cette évolution, ils ont su au contraire prendre en compte les mutations de la société de leur temps jusqu'à proposer, pour les plus modernistes d'entre eux, la substitution d'un droit "socialiste" au droit individualiste et l'affaiblissement du droit de propriété pour en éviter le risque de ruine »¹¹⁷⁶. Toutefois, il s'agit aussi pour la doctrine comme pour une partie importante de la classe politique de sauvegarder certains principes essentiels du régime

¹¹⁷¹ REBÉRIOUX, Madeleine, *La République radicale ? 1898-1914*, cit., p. 197.

¹¹⁷² REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 318.

¹¹⁷³ En effet, « c'est pendant cette période [même dès la fin du XIX^e siècle] que l'organisation et le pouvoir de l'État grandissent le plus, et que le citoyen devient plus étroitement subordonné. [...] Nous arrivons ici à l'une des contradictions les plus remarquables : alors que l'État est devenu libéral, l'organisation et l'administration sont devenues sans cesse plus rigoureuses, plus précises, plus minutieuses, aptes à contrôler toute la vie de la Nation, enserrant l'individu dans un réseau étroit de règlements et de surveillances » (ELLUL, Jacques, *Histoire des institutions, Tome 5 : Le XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1993, pp. 363-364).

¹¹⁷⁴ Comme l'explique Y.-H. Gaudemet, « la tendance, durant toute la période de l'entre-deux-guerres est à une diminution très nette du nombre des juristes appelés aux responsabilités ministérielles » (GAUDEMET, Y.-H., *op. cit.*, p. 72), ce qui n'implique pas pourtant qu'ils sont remplacés par les membres d'autres groupes sociaux (*ibidem*, p. 82). De toute façon, pendant ce temps « les juristes, spécialement les civilistes, ne sont plus en effet les spécialistes incontournables de la société et d'autre qu'eux, dotés d'outils scientifiques efficaces et séduisants, entendent occuper ce magistère. Ce sont ainsi les sciences sociales, la science politique ou l'économie qui tendent à disputer aux juristes leur position jusque-là dominante » (HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice, « La Belle Époque de la pensée juridique française », in ID. (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 5). Cette situation facilite l'influence des professeurs de droit et d'économie sur les changements du début du XX^e siècle à travers de « réseaux d'intérêts très divers » (DUMONS, Bruno, POLLET, Gilles, « Universitaires et construction juridique de l'État-Providence : la formation économique et juridique des élites françaises (1890-1914) », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 1999, n° 20, p. 194). Cela mène au « déclin des juristes, de l'avocat en particulier, pilier de la République parlementaire, mais symbole du politicien discoureur et omniscient. L'expert, le technicien, bientôt le technocrate doivent le supplanter dans une société où la politique ne sera plus affaire de passions mais de gestion, dans une société qui ne croit plus que bien parler d'une chose suffit pour bien la faire » (SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 107). Sur cet événement voir : AUDREN, Frédéric, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs lyonnais et les traditions de la science sociale (1875-1930) », in DEROUSSIN, D. (dir.), *La Faculté de droit de Lyon et le renouvellement de la science juridique sous la III^e République*, Paris, La Mémoire du Droit, 2007, pp. 3-50.

¹¹⁷⁵ « Depuis la fin du XIX^e siècle se développe un réseau d'associations auxquelles les lois de 1884-1901 ont fourni des cadres juridiques. [...] À la veille de la [Grande] guerre un salarié socialiste adhère en principe non seulement à son groupe politique, mais aussi au syndicat de sa profession et souvent à une coopérative » (*ibidem*, p. 202).

¹¹⁷⁶ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 324.

parlementaire, liée à ses fondements libéraux, et aussi d'assurer la stabilité de l'ordre juridique.

Or, malgré ces tentatives, le maintien de ces minimums peut aller à l'encontre de la nouvelle situation sociale, provoquant le pessimisme des plusieurs auteurs qui ne cesse pas d'accroître en raison du « décalage de plus en plus flagrant ressenti entre l'état de la société d'une part, et la réalité politique d'autre part. Depuis cinquante ans, la société leur paraît avoir été bouleversée par les effets de la révolution industrielle, tandis que s'est maintenu, inchangé, un régime politique, le régime parlementaire, inventé avant qu'elle n'éclate »¹¹⁷⁷. C'est ainsi qu'en 1910 Paul Louis (1872-1955), suivant le déterminisme économique marxiste, insiste sur un lieu commun de la littérature politique de l'époque et considère que le parlementarisme ne peut durer que sous certaines conditions structurelles :

« Ce parlementarisme n'a pas existé à toutes les époques, et il n'a pas fait son apparition partout à la fois. Son installation, dans chaque pays envisagé isolément, est contemporaine de toute une série d'événements qui ont modifié les rapports des classes en présence, et déterminé l'ascension d'une catégorie d'hommes, par l'abaissement d'une autre catégorie. En règle générale, il est permis d'établir une concordance approximative entre la formation de la grande bourgeoisie manufacturière et l'institution des Chambres élues. [...] Le régime parlementaire est donc la caractéristique la plus accentuée de cette phase historique, où la puissance passe de l'aristocratie de naissance aux détenteurs des capitaux mobiliers. Le jour où ces détenteurs de capitaux mobiliers, – industriels, commerçants, banquiers – ne demeurent plus les maîtres absolus de la société, et où une autre catégorie sociale grandit en face d'eux, il est inévitable que le régime parlementaire décline »¹¹⁷⁸.

Or, cette manière d'articuler le régime parlementaire aux intérêts d'une classe sociale spécifique n'est pas exclusive de la pensée de gauche. Carré de Malberg, par exemple, partage une idée similaire lorsqu'il soutient qu'« il est banal de rappeler que, dans les intentions des fondateurs du régime représentatif, le but effectif de ce régime devait être d'établir et d'assurer la maîtrise prépondérante de la classe bourgeoise sur la masse populaire »¹¹⁷⁹. Il est alors possible de constater le lien entre la transformation de la structure de classes et le prolongement du suffrage universel, de sorte que l'écart entre parlementarisme et réalité sociale peut être perçu comme une manifestation supplémentaire de la tension entre libéralisme et démocratie. Plusieurs auteurs de la doctrine publiciste pendant la Troisième République trouvent ainsi une autre raison pour justifier leur scepticisme au regard d'une éventuelle compatibilité des deux conceptions sur le pouvoir. « L'extension de la démocratie leur paraît dangereuse pour la défense des libertés, tout autant sinon plus que l'autoritarisme »¹¹⁸⁰. Comme l'agitation politique et sociale ne cesse pas de se manifester dans de nombreux événements – en commençant par le drame de la Commune – les publicistes « se réfugient sur le terrain juridique où les conflits sont

¹¹⁷⁷ SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁷⁸ LOUIS, Paul, « Le rôle historique du parlementarisme », *Revue politique et littéraire (Revue bleue)*, 48^e année, N^{os} 1-6, 1910, p. 662.

¹¹⁷⁹ CARRÉ DE MALBERG, Raymond, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 48, 1931, p. 236.

¹¹⁸⁰ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 170.

médiatisés par le droit. [...] Face à la contestation anarchiste et socialiste, la défense des libertés individuelles tend à devenir une défense de l'ordre social »¹¹⁸¹.

La stabilisation des rapports sociaux au moyen de l'application technique d'un droit qui est conçu comme un domaine autonome de la politique, trouve un autre appui sur l'un des composants les plus importants du contexte intellectuel de l'époque, le positivisme scientifique, « étroitement lié au développement des conceptions scientifiques qui prétendent parvenir à la démonstration et à la preuve rationnelle à partir d'une succession d'observations de faits ensuite réordonnés selon des lois induites »¹¹⁸². Selon C. Nicolet les républicains du Second Empire et des débuts de la Troisième République « se sont recommandés, non sans raison, de ce qu'ils appelaient “ la plus grande philosophie du siècle ”, à savoir le positivisme de Auguste Comte [1798-1857]. Inversement, à défaut de Comte lui-même, mort en 1857, ses disciples célèbres ou moins célèbres ont revendiqué comme leur ces hommes politiques, les pères fondateurs de la République ou, plus tard, ses plus authentiques hommes d'État »¹¹⁸³. Bien que cette emprise soit discernable dans toutes les tendances politiques républicaines, elle serait encore plus évidente dans les cas de Gambetta, Ferry et Émile Littré (1801-1881)¹¹⁸⁴. Cependant, même si « en France, l'influence du positivisme sur la III^{ème} République avait été trop considérable pour que le souvenir en soit totalement effacé »¹¹⁸⁵, sa portée doit être nuancée en raison des diverses écoles en lesquelles le positivisme s'est scindé¹¹⁸⁶ et aussi en raison des éventuelles contradictions entre quelques conceptions des positivistes et celles des républicains¹¹⁸⁷.

¹¹⁸¹ *Ibidem.*, pp. 170-171.

¹¹⁸² MAULIN, Éric, « Positivisme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1171.

¹¹⁸³ NICOLET, C., *L'idée républicaine en France*, cit., pp. 187-188.

¹¹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 193. Selon J.-P. Frick, si Comte « a pu inspirer certains républicains », en vérité, « ce que Ferry ou Littré ont trouvé chez lui, ce n'était pas un programme politique, mais l'esprit qui devait présider à un tel programme » (FRICK, Jean-Paul, *Auguste Comte ou la République positive*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1990, p. 28).

¹¹⁸⁵ BOURDEAU, Michel, « La réception du positivisme (1843-1928) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 8, 2003, p. 3. De fait, « “ l'esprit ” positiviste n'apparaît pas que sur le plan théorique, il véhicule plusieurs “ convictions ” allant “ jusqu'à l'application ” [...] dans deux domaines : 1/ celui de mener une politique éducative où les républicains s'appuient sur les thèmes du *Discours [Discours sur l'ensemble du positivisme]* de 1848 en croyant fermement aux pouvoirs de l'instruction. [...] 2/ celui de croire au culte de la science qui conduira la politique opportuniste [...] d'une part à vouloir imposer une “ organisation scientifique du suffrage universel et de la démocratie ” (autrement dit l'installation d'une République rationnelle) ; d'autre part, à se référer aux sciences sociales pour comprendre le politique » (COUDERC-MORANDEAU, Stéphanie, *Philosophie républicaine et colonialisme : origines, contradictions et échecs sous la Troisième République*, Paris, l'Harmattan, 2008, p. 46-47).

¹¹⁸⁶ Sur les multiples variantes du positivisme voir : CHARLTON, Donald G., *Positivist thought in France during the Second Empire, 1852-1870*, Oxford, Clarendon Press, 1959 ; SIMON, Walter M., *European positivism in the nineteenth Century : an essay in intellectual history*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press 1963.

¹¹⁸⁷ De fait, « le philosophe A. Comte n'est pas un républicain comme les autres. Il crée une République pour le peuple mais pas une démocratie : sa visée est la sociocratie. [...] Fondée à la fois sur la liberté et la force (la force, ici, représente un gouvernement autoritaire mais juste), ni communiste [...] ni libérale (le libéralisme étant source d'anarchies), la République positiviste est inclassable » (COUDERC-MORANDEAU, S., *op. cit.*, p. 37). Pour sa part, C. Nicolet reconnaît que « s'il faut marquer l'importance fondamentale du positivisme à cette époque, il faut aussi en indiquer, liminairement, les limites : pris à la lettre, le comtisme était en contradiction non seulement avec une certaine tradition révolutionnaire, ou, si l'on veut, jacobine, des républicains français, mais même avec le grand symbole de 1789 – les Droits de l'homme et la devise trinomique, Liberté, Égalité, Fraternité – qui était en fait leur point de ralliement. Il y a donc là un paradoxe

D'ailleurs, dans quelques domaines cette influence est plutôt indirecte : par exemple, « il est curieux de constater qu'en dehors précisément d'hommes d'État comme Gambetta, Ferry et Waldeck-Rousseau, les constitutionnalistes professionnels ont presque totalement méconnu ces travaux [ceux des positivistes], même lorsque, comme Duguit, ils se réclament du positivisme – mais c'est en réalité à travers la médiation durkheimienne »¹¹⁸⁸. Au total, la complexité de la culture politique républicaine et les multiples influences que lui font subir les divers mouvements intellectuels et culturels qui l'entourent relativisent l'ascendant du positivisme¹¹⁸⁹.

S'il y a une autre philosophie qui partage avec le positivisme un ascendant notable sur les diverses tendances du débat politique du tournant du XX^e siècle, en particulier sur les courants républicains, c'est celle du solidarisme. Même si l'idée de solidarité était déjà l'objet de nombreux développements depuis le début du XIX^e siècle – surtout dans le domaine juridique¹¹⁹⁰ –, l'année 1896 marque son entrée en politique, au moment où Léon Bourgeois (1851-1925), après avoir démissionné de la présidence du Conseil de ministres¹¹⁹¹, publie son plus célèbre ouvrage, justement sous le titre de *Solidarité*¹¹⁹². Comme l'explique M.-C. Blais, « avec ce livre, la notion acquiert une signification nouvelle : elle ne décrit plus la réalité objective de l'interdépendance humaine avec ses conséquences morales, ni même un idéal altruiste appelé à remplacer la charité chrétienne. Elle se présente comme une doctrine à la fois scientifique et pratique, susceptible de fonder une législation politique »¹¹⁹³. Les mots mêmes de Bourgeois constatent ce statut du solidarisme comme « une théorie d'ensemble des droits et des devoirs de l'homme dans la

certain, une contradiction vécue entre un apriorisme idéaliste que l'on ne pouvait pas répudier, apparemment, et une philosophie nouvelle qui s'y opposait absolument. Cette contradiction sous-entend toute la vie idéologique des républicains français jusque vers le début du XX^e siècle, jusqu'à l'époque où certains crurent l'avoir résolue » (NICOLET, C., *op. cit.*, pp. 188-189).

¹¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 191.

¹¹⁸⁹ En effet, comme l'explique S. Hazareesingh, « first, the republicanism of the Third Republic was not the exclusive preserve of one philosophical doctrine or undercurrent, least of all positivism; and second, many ideological structures which appeared during the Restoration and July Monarchy continued to exercise powerful influences on the French intellectual community well into the late nineteenth century and even beyond » (HAZAREESINGH, Sudhir, *Intellectual founders of the Republic, cit.*, p. 294).

¹¹⁹⁰ Dans le sens de l'art. 1202 du Code Civil, « la solidarité, assortie d'un appareil de sanctions, sert à juridiciser en tant qu'obligation un état de fait d'ordre relationnel entre les éléments individuels ou collectifs d'un ensemble organisé » (DAVID, Marcel, « Solidarité et fraternité en droit public français », in BEGUIN, Jean-Claude, CHARLOT, Patrick, LAIDIE, Yan (dir.), *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 12). Par ailleurs, « il est significatif que ce soit l'inventeur du mot de "socialisme", par opposition à "individualisme", Pierre Leroux, qui ait mis au jour la notion de solidarité, en 1840. Il y voit un substitut moderne de la charité chrétienne » (BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité : Histoire d'une idée*, Paris, Éd. Gallimard, 2007, p. 12).

¹¹⁹¹ Bourgeois est le premier député radical qui pendant la Troisième République a été appelé aux plus hautes fonctions du gouvernement (en mai 1888 il devient sous-secrétaire d'État à l'Intérieur du gouvernement Floquet). Le 1^{er} novembre 1895 il accède à la Présidence du Conseil et intègre un gouvernement composé de ministres exclusivement radicaux, mais qui ne dure pas plus de six mois (jusqu'au 22 avril de l'année suivante). Sous son impulsion et celle d'autres dirigeants le Parti radical et radical-socialiste est créé en juin 1910. Après son passage par le Conseil, il se consacrera aux relations internationales : il devient en 1919 le premier président de la Société des Nations et reçoit le prix Nobel de la Paix en 1920.

¹¹⁹² BOURGEOIS, Léon, *Solidarité*, 5^e éd., Paris, A. Colin, 1906. Deux autres ouvrages de cet auteur sont à souligner : BOURGEOIS, Léon, CROISSET, Alfred, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris, F. Alcan, 1902 ; BOURGEOIS, Léon, *Les applications de la solidarité sociale*, Paris, Bureaux de la Revue Politique et Parlementaire, 1902.

¹¹⁹³ BLAIS, M.-C., *op. cit.*, p. 20.

société. Cette théorie est satisfaisante au point de vue scientifique et au point de vue moral, et répond aux nécessités de la conscience comme aux nécessités de la raison »¹¹⁹⁴. Son lien avec le républicanisme apparaît très tôt : en 1907 Célestin Bouglé (1870-1940), professeur de sociologie à la Sorbonne et directeur de l'École normale supérieure, peut ainsi affirmer que « le solidarisme est en passe de devenir, pour la Troisième République, une manière de philosophie officielle »¹¹⁹⁵. Ceci parce qu'il se présente comme une « voie moyenne »¹¹⁹⁶ permettant à la république de répondre aux remises en causes venues de la gauche comme de la droite et d'avoir un caractère non seulement démocratique mais en plus social, de sorte que « avec le thème de la solidarité, [...] la République trouvait une assise conceptuelle lui permettant d'opposer une réponse globale aux deux courants antagonistes – conservateur et révolutionnaire – qui tendaient à l'enfermer dans les contradictions dont elle souffrait dès l'origine »¹¹⁹⁷. Le solidarisme dessine donc « une troisième voie entre l'individualisme libéral et le socialisme collectiviste, la voie d'une démocratie non moins sociale que libérale »¹¹⁹⁸. Il peut être ainsi conçu en tant que, selon Bourgeois, cette doctrine part d'un constat dégagé de l'observation des faits : « il y a entre chacun des individus et tous les autres un lien nécessaire de solidarité ; c'est l'étude exacte des causes, des conditions et des limites de cette solidarité qui seule pourra donner la mesure des droits et des devoirs de chacun envers tous et de tous envers chacun, et qui assurera les conclusions scientifiques et morales du problème social »¹¹⁹⁹. Ce fait de la solidarité est l'un des composants principaux du solidarisme, l'idée de dette sociale¹²⁰⁰ et celle de quasi-contrat¹²⁰¹

¹¹⁹⁴ BOURGEOIS, L., *Solidarité, cit.*, p. 154.

¹¹⁹⁵ BOUGLÉ, Célestin, *Le solidarisme*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1907, p. 1.

¹¹⁹⁶ SPITZ, J.-F., *Le moment républicain en France, cit.*, p. 184.

¹¹⁹⁷ DONZELOT, Jacques, *L'Invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Éd. du Seuil, 1994, p. 86.

¹¹⁹⁸ BLAIS, M.-C., *op. cit.*, p. 13. Par conséquent, « par la mise en œuvre de la solidarité, la République se met au service du progrès de la société et son État trouve là sa mission. Il n'a pas à imposer un ordre à la société ou en restaurer un autre, mais à garantir seulement son progrès » (DONZELOT, J., *op. cit.*, p. 114).

¹¹⁹⁹ BOURGEOIS, L., *Solidarité, cit.*, p. 15. Ces mots de Bourgeois permettent de constater que « non seulement le solidarisme témoigne de la même confiance en des procédés purement juridiques mais le vocabulaire même est celui où tout juriste retrouve des consonances familières ». Cette conception « restait fidèle à la méthode que préconisaient en matière sociale les premiers radicaux, celle d'une confiance fondamentale en l'efficacité des procédés juridiques » (GAUDEMET, Y.-H., *Les Juristes et la vie politique de la IIIe République, cit.*, p. 46).

¹²⁰⁰ Comme dans la société tout individu dépend des autres, il est alors un débiteur. « Dette, sa nourriture : chacun des aliments qu'il consommera est le fruit de la longue culture qui a, depuis des siècles reproduit, multiplié, amélioré les espèces végétales ou animales dont il va faire sa chair et son sang. Dette, son langage encore incertain ; chacun des mots qui naîtra sur ses lèvres, il le recueillera des lèvres de parents ou de maîtres qui l'ont appris comme lui, et chacun de ces mots contient et exprime une somme d'idées que d'innombrables ancêtres y ont accumulée et fixée. Lorsqu'il lui faudra non pas seulement recevoir des mains des autres la première nourriture de son corps et de leurs lèvres celle de son esprit, lorsqu'il commencera à créer par son effort personnel les matériaux de son accroissement ultérieur, il sentira sa dette s'accroître envers le passé » (BOURGEOIS, L., *Solidarité, cit.*, pp. 119-120).

¹²⁰¹ La notion de quasi-contrat est, selon Bourgeois, le fondement de l'existence de la société et du droit : « Le contrat, librement discuté et fidèlement exécuté des deux parts, devient la base définitive du droit humain. Là où la nécessité des choses met les hommes en rapport sans que leur volonté préalable ait pu discuter les conditions de l'arrangement à intervenir, la loi qui fixera entre eux ces conditions ne devra être qu'une interprétation et une représentation de l'accord qui eût dû s'établir préalablement entre eux s'ils avaient pu être également et librement consultés : ce sera donc la présomption du consentement qu'auraient donné leurs volontés égales et libres qui sera le seul fondement du droit. Le *quasi-contrat* n'est autre chose que le contrat rétroactivement consenti » (*ibidem*, pp. 132-133).

étant les deux autres¹²⁰². Sur cette base « s'en prévalent à sa suite E. Durkheim pour la sociologie, Ch. Guidé pour l'économie, et bien sûr L. Duguit pour le droit »¹²⁰³. Ce qui est également remarquable c'est que « malgré certaines faiblesses de construction, cette doctrine connut un succès immédiat qui acheva de populariser le concept de solidarité : grâce à elle, tous ceux qui entendaient réformer la société en place disposaient désormais sinon d'un corpus théorique [...], du moins d'une idée-force de nature à justifier l'immixtion de la puissance publique dans le domaine social et surtout à fonder un certain nombre de solutions novatrices »¹²⁰⁴. Parmi celles-ci il faut souligner les transformations profondes du droit public français qui sous son emprise se sont produites, en particulier le remaniement et l'élargissement du système d'assistance, le développement des assurances sociales, la diversification des services publics et l'introduction de la progressivité en matière fiscale¹²⁰⁵.

Au total, les républicains, comme la doctrine publiciste, puisent leurs idées et concepts politiques « d'une belle et riche multitude de courants de pensée : des systèmes idéologiques français issus de la génération précédente (la pensée doctrinaire, le saint-simonisme, le socialisme dans sa version originale), mais aussi de la philosophie politique anglaise et allemande », sans oublier « le caractère “européen” de la pensée politique républicaine pendant cette période : pour les républicains français, l'Europe est une terre d'asile et d'accueil, mais elle offre parfois des points de repère concrets de libéralisme et de républicanisme dans les systèmes politiques (l'Angleterre, la Belgique, la Suisse), et elle permet surtout aux républicains de réfléchir à une échelle culturelle et politique plus ample »¹²⁰⁶. Cependant, ce cadre intellectuel va être bouleversé par les répercussions de la Première Guerre mondiale, qui cesse d'être conçue comme une simple parenthèse et qui donne lieu à une nouvelle situation qui a besoin d'idées nouvelles. Dès la deuxième moitié des années vingt « on est en présence de la mise en question d'une culture politique, celle des hommes nourris des souvenirs des luttes pour le triomphe de la République de la fin du XIX^e siècle »¹²⁰⁷. Elle est incitée par une jeunesse intellectuelle qui considère que « pour agir efficacement sur le monde nouveau dont la guerre a accouché, il faut le voir dans sa réalité, en écartant tous les prismes idéologiques dépassés. Aussi, le “réalisme” est-il le mot d'ordre, la formule clé de ces jeunes gens en colère qui entendent répudier les vieux mythes, ignorer les frontières des partis, dépasser les tabous idéologiques pour ne retenir

¹²⁰² BLAIS, M.-C., *op. cit.*, p. 32 ; CHEVALLIER, Jacques, « La résurgence du thème de la solidarité », in CHEVALLIER, Jacques, COCHART, Dominique (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, Paris, PUF, 1992, p. 113 ; MOREAU DE BELLAING, Louis, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in *ibidem*, p. 90.

¹²⁰³ DAVID, M., *op. cit.*, p. 22.

¹²⁰⁴ BORGETTO, Michel, « Solidarité », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1428.

¹²⁰⁵ BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français : Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, 1993, p. 397. En général, les applications juridiques du solidarisme « se manifestent en législation sociale et en droit du travail, dans la protection contre les grandes maladies, en droit international et, par le biais du droit, en économie. Toute la législation sociale en France vient s'inscrire, d'abord sous la forme d'initiatives privées et semi-publiques, dans la période où le solidarisme se développe. Les mutuelles, les coopératives, les compagnies d'assurance, les caisses de retraite, etc. apparaissent dans les décennies de l'avant-guerre de 14 et s'étendent, dans l'après-guerre, à l'ensemble du monde du travail » (MOREAU DE BELLAING, L., *op. cit.*, p. 93).

¹²⁰⁶ HAZAREESINGH, S., « La fondation de la République : histoire, mythe et contre-histoire », *cit.*, p. 249.

¹²⁰⁷ BECKER, J.-J., BERSTEIN, S., *Victoire et frustrations, 1914-1929*, *cit.*, p. 393.

qu'une action pragmatique et efficace qui permettra de gérer efficacement le pays, de maîtriser l'économie dont l'importance ne peut plus désormais être sous-estimée, d'assurer la paix en Europe »¹²⁰⁸. Or, il s'agit d'une posture qui ne contredit pas nécessairement le positivisme des aînés, mais qui s'accorde difficilement avec d'autres conceptions des républicains de la fin du XIX^e siècle, en particulier leur soutien de l'idéalisme hérité de la Révolution de 1789. À cet égard, il est possible de dire que « le progrès scientifique cesse d'apparaître comme le fruit d'une accumulation continue de connaissances : il consiste d'abord à reformer la faculté de connaître. Le positivisme est dépassé non par un retour à l'irrationnel mais [...] par un autre mode d'approche du rationnel »¹²⁰⁹.

V. Colonisation et circulation du droit

Un autre sujet de controverse durant la Troisième République qu'il convient d'aborder est celui du fondement et de la pertinence des entreprises coloniales, de leurs formes de réalisation et de leurs effets en France comme dans les peuples colonisés. Après une première période d'expansion ultramarine entre le XVI^e et le XVIII^e siècles, qui comprend principalement des territoires nord-américains, quelques îles des Antilles (Saint-Domingue, Martinique, Guadeloupe), et nombreux établissements en Inde et en Afrique, et qui finit abruptement pendant l'époque napoléonienne. Une deuxième période d'expansion s'ouvre à partir des années 1830, bien qu'elle n'atteigne son apogée qu'à partir du règne de Napoléon III puis la Troisième République. A cette époque, l'empire français¹²¹⁰ atteint une envergure « planétaire », incluant principalement des territoires en Afrique (Maroc, Algérie, Tunisie, Afrique occidentale française, Afrique équatoriale française, Madagascar), Asie (Indochine) et Océanie (Polynésie française, Nouvelle-Calédonie, Nouvelles-Hébrides)¹²¹¹. Son ampleur et son soutien idéologique évoluent ; on cherche en effet à ce qu'il celui-ci soit compatible avec l'idéologie républicaine (A). Cette transformation entraîne d'importants ajustements dans le droit applicable aux habitants des colonies (B). Cependant, bien qu'autour de ce régime juridique se développe une doctrine dite « coloniale », il n'attire pas beaucoup l'attention des auteurs les plus influents de la doctrine constitutionnelle, malgré ses implications sur la structure politico-institutionnelle de la Troisième République (C).

A. République, empire et colonisation

Les nouveaux projets coloniaux dirigés et encouragés par les gouvernements sous la Troisième République cherchent à justifier la colonisation sur une autre base que celle de la

¹²⁰⁸ *Ibidem.*, p. 394.

¹²⁰⁹ REBÉRIOUX, M., *La République radicale ? 1898-1914*, cit., pp. 181-182.

¹²¹⁰ Sur les différences et les liens entre les notions d'empire et de colonie voir : MOURALIS, Bernard, « Logique coloniale et logique d'empire : le cas de la France », in KODJO-GRANDVAUX, Séverine, KOUBI, Geneviève (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 29-52.

¹²¹¹ Sur l'histoire des entreprises coloniales françaises voir : FERRO, Marc, *Histoire des colonisations : des conquêtes aux indépendances, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1996 ; HANOTAUX, Gabriel (dir.), *Histoire des colonies françaises et de l'expansion de la France dans le monde*, Paris, Société de l'Histoire nationale, Plon, 1930-1934, 6 vols. ; MEYER, Jean et al., *Histoire de la France coloniale : Vol. 1, Des origines à 1914*, Paris, Armand Colin, 1991 ; MEYER, Jean et al., *Histoire de la France coloniale : Vol. 2, 1914-1990*, Paris, Armand Colin, 1990 ; SINGARAVÉLOU, Pierre (dir.), *Les empires coloniaux (XIX^e-XX^e siècle)*, Paris, Points, 2013.

simple domination du plus fort. Parmi ces bases idéologiques, la « mission civilisatrice » est l'une des plus affirmées et répandues. En effet, comme l'indique S. Couderc-Morandea, « la conception, qui a inspiré toute la politique coloniale du XIX^e siècle, fut constamment affirmée dans les débats parlementaires et dont tous les ministres des colonies se sont réclamés, est la rhétorique de la *mission civilisatrice* appartenant déjà au siècle des Lumières avec l'apparition de la philosophie idéaliste, puis reprise largement par les positivistes. Cet idéal n'a pas cessé de persister : il est devenu l'obsession du XIX^e siècle »¹²¹². Bien que les premières références à la notion de mission civilisatrice ne proviennent pas des hommes politiques¹²¹³, ils tendent progressivement à se l'approprier, notamment Ferry et Gambetta, les deux grands promoteurs du colonialisme français à la fin du XIX^e siècle¹²¹⁴. C'est ainsi que le premier, en mars 1884, légitime la colonisation du Madagascar en affirmant que « c'est un devoir des peuples civilisés de mettre dans leurs rapports avec les peuples barbares la plus grande longanimité. [...] Il faut se placer à un point de vue qui domine tout cet ordre de questions, au point de vue d'une race supérieure qui ne conquiert pas pour son plaisir, dans le but d'exploiter le plus faible, mais bien de le civiliser et de l'élever jusqu'à elle »¹²¹⁵. De ces mots il est évident qu'en dépit de son prétendu caractère humanitaire la conception de la mission civilisatrice est « une façon de justifier la supériorité occidentale, de démontrer que les Occidentaux sont capables d'apporter le progrès, de le développer et de l'étendre à l'humanité »¹²¹⁶. C'est peut-être pour cette raison que ce discours n'a pu ni éviter ni contenir le recours à l'intimidation et à la violence dans le processus de colonisation, de manière que « le pouvoir colonial est toujours contenu dans une logique de “ commandement ” et de domination [...]. Gouverner, commander et civiliser sont les trois aspects de cette logique »¹²¹⁷.

Or, malgré sa portée, ses prétentions et son eurocentrisme, la « mission civilisatrice » et d'autres types de justification des projets coloniaux ne suffisent pas à bâtir un consensus au tour de ceux-ci. Dans les années 1880, « hormis les militaires et les marins, les missionnaires, les journalistes gambettistes [...], les négociants des grands ports ou des colonies, la colonisation ne passionnait guère. Les milieux d'affaires jugeaient l'entreprise peu rentable. Le personnel parlementaire se défiait d'initiatives à la fois coûteuses et aventureuses [...]. Au nom du patriotisme “ continental ”, les radicaux et la droite conservatrice dénoncèrent

¹²¹² COUDERC-MORANDEAU, S., *Philosophie républicaine et colonialisme*, cit., p. 85. A. L. Conklin remarque que « the Third Republic, then, consciously embraced the rhetoric of the civilizing mission as its official ideology of empire » (CONKLIN, Alice L., *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997, p. 14).

¹²¹³ Comme l'explique A. L. Conklin, « the earliest references to France's *mission civilisatrice* under the Third Republic came not from politicians but from members of a nascent geographical movement in France. [...] The literature of the geographical societies repeated over and over this notion that the Third Republic had a particular obligation to colonize/civilize » (*ibidem*, pp. 11-12).

¹²¹⁴ MAYEUR, J.-M., *Les Débuts de la Troisième République*, cit., p. 124.

¹²¹⁵ ROBIQUET, Paul (éd.), *Discours et opinions de Jules Ferry*, Paris, A. Colin, 1893-1898, tome V, p. 159.

¹²¹⁶ COUDERC-MORANDEAU, S., *op. cit.*, p. 8. En conséquence, il est possible de dire que « la mission civilisatrice française est un mélange d'emprunts à la mission chrétienne que la France, fille aînée de l'Église, se doit d'accomplir et à la mission de la Révolution française d'apporter le bonheur au monde » (BANCEL, Nicolas, BLANCHARD, Pascal, VERGÈS, Françoise, *La République coloniale : essai sur une utopie*, Paris, A. Michel, 2003, p. 68).

¹²¹⁷ *Ibidem*, p. 47.

la politique de Ferry »¹²¹⁸. Par conséquent, « il faut commencer par se défaire de l'image simpliste, mais encore très répandue, selon laquelle les anticolonialistes seraient de gauche et les colonialistes de droite »¹²¹⁹. De fait, face à la poussée coloniale et « pendant tout le ministère Ferry, ces deux oppositions de droite [les monarchistes] et de gauche [les socialistes], en désaccord sur toutes les solutions positives, vont souvent se trouver unies dans leurs votes contre la politique gouvernementale »¹²²⁰ de colonisation. Toutefois, la plus ferme opposition au colonialisme des républicains opportunistes vient de l'extrême gauche radicale. « Les radicaux condamnent la colonisation pour des raisons politiques et morales. Les propos les plus déstabilisateurs, les plus violents qu'ils détiennent, sont peut-être ceux qui accusent la politique coloniale d'être en contradiction avec les principes moraux de la République qui doivent assurer l'égalité de tous les Français, améliorer leur quotidien. Or, avec la colonisation, il leur semble que ces progrès ne peuvent aboutir »¹²²¹. L'un des leaders le plus influents du mouvement, Clemenceau, critique avec véhémence les expéditions d'outre-mer. Pour ce faire, il commence par attaquer l'idée même de l'existence des races supérieures qui fonde la thèse de la mission civilisatrice :

« Les races supérieures ont sur les races inférieures un droit qu'elles exercent, ce droit, par une transformation particulière, est en même temps un devoir de civilisation. Voilà en propres termes la thèse de M. Ferry, et l'on voit le gouvernement français exerçant son droit sur les races inférieures en allant guerroyer contre elles et les convertissant de force aux bienfaits de la civilisation. Races supérieures ! Races inférieures ! C'est bientôt dit. Pour ma part, j'en rabats singulièrement depuis que j'ai vu des savants allemands démontrer scientifiquement que la France devait être vaincue dans la guerre franco-allemande parce que le Français est d'une race inférieure à l'Allemand. Depuis ce temps, je l'avoue, j'y regarde à deux fois avant de me retourner vers un homme et vers une civilisation, et de prononcer : homme ou civilisation inférieurs »¹²²².

La colonisation est ainsi pendant les débuts de la Troisième République source de nombreuses controverses. Elle n'obtient même pas l'approbation de l'ensemble des

¹²¹⁸ MAYEUR, J.-M., *op. cit.*, p. 125-126.

¹²¹⁹ MERLE, Marcel, « L'anticolonialisme », in FERRO, Marc (dir.), *Le livre noir du colonialisme : XVI^e-XXI^e siècle, de l'extermination à la repentance*, Paris, R. Laffont, 2003, p. 630.

¹²²⁰ PISANI-FERRY, Fresnette, *Jules Ferry et le partage du monde*, Paris, B. Grasset, 1962, p. 254. Comme l'explique S. Couderc-Morandeau, les anticolonialistes de droite « usent principalement de l'argument national. Ils s'opposent violemment à la politique d'expansion comme une politique de consolation ou de compensation, remettent en cause directement la politique de Ferry. Tant que l'annexion de l'Alsace-Lorraine n'est pas résolue, ce mouvement politique ne concevra pas l'extension de la France et s'obstinera à soutenir une politique de recueillage [...] » (COUDERC-MORANDEAU, S., *op. cit.*, p. 187). Pour sa part, l'opposition des socialistes reprend « l'argument selon lequel les colonies sont une charge financière importante, entretenant un système capitaliste créateur d'injustices insupportables. À la manière des libéraux, les socialistes affirment que l'argent de l'État est mal employé. Ils dénoncent les abus financiers de la colonisation et se présentent comme des anticapitalistes » (*ibidem*, p. 188). De toute façon, à l'instar de Jean Jaurès, « les socialistes n'ont cependant jamais refusé radicalement la colonisation, ils ne se sont jamais positionnés franchement contre la politique coloniale et le gouvernement », et dans le cas où ils arriveraient au pouvoir, « les socialistes n'envisagent pas l'abandon des colonies. Ils appliqueraient au contraire une politique d'assimilation tant sur les plans humains qu'économiques [...] ». La pensée coloniale des socialistes comporte une certaine ambiguïté dans le sens où elle prononce de nombreuses critiques sur la colonisation tout en voulant la préserver » (*ibidem*, pp. 189-190).

¹²²¹ *Ibidem*, p. 192.

¹²²² Cité par AGERON, Charles-Robert, *L'anticolonialisme en France de 1871 à 1914*, Paris, Presses Universitaires de France, 1973, pp. 59-60.

républicains. Toutefois, les résultats finalement obtenus par l'expansion française « ont convaincu le gros des opposants, et, dans les années 1890, un nouveau consensus se dessine autour de la formation, mais aussi de la défense d'un empire dont l'étendu finit par flatter le sentiment national des Français »¹²²³. Plus encore, « tant qu'ils furent dans l'opposition, les radicaux dénoncèrent à l'unisson, la politique coloniale », mais « de 1907 à 1911 la grande majorité des radicaux rallia par patriotisme le camp des partisans de la colonisation »¹²²⁴. Or, malgré ce consensus, persiste une « relative indifférence de l'opinion publique et [une] faiblesse de la “ culture impériale ” en France [qui] s'expliquent en partie par l'absence d'émigration de masse vers les colonies, à l'exception de l'Algérie. La République manque de bras et ce déficit démographique n'encourage pas l'immigration coloniale »¹²²⁵.

Est-il alors possible d'établir un lien inéluctable entre l'avènement de la République et l'expansionnisme colonial, le premier menant nécessairement au deuxième ? Selon P. Blanchard et N. Bancel, « on aurait tort de penser que l'engagement colonial des républicains opportunistes est une sorte d'accident ou de trahison conjoncturelle aux valeurs universalistes. [...] L'intérêt des républicains pour l'expansion coloniale a donc d'autres motifs, plus structurels. Et, on ne voit pas pourquoi on dissocierait les orientations politico-idéologiques générales des républicains d'avec les premiers traits d'une idéologie coloniale façonnée à l'origine par ces mêmes républicains dans les balbutiements de la Troisième République. Au contraire, tout indique que le projet colonial s'intègre parfaitement au système idéologique émergent du républicanisme »¹²²⁶. Néanmoins, il semble que le rapport n'est pas si direct et substantiel. Bien évidemment, tout au long de la Troisième République il y a une idéologie du colonialisme supportant les opérations d'expansion qui en effet s'accomplissent. Plus encore, « l'idéologie coloniale reçoit l'empreinte du républicanisme. Elle se nourrit des principes républicains dont les nerfs centraux sont tenus par la mission de la mise en valeur des colonies d'une part ; la mission civilisatrice, d'autre part »¹²²⁷. Or, l'analyse des contextes politiques, sociaux et économiques révèle que le colonialisme n'est pas seulement une conséquence de l'idéologie républicaine.

¹²²³ DÉMIER, Francis, *La France du XIX^e siècle, 1814-1914*, Paris, Éditions du Seuil, 2000, p. 465. C'est ainsi qu'« après l'explosion anticoloniale de 1885, le nombre des opposants à la politique coloniale ne cessa de diminuer jusqu'en 1914. Alors que dans la législature 1885-1889 le total des députés anticoloniaux atteignait 267 en décembre 1885 et 215 en novembre 1888, il tombait, dans la législature 1910-1914, à 80 en juin ou 85 en juillet 1912 » (AGERON, C.-R., *op. cit.*, p. 38).

¹²²⁴ *Ibidem*, p. 15. Il est possible alors de conclure que « les voix d'opposition à la politique coloniale ne proviennent pas d'un anticolonialisme pur et dur, elles fluctuent selon les orientations nationales et/ou internationales de la France : elles ne sont pas prévisibles. On peut interpréter ces irrégularités dans le sens où la France, si elle n'a pas été franchement colonialiste, elle n'a pas non plus été définitivement anticolonialiste. Elle s'est manifestée comme une nation anticolonialiste en fonction des mutations politiques » (COUDERC-MORANDEAU, S., *op. cit.*, p. 194).

¹²²⁵ SINGARAVÉLOU, Pierre, « De la “ mission civilisatrice ” à la “ République coloniale ” : d'une légende l'autre », in FONTAINE, M., MONIER, F., PROCHASSON, Ch. (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, *cit.*, p. 184.

¹²²⁶ BLANCHARD, Pascal, BANCEL, Nicolas, « La fondation du républicanisme colonial. Retour sur une généalogie politique », *Mouvements*, n° 38, 2005, pp. 27-28. En ce sens voir aussi : COSTANTINI, Dino, *Mission civilisatrice : Le rôle de l'histoire coloniale dans la construction de l'identité politique française*, Paris, La Découverte, 2008, p. 17. De fait, ces auteurs font partie d'un groupe de chercheurs francophones se revendiquant des études postcoloniales, qui soutiennent un lien consubstantiel entre la République et la colonisation (SINGARAVÉLOU, P., *op. cit.*, pp. 181-182).

¹²²⁷ COUDERC-MORANDEAU, S., *op. cit.*, p. 82.

Même si depuis les années 1880 il s'accomplit sous l'égide d'une constitution établissant une république, « c'est bien sous diverses monarchies et un Empire que la conquête coloniale française a franchi des étapes décisives au XIX^e siècle – au minimum, la République n'est donc pas seule en cause et c'est autre chose qui produit la continuité de l'effort colonial », notamment, le « mouvement même du capitalisme français quel que soit le régime politique en place »¹²²⁸. En plus, le colonialisme « participe la plupart du temps d'autres types de discours plus fédérateurs comme le républicanisme mais aussi le libéralisme, le patriotisme, le populisme, le capitalisme ou le christianisme qui, à un moment donné, ont tous encouragé et justifié l'expansion coloniale »¹²²⁹. Par ailleurs, les entreprises coloniales dépendent aussi d'autres facteurs, qui ne sont pas attachés à une idéologie spécifique et qui peuvent avoir un caractère conjectural. Outre les divergences parmi les républicains que l'on vient de signaler, le développement du colonialisme sous la Troisième République est également déterminé par les rapports que la France entretient avec d'autres pays européens, en particulier avec l'Allemagne. En effet, après la défaite française dans la guerre de 1870, « la doctrine expansionniste de la troisième République dépend étroitement de la politique allemande. Elle prend ses origines dans les mésententes franco-allemandes, elle est le résultat d'une diplomatie européenne influencée par la puissance allemande. [...] La France acquiert des colonies (ou ne les acquiert pas) en fonction des événements diplomatiques européens, elle ne décide pas de sa propre initiative de coloniser tel ou tel pays. Les colonies se construisent et se déconstruisent au fil des ententes ou mésententes diplomatiques : elles sont à la merci des pays européens qui cherchent un équilibre, un point au quel se raccrocher en cas de guerre. Les Français pensent que par l'acquisition des pays d'outre-mer, ils regagneront une puissance perdue »¹²³⁰. En conséquence, le colonialisme dans la pensée des républicains qui l'ont soutenu n'est pas une composante permanente de celle-ci. Il vit une certaine évolution, marquée dans un premier temps par une certaine réticence à exécuter une politique d'expansion puis, postérieurement, par l'idée que « la France [doit] aussi se consacrer à la politique coloniale pour continuer à faire figure dans un monde où la conquête territoriale paraissait la loi universelle »¹²³¹.

B. Le droit colonial

Pour atteindre cet objectif, le droit joue un rôle essentiel¹²³². Comme l'indique P. Singaravélou, il est l'un des piliers sur lesquels se fonde la doctrine de la mission

¹²²⁸ CAHEN, Michel, « À propos d'un débat contemporain : du postcolonial et du post-colonial », *Revue historique*, N° 660, 2011, p. 912. D'ailleurs, il convient d'indiquer qu'« on ne peut confondre, dans le cas français, le colonialisme et l'impérialisme économique, qui devient au tournant des années 1890 un des caractères spécifiques du capitalisme européen et qui se caractérise par l'exportation massive de capitaux à l'étranger ». (DÉMIER, F., *op. cit.*, p. 469). Dans cette période « la France est devenu un grand exportateur de capitaux » et « les flux de l'impérialisme ont modifié assez sensiblement le profil du capitalisme français » (*ibidem*, pp. 470-471).

¹²²⁹ SINGARAVÉLOU, P., *op. cit.*, p. 183.

¹²³⁰ *Ibidem*, pp. 105-106.

¹²³¹ AGERON, Charles-Robert, « Gambetta et la reprise de l'expansion coloniale », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 59, N° 215, 1972, p. 201.

¹²³² KOUBI, Geneviève, « Droits(s) et colonisation(s). Un essai d'introduction », in KODJO-GRANDVAUX, Séverine, KOUBI, Geneviève (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 22-23.

civilisatrice, en tant que son imposition « doit permettre d'instaurer la justice dans les colonies »¹²³³. C'est à cet égard que, « par le biais des sciences juridiques, la mission civilisatrice des républicains va prendre un sens. En créant de nouveaux codes, de nouvelles lois, les républicains vont pouvoir établir des droits moraux, sociaux, qui n'existaient pas auparavant comme ceux de la citoyenneté et de la propriété. Le droit devient un outil de stratégie indispensable »¹²³⁴. Or, dans le cadre général de l'histoire du droit colonial en France¹²³⁵, l'une des caractéristiques les plus remarquables du régime juridique établi pour les colonies au tournant du XX^e siècle est la transformation de sa nature au fur et à mesure que les buts de la mission civilisatrice assignée à la colonisation sont revisités, situation facilitée par le fait que les lois constitutionnelles de 1875 ne contenaient aucune disposition en la matière¹²³⁶. En effet, avec cette conception les partisans républicains du colonialisme dans les années 1880 cherchent l'« assimilation » des populations colonisées, ce qui suppose l'affaiblissement et même la suppression des institutions et coutumes locales¹²³⁷. Ceci est manifeste dans les mots de Ferry lorsqu'en mars 1884 il soutient devant la Chambre des députés que « le premier pas que la civilisation fait faire à ces races inférieures qu'elle cherche à élever jusqu'à elle, c'est de leur dicter des traités, de leur apprendre ce que c'est que la foi jurée, et de les obliger à la respecter si elles y manquent. Il y a là, messieurs, entre ces races et nous, un véritable procédé d'éducation qui est le plus efficace, le plus pénétrant de tous »¹²³⁸. De plus, l'objectif assimilationniste a été traditionnellement considéré comme la principale différence entre le modèle de colonisation français et le modèle d'« association » (*Indirect Rule*) pratiqué par l'empire Britannique¹²³⁹. Néanmoins, dans

¹²³³ L'autre pilier est « l'éducation qui seule autorise les populations autochtones à accéder à la civilisation et *in fine* à s'émanciper de la tutelle étrangère » (SINGARAVÉLOU, P., *op. cit.*, p. 178).

¹²³⁴ COUDERC-MORANDEAU, S., *op. cit.*, p. 86.

¹²³⁵ Sur ce sujet voir : DURAND, Bernard, *Introduction historique au droit colonial*, Paris, Economica, 2015 ; LAFON, Jacques, « Histoire des droits coloniaux », in ID., *Itinéraires : de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 287-344 ; LEGENDRE, Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968, pp. 158-206.

¹²³⁶ « Alors donc que les régimes politiques précédents avaient tous pris soin de préciser, dans un texte constitutionnel, le régime législatif des colonies, la Constitution de 1875 allait sur ce point restée silencieuse. D'où la multiplication de doutes constitutionnels » (DURAND, Bernard, « La Constitution de 1875 et les Colonies françaises : de la perplexité républicaine aux soupçons d'Empire », *Journal of Constitutional History / Giornale di Storia Costituzionale*, n° 25, 2013, p. 83).

¹²³⁷ « Cette idéologie d'association, d'assimilation a fortement marqué les esprits républicains et elle fera régulièrement son apparition sur tout lorsque la mauvaise conscience agira comme si le fait d'assimiler culturellement des individus les rendait tour à tour égaux » (COUDERC-MORANDEAU, S., *op. cit.*, p. 62).

¹²³⁸ ROBIQUET, P. (éd.), *Discours et opinions de Jules Ferry*, cit., tome V, p. 156.

¹²³⁹ Par exemple, pour K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, « French colonial policy always sought in the long run to assimilate the native populations. English policy was different: true to the principle of 'Indirect Rule', English colonial administrators relied as much as possible on existing native rulers, kept the local courts decentralized, and left mature native law almost intact. The French, on the other hand, inspired by the egalitarian ideals of the Great Revolution and a belief in the superiority of the 'civilisation française', constantly strove to lead the native population step by step to the higher level of metropolitan culture » (ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 113). De toute façon, la différenciation entre les deux modèles peut être nuancée, car les politiques d'assimilation « bien qu'elles envisageaient situer dans un même cadre juridique la métropole et les colonies, loin de prôner l'uniformité des statuts et l'égalité en droit – à laquelle elles prétendaient pourtant se référer –, établirent des organes et des fonctions propres aux colonies, généralement au bénéfice des colons et en défaveur des populations autochtones, dites "indigènes". Elles organisèrent l'exclusion » (KOUBI, G., *op. cit.*, p. 13). Pour une analyse comparative détaillée des modèles de colonisation français et

l'entre-deux-guerres, la perspective change et la politique d'assimilation est graduellement abandonnée pour faire place à « une vision relativiste et différentialiste des populations et des cultures autochtones, portée par les savant coloniaux et orientalistes qui, en tant que spécialistes de l'“ indigène », ont par nature tendance à défendre la politique de conservation des structures sociopolitiques locales et donc à prôner une politique d'“ association ” »¹²⁴⁰. Ce changement est évident dans la doctrine juridique qui à l'époque se développe autour du droit colonial. Par exemple, Arthur Girault (1865-1931) affirme que la politique d'assimilation « devrait être à la fois modérée et éclectique : *modérée*, c'est-à-dire dégagée de certaines exagérations fâcheuses et repoussant une uniformité contraire à la nature des choses, *éclectique*, c'est-à-dire empruntant aux deux autres systèmes ce qu'ils ont de bon, à savoir l'unité d'autorité au principe d'assujettissement, des libertés locales étendues et une plus grande décentralisation au principe d'autonomie »¹²⁴¹. Jules Harmand (1845-1921) critique plus ouvertement « la pratique de l'assimilation » qui « n'est que l'effet contingent et passager d'une conception erronée de la nature des colonies et de l'organisation de notre gouvernement sous une forme qui n'était pas faite pour l'expansion extracontinentale »¹²⁴². En somme, pour cette tendance doctrinale « dès que surgissent des interrogations sur les règles susceptibles d'être appliquées dans les colonies, les caractéristiques des “ indigènes ” sont, de façon presque systématique, mises en avant pour justifier l'impossible extension de droits tenus pour fondamentaux chez “ les races civilisées ” »¹²⁴³.

Grâce au rejet du modèle assimilationniste le droit colonial est dès lors défini par le principe de « spécialité » ou d'« exception ». Son caractère dérogatoire permet de le différencier du reste de l'ordre juridique français sous la dénomination de « régime de l'indigénat », ou même de « Code de l'indigénat », quoiqu'il ne consiste pas en un texte unique mais, au contraire, en diverses normes et pratiques qui en certains cas sont fort

britannique, voir : DIMIER, Véronique, *Le gouvernement des colonies : regards croisés franco-britanniques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

¹²⁴⁰ SINGARAVÉLOU, P., *op. cit.*, p. 179. Selon A. L. Conklin, « the period between 1914 and 1930 opened up a new era in the civilizing actions [...]. French policy and ideology changed to reflect both transformations in the metropole and the political needs of the colonial state. These needs were starkly exposed by the revolts that had occurred during World War I [...]. Such challenges made clear to federal authorities that they had made a mistake in attempting to divest chiefs of their authority and in maintaining all power in their own hands – two policies identified with France's civilizing mission in West Africa. [They] thus began to reconsider these policies even before the war ended. In particular, [they] recommended reappointing customary chiefs to office, and suggested a “new deal” for the educated elite. These policy changes were given a name familiar in France and some colonies since the 1890's, but new in the Government General of West Africa in the 1920's: association » (CONKLIN, A. L., *op. cit.*, p. 174).

¹²⁴¹ GIRAULT, Arthur, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 2^e éd., Paris, L. Larose, 1904, tome I, pp. 86-87. Ce livre est considéré l'œuvre pionnière en la matière.

¹²⁴² HARMAND, Jules, *Domination et colonisation*, Paris, E. Flammarion, 1910, p. 14. Pour cet auteur l'abandon de la politique d'assimilation suppose des réformes « que nous considérons comme une nécessité vitale pour l'avenir combiné de notre politique continentale et de notre expansion ultra-marine » et qui « se résument, en effet, sous un seul mot *l'autonomie* » (*ibidem*, p. 22). Il synthétise ce modèle sous cette formule : « la plus grande somme d'indépendance administrative, économique et financière qui soit compatible avec la plus grande dépendance politique possible » (*ibidem*, p. 24).

¹²⁴³ LE COUR GRANDMAISON, Olivier, « L'exception et la règle : sur le droit colonial français », *Diogenes*, N° 212, 2005, p. 45.

disparates d'une colonie à l'autre¹²⁴⁴. Suivant la tradition du « code noir »¹²⁴⁵ et développant le principe particulariste de l'article 109 de la Constitution de 1848¹²⁴⁶, ce régime se présente alors comme « un ensemble de lois articulant une série de droits et de devoirs d'exception au concert général de la loi française ou, plus modestement, aux usages juridiquement retenus en métropole »¹²⁴⁷. On a beaucoup insisté sur l'exceptionnalité du régime de l'indigénat, au point que D. Schnapper, en reprenant une expression évoquée dès les années 1880, parle d'une « monstruosité juridique » qui est « intrinsèquement contradictoire avec les principes des nations démocratiques »¹²⁴⁸. Quant à sa dimension pénale, « le régime de

¹²⁴⁴ Comme l'indique I. Merle, « cette non-codification est d'autant plus remarquable que le régime de l'indigénat, expérimenté en Algérie en 1881, a été appliqué durablement, jusqu'à son abolition en 1946, dans l'ensemble des colonies françaises sous des formes variées, de façon totale ou partielle, selon les périodes et les territoires » (MERLE, Isabelle, « De la « légalisation » de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 17, N° 66, 2004, p. 142 ; une première version de cet article a été publiée sous le titre « Retour sur le régime de l'indigénat. Genèse et contradictions des principes répressifs dans l'Empire français », *French Politics, Culture & Society*, vol. 20, n° 2, 2002, pp. 77-97). Sur la manière dont le régime de l'indigénat s'est étendu dans nombreuses colonies françaises voir : DARESTE, Pierre-Rodolphe, *Traité de droit colonial*, Paris, Robaudy, 1931, tome II, pp. 502-512. Sur ce sujet voir également : ASIWAJU, Anthony I., « Control Through Coercion; A Study of the Indigenat Regime in French West African Administration, 1887-1946 », *Journal of the Historical Society of Nigeria*, vol. 9, n° 3, 1978, pp. 91-124 ; LE COUR GRANDMAISON, Olivier, *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre » juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, Zones, La Découverte, 2010 ; MANN, Gregory, « What was the Indigénat? The Empire of Law in French West Africa », *The Journal of African History*, vol. 50, n° 03, 2009, pp. 331-353 ; URBAN, Yerri, *L'Indigène dans le droit colonial français, 1865-1955*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2010.

¹²⁴⁵ C'est de cette manière que l'on nomme, au milieu du XVIII^e siècle, l'ensemble de textes juridiques qui réglaient la vie des esclaves noirs dans les territoires français en Amérique. Parmi ces textes le plus célèbre est l'ordonnance de 1685 promulguée par Louis XIV. « Le Code Noir marque le rendez-vous historique de la France avec l'esclavage dans les Amériques. C'est l'un des codes les plus importants de l'histoire de la codification en France. [...] Dans ces colonies où la population esclave dépassait largement le nombre des Européens, et où le travail des esclaves était le moteur de l'économie, ainsi que son plus grand investissement en capital, le Code affectait tant les relations sociales, religieuses que patrimoniales entre les classes » (PALMER, Vernon V., « Essai sur les origines et les auteurs du Code Noir », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, N° 1, 1998, p. 112).

¹²⁴⁶ En effet, « l'origine de cette situation se trouve dans l'article 109 de la Constitution de la Seconde République qui, tout en déclarant le “ territoire de l'Algérie et des colonies ” territoire “ français », ajoute aussitôt qu'elles seront régies par “ des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente Constitution ”. On sait ce qu'il advint : le régime transitoire prévu par cette disposition devint définitif et cette dernière fut interprétée par la suite comme étant rien moins que “ l'expression d'un principe ” auquel des générations de juristes et de responsables politiques, quels que soient par ailleurs leurs convictions et leurs engagements partisans, se sont soumis pendant près d'un siècle » (LE COUR GRANDMAISON, O., « L'exception et la règle », *cit.*, p. 49).

¹²⁴⁷ SALA-MOLINS, Louis, *Le Code noir ou Le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 2012, p. 67.

¹²⁴⁸ SCHNAPPER, Dominique, *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994, p. 152 (en ce sens voir aussi : LE COUR GRANDMAISON, Olivier, *Coloniser, exterminer : sur la guerre et l'État colonial*, Paris, Fayard, 2005, pp. 247-250 ; SAADA, Emmanuelle, *Les enfants de la colonie : les métis de l'Empire français, entre sujétion et citoyenneté*, Paris, Éd. la Découverte, 2007, pp. 109-111). En effet, D. Schnapper évoque une idée qui est assez répandue à la fin du XIX^e siècle. Par exemple, dans la séance du 22 juin 1888 le sénateur Le Breton soutient qu'« aujourd'hui, on vous propose une loi qui contient une exception énorme – je pourrais dire une monstruosité juridique – en accordant à des administrateurs des pouvoirs judiciaires en fait à peu près illimités, presque indéfinis ; et l'on vient vous dire : cette chose énorme, il faut que vous la votiez d'urgence, pour ainsi dire les yeux fermés ; il y va de la sécurité de notre colonie, il y va de l'autorité et du prestige des représentants de la France. Eh bien, messieurs, je crois qu'il est impossible que le Sénat accepte perpétuellement un pareil rôle » (cité par MERLE, I., « De la « légalisation » de la violence en contexte colonial », *cit.*, p. 148). La doctrine utilise également cette expression pour caractériser le régime de l'indigénat. C'est le cas de E. Larcher qui dans son *Traité élémentaire de législation algérienne* (1^{er} éd., 1903) soutient que « d'aucuns voient dans le régime de l'indigénat tout entier – et ils n'ont pas tout à fait tort – une monstruosité juridique : non sans quelques exagérations parfois, mais en citant des faits qui

l'indigénat consiste à concevoir une justice répressive “ spéciale ”, au sens de située “ en-dehors des règles communes ”, pour réprimer des infractions commises par les seuls indigènes, infractions qui ne sont ni prévues ni réprimées par la loi française. Il s'agit de créer un espace juridique nouveau, spécifiquement réservé aux indigènes, qui s'ajoute au droit pénal auquel, par ailleurs, ils sont soumis »¹²⁴⁹. Il en est de même du droit civil et de la démocratie, car le régime déroge leurs principes fondamentaux « en institutionnalisant la distinction entre sujets et citoyens, étrangère à l'universalisme des droits de l'homme. Contrairement à la II^e République qui a octroyé des droits politiques aux habitants des “ vieilles colonies ” [...], les colonisateurs français de la III^e République excluent les populations colonisées de la citoyenneté tout en les soumettant à un statut personnel et à des dispositifs juridiques exceptionnels »¹²⁵⁰. En outre, le régime de l'indigénat n'est pas exceptionnel uniquement par le contenu des normes qui l'intègrent mais également par la structure institutionnelle qu'il impose aux colonies, contredisant le principe de séparation des pouvoirs. C'est ainsi que, d'une part, l'autorité administrative dans la plupart des colonies est chargée de l'administration de justice¹²⁵¹, de même que, d'autre part, le droit réglementaire l'emporte sur la loi comme moyen d'établir les normes dans ce domaine¹²⁵².

La contradiction dans laquelle se trouve le régime de l'indigénat, et en général tout le droit colonial, par rapport aux contenus et structures du régime juridique de la Troisième République applicable dans la métropole est incontestable¹²⁵³. À l'époque il est conçu comme « un sas, un passage obligé dans le lent travail que nécessite l'œuvre de la “ mission civilisatrice ”. Ainsi la République peut-elle justifier aux colonies l'existence d'un régime répressif en contradiction avec ses propres principes »¹²⁵⁴. Il est même possible d'affirmer

malheureusement ne peuvent être contestés » (LARCHER, Émile, *Traité élémentaire de législation algérienne*, 3^e éd., Paris, Rousseau, 1923, tome II, p. 477).

¹²⁴⁹ MERLE, I., *op. cit.* p. 143.

¹²⁵⁰ SINGARAVÉLOU, P., *op. cit.* pp. 179-180.

¹²⁵¹ MERLE, I., *loc. cit.*

¹²⁵² C'est le cas, par exemple, de la législation sur l'organisation de la justice coloniale. Dans son analyse statistique sur ce sujet M. Fabre conclut que « l'étude systématique des hommes à l'origine de cette législation, démontre que les véritables acteurs de la stratégie coloniale, en matière judiciaire, sont, sans conteste, le Président de la République et les gouverneurs généraux. Sur la première période étudiée (1897-1913), le pouvoir normatif se partage entre les deux avec un léger avantage aux gouverneurs généraux. Sur le deuxième échantillon (1914-1926), les gouverneurs généraux accentuent la tendance en produisant 47% des textes environ, le rôle du Président, toujours très important, passe au second plan avec 43% des normes. On se doit de relever que de 1914 à 1926, aucune loi n'a été votée par l'Assemblée en matière de justice coloniale alors que, sur la période précédente, on en dénombrait 12. Sur la troisième période allant de 1927 à 1939, le Président, avec près de 60% des règles édictées est le véritable initiateur de la stratégie coloniale en matière de justice. Le rôle des gouverneurs se réduit de manière significative (26% des textes) ce qui constitue un changement considérable par rapport aux périodes antérieures » (FABRE, Martine, « Stratégie coloniale et organisation de la justice sous la III^{ème} République. Étude quantitative des textes », in DURAND, Bernard, *La justice et le droit : Instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, Université de Montpellier, 2001 [consultable sur le site web <http://www.histoiredroitcolonies.fr/OrgJudicParcours/aaaa.html>]).

¹²⁵³ Comme l'indique O. Le Cour Grandmaison, « l'inapplicabilité de la législation métropolitaine aux territoires de l'empire permet d'atteindre aux fondements juridiques du droit colonial et de découvrir ceci d'essentiel : ce dernier n'est pas dérogatoire aux principes républicains et aux dispositions nationales de façon marginale et superficielle, ou en vertu d'une conjoncture exceptionnelle aux effets limités dans le temps et l'espace, et pour les individus concernés. *Dérogatoire et discriminatoire, le droit colonial l'est au contraire par essence* puisqu'il est systématiquement soustrait à tous les principes déclarés en métropole et aux textes qui y sont adoptés » (LE COUR GRANDMAISON, O., « L'exception et la règle », *cit.*, p. 50).

¹²⁵⁴ MERLE, I., *op. cit.*, p. 162.

qu'« il codifie l'injustice et veut faire oublier qu'il fonde la loi sur la tromperie et le meurtre. Non seulement le droit autorise la spoliation de l'indigène (en 1871, par exemple, le Parlement français concède cent mille hectares de terres aux colons d'Algérie sans faire aucune mention des Algériens qui résident sur ces terres), mais il autorise sa punition s'il résiste à cette spoliation (les troupes sont chargées de repousser vers le Sahara les tribus spoliées). C'est l'ordinaire de la conquête : voler et punir celui qui est volé »¹²⁵⁵. En ce qui concerne le droit, la spécificité du fait colonial n'implique pas nécessairement qu'il n'ait pas d'effet en métropole, situation qui contredit la conception unidirectionnelle de la circulation du droit, très répandue dans les études juridiques comparatives¹²⁵⁶. De fait, « le régime de l'indigénat, qualifié d'exception en droit, ne peut être pensé en dehors des normes juridiques en vigueur en métropole, et plus généralement ne peut être pensé indépendamment du contexte dans lequel il est fabriqué : l'État français et la nation. [...] Plutôt que de situer les colonies dans une zone “ d'exceptionnalité ” qui suggérerait une radicale discontinuité entre la nation et l'Empire », il convient au contraire d'insister sur « les continuités en considérant les colonies non comme des cas à part mais comme des cas-limites : des espaces où sont mis à l'épreuve les principes politiques et juridiques fondamentaux de la nation »¹²⁵⁷. Plus encore, certaines normes juridiques et pratiques gouvernementales dans les colonies ne sont pas si différentes de celles que l'on trouve en France¹²⁵⁸. Quelques exemples le démontrent : d'une part, « plusieurs infractions prévues par le code de l'indigénat figurent aussi dans le droit pénal métropolitain pour sanctionner des comportements “ séditieux ” ou “ irrespectueux ” et attestent la continuité partielle entre la justice métropolitaine et la justice coloniale »¹²⁵⁹. D'autre part, la compétence reconnue au président de la République d'agir dans les colonies par des règlements concernant des matières réservées aux lois s'étend à la métropole lorsque le Parlement, pendant la période de l'entre-deux-guerres, lui permet à maintes reprises de légiférer par des décrets lois¹²⁶⁰. Finalement, le recours à la violence est loin d'être une exclusivité de l'exercice du pouvoir dans les colonies : tout au contraire, comme on l'a vu dans la section

¹²⁵⁵ BANCEL, N., BLANCHARD, P., VERGÈS, F., *op. cit.* pp. 54-55.

¹²⁵⁶ Dans le cas de la colonisation accomplie sous la Troisième République – ce qui est envisageable dans d'autres cas – « la métropole ne peut rester à l'abri des tensions qui vont inévitablement exister dans les colonies. Elle va être affectée par les coutumes, les arts, les croyances de ceux qu'elle colonise. Elle ne pourra se protéger entièrement de ce retour de la colonisation » (*ibidem*, p. 45).

¹²⁵⁷ MERLE, I., *op. cit.* pp. 139-140. En d'autres termes, « dans les situation frontières – et ici nous y sommes à un double titre, conceptuel et géographique – il n'est pas indifférent de faire côtoyer deux mondes juridiques et donner la impression que ce qui se passe dans l'un ne peut concerner l'autre » (DURAND, B., « La Constitution de 1875 et les Colonies françaises », *cit.*, p. 110).

¹²⁵⁸ De toute façon, souligner ces similarités ne suppose pas méconnaître les différences qui dépendent du contexte. Comme l'explique A. L. Conklin, « the overseas measures in question did echo similar trends in France, where a scientifically based social hygiene and pro-natalist movement, aimed at improving both the quantity and the quality of the French population, began to emerge during the *Belle Epoque* and reached its fullest expression in the inter-war years. Despite this superficial similarity [...] hygiene and race betterment discourse and policies in West Africa revealed a different underlying logic from that in France. At home, the approach to health care remained, with one important exception, 'individualised', while overseas the French thought primarily in terms of bettering the 'race' as a whole » (CONKLIN, Alice L., « Faire Naître v. Faire du Noir: Race Regeneration in France and French West Africa, 1895-1940 », in CHAFER, Tony, SACKUR, Amanda (ed.), *Promoting the Colonial Idea: Propaganda and Visions of Empire in France*, New York, Palgrave, 2002, p. 143).

¹²⁵⁹ SINGARAVÉLOU, P., *op. cit.*, p. 185.

¹²⁶⁰ Sur ce point voir : DURAND, B., *op. cit.*, pp. 101-106.

précédente, « la violence et l'exclusion dont a été porteuse la République se retrouvent en métropole, notamment dans l'écrasement militaire [...] de la Commune en 1871, dans la répression des grèves ouvrières, dans le régime juridique des femmes, des mineurs, des indigents, des domestiques, des militaires, des aliénés, ou dans la pratique effective des droits de l'homme : l'état d'exception dans les colonies n'était malheureusement pas si "exceptionnel" que cela »¹²⁶¹.

Par ailleurs, le caractère exceptionnel du droit colonial peut laisser penser qu'il ne s'agit pas d'un cas de circulation de droit, car les différences face au droit de la métropole l'emportent – sans oublier par ailleurs que les deux phénomènes, la réception d'un droit étranger et le droit colonial, peuvent être saisis différemment¹²⁶². Toutefois, la conception générale du droit qui est à la base de ce régime colonial comme ses structures substantielles ne sont pas d'autres que celles du droit français. Les contenus spécifiques de certaines institutions ou de certaines normes sont en effet différents entre colonies et métropole, différence qui est centrale pour déterminer la nature du droit colonial, mais le résultat de la colonisation a été l'imposition d'un modèle de régulation des rapports sociaux distinct de celui qui existait avant l'arrivée des français. Le droit comparé a remarqué cette situation, mais généralement suivant l'idée de l'espace juridique vide de l'eurocentrisme dominant dans ce type d'analyses jusqu'à récemment. En ce sens, R. David signale que l'expansion du modèle de la « famille de droit romano-germanique » s'est produite dans l'Afrique noire et Madagascar par « l'effet de la colonisation », processus qui a été facilité par le fait que, selon cet auteur, « aucun système élaboré de droit n'existait dans ces pays, dont une structure tribale en général très fragmentée avait paralysé l'évolution. La notion même du droit y a été importée, avec l'ordre et la paix, par les puissances occidentales »¹²⁶³. Dans une vision moins occidentaliste, car reconnaissant l'existence des systèmes autochtones de régulation du comportement, R. Legeais affirme que « pendant la période coloniale le droit applicable, complexe à cause précisément de ces coutumes ethniques ou des législations autochtones déjà élaborées, a pour une part plus ou moins large été imposé ou inspiré par l'État colonisateur »¹²⁶⁴. En conséquence, si l'on cherche à comprendre la manière dont le droit français a été reçu ou imposé dans les colonies acquises pendant la Troisième République il convient d'éviter la conception pour le moins extrême selon laquelle le droit colonial constitue une exceptionnalité, ce qui « peut ainsi nous affranchir d'une analyse binaire de

¹²⁶¹ BAYART, Jean-François, *Les études postcoloniales : un carnaval académique*, Paris, Éd. Karthala, 2010, p. 63.

¹²⁶² En effet, comme l'explique S. Kodjo-Grandvaux au sujet des droits d'Afrique subsaharienne, on peut chercher à démêler, dans ceux-ci, ce qui relèverait de droits considérés comme originels de ce qui témoignerait d'une influence extérieure. En renversant une telle perspective, on peut interroger non pas tant les droits africains que les droits coloniaux et les droits européens, ainsi que les présupposés philosophiques, économiques et politiques, moraux et idéologiques ou encore sociaux qui les motivent, afin de saisir comment les sociétés colonisatrices ont perçu les sociétés colonisées (KODJO-GRANDVAUX, Séverine, « Discours coloniaux et réception des droits africains : entre négation et (re)-construction », in KODJO-GRANDVAUX, Séverine, KOUBI, Geneviève (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 53.

¹²⁶³ DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd. Paris, Dalloz, 2002, p. 57. Sur ce type de conceptions, concrètement celles fondées sur l'anthropologie fonctionnaliste de la fin du XIX^e siècle, qui nient l'existence d'un droit dans la plupart des sociétés colonisées, voir : KODJO-GRANDVAUX, S., « Discours coloniaux et réception des droits africains », *cit.*, pp. 55-63.

¹²⁶⁴ LEGEAIS, Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Litec, 2008, p. 246.

l'histoire de France opposant la “ République des droits de l'homme ” et la “ République coloniales ” »¹²⁶⁵. Cela ne suppose pas non plus l'impasse de tomber dans l'autre extrême et considérer que « le droit d'inspiration européenne, appliqué dans les colonies, était un droit calqué sur celui de la métropole »¹²⁶⁶, sans tenir compte des spécificités et dérogations du régime colonial.

C. Doctrine, empire et droit colonial

On pourrait penser, de prime abord, que ce type d'ambivalence est l'une des questions sur lesquelles s'intéresse la doctrine publiciste qui au tournant du XX^e siècle étudie le phénomène impérial et le droit colonial. Cependant, comme l'explique O. Beaud, bien que sous la Troisième République l'empire colonial français soit à son apogée, en principe « la notion d'État et plus encore la notion d'État unitaire ont littéralement empêché la doctrine publiciste de “ penser ” l'Empire comme forme politique autonome »¹²⁶⁷. Or, ce constat peut être nuancé par l'existence pendant la période de « quelques tentatives intéressantes dans la doctrine publiciste pour décrire le phénomène impérial avec de nouveaux concepts », même si elles ne constituent pas une théorie de l'Empire en tant que forme politico-juridique, mais seulement des fragments de celle-ci¹²⁶⁸. En effet, Adhémar Esmein qui, comme on verra¹²⁶⁹, a fondé la discipline du droit constitutionnel, « ne s'est guère intéressé à la forme impériale de la République française, ce qui n'a pas manqué d'avoir des effets sur les autres membres de la doctrine constitutionnelle »¹²⁷⁰. Il en va de même de Carré de Malberg qui n'évoque cette question que de façon indirecte, à propos du statut particulier des colonies anglaises et de l'Alsace-Lorraine¹²⁷¹. Étant d'origine alsacienne, ce dernier cas retient son attention, car dans ses écrits antérieurs à 1914 il considère que l'empire allemand, après la guerre de 1870, cherchait à traiter sa région natale comme une sorte de colonie. Il finit donc par « défendre le système politique libéral français contre le modèle allemand », ce qui « rend problématique l'analyse des colonies »¹²⁷². Pour sa part, Duguit ne s'occupe du fait colonial que de façon allusive lorsque dans son *Traité de droit constitutionnel* critique la théorie selon laquelle la nation serait un élément de l'État, son substratum personnel. Pour lui, le cas des colonies révèle la possibilité de la domination de l'État sur des non-nationaux qui sont les sujets de l'empire colonial : « en considérant particulièrement la France, tous les indigènes des colonies sont sujets, mais non citoyens français, tant que le caractère de citoyens ne leur a pas été expressément reconnu suivant certaines règles spéciales déterminées par notre législation coloniale. Il y a donc là une quantité considérable d'individus qui sont subordonnés à la puissance publique

¹²⁶⁵ SINGARAVÉLOU, P., *op. cit.*, p. 185.

¹²⁶⁶ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *op. cit.*, p. 450.

¹²⁶⁷ BEAUD, Olivier, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 14 (Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?), 2015, p. 10. Cet article sera largement employé dans l'exposition à laquelle l'on procède en ce qui suit.

¹²⁶⁸ *Loc. cit.*

¹²⁶⁹ Voir *infra* p. 288.

¹²⁷⁰ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 12.

¹²⁷¹ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁷² URBAN, Y., *L'Indigène dans le droit colonial français, 1865-1955, cit.*, p. 453.

française »¹²⁷³. Même s'il aborde une deuxième fois la question coloniale (il le fait à propos de l'empire britannique qui démontre que la conception de la souveraineté une, indivisible et inaliénable n'est pas tenable¹²⁷⁴), « Duguit ne s'intéresse pas à l'Empire en soi, car sa seule visée est polémique : discréditer l'État souverain »¹²⁷⁵.

En revanche, d'autres constitutionnalistes offrent des analyses plus étendues sur les colonies, leur régime juridique et la manière dont elles conforment un empire, sur la base des développements de la doctrine coloniale après la Première Guerre mondiale. Par exemple, Maurice Hauriou (1856-1929), dans ses *Principes de droit public* (1^{re} éd. 1910) aborde ce sujet, toujours de forme indirecte, dans le cadre de ses réflexions sur la capacité centralisatrice et assimilatrice de la nation sous le régime de l'État moderne¹²⁷⁶. Il le fait en soulignant le caractère institutionnel ambivalent des colonies, qui ne sont pas une simple administration locale, mais ne sont pas non plus un État à part entière¹²⁷⁷. Leur nature mixte, à la fois politique et administrative, permet aussi à Hauriou de poser les premiers éléments d'un examen de leur situation dans la structure d'un empire en tant que forme politique, en énonçant un rapport hiérarchisé où elles sont subordonnées la métropole¹²⁷⁸. L'auteur reprend ces considérations dans le *Précis de droit administratif* (1^{er} éd. 1892), où il consacre une section à « l'organisation des colonies »¹²⁷⁹. Il y insiste sur la nature ambivalente des colonies, puisque d'après lui « la possession coloniale fait partie de l'État sans faire partie de la nation, d'autant que les indigènes des colonies ne sont pas de même nationalité ; c'est un cas où l'État déborde la nation »¹²⁸⁰. Cette scission entre la nation et l'État, où les colonies sont placées du côté de celui-ci et la métropole du côté de celle-là, mène Hauriou à conclure qu'un empire colonial évolue dans deux « directions », soit vers la centralisation, soit vers la fédéralisation¹²⁸¹. Cette première élaboration conceptuelle sur les

¹²⁷³ DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome II, La théorie générale de l'État*, 3^e éd., Paris, E. Boccard, 1928, § 2, p. 16.

¹²⁷⁴ *Ibidem*, § 11, pp. 140-141.

¹²⁷⁵ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 19. On abordera plus loin (*infra* pp. 306 et suiv.) quelques aspects de la doctrine constitutionnelle de cet auteur.

¹²⁷⁶ Dans le chapitre XIII, intitulé « La centralisation et la loi » : HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910 (réimpression : Paris, Dalloz, 2010), pp. 595 et suiv.

¹²⁷⁷ Hauriou en effet considère que « la possession coloniale est à la fois une administration locale de l'État français et un embryon d'État indépendant. Elle présente ceci de particulier que, tout en étant à de certains égards dans l'État métropolitain, à d'autres égards elle est hors de l'État, puisqu'elle est hors de la métropole qui est le territoire propre de l'État. Si l'on serre de près ce problème, on s'aperçoit que la possession coloniale est soumise au pouvoir de domination de l'État, mais qu'elle ne fait pas partie du "pays légal" organisé pour résister à ce pouvoir de domination et pour y participer, les habitants ne jouissant pas des mêmes droits constitutionnels ni de la même légalité » (*ibidem*, p. 603).

¹²⁷⁸ C'est en ce sens que l'auteur affirme que « la métropole est donc le territoire où se trouvent réunis à la fois l'empire gouvernemental et ce que les Romains appelaient le *droit de cité* le plus haut ; la possession coloniale est un territoire soumis à l'empire gouvernemental, mais où il n'y a point de droit de cité, ou bien, où il n'y a qu'un droit de cité inférieur, finalement la distinction de la métropole et des possessions coloniales doit être tirée du *droit de cité* » (*loc. cit.*).

¹²⁷⁹ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1921, pp. 294 et suiv.

¹²⁸⁰ *Ibidem*, p. 295.

¹²⁸¹ « L'empire colonial peut évoluer dans deux directions opposées, ou bien les possessions coloniales tendront à s'assimiler de plus en plus à la métropole, à acquérir le même droit de cité et elles seront finalement des provinces ou des départements de la métropole ; ou bien, elles tendront au contraire à développer leur droit de cité local, en même temps que leur autonomie, elles deviendront alors des États indépendants, elles ne seront plus rattachées à la métropole que par une sorte de fédéralisation impérialiste.

caractéristiques politico-juridiques des colonies et leur intégration dans l'empire est complétée dans la deuxième édition du *Précis de droit constitutionnel* de 1929 (1^{er} éd., 1923¹²⁸²). Dans la section sur « les différentes espèces d'États »¹²⁸³, Hauriou étudie le statut des colonies et exclue celles-ci de la catégorie de l'État. Ceci d'autant qu'« il suffit pour qu'un pays soit un État, que les droits de législation, de justice, et contrainte soient actuellement possédés en propre et exercés par ses organes : ce sont des droits qu'une province décentralisée ou une colonie ordinaire ne possèdent jamais »¹²⁸⁴. Par conséquent, les colonies « ne peuvent être alors, du point de vue juridique, que des démembrements de l'État au même titre que les “ provinces décentralisées ” »¹²⁸⁵.

Des constitutionalistes de la période de l'entre-deux-guerres c'est Joseph-Barthélemy (1874-1945) qui présente les considérations les plus achevées que l'on peut trouver sur les effets constitutionnels du phénomène colonial. Il y procède dans la seconde édition de son célèbre *Traité de Droit constitutionnel*, rédigé avec Paul Duez (1888-1947), plus concrètement au début de la deuxième partie sur « les institutions constitutionnelles de la France ». Dans le titre préliminaire (intitulé « Forme et Éléments de la Communauté française ») ils posent la question de savoir « dans quelle catégorie de forme d'État » l'État français doit-il être classifié, rappelant qu'en principe, selon la théorie classique, il n'y aurait que deux formes d'État : l'État unitaire et l'État composé (qui correspond à l'État fédératif)¹²⁸⁶. Contrairement à la doctrine constitutionnelle traditionnelle, les auteurs ne rangent pas la France parmi les États unitaires. Comme le souligne O. Beaud, leur réponse est originale, voir surprenante, puisqu'ils proposent une catégorie nouvelle, celle de l'État impérial¹²⁸⁷ :

« La France – ils écrivent – n'est ni un État unitaire, ni un État fédéral, elle est, à l'exemple de l'Angleterre, un *État impérial*. La caractéristique de cette forme d'État est qu'il est composé d'éléments complexes, dont l'un domine les autres.

On se plaît trop souvent à opposer à la simplicité rationnelle de la structure française la complexité empirique de l'Empire britannique qui serait bien caractéristique du tempérament anglais. L'Empire comprend le royaume d'Angleterre et d'Ecosse, d'Irlande, les *Dominions*, qui ne sont rattachés à la métropole que par un “ fil de soie », les colonies de la Couronne, l'Empire des Indes, les protectorats, les mandats.

Le type fédéral se dessine dans l'empire colonial de la Grande-Bretagne, plusieurs des colonies s'y sont émancipées au point de posséder un parlement et une législation locale, et par conséquent de mériter le titre d'États [...]. Le type centralisateur et assimilateur se concevrait au contraire pour un pays dont les possessions se présenteraient sans discontinuité territoriale. Les possessions de la France sont toutes, sinon très lointaines, du moins séparées du territoire métropolitain ; il serait prudent de prévoir des tendances séparatistes lorsque les colonies seront développées et outillées et de préparer dès maintenant un certain relâchement des liens » (*ibidem*, pp. 297-298, n. 3).

¹²⁸² Comme l'indique O. Beaud, « la première édition ne contient pas de développements spécifiquement consacrés au fait colonial » (*op. cit.*, p. 39).

¹²⁸³ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit Constitutionnel*, 1^{er} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1923 ; 2^e éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929 (réimpression : Paris, Dalloz, 2015), pp. 119 et suiv.

¹²⁸⁴ *Ibidem*, p. 122.

¹²⁸⁵ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 44.

¹²⁸⁶ BARTHÉLEMY, Joseph, DUEZ, Paul, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1933 (réimpression : Paris, Economica, 1985 ; Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004), p. 282.

¹²⁸⁷ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 48.

Or, la structure de la République impériale française est aussi compliquée que celle de l'Empire britannique. On dit trop souvent : la France est un État unitaire sous une autorité centrale [...]. Or, il y a cent millions d'individus soumis à la souveraineté française. Il y en a quarante millions d'individus qui se pressent sur la partie occidentale de l'Europe, entre Rhin et Pyrénées. *C'est à ces quarante millions seulement et à ce territoire, dit métropolitain, que s'appliquent exclusivement le droit constitutionnel et tous nos développements* : organisation des pouvoirs publics, règne de la loi, droit de vote, libertés individuelles, droits de l'homme, séparation des pouvoirs, tout cela est européen.

Au moins est-il juste qu'ici nous rappelions l'existence de soixante millions de ressortissants français qui sont soumis, par le droit constitutionnel, à des règles spéciales »¹²⁸⁸.

À partir de ce passage, il est possible de repérer deux caractéristiques de l'État impérial¹²⁸⁹ : en premier lieu, il présente une structure duale à caractère hiérarchique, composée d'une métropole et de colonies, existant entre les deux éléments un lien de domination, du point de vue du premier, ou un lien de subordination, du point de vue du second. En deuxième lieu, l'État impérial se distingue par la dualité de constitution, par avoir, d'un côté, une constitution métropolitaine, qui est une constitution libérale et démocratique, formulé dans un document écrit, et, de l'autre côté, une sorte de constitution « coloniale » informelle qui est bâtie « sur le mode autoritaire »¹²⁹⁰. Ce sont les traits distinctifs de la forme d'État de la France, l'un de deux plus grands empires coloniaux européens de l'époque – l'autre est le Royaume-Uni –, traits qui permettraient de construire une théorie de l'État impérial différente de celle de l'État unitaire et de l'État fédéral. Néanmoins, Barthélémy et Duez n'approfondissent pas dans leur analyse et ne définissent pas ce type d'État. Mais ils ont su « dégager cette idée à propos de quelques faits tangibles tirés de l'observation des empires français et britannique »¹²⁹¹.

Or, ce qui est encore plus surprenant c'est que les auteurs appartenant à ce qui peut être qualifié de « doctrine coloniale », qui serait différente de la doctrine publiciste¹²⁹², n'avancent pas beaucoup vers ce propos et n'abandonnent pas la théorie de l'État unitaire qui leur sert de point de départ, même si, à la différence des auteurs auxquels l'on a fait jusqu'ici allusion, ils ont comme objet exclusif de leurs analyses le phénomène colonial et son régime juridique. C'est le cas notamment de Louis Rolland (1877-1956) et de Pierre Lampué (1899-1987), qui ont écrit un *Précis de législation coloniale* (1^{er} éd. 1931)¹²⁹³, le

¹²⁸⁸ BARTHÉLEMY, J., DUEZ, P., *op. cit.*, p. 283.

¹²⁸⁹ BEAUD, O., *op. cit.*, pp. 49-50.

¹²⁹⁰ D'après les auteurs, « la France continentale est le domaine d'application de la constitution : les lois s'y appliquent automatiquement. Sur les parties extracontinentales domine au contraire le décret. La France continentale est bâtie sur le mode libéral ; la France extracontinentale sur le mode autoritaire » (BARTHÉLEMY, J., DUEZ, P., *op. cit.*, pp. 285-286).

¹²⁹¹ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 49.

¹²⁹² Selon G. Richard, « le droit colonial n'est pas un ensemble se rattachant à des principes communs du droit public, ce qui, didactiquement, conduit le plus souvent à l'énumération des différentes colonies et de leur régime spécifique : le droit colonial est éclaté par territoires et par catégories, sans que des règles communes ne le rattachent aux principes du droit public. Il constitue un champ d'étude distinct du droit public, qui construit son autonomie par la spécificité de son objet » (RICHARD, Guillaume, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Thèse de doctorat, Droit Public, dir. Jean-Louis Halpérin et Éric Millard, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, p. 401).

¹²⁹³ ROLLAND, Louis, LAMPUÉ, Pierre, *Précis de législation coloniale (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 1931 (2^e éd. 1936 ; 3^e éd., 1940). Cet ouvrage est publié en 1949 sous un

principal travail en ce domaine depuis les années trente. En effet, pour eux les colonies « sont des territoires, situés le plus souvent outre-mer, qu'un État à civilisation européenne a placés sous sa dépendance »¹²⁹⁴ ; plus concrètement, elles sont des « personnes morales du droit public soumises à un statut juridique spécial »¹²⁹⁵. Ce lien de dépendance comporte que « l'établissement nouveau créé par la société locale s'installant outre-mer est soumis au pouvoir de domination de l'État. Le plus souvent, les habitants de la colonie n'ont pas les mêmes garanties que ceux de la métropole pour réagir contre ce pouvoir de domination. Un droit de cité colonial apparaît qui n'est pas le même que le droit de cité métropolitain »¹²⁹⁶. De cette manière, il semblerait que Rolland et Lampué se décident pour affirmer le caractère exceptionnel du droit colonial, mettant ainsi de côté le modèle assimilationniste. Cependant, ils soutiennent aussi que les colonies sont dotées « de la personnalité morale du droit administratif », qu'elles sont « de même nature que les départements métropolitains » et qu'elles sont, aussi bien que ceux-ci, des « subdivisions territoriales de l'État »¹²⁹⁷, de sorte que les dispositions du droit public interne, voir les lois constitutionnelles de 1875, s'appliquent à leur égard¹²⁹⁸.

On serait donc de nouveau en présence de l'ambivalence entre exceptionnalité et continuité, entre le caractère particulier du droit colonial et son caractère unitaire par rapport au droit métropolitain. Or, du point de vue théorique, c'est la deuxième tendance qui est déterminante, car les auteurs partent du principe selon lequel la France est un État unitaire¹²⁹⁹, ce qui implique, d'une part, que les colonies ne sont pas soumises au droit international public, mais au droit interne de l'État, et, d'autre part, qu'elles sont « des parties intégrantes d'un État unitaire »¹³⁰⁰. En somme, « les colonies font partie de la France, leur territoire est un territoire français comme le territoire métropolitain lui-même ; leurs habitants ont la nationalité française comme ceux de la métropole ; enfin, les lois constitutionnelles régissent le territoire colonial comme le territoire métropolitain »¹³⁰¹. Quoi qu'il en soit, l'oscillation entre un extrême et l'autre continue à se présenter et, comme l'indique O. Beaud, le *Précis de législation coloniale* contient de nombreuses preuves du dualisme de la construction impériale (sa structuration en métropole et colonies), ce qui met en cause le présupposé unitaire¹³⁰². Le dualisme est perceptible lorsque les auteurs, après avoir identifié, suivant le modèle de Girault¹³⁰³, trois types de la relation entre la métropole et les colonies (le type de l'assujettissement, le type de l'autonomie et le

titre légèrement différent : *Précis de droit des pays d'Outre-Mer (Territoires, Départements, États associés)*, Paris, Dalloz, 1949, (2^e éd., 1952). La troisième édition de ce dernier est publiée seulement par Lampué, sous un titre encore plus court : *Droit d'Outre-mer*, Paris, Dalloz, 1959 (4^e éd., 1969).

¹²⁹⁴ ROLLAND, L., LAMPUÉ, P., *Précis de législation coloniale*, 1^{er} éd., cit., § 1, p. 1.

¹²⁹⁵ *Ibidem*, § 62, p. 46.

¹²⁹⁶ *Ibidem*, p. 4.

¹²⁹⁷ *Ibidem*, § 63, p. 46.

¹²⁹⁸ Sur le débat autour de l'application des lois constitutionnelles aux colonies voir : DURAND, B., « La Constitution de 1875 et les Colonies françaises », cit., pp. 83-90.

¹²⁹⁹ BEAUD, O., op. cit., pp. 29-30.

¹³⁰⁰ ROLLAND, L., LAMPUÉ, P., op. cit., § 67, p. 50.

¹³⁰¹ Loc. cit.

¹³⁰² BEAUD, O., op. cit., p. 64.

¹³⁰³ Voir *supra* p. 261.

type de l'assimilation¹³⁰⁴), assurent que en France les gouvernants ont appris que la diversité et l'étendue de l'empire colonial exigent le désaveu de l'unicité du régime, et donc du type de l'assimilation. En outre, ils reconnaissent la spécificité juridique des colonies, qui ont une législation potentiellement différente de la législation métropolitaine¹³⁰⁵, ainsi que leur statut institutionnel spécial¹³⁰⁶. Il est possible alors de conclure que Rolland et Lampué montrent une sorte de « cécité impériale » et n'ont pas voulu voir que l'empire colonial est juridiquement pluraliste et non pas unitaire¹³⁰⁷, restant ainsi prisonniers d'un cadre théorique totalement inadapté à la configuration impériale qui est éminemment dualiste. Qui plus est, cette condition n'affecte pas seulement les conceptions de ces auteurs, mais toute la doctrine coloniale et la doctrine constitutionnelle qui « ont très majoritairement plaqué sur le phénomène colonial (ou impérial) la grille d'interprétation tirée de la théorie générale de l'État et, plus spécifiquement, de la théorie de l'État unitaire »¹³⁰⁸.

¹³⁰⁴ ROLLAND, L., LAMPUÉ, P., *op. cit.*, §§ 38-41, pp. 30-32. Par rapport au troisième type, les auteurs affirment que « les partisans de l'assimilation partent de l'idée que le territoire de la colonie n'est qu'un prolongement de celui de la métropole. Il doit donc être soumis au même régime ; les habitants qui s'y trouvent et les faits qui se produisent dans la colonie doivent être traités comme se trouvant ou se produisant la métropole. En d'autres termes, la colonie doit tendre à n'être plus une colonie, mais une partie de la métropole » (*ibidem*, § 42, p. 33).

¹³⁰⁵ *Ibidem*, pp. 136-184.

¹³⁰⁶ *Ibidem*, pp. 107-135.

¹³⁰⁷ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 71.

¹³⁰⁸ *Ibidem*, p. 77.

Chapitre II. La doctrine constitutionnelle française au tournant du XX^e siècle

Le tableau des principaux débats politico-constitutionnels de la Troisième République que l'on vient de dresser permet de discerner désormais le lien profond qui existe entre les sujets abordés par la doctrine constitutionnelle, d'un côté, et le contexte politique, social et intellectuel dans lequel ses conceptions, observations et propositions sont posées et controversées, de l'autre. Bien que cette condition ne soit pas une exclusivité de l'intervalle analysé, on considère que dans ce cas le lien est très manifeste. Au tournant du XX^e siècle, plus précisément entre 1879 et 1914, de même que s'est accompli ce que l'on qualifie d'« âge d'or de la Troisième République »¹³⁰⁹, il y a également eu un essor de la pensée juridique – à l'instar des progrès des idées politiques¹³¹⁰ –, car une rupture s'était progressivement réalisé entre celle de la première moitié du XIX^e siècle et celle qui s'est développée par la suite¹³¹¹. Ainsi, la doctrine en général et la doctrine publiciste et constitutionnelle en particulier expérimentent tout au long de cette période une expansion remarquable, à tel point qu'il est possible d'affirmer qu'elles sont aussi vécues leur propre « âge d'or »¹³¹² (comme on l'avait déjà signalé), leur propre « belle époque »¹³¹³. Toutefois, comme le rappellent N. Hakim et F. Melleray, « les constructions doctrinales, si elles sont ainsi indissociables du contexte et des enjeux politiques de leur période d'émergence, n'en sont cependant pas le simple reflet. Elles obéissent aussi à des considérations propres au champ académique dans lequel elles se déploient »¹³¹⁴. Ce sont justement ces particularités de l'évolution de la doctrine en droit public, concrètement en droit constitutionnel, durant l'époque qui nous occupe, ce que nous allons aborder succinctement dans le présent chapitre.

Avant d'aborder ces questions, il convient d'insister sur le poids des conséquences de la transition intellectuelle que vit la France dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Parmi celles-ci, l'on a déjà souligné la diffusion de la méthode positiviste de Comte, qui soutient que le vrai savoir ne peut être obtenu que par l'observation des faits tels qu'ils se présentent dans la réalité. Pour cet auteur, l'idée qu'une science, une philosophie ou une politique soient positives signifie qu'elles s'interdisent « toute interrogation illusoire sur les causes premières et les fins dernières, qu' [elles] excluent absolument toute transcendance, qui ne

¹³⁰⁹ AZÉMA, J.-P., WINOCK, M., *La III^e République*, cit., p. 125.

¹³¹⁰ GRONDEUX, Jérôme, *Histoire des idées politiques en France au XIX^e siècle*, Paris, La Découverte, 1998, pp. 114-115.

¹³¹¹ JESTAZ, Philippe, JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 120.

¹³¹² REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit*, cit., p. 8.

¹³¹³ HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice, « La Belle Époque de la pensée juridique française », cit., p. 4.

¹³¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

progressent à tout instant que par des résultats objectivement prouvables – donc qui s’imposent non par quelque recours extérieur (force ou croyance), mais, dans la liberté absolue, par la seule force de l’évidence, de la raison et de l’expérience»¹³¹⁵. Une autre conséquence, liée au déploiement du positivisme, est la réception dans les domaines politique et juridique du solidarisme¹³¹⁶, dont la notion de solidarité ne peut être plus entendue comme un sentiment ou un dogme mais comme un phénomène social vérifiable par l’expérimentation et l’analyse empirique. Il semblerait alors que le modèle des sciences naturelles devient l’emblème épistémologique de l’époque. Pour autant, il ne faut pas oublier que les conceptions positivistes et empiristes coexistent avec d’autres doctrines à caractère idéaliste dont l’influence est telle qu’elles occupent une partie importante dans le dispositif théorique qui sert aux divers courants politiques, spécialement aux républicains, ceci étant évident à l’égard de l’idée des droits individuels innés, inaliénables et imprescriptibles, héritée de la Révolution de 1789¹³¹⁷. En outre, comme on l’a également remarqué, la Troisième République est un temps d’effervescence sociale et politique du fait des transformations de la société française qui, hésitantes dans un premier temps, se succèdent d’une manière de plus en plus dynamique dès le début du XX^e siècle. « Les pesanteurs de la Belle Époque ne doivent pas faire oublier les forces neuves qui s’y manifestent. Divers secteurs d’avant-garde se détachent, somptueux, modestes ou agressifs sur un fond souvent grisonnant. [...] À travers ces mouvements, ces idéologies, ces créations le XX^e siècle débute avant 1914 : la première décennie du siècle nouveau est grosse de presque tout ce qui fera l’originalité de l’entre-deux-guerres »¹³¹⁸.

Précisément à l’intérieur de la doctrine il est possible de distinguer ce type d’avant-garde qui a eu un rôle tout à fait décisif dans la crise et le renouveau de la culture juridique durant le passage du XIX^e au XX^e siècle, tout cela étant le résultat de l’épuisement de la méthode exégétique qui dominait le modèle traditionnel de commentaire du Code Civil¹³¹⁹. Il s’agit

¹³¹⁵ NICOLET, Claude, *L’idée républicaine en France (1789-1924)*, cit., p. 189.

¹³¹⁶ Quant aux rapports entre positivisme et solidarisme, M. Borgetto observe que le vocable *solidarité* parvient à s’imposer comme l’un des nouveaux maître-mots du langage politique et social. En effet, le concept qu’il dénote présente l’avantage de « se révéler en phase [...] avec les progrès du positivisme et la laïcisation de la pensée, lesquels poussaient à récuser tout ce qui semblait relever de la “ métaphysique ”, du “ subjectif ”, voire de la religion [...] et à privilégier, en retour, tout ce qui paraissait renvoyer à des faits découverts par l’observation ou établis par la science » (BORGETTO, M., « Solidarité », cit., p. 1428). De toute façon, cette influence du positivisme sur le solidarisme est relative, pour autant que celui-ci maintienne quelques concepts que celui-là n’accepte pas, à l’instar de ce qui arrive vis-à-vis le républicanisme. Par exemple, même si Bourgeois attribue l’idée de dette à Comte, « l’opposition du fondateur de l’école positiviste à la notion de droit (“ Il n’y a pas de droit, il n’y a que des devoirs ”) est habilement passée sous silence » (BLAIS, M.-C., *La solidarité : Histoire d’une idée*, cit. p. 30).

¹³¹⁷ En ce sens, comme le remarque S. Hazareesingh, « 1789 mattered much more to nineteenth-century republicans as an idealized construct than as a practical model for political emulation: in other words, as a myth rather than as an historical reality. Myths are double-edged political instruments, serving as creative but also constraining elements within a political culture. In the latter sense, they can weigh down a political tradition by insisting on a rigid and unconditional respect for the past; in the former, they can help a collectivity to make sense of its present concerns through a reconfiguration of its recent history » (HAZAREESINGH, Sudhir, *Intellectual founders of the Republic*, cit., p. 295).

¹³¹⁸ REBÉRIOUX, Madeleine, *La République radicale ? 1898-1914*, cit., p. 157.

¹³¹⁹ Sur la crise et le renouveau de la doctrine juridique à la fin du XIX^e siècle et le début du siècle suivant voir : BUREAU, D., « Les regards doctrinaux sur le Code civil », in LEQUETTE, Yves, LEVENEUR, Laurent (dir.), *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, Université Panthéon-Assas, 2004, pp. 171-210 ; HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001, pp. 171-179 ; JAMIN, Christophe, « Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique », in ALLAND,

de la crise que la doctrine a connue « après la chute du gouvernement de Jules Ferry, en 1885, qui a exercé un effet moins visible, mais beaucoup plus profond sur l'évolution du droit positif et de la pensée juridique française. Les idées républicaines devaient être à cet instant renouvelées pour permettre au régime de trouver un nouveau souffle. [...] La recherche de nouvelles sources d'harmonie au sein d'une société qui ne pouvait plus se réduire à un simple agrégat d'individus constitua dès lors la principale préoccupation de très nombreux milieux intellectuels dans le tourbillon d'idées que connut la fin du XIX^e siècle. Les juristes devaient y apporter leur contribution, mais il leur fallait d'abord réaliser leur révolution méthodologique »¹³²⁰. Ce renouveau de la méthode cherche principalement que le droit puisse suivre le mouvement de la vie, les faits visibles de la société dans laquelle il régit, en mobilisant l'ensemble des nouvelles sciences sociales, en particulier la sociologie, l'économie politique et la psychologie. Se produit alors une révision de la théorie des sources du droit qui considère que c'est justement l'étude de la jurisprudence qui permet de procéder à cette adaptation du droit à la réalité. La doctrine constitutionnelle ne reste pas en retrait. Elle occupe en effet une place centrale dans l'achèvement de ces transformations, malgré les difficultés spécifiques aux quelles elle se heurte en raison de se trouver en ce moment dans les premières phases de son développement. En conséquence, il est dans notre propos d'exposer d'abord les caractéristiques générales de l'évolution de la doctrine en droit constitutionnel dans le cadre du « moment doctrinal »¹³²¹ de la Belle Époque (section 1). Ensuite, il sera question de présenter quelques conceptions de certains parmi les plus célèbres auteurs de cette branche, en essayant de retenir spécialement celles qui ont eu le plus de résonance à l'étranger (section 2).

SECTION 1. LES DÉBUTS DIFFICILES DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE

Une première difficulté que soulève l'analyse de l'avènement de la doctrine constitutionnelle en France est celle de déterminer le sens du vocable « doctrine » dans le domaine juridique. Cette question a été dans un premier temps envisagée à partir de la perspective civiliste. De fait, J. Carbonnier dans son *Droit civil* propose l'une des plus connues définitions, quoiqu'elle formule en réalité deux notions : « On entend par doctrine les *opinions* émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens. Ou, si l'on a égard au contenant plus qu'au contenu, la doctrine est l'ensemble des ouvrages juridiques, la *littérature* du droit »¹³²². Que ce soit en ce sens large, c'est-à-dire,

Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 380-381 ; ID., « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, n° 4, p. 815-827 ; JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *La doctrine*, cit., pp. 95-96. ; REMY, Philippe, « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, N° 1, pp. 31-46.

¹³²⁰ JAMIN, Ch., « Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique », cit., p. 382.

¹³²¹ HAKIM, N., MELLERAY, F., op. cit., p. 4.

¹³²² CARBONNIER, Jean, *Droit civil : introduction*, 27^e éd., Paris, PUF, 2002, § 150, p. 297. À partir de ces notions il est possible de différencier la doctrine juridique de la « pensée juridique », c'est-à-dire « les *points de vue* qu'ont les juristes sur les problèmes qui s'agissent dans leur monde », quoiqu'il y aurait un lien profond

comme l'« ensemble des productions dues à la science juridique par opposition à la jurisprudence »¹³²³, ou bien dans un sens plus strict, comme les conceptions des auteurs sur le droit destinées à faire autorité parce qu'elles émanent de la communauté des juristes¹³²⁴, dans le domaine constitutionnel l'on ne constate l'émergence d'une doctrine que depuis le tournant du XX^e siècle, tandis que celle du droit civil est habituellement située au début du XIX^e siècle¹³²⁵. Cette différence est la conséquence, d'une part, de la manière dont la réflexion sur la constitution abandonne, graduellement et en partie, le terrain de la théorie politique et acquiert un caractère beaucoup plus pratique, ce qui constitue, par ailleurs, l'une des caractéristiques générales de la doctrine juridique française¹³²⁶. Par conséquent, la doctrine constitutionnelle s'applique non seulement à expliquer le fondement de la légitimité des pouvoirs politiques, mais aussi à définir les meilleures garanties de leur fonctionnement et les limites de leur action au moyen de certains arrangements institutionnels et certaines procédures juridiques¹³²⁷. D'autre part, le décalage temporel d'une doctrine par rapport à l'autre est aussi le résultat d'admettre que le droit public a une

entre les deux car « la pensée juridique émane, au premier chef, des œuvres de la doctrine juridique » (ARNAUD, André-Jean, *Les Juristes face à la société : du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, p. 8).

¹³²³ CIMAMONTI, Sylvie, « Doctrine juridique », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p. 103.

¹³²⁴ Cette notion de « communauté des juristes » qui permet à Ch. Atias d'insister sur la notion de doctrine comme *communis opinio doctorum* (ATIAS, Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 163) est contestée par A. Sérieux qui considère que cette communauté n'a pas d'existence concrète et que seules les opinions individuelles ont une réalité (SÉRIEUX, Alain « La notion de doctrine juridique », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, N° 20 (« Doctrine et recherche en droit »), 1994, pp. 65-74). De toute façon, cette controverse montre que le singulier qui s'attache au mot doctrine fait apparaître clairement qu'il dénote « un concept empirique qui présuppose l'existence de la communauté des juristes et résulte d'une généralisation des doctrines individuelles sur l'autorité desquelles elle rétroagit » (CAPORAL, Stéphane, « Qu'appelle-t-on doctrine(s) ? Quelques observations du côté de la philosophie », in KOUBI, Geneviève (dir.), *Doctrines et doctrine en droit public*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, p. 25).

¹³²⁵ Sur la consolidation au début du XIX^e siècle (après la promulgation du Code Civil en 1804), de l'appellation de « doctrine » pour désigner le « droit savant » dans le domaine du droit civil, voir : JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.*, pp. 69-70.

¹³²⁶ Comme l'indique O. Beaud, « dans la tradition française, la doctrine se perçoit comme une pensée en action. Selon cette perspective, l'art du juriconsulte [...] est de maintenir une union étroite entre la théorie et la pratique. Mais, en réalité, les juristes français envisagent leur activité comme une science essentiellement pratique et considèrent eux-mêmes comme pragmatiques » (BEAUD, Olivier, « Doctrine », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 387).

¹³²⁷ Il apparaît alors qu'il y a un lien profond entre la doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme, au point que les deux termes semblent être synonymes. Sans aborder la question complexe de la notion de constitutionnalisme, il convient ici de reprendre la distinction que pose M. Troper entre une conception « prescriptive », c'est-à-dire celle qui propose un modèle idéal de gouvernement et qui permet de différencier les régimes constitutionnels de ceux qui n'auraient pas cet attribut, et la conception « descriptive » qui conçoit le constitutionnalisme comme « une forme particulière de description des constitutions » (TROPER, Michel, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in ID., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 209). Étant donné que la doctrine a traditionnellement pratiqué « une science tournée vers l'action, à la fois rationnelle et empirique » (JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.* p. 16), il est possible de conclure que la doctrine constitutionnelle correspond, au moins en principe, à la conception prescriptive du constitutionnalisme, car elle ne se limite pas à une description neutre des constitutions. Comme la doctrine des autres branches du droit, la doctrine constitutionnelle a « une conception, à certains égards intéressée de la connaissance du droit : elle entend le connaître et le révéler en lui-même, dans un but en définitive opératoire, efficient, qui concerne le droit lui-même. En tant qu'entreprise cognitive, même lorsqu'elle se présente avec les traits d'une science, elle apparaît donc fondamentalement téléologique ou téléonomique » (PICARD, Étienne, « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 139).

place aussi importante que celle qu'avait le droit civil dans la structure de l'ordre juridique. Cette situation est l'un des signes les plus clairs du renouveau de la doctrine juridique à la fin du XIX^e siècle, que l'on vient de rappeler et qu'il convient d'aborder brièvement par la suite (I). Sur cette base il est possible de faire allusion aux conditions des premiers développements de la doctrine constitutionnelle vis-à-vis l'évolution accélérée de la doctrine en droit public (II). Finalement, une mention des principales tendances doctrinales dans la branche constitutionnelle permettra de présenter, dans la section suivante, les principales conceptions de quelques des plus reconnus constitutionnalistes de la Troisième République (III).

I. Le renouveau général de la doctrine juridique

En 1857, le doyen Charles Aubry (1803-1883), dans un rapport sur le modèle d'enseignement de la Faculté de droit de Paris, offre une synthèse de la notion de droit dominante jusqu'à alors : « Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre avec une large application de ses principes et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi, telle a été la devise des professeurs du Code Napoléon »¹³²⁸. Le terme « exégèse » sert habituellement à identifier ce type de conception que la plupart des commentateurs français du Code Civil pendant une bonne partie du XIX^e siècle considéraient comme allant de soi. On a même soutenu qu'ils intégraient une « École » ou, au moins, que leur œuvre constitue le classicisme juridique français. Dans cette idée, L. Husson identifie trois phases de son évolution : « une phase d'instauration, qui a commencé à la promulgation du Code Civil, en 1804, et s'est achevée entre 1830 et 1840 ; une phase d'apogée, qui s'est étendu jusque vers 1880 ; enfin une phase de déclin, qui s'est close en 1889, quand l'ouvrage de Gény a sonné le glas »¹³²⁹. Or, le regroupement des commentateurs du code dans une même école est principalement une création des auteurs qui à la charnière des XIX^e et XX^e siècles ont déployé une forte critique contre leur conceptions et méthodes¹³³⁰, raison pour laquelle « aujourd'hui, l'idée d'une École nettement caractérisée est remise en question »¹³³¹. En outre, l'exploration du code entreprit par les « exégètes » n'a rien de monolithique : « les uns écrivent dans un esprit pratique et positif à l'usage des gens de robe (de sorte qu'ils construisent peu ou modérément), tandis que d'autres, sous l'influence de la pensée allemande, souhaitent former de véritables jurisconsultes et par conséquent s'adonnent plus volontiers à une dogmatique parfois très abstraite »¹³³².

Quoi qu'il en soit, ce classicisme juridique tombe dans une crise profonde à partir du dernier quart du XIX^e siècle, au moment de l'avènement de la Troisième République, ce qui n'est pas une coïncidence. Dans un contexte de transformation sociale, « de nombreux

¹³²⁸ Cité par HUSSON, Léon, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit : L'interprétation dans le droit*, tome 17, 1972, p. 116.

¹³²⁹ *Ibidem*, pp. 115-116.

¹³³⁰ Voir en ce sens : RÉMY, Philippe, « Éloge de l'exégèse », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 1, 1985, pp. 115-123.

¹³³¹ HALPÉRIN, Jean-Louis, « Exégèse (École) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 681.

¹³³² JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 72.

juristes ont cru que le système juridique établi servait d'obstacle au progrès de la vie en général. Le système juridique traditionnel perdait de la crédibilité », parce qu'il « demeurerait aveugle à la réalité du changement social. Il ne pouvait plus servir à justifier l'exercice de la force »¹³³³. Bien que la conception traditionnelle fût en déclin depuis les années 1850¹³³⁴, la publication en 1899 de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de François Gény (1861-1939) peut en effet être considérée, suivant le schéma de Husson, comme le point de départ du renouveau de la doctrine qui s'opère par la suite. Ainsi, « pour la première fois ou presque depuis la promulgation du code civil, un auteur admet que le droit positif puisse avoir d'autres sources que la loi et consacre à celles-ci d'importants développements »¹³³⁵. À partir de cette opération de démystification du législateur Gény, devenant lui-même un mythe¹³³⁶, critique tant la tendance littéraliste que la méthode des constructions juridiques du classicisme¹³³⁷. Pour combler le vide laissé par cette attaque, il propose ce qu'il appelle « la libre recherche scientifique » qui part d'une prémisse novatrice à l'époque : « Avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale »¹³³⁸. Cette adaptation requiert une rénovation méthodologique qui entraîne, d'un côté, le recours aux sciences sociales récemment formées et, de l'autre, la déconstruction du légicentrisme qui dévoile l'étude précise de la jurisprudence comme la voie par excellence dont dispose le droit pour correspondre à la vie sociale.

Cependant, ce bouleversement de la doctrine se place aussi sous le signe de la hantise du solidarisme et surtout du socialisme juridique : tandis que le premier, à partir de la prémisse du lien nécessaire de solidarité¹³³⁹, préconise « l'union du Droit privé et du Droit public par l'absorption de ce dernier dans le premier »¹³⁴⁰, le deuxième prône « la possibilité d'établissement d'un Droit socialiste à partir des données juridiques fournies par l'état de la science sociale du Droit, et notamment l'interprétation par voie de jurisprudence »¹³⁴¹. C'est

¹³³³ BELLEAU, Marie-Claude, « Les *juristes inquiets* : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 3, 1999, p. 511.

¹³³⁴ JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 73.

¹³³⁵ *Ibidem*, pp. 121-122.

¹³³⁶ THOMASSET, Claude, VANDERLINDEN, Jacques, JESTAZ, Philippe (dir.), *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Cowansville, (Québec), Éd. Blais, Dalloz, Bruylant, 2000.

¹³³⁷ BELLEAU, M.-C., *op. cit.*, p. 515.

¹³³⁸ GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, 1919 (réimpression : Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995), tome 2, p. 225.

¹³³⁹ Voir *supra* pp. 252 et suiv.

¹³⁴⁰ ARNAUD, A.-J., *op. cit.*, p. 88.

¹³⁴¹ *Ibidem*, p. 89. En ce sens, dans un article publié en 1904 précisément sous le titre « Le socialisme juridique » André Mater soutient que « le socialisme juridique ne se confond pas avec le *réformisme*, bien qu'on ait essayé d'appeler réformistes, par opposition aux méthodes révolutionnaires, les méthodes « compatibles avec la légalité bourgeoise », et qui profitent à la bourgeoisie comme au prolétariat : le socialisme juridique ne doit pas avoir pour but de déformer le collectivisme pour l'adapter au droit bourgeois, mais de manipuler le très souple droit bourgeois pour l'adapter au collectivisme. Le réformisme consiste à obtenir des résultats immédiats et fragmentaires par la participation au gouvernement et par l'appareil législatif : le socialisme juridique consisterait à réaliser immédiatement les principaux articles du programme socialiste, sans attendre une permission législative, mais en vertu des lois actuelles qu'on interpréterait en conséquence » (MATER, André, « Le socialisme juridique », *La Revue socialiste*, tome XL, n° 235, 1904, p. 11).

pourquoi le socialisme juridique recouvre deux acceptions : « la première concerne le mouvement de réconciliation progressive du monde ouvrier et de l'idée de droit [...]. La seconde, plus restreinte mais mieux accordée à l'usage dominant, vise le travail capillaire de percolation dans la jurisprudence de problématiques et concepts nouveaux en vue d'une réorientation, d'une *subversion douce* du droit bourgeois vers un "droit ouvrier" »¹³⁴². Dans le cas de GénY, sa crainte du socialisme juridique permet d'affirmer que « le thème des *nécessités de la vie juridique* [...] n'apparaîtrait que comme une figure rhétorique destinée à mettre en scène le vice rédhibitoire de la législation, à asseoir la supériorité de la puissance intellectuelle sur la puissance politique » et à « faire barrage aux lois sociales alors en plein essor », de sorte que l'intention de cet auteur n'est, au bout du compte, que celle de « préserver l'œuvre de la codification et, avec elle, le vieux droit civil de 1804 »¹³⁴³.

Justement pour cette raison les idées de GénY ont bénéficié d'une remarquable réception et sont à la base d'un nouveau courant doctrinal connu sous diverses appellations : « école scientifique », « néoclassicisme »¹³⁴⁴ ou même « école des juristes inquiets »¹³⁴⁵. De nombreux auteurs l'intègrent, parmi lesquels Julien Bonnecase (1878-1950), René Demogue (1872-1938) et Édouard Lambert (1866-1947) pour le droit privé (sans oublier Raymond Saleilles, qui a beaucoup influencé l'œuvre de GénY) ; Maurice Hauriou et Léon Duguit pour le droit public. Ils ont tous conscience du discrédit que subit la doctrine juridique et ils partagent, au moins dans ses caractères les plus généraux, une même vision sur les outils méthodologiques qui leur permettraient d'y faire face : « réflexion sur les sources, rénovation des méthodes d'interprétation, recours à la méthode historique, au droit comparé, octroi d'une fonction essentielle à la jurisprudence sont alors autant de moyens de sortir de ce qui semble être une véritable crise »¹³⁴⁶. En somme, s'il était possible de mettre en relief un seul des effets du renouveau de la doctrine au tournant du XX^e siècle ce serait le fait que « peu à peu, les esprits se faisaient à l'idée que tout le Droit n'était pas contenu dans les codes, ni même les additions législatives postérieures, mais que la jurisprudence et parfois la coutume pouvaient être considérées, dans une certaine mesure, comme de véritables sources du Droit »¹³⁴⁷.

De toute façon, il ne faut exagérer ni la portée ni la durée du renouveau. D'une part, les nouvelles méthodologies, surtout le recours au droit comparé et aux sciences sociales, ne séduisent guère les juristes français qui continuent à utiliser les techniques littéralistes et les constructions juridiques (même si la méthode historique, selon le modèle de Saleilles¹³⁴⁸, a

¹³⁴² LE GOFF, Jacques, « Juristes de gauche et Droit social dans les années 1880-1920 », in HERRERA, Carlos-Miguel (dir.), *Les juristes face au politique. Le Droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris, Kimé, 2003, p. 14.

¹³⁴³ BOULAIRE, Jérémie, « François GénY et le législateur », in HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 72-73.

¹³⁴⁴ JAMIN, Christophe, VERKINDT, Pierre-Yves, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX^e siècle », in KASIRER, Nicholas (éd.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, pp. 101-120.

¹³⁴⁵ BELLEAU, M.-C., *op. cit.*, p. 511.

¹³⁴⁶ HAKIM, N., MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 5.

¹³⁴⁷ ARNAUD, A.-J., *op. cit.*, pp. 116-117.

¹³⁴⁸ Plus encore, cet auteur, qui avait écrit la préface de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, craignait que la libre recherche scientifique proposée par GénY n'aboutisse à trop livrer l'interprète de

eu une influence importante)¹³⁴⁹, en même temps que la fonction créatrice de la doctrine commence à être déplacée par une fonction exclusivement descriptive¹³⁵⁰ ; d'autre part, « alors que les juristes français auraient pu procéder à la même révolution intellectuelle que leurs homologues américains, [...], ils n'avaient en définitive connu qu'un moment d'inquiétude ; dès les années 1930 la technique et l'abstraction l'emportent à nouveau, le positivisme jurisprudentiel se substituant assez largement au positivisme légaliste. Seule restait peut-être cette invention du “ social ” qui devait tant marquer les juristes du premier tiers du XX^e siècle, au premier rang desquels figurent Hauriou et Duguit »¹³⁵¹. Cette circonstance mène ces deux auteurs à proposer de nouvelles théories de l'État qui cherchent à répondre à la question des rôles inédits des autorités publiques par rapport aux changements déclenchés dans la société. Il s'agissait alors de savoir « comment valider l'intervention de l'État, l'extension de son pouvoir dans la société avec de limites assez claires pour qu'elle soit acceptable ; mais aussi comment maintenir l'autorité au sein de la société dès lors que s'effacent les partages de l'ancien ordre juridique, que la source de l'autorité apparaît partout et nulle part »¹³⁵². On arrive ainsi au domaine du droit constitutionnel qui, dans le cadre de l'essor des analyses en droit public, offre à l'époque ses premiers développements doctrinaux et dont les effets sembleraient, en principe, d'une portée plus étendue que ceux du renouveau de la doctrine privatiste.

II. Doctrine publiciste et doctrine en droit constitutionnel

L'ascension du droit public parmi les disciplines juridiques à la fin du XIX^e siècle est une des manifestations les plus frappantes des transformations qu'expérimente la doctrine

textes législatifs, raison pour laquelle il préconise une méthode d'interprétation historique ou évolutive. Sur cette controverse voir : XIFARAS, Mikhail, « La “ Veritas Iuris ” selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, N° 47, 2008, pp. 77-148.

¹³⁴⁹ JAMIN, Christophe, « Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique », *cit.*, pp. 382-383. En effet, « malgré quelques tentatives d'application de libre recherche scientifique et quelques déclarations optimistes [...], la majeure partie des membres de la doctrine du début du XX^e siècle continue de recourir aux emblèmes de la loi pour fonder ses opinions. L'analyse des conceptions et des méthodes proposées par les rénovateurs, à l'exception de celles de Génys, révèle en effet cette ambivalence. Loin de rompre totalement avec la pratique antérieure de l'exégèse, la doctrine continue à associer l'autorité déontique des sources du droit à sa propre autorité épistémique. Elle perpétue le recours à la loi qu'elle enrichit de références systématiques à la jurisprudence » (HAKIM, Nader, « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, N° 27, 2007, pp. 476-477).

¹³⁵⁰ Le point d'acmé de ce processus se trouve dans le modèle kelsénien de la *Reine Rechtslehre* qui « conduit à évacuer complètement la fonction doctrinale de création du droit, dans la mesure où d'après lui ne peut venir que la simple description des règles à laquelle devrait logiquement se résumer toute l'activité doctrinale » (CAPORAL, S., *op. cit.*, p. 16). La théorie kelsénienne du droit « oppose à l'impureté de la doctrine la pureté de la science du droit, et a donc entendu remplacer la première par la seconde » (BEAUD, O., « Doctrine », *cit.*, p. 386). Il s'agit en somme de deux manières de concevoir la connaissance du droit : la science du droit, « malgré un rapport à son objet assez ambigu, entend se placer en dehors du droit, tandis que [la doctrine] entend, au contraire, s'impliquer délibérément en lui » (PICARD, Étienne, « Science du droit ou doctrine juridique », *cit.*, p. 123). Pour un examen des différentes perspectives que la doctrine juridique et la science juridique relèvent et de leurs rapports voir : CHEVALLIER, Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, N° 50, 2002, pp. 103-120.

¹³⁵¹ JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 384.

¹³⁵² DONZELOT, J., *L'Invention du social*, *cit.*, p. 89.

juridique pendant ce temps. On vient de signaler que du renouveau doctrinal découle le déclin du légicentrisme, de sorte que « le centre de gravité du droit était passé de la seule étude des textes législatifs ou réglementaires à celle de la jurisprudence, traduction du social »¹³⁵³. C'est ainsi que, en droit privé, « la Cour de cassation s'est affirmée comme l'instance suprême de régulation de la justice avec la loi du 1^{er} avril 1837, qui a définitivement supprimé le référé législatif et lui a permis d'imposer sa jurisprudence aux juges du fond en statuant toutes chambres réunies sur un second pourvoi, après une première cassation et un premier renvoi »¹³⁵⁴. Du côté du droit public, « depuis qu'existe une science du droit administratif, Conseil d'État et Université avaient collaboré à son développement. [...] Des membres de la haute juridiction et des juristes des Facultés de droit avaient poursuivi cette même ambition de rendre intelligible la production jurisprudentielle en en révélant l'unité et la cohérence »¹³⁵⁵. La jurisprudence atteint alors une place centrale dans la conception sur les sources du droit dominante au tournant du XX^e siècle, au point que c'est elle qui « a assuré l'évolution du droit privé [aussi du droit public], et les lois nouvelles [...] n'ont fait parfois que reprendre les solutions des tribunaux »¹³⁵⁶. Or, comment est-il possible d'affirmer, comme on l'a fait, que la doctrine constitutionnelle occupe une place importante dans ce renouveau si en France il n'y a à l'époque ni une juridiction ni une jurisprudence constitutionnelle ? Celle-ci est justement l'une des caractéristiques principales des premières phases de la doctrine dans ce domaine, ce qui permet de comprendre sa portée et les difficultés qu'elle a subies.

En effet, dans l'expansion de l'étude du droit public, le droit administratif avait une claire prépondérance sur les autres disciplines, spécialement sur le droit constitutionnel, puisque le développement de la juridiction administrative après la loi du 24 mai 1872¹³⁵⁷ lui a permis d'être reconnu comme un véritable objet d'étude de la science juridique, comme l'était le droit privé, tandis que le droit constitutionnel n'a pas pu bénéficier de ce statut. De

¹³⁵³ JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 383 ; voir dans le même sens : SALAS, Denis, « Droit et Institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », en BOURETZ, Pierre (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 194-195.

¹³⁵⁴ THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 2003, p. 328.

¹³⁵⁵ BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif*, *cit.*, p. 469. Or, il convient d'indiquer que dans un premier temps « les membres du Conseil d'État ont pris l'habitude, non seulement de commenter et mettre en ordre leurs propres arrêts, mais aussi d'enseigner le droit administratif dans tous les lieux où sont formés les futurs administrateurs » (JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 109). Ce n'est qu'au fil du XIX^e siècle que les professeurs des facultés de droit commencent à éclipser leur autorité doctrinale. « Alors que l'enseignement du droit administratif à la Faculté de droit de Paris semble plutôt réservé aux membres du Conseil d'État, il est confié à de jeunes agrégés dans les facultés de province et sort peu à peu de la clandestinité. À quelques exceptions près, c'est la province qui fournira au droit administratif moderne ses précurseurs universitaires. Et c'est encore à elle qu'on devra l'éclosion du couple mythique constitué par le Bordelais Duguit et le Toulousain Hauriou » (*ibidem*, p. 115).

¹³⁵⁶ THIREAU, J.-L., *op. cit.*, pp. 330-331.

¹³⁵⁷ Il convient de rappeler, avec F. Burdeau, qu'au début de la Troisième République « le gouvernement de la Défense nationale, malgré l'hostilité de certains de ses membres, laissa subsister la haute juridiction administrative. Toutefois, le Conseil d'État dont il héritait fut suspendu, victime du rôle politique considérable qu'il avait eu sous l'Empire. À sa place fut instituée le 15 septembre 1870 une *Commission provisoire*, dont les structures, la hiérarchie, les attributions étaient identiques. Elle fonctionna, avec un personnel dont une bonne part avait appartenu au Conseil de Louis-Philippe, du Prince-Président ou de Napoléon III, de l'automne 1870 au début d'août 1872. Alors, un Conseil d'État est derechef en place, avec le nouveau statut qu'avait défini la loi du 24 mai 1872. Ses dispositions devaient former, pendant soixante-huit ans, la charte du corps » (BURDEAU, F., *op. cit.*, p. 200).

fait, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, « définissant les facultés de droit comme les matrices du monde judiciaire, le discours civiliste assigne aux professeurs un rôle de pontifes de l'esprit judiciaire qui leur permet d'exercer un magistère morale sur l'ensemble des acteurs judiciaires »¹³⁵⁸, situation qui se reproduit dans le cas de l'enseignement du droit administratif, de sorte qu'il peut bénéficier de la même autorité juridique que l'enseignement du Code civil. Par ailleurs, « au sein des facultés de droit, avant la création de cours spécifiques de droit constitutionnel, ce sont notamment les professeurs de droit administratif qui procèdent au commentaire de la Constitution. Ainsi, l'ensemble des grands traités de droit administratif de la fin du [XIX^e] siècle accorde une place à l'examen attentif des grands principes de droit constitutionnel ainsi qu'à l'interprétation des lois constitutionnelles de 1875 »¹³⁵⁹.

Une autre explication à cette prépondérance du droit administratif est la mise en doute constante du caractère juridique de la constitution. Comment on l'a signalé dans le chapitre précédent¹³⁶⁰, après les grands documents constitutionnels promulgués entre la fin du XVIII^e siècle et la première moitié du siècle suivant, il est assez surprenant de trouver que depuis 1875 la France a un droit constitutionnel sans constitution, c'est-à-dire un droit constitutionnel conformé par une série des lois dont la facilité de révision (selon l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875) ne permet pas d'affirmer sa suprématie normative. « Trois lois constitutionnelles, modestes par leur taille et leur objet, sans déclaration, ni préambule, fondent donc la III^e République pour soixante-cinq ans. (...) C'est la première fois en France qu'un texte constitutionnel est aussi laconique et aussi peu solennel : ces caractéristiques vont avoir des conséquences juridiques insoupçonnées en 1875 »¹³⁶¹. Paradoxalement, parmi ces conséquences la plus remarquable est la carence de caractère juridique au sens strict de ces lois constitutionnelles, confirmée par le refus généralisé dans la doctrine du contrôle de la constitutionnalité des lois, mis à part quelques notables exceptions, en particulier celles de Léon Duguit¹³⁶² et Maurice Hauriou¹³⁶³. Ce

¹³⁵⁸ SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit., p. 52. Comme l'explique ce même auteur, dès la perspective des civilistes « les facultés de droit se définiraient d'abord comme *matrices du monde judiciaire*. Simples écoles professionnelles nourrissant le marché local du barreau, et de la magistrature, elles auraient pour fonction exclusive de certifier la compétence juridique des acteurs du *monde judiciaire* et par là, elles seraient au principe de la production de ce monde institutionnel spécifique. Si ce discours peut apparaître comme attribuant au groupe professionnel une fonction sociale relativement effacé – autour de la formation des élites judiciaires locales –, il constitue néanmoins une manière de revendiquer adroitement la paternité de *l'esprit judiciaire*. Ce dernier se caractérise par la capacité d'entretenir avec la *Justice* une relation privilégiée, c'est-à-dire notamment d'échapper à l'inféodation à l'égard des passions humaines ou/et à l'égard de *l'esprit de parti* au moment de rendre la *Justice* au nom de l'institution judiciaire. Il est donc garant de l'impartialité lors d'un règlement judiciaire. Il est donc également au principe même de la justification sociale de l'ensemble des acteurs appartenant au monde judiciaire » (SACRISTE, Guillaume, *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début du siècle*, cit., pp. 34-35).

¹³⁵⁹ *Ibidem*, p. 146.

¹³⁶⁰ *Supra* pp. 238 et suiv.

¹³⁶¹ BODINEAU, P., VERPEAUX, M., *Histoire constitutionnelle de la France*, cit., p. 87.

¹³⁶² Voir *infra* pp. 328 et suiv.

¹³⁶³ Dans la deuxième édition de ses *Principes de droit public* cet auteur affirme que « dans les États constitutionnels où l'état de droit est complètement réalisé, le pouvoir législatif lui-même est soumis au droit positif, par le mécanisme des constitutions écrites et de l'inconstitutionnalité de lois ordinaires que le juge déclare être contraires à la constitution » (HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 39. Sur cet aspect de la doctrine de Hauriou voir : FOULQUIER, Norbert, « Maurice Hauriou,

contrôle est encore plus rejeté lorsqu'il est confié aux juges et tribunaux, selon le modèle américain, très commenté et étudié à l'époque, modèle qui suscitait certaine admiration mais dont l'application se considérait juridique et politiquement impossible en France. Adhémar Esmein – comme l'on sait l'un des fondateurs de la doctrine constitutionnelle en France – a posé le principe de ce refus, qu'il étend à toute l'Europe, en affirmant le caractère plutôt moral qu'avaient les limites normatives d'une constitution :

« En Europe, il en a été autrement, et partout, même sous l'empire des Constitutions écrites impératives et limitatives, l'idée s'est fait recevoir que les tribunaux n'avaient aucunement le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois. [...] Cela revient, au fond, à dire qu'ils ont compétence pour appliquer et interpréter les lois ordinaires ; mais qu'ils n'ont point compétence pour appliquer et interpréter la Constitution. Celle-ci, en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation »¹³⁶⁴.

D'après cela, l'étude du droit constitutionnel est difficilement acceptée comme une discipline de la doctrine publiciste. Ceci explique le retard de son admission dans les programmes d'étude en droit, qui commence en 1882 par l'introduction d'une formation en ce domaine dans le doctorat en droit¹³⁶⁵ (bien que la première chaire de droit constitutionnel de la Faculté de droit de Paris ait été attribuée à Philippe Jalabert en 1879), et qui finit avec le décret du 24 juillet 1889 instituant définitivement un cours semestriel d'éléments de droit constitutionnel dans la première année de la licence en droit¹³⁶⁶. Avec ces mesures, le gouvernement cherchait principalement à ancrer le régime républicain¹³⁶⁷, tandis que « la majorité des professeurs de droit demeurera réticente à l'égard d'un projet qui fait pénétrer des considérations proprement politiques au sein de leurs amphithéâtres et qui, dès lors, entre directement en conflit avec la définition civiliste du rôle professoral, autrement dit du professeur comme pontife de l'esprit de justice »¹³⁶⁸. Cette perception du caractère juridique faible du droit constitutionnel à l'époque s'explique en partie, comme l'affirme Esmein, par l'inexistence d'une sanction qui oblige au législateur à se tenir aux termes des lois constitutionnelles. Par contre, le droit administratif trouve cette garantie qui

constitutionnaliste 1856-1929 », in HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 303-306.

¹³⁶⁴ ESMEIN, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1914 (réimpression : Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001), p. 595.

¹³⁶⁵ Comme l'explique G. Sacriste, « définitivement adopté le 20 juillet 1882, le décret portant modification des épreuves du doctorat en droit prévoit donc une interrogation obligatoire de droit constitutionnel dans l'ensemble des facultés de droit. Pourtant, pratiquement, cet enseignement n'existe pas encore dans la plupart des facultés » (SACRISTE, G., *Le droit de la République (1870-1914)*, cit. p. 118).

¹³⁶⁶ Sur le processus d'adoption de cette réforme de la licence en droit et les controverses qu'elle a suscitées, voir : *ibidem*, pp. 166-182.

¹³⁶⁷ Dans un contexte caractérisé par la prégnance de l'agencement civiliste des études juridiques, les premières tentatives d'instaurer un cours de droit constitutionnel dans les facultés de droit sont dans un premier temps le résultat de l'initiative des républicains de gouvernement. « Davantage que des professeurs de droit eux-mêmes, plutôt hostiles à cette idée, l'instauration de ces premiers cours peut être lue comme une priorité de la grande bourgeoisie libérale éclairée, qui voyait dans cet enseignement l'une des technologies permettant d'affermir un ordre social fragilisé par la défaite de 1870 et les soubresauts de la Commune » (SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit., p. 53).

¹³⁶⁸ *Ibidem*, p. 62.

manque au droit constitutionnel dans le recours pour excès de pouvoir, dont l'application et l'extension par le Conseil d'État marquent les dernières années du dix-neuvième siècle, et auquel va s'ajouter, au début du siècle suivant, le développement du recours de plein contentieux. Une partie importante de la doctrine n'a alors d'autre choix que de constater l'inexistence d'une garantie juridique efficace des lois constitutionnelles à l'encontre du législateur, contrairement à ce qui arrive pour le droit administratif.

Dans de telles conditions la reconnaissance du droit constitutionnel comme un « vrai » droit ne sera donc pas facile, surtout par rapport au droit administratif, son adversaire dans le domaine du droit public. Au début du vingtième siècle, la doctrine constitutionnelle commence progressivement à être acceptée comme une discipline juridique, bien qu'elle maintienne encore, et dans les années qui suivent, une position insolite par rapport aux autres branches du droit. En effet, le droit constitutionnel « a pour objet des normes qui se situent au plus haut degré de la hiérarchie des règles de droit – la Constitution est généralement considérée comme la *norma normarum* de l'ordonnement juridique –, mais il apparaît dans le même temps, comme discipline et comme univers de pratiques, au plus bas de l'échelle des hiérarchie disciplinaires, sans importance réelle sur le marché des biens juridiques »¹³⁶⁹. Qui plus est, au moment où les cours de droit constitutionnel sont ouverts dans les facultés de droit « le marché des biens doctrinaux constitutionnels est déjà largement structuré autour des luttes concurrentielles auxquelles se livrent un ensemble d'acteurs, issu des univers judiciaires et universitaires – parmi eux des membres de l'Académie des sciences morales et politiques, des hauts magistrats ou des avocats –, en vue de monopoliser l'interprétation légitime des lois constitutionnelles de 1875 »¹³⁷⁰. Malgré cette situation, la reconnaissance de cette branche comme objet d'étude juridique sera de moins en moins remise en question. La doctrine joue là un rôle fondamental, raison pour laquelle Georges Vedel conçoit le droit constitutionnel comme un « droit des professeurs »¹³⁷¹. C'est ainsi que, dès la fin du XIX^e siècle, « dans le domaine du droit public, deux grandes générations se succèdent : celle des Esmein, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg, Michoud... ; celle, déjà moins exceptionnelle, des Jèze, Bonnard, Joseph-Barthélemy... – listes non limitatives. La première grande génération publiciste marque profondément, avant de s'éteindre autour de 1930, la réflexion sur le droit constitutionnel et, au travers de polémiques toniques, amorce la constitution de celui-ci en une discipline ambitieuse que l'effort de la génération suivante contribuera encore à déployer »¹³⁷².

Le processus qui permet cet essor de la doctrine constitutionnelle dépend, dans un premier temps, de l'ascension du droit public et de la manière dont cette doctrine dialogue avec celle en droit administratif. Toutefois, l'inexistence d'une juridiction constitutionnelle

¹³⁶⁹ FRANÇOIS, Bastien, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in POIRMEUR, Yves, BERNARD, Alain (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 221.

¹³⁷⁰ SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit., p. 95. L'Académie des sciences morales et politiques, l'une des cinq académies de l'Institut de France, avait été fondée en 1795 et rétablie en 1832 après sa suppression en 1803. Elle est la plus ancienne institution française dans le domaine des sciences humaines et sociales.

¹³⁷¹ VEDEL, Georges, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 6.

¹³⁷² RIALS, Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, p. 81.

impose aux constitutionnalistes de prendre une voie différente de celles empruntée par les administrativistes pour le développement de leur discipline. Comme il est impossible pour eux de rédiger des commentaires d'arrêts, la doctrine constitutionnelle consacre leurs efforts à l'élaboration de « théories générales » qui se fondent sur un complexe travail de coordination et de synthèse des multiples sources et structures et qui recourent fréquemment à la démarche comparative. Pour ce faire, elle s'appuie sur les développements qui dans l'analyse des institutions politiques offraient l'Académie des sciences morales et politiques, dont le prestige est alors à son apogée. Les travaux des académiciens instituent « l'érudition historique et le recours à la législation comparée en tant que méthodes essentielles au fonctionnement même des sciences morales et politiques »¹³⁷³. Par cette voie, le modèle civiliste de formation juridique est abandonné -au moins partiellement- et les liens avec le monde judiciaire sont repensés. De fait, « le point nodal de la dérogation au discours de justifications civiliste qu'implique le nouveau rôle professoral est constitué par l'adoption de la méthode d'observation inhérente aux sciences expérimentales qui constitue l'un des postulats les plus établis des travaux de l'Académie »¹³⁷⁴. Toutefois, il ne faut pas oublier que la méthode comparative et de synthèse commence également à être appliquée par les civilistes inspirés du pandectisme allemand¹³⁷⁵ et par les administrativistes dans leur champ de travail, suivant l'exemple des premiers¹³⁷⁶. Les constitutionnalistes n'ont pas alors d'autre choix et dans leur domaine la place qu'occupe ce type de théories générales, fondées sur l'expansion et la systématisation des catégories juridiques, est tout à fait centrale. Ainsi, tandis que « Hauriou a édifié la première synthèse moderne du droit administratif dans son *Précis de droit administratif*, dont la première édition date de 1892 », pour sa part « trois ans plus tard, Adhémar Esmein prend appui sur l'histoire et la comparaison avec les constitutions étrangères pour édifier, dans ses *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, un système cohérent de droit constitutionnel, où il se fait le gardien des principes fondateurs de la III^e République »¹³⁷⁷. La doctrine juridique expérimente ainsi une transformation considérable, car l'impératif d'impartialité scientifique « entend désormais remplacer au sein du nouveau rôle institutionnel le principe de légitimité traditionnel des professeurs civiliste, à savoir la proximité entretenue avec l'esprit judiciaire »¹³⁷⁸. C'est de cette façon qu'arrive la reconnaissance du caractère juridique de la doctrine constitutionnelle. « En permettant aux constitutionnalistes de se poser aux yeux de leurs pairs comme des professionnels du droit à part égale, la juridicité revendiquée et (aujourd'hui) reconnue de leur pratique [...] les autorise d'une part à discipliner leur discipline par la mise à distance d'autres savoirs

¹³⁷³ SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit., p. 101.

¹³⁷⁴ SACRISTE, G., *Le droit de la République (1870-1914)*, cit., p. 196.

¹³⁷⁵ JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 150.

¹³⁷⁶ Comme l'indique F. Burdeau « ce n'est fut qu'à la fin du [XIX^e] siècle qu'aboutirent les systématisations proprement juridique de la discipline. La première est offerte par le grand *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1887-1888), œuvre d'un magistrat du Conseil d'État : E. Laferrière. Ce que ce dernier avait réussi sous l'angle du contentieux le fut, pour le fond du droit, par Maurice Hauriou, dont la première édition du *Précis de droit administratif* date de 1892 » (BURDEAU, François, « Droit administratif », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 429).

¹³⁷⁷ JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 151.

¹³⁷⁸ SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit. p. 163.

périphériques (comme la science politique) [...], [et] d'autre part à articuler leur discipline avec l'ensemble des autres disciplines juridiques et à chercher, par-là, à en modifier la hiérarchie »¹³⁷⁹. Cette modification suppose qu'une fois reconnu son caractère juridique, la constitution soit placée au sommet de la hiérarchie des normes positives et, sur cette prémisse, elle commence à disputer au droit administratif le centre d'intérêt de la doctrine publiciste, devenant la « base » de celui-ci¹³⁸⁰.

Par ailleurs, en dépit de son attachement au modèle constitutionnel de 1875 dans les premières années de son évolution, la doctrine assume une position de plus en plus critique à son égard. Ceci est perçu comme un signe de son caractère juridique, parce qu'elle peut prendre ses distances par rapport à la classe politique et avoir la prétention de rendre des analyses neutres, apparemment sur la seule base de l'observation des normes et institutions. Comme l'explique G. Sacriste, « installé au pouvoir, les républicains vont s'efforcer de créer une République en droit, se prévalant du droit comme fondement et comme arme défensive. Le droit constitutionnel est ainsi généralisé dans les facultés de droit dès le début des années 1880, marquant les fondements juridiques de la République. [...] Mais progressivement, mobilisés par certaines fractions conservatrices, afin cette fois-ci de critiquer les mécanismes les plus constitutifs de cette même République, ce même corpus juridique devait aussi servir à la délégitimer avec d'autant plus d'efficacité qu'il était utilisé par un corps professoral majoritairement hostile à la République républicaine. Par une sorte d'effet boomerang, manipulé par ces professeurs critiques vis-à-vis de la République, le droit constitutionnel devenait un puissant outil de délégitimation du régime républicain »¹³⁸¹. C'est ainsi que, par exemple, dans la mesure où le suffrage universel devient progressivement un fait accompli, les critiques d'un secteur de la doctrine constitutionnelle contre le régime politique de la Troisième République commencent à s'adresser tant aux fondements qu'au fonctionnement du système parlementaire, comme on l'a déjà indiqué¹³⁸². En plus, malgré une œuvre législative particulièrement féconde, quelques juristes critiquent les compétences des parlementaires, inaptés du point de vue technique et soumis à l'éloquence¹³⁸³ et même aux préjugés et émotions. C'est pourquoi la *Revue Politique et Parlementaire* a été fondée en 1894 « pour répondre à la crise de conscience de certaines intelligences préoccupées par les risques que la démocratie faisait courir à la qualité de la production législative »¹³⁸⁴. Ce constat n'est cependant que l'une des expressions d'une préoccupation plus structurelle : « face à la poussée démocratique, les publicistes tentent en effet de sauvegarder les valeurs libérales qui fondent l'État légal, et

¹³⁷⁹ FRANÇOIS, B., *op. cit.* p. 215.

¹³⁸⁰ Tout cela est le point de départ de la controverse entre G. Vedel et Ch. Eisenmann sur les bases constitutionnelles du droit administratif : VEDEL, Georges, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, 1954 ; EISENMANN, Charles, « La théorie des “ bases constitutionnelles du droit administratif ” », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 88, n° 6, 1972, pp. 1345-1441.

¹³⁸¹ SACRISTE, Guillaume, « “ Le droit constitutionnel garantit le fonctionnement de la République ” », *cit.*, pp. 70-71.

¹³⁸² Voir *supra* pp. 235 et suiv.

¹³⁸³ Sur ce point voir : GUISLIN, Jean-Marc, « L'éloquence parlementaire aux débuts de la III^e République », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, N° 3, 2005, pp. 39-60.

¹³⁸⁴ SAULNIER, F., *Joseph-Barthélemy, 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, *cit.*, p. 68.

l'analyse de l'attitude de la doctrine révèle son attachement à ces valeurs tant sur le plan institutionnel que sur le plan politique »¹³⁸⁵.

III. Les grandes tendances de la doctrine constitutionnelle

Les auteurs qui entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle ont construit la doctrine constitutionnelle en France se sont opposés sur plusieurs points, ce qui permet de les classer de diverses manières. Or, malgré cette diversité les principales tendances doctrinales à l'intérieur de ce champ du droit public répondent à quelques inquiétudes et intérêts communs. Afin d'en comprendre les enjeux, il convient, avant de présenter ces tendances, d'annoncer brièvement comment les conditions politiques, d'une part, et la mise en cause de certains éléments centraux de la conception générale du droit, d'autre part, ont influencé sur les prises de position des constitutionnalistes.

On sait déjà que l'analyse du droit constitutionnel et du fonctionnement du système institutionnel a amené les auteurs de la doctrine constitutionnelle à se prononcer sur les questions politiques qui bouleversaient la Troisième République, telles que les conséquences du suffrage universel sur le régime représentatif, les rapports entre le corps législatif et l'exécutif, les modes d'élection des représentants et, en général, les difficultés qui en effet affectaient la marche du régime politique. C'est ainsi que le parlementarisme tel qu'il fonctionnait est mis en cause de tous les côtés : à droite, par le césarisme bonapartiste du boulangisme et par la tendance la plus radicale des légitimistes qui voulaient le retour d'une monarchie traditionnaliste ; à gauche, par les socialistes et l'action des anarchistes. Il y avait donc un sentiment antiparlementaire qui ne pouvait laisser indifférente la doctrine, même si en général les auteurs ont assumé la défense du système parlementaire en proposant quelques ajustements afin de corriger ses dysfonctionnements. Enfin, il est possible de déterminer au moins deux conséquences concrètes des conditions politiques de la Troisième République sur les objectifs et les méthodes de la doctrine constitutionnelle : la première est la tendance à « substituer le droit, objet apparemment neutre, à la politique, ferment de division, comme mode de légitimation du pouvoir »¹³⁸⁶ ; la seconde est à son tour le résultat du fait qu'avec la consolidation dans les années 1880 de la République parlementaire et le affaiblissement de la fonction présidentielle, le droit constitutionnel finit par se subordonner aux réalités politiques, ce qui peut être constaté dans la préoccupation croissante des constitutionnalistes à l'égard de ces réalités.

En ce qui concerne la mise en cause de certains éléments centraux de la conception générale du droit, il s'agit, comme l'on vient de souligner, d'un bouleversement qui en principe procède du droit civil et qui affecte toutes les autres branches, le droit constitutionnel inclus. A.-J. Arnaud met en relief les critiques contre trois principes essentiels de la vision du droit jusqu'à alors dominante, qu'il appelle le « Droit napoléonien ». La première est la mise en cause de l'individualisme et du volontarisme juridique, c'est-à-dire la conception suivant laquelle « tout le Droit n'est que réglementation des relations entre individus libres, égaux, et doués de la faculté de s'engager consciemment

¹³⁸⁵ REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit*, cit., p. 167.

¹³⁸⁶ *Ibidem*, p. 29.

dans le dédales de la vie quotidienne»¹³⁸⁷. Cette mise en cause se matérialise dans la dégradation des rôles sociaux établis par le Code Napoléon et, en plus, par la prise en considération des aspirations collectives. Cette dernière critique se manifeste par le mouvement coopératif et ouvrier et par l'expansion du solidarisme et du socialisme juridique, ce qui touche directement le droit et la doctrine constitutionnels. La deuxième mise en cause est celle du subjectivisme juridique qui fait des droits subjectifs le fondement indiscutable du droit. « C'est dans trois domaines essentiellement que les atteintes les plus importantes allaient être portées à cette conception : [1] l'élaboration de la notion de personne morale en tant qu'institution, [2] la détérioration du droit absolu de propriété complétée par la formation de la théorie de l'abus du droit, et [3] les transformations de la responsabilité »¹³⁸⁸. Finalement, la troisième critique est celle adressée contre le « moralisme jansénisant » implanté dans le Code Napoléon¹³⁸⁹. Il s'agit d'une espèce de puritanisme juridique qui impliquait, d'une part, une vision très traditionaliste des mœurs et, d'autre part, une rupture entre l'activité judiciaire et les réalités sociales. Au début du vingtième siècle, ces deux éléments commencent à être contestés.

Dans ce contexte de débats politiques intenses et de crise des fondements traditionnels du droit, la doctrine publiciste et, en particulier, celle du droit constitutionnel se divise entre plusieurs tendances. Du point de vue des écoles, les divisions sont assez profondes et ne se rattachent pas seulement aux divergences juridiques, mais aussi aux oppositions politiques, voire aux questions de personne et de prestige. Ainsi, « on peut recenser trois écoles en ne retenant que les plus importantes : celle de Bordeaux avec Duguit, Jèze et plus tard Bonnard ; celle Toulouse avec Hauriou et Mestre ; celle, moins connue peut-être, de Dijon avec Deslandres »¹³⁹⁰. Cette division géographique n'est que l'expression d'un débat de fond qui oppose spécialement les deux premières écoles. Ainsi, l'école de Bordeaux sera connue aussi comme celle du service public, étant donné que pour ses représentants, spécialement pour Duguit, « le service public est le fondement sociologique du droit, il peut justifier l'existence d'un droit autonome de l'administration dans la seule mesure où ce régime spécial peut s'expliquer sans faire appel à la notion de puissance publique »¹³⁹¹. De son côté, l'école fondée par Hauriou à Toulouse est aussi celle de l'institutionnalisme, dans la mesure où l'on assure que « pour avoir de l'autorité, celui qui prétend commander doit le faire au nom d'une institution et, par suite, adopter des directives dont le choix n'est pas pour lui arbitraire, mais, au contraire, des directives qui soient dans l'esprit de l'institution dont il se réclame [...] Celui qui commande n'est donc obéi que dans la mesure où il agit au nom de l'institution, et c'est une limite à son arbitraire »¹³⁹². Plus tard la doctrine de Carré de Malberg s'opposera à ces deux tendances, car elle combine les données fournies par les institutions du droit constitutionnel français avec un élément que Duguit avait déjà abordé pour le critiquer et le rejeter : l'utilisation de la méthode et des concepts de la doctrine allemande. Cet auteur abandonne ainsi la méthode historique d'Esmein et sociologique de

¹³⁸⁷ ARNAUD, A.-J., *Les Juristes face à la société*, cit. p. 81.

¹³⁸⁸ *Ibidem*, p. 91.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹³⁹⁰ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 28.

¹³⁹¹ PISIER, Évelyne, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, p. 22.

¹³⁹² WALINE, Marcel, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'Année Politique française et étrangère*, n° 17, 1930, p. 47.

Duguit, en envisageant l'État plutôt d'un point de vue purement juridique, selon les données posées par Carl Friedrich Gerber (1823-1891)¹³⁹³, Paul Laband (1838-1918)¹³⁹⁴ et Georg Jellinek (1851-1911)¹³⁹⁵.

SECTION 2. LES PROFESSEURS DE DROIT CONSTITUTIONNEL : L'EXEMPLE D'ESMEIN, DUGUIT ET MIRKINE-GUETZÉVITCH

Il est évident qu'avant la fin du dix-neuvième siècle il existait des écrits et des livres qui s'intéressaient au droit constitutionnel. Néanmoins, ce n'est qu'à cette époque que l'on commence à trouver des constructions doctrinales dans ce domaine, c'est-à-dire les premiers ouvrages qui prétendent être des systèmes cohérents et exhaustifs d'analyse de cette branche du droit public, en suivant le modèle des grands traités et des manuels élaborés pour le droit privé. Les premiers développements viennent du droit administratif, où le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Édouard Laferrière (1841-1901), publié entre 1887 et 1888¹³⁹⁶, occupe l'emblématique place de précurseur de toutes les nombreuses études qui vont suivre¹³⁹⁷, par exemple, le *Précis de droit administratif* de Maurice Hauriou, dont la première édition date de 1892¹³⁹⁸ et qui après l'ouvrage de Laferrière constitue la première synthèse moderne du droit administratif¹³⁹⁹. Toutefois, ce type de travaux ne s'attache qu'indirectement au droit constitutionnel et, par conséquent, il faut attendre les *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* d'Adhémar Esmein, qui apparaît en 1895, pour trouver le premier essai d'ouvrage doctrinal sur la matière. C'est pour cette raison qu'il est nécessaire d'aborder ses principaux contenus, car il se présente comme un véritable précurseur de la doctrine constitutionnelle en France, son « père fondateur »¹⁴⁰⁰ (I). Justement après la parution de ce livre, celle-ci éprouve une expansion d'une portée inusitée jusqu'alors. L'œuvre de Léon Duguit en constitue un premier composant qui a exercé une influence significative en France et, ce qui nous intéresse le plus, à l'étranger (II). Or, cela n'implique pas de négliger l'emprise que sur la

¹³⁹³ Sur la doctrine publiciste de cet auteur voir : JOUANJAN, Olivier, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 11-63.

¹³⁹⁴ À propos de l'influence de Laband sur la doctrine de Carré de Malberg voir : SCHÖNBERGER, Christoph, « Penser l'État dans l'Empire et la République : Critique et réception de la conception juridique de l'État de Laband chez Carré de Malberg », in BEAUD, O., WACHSMANN, P. (dir.), *op. cit.*, pp. 255-271.

¹³⁹⁵ MAULIN, Éric, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p. 17. Sur la portée de la réception de la doctrine allemande dans l'œuvre de Carré de Malberg voir : BEAUD, Olivier, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in BEAUD, O., WACHSMANN, P. (dir.), *op. cit.*, pp. 219-253.

¹³⁹⁶ LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887-1888 ; 2^e éd., 1896.

¹³⁹⁷ GONOD, Pascale, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 1-32.

¹³⁹⁸ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1921.

¹³⁹⁹ JESTAZ, P., JAMIN, Ch., *op. cit.*, p. 151.

¹⁴⁰⁰ PINON, Stéphane, « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, tome 123, n° 1, 2007, pp. 194.

discipline ont eu les travaux d'autres auteurs, notamment ceux de Hauriou, qui a essayé d'articuler le droit constitutionnel et le droit administratif dans une vision d'ensemble du droit public¹⁴⁰¹. De fait, les deux auteurs marquent « une génération, née sous le Second Empire, affectée par la défaite de 1870 et frayant un chemin conceptuel tout au long de la III^e République pour doter la France d'une armature juridique de droit public lui permettant d'affermir son État et de garantir les libertés »¹⁴⁰². Toutefois, l'on ne fera que quelques brèves mentions de la doctrine de Hauriou, dans le cadre des controverses qu'il a soutenu avec Duguit, car la place qu'y tient le droit administratif est beaucoup plus considérable que celle du droit constitutionnel¹⁴⁰³. Finalement, il convient de faire allusion aux conceptions de Boris Mirkine-Guetzévitch (1882-1955), d'origine ukrainienne mais qui

¹⁴⁰¹ Ceci est évident dans ses *Principes de droit public* : HAURIU, Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910 (réimpression : Paris, Dalloz, 2010) ; 2^e éd., Paris, Sirey, 1916.

¹⁴⁰² BLANQUER, Jean-Michel, MILET, Marc, *L'Invention de l'État : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 11. De fait, « Hauriou et Duguit nous sont apparus – avec d'immenses différences certes – comme les deux faces, indissociablement liées, d'un même personnage » (DUBOUCHET, Paul, *La pensée juridique avant et après le code civil*, 4^e éd., Lyon, L'Hermès, 1998, p. 232). Sur les rapports entre ces deux professeurs de droit public voir : CASTRO FARIAS, José Fernando de, *La reformulation de l'état et du droit à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle : les énoncés de Léon Duguit et de Maurice Hauriou*, Thèse de doctorat, Science politique, dir. Michel Miaille, Montpellier I, 1992 ; EISENMANN, Charles, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou » (1930), in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Charles Leben, Paris, Éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2002, pp. 13-47 ; LAUBADÈRE, André de, « Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », in MARTY, Gabriel (dir.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éd. A. Pédone, 1969, pp. 209-228 ; MAZERES, Jean-Arnaud, « Duguit et Hauriou », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 115-138 ; MILET, Marc, « L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique (1889-1929). Essai d'analyse socio-rhétorique », in HERRERA, Carlos-Miguel (dir.), *Les juristes face au politique. Le Droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris, Kimé, 2003, pp. 85-121 ; SALAS, Denis, « Droit et Institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *cit.*, pp. 193-214 ; WALINE, Marcel, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *cit.*, pp. 39-63.

¹⁴⁰³ En effet, « le droit administratif est le cœur de l'œuvre d'Hauriou, et sa discipline d'élection. Il lui a consacré la majeure partie de son labeur [...] : Trois cent quarante-quatre notes, mais aussi onze éditions du Précis de droit administratif, dont chacune, ou presque, le renouvelle, sans compter les ouvrages de moindre envergure, comme cette Histoire de la formation du droit administratif français, de 1892, que nul, depuis, n'a osé refaire » (RIVERO, Jean, « Maurice Hauriou et le droit administratif », in MARTY, Gabriel (dir.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éd. A. Pédone, 1969, p. 141 ; pour les notes d'arrêts en droit administratif élaborées par cet auteur voir : HAURIU, Maurice, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, La Mémoire du droit, 2000). En revanche, ce n'est que dans la dernière période de sa production doctrinale qu'il présente une analyse systématique en la matière dans son *Précis de droit Constitutionnel*, dont la première édition date de 1923 : HAURIU, Maurice, *Précis de droit Constitutionnel*, 1^{er} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1923 ; 2^e éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929 (réimpression : Paris, Dalloz, 2015). Par ailleurs, une étude poussée sur la doctrine publiciste de Hauriou dépasse les propos du présent travail. En revanche, l'on peut renvoyer à quelques études sur cet auteur : FATH-KURKDJIAN, Mélina, *La pensée constitutionnelle du Doyen Maurice Hauriou et la Cinquième République* Thèse de doctorat, Droit public, dir. Stéphane Pierre-Caps, Université Nancy 2, 2001 ; GURVITCH, Georges, « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie de droit et de sociologie juridique*, n° 1-2, 1931, pp. 155-194 ; MARTY, Gabriel (dir.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éd. A. Pédone, 1969 ; MILLARD, Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30/31, pp. 381-412 ; PAULIAT, Hélène, « Les prolongements jurisprudentiels et doctrinaux de la théorie de la constitution sociale de Maurice Hauriou », in KOUBI, Geneviève (dir.), *Doctrines et doctrine en droit public*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, pp. 121-130 ; PINON, Stéphane, « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou (1856-1929) », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, pp. 119-163 ; RIVERO, Jean, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 461-471 ; SFEZ, Lucien, *La contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966.

a fait presque toute sa carrière académique en France. Quoiqu'il soit parfois placé derrière les plus célèbres constitutionnalistes de l'époque, ses travaux ont eu la méthodologie et les caractéristiques qui leur ont permis d'influencer sur les débats doctrinaux et les réformes constitutionnelles de nombreux pays du monde (III).

Autour d'Esmein, de Duguit et de Mirkin-Guetzévitch l'on peut marquer trois temps de l'évolution de la doctrine constitutionnelle en France au tournant du XX^e siècle : sa naissance, son développement et sa diffusion. Ceci n'implique pas – comme on vient de l'indiquer – que d'autres spécialistes de la constitution très influents à la même époque ne puissent être distingués. Outre Hauriou, Joseph-Barthélemy¹⁴⁰⁴, Gaston Jèze (1869-1953)¹⁴⁰⁵, Raymond Saleilles¹⁴⁰⁶ et Raymond Carré de Malberg¹⁴⁰⁷, parmi d'autres, sont tous des auteurs d'indéniable importance, bien qu'il ne soit pas ici le lieu de les aborder ponctuellement. De plus, étant donné qu'il est impossible d'examiner l'ensemble des conceptions sur le droit constitutionnel d'Esmein, Duguit et Mirkin-Guetzévitch, même pas les plus importantes, on n'a choisi que quelques-unes pour les aborder de façon schématique et analytique¹⁴⁰⁸ : les fondements de théorie politique et juridique dont ils partent ; la méthode à laquelle ils recourent pour l'analyse du droit ; leur notion de constitution ; la manière dont ils entendent les droits et libertés ; les principaux éléments de leur conception de l'État.

I. Les précurseurs : Adhémar Esmein

Comme on vient de l'indiquer, même si le développement de la doctrine constitutionnelle est postérieur de plusieurs années à celui de la doctrine civiliste moderne, à la fin du XIX^e siècle le droit constitutionnel avait déjà été l'objet d'influences et élaborées

¹⁴⁰⁴ Dans ce domaine son ouvrage le plus important est le *Traité de droit constitutionnel* (1^{re} éd. 1926) qu'il a écrit en collaboration avec Paul Duez : BARTHÉLEMY, Joseph, DUEZ, Paul, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1933 (réimpression : Paris, Economica, 1985 ; Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004). Sur cet auteur voir : MARTINEZ, Gilles, « Joseph Barthélemy et la crise de la démocratie libérale », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 59, 1998, pp. 28-47 ; SAULNIER, Frédéric, *Joseph-Barthélemy 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, cit.

¹⁴⁰⁵ Directeur de la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* de 1904 à 1953, Jèze a également publié plusieurs articles et ouvrages dans ce domaine, notamment *Les principes généraux du droit administratif* (1^{re} éd. 1904).

¹⁴⁰⁶ Outre ses apports au droit comparé, auxquels l'on a déjà eu l'occasion de faire allusion (*supra* n. 772), Saleilles a écrit un texte, paru originalement en anglais en 1895, sur le droit constitutionnel de la Troisième République : SALEILLES, Raymond, *Le droit constitutionnel de la Troisième République*, trad. Norbert Foulquier et Guillaume Sacriste, Paris, Dalloz, 2010. Sur la doctrine constitutionnelle de cet auteur voir l'avant-propos de cet ouvrage : FOULQUIER, Norbert, SACRISTE, Guillaume, « Avant-propos. Un constitutionnaliste oublié, le privatiste Raymond Saleilles », in SALEILLES, R., *op. cit.* pp. 9-54.

¹⁴⁰⁷ En effet, la doctrine constitutionnelle de l'entre-deux-guerres a été profondément marquée par la pensée de Carré de Malberg dont l'œuvre, en particulier sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, publiée en 1920 mais rédigée avant 1914, ne peut pas être écartée, car ce livre « se veut une synthèse de la doctrine des années précédant la guerre » (REDOR, M.-J., *op. cit.*, pp. 9-10). Sur cet auteur voir notamment : BACOT, Guillaume, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éditions du CNRS, 1985 ; BURDEAU, Georges, « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 52, 1935, 354-381 ; MAULIN, É., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, cit.

¹⁴⁰⁸ C'est cette perspective analytique qui nous privilégierons dans l'exposé des doctrines de ces auteurs. Pour une approche critique il est possible de se rapporter aux études référencées dans les notes en bas de page.

études. Or, la plupart de celles-ci sont le produit de l'analyse des institutions politiques des auteurs dont l'œuvre ne suit pas la démarche traditionnelle de la doctrine juridique. Selon G. Sacriste, il est possible d'en distinguer deux types : « L'un constitue le modèle d'excellence du travail scientifique sur les institutions politiques, [et] il est incarné par l'Académie des sciences morales et politiques ». Son ascendant sur le développement du constitutionnalisme est tel que « ce modèle d'excellence académique a profondément structuré les manières de faire et de voir, les usages légitimes, bref, la grammaire du champ de la doctrine constitutionnelle *naissante* »¹⁴⁰⁹. L'autre type est constitué par « un ensemble disparate de petits producteurs de biens constitutionnels – avocats, magistrats, chargés de cours de droit constitutionnel dans les facultés libres, répétiteurs – que les chargés de cours de droit constitutionnel des facultés d'État s'efforcent de disqualifier et de mettre à distance du champ naissant de la doctrine constitutionnelle »¹⁴¹⁰. Parmi les académiciens, Émile Boutmy (1835-1906) est l'un des plus prééminents, grâce à la publication de ses *Études de droit constitutionnel* (1^{ère} éd., 1885) où il réalise un parallèle entre le régime constitutionnel français et ceux de l'Angleterre et des États-Unis¹⁴¹¹. Cet auteur contribue ainsi à fixer l'érudition historique et le recours à la comparaison comme les méthodes essentielles de la connaissance constitutionnelle et, en général, des sciences morales et politiques, ce qui suppose, par ailleurs, qu'il accepte, au moins de manière implicite, que le droit constitutionnel a une disposition particulière à être transplanté et adopté dans divers contextes. D'autre part, les travaux élaborés dans des cadres différents, spécialement celui des cours de droit constitutionnel des facultés de droit, n'étaient pas très ambitieux et se bornaient à l'examen textuel des lois constitutionnelles de 1875. C'est le cas des *Études sur les lois constitutionnelles de 1875* (1882) de Charles Lefèbvre¹⁴¹², premier chargé de cours de droit constitutionnel pour le doctorat à la Faculté de droit de Paris, du *Manuel de droit constitutionnel* (1884) d'Antoine Saint Girons¹⁴¹³, du *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (1892) du professeur de l'Université d'Aix Félix Moreau¹⁴¹⁴, du *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (1895) de René Foignet¹⁴¹⁵ et du *Manuel de droit constitutionnel* (1893) de Théophile Aumaître¹⁴¹⁶. Plusieurs de ces ouvrages sont le produit des activités des *répétiteurs en droit*, figure qui connaît à l'époque un essor particulier en raison de la croissance du nombre d'étudiants de la Faculté de droit de Paris. Sans grandes prétentions scientifiques et élaborés à l'usage des étudiants à partir des notes de cours oraux, « ils sont donc particulièrement discrédités au sein des perceptions dominantes des professeurs des facultés de droit d'État », bien que « ces ouvrages, aussi succincts soient-ils, contribuent à définir le contenu même du droit constitutionnel *naissant*, de sorte que, dans

¹⁴⁰⁹ SACRISTE, G., *Le droit de la République (1870-1914)*, cit., p. 131.

¹⁴¹⁰ *Loc. cit.*

¹⁴¹¹ BOUTMY, Émile, *Études de droit constitutionnel. France, Angleterre, États-Unis*, Paris, A. Colin, 2^e éd., 1895.

¹⁴¹² LEFÈBVRE, Charles, *Étude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1882.

¹⁴¹³ SAINT-GIRONS, Antoine, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885.

¹⁴¹⁴ MOREAU, Félix, *Précis élémentaire de droit constitutionnel (organisation des pouvoirs publics)*, Paris, L. Larose et Forcel, 1892.

¹⁴¹⁵ FOIGNET, René, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, à l'usage des étudiants en droit de première année*, Paris, A. Rousseau, 1895.

¹⁴¹⁶ AUMAÎTRE, Théophile, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, F. Pichon, 1890.

une certaine mesure au moins, ils viennent concurrencer sur le terrain de l'enseignement la définition légitime de la nouvelle matière »¹⁴¹⁷.

Dans ce contexte, les chargés des cours de droit constitutionnel récemment établis commencent un travail de construction d'un modèle de doctrine qui essaie de maintenir quelques aspects de l'enseignement du droit selon la tradition civiliste et administrativiste, mais qui finit par s'en écarter en s'érigeant sur des nouveaux donnés. Entre le prestige des études constitutionnelles des membres de l'Académie et l'autorité de méthodes et critères de la doctrine en droit privé et en droit administratif, l'approche constitutionnaliste arrive à poser les bases d'une autre façon d'aborder l'analyse d'une branche du droit en particulier. Pour ce faire, ces auteurs « ont à leur disposition une ressource qu'aucuns de leurs concurrents ne possède au même degré qu'eux : contrairement à tous les autres producteurs de biens constitutionnels, ce sont des producteurs *professionnels*, c'est-à-dire spécialisés et à temps plein »¹⁴¹⁸. Ils peuvent ainsi élaborer des produits constitutionnels sophistiqués qui répond encore mieux au canons stricts que les académiciens avaient posés auparavant. En plus, cela leur permet aussi de consommer la rupture avec le modèle doctrinal civiliste, car ils sont amenés « non seulement à invoquer mais également à se soumettre aux pratiques exigeants des modèles offerts par les sciences dures. Dès le début des années 1890, les chargés de cours de droit constitutionnel vont brusquement créer des “laboratoire-séminaires”, ou des “salles de travail spécialisées”, rompant de manière spectaculaire avec certaines pratiques du discours professionnel traditionnel comme le cours oral *ex cathedra*, dont ils contestent le bien-fondé »¹⁴¹⁹. C'est justement à ce modèle renouvelé de doctrine juridique que correspond le plus célèbre livre d'Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, un travail monumental à partir duquel débute l'évolution des études doctrinales dans cette discipline¹⁴²⁰. Avant d'en aborder quelques aspects, il convient d'abord de remarquer, outre son caractère précurseur, la méthode comparée que l'auteur y applique et qui lui permet de concevoir et présenter le droit constitutionnel français comme un système, de la même manière que la doctrine civiliste l'avait fait par rapport au droit civil. De fait, il ne faut pas oublier qu'Esmein a aussi travaillé dans cette branche et qu'il est l'un des fondateurs de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902, avec Raymond Saleilles, Charles Massigli et Albert Wahl. En conséquence, par ses écrits comme par son enseignement (en 1889 il est le premier chargé du cours de droit constitutionnel pour la licence en droit à Paris et dès 1902 il enseigne l'histoire

¹⁴¹⁷ SACRISTE, G., *op. cit.*, pp. 149-150.

¹⁴¹⁸ SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, *cit.*, p. 149.

¹⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 150.

¹⁴²⁰ HALPERIN, Jean-Louis, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, tome 75, n° 3, 1997, p. 419. Plus encore, « non seulement il s'impose immédiatement comme la référence incontournable du champ scientifique constitutionnel – le privilège d'antériorité par rapport à ses autres collègues a assurément joué – mais, conséquence inattendue, il le restera encore pendant des décennies. Ainsi, au lieu de donner le premier élan à un champ doctrinal encore mal exploré, en pleine construction, il va au contraire le figer » (PINON, S., « Regard critique sur les leçons d'un “maître” du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *cit.*, p. 227). De fait, son ouvrage « conditionne encore les grilles doctrinales et les réflexes du constitutionnalisme moderne » (PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri, « Présentation générale », in ID. (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, p. IX).

législative et parlementaire à l'École libre des sciences politiques)¹⁴²¹ cet auteur peut être considéré le paradigme du caractère hybride de la doctrine constitutionnelle, qui attache le rôle de membre de l'Académie des sciences morales et politiques à celui de professeur des facultés de droit¹⁴²².

A. Entre libéralisme et républicanisme

Esmein attribue à l'individu et sa liberté une place centrale dans la conception qu'il propose sur la légitimation du pouvoir politique :

« En droit et en raison, c'est dans leur seul intérêt que fonctionne la société politique. Mais le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres ; et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de se diriger lui-même, spontanément, à sa guise, et à ses risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal d'autrui. Or assurer ce libre développement, c'est justement le but des diverses libertés qui constituent les droits individuels : en ne les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'État perdrait sa première et principale raison d'être »¹⁴²³.

Cette manière de soutenir la liberté, qui apparaît plusieurs fois dans *Éléments de droit constitutionnel*, mais également le plan même du livre structuré en deux parties, la première étant consacrée à la « liberté moderne », permettent de conclure que « Esmein appartient indéniablement au courant libéral français du XIX^e siècle »¹⁴²⁴. Dans la mesure où le propos principal de l'ouvrage est de révéler l'existence de principes universels qui constituent le concept de « liberté moderne » et qui fondent le droit constitutionnel « moderne »¹⁴²⁵ (celui-ci adopté par le régime républicain des lois constitutionnelles de 1875, dont l'étude est l'objet de la deuxième partie des *Éléments*), son auteur met le libéralisme au cœur de sa doctrine. Pour ce faire, Esmein trouve des supports directs dans l'œuvre de Édouard Laboulaye¹⁴²⁶ et Pellegrino Rossi¹⁴²⁷, le « premier professeur de droit constitutionnel français »¹⁴²⁸. Par cette voie il rencontre les sources philosophiques de la pensée libérale

¹⁴²¹ Pour une présentation de la carrière académique d'Esmein voir : COLLIARD, Jean-Claude, « Portrait d'Adhémar Esmein », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 38-43 ; HALPÉRIN, Jean-Louis, « Jean-Paul-Hippolyte-Emmanuel, dit Adhémar Esmein », in ARABEYRE, Patrick, HALPÉRIN, Jean-Louis, KRYNEN, Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e - XX^e siècle)*, Paris, PUF, 2007, pp. 311-312 ; WEISS, André, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, tome LXXXVII, 1917, p. 437-474.

¹⁴²² SACRISTE, G., *Le droit de la République (1870-1914)*, cit., p. 206.

¹⁴²³ ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, cit., p. 542.

¹⁴²⁴ CHOPPLET, Antoine, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Thèse de doctorat, Droit public, dir. Julien Boudon, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 31.

¹⁴²⁵ ESMEIN, A., *op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁴²⁶ Comme l'explique A. Chopplet, les ouvrages de Laboulaye tels que *L'État et ses limites* publié en 1863 et *Le Parti libéral : son programme, son avenir*, paru l'année suivante, structurent de façon très nette la pensée d'Esmein (CHOPPLET, A., *op. cit.*, pp. 26-27).

¹⁴²⁷ Sur cette influence voir : BOUDON, Julien, « Introduction », in ROSSI, Pellegrino, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p. VI.

¹⁴²⁸ LAVIGNE, Pierre, « Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français : 1834-1845 », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éd. Cujas, 1977, p. 173-178.

classique, en particulier celle de Montesquieu¹⁴²⁹, et les principales institutions des régimes constitutionnels de l'Angleterre et des États-Unis¹⁴³⁰.

Cependant, cette dimension libérale de la doctrine constitutionnelle d'Esmein, qui a été constamment soulignée¹⁴³¹, n'implique pas de méconnaître son républicanisme, une caractéristique qui a également été remarquée, spécialement à la suite de la redécouverte des *Éléments de droit constitutionnel*¹⁴³². Pour J.-L. Halpérin « le projet républicain d'Esmein » et sa défense des institutions républicaines et parlementaires des lois constitutionnelles de 1875 font de son œuvre « un plaidoyer argumenté en faveur d'une vision républicaine du droit constitutionnel »¹⁴³³. Il est alors possible de le considérer le « légiste de l'État républicain »¹⁴³⁴, un « républicain convaincu et militant »¹⁴³⁵. Or, cette hypothèse suppose qu'il y ait quelque différence entre le modèle idéologique républicain et le libéralisme. Quant au premier, J.-F. Spitz affirme que « la culture politique républicaine est caractérisée par le fait que l'égalité dans le statut de citoyen est non seulement la condition mais la matière de la liberté dans une société d'individus. La République n'a jamais voulu dépasser l'individualisme sous prétexte qu'il engendrait de nouvelles inégalités, mais il a voulu lui assigner sa pleine réalité non pas en supprimant les inégalités – chose qu'elle sait impossible – mais en instaurant la forme d'égalité de droit et de chances qui, seule, peut constituer le contexte dans lequel les inégalités qui se déploieront pourront être considérés comme légitimes. Et elle a toujours soutenu que la chose publique était le ressort et le garant de cette forme d'égalité sans laquelle la société moderne échappe à la prise du droit et devient

¹⁴²⁹ Comme l'explique A. Chopplet, « le philosophe français est, sans conteste, la source première et principale d'Esmein dans sa définition des contours de la liberté. [...] Montesquieu constitue ainsi la référence suprême d'Esmein. [...] La préface à la deuxième édition des *Éléments de droit constitutionnel* offre à Esmein la possibilité de réaffirmer son attachement à la philosophie du juriste bordelais, mais surtout de fixer son programme d'étude, de délimiter les bornes du droit constitutionnel » (CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 42).

¹⁴³⁰ « Tout lecteur des écrits d'Esmein est frappé par la place éminente réservée au droit anglo-saxon. La quasi-totalité de ses travaux en droit public évoque, de façon plus ou moins longue et complète, le droit des peuples anglo-saxons, leurs institutions, leurs coutumes, voire leurs mœurs. Au-delà de l'admiration, Esmein prouve une connaissance certaine du droit anglais et de ses succédanés que sont le droit américain, le droit australien ou encore le droit canadien » (*ibidem*, p. 138).

¹⁴³¹ PRÉLOT, Pierre-Henri, « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 111-133.

¹⁴³² Cet ouvrage d'Esmein a été réédité en 2001, alors que les ouvrages de ses contemporains avaient été réédités plusieurs dizaines d'années auparavant : le CNRS a réédité la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Carré de Malberg dès 1962 et la seconde édition du *Précis de droit constitutionnel* d'Hauriou en 1965 (il y a une autre réimpression de 2015 chez Dalloz) ; pour sa part, les éditions Cujas ont réédité le *Traité de droit constitutionnel*, en cinq volumes, de Duguit en 1975.

¹⁴³³ HALPERIN, J.-L., *op. cit.*, p. 420.

¹⁴³⁴ Au début de la Troisième République, « l'enseignement du droit constitutionnel avait évidemment une dimension politique marquée. Au lendemain du changement de régime, enseigner le droit constitutionnel, cela voulait dire à un moment ou à un autre prendre parti pour ou contre la nouvelle modalité d'exercice du pouvoir consacrée par la République naissante lors même que la forme de régime de la France constituait encore un enjeu disputé au sein du champ politique. Mais Adhémar Esmein ira encore plus loin, si le droit constitutionnel est encastré dans la politique, plutôt que de dénier cette dimension, il la prendra à bras-le-corps pour devenir un légiste de la République, c'est-à-dire un théoricien et un praticien du droit constitutionnel républicain. Par ce biais, son activité n'était pas seulement celle d'un professeur de droit, mais également celle d'un homme politique » (SACRISTE, Guillaume, « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien - Lextenso, 2009, p. 12).

¹⁴³⁵ SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, *cit.*, p. 220.

illégitime »¹⁴³⁶. D'autre part, selon V. Valentin et A. Laurent le libéralisme dans l'époque d'Esmein s'appuie sur « deux piliers » qui forment son socle idéologique, malgré la diversité des formulations qu'il trouve. Le premier est la « primauté de la liberté individuelle » sur d'autres principes de légitimation, tandis que le deuxième consiste en « le respect de la société comme autorégulée », ce qui détermine les limites de l'action de l'État¹⁴³⁷. Si l'on accentue les différences entre les deux conceptions il est possible de conclure, comme le fait G. Sacriste, que « le républicanisme d'Esmein s'inscrit dans une double opposition au libéralisme [mais également] au socialisme. C'est une idéologie visant à créer une société politique où le droit primerait sur la force et où la justice légitimant l'ordre politique reposerait sur une égalité de droit sinon une égalité de chances. C'est cette égalité, qui apparaît pour Esmein, et pour la culture politique républicaine, comme la condition de la vraie liberté de l'individu. La liberté républicaine d'Esmein n'est donc pas la liberté des libéraux comme l'égalité républicaine n'est pas l'égalité socialiste. La liberté républicaine ne naît pas de la libre concurrence entre les individus et la société politique n'a pas pour finalité de protéger ce bien naturel si précieux. La liberté républicaine d'Esmein doit tout au contraire s'arracher et se construire politiquement dans l'égalité par un acte de volonté s'imposant au social »¹⁴³⁸. Par contre, si l'on accentue les liens entre républicanisme et libéralisme, cet auteur peut être présenté comme « un partisan résolu du libéralisme typique du XIX^e siècle », de sorte que son « républicanisme toujours mesuré s'explique par un attachement profond et sincère à l'idéal libéral »¹⁴³⁹, au point que « la liberté constitue la clef de la doctrine constitutionnelle d'Esmein »¹⁴⁴⁰.

Cette tentative d'articulation de libéralisme et républicanisme explique le grand succès que *Les Éléments de droit constitutionnel* rencontrent dès leur première édition. Outre le fait d'être l'un des produits les plus célèbres des premiers développements de la doctrine constitutionnelle en France, l'ouvrage paraît quelques années après les deux grandes crises du régime républicain à la fin du XIX^e siècle : la crise boulangiste¹⁴⁴¹ et l'affaire Dreyfus¹⁴⁴². Cette mise en cause des fondements de la République, qui coïncide avec le centenaire de la Révolution française, « a imposé aux publicistes de tous bords une réflexion sur le legs idéologique de la Révolution et sur ce qu'en a fait la jeune République. Esmein, par l'intégration des idéaux de 1789 dans sa réflexion constitutionnelle, donne alors un fondement idéologique et juridique à la seule République d'Europe, et ce dans un moment de doute intense »¹⁴⁴³. Sur cette base il cherche à offrir une stabilisation de ses règles de fonctionnement et à offrir une synthèse entre démocratie et représentation sous le régime républicain, malgré le scepticisme que dans un premier temps il a pu éprouver à cet égard, en particulier dans son article intitulé « Deux formes de gouvernement » (1894), comme on

¹⁴³⁶ SPITZ, Jean-Fabien, *Le moment républicain en France*, cit., p. 31.

¹⁴³⁷ LAURENT, Alain, VALENTIN, Vincent, *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles lettres, 2012, p. 12.

¹⁴³⁸ SACRISTE, Guillaume, « Sur le républicanisme d'Adhémar Esmein », *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, N° 6, 2013, p. 130.

¹⁴³⁹ CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴⁴¹ Voir *supra* n. 1027.

¹⁴⁴² Voir *supra* n. 1031.

¹⁴⁴³ CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 18. En ce sens voir également : PINON, S., « Regard critique sur les leçons d'un “ maître ” du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *cit.*, pp. 197-198.

l'a déjà remarqué¹⁴⁴⁴. L'auteur devient alors « le zéléateur d'une république démocratique et représentative : démocrate, en ce qu'il admet le suffrage universel comme fondement de l'ordre politique et l'opinion publique comme guide de la législation ; défenseur de la représentation, en ce qu'il croit en l'efficacité de la délibération, rouage fondamentale du système représentatif ; républicain enfin, en ce qu'il fixe pour objectif au régime l'édiction de lois rationnelles, justes et efficaces [...] »¹⁴⁴⁵. Paradoxalement, que la doctrine constitutionnelle d'Esmein soit profondément marquée par son époque est la raison principale de l'ignorance progressive dont elle a fait l'objet pendant les années qui suivent. En effet, cette doctrine « semblera rapidement dépassé[e] aux yeux des juristes "réformateurs" de l'après 1914 qui feront basculer la science du droit constitutionnel dans le XX^e siècle. Si les *Éléments de droit constitutionnel* innovent sur ce point en comparaison des ouvrages de droit constitutionnel publiés auparavant, la théorie constitutionnelle de leur auteur n'en n'est pas moins critiquée dès la parution de l'ouvrage. Les constitutionnalistes et publicistes dits réformateurs n'ont en effet cessé de prendre pour cible la doctrine d'Esmein »¹⁴⁴⁶.

B. Approche historique et méthode comparative dans l'étude du droit constitutionnel

Avant l'œuvre de Duguit et de Hauriou, Esmein avait déjà reconsidéré les fondements méthodologiques de l'étude du droit public, participant ainsi au renouveau général de la doctrine juridique dans le tournant du XX^e siècle. Pour lui, l'examen formel des textes des lois en vigueur ne suffit pas à la connaissance du droit, car elle exige plutôt de se rapprocher des institutions entendues au sens large, ce qui implique surtout la détermination de leurs principes. C'est justement celle-ci l'une des thèses principales de son rapport au Congrès international de droit comparé tenu à Paris en 1900 :

« L'étude des principes et de la nature des institutions, c'est l'étude même du droit, en tant qu'il constitue une science. Celui qui possède ces principes et qui connaît cette nature est un vrai jurisconsulte. Il n'a pas seulement la clef des solutions que la loi elle-même a formulées expressément ; il trouvera sûrement celles que le droit impose sur les points que la loi n'a pas tranchés. Il sait et peut prédire les conséquences et les répercussions qui se produiront dans le droit d'une institution donnée par l'introduction d'un nouveau principe, par exemple, par l'introduction du divorce dans une loi qui reconnaît jusque-là l'indissolubilité du mariage. Il discernera clairement toute la suite des conséquences diverses que le législateur dépose en germe dans son œuvre, lorsqu'il donne à une institution telle ou telle nature juridique, lorsqu'il adopte par exemple, le système des preuves légales ou celui des

¹⁴⁴⁴ Voir *supra* p. 235.

¹⁴⁴⁵ SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit., p. 325.

¹⁴⁴⁶ CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 19. En ce sens, G. Sacriste a mis en relief les antagonismes entre Esmein, accompagné des autres professeurs « parisiens » du droit constitutionnel, d'une part, et les professeurs provinciaux, d'autre part, ceux-ci étant partisans tant d'une réforme des institutions que d'une révision de la méthode d'enseignement du droit constitutionnel (SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit., pp. 331-333). Voir aussi l'examen de S. Pinon sur les critiques émises par Maurice Deslandres, professeur à Dijon, et par Léon Duguit, professeur à Bordeaux, qui sont les deux principaux adversaires d'Esmein (PINON, Stéphane, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », in PINON, S., PRÉLOT, P.-H. (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, cit., pp. 217-222). Sur les controverses entre Duguit et Esmein voir également : CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 23.

preuves morales. Enfin, pour être viables, ou tout du moins durables, les diverses institutions d'un peuple doivent reposer sur des principes entre lesquels existe une harmonie générale et suffisante : cette logique, la plus haute de toutes, est également accessible au vrai jurisconsulte. Scientifiquement, toute l'étude du droit est là »¹⁴⁴⁷.

Or, cette recherche des principes qui fondent les institutions juridiques est impossible sans le recours à leur histoire et sans opérer une comparaison entre celles qui appartiennent à des sociétés diverses. Ces procédés constituent la « méthode d'observation » qui se présente comme l'autre thèse principale du rapport au Congrès de droit comparé¹⁴⁴⁸. En effet, après avoir indiqué qu'il est possible de dégager les principes et la nature d'une institution juridique au moyen de « la méthode dogmatique et abstraite » (qui consiste à « rapprocher et à combiner les solutions précises fournies par le droit positif »), Esmein remarque la « nouvelle » méthode, la « méthode d'observation », qui « emploie deux instruments : l'Histoire du Droit, appliqué d'ailleurs au présent comme au passé, et le Droit comparé »¹⁴⁴⁹. Par conséquent, Esmein considère que l'étude du droit ne peut se passer de connaissances historiques approfondies¹⁴⁵⁰, bien qu'il affirme aussi que « le droit comparé

¹⁴⁴⁷ ESMEIN, Adhémar, « Le Droit comparé et l'Enseignement du Droit », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905-1907, tome I, p. 449.

¹⁴⁴⁸ Par ailleurs, Esmein l'énonce aussi dans les *Éléments de droit constitutionnel* comme l'un des piliers de la connaissance de cette branche du droit : « Le droit constitutionnel, qui est une science juridique, [...] prend un État et un Gouvernement arrivés à une forme déterminée, qu'a fixé la coutume ou la législation : il en dégage l'esprit et les principes fondamentaux, dont il tire les conséquences ; il en construit ainsi le système logique et juridique. Mais si le droit constitutionnel ainsi entendu n'est pas la sociologie, l'histoire du droit constitutionnel chez un peuple et surtout l'histoire comparée du droit constitutionnel chez les peuples divers, sont incontestablement l'un des moyens les plus sûrs de la sociologie, un de ceux qui lui permettent le plus efficacement de dégager les lois naturelles d'après lesquelles évoluent les États et les Gouvernements » (ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, cit., pp. 31-32).

¹⁴⁴⁹ *Ibidem*, pp. 449-450. Sur cette base J.-L. Halpérin considère qu'Esmein pratique un « mélange des genres » (HALPERIN, J.-L., « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », cit., p. 424) : d'une part, « il revendiquait l'emploi de la "méthode historique" et ses développements s'appuient toujours sur les précédents constitutionnels, qu'ils soient anglais, français ou américains » (*ibidem*, p. 422) ; d'autre part, « la doctrine d'Esmein était ouvertement prescriptive : considérant l'histoire du droit constitutionnel comme un progrès dont la III^e République était la fin, Esmein ne cachait pas ses préférences » (*ibidem*, pp. 423-424), ce qui constitue la dimension dogmatique de sa doctrine. Or, selon Halpérin, malgré ce mélange, « il ne fait pas de doute » qu'Esmein préférerait la méthode historique, « appelée à renouveler toutes les sciences juridiques » (HALPERIN, Jean-Louis, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 4, 2001, p. 24.). Au contraire, pour G. Sacriste, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* « faisait une stricte application de la méthode dogmatique » (SACRISTE, Guillaume, « 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*, 2001, n° 4, p. 87). Cependant, il s'embrerait plutôt qu'Esmein est un passeur et un conciliateur. Sa méthode tient à une alchimie originale entre la méthode dogmatique et la méthode historique (et comparatiste), de sorte que « son objectif majeur est d'allier la méthode dogmatique aux leçons de l'histoire et de la comparaison » (BOUDON, Julien, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », in HAKIM, N., MELLERAY, F. (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, cit., pp. 263 et 265). De toute façon, « la conciliation de la méthode dogmatique et de la méthode d'observation n'est pas sans comporter des difficultés. Il existe en effet certains hiatus entre les principes – les dogmes – et la réalité des faits, tirée de l'observation. Face à ces difficultés, on observe qu'Esmein privilégie la méthode dogmatique. En témoigne [...] son attitude dans la délicate conciliation entre le principe de la souveraineté nationale avec le droit constitutionnel de l'Angleterre ou encore entre le principe de la séparation des pouvoirs avec le droit de la république américaine » (CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 22 ; en ce même sens voir aussi : BOUDON, J., *op. cit.*, pp. 278-279).

¹⁴⁵⁰ De fait, Esmein s'est d'abord dédié à l'histoire du droit, discipline qu'il n'a jamais abandonné et sur laquelle il a élaboré plusieurs monographies et articles, s'occupant aussi bien de l'ancien droit que du droit canonique ou du droit romain. Sur ce sujet voir : HALPERIN, Jean-Louis, « De l'histoire au droit

fournit une méthode plus exacte et plus puissante encore, soit qu'il montre dans plusieurs législations l'application parallèle des mêmes idées fondamentales, soit qu'il fasse surgir les oppositions et mette à face les contraires »¹⁴⁵¹. D'après cela, il s'avère que « tant dans sa volonté de recourir aux systèmes étrangers pour construire son droit constitutionnel que dans sa volonté de classer les systèmes juridiques, Esmein se révèle être un “ moderne ” au sens de l'histoire du Droit comparé, en ce sens qu'il perçoit le Droit comparé comme une méthode d'observation à finalité principalement scientifique »¹⁴⁵². Néanmoins, cette modernité d'Esmein peut être nuancée, car « le recours qu'il opère au Droit comparé n'est en réalité que tourné vers une finalité idéologique : celle de construire un Droit constitutionnel axé autour du républicanisme et de la liberté démocratique »¹⁴⁵³, ce qui fait de lui « l'antipositiviste par excellence »¹⁴⁵⁴. En effet, le recours à la méthode comparative dans l'œuvre de cet auteur « obéit à une conception instrumentaliste et finalisée du Droit comparé », étant donné que « la référence opérée aux modèles étrangers apparaît singulièrement sélective, car tournée vers le développement d'une réflexion sur la définition et la portée d'un constitutionnalisme démocratique, libéral et républicain »¹⁴⁵⁵. De fait, c'est toute la méthode d'analyse institutionnelle d'Esmein qui, d'une apparence logique, recèle un jugement de valeur, de sorte qu'« elle se pare du langage juridique et s'appuie sur le magistère scientifique du “ professeur de droit ” pour faire triompher un parti pris idéologique »¹⁴⁵⁶.

De toute façon, après lui une tradition comparatiste dans l'étude de cette branche du droit public commence à s'enraciner, après quelques essais en ce sens, comme celui des *Études de droit constitutionnel* d'E. Boutmy, auquel l'on a déjà fait allusion. Cela

constitutionnel », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 45-53.

¹⁴⁵¹ ESMEIN, A., « Le Droit comparé et l'Enseignement du Droit », *cit.*, p. 450.

¹⁴⁵² RAMBAUD, Thierry, « Adhémar Esmein et le droit comparé », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, p. 74.

¹⁴⁵³ *Loc. cit.* C'est donc pour cette raison que « pour assurer le cours de droit constitutionnel, il semble même associer des caractéristiques le plus souvent considérés comme antinomiques. Sur le plan scientifique, c'est un tenant de l'histoire, de la méthode inductive, de la critique et du comparatisme. [...] Sur le plan politique, c'est non seulement un républicain convaincu mais surtout un laïc agnostique » (SACRISTE, G., « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », *cit.*, p. 27).

¹⁴⁵⁴ PINON, S., « Regard critique sur les leçons d'un “ maître ” du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *cit.*, p. 196. De fait, bien qu'il ait eu la responsabilité de poser le socle de la doctrine constitutionnelle, « de lui donner ses classifications, son langage, ses codes, la charge de produire son univers symbolique », il a en même temps établi « une doctrine “ normativiste ”, plaçant les faits et les institutions sous le présupposé idéologique, libéral en l'occurrence » (*ibidem*, p. 199).

¹⁴⁵⁵ RAMBAUD, T., *op. cit.*, p. 82. Ceci implique d'écarter ou minorer d'autres références, notamment la doctrine allemande sur l'État de Bluntschli, Gerber, Laband ou Jellinek (HALPERIN, J.-L., « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *cit.*, p. 423).

¹⁴⁵⁶ PINON, S., *op. cit.*, p. 201. Par ailleurs, « même en acceptant de faire abstraction de la posture idéologique d'Esmein, transparait un autre défaut majeur : celui d'un certain “ idéalisme juridique ” », qui était très répandu à l'époque. « Esmein aurait succombé au “ tout juridique ” qui consiste à prêter aux énoncés doctrinaux une “ vérité ” et une efficacité de principe, en faisant de ses classifications le véritable moteur de la pratique institutionnelle. Il a refusé en fait d'admettre que les contours d'un régime ne se définissent pas a priori, lorsque les constituants l'élaborent ; il n'a pas voulu voir qu'un système politique existe d'abord, se rencontre, surgit dans le monde, et qu'il se définit après » (*ibidem*, pp. 202-203). En somme, Esmein oublie que « dénommer un prototype institutionnel, comme choisir le nom d'une étoile, est une affaire de convention. Mais il est grave qu'une appellation contrôlée puisse induire en erreur ou conduire à des malentendus » (CONAC, Georges, « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », in FRAISSEIX, Patrick (éd.), *Mélanges Patrice Gélard : droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 21).

démontrerait que pour la doctrine constitutionnaliste le droit constitutionnel a depuis toujours eu une disposition particulière à être transplanté et adopté dans des divers contextes, même très différents de ceux qui l'auraient vu naître, sans que ceci entraîne à sous-estimer les difficultés qu'il peut y trouver pour son développement. Pour le constater, il suffit de se rapporter aux diverses références qu'Esmein fait, pour le cas de l'Amérique Latine, aux régimes du Brésil, de l'Argentine et du Mexique¹⁴⁵⁷. Plus encore, cet auteur signale, bien que de manière plutôt oblique, que ce phénomène ne se restreint pas au seul droit constitutionnel et peut avoir comme objet n'importe quelle norme d'un ordre juridique. Il le fait lorsqu'il établit une typologie des « systèmes de droit originaux » qui est indispensable à l'application de la méthode comparative. D'après lui, « il faut classer les législations (ou coutumes) des différents peuples, en les ramenant à un petit nombre de familles ou de groupes, dont chacun représente un système de droit original ; et faire connaître la formation historique, la structure générale et les traits distinctifs de chacun de ces systèmes [...] »¹⁴⁵⁸. L'identification de ces groupes ou systèmes qu'Esmein effectue supposerait en quelque sorte qu'il se soit produit une diffusion de normes et institutions entre les droits nationaux qui les intègrent, l'ordre dans lequel ceux-ci sont présentés dans chaque groupe n'étant pas contingent :

« Ces groupes, sauf meilleur avis, pourraient être arrêtés au nombre de quatre : le groupe latin, comprenant la France, la Belgique, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la Roumanie et les républiques latines de l'Amérique centrale et méridionale ; – le groupe germanique, dont les peuples scandinaves sont un rameau important, auquel il faut rattacher l'Autriche [...] ; – le groupe anglo-saxon comprenant l'Angleterre, les États-Unis, et les colonies de langue anglaise ; – et enfin le groupe slave. Nous n'avons point fait une place à part au droit romain et au droit canonique, qui sont pourtant deux systèmes originaux, parce que ce sont, en même temps, les sources profondes et communes où les diverses groupes ci-dessus indiqués ont puisé d'importants éléments de leurs législations. Mais peut-être faudrait-il ajouter, comme cinquième groupe, le droit musulman, qui constitue aussi un grand système original, et qui intéresse si sérieusement un certain nombre de nations européennes, à cause des populations musulmanes de leurs colonies »¹⁴⁵⁹.

La mention au droit romain et au droit canonique comme sources de la plupart des ordres juridiques appartenant à plusieurs groupes, mais aussi la mention aux colonies et anciennes colonies qui font partie de ceux-ci présupposeraient la circulation de leurs composants d'un lieu à l'autre. Esmein arrive même à faire explicitement allusion à la « méthode de transposition », qui consiste à traduire dans le langage du droit local et à revêtir de ses formes les données fournies par un droit étranger. Il s'agirait d'une forme de circulation du droit, bien que, pour lui, « on ne saurait trop s'interdire ces traductions

¹⁴⁵⁷ Par exemple, par rapport à ces trois pays Esmein fait allusion à la réception que l'on y trouve du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois suivant le modèle des États-Unis. Pour cet auteur, « les raisonnements sur lesquels se fonde le système américain paraissent corrects, et cependant ce système a trouvé peu de faveur en dehors de son pays d'origine. Sans doute il s'est fait recevoir dans les Constitutions des républiques fédérales américaines qui ont été copiées sur celle des États-Unis. C'est ainsi qu'il figure dans le droit constitutionnel du Mexique, de la République Argentine et du Brésil » (ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, cit., pp. 593-594).

¹⁴⁵⁸ ESMEIN, A., « Le Droit comparé et l'Enseignement du Droit », cit., p. 451.

¹⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 451-452.

toujours infidèles, ces transpositions nécessairement inadéquates »¹⁴⁶⁰. De toute façon, le problème principal de la typologie des systèmes de droit originaux est d'avoir un critère imprécis de classification, et l'on ne peut pas savoir si c'est la diffusion ou un autre critère – la langue, l'histoire, la race, le critère ethnique, etc. – qui sert de fondement¹⁴⁶¹. Quoi qu'il en soit, par-delà les approximations formulées dans ses travaux Esmein n'offre pas une analyse spécifique sur le déplacement des normes et autres composants des ordres juridiques, même pas du droit constitutionnel.

C. Le droit constitutionnel comme fondement du droit public

Deux caractéristiques de la notion de constitution qu'expose Esmein dans ses *Éléments de droit constitutionnel* sont à relever. D'une part, même si cet auteur affirme – comme on l'a déjà indiqué¹⁴⁶² – qu'en Europe l'institution du contrôle de la constitutionnalité des lois n'a pas été admise, de sorte que la suprématie de la constitution n'aurait alors qu'une garantie morale, ses considérations sur ce sujet permettent de constater qu'avec lui la conception normativiste de constitution commence à se répandre dans la doctrine juridique. Ceci est évident dès les premières pages du chef-d'œuvre d'Esmein, lorsqu'il soutient que « le droit constitutionnel est, dans les pays civilisés, la partie fondamentale du droit public ; toutes les autres branches de ce droit en supposent l'existence ; le droit privé la suppose aussi, lorsqu'il se présente sous forme de loi écrite »¹⁴⁶³. D'autre part, une deuxième caractéristique est le fondement éminemment libéral qu'il attribue aux contenus d'une constitution. Esmein considère que « c'est [...] une des idées les mieux établies et les plus fécondes des temps modernes que l'individu a des droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'État, qui s'imposent par conséquent au respect de l'État »¹⁴⁶⁴. Dès lors, la garantie des droits individuels « forme avec ses conséquences un objet essentiel du droit constitutionnel. En effet, il détermine, plus étroitement que toute autre loi, l'exercice de la souveraineté, car il interdit au souverain de faire les lois qui entament les droits individuels, et lui commande d'en promulguer qui assurent efficacement la jouissance de ces droits »¹⁴⁶⁵. En somme, « le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein est un droit constitutionnel éminemment libéral. [...] Esmein enseigne que le droit constitutionnel est constitué avant toute chose par la détermination des règles et des limites de l'État au profit de la liberté de l'individu »¹⁴⁶⁶.

D. Les libertés dans le centre des droits individuels

La théorie de la constitution et de l'État d'Esmein est structurée autour de la garantie des droits individuels, de sorte que « les *Éléments de droit constitutionnel* visent alors à élaborer une théorie générale du droit constitutionnel entendu comme un système juridique

¹⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 452.

¹⁴⁶¹ RAMBAUD, T., *op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁴⁶² Voir *supra* n. 1122.

¹⁴⁶³ ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴⁶⁵ *Loc. cit.*

¹⁴⁶⁶ CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 27.

et institutionnel censé garantir la liberté individuelle »¹⁴⁶⁷. Or, cet auteur suit la conception typiquement libérale de la non-intervention des autorités publique comme le moyen le plus efficace de leur réalisation. Il considère alors que « les droits individuels présentent tous un caractère commun ; ils limitent les droits de l'État, mais ne lui imposent aucun service positif, aucune prestation au service du citoyen. L'État doit s'abstenir de certaines immixtions, pour laisser libre l'activité individuelle ; mais l'individu, sur ce terrain, n'a rien de plus à réclamer. C'est pour cette raison qu'on ne saurait classer parmi ces droits, comme on l'a prétendu quelquefois, le droit à l'assistance, à l'instruction, au travail, que chaque citoyen pourrait revendiquer à l'encontre de l'État »¹⁴⁶⁸. L'individualisme qui explique cette mise en cause des droits qui supposent une prestation de la part des autorités publiques est aussi la raison du rejet de la doctrine contractualiste comme fondement des droits individuels. Pour Esmein celui-ci réside plutôt dans la suprématie de l'individu sur toute forme d'organisation politique :

« La source de tout droit est dans l'individu, parce que lui seul est un être réel, libre et responsable. Sans doute les sociétés humaines et politiques sont des formations naturelles et des organismes nécessaires, qui évoluent en vertu de lois partiellement fatales. Dans la mesure où existe cette fatalité et où l'intelligence humaine peut en reconnaître le processus et la direction, la liberté et la volonté de l'homme doivent s'y plier, y conformer même leurs actes : c'est rendre plus complet et plus harmonique un résultat au fond inévitable. [...] Mais cela ne fait point que les sociétés politiques soient des êtres réels et aient des droits propres. Les individus qui les composent sont au contraire des êtres qui ont le sentiment de la responsabilité morale et qui peuvent librement diriger leurs actes, sauf à voir leur effort se briser s'ils se heurtent à une force naturelle »¹⁴⁶⁹.

Sur ces bases individualistes Esmein procède à une analyse systématique dans ce domaine, de sorte que « les *Éléments de droit constitutionnel* semblent bien être – en 1896 – le premier ouvrage de droit constitutionnel de la III^e République à fournir l'embryon d'une théorie des droits individuels »¹⁴⁷⁰. Le contexte juridique est décisif pour qu'Esmein puisse atteindre cet objectif. En effet, les lois constitutionnelles de 1875 n'incluent aucune formulation explicite des droits, ce qui marque profondément la manière dont cet auteur – et les autres constitutionnalistes à l'époque – les abordent. Comme on le sait, jusqu'à la Constitution de 1852, tous les textes constitutionnels français intégraient une énonciation des droits individuels, que ce soit sous la forme de déclarations de droits adossées à la constitution ou bien sous la forme d'articles enchâssés dans le texte constitutionnel lui-même. En revanche, les textes de 1875 restent silencieux sur la question et se limitent à aménager les rapports entre les diverses institutions, en particulier entre le législatif et l'exécutif. L'absence d'une déclaration ou d'une autre forme d'énonciation des droits explique l'introduction dans la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* en 1909 d'un chapitre, placé à la fin de la deuxième partie, qui s'occupe de « la réglementation des droits individuels »¹⁴⁷¹ et qui complète l'examen des fondements conceptuels à caractère

¹⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 255.

¹⁴⁶⁸ ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 548.

¹⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 542.

¹⁴⁷⁰ CHOPPLET, A., *op. cit.*, pp. 450-451.

¹⁴⁷¹ ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé, cit.*, pp. 1085-1211. Selon P.-H. Prélôt, l'introduction de ce nouveau chapitre s'explique par le propos d'Esmein d'examiner le régime de

individualiste et libéral posé dans la première partie de l'ouvrage¹⁴⁷². La rédaction de ce chapitre permet alors de le présenter comme « le premier manuel de libertés publiques modernes, découpé classiquement en deux parties séparées (théorie générale des droits – régime des droits) »¹⁴⁷³.

Du point de vue théorique, Esmein reprend la distinction, très répandue à l'époque, entre l'égalité civile et la liberté individuelle¹⁴⁷⁴. Quant à la première, Esmein considère, de même que la plupart des constitutionnalistes de son temps, qu'elle est le corollaire indispensable du principe général de liberté¹⁴⁷⁵. Il affirme ainsi que « l'égalité se justifie suffisamment par le droit de l'individu à un libre développement [...]. Cela suppose nécessairement chez tous les individus une égale aptitude de droit et une égale répartition des charges publiques »¹⁴⁷⁶. Dans cette catégorie des droits Esmein distingue « l'égalité civile », ou égalité des « droits individuels », de l'égalité des « droits politiques », ce qui permettrait d'imposer un régime spécial à chaque type, comme en témoigne la réglementation du droit de suffrage. En plus, comme l'explique Chopplet, « si l'égalité correspond à l'égalité des droits, elle s'oppose à l'idée d'une égalité de fait, prônée dès la fin du XIX^e siècle par les mouvements socialistes d'inspiration proudhonienne »¹⁴⁷⁷. D'autre part, quant à la « liberté individuelle », Esmein récupère pour la définir l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴⁷⁸. Dans ce cas, il identifie deux classes de libertés : celles qui « se rapportent principalement aux intérêts matériels de l'individu »¹⁴⁷⁹, et celles qui « se rapportent plus directement aux intérêts moraux de l'individu »¹⁴⁸⁰. La première catégorie rassemble quatre libertés : la liberté individuelle au sens étroit ou la liberté corporelle, la propriété individuelle, l'inviolabilité du domicile privé et la liberté du commerce, du travail et de l'industrie¹⁴⁸¹. La seconde catégorie, les libertés « morales »,

séparation des Églises et de l'État prévu par la loi du 9 décembre 1905 : « D'emblée, on remarque qu'Esmein inclut dans l'étude de la réglementation des droits individuels “ l'étude légale du régime créé par la séparation des Églises et de l'État, cette nouveauté capitale de notre droit public ”. Il est donc vraisemblable que c'est la nécessité qu'il y avait, pour lui, de présenter le nouveau régime de séparation qui l'a convaincu après 1905 de créer ce nouveau chapitre. Et ce, alors même que l'exposé du régime des cultes se justifiait à lui seul, en tant que composante du statut organique de l'État, dont il organise la neutralité confessionnelle » (PRÉLOT, P.-H., « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », *cit.*, p. 113).

¹⁴⁷² ESMEIN, A., *op. cit.*, pp. 538-564.

¹⁴⁷³ PRÉLOT, P.-H., *op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁷⁴ ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 544.

¹⁴⁷⁵ PRÉLOT, P.-H., *op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁴⁷⁶ ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 545.

¹⁴⁷⁷ CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 458. En effet, selon Esmein « l'égalité ne peut être qu'une *égalité de droit* et non pas une *égalité de fait*. Ceux qui veulent déduire de l'*égalité de droit* l'*égalité de fait*, c'est-à-dire le prétendu droit de chacun à des conditions de vie et de jouissances égales, méconnaissent par là même la liberté individuelle qui est la base même de la société » (ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 1086).

¹⁴⁷⁸ Il cite le texte entier de l'article : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » (ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 545).

¹⁴⁷⁹ *Loc. cit.*

¹⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 546.

¹⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 545-546.

inclut la liberté de conscience, la liberté de culte, la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté d'association et la liberté d'enseignement¹⁴⁸².

Par ailleurs, il convient d'indiquer qu'Esmein s'occupe aussi du problème de la garantie juridique des droits individuels, en particulier la garantie constitutionnelle, qui suscite de nombreuses interrogations car les lois constitutionnelles de 1875 ne la prévoient pas. Pour Esmein cela ne signifie pas qu'ils sont laissés à la discrétion du législateur. Il affirme leur caractère obligatoire, mais il considère aussi qu'une telle garantie est inutile parce que l'exercice des droits « suppose une réglementation que doit en faire le législateur et, tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garantie par la Constitution, ne peut être exercé ; il reste là comme une simple promesse »¹⁴⁸³. De plus, cet auteur soutient qu'un quelconque contrôle juridique de la loi est juridiquement et matériellement inconcevable : « une loi qui supprimerait ou entamerait une liberté ou l'un des droits garantis par la Constitution ne serait pas nulle pour cela. Incontestablement, elle n'aurait pas dû être votée par le Corps législatif qui, en l'adoptant, a violé la Constitution. Mais une fois votée, elle devient cependant obligatoire, et ni le pouvoir exécutif ni le pouvoir judiciaire ne pourraient refuser d'en faire l'application. Cela vient de ce que notre droit public, poussant à l'extrême sur ce point les conséquences de la séparation des pouvoirs, refuse aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des lois »¹⁴⁸⁴.

E. État, souveraineté nationale et gouvernement représentatif

La notion d'État est le premier sujet qu'aborde Esmein dans l'introduction de ses *Éléments de droit constitutionnel*. Il est possible d'en souligner deux caractéristiques. En premier lieu, cet auteur établit un lien intrinsèque entre État, nation et souveraineté, en affirmant, d'une part, que « l'État est la personnification juridique de la nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique » et, d'autre part, que « cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la *souveraineté* »¹⁴⁸⁵. C'est ainsi qu'Esmein conçoit à la fois l'État et la nation comme titulaires de la souveraineté. Mais, comme l'explique A. Chopplet, « la souveraineté est unique et ne peut tolérer l'existence de deux puissances qui en seraient titulaires. De sorte que la nation et l'État ne sont ni confondus ni opposés, mais forment un objet unique à deux faces : l'une politique ou sociologique – la nation – et l'autre juridique : l'État »¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸² *Ibidem*, p. 546-547.

¹⁴⁸³ *Ibidem*, p. 562-563.

¹⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 563-564.

¹⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 1. Dès lors, « si l'État était, comme il l'affirmait, une abstraction supérieure, transcendant et surplombant la société civile et toutes les volontés particulières, l'invocation du pouvoir d'État était susceptible de contrer les légitimités tirées des autres appartenances sociales, parmi lesquelles les aristocraties, les Églises, les associations, les syndicats, les sociétés mutualistes, etc. » (SACRISTE, G., « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », *cit.*, p. 29).

¹⁴⁸⁶ CHOPPLET, A., *op. cit.*, pp. 267-268. De fait, la doctrine constitutionnelle de l'époque insiste sur le caractère intrinsèque du rapport entre l'État et la nation. Comme l'explique M.-J. Redor « dans ces conditions, État et nation apparaissent comme désignant un même objet étudié sous deux angles différents. Ce qui sépare encore les deux concepts tient à une question de point de vue : la notion de la souveraineté nationale relève de la théorie politique, voire sociologique de l'État ; l'État souverain est au contraire envisagé sous l'angle de la théorie juridique » (REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 54). Pour sa part, F. Linditch indique que pour Esmein « la notion [de nation] serait en définitive le versant sociologique de l'État, extérieur comme tel au domaine juridique, tandis que la personnalité morale serait l'instrument principal d'appréhension de l'État par le

Celle-ci est justement la deuxième caractéristique de la notion d'État d'Esmein, son fort caractère juridique qui fait de lui une abstraction : « Le fondement même du droit public consiste en ce qu'il donne à la souveraineté, en dehors et au-dessus des personnes qui l'exercent à tel ou tel moment, un sujet ou titulaire idéal et permanent, qui personnifie la nation entière : cette personne morale, c'est l'État, qui se confond ainsi avec la souveraineté, et qui en est l'expression supérieure. Mais cette abstraction puissante et féconde est un produit lentement dégagé de la civilisation [...] »¹⁴⁸⁷. Par conséquent, comme l'indique G. Sacriste, d'après Esmein « l'État n'est ni une réalité biologique, ni une réalité physique, il est “ une réalité du monde juridique ”, reflet dans le monde du droit, de ces réalités tangibles, produits positifs du développement historique, que sont la nation et le peuple comme groupes sociaux investissant le monde sensible »¹⁴⁸⁸.

De plus, selon l'auteur la notion d'État dépend aussi des propos que l'on lui assigne. Les institutions politiques qui l'intègrent sont donc ordonnées de façon que la loi soit la garantie fondamentale de la liberté de chacun et ainsi de la liberté de tous. La liberté se présente alors comme la soumission de tous à la loi, ce qui amène Esmein à affirmer sa suprématie – même si elle est en contradiction avec la constitution, comme on vient de l'indiquer à la fin du paragraphe précédent – et à poser comme soubassements de la arrangement institutionnel de l'État les principes de la souveraineté nationale et du gouvernement représentatif, ce dernier conçu comme réalisation du principe de séparation de pouvoirs, « soit avec le gouvernement parlementaire, soit avec la séparation tranchée des pouvoirs, telle qu'elle existe aux États-Unis »¹⁴⁸⁹. De fait, dans un contexte de crise du parlementarisme français due en partie à l'extension du droit de suffrage et aux disfonctionnements du régime électoral, « la théorie d'Esmein consiste alors à démontrer que le gouvernement représentatif tel qu'il existe et qu'il se pratique en France est parfaitement conciliable avec le principe révolutionnaire de souveraineté de la nation puisqu'il y puise son fondement juridique »¹⁴⁹⁰. La question ici n'est pas tant la définition de la souveraineté qu'Esmein, suivant la tradition qui en France commence avec la théorie de

juriste » (LINDITCH, Florian, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 195).

¹⁴⁸⁷ ESMEIN, A., *op. cit.*, pp. 1-2.

¹⁴⁸⁸ SACRISTE, G., *Le droit de la République (1870-1914)*, *cit.*, p. 365.

¹⁴⁸⁹ ESMEIN, Adhémar, « Deux formes de gouvernement », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome I, 1894, pp. 15. Dans cet ordre d'idées, d'après Esmein le principe de séparation de pouvoirs « suppose nécessairement le gouvernement représentatif ; et, réduit à sa plus simple expression, il consiste en cette idée : que les attributs de la souveraineté considérés comme vraiment distincts doivent être délégués par la nation à des titulaires divers et indépendants les uns des autres » (ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 451). Il est alors possible de conclure que « la théorie de la séparation des pouvoirs chez Adhémar Esmein va donc poursuivre un double objectif. Il s'agit d'abord de proposer une distinction entre plusieurs degrés de séparation des pouvoirs [...] afin de pouvoir affirmer que, juridiquement et malgré les critiques, le régime parlementaire organise bien une séparation de trois pouvoirs – particulièrement de l'exécutif et du législatif – et qu'ainsi le régime français reste fidèle aux principes de Montesquieu et de 1789. Car, c'est le second objectif de la théorie et sans doute le plus important, il s'agit de démontrer que la théorie de Montesquieu organise les rapports non de deux mais de trois pouvoirs en faisant du pouvoir judiciaire un véritable pouvoir, égal aux deux autres » (CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 370).

¹⁴⁹⁰ CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 261.

Bodin¹⁴⁹¹, entend comme la « puissance supérieure », mais celle de la détermination du titulaire de ce droit de commander qui au tournant du XX^e siècle est l'objet des plus grandes controverses. Pour l'aborder, Esmein opère une révision du concept de nation qui devient ainsi l'un des piliers de sa théorie constitutionnelle, ce qui lui permet de jouer « un rôle décisif pour lier la tradition révolutionnaire française à la vision d'une démocratie limitée. L'idée de souveraineté nationale, qui est au centre de son œuvre, va marquer un tournant »¹⁴⁹². À partir de la distinction déjà édifiée par les doctrinaires pendant la Monarchie de Juillet entre la souveraineté d'origine et la souveraineté d'exercice, Esmein présente la nation comme une abstraction juridique équivalente à l'État¹⁴⁹³, quoique distincte du corps des électeurs. C'est justement ce dernier qui est chargé d'exercer la souveraineté au nom de la nation, son titulaire d'origine, démarche qui est à la base de la conciliation entre le gouvernement représentatif et la souveraineté nationale :

« La nation, en qui réside la souveraineté, étant non pas une personne réelle, mais une collectivité d'individus, ne peut avoir par elle-même de volonté. L'équivalent de cette volonté, indispensable pour l'exercice de la souveraineté, ne peut se trouver que dans les volontés concordantes d'un certain nombre d'individus pris dans le corps de la nation. La résultante de leurs voix ou votes sera considérée comme l'expression de la volonté nationale. Le droit de prendre part à cette consultation est ce que l'on appelle le *droit de suffrage politique* ; ceux qui le possèdent, ou électeurs politiques, constituent la nation légale »¹⁴⁹⁴.

De cette manière Esmein peut soutenir que « c'est le corps entier de ces électeurs qui a l'exercice de la souveraineté, et, c'est le vote dans un certain sens de la majorité de ce corps électoral qui doit exprimer la volonté nationale »¹⁴⁹⁵. Il cherche ainsi à assurer l'unité de la souveraineté mais en même temps à contester la souveraineté de l'électeur et « contrecarrer toutes les théories politiques inspirées de la prétendue conception rousseauiste de la souveraineté [...] et qui tendent au fractionnement de la souveraineté entre les mains de chaque membre du corps électoral »¹⁴⁹⁶. C'est pourquoi, comme le souligne J.-M. Denquin, « la démocratie ne constitue pas pour lui l'un des termes d'une des grandes oppositions qui

¹⁴⁹¹ De fait, comme le remarque G. Sacriste, « les professeurs de droit public de la faculté [de droit] de Paris s'efforcent de reprendre à leur compte les catégories que les légistes d'Ancien Régime avaient façonnées au profit du Prince afin de justifier et d'ériger un pouvoir central et unitaire, monopolisant notamment l'usage de la violence ». Mais en même temps, « ils vont théoriser et systématiser l'idée selon laquelle la source de la souveraineté de l'État se trouve dans la participation de l'ensemble des *citoyens* à l'établissement du pouvoir politique », de sorte que « c'est d'abord un État fort qu'il s'agit de justifier juridiquement pour ces légistes de l'État républicain – mais un État fort qui, au contraire de celui des légistes du XVI^e siècle, serait cette fois mis au service de la république démocratique » (SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, cit., pp. 252-253).

¹⁴⁹² ROSANVALLON, Pierre, *La démocratie inachevée : histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, p. 231.

¹⁴⁹³ Selon Esmein, « l'État, de sa nature, est perpétuel et son existence juridique n'admet aucune discontinuité. Personnifiant la nation, il est destiné à durer autant que la nation elle-même. Sans doute la *forme de l'État*, les personnes réelles en qui la souveraineté s'incarne momentanément, peuvent changer avec le temps et par l'effet des révolutions. Mais cela n'altère pas l'essence même de l'État, cela ne rompt pas la continuité de son existence, pas plus que la vie nationale ne se fractionne ou ne s'interrompt par le renouvellement des générations successives » (ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 3).

¹⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 299.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 301.

¹⁴⁹⁶ CHOPPLET, A., *op. cit.*, p. 311.

structurent sa pensée »¹⁴⁹⁷. De fait, il attribue à ce terme deux sens qui ne se recouvrent pas et entre lesquels aucune démarcation n'est spécifiée : « un sens fort, potentiellement péjoratif, où “ démocratie ” équivaut à “ gouvernement direct ” ; un sens faible, celui du langage courant, plutôt assumé par l'adjectif que par le substantif, approbatif ou neutre, et par lequel un phénomène est reconnu comme participant de la liberté moderne. Cette équivoque, génératrice de malaise, explique peut-être l'emploi parcimonieux du terme, trop positif pour être péjoratif, mais associé à des notions trop désagréables pour être prodigué sans précautions »¹⁴⁹⁸.

De la manière dont Esmein conçoit la nation résulte la conclusion que l'électeur n'est qu'un membre tiré du corps de la nation qui est chargé de la fonction d'élire les représentants au nom de celle-ci, tandis que le représentant ainsi élu est uniquement « le représentant de la nation » et non le représentant de ses électeurs. Tant la doctrine de l'électorat-fonction, reprise du constitutionnalisme de la Révolution française¹⁴⁹⁹, que le statut de l'élu comme représentant ou délégué de la nation, non pas de ses électeurs, dans l'exercice du pouvoir¹⁵⁰⁰ constituent deux des principes centraux de la théorie du gouvernement représentatif d'Esmein, à tel point que « c'est la concentration du pouvoir entre les mains de la majorité parlementaire républicaine qui était le centre de la théorie constitutionnelle d'Adhémar Esmein »¹⁵⁰¹. Qui plus est, « cette conception de l'électorat fonction permet de dénier toute légitimité au mandat impératif et de s'opposer à de nouvelles extensions du suffrage à des catégories jugées incapables (femmes, jeunes, etc.). Elle permet aussi de proposer des modifications de la loi électorale visant à restaurer finalement le pouvoir d'une élite sous couvert de renforcer l'indépendance de l'élu et la capacité des gouvernants. Enfin, elle trouve un nouveau point d'appui dans la théorie allemande qui fait du corps électoral un organe de l'État, en d'autres termes un instrument

¹⁴⁹⁷ DENQUIN, Jean-Marie, « Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, p. 139.

¹⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 140.

¹⁴⁹⁹ Esmein établit une claire différence entre la conception de l'électorat-droit et celle de l'électorat-fonction : « La seconde conception voit dans le suffrage politique, non pas un droit individuel et absolu, attaché à la qualité même d'être humain et appartenant nécessairement à tout membre de la nation, – mais une fonction sociale. Elle dérive naturellement de l'idée [...] d'après laquelle la souveraineté nationale ne se fractionne point entre les membres de la nation, mais reste l'attribut indivisible et inaliénable de la nation elle-même dans le développement continu des générations successives. Les hommes qui, aux divers moments de cette évolution, exercent le droit de suffrage politique, agissent donc en réalité, non en leur propre nom, mais au nom de la nation dont ils sont les représentants. Par là même, ils remplissent une fonction » (ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 356). Or, comme, l'explique G. Sacriste, « pour Esmein, l'exercice du droit de suffrage nécessite chez le citoyen une certaine capacité, sans quoi il serait incompatible avec la recherche de l'intérêt général, mais relativement peu exigeante, de manière à ne pas amputer et dénaturer son universalité » (SACRISTE, G., « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », p. 31).

¹⁵⁰⁰ Selon Esmein, « les députés ont une entière indépendance, une pleine liberté d'appréciation, quant à l'exercice de leurs pouvoirs et quant aux actes qui rentrent dans leurs fonctions, tant que ceux-ci ne sont pas arrivés à leur terme légal. Non seulement les électeurs ne peuvent pas les révoquer, mais ils ne peuvent pas non plus limiter leurs pouvoirs par des instructions précises et initiales, ni les obliger à statuer dans un certain sens, sous peine de nullité de leurs actes. Les députés ne sont pas de simples délégués ou mandataires des électeurs ou du peuple ; ils sont pour un temps donné et pour l'exercice de certains attributs de la souveraineté, les représentants légaux de la nation qui leur a transmis son droit. Ils doivent agir en conscience pour le mieux et dans l'intérêt général ; mais pour atteindre ce but, toute liberté leur est laissée dans les limites de la Constitution » (ESMEIN, A., *op. cit.*, p. 88-89).

¹⁵⁰¹ SACRISTE, G., *op. cit.*, pp. 31-32.

chargé d'une fonction en définitive très limitée : celle de désigner en tout ou en partie l'organe législatif »¹⁵⁰².

II. Le développement de la doctrine constitutionnelle : Léon Duguit

Esmein est considéré comme le premier d'une célèbre génération de publicistes qui se sont occupés particulièrement du droit constitutionnel comme l'un des objets principaux de leurs analyses. Toutefois, l'histoire de la pensée juridique française a depuis longtemps reconnu que Léon Duguit, de même que Maurice Hauriou, ont également eu une certaine influence sur leurs contemporains, voire sur les juristes de la génération suivante, en France et ailleurs. Ainsi, H. Laski assure sur Duguit que « nulle étude de la science moderne du droit ne peut omettre de mentionner l'influence stimulante exercée sur son évolution par la doctrine de M. Duguit. Quelque opinion qu'on entretienne à l'égard de cette doctrine, il faut reconnaître qu'elle a eu le remarquable mérite de forcer les esprits à une révision des fondements de leur pensée, mérite plus rare qu'on ne veut bien généralement l'admettre. [...] Personne cependant ne peut examiner les ouvrages de Gény, Jèze, Hauriou, Carré de Malberg (je ne choisis que les noms les plus marquants), sans comprendre combien Duguit a élargi et éclairci l'horizon de la science du droit »¹⁵⁰³. Cette profonde présence doctrinale du professeur bordelais, qui ne signifie pourtant pas que les auteurs mentionnés aient toujours accepté ses idées – bien au contraire, ils ont été très critiques à leur égard – ou qu'elles maintiennent leur ascendant jusqu'à présent¹⁵⁰⁴, a eu comme fondement une théorie générale du droit formulée à partir de l'examen du droit constitutionnel français et comparé¹⁵⁰⁵, suivant sur ce point la voie posée par Esmein. Il s'agit, d'ailleurs, d'un examen qu'il effectue dès la perspective particulière de l'enseignement universitaire de cette branche du droit, ce qui caractérise la génération à laquelle il appartient. En effet, avec lui et ses contemporains « commence la prépondérance des universitaires dans la doctrine publiciste. [...] Tous ces auteurs, qui seront considérés comme des maîtres, appartiennent en effet à l'université ; ils apparaissent déjà comme spécialisés dans les tâches d'enseignement, alors

¹⁵⁰² REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit*, cit., p. 106.

¹⁵⁰³ LASKI, Harold J., « La conception de l'État de Léon Duguit », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 121-122.

¹⁵⁰⁴ Comme l'indique E. Pisier, « si les manuels à l'usage des étudiants de licence se contentent le plus souvent d'une allusion laudative, il est peu d'auteurs aujourd'hui qui acceptent l'ensemble des thèses de Duguit » (PISIER, Évelyne, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, p. 3). Dans le même sens, selon M. Laborde-Lacoste « il est rare aujourd'hui que ce soit à la théorie de Duguit que l'on se rallie en fin de compte purement et simplement ou même pour l'essentiel » (LABORDE-LACOSTE, Marcel, « L'influence des idées de L. Duguit sur la doctrine du droit administratif », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, p. 173).

¹⁵⁰⁵ LAUBADÈRE, André de, « Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », cit., p. 213. Comme le souligne M. Waline, chez Duguit « les arguments de raison s'appuient d'une documentation étendue sur le droit comparé » (WALINE, Marcel, « Influence de Duguit sur le droit constitutionnel et la science politique », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, p. 160). De fait, « même s'il ne privilégiera jamais véritablement la méthode comparatiste dans ses écrits, Duguit pratique un comparatisme implicite, pour lequel la connaissance des théories étrangères et des systèmes existants permet de mieux établir la singularité du cas français » (BLANQUER, J.-M., MILET, M., *L'invention de l'État*, cit., p. 60).

que la plupart de leurs prédécesseurs occupaient des fonctions plus variées, mêlant pratique et théorie du droit »¹⁵⁰⁶.

La doctrine constitutionnelle de Duguit, élaborée dans la chaire universitaire en profonde articulation avec sa théorie générale du droit¹⁵⁰⁷, s'est développée au début du XX^e siècle à travers la publication d'une série d'ouvrages qui ont suivi quelques travaux où cet auteur soutenait une conception organiciste de la société et de l'État, rapidement abandonnée¹⁵⁰⁸. Cette série commence avec le livre intitulé *L'État, le droit objectif et la loi positive* de 1901¹⁵⁰⁹, conçu comme le premier tome de ses Études de droit public, dont le deuxième, publié deux ans plus tard, s'intitule *L'État, les gouvernants et les agents*¹⁵¹⁰. Après cela, Duguit présente sa première exposition synthétique du droit constitutionnel français en 1907 dans la première édition de son *Manuel de droit constitutionnel*¹⁵¹¹ qui en

¹⁵⁰⁶ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁰⁷ Pour R. Bonnard, il y a depuis longtemps une tendance à diviser la pensée juridique de Duguit en deux parties : « On met d'un côté la partie considérée comme proprement philosophique et constituée par sa conception réaliste du droit et de l'État et, de l'autre côté, la partie technique constituée par la théorie de l'acte juridique et des situations juridiques » (BONNARD, Roger, *Léon Duguit, ses œuvres, sa doctrine*, Paris, Marcel Giard, 1929, p. 23). C'est ainsi que, par exemple, Ch. Eisenmann écrit que « l'appareil technique proposé par M. Duguit [...] ne se rattache par aucun lien nécessaire aux postulats fondamentaux de sa doctrine » (EISENMANN, Ch., « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *cit.*, p. 43, n. 73). Néanmoins, bien que sa théorie est ancrée dans son étude du droit positif français (PISIER, É., *op. cit.*, p. 76), « on ne peut véritablement comprendre et discuter la technique duguiste que si l'on garde à l'esprit sa philosophie puisqu'elle contient les principales prémisses » (MELLERAY, Fabrice, « Léon Duguit. L'État détrôné », in HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 252-253 ; dans le même sens voir aussi : ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de Léon Duguit*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 13-14 ; ARNAUD, A.-J., *Les Juristes face à la société*, *cit.*, p. 112). Quoi qu'il en soit, sans dénigrer l'influence permanente de certains éléments de la technique de Duguit (sur ce point voir MELLERAY, F., *ibidem*, pp. 259-260) - en particulier sur les bases fondamentales du droit administratif français (JÈZE, Gaston, « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *cit.*, p. 145)-on s'attachera plus particulièrement dans ce qui suit à sa doctrine constitutionnelle ainsi que certains fondements théoriques et épistémologiques de cette dernière.

¹⁵⁰⁸ Sur cet organicisme initial de Duguit voir : CINTURA, Paul, « La pensée politique de Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest (série juridique)*, 1968, n° 1-2, pp. 75-80 ; ARA PINILLA, I., *op. cit.*, pp. 65-71. Parmi les travaux de la première période de production de Duguit (jusqu'à 1901) l'on peut souligner les suivants : *Le Droit constitutionnel et la sociologie* (extrait de la *Revue Internationale de l'Enseignement*, 15 novembre, 1889, p. 484-505), Paris, A. Colin, 1889 ; « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 7^e année, 1893, pp. 99-132, 336-372, 567-615 ; « Des fonctions de l'État moderne », *Revue internationale de sociologie*, 2^e année, n° 3, 1894, 161-197 ; *Le Conflit de la souveraineté fédérale et de la souveraineté locale aux États-Unis d'Amérique* (extrait de la *Revue d'Économie Politique*, t. VIII, 1894), Paris, L. Larose, 1894 ; « Le Sénat et la responsabilité politique du Ministère », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 5, 1896, pp. 426-433 ; « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875 », *cit.* Par ailleurs, Duguit et Henri Monnier ont publié une compilation des constitutions de la France promulguées jusqu'à alors : DUGUIT, Léon, et MONNIER, Henri, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, F. Pichon, 1898.

¹⁵⁰⁹ DUGUIT, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive (Études de droit public, I)*, Paris : Fontemoing, 1901, 2 vols. ; on emploie la plus récente réimpression : Paris, Dalloz, 2003.

¹⁵¹⁰ DUGUIT, Léon, *L'État, les gouvernants et les agents (Études de droit public, II)*, Paris, Fontemoing, 1903 ; l'on emploiera la plus récente réimpression : Paris, Dalloz, 2005.

¹⁵¹¹ DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, organisation politique*, 1^{er} éd., Paris, Fontemoing, 1907 ; 2^e éd., Paris, Fontemoing, 1911 ; 3^e éd., Paris, E. de Boccard, 1918 ; 4^e éd., Paris, E. de Boccard, 1923 ; l'on emploiera la plus récente réimpression de cette dernière édition : Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007.

1911 deviendra le *Traité de droit constitutionnel*, en deux volumes¹⁵¹². Outre les nombreux articles des revues spécialisées et livres qui cherchaient à donner une plus ample diffusion à ses idées¹⁵¹³, les successives éditions de son Manuel et son Traité ont élargi l'œuvre de Duguit. De cet ensemble il convient de remarquer la deuxième édition du *Traité de droit constitutionnel*¹⁵¹⁴, car c'est dans cet ouvrage, « spécialement dans son tome I qu'on peut trouver le dernier état de [sa] doctrine »¹⁵¹⁵. Il y en a eu une troisième édition dont Duguit n'a pas pu rédiger que les deux premiers tomes avant sa mort¹⁵¹⁶ et dans laquelle il se restreint à améliorer l'expression de ses idées, sans abandonner son style polémique¹⁵¹⁷, en y apportant des précisions et en répondant à certaines critiques¹⁵¹⁸.

¹⁵¹² DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., Paris, Fontemoing, 1911, 2 vols. (Tome I, Théorie générale de l'État : les éléments, les fonctions, les organes de l'État, les agents publics ; tome II, Les Libertés publiques, l'organisation politique).

¹⁵¹³ Parmi ceux-ci voir : *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, 1^{re} éd., Paris, F. Alcan, 1908 (2^e éd., 1911 ; 3^e éd., 1921) ; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1^{re} éd., Paris, Félix Alcan, 1912 (2^e éd., 1920 ; réimpression, Paris, Éd. la Mémoire du droit, 1999) ; *Les transformations du Droit public*, Paris, Armand Colin, 1913 (réimpression : Paris, Éd. La Mémoire du droit, 1999) ; « Le conseil d'État et l'affaire du Gaz de Bordeaux », *Revue politique et parlementaire*, tome LXXX, 1916, pp. 264-266 ; « The Law and the State », *Harvard Law Review*, vol. 31, n° 1, 1917, pp. 1-185 ; « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 35, 1918, pp. 173-211 et 325-377 ; « La doctrine allemande de l'autolimitation », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 36, 1919, pp. 161-190 ; « Théorie générale de l'acte juridique », *Revue du droit public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 36, 1919, pp. 313-337 ; *Souveraineté et liberté : leçons faites à l'Université Columbia (New-York), 1920-1921*, Paris, Félix Alcan, 1922 (réimpression : Paris, Éd. La Mémoire du droit, 2002) ; *El pragmatismo jurídico (Conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid)*, trad. Agustín de Lázaro Álvarez et al., Madrid, Francisco Beltrán, 1924 (trad. française : *Le pragmatisme juridique : conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre*, 1923, trad. Simon Gilbert, Paris, Éd. La Mémoire du droit, 2008) ; *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, Paris, E. de Boccard, 1926 (réimpression : Paris, Éd. La Mémoire du droit, 2000) ; *Les Doctrines juridiques objectivistes* (extrait de la *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*), Paris, Marcel Giard, 1927 ; « De la situation du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 251-284. S. Gilbert dresse la liste des travaux de Duguit publiés en anglais aux États-Unis : GILBERT, Simon, « Présentation », in DUGUIT, Léon, *Le pragmatisme juridique : conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre*, 1923, trad. Simon Gilbert, Paris, Éd. La Mémoire du droit, 2008, p. 30, n. 107.

¹⁵¹⁴ DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome I, La règle de droit - Le problème de l'État*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1921 ; *Tome II, La théorie générale de l'État : éléments, fonctions, et organes de l'État*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1923 ; *Tome III, La théorie générale de l'État : suite et fin*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1923 ; *Tome IV, L'organisation politique de la France*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924 ; *Tome V, Les libertés publiques*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1925 ; voir la réimpression de la 2^e éd. : Paris, Éditions Cujas, 1979.

¹⁵¹⁵ BONNARD, R., *Léon Duguit, ses œuvres, sa doctrine*, cit. p. 21.

¹⁵¹⁶ DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome I, La règle de droit - Le problème de l'État*, 3^e éd., Paris, E. Boccard, 1927 ; *Tome II, La théorie générale de l'État*, 3^e éd., Paris, E. Boccard, 1928.

¹⁵¹⁷ L'aspect critique de la pensée de Duguit permet de comprendre « beaucoup mieux la violence du style et les arguments quelque peu sophistiqués » de l'auteur (GOURDON, Hubert, *La conception du pouvoir et du gouvernement chez L. Duguit*, Thèse de doctorat, Science Politique, dir. J. L. Seurin, Université de Bordeaux, 1971, p. 289). En effet, « l'argumentation est servie par une puissance dialectique peu commune [...] et par une rhétorique qui veut convaincre et qui se plaît à répéter, à insister, à prendre éventuellement à partie l'adversaire déclaré, voire simplement suspecté » (MODERNE, Franck, « Préface », in DUGUIT, Léon, *L'État, les gouvernants et les agents (Études de droit public, II)*, Paris, Dalloz, 2005, p. xv).

¹⁵¹⁸ BONNARD, R., *op cit.*, p. 22. Sur la vie de Duguit qui « est sans conteste l'enseignant le plus illustre de la Faculté de droit de Bordeaux » (MALHERBE, Marc, *La faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Talence, Presses Universitaires de Bordeaux, 1996, 313-314), voir : BONNARD, Roger, « Léon Duguit 1859-1928 », *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III^e année, 1928-1929, pp. 58-70 ; ID., *À la mémoire de Léon Duguit, 1859-1928, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux (1919-1928)*, Bordeaux, Impr. de

A. Solidarisme et droit objectif

Bien qu'il y ait plusieurs points sur lesquels la doctrine de Duguit évolue¹⁵¹⁹, dès la parution de *L'État, le droit objectif et la loi positive* son fondement est toujours le même. « C'est dans la notion de solidarité que Duguit va repérer et identifier ce fondement, notion alors très en vogue [...]. La solidarité est véritablement le cœur de son analyse »¹⁵²⁰. Il prend cette notion principalement de l'œuvre de Durkheim, avec qui Duguit entretient une sorte de « filiation intellectuelle revendiquée sans filiation »¹⁵²¹, qui n'exclut pourtant pas l'ascendant d'autres théories sociales, en particulier celles d'Auguste Comte et du courant pragmatique nord-américain¹⁵²². Duguit part de la distinction durkheimienne entre solidarité par similitude ou mécanique et solidarité par division du travail social ou organique qui, comme on l'a déjà indiqué, sert à expliquer un processus où les sociétés « primitives » évoluent pour devenir des sociétés « modernes »¹⁵²³. Dans un cas comme dans l'autre, la solidarité est conçue par Duguit comme un fait¹⁵²⁴ qui « implique la conception d'un règle

Cadoret, 1929 ; BOYÉ, A. J., « Souvenirs personnels sur Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 115-128 ; LABORDE-LACOSTE, Marcel, « La vie et la personnalité de Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 93-114 ; MILET, Marc, « Léon Duguit », in ARABEYRE, Patrick, HALPÉRIN, Jean-Louis, KRYNEN, Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e - XX^e siècle)*, Paris, PUF, 2007, pp. 272-274.

¹⁵¹⁹ CINTURA, P., *op. cit.*, p. 86-87.

¹⁵²⁰ MELLERAY, F., « Léon Duguit. L'État détrôné », *cit.*, p. 222.

¹⁵²¹ AUDREN, Frédéric, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France : deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, Thèse de doctorat en droit, dir. Jean-Louis Halpérin, Université de Bourgogne, 2005, p. 23. Dans le même sens voir aussi : ARNAUD, André-Jean, *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, p. 115. Sur les liens entre les deux auteurs voir : DIDRY, Claude, « De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et É. Durkheim au tournant du siècle (1880-1900) », *Genèses*, n° 2, 1990, pp. 5-27 ; HAYWARD, J. E. S., « Solidarist syndicalism: Durkheim and Duguit », *The Sociological Review*, vol. 8, 1960, n° 1, pp. 17-36, n° 2, pp. 185-202 ; PISIER, Évelyne, « La sociologie durkheimienne dans l'œuvre de Duguit », *L'Année sociologique*, 3, 28, 1977, pp. 95-114.

¹⁵²² MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 223. Sur les diverses influences qui a reçues l'œuvre de Duguit voir : LANGROD, Georges, « L'Influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 134-135 ; MODERNE, Franck, « Préface », in DUGUIT, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, p. VI.

¹⁵²³ Voir *supra* p. 91. Voir la description que présente Duguit de cette évolution dans *L'État, le droit objectif et la loi positive* (réimpression : Paris, Dalloz, 2003, pp. 62-68) et dans son *Traité de droit constitutionnel* (3^e éd., tome I, *cit.*, pp. 85-86). En revanche, il semble que cet auteur « a raisonné dans le concret comme si la solidarité était toujours parfaite. Il s'est ainsi masqué l'ensemble des problèmes qui surgissent lorsque la solidarité s'affaiblit » (BERNARD, Stéphan, « Considération sur la théorie sociologique de l'État dans le système de Duguit », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1954, n° 3, p. 633).

¹⁵²⁴ DUGUIT, L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *cit.*, p. 24. Or, comme S. Milacic le remarque, la conception de la solidarité comme un fait pose une question ponctuelle : « Le fait social de Duguit et chez certains contemporains, est-il aussi "objectif" ou "idéologiquement aseptisé" comme postulé ? Est-il plutôt "donné" ou implicitement "préconstruit" ? S'il est choisi comme "pertinent" ou "significatif", c'est qu'il implique une idée, au moins "à l'étouffée", sous forme de concept scientifique ou de valeur idéologique. Mais toujours de façon diffuse, c'est-à-dire non reconnue et non discutée. Il en va ainsi pour son fait de solidarité. Parmi tous les faits sociaux, choisir, de préférence à tous les autres, le fait de l'interdépendance n'est pas un acte neutre ; ni idéologiquement inconnu ni scientifiquement vierge de toute implication conceptuelle [...] » (MILACIC, Slodoban, « Léon Duguit entre modernité et actualité », in BOCKEL, Alain (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Istanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, p. 44). Plus encore, « Duguit aurait en somme substitué une "métaphysique solidariste", ou sociale, à la "métaphysique souverainiste" ; il aurait idéalisé la société là où d'autres ont idéalisé l'État » (PINON, Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 67, 2011, p. 78).

de conduite, suffisante pour déterminer les pouvoirs et les devoirs de l'homme social en général et de l'homme investi de l'autorité politique en particulier »¹⁵²⁵.

C'est de cette manière que Duguit construit sa théorie objectiviste du droit, par opposition à la conception subjectiviste qu'il critique fermement¹⁵²⁶. Comme « l'homme est un être conscient de ses actes, et [...] est un être qui ne peut vivre isolé, qui vit et a toujours vécu en société avec ses semblables », Duguit conclut qu'« on aperçoit immédiatement la nécessité d'une loi s'imposant à l'homme vivant en société et le caractère de cette loi. [...] Affirmer que l'homme est un être social, qu'il vit en société et qu'il ne peut vivre qu'en société, c'est affirmer en même temps l'existence d'une loi sociale. Ce n'est pas une affirmation *a priori*, une affirmation d'ordre métaphysique, puisqu'elle résulte de l'observation des faits et de la constitution physiologique et psychologique de l'homme »¹⁵²⁷. Cette loi sociale ainsi identifiée, qui est une « loi de but, une règle, une norme qui dirige et limite l'activité consciente et volontaire de l'homme, qui fixe l'objet et le but de son vouloir »¹⁵²⁸, c'est une « norme s'imposant aux hommes et fondée sur le fait social, [...] une règle qui s'impose à eux en fait, qui ne modifie d'aucune façon le caractère de leur être, la substance de leur volonté »¹⁵²⁹. Face à l'objection de vouloir déduire une prescription, ce qui doit être, uniquement de la constatation d'un fait social, démarche qui serait logiquement impossible¹⁵³⁰, Duguit affirme que « ce qui nous permet de saisir le caractère d'une certaine norme sociale, c'est la réaction qui se produit dans le groupe quand un certain acte est accompli par un membre du groupe, quand une certaine attitude est prise

¹⁵²⁵ *Ibidem*, p. 82.

¹⁵²⁶ *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., tome I, *cit.*, pp. 15-16.

¹⁵²⁷ *Ibidem*, pp. 65-66.

¹⁵²⁸ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵²⁹ *Ibidem*, p. 78. Par conséquent, l'objectivisme juridique de Duguit suppose « la découverte d'une nouvelle économie du droit. [...] Désormais on assiste à l'émergence d'un droit dit "social" ou "objectif", où le tout a une existence propre et indépendante des parties. [...] On veut désormais objectiver le droit comme fonction ou intérêt, faire de la loi non une volonté mais l'intérêt social que cette volonté représente. On va dire que la règle de droit n'existe, ne se comprend et ne se développe qu'en fonction du résultat social que son application doit réaliser. L'accent est mis désormais non sur la règle mais sur le but à atteindre » (SALAS, D., « Droit et Institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *cit.*, p. 196). De surcroît, ce facteur de la doctrine duguiste permet d'affirmer qu'elle n'est pas totalement étrangère au pragmatisme, bien que la méthode juridique de cet auteur soit aux antipodes du pragmatisme juridique – car celui-ci postule le critérium de l'utilité, tandis que Duguit soutient celui de la nécessité –, et que le professeur bordelais le critique ouvertement (GILBERT, S., « Présentation », *cit.*, p. 81 ; sur le « pragmatisme » chez Duguit voir aussi : ELLIOTT, W. Y., « The metaphysics of Duguit's pragmatic conception of law », *Political Science Quarterly*, vol. XXXVII, n° 4, 1922, pp. 639-654; SALDANA, Quintiliano, « El pragmatismo jurídico de M. Duguit », in DUGUIT, Léon, *El pragmatismo jurídico*, *cit.*, pp. 4-28).

¹⁵³⁰ C'est justement celle-ci l'une des critiques qui dirige Gény contre Duguit : « ce qui fait l'infirmité irrémédiable du système ainsi présenté, et ce qui le rend franchement inacceptable, c'est le désaccord foncier entre les deux termes qu'il prétend unir. Il s'agit de justifier et de reconnaître une règle de conduite, qui doit s'imposer obligatoirement aux hommes vivant en société. Et on allègue simplement le fait de l'interdépendance, que constitue cette vie sociale elle-même. [...] Or, il faudrait nous démontrer comment ce fait, à le supposer même incontesté, engendre légitimement l'obligation de le maintenir et de le développer. Vainement, nous laisse-t-on entendre que, la solidarité apparaissant comme une condition essentielle de la vie en société, l'homme, qui ne peut se passer de cette vie, est conduit par là même à pratiquer la solidarité ; nous demandons toujours comment cette nécessité de fait se mue en nécessité de droit » (GÉNY, François, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. II Seconde partie : Élaboration scientifique du droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1915, pp. 262-263 ; dans le même sens voir : LE FUR, Louis, « Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, p. 195 ; PIROU, Gaëtan, « Léon Duguit et l'économie politique », *Revue d'économie politique*, 47^e année, 1933, p. 59).

par lui »¹⁵³¹. La norme sociale est alors « une règle dont la violation entraîne une réaction sociale et pas autre chose, une règle qui ne doit pas être violée parce que, si elle l'est, la vie sociale, dont les individus sont à la fois les agents et les bénéficiaires, est troublée, et qu'alors la collectivité sociale réagit contre l'auteur de la violation »¹⁵³². Par conséquent, il est possible de dire qu'« entre le droit et le fait existe un plan intermédiaire, c'est celui des attitudes de la conscience sociale, lesquelles semblent bien jouer le rôle de chaînon intermédiaire, de médium entre les deux plans »¹⁵³³.

Implique la réponse de Duguit que « pour lui les normes sociales et juridiques sont des faits »¹⁵³⁴ ? Même si les considérations de cet auteur sur la nature des normes sociales et des normes juridiques ne sont pas formulées de manière concluante¹⁵³⁵, il n'est pas si évident

¹⁵³¹ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, pp. 81-82 (voir aussi : *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *cit.*, p. 82).

¹⁵³² *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, p. 87. Cela signifie que « aunque la solidaridad constituya un sentimiento individual, es, en buena medida, un sentimiento individual compartido, porque, en último término, reconocemos su existencia (aunque sea de manera indirecta) por la reacción social que experimenta el grupo ante su vulneración » (ARA PINILLA, I., *op. cit.*, pp. 306-307). Mais il a aussi été dit que reconnaître la réaction sociale comme critérium de la règle juridique suppose la fonder en fin de compte sur « l'emploi de la force. Il n'identifie pas la loi avec la force, théoriquement, mais, pratiquement, la force est le seul critère qui permet de reconnaître sa règle de droit » (KALINOWSKI, Jerzy, *La Théorie Duguitienne des règles sociale et juridique, étude de philosophie du droit*, Lublin, [s. e.], 1949, p. 166).

¹⁵³³ BERNARD, S., *op. cit.*, pp. 630-631. De toute façon, la réaction face à un comportement ne montre pas seulement que celui-ci est rejeté par le groupe qui réagit, mais aussi que celui qui l'a réalisé avait le devoir de ne pas le faire. Or, pour l'existence de ce devoir il faut une norme, de laquelle le groupe peut avoir conscience, comme l'indique Duguit lui-même. Par conséquent, la norme existerait dans la mesure où le groupe en a conscience et c'est sur cette conscience qui est fondée la réaction à l'encontre d'un comportement qui viole la norme. Mais la conscience est un fait psychologique et la norme n'aurait plus ce caractère « expérimentale » qui l'attribue Duguit. Cela est la base de la critique de psychologisme à l'encontre de la doctrine duguite (voir par exemple : GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. IV. Quatrième et dernière partie : Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 162 ; SFEZ, Lucien, « Duguit et la théorie de l'État. Représentation et communication », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 21 (Genèse et déclin de l'État), 1976, p. 114).

¹⁵³⁴ MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 230. Voir aussi : FONBAUSTIER, Laurent, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 6, 2004, p. 1059.

¹⁵³⁵ Par exemple, dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Duguit soutient que « le monde du droit n'est pas ce monde fermé que nous montrent certains juristes, monde séparé de la réalité, monde idéal ; c'est un monde de faits tangibles, qu'il faut expliquer et classer ; ce sont des volontés humaines qu'il faut saisir dans leurs manifestations concrètes ; c'est l'effet social qu'elles produisent ; c'est la force matérielle qu'elles mettent en jeu, qu'il faut constater et apprécier » (*op. cit.*, p. 21). Cependant, cette conception empirique est nuancée lorsque l'auteur affirme dans ce même ouvrage que la norme sociale, « cette règle de conduite n'intéresse la science sociale qu'en tant qu'elle se traduit dans la conscience humaine », ce qui impliquerait qu'elle a un caractère conceptuel ou idéal (*ibidem*, 91). R. Bonnard essaie d'articuler les deux dimensions en affirmant que « les phénomènes du monde pratique sont, d'une part, les actes humains volontaires et, d'autre part, les normes de cette activité volontaire. [...] Les normes de l'activité humaine sont, en effet, des phénomènes observables. On peut constater expérimentalement l'existence de ces normes » (BONNARD, Roger, « Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, p. 30). Dans le même sens, E. Pisier soutient que « la démarche de Duguit se situe à mi-chemin entre la sociologie et le normativisme » (PISIER, É., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, *cit.*, p. 293). Or, il semble que l'ambivalence de Duguit à cet égard est la conséquence de « confondre la théorie de la connaissance et la méthodologie des sciences positives » (BERNARD, S., *op. cit.*, p. 615). En effet, il est possible d'aborder l'étude des réalités de divers types, tant à caractère empirique et sociale qu'à caractère conceptuel et normatif, en suivant une méthode positiviste qui privilégie l'observation de ces réalités et l'analyse de leurs rapports, sans que ceci implique de nier l'existence des réalités du deuxième type. De toute façon, les critiques de Duguit tombent aussi dans cette ambivalence ; par exemple, L. Le Fur, lorsqu'il critique le refus par Duguit de la métaphysique, affirme qu'« il y a un accord quasi universel des philosophes

qu'il leur attribue un caractère empirique, bien qu'il n'accepte pas non plus qu'ils soient des commandements et recourt donc à la conception de Kelsen selon laquelle les normes ne sont que des jugements hypothétiques. En effet, Duguit considère qu'« énoncer une norme sociale, ce n'est point formuler un commandement, un impératif, c'est suivant une terminologie souvent employée et que comme Kelsen j'applique à la norme juridique, formuler un jugement hypothétique ; c'est dire : Si *A* fait telle chose ou ne fait pas telle chose, *n* se produira ; et *n* est un désordre social provoquant naturellement une réaction. [...] Et comme les individus ont une conscience plus ou moins nette de ce fait, comme *A* a conscience que, s'il agit ou s'abstient, telle ou telle conséquence sociale se produira, qui compromettra en même temps la vie sociale et la vie individuelle, j'ai, parfaitement le droit de dire que la loi qui régit tout groupement social est une norme ou une règle »¹⁵³⁶. Toutefois, avoir conscience d'une règle est un fait psychologique. Or ce n'est pas le cas pour la norme dont on a conscience, car elle possède un caractère idéal, dans la mesure où elle est une prescription. Les normes ainsi comprises ne peuvent pas être des « phénomènes observables ». Ce qui est observable c'est le phénomène psychologique de la conscience. Il n'est pas possible de constater de manière expérimentale, par l'observation, l'existence d'une norme à caractère idéale. En revanche, ceci serait le cas si la règle sociale était un phénomène empirique, par exemple, une régularité de conduites, mais Duguit ne pose pas ce type d'ontologie empiriste pour le droit. Sa doctrine est plutôt « un système basé sur une logique de normes »¹⁵³⁷.

Il n'en demeure pas moins que les normes juridiques ne sont pas le seul type de normes sociales, quoique Duguit rapproche profondément les deux catégories, au point qu'il assure que la norme sociale ou « règle de conduite, qui impose à l'homme l'obligation de coopérer

contemporains pour reconnaître qu'il ne peut exister non pas seulement de science normative, comme la morale et le droit, mais même de science mathématique, ou physique ou naturelle, sans un minimum de métaphysique » (LE FUR, L., *op. cit.*, pp. 202-203 ; dans le même sens voir aussi : MORIN, Gaston, « L'œuvre de Duguit et le droit privé », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 154-155). La question n'est pas celle de l'existence de réalités à caractère idéal ou conceptuel, que Duguit ne nie pas, mais la méthode pour leur analyse. Comme A. Pagano l'explique « tutto ciò non è metafisica, è semplicemente logica. Affermando una realtà giuridica distinta dalla fisica et dalla psichica, non si afferma punto una realtà assoluta, trascendente e nemmeno indipendente dal pensiero ; si afferma soltanto una realtà intellettuale dotata di caratteri propri e specifici, e quindi la necessità di metodi di indagine e di studio adeguati a tale realtà non empirica nè sperimentale ma concettuale » (PAGANO, Antonio, « La dottrina del Duguit sulla volontà giuridica », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno III, fascicolo I, 1923, pp. 36-37).

¹⁵³⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, p. 82. M. Réglade soutient cette manière d'affronter le problème du sophisme naturaliste, car pour lui « il n'y a pas de solution de continuité entre l'indicatif et l'impératif ainsi conçu, parce qu'un impératif purement hypothétique n'est au fond qu'un indicatif : il est un avertissement de la conduite à tenir si l'on veut atteindre un certain but, obtenir un avantage ou éviter un inconvénient. Cette position de Duguit nous paraît inattaquable et définitive » (RÉGLADE, Marc, « Théorie générale du droit dans l'œuvre de L. Duguit », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, p. 35). Sur les similitudes et les différences entre la théorie de Kelsen et celle de Duguit voir : BONNARD, Roger, « La doctrine de Duguit sur le droit et l'État », *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, I^{re} année, 1926-1927, p. 40 ; PISIER, É., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, *cit.*, pp. 79, 93, 131-132 ; HERRERA, Carlos Miguel, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 325-345.

¹⁵³⁷ CINTURA, P., *op. cit.*, p. 71. Plus encore, E. Pisier considère que « dans sa description des rapports de l'individu et de la Société, puis de l'État et de la Société, Duguit passe du réalisme à l'idéalisme » (PISIER, É., *op. cit.*, p. 82). Cependant, il semble que la notion d'« idéalisme » posée par E. Pisier n'est pas univoque, car elle bascule entre l'idéalisme axiologique et l'idéalisme ontologique.

à la réalisation de la solidarité sous ses deux formes, est précisément la règle de droit elle-même »¹⁵³⁸. Quoi qu'il en soit, à côté des normes juridiques, cet auteur identifie aussi les normes économiques et les normes morales selon la nature et la portée de la réaction que leur violation produit¹⁵³⁹. De fait, il considère que toutes les normes sociales sont soit économiques soit morales, et leur transformation en normes juridiques a lieu « lorsque a pénétré dans la conscience de la masse des individus, composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que ceux qui y détiennent la plus grande force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle »¹⁵⁴⁰. Pour autant, « la contrainte ne fait pas la force obligatoire de la règle, elle la sanctionne ; l'acceptation de la contrainte avertit qu'une norme sociale, déjà obligatoire par elle-même, est devenue règle de droit »¹⁵⁴¹. L'existence du droit dépend alors de la génération d'un certain état de conscience dans les esprits des individus qui intègrent la société, état qui se précise en les sentiments de la socialité et de la justice : « le premier est le sentiment existant à un moment donné dans la masse des hommes composant un groupement social considéré, tribu, famille, cité, nation, que le lien de solidarité qui maintient l'intégration sociale serait brisé si le respect d'une certaine règle économique ou morale n'était pas sanctionné par des voies de droit »¹⁵⁴² ;

¹⁵³⁸ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 90.

¹⁵³⁹ Les normes économiques régissent « tous les actes de l'homme touchant à la production, la circulation et la consommation des richesses, en employant ce mot, dans un sens général, pour désigner toute chose susceptible d'assurer la satisfaction d'un besoin humain » (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., pp. 89-90).

¹⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 93. Cette référence à la conscience des individus supposerait une dimension subjectiviste de l'objectivisme juridique de Duguit. C'est ainsi que « la théorie objectiviste s'avère subjective quant à son origine psychologique (puisqu'elle repose sur le fait de la conscience individuelle), mais reste objective quant à la force obligatoire de la règle (puisqu'elle consiste en des jugements hypothétiques de cette règle de base, stable quant au principe, mais variable dans le temps et dans l'espace) » (LANGROD, G., *op. cit.*, p. 137). Par conséquent, dans la pensée de Duguit entrerait en tension le déterminisme de la norme sociale et le subjectivisme de la conscience individuelle (ARA PINILLA, *op. cit.*, pp. 187, 220, 223). Il s'agit de l'impasse qui affronte toute théorie objectiviste du droit qui cherche, de plus, à être réaliste, en s'appuyant sur les présupposés du positivisme philosophique. Une théorie qui affirme une norme objective dont l'existence s'explique par un fait social, celui de la régularité du comportement conforme à la norme (et la réaction qui sa violation produit), ne peut pas éluder la présence de la volonté de l'individu et la conscience des buts qu'il vise avec ses actes. Il semblerait qu'il ne reste qu'à fonder la norme objective sur une valeur supérieure (et rejeter le positivisme) ou supposer que la norme soit obligatoire, comme le fait Kelsen avec sa norme fondamentale (KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 265-267), ou la faire dépendre de la convergence de la masse des consciences individuelles exprimée démocratiquement par la loi du nombre, recélant un « volontarisme clandestin » (CINTURA, P., *op. cit.*, p. 189). Une autre alternative est de poser l'existence de la norme objective dans une réalité formulée de manière relative, c'est-à-dire en soutenant que la plupart des individus – pas tous – qui forment une société suivent la norme et ceux qui ne le font pas sont l'objet de la réaction des autres membres du groupe, ce qui implique le changement de la réalité sur laquelle la norme sociale s'explique.

¹⁵⁴¹ RÉGLADE, M., *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁴² *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 116. Toutefois, comme l'indique F. Melleray, « reste encore à déterminer, point sur lequel Duguit reste évasif, quelle proportion de la population doit être convaincue qu'il convient de réprimer la violation d'une norme sociale pour que cette dernière devienne juridique » (MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 229). Sur ce point il est possible de souligner l'« admirable confiance dans la sagacité des juristes et dans leur infaillibilité » (JÈZE, Gaston, « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, p. 149 ; voir aussi : MILACIC, S., « Léon Duguit entre modernité et actualité », cit., p. 52), voire le basculement auquel Duguit aurait procédé « du sentiment de la masse au sentiment de l'élite juridique » (COUSIN, Cyrille, « La doctrine solidariste de Léon Duguit », *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 26^e année, n° 90, 2001, p. 1958), ce qui relève les présupposés conservateurs et élitistes de la théorie duguiste (BLANQUER, J.-M., MILET, M., *L'Invention de l'État*, cit., p. 137 ; ID., « Les idées politiques de Léon Duguit. Un prisme contextuel et biographique », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011,

pour sa part, le sentiment de justice est « la notion plus ou moins vague que les hommes se forment, à une époque et dans un groupe donnés, de ce qui est juste ou injuste. La notion du juste et de l'injuste est infiniment variable et changeante. Mais le sentiment du juste et de l'injuste est un élément permanent de la nature humaine »¹⁵⁴³. Les normes sociales qui à un moment donné ont acquis la qualité de normes juridiques ne le font pas en raison d'un acte de volonté d'une autorité humaine, mais du fait de la conscience spontanée des individus, s'inspirant à la fois du sentiment de la nécessité sociale et du sentiment de justice. « Une sorte de “main invisible” de la vie sociale instituerait ainsi un quadrillage de solidarité, dénué de tout volontarisme »¹⁵⁴⁴. Duguit nomme « droit objectif » ou « règle de droit » les normes dont l'existence est ainsi vérifiée et il les différencie de la « loi positive » qui « ne peut être conçue que comme un mode d'expression de la règle de droit », de manière que « le législateur ne la crée pas ; il la constate ; et la loi positive ne s'impose que dans la mesure où elle est conforme à cette règle »¹⁵⁴⁵. Par conséquent, la loi positive partage avec le droit objectif les mêmes caractères essentiels¹⁵⁴⁶. Toutefois, Duguit ne soutient pas que toutes les lois positives constatent le droit objectif, car seulement la « partie normative » de la loi procède en effet à cette constatation, tandis que la « partie constructive » ne sert qu'à garantir l'exécution des règles normatives reflétant le droit objectif¹⁵⁴⁷.

La thèse de l'existence d'un droit objectif et de la subordination du droit positif à celui-ci suppose-t-elle que la doctrine de Duguit ait un caractère jusnaturaliste ? Quelques interprètes de l'œuvre de cet auteur arrivent à cette conclusion, en soutenant qu'il opère un « retour au droit naturel »¹⁵⁴⁸, que sa pensée se rattache à « la renaissance des doctrines du droit naturel »¹⁵⁴⁹, qu'il n'a pas « réussi à se dégager de l'idée du Droit naturel, dans son sens

p. 14-15). Tout cela peut être constaté lorsqu'il affirme que « les juristes peuvent incontestablement contribuer à former dans le groupe un certain état de conscience duquel sortira une norme juridique. C'est en ce sens qu'à la rigueur on peut parler, comme le fait l'école historique allemande, du droit des juristes (*Juristen-Recht*). Mais cette influence ne peut être réelle qu'à une époque où le travail scientifique a pris un grand développement et, par conséquent, à une époque avancée de l'évolution juridique » (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, p. 161).

¹⁵⁴³ *Ibidem*, p. 119.

¹⁵⁴⁴ PINON, Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *cit.*, p. 77.

¹⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 171.

¹⁵⁴⁶ « La loi d'abord est une règle générale ; et toute disposition qui n'a pas ce caractère n'est pas une loi [...]. La loi est une règle obligatoire pour tous gouvernants et gouvernés. La loi peut être sans doute être modifiée et remplacée par une autre. Mais, tant qu'elle existe, elle lie les gouvernants, comme elle oblige les gouvernés. [...] Enfin, et c'est le point le plus délicat, il nous paraît certain que de la loi ne résulte jamais directement une situation juridique subjective, ni même, suivant la terminologie habituelle, un droit subjectif » (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, *cit.*, pp. 502-503).

¹⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 543 (voir aussi : *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, pp. 106-108). De fait, pour Duguit, dans le cas du droit privé « si l'on fait abstraction du droit de famille, le code Napoléon, malgré ses 2281 articles, ne contient en réalité que trois règles de droit que voici : 1° la règle qui impose le respect de la propriété individuelle ; 2° celle qui reconnaît la force obligatoire des contrats ; 3° celle enfin qui oblige quiconque a par sa faute occasionné un dommage à autrui à le réparer. Toutes les autres dispositions sont uniquement constructives, destinées à mettre en œuvre ces trois normes et s'adressent exclusivement aux juges » (*Leçons de droit public*, *cit.*, p. 49).

¹⁵⁴⁸ SALAS, Denis, « Droit et Institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *cit.*, p. 203.

¹⁵⁴⁹ BARTHÉLEMY, Joseph, « Compte rendu de Léon Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel, première édition », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 25, 1908, pp. 161. Kelsen considère également que les idées de Duguit « ne sont au fond que de simples variantes de la doctrine du droit naturel » (KELSEN, H., *op. cit.*, p. 306).

le plus naïf »¹⁵⁵⁰, que « son droit objectif tendait à devenir un décalque du droit naturel »¹⁵⁵¹, et que « tout ce qu'il y a de vrai dans les affirmations de Duguit dérive du droit naturel »¹⁵⁵². Or, face à ces affirmations, la question qui se pose est celle de savoir si l'objectivisme juridique, la théorie selon laquelle des normes juridiques existent indépendamment de la volonté ou de l'action des autorités humaines, implique nécessairement de soutenir une doctrine du droit naturel. Bien qu'en principe il semble que ce soit le cas¹⁵⁵³, chez Duguit il est possible de distinguer son objectivisme juridique d'un prétendu jusnaturalisme, au moins dans sa version la plus classique¹⁵⁵⁴, parce qu'il n'admet pas un droit naturel dont l'existence ne peut pas être constaté empiriquement, comme il n'admet pas non plus que de celui-ci se dégagent des droits subjectifs inhérents à l'individu et antérieurs à la société. En revanche, il affirme que « la règle de droit telle que je la comprends n'est point une règle supérieure, préexistante au groupe ; elle est la règle dérivant des conditions de vie actuelles, momentanées et changeantes d'une société donnée, déterminées par l'observation et l'analyse rationnelle de son évolution et de sa structure. C'est là, ce me semble, une doctrine tout à fait étrangère au droit naturel, une doctrine d'ordre purement positif et d'inspiration vraiment scientifique »¹⁵⁵⁵. Ce qui peut alors être retenu de cette conception de la règle de droit c'est qu'elle met en évidence les deux éléments essentiels de la théorie juridique de cet auteur : « la tendance primordiale à *objectiviser le droit tout entier*, [...] et, en même temps, la pénétration au-delà des règles juridiques en vigueur, de la recherche de la position qu'occupe le droit dans le *mécanisme social* »¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁰ JÈZE, Gaston, « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *cit.*, p. 143. Dans le même sens, L. Sfez affirme que « juridiquement Duguit relèverait plutôt de la catégorie des jusnaturalistes » (SFEZ, L., *op. cit.*, p. 121).

¹⁵⁵¹ LE FUR, L., *op. cit.*, p. 204 (voir aussi : LASKI, H. J., *op. cit.*, p. 131). Dans le même sens, W. Friedmann considère que « sa “solidarité sociale”, prétendument fait observable, est en réalité une idée moderne du droit naturel » (FRIEDMANN, Wolfgang G., *Théorie générale du Droit*, Paris, LGDJ, 1965, p. 37 ; voir aussi p. 184).

¹⁵⁵² JARDÓN, Alberto, *Las teorías políticas de Duguit*, Madrid, Editorial Reus, 1919, p. 36.

¹⁵⁵³ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 1989, pp. 43-44. Pour le cas spécifique de Duguit voir : WALINE, M., « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *cit.*, n° 16, 1929, p. 389.

¹⁵⁵⁴ Voir *supra* p. 114. Duguit accepte le dualisme droit objectif/droit positif qui reste un élément commun essentiel des diverses configurations dans lesquelles la pensée jusnaturaliste s'est présentée à différentes époques et chez différents auteurs. Il est néanmoins difficile de trouver dans sa pensée le lien « au rationalisme et à l'universalisme, également caractéristiques de l'intimité qui existe entre jusnaturalisme et phénomène juridique, selon lequel la justice est une valeur rationnelle, et le rationalisme se trouve uniquement dans la déduction logiquement rigoureuse à partir de prémisses universellement vraies » (GIANFORMAGGIO, Laetizia, « Droit naturel », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^e éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, p. 117).

¹⁵⁵⁵ *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., tome II, *cit.*, pp. 83-84. C'est pourquoi l'on peut dire que « dans son système, la “règle de droit” est essentiellement changeante, comme les sociétés humaines ; elle dérive de leurs structures, infiniment variables. Duguit ne s'intéresse qu'à son adéquation aux faits sociaux et refuse toute idée de conformité à un idéal de droit absolu » (PINON, Stéphane, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 126, n° 2, 2010, p. 537).

¹⁵⁵⁶ LANGROD, G., *op. cit.*, p. 135. Pourtant, comme L. Fonbaustier le souligne, « les conditions d'une analyse objective des faits ne sont jamais évoquées par lui. [...] Force est de reconnaître que sa démarche positiviste dénature le fait social et sa signification pour le droit », car « il pense, de manière métapositive, que le juriste saura lire les faits sociaux et déceler ceux qui, parmi eux, se transforment en règle de droit, ou méritent de le devenir [voir *supra* n. 1542] » (FONBAUSTIER, L., « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *cit.*, p. 1061).

À la fin de *L'État, le droit objectif et la loi positive* Duguit offre une synthèse remarquable de sa conception sur le lien entre solidarisme et droit : « Des consciences et des volontés individuelles solidaires les unes des autres ; une règle fondée sur cette solidarité, loi des consciences et des volontés individuelles ; des individus plus forts que les autres qui, en vertu de cette règle, doivent mettre leur force au service de la solidarité ; constatation de cette règle par les gouvernants et organisation des moyens destinés à la sanctionner ; voilà l'État, le droit objectif et la loi positive »¹⁵⁵⁷. De ce qui a été jusqu'à ici exposé est-il possible de conclure que « nous sommes en présence d'une doctrine qui sacrifie l'individu à la société », comme l'affirmait Hauriou¹⁵⁵⁸, et que le libéralisme politique, même pas le républicanisme, ne trouvent aucune place dans la pensée de Duguit ? Bien qu'en effet il nie que le droit soit créé par un acte de volonté d'un ou plusieurs individus, il considère que l'individu est la fin unique du droit, la seule réalité qui justifie son existence. Son solidarisme ne l'amène pas vers un collectivisme anti-individualiste. Au contraire, Duguit essaie d'intégrer individu et communauté par la voie de la notion de solidarité : « l'homme est un être individuel et social à la fois ; cette individualité et cette socialité ne s'opposent pas ; elles se combinent en une étroite et indivisible connexité ; elles sont en quelque sorte fonctions l'une de l'autre : l'individualité s'accroît proportionnellement à la sociabilité et réciproquement »¹⁵⁵⁹.

Cette tentative de synthèse et l'analyse par le professeur bordelais d'une série d'obligations positives de l'État¹⁵⁶⁰ permettent de conclure, comme le fait E. Pisier, que sa doctrine « tend à justifier à la fois la protection de la liberté individuelle et les interventions économiques de l'État ; elle tend à concilier libéralisme et dirigisme »¹⁵⁶¹. C'est pourquoi « Duguit n'est effectivement ni l'anarchiste ni le révolutionnaire décrit par certains, pas plus que l'inspirateur du fascisme décrit par d'autres. Il s'agit au contraire d'un républicain à la fois modéré et résolu mais ses analyses sont sur certaines questions incassables [...] »¹⁵⁶². Or, dans le contexte où Duguit écrit, il pouvait être difficile de différencier son solidarisme des idées socialistes du tournant du XX^e siècle, ce qui explique « la tonalité jusqu'à certain point exaltée avec laquelle il essaie parfois de marquer ses distances par rapport à l'idéologie politique socialiste »¹⁵⁶³, et également qu'il cherche à « faire prévaloir la cohésion et l'unité

¹⁵⁵⁷ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 617.

¹⁵⁵⁸ HAURIOU, Maurice, « Les idées de M. Duguit », *Recueil de L'Académie de Législation de Toulouse*, 2^e série, tome VII, 1911, p. 35. Dans un sens similaire, W. Friedmann soutient qu'« à l'ordre divin de choses, le scolastique moderne Duguit substitue la discipline sociale de la moderne société industrielle. L'individu lui doit un service et une obéissance absolus [...] » (FRIEDMANN, W. G., *op. cit.*, p. 38).

¹⁵⁵⁹ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., pp. 80-81.

¹⁵⁶⁰ Voir *infra* p. 333.

¹⁵⁶¹ PISIER, É., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, cit., p. 164 ; dans le même sens : CINTURA, P., *op. cit.*, p. 73 ; PINON, S., *op. cit.*, pp. 86-93.

¹⁵⁶² MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 247. De toute façon, l'attribution de ces qualificatifs à la doctrine de Duguit est manifestation du fait que sa pensée foisonnante, par-delà la cohérence de son système, est susceptible d'interprétations multiples, bien qu'il apparaisse comme « fondamentalement républicain, modéré, conservateur » (BLANQUER, Jean-Michel, MILET, Marc, « Les idées politiques de Léon Duguit », cit., p. 3-4).

¹⁵⁶³ ARA PINILLA, I., *El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de Léon Duguit*, cit., p. 32 (voir aussi : BONNARD, R., « Léon Duguit 1859-1928 », cit., p. 67 ; CINTURA, P., *op. cit.*, p. 77, 170-171). Par exemple, Duguit soutient que « Marx a eu le tort de ne pas voir que dans les sociétés il y avait d'autres forces agissantes que les forces purement économiques, qu'il y avait aussi des forces morales. Et c'est aussi le tort de beaucoup d'hommes politiques d'aujourd'hui qui ne pensent qu'au rétablissement économique de l'Europe et qui oublient qu'il n'y a pas dans le monde seulement des forces et des questions économiques,

sur le conflit »¹⁵⁶⁴. La hantise du socialisme juridique présente à cette époque et qui, du moins en partie, incite le renouveau de la doctrine juridique¹⁵⁶⁵, est bien évidente dans la pensée de cet auteur. Celle-ci ne correspond pas à une modalité de socialisme, mais plutôt, comme l'affirme A.-J. Arnaud, à un « humanisme » qui dans le cas de Duguit possède un caractère « sociologique », humanisme qu'en général « apparaît comme le procédé utilisé par les juristes pour éviter une totale mise en cause du Droit, grâce à un “conservatisme libéral” »¹⁵⁶⁶. De toute façon, il ne faut pas oublier que Duguit cherche à démontrer que le droit expérimente une « transformation particulière », qu'il se trouve dans « une période critique », où « un système juridique d'ordre réaliste et socialiste remplace le système juridique antérieur qui était d'ordre métaphysique et individualiste »¹⁵⁶⁷, ce qui relativise ledit « conservatisme »¹⁵⁶⁸.

B. Méthode positiviste, déterminisme social et réception du droit

Duguit – on l'a déjà indiqué – est l'un des protagonistes du renouveau de la doctrine juridique au tournant du XX^e siècle. Plus que ses collègues, en particulier plus que les civilistes, il a voulu développer jusqu'à son acmé l'application de la méthode positiviste de la science, sous les auspices de Comte, dans le domaine du droit et plus spécialement dans le droit constitutionnel. Le modèle des sciences de la nature dévient le symbole épistémologique de la nouvelle époque, ce qui est encouragé par la réception des thèses empiristes et organicistes qui, de toute façon, cohabitaient avec d'autres doctrines à caractère légaliste et « métaphysique »¹⁵⁶⁹, qui ne pouvaient qu'être l'objet du mépris de ceux qui, comme Duguit, soutenaient la nouvelle forme de connaissance juridique¹⁵⁷⁰. Cela implique l'introduction des sciences sociales, notamment de la sociologie, dans l'étude du

qu'il y a des forces morales, qu'on ne peut les ignorer sous peine de rester impuissant, qu'il n'y a pas seulement des questions économiques à résoudre, qu'il y a avant tout une question morale dont la solution conditionne celle de tous les autres problèmes » (*Traité de droit constitutionnel*, tome II, *cit.*, pp. 757-758 ; voir dans le même sens : *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *cit.*, p. 243).

¹⁵⁶⁴ LE GOFF, J., « Juristes de gauche et Droit social dans les années 1880-1920 », *cit.* p. 20.

¹⁵⁶⁵ Voir *supra* p. 277.

¹⁵⁶⁶ ARNAUD, A.-J., *Les Juristes face à la société*, *cit.*, p. 125.

¹⁵⁶⁷ *Les transformations du Droit public*, *cit.*, pp. X-XI.

¹⁵⁶⁸ Par ailleurs, comme l'explique I. Ara Pinilla, la qualification de « conservatisme libéral » « habría de ser interpretada en el caso de Duguit dotándola de un significado diferente al que puede, a su vez, presentar en relación a las doctrinas de Génry y de Hauriou » (ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 51).

¹⁵⁶⁹ *Le droit constitutionnel et la sociologie*, *cit.*, p. 4. Comme l'explique E. Pisier, « Duguit donne au mot métaphysique son sens le plus large : est métaphysique tout raisonnement que ne vérifie pas l'observation ou l'expérience » (PISIER, É., *op. cit.*, pp. 34-35). Or, « pourchassant la métaphysique, Duguit n'est-il pas amené à abuser de ce mot en lui donnant un sens trop large ? Il est certain que l'on trouve chez Duguit une tendance à rejeter sous le même mot de métaphysique tout un ensemble de concepts juridiques. Il lui sera alors reproché, et particulièrement par Génry, d'avoir ainsi confondu sous un même terme concepts métaphysiques et procédés techniques d'abstraction » (*ibidem*, p. 33).

¹⁵⁷⁰ ARA PINILLA, I., *op. cit.*, pp. 27-28 ; PESET REIG, Mariano, « Philosophie et science dans l'œuvre de Léon Duguit », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 87, n° 2, 1971, p. 353. Selon R. Bonard, « cette prétention à la primauté de la science expérimentale sur la métaphysique et la critique dans le domaine du droit et de l'État, c'est précisément, à mon sens, la grande révolution que Duguit a opérée dans la pensée juridique » (BONNARD, R., *À la mémoire de Léon Duguit*, *cit.*, p. 40).

droit, ce qui permet de qualifier la doctrine de Duguit de « positivisme sociologique »¹⁵⁷¹. Plus encore, le professeur bordelais et les autres « chargés de cours de droit constitutionnel n'entendent pas seulement procéder au “ saupoudrage ” de notions sociologiques au sein du droit constitutionnel *naissant* mais bien plutôt faire du droit constitutionnel, voire de l'ensemble du droit, une partie de la science sociale *naissante* »¹⁵⁷². Or, comme le soulignent J.-M. Blanquer et M. Milet, « la bienveillance de Duguit s'inscrit non dans une logique subversive à l'égard de la discipline juridique, mais bel et bien dans une revendication implicite de cet enseignement pour les facultés de droit, démarche susceptible, par conséquent, de recevoir l'assentiment de ses collègues juristes »¹⁵⁷³.

À cet égard, Duguit expose ses vues dans un article publié en 1889 sous le titre de *Le droit constitutionnel et la sociologie*. Ses postulats positivistes sont évidents lorsqu'il y affirme que « la science positive observe des faits ; elle cherche à déterminer leurs rapports constants »¹⁵⁷⁴. Pas plus que les faits physiques ou les faits biologiques, les phénomènes sociaux peuvent également être l'objet de l'observation scientifique, dont l'étude donne lieu aux sciences sociales, qui « ont pour but de formuler les lois qui déterminent les fait sociaux dans leur ordre de succession et de coexistence »¹⁵⁷⁵. La sociologie y occupe une place centrale et du point de vue de l'observation des différents ordres de phénomènes sociaux, elle intègre l'ensemble de sciences sociales spéciales, étant le droit l'une de celles-ci¹⁵⁷⁶. La

¹⁵⁷¹ BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique. Tome II, L'État*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1967, p. 35. Comme le remarque J.-M. Blanquer, « Duguit veut fonder une vraie science du droit qui, dans la ligne de la sociologie, serait capable de formuler des règles sur des bases aussi sûres que celles des sciences exactes. [...] Ce positivisme sociologique extrême mène Duguit aux antipodes du positivisme juridique de certains contemporains » (BLANQUER, Jean-Michel, « Léon Duguit et le lien social », in DECRETON, Séverine (dir.), *Service public et lien social*, Paris, l'Harmattan, 1999, p. 79). Toutefois, le positivisme semble l'emporter sur la sociologie, pour autant que, comme l'explique L. Fonbaustier, Duguit « n'adhère pas à tous les concepts centraux de la sociologie dominante », et qu'« il la réduit souvent à quelques recettes auxquelles il accorde un statut incertain » (FONBAUSTIER, L., *op. cit.*, pp. 1058-1059).

¹⁵⁷² SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes*, *cit.*, p. 138. De toute façon, chez Duguit la connexion avec la sociologie et la psychologie « n'explique pas entièrement son œuvre. Certes, il utilise des concepts qui leur sont propres dans sa théorie générale, mais, après, dans l'élaboration plus concrète de sa pensée, il reste fidèle aux méthodes et instruments conceptuels propres des juristes. Son innovation est la découverte d'un nouveau chemin, qui féconde la séculaire tradition de la science juridique. Mais ses réalisations dogmatiques concrètes ne gardent pas cette connexion si immédiate avec des courants sociologiques ou psychologiques » (PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 356). Toutefois, cela n'implique pas de séparer dans l'œuvre de Duguit les fondements théoriques, où l'influence de ces sciences sociales est plus directe, de la partie technique, où cette influence est en effet indirecte (voir *supra* n. 1507).

¹⁵⁷³ BLANQUER, J.-M., MILET, M., *L'Invention de l'État*, *cit.*, p. 65.

¹⁵⁷⁴ *Le droit constitutionnel et la sociologie*, *cit.*, p. 6.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*, pp. 7-8.

¹⁵⁷⁶ C'est pour cette raison que l'on a dit de Duguit que « toute sa vie il a lutté pour l'élaboration d'une doctrine du Droit et de l'État, fondée sur la nature sociologique du phénomène juridique » (BRIMO, Albert, *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, A. Pedone, 1967, p. 193), qu'il « se fait le porte-parole de la sociologie dans la discipline juridique » (PISIER, É., *op. cit.*, p. 8), voire le fondateur du sociologisme juridique (HÉRAUD, Guy, « Regards sur la philosophie du droit française contemporaine », in DAVID, René (dir.), *Le droit français. Tome II, Principes et tendances du droit français*, Paris, LGDJ, 1960, p. 538). G. Gurvitch le place parmi les fondateurs français de la sociologie juridique, bien que pour lui Duguit « ne s'occupait pas autant de la sociologie juridique proprement dite que de son utilisation par la science dogmatico-systématique du droit » (GURVITCH, Georges, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, p. 96). Il est même considéré un « réaliste », notamment par K. Olivecrona (OLIVECRONA, Karl, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. Patricia B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011, p. 120), dans la mesure où ses idées « s'inspirent d'un positivisme sociologique qui le conduit à rejeter le subjectivisme juridique [...] pour insister sur des faits objectifs » (MILLARD, Éric,

science juridique étudie le système « nervo-moteur », « chargé de maintenir l'unité, d'imprimer la direction, à vrai dire d'assurer la conservation de l'agrégat social »¹⁵⁷⁷. Duguit relève une partie spéciale de la science juridique, celle qui aborde « les phénomènes relatifs à la formation, au développement et au fonctionnement de l'État, considéré comme centre nerveux cérébro-spinal de l'organisme social »¹⁵⁷⁸. Il conclut ainsi que cette partie de la science du droit « n'est autre chose que le droit constitutionnel », de telle sorte que celui-ci « est donc une partie de la sociologie, dans laquelle on cherche à déterminer les lois qui régissent les phénomènes relatifs à la formation, au développement et au fonctionnement de l'État, considéré comme centre nerveux cérébro-spinal de l'organisme social »¹⁵⁷⁹.

Même si dans ses principaux travaux de droit constitutionnel du début du XX^e siècle il y a un relâchement de cette sorte d'organicisme, Duguit n'abandonne jamais la méthode empiriste esquissée dans l'article auquel l'on vient de faire allusion¹⁵⁸⁰. C'est ainsi que dans ses *Leçons de droit public* il propose sa méthode en trois règles : observation des faits d'une manière objective, application du raisonnement déductif comme un instrument de découverte pour vérifier sur les faits les conclusions auxquelles a conduit la déduction logique, et l'abandon totale des concepts *a priori*, qu'ils soient métaphysiques ou religieux¹⁵⁸¹. D'autre part, il avertit dans son *Manuel de droit constitutionnel* qu'« une

« Réalisme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1297). D'autres auteurs remarquent plutôt le caractère positiviste de sa doctrine, son « rigoureux positivisme », qui cherche à établir « une science purement expérimentale » (BONNARD, R., « Léon Duguit 1859-1928 », *cit.*, p. 64). Par exemple, L. Bagolini la caractérise comme un « storicismo positivista in senso particolare » (BAGOLINI, Luigi, *Il metodo di Léon Duguit*, Siena, Circolo Giuridico Dell'Università, 1951, p. 38. Ph. Raynaud trouve chez lui un positivisme épistémologique, même si la portée de ce positivisme « apparaît néanmoins bien réduite quand on voit Duguit lui-même se reconnaître pour précurseurs Aristote et saint Thomas » (RAYNAUD, Philippe, « Léon Duguit et le droit naturel », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, n° 4, 1987, p. 175).

¹⁵⁷⁷ *Le droit constitutionnel et la sociologie*, *cit.*, p. 19.

¹⁵⁷⁸ *Loc. cit.*

¹⁵⁷⁹ *Ibidem*, pp. 19-20. Ces considérations de Duguit impliquent-elles que d'après lui le contenu d'un système normatif peut être découvert par l'observation des réalités sociales ? Si tel est le cas, si « l'auteur prétend constituer une discipline vouée à l'observation des rapports sociaux et il affirme être capable, par là même, de produire les directives nécessaires au contrôle de ces mêmes rapports sociaux », il s'avère pourtant que « les recherches empiriques portant sur les formes de sociabilité, sur les normes sociales, plus directement sur la "réalité sociale" du droit [...] n'ont jamais produit la moindre norme juridique » (PERRIN, Jean-François, « Duguit et la "science du droit" », in CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 88-89). Ceci parce que les comportements humains que les normes sociales cherchent à appréhender ne sont pratiquement jamais déterminés par ces normes d'une manière rigoureusement causale, parce que le corps social n'est pas homogène et parce que les formes juridiques ne sont jamais neutres (*ibidem*, pp. 89-90).

¹⁵⁸⁰ PISIER, É., *op. cit.*, pp. 10-11. De toute façon, quelques mentions organicistes persistent. Par exemple, on lit dans le tome premier de la troisième édition du *Traité de droit constitutionnel* : « Les cellules composantes d'un organisme sont soumises à la loi de cet organisme. Tout le monde le reconnaît, et la loi de cet organisme est celle qui préside à sa formation et à son développement. De même, les individus composant un groupement social sont soumis à la loi de ce groupement, loi qui préside à sa formation et à son développement. L'une et l'autre de ces lois sont des lois de coordination. La loi de l'organisme, nous ne l'appelons pas norme, parce que nous ne pouvons pas affirmer que les cellules composantes soient conscientes ; la loi d'un groupement social nous l'appelons norme, parce que les individus qui en sont membres agissent consciemment, veulent une chose qu'ils ont en vue et en vertu d'un motif dont ils ont conscience. Mais à part cette différence, il n'y en a aucune entre la loi d'un organisme vivant et la loi d'une société humaine ; et si l'on admet que la loi biologique est fondée sur le fait que constitue cet organisme, on ne voit pas pourquoi la norme sociale ne serait pas elle aussi fondée sur le fait qu'est la société » (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, pp. 78-79).

¹⁵⁸¹ *Leçons de droit public*, *cit.*, pp. 34-35.

construction juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle est la synthèse des faits réels ; ou si l'on veut, une formule juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle exprime en langage abstrait une réalité sociale, fondement d'une règle de conduite ou d'une institution politique »¹⁵⁸². Cette démarche est également latente lorsque dans le *Traité de droit constitutionnel* l'auteur soutient qu'« en parlant de norme sociale, j'ai en vue uniquement le rapport existant entre l'individu et le groupement social dont il fait partie, groupement social dont tous les éléments sont l'objet d'une constatation directe par l'observation et dont le rapport entre les individus et le groupe est un élément. D'une situation concrète complexe je détache un élément pour l'observer et l'exprimer isolément. Procédé essentiellement légitime et d'une méthode impeccable, procédé indispensable pour l'analyse scientifique, procédé qui ne ressemble en rien à l'affirmation d'un concept *a priori* »¹⁵⁸³.

Au demeurant, la démarche positiviste et empiriste proposée dans *Le droit constitutionnel et la sociologie* comporte la distinction entre la science et l'art : « la science détermine les lois nécessaires qui régissent les phénomènes », tandis que « l'art est un ensemble de procédés tendant à atteindre un but donné »¹⁵⁸⁴. Malgré cette différence, pour Duguit tout art correspond à une science et, dans le cas du droit, à la science du droit correspond l'art juridique ou législation. Ceci est la prémisse de la formulation par cet auteur de la subordination de la législation aux conditions sociales, qui évoque la théorie du miroir¹⁵⁸⁵ : « les lois positives portées par le législateur doivent être conformes aux lois sociologiques, et à l'état social pour lequel elles sont faites, lois et état que détermine la science juridique. Il n'y a pas de loi positive bonne ou mauvaise en soi ; il y a seulement des lois conformes ou non à l'état social »¹⁵⁸⁶. Ce déterminisme social sur le droit laisserait une marge très étroite à l'éventuelle réception dans un pays d'une loi promulguée dans un autre pays. Duguit arrive même à soutenir qu'« il n'y a pas plus de droit politique absolu et universel, que de droit civil absolu et universel, qu'il n'y a de bons gouvernements, que ceux qui sont le produit du développement social et répondent aux traditions, aux mœurs, aux aspirations et aux besoins du pays »¹⁵⁸⁷. Cependant, dans ses ouvrages postérieurs il reconnaît la présence dans toutes les sociétés humaines des règles de conduite, des normes

¹⁵⁸² *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., cit., p. 29. Selon E. Pisier, « l'apport le plus indiscutable de Duguit à la science du Droit » est « cette démarche réaliste au nom de laquelle il entreprend la critique systématique des concepts juridiques les mieux établis » (PISIER, É., *op. cit.*, p. 31).

¹⁵⁸³ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 73. Dans un style plus polémique qui, comme l'on sait (*supra* n. 1517), n'est pas rare dans les écrits de Duguit, il affirme que les objections qui ont été dirigées contre sa doctrine constitutionnelle « sont inspirées par la persistance de l'emprise métaphysique et religieuse dont mes contradicteurs ne parviennent pas à s'affranchir. Ils me diront, je le sais bien, que je m'en tiens à un scientisme désuet, qu'il n'est plus permis aujourd'hui, dans un ordre quelconque de connaissances humaines, d'écarter le mystère, l'au-delà et même le surnaturel. Peu m'importe. Devrais-je passer pour tout à fait démodé, l'intuitionnisme d'un Bergson, l'immanentisme d'un Blondel, le mysticisme d'un Hauriou, me laissent totalement indifférent. J'admire leur talent ; j'aime les sonorités poétiques de la philosophie bergsonienne ; je m'incline devant l'obscurité transcendante de Blondel et d'Hauriou ; mais je persiste à penser qu'on ne peut arriver à la connaissance de la petite part de réalité qu'il nous est permis d'atteindre que par l'observation directe des faits qui tombent sous la prise des sens. Tout le reste c'est de l'imagination, du mysticisme, du sentiment, de la poésie, ce n'est pas de la connaissance du réel » (*ibidem*, p. 77).

¹⁵⁸⁴ *Le droit constitutionnel et la sociologie*, cit., pp. 20-21.

¹⁵⁸⁵ Voir *supra* p. 189.

¹⁵⁸⁶ *Le droit constitutionnel et la sociologie*, cit., p. 21.

¹⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 22.

sociales qui, comme on l'a déjà indiqué, se dégagent directement du fait de la solidarité : « on ne trouvera pas un groupement humain qui n'ait cette notion d'une règle de conduite, s'imposant à l'homme, précisément parce que l'homme vit avec d'autres hommes »¹⁵⁸⁸ ; plus encore, « elle subsistera tant qu'il y aura des hommes, infiniment changeante dans son application, mais immuable dans son principe générateur »¹⁵⁸⁹. Rien ne s'oppose alors à l'éventualité que plusieurs sociétés qui ont atteint la même forme de solidarité -et, par conséquent, disposent des normes sociales similaire- puissent partager les mêmes lois positives, sorte d'« application » des normes sociales, et les emprunter les unes aux autres. Bien que Duguit ne pose pas explicitement cette hypothèse, dans certaines parties de son œuvre il mentionne quelques cas de circulation ou de greffe des normes et institutions juridiques, étant lui-même l'un des introducteurs de la doctrine allemande du tournant du XX^e siècle en France, quoiqu'il en refuse plusieurs éléments¹⁵⁹⁰. Il le fait, par exemple, lorsqu'il souligne la réception du régime parlementaire anglais dans quelques États en Europe¹⁵⁹¹, la diffusion du suffrage universel dans plusieurs pays¹⁵⁹² ou les controverses que provoque en France le modèle d'exception d'inconstitutionnalité des États-Unis¹⁵⁹³. De plus, il ne faut pas oublier que Duguit lui-même s'efforce de propager sa doctrine et part pour donner des conférences à de nombreuses universités, parmi lesquelles l'Université de

¹⁵⁸⁸ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 85.

¹⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 87.

¹⁵⁹⁰ Comme J.-M. Blanquer, et M. Milet l'expliquent, la critique de la doctrine allemande « s'accompagne de multiples emprunts, et de nombreux points d'accord concédés par l'auteur. Duguit est fasciné par certaines constructions qu'il reprend à son compte. L'idée selon laquelle l'État est le produit historique de la différence entre les forts et les faibles a ainsi pu être empruntée à L. von Stein » (BLANQUER, J.-M., MILET, M., *op. cit.*, p. 132). On peut alors affirmer que le « programme-Duguit » « s'explique particulièrement par le rapport complexe et ambivalent – un rapport très fort d'amour-haine – que Duguit entretient avec les Allemands », en particulier avec le « programme allemand inaugural de la science moderne du droit public et dont les noms éponymes sont Carl Friedrich Gerber et Paul Laband, Otto Mayer et Goerg Jellinek » (JOUANJAN, Olivier, « Duguit et les Allemands », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 200-201). Sur ce sujet voir également : ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 43 ; BONNARD, R., *Léon Duguit, ses œuvres, sa doctrine*, cit., p. 14.

¹⁵⁹¹ De fait, il ne remarque pas seulement ce fait mais aussi les adaptations que le parlementarisme a expérimentées lors de sa réception : « Le régime juridique, le plus propre à assurer l'équilibre par la collaboration de tous les éléments de puissance politique existant dans un pays donné, est celui communément appelé régime parlementaire. Il s'est élaboré spontanément en Angleterre pour assurer la collaboration et l'équilibre des trois éléments de puissance politique : monarchie, aristocratie, démocratie, existant dans ce pays. On a voulu le transporter sur le continent, et souvent il a été profondément modifié, parce que dans les pays où il était importé n'existait point la situation en vue de laquelle il s'est formé » (*Traité de droit constitutionnel*, tome II, cit., p. 541 ; voir dans le même sens : *ibidem*, p. 805).

¹⁵⁹² Dans un passage de *L'État, le droit objectif et la loi positive* où il assume une posture sceptique face à l'extension du suffrage – étant donné que la théorie de la souveraineté collective ou nationale, qu'il critique, prétend à se renforcer à cause de cette transformation – Duguit reconnaît que « la tendance générale de tous les pays est assurément l'extension du droit électoral et l'établissement du suffrage universel : en Allemagne pour le Reichstag, en Espagne, en Suisse, dans les États de l'Amérique du Nord, on pratique le suffrage universel ; la Belgique en a formulé le principe, en le mitigeant par le vote plural et la représentation proportionnelle ; l'Angleterre, depuis 1884, a presque le suffrage universel ; et tous les autres pays l'adopteront certainement, dans un avenir prochain ». Duguit affirme même que la France en est un modèle, car ce « pays est depuis longtemps le promoteur des transformations politiques et sociales » (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 254).

¹⁵⁹³ De fait, pour Duguit « le meilleur et le plus simple des systèmes tendant à sanctionner les principes constitutionnels me paraît être celui qui est pratiqué aux États-Unis, dans quelques autres pays et que la doctrine travaille à faire adopter en France » (*Leçons de droit public général*, cit., p. 288).

Buenos Aires en Argentine¹⁵⁹⁴, de Columbia à New York¹⁵⁹⁵, de Madrid en Espagne, de Coïmbre et de Lisbonne en Portugal¹⁵⁹⁶. Il a également été le fondateur de la Faculté de droit de l'Université du Caire¹⁵⁹⁷. Dès lors, on a pu dire de lui que « ce grand provincial était aussi un grand voyageur, ou plus exactement, “ un missionnaire ”, dans toute l'acception du terme »¹⁵⁹⁸.

C. La soumission de l'État au droit et le rôle de la constitution

L'objectivisme juridique permet à Duguit d'atteindre le propos principal de sa doctrine : justifier la soumission de l'État au droit¹⁵⁹⁹. Il conteste ainsi toutes les versions de la théorie de la souveraineté (Duguit identifie la théocratique et la démocratique¹⁶⁰⁰), sans recourir aux arguments de type jusnaturaliste ou à des théories comme celle de l'autolimitation de l'État. Le caractère objectif du droit qui s'impose à l'État s'explique par le fait que son existence ne dépend pas d'une volonté quelconque, mais immédiatement de la solidarité sociale, réalité évidente que pour lui personne ne peut nier. Ce que Duguit appelle « règle de conduite » ou « règle de droit », dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*¹⁶⁰¹ et dans

¹⁵⁹⁴ Les conférences prononcées à Buenos Aires aux mois d'août et de septembre 1911 en ont été publiées sous le titre *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (cit.). Il convient de souligner que comme Duguit était considéré un spécialiste du droit administratif et constitutionnel, « sans doute a-t-il pensé qu'il était plus sage de s'aventurer en terre privatiste en d'autres contrées » (BLANQUER, J.-M., MILET, M., *op. cit.*, 214). De surcroît, à la suite de son voyage en Argentine Duguit est également allé au Chili (GILBERT, Simon, « Présentation », in DUGUIT, L., *Le pragmatisme juridique*, cit., p. 10).

¹⁵⁹⁵ Les leçons faites à l'Université de Columbia à New York pendant les mois de décembre 1920, de janvier et de février 1921 ont paru avec le titre *Souveraineté et liberté* (cit.).

¹⁵⁹⁶ Ces conférences données en Espagne et en Portugal en 1923 sont réunies sous la forme d'un livre dont la version française est intitulée *Le pragmatisme juridique* (trad. Simon Gilbert, cit.).

¹⁵⁹⁷ Le récit que sur son expérience à l'Université du Caire Duguit présente dans la préface de *Leçons de droit public général* (livre qui recueille les conférences que le professeur bordelais y a prononcées) est un bon exemple des obstacles qui doit surmonter le projet d'introduction d'un modèle d'enseignement juridique d'origine français dans un pays étranger et, en général, des difficultés qui rencontre tout projet de greffe juridique de cette portée. Bien que les autorités égyptiennes aient « adopté la plupart des principes qui ont inspiré l'organisation des universités françaises et qui sont [...] la condition indispensable pour qu'il y ait une véritable université » (*Leçons de droit public général*, cit., p. 10), après son départ Duguit a appris que ce modèle « paraissait avoir été abandonné ou du moins momentanément écarté » (*ibidem*, p. 19). Il est possible de penser que le professeur bordelais n'a pas fait beaucoup d'attention au contexte d'application de ses propositions et aux difficultés pour leur assimilation (ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 62). C'est ainsi que A. J. Boyé signale qu'« au cours d'un entretien, après la mort de Duguit, le roi [Fouad d'Égypte] nous dit à peu près ceci : “ Certes le doyen Duguit n'a peut-être pas été très bien inspiré, quand il est venu présenter ici sa critique de la notion de souveraineté, alors que nous venions d'obtenir la consécration d'une souveraineté toute neuve ” » (BOYÉ, A. J., « Souvenirs personnels sur Léon Duguit », cit., p. 125).

¹⁵⁹⁸ *Loc. cit.*

¹⁵⁹⁹ Selon M. Waline, le « problème central qui, pour Duguit, était le problème capital du Droit, le seul, à vrai dire, qui ait réellement captivé son attention et “ centré ” toute son activité juridique » était « le problème de la limitation des gouvernants par le Droit » (WALINE, M., « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », cit., n° 16, 1929, p. 387 ; voir aussi : BONNARD, R., « La doctrine de Duguit sur le droit et l'État », cit., p. 18 ; FONBAUSTIER, L., « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », cit., p. 1057 ; PINON, S., « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », cit., p. 534). Pour sa part, E. Pisier identifie un autre objet d'intérêt de Duguit et l'articule avec celui-ci : « On peut ainsi grossièrement ramener la doctrine de Duguit à deux ordres de préoccupations : l'une, méthodologique, consiste à établir les fondements sociologiques du Droit ; l'autre, plus juridique, consiste à assurer la limitation juridique de l'État » (PISIER, É., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, cit., p. 13).

¹⁶⁰⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 557.

¹⁶⁰¹ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., pp. 10, 16, 81-82.

*Manuel de droit constitutionnel*¹⁶⁰², ou encore « norme sociale » dans *Traité de droit constitutionnel*¹⁶⁰³, est « née de la solidarité sociale, ce modèle sur cette solidarité et nous apparaît avec les mêmes caractères »¹⁶⁰⁴. De cette façon est déterminé un droit objectif qui régit tous les membres d'une communauté, indépendamment de leur situation face au pouvoir public, qu'ils soient des gouvernants ou des gouvernés¹⁶⁰⁵. « Si [...] cette règle de conduite – soutient Duguit – est la règle de droit, le droit objectif, on comprend comment, dans notre pensée, les pouvoirs et les devoirs positifs et négatifs de l'autorité politique sont déterminés par ce droit objectif »¹⁶⁰⁶. Mieux même, comme le droit objectif et la loi positive ont les mêmes caractéristiques¹⁶⁰⁷, celle-ci s'impose aussi aux autorités étatiques, de sorte que « la loi est obligatoire pour tous, tant qu'elle existe, pour les gouvernants et pour les gouvernés, ou suivant la terminologie habituelle, pour l'État et les sujets. C'est l'idée qu'on exprime souvent en disant que la loi est impérative. Pour nous, la loi est impérative parce qu'elle est la constatation de la règle de droit, et que par sa nature, par son fondement, la règle de droit est impérative »¹⁶⁰⁸. Sur ces bases Duguit pose la notion d'État de droit et énonce ses deux dimensions : que l'État est lié par le droit signifie, d'une part, que dans son rôle de législateur il est obligé par le droit de faire certaines lois et de ne pas faire d'autres ; cela signifie, d'autre part, que l'État ayant promulgué une loi, tant que cette loi subsiste, il est lié par cette loi et bien qu'il peut la modifier ou l'abroger, pendant qu'elle existe, l'État est obligé lui-même de l'obéir comme les sont ses sujets¹⁶⁰⁹. En d'autres termes, le

¹⁶⁰² *Manuel de droit constitutionnel*, cit., p. 10.

¹⁶⁰³ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 65.

¹⁶⁰⁴ *Manuel de droit constitutionnel*, cit., p. 10. De là, il est possible de percevoir « la caracterización empírica de los límites (de la entidad que albergan los límites) al ejercicio del poder que ya no podrán ser límites meramente deseables, que se estima conveniente establecer, sino, muy al contrario, límites que vienen ya establecidos por la propia realidad de los hechos » (ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 105). Par conséquent, pour Duguit le contrôle aux gouvernants n'est pas seulement à caractère juridique et institutionnel, mais il montre aussi une dimension sociale, de sorte qu'il ouvre la voie aux « contre-pouvoirs sociaux » (PINON, S., « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », cit., p. 85).

¹⁶⁰⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., pp. 685-686. À cet égard, Duguit a donc voulu « bâtir une théorie de l'État qui soit en mesure de prendre en compte l'égalité principielle entre les gouvernants et les gouvernés » et – comme on le remarquera ci-dessous – « l'avènement de la démocratie comme force politique et comme principe de légitimité » (BEAUD, Olivier, « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 50-51).

¹⁶⁰⁶ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 98.

¹⁶⁰⁷ Voir *supra* n. 1546.

¹⁶⁰⁸ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 539.

¹⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 31. Cependant, le propos de Duguit de soumettre l'État au droit peut être difficile à concilier avec la méthode positiviste d'analyse des réalités juridiques. Deux aspects de la doctrine duguiste entreraient donc en contradiction : « De un lado, su empeño en preservar el método jurídico de cualquier tentación metafísica ajustándose a los parámetros de la experimentalidad y la verificación empírica que preconizaba el positivismo filosófico. De otro, su pretensión de limitar los poderes de quien de hecho detenta la fuerza en el grupo social compeliéndole a actuar conforme al principio concreto que contempla la regla jurídica » (ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 421). Or, Duguit arrive à affirmer que la limitation du pouvoir de l'État est un postulat qui s'impose par lui-même, quelle que soit la conclusion que l'on tire de l'observation des faits : « Si cette limitation n'existe pas, l'État peut tout faire et dès lors il est soustrait à toute règle de droit. Pour qu'il y soit soumis, il faut une règle supérieure à lui, une règle qui détermine le domaine de son action [...]. Cette règle existe, il faut qu'elle existe et c'est le cas de dire que si elle n'existait pas il faudrait l'inventer. Peu importe le fondement, qu'on lui donne. Il faut qu'elle existe, car si elle n'existait pas, il n'y aurait aucune sécurité pour les personnes, l'État serait une force et seulement une force, et il n'y aurait aucune garantie pour les individus contre l'arbitraire du pouvoir. Sans doute, on peut discuter le fondement de cette règle. Je suis le premier à reconnaître que toutes les doctrines proposées peuvent rencontrer des objections. Mais peu

professeur bordelais propose une théorie de l'État qui est doublement normative : premièrement, « au sens axiologique », car il entend « limiter le pouvoir de l'État au moyen du droit », d'un droit conçu comme une règle sociale mais aussi comme un droit idéal ; deuxièmement « au sens juridique », puisqu'il reconstruit une théorie de l'État (et du droit constitutionnel) « en partant de la notion de règle de droit et des fonctions de l'État, le point de jonction entre elles étant la notion de acte juridique »¹⁶¹⁰.

Néanmoins, la critique de la notion de souveraineté ne signifie pas que le professeur bordelais refuse par principe la démocratie. « La doctrine de Duguit “ désacralise ” un certain nombre de principes démocratiques, mais il ne va pas jusqu'à les “ répudier ” »¹⁶¹¹. Ceci d'autant plus qu'il n'oublie pas « le phénomène de l'extension démocratique », qui « a pour conséquence de faire du nombre le facteur principal de la plus grande force dans la société. Un pays est démocratique quand les plus forts sont ceux qui sont mathématiquement les plus nombreux »¹⁶¹². Or, pour lui cette notion de démocratie ne se réalise pas seulement par le suffrage universel¹⁶¹³ mais surtout par le régime parlementaire, dans la mesure où celui-ci garantit le principe représentatif qui renforce le lien de solidarité. Ce régime permet aux élus et aux électeurs de faire leurs apports respectifs à la solidarité : « les uns fournissent l'accomplissement des fonctions étatiques, les autres la plus grande force ; d'où entre eux une intime solidarité par division du travail »¹⁶¹⁴. Cette notion solidariste de la participation politique et la manière dont Duguit conçoit l'existence du droit objectif « conduit inévitablement à une démocratie existentielle. L'autorité qualifiée pour exprimer le droit positif, les valeurs sociales, est le nombre le plus élevé possible d'individus, et à la limite idéale : l'unanimité [...] »¹⁶¹⁵. Il est alors possible de dire que « son

importe, même si nous ne pouvons lui assigner un fondement solide, il faut l'affirmer comme un postulat indispensable, comme le primat même de toute civilisation » (*Leçons de droit public général, cit.*, pp. 253-254). Néanmoins, il serait possible de justifier empiriquement la plus grande capacité des gouvernants, par la position qu'ils occupent, de provoquer un dommage aux membres d'une communauté, ce qui justifie la limitation juridique de leur pouvoir. « La identificación del derecho como un instrumento que hace posible la convivencia sobre la base de la limitación de la libertad de los individuos, en particular de la de quienes por disponer de una mayor fuerza están en mejores condiciones de competir en una sociedad sin reglas, no puede precisamente decirse que resulte ajena a la observación experimental, porque es un hecho comprobado que los individuos ven limitada su acción por el derecho » (ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 432).

¹⁶¹⁰ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 42-43.

¹⁶¹¹ PISIER, É., *op. cit.*, p. 137.

¹⁶¹² *L'État, les gouvernants et les agents, cit.*, p. 217.

¹⁶¹³ De fait, Duguit montre en principe un scepticisme politique à l'égard du suffrage universel. « Au détour des développements de sa pensée, Duguit prend surtout position très nettement contre un droit de suffrage égalitaire. Il prône ouvertement le vote plural qui instaure une inégalité dans le poids du vote des citoyens. Loin d'être un moderne, sous cet angle, il demeure un bourgeois du siècle passé » (BLANQUER, J.-M., MILET, M., *L'Invention de l'État, cit.*, p. 137). Cependant, « la position de Duguit, sur ce point, évoluera et il fera plus tard appel à ces garanties politiques pour lesquelles il affiche, jusqu'à la première guerre du moins, un certain mépris » (PISIER, É., *op. cit.*, p. 247). En effet, « après 1914, Léon Duguit ne va plus directement condamner le suffrage universel égalitaire. [...] Pourtant, il ne s'agit pas d'une conversion. Jamais dans ses écrits, il ne va aller jusqu'à louer l'égalité du droit de vote » (BLANQUER, J.-M., MILET, M., « Les idées politiques de Léon Duguit », *cit.*, p. 23).

¹⁶¹⁴ *L'État, les gouvernants et les agents, cit.*, p. 219. De fait, l'essentiel de la réflexion constitutionnelle de Duguit se développe dans le cadre du régime parlementaire. Or, « cette concession faite aux institutions républicaines ne l'empêche pas d'en proposer de fortes améliorations. Elles prennent toutes appui sur le point nodal de ses travaux : limiter l'État et les gouvernants par le droit » (PINON, S., « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *cit.*, p. 539).

¹⁶¹⁵ CINTURA, P., *op. cit.*, p. 166. Comme l'indique S. Pinon, « le “ nombre ”, tant redouté dans sa critique de la démocratie, retrouverait là, au moment de la lecture de la règle sociale applicable, une sorte

analyse est fondé sur l'unanimité sociale plutôt que sur la majorité politique », au point qu'il y aurait chez Duguit « un véritable évitement, voire contournement, de la problématique démocratique. Entre son souci de liberté juridique protégée, notamment par la soumission de l'État, c'est-à-dire les gouvernants, au Droit, et la genèse sociale de la norme solidariste, les choses se passent, semble-t-il, de façon relativement diffuse et spontanée, grâce à la “convergence massive des consciences individuelles”, aidées par le législateur et surtout par les juristes. Le Droit assume ici une bonne partie de ce qui, ailleurs, appartiendrait à la politique »¹⁶¹⁶.

Par ailleurs, la soumission de l'État au droit justifie pour Duguit la portée du droit public : « Existe-t-il une règle de droit supérieure à l'État qui lui interdise de faire certaines choses et l'oblige à en faire certaines autres ? Telle est la question fondamentale du droit public. Si l'on y répond non, il n'y a pas de droit public, puisque aucun acte ni aucune abstention de l'État ne sera contraire au droit »¹⁶¹⁷. Par conséquent, « le droit public est l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent à l'État et, dans notre doctrine, aux gouvernants et à leurs agents, dans leurs rapports entre eux et avec les particuliers. C'est d'un mot le droit objectif de l'État, le *Staatsrecht* des Allemands »¹⁶¹⁸. Cette notion soulève la question du rôle de la constitution dans cet ensemble de règles. Comme l'on sait, pour Duguit lorsqu'une loi est promulguée, le législateur ne fait que constater le droit objectif, la règle de droit qu'il est obligé de formuler et de mettre en œuvre. Cette constatation peut s'accomplir au moyen de deux catégories de lois : les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Cette distinction « est purement formelle. Elle se réduit à ceci qu'il y a certaines lois qui sont faites en une forme particulière, par un organe spécial, et qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées par le législateur ordinaire. Habituellement ces lois constitutionnelles contiennent des dispositions sur les obligations générales de l'État, sur l'organisation politique. Mais l'objet de ces lois importe peu ; leur caractère particulier tient uniquement au caractère de l'organe qui les fait »¹⁶¹⁹. Le plus important est donc que « ces règles s'imposent au législateur ordinaire ; elles ne peuvent être ni abrogées, ni modifiées par lui ; elles ne peuvent l'être que dans des conditions particulières qu'elles déterminent elles-mêmes »¹⁶²⁰. Or, du pont de vue substantif, elles intègrent aussi la partie du droit public interne (par opposition au droit public externe ou droit international public¹⁶²¹) qui est couramment appelée « droit constitutionnel »¹⁶²², règles qui « s'appliquent à l'État pris en

d'infailibilité, une sorte d'unanimisme dans l'intuition du vrai et du faux, du devoir collectif » (PINON, S., « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *cit.*, pp. 78-79).

¹⁶¹⁶ MILACIC, S., « Léon Duguit entre modernité et actualité », *cit.*, p. 51.

¹⁶¹⁷ DUGUIT, L., « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *cit.*, p. 174.

¹⁶¹⁸ *Manuel de droit constitutionnel*, *cit.*, p. 35 ; voir également : *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, pp. 702-703.

¹⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶²⁰ *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., tome III, *cit.*, pp. 554-555.

¹⁶²¹ Sur ce point voir: GUGGENHEIM, Paul, « Duguit et le droit international public », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, p. 221-228 ; POLITIS, Nicolas, « L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 69-81 ; SCHELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit de gens », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 83-119.

¹⁶²² Duguit n'accepte pas volontiers l'expression « droit constitutionnel », car elle prête à confondre les lois constitutionnelles en un sens large ou substantif et les lois constitutionnelles en un sens strict ou formel.

lui-même, qui déterminent les obligations qui s'imposent à lui, les pouvoirs dont il est titulaire et aussi son organisation intérieure »¹⁶²³. Par conséquent, comme l'explique O. Beaud, « l'acception donnée par Duguit à ce terme de droit constitutionnel suppose justement de le comprendre dans un sens très large que l'on peut résumer en disant qu'il s'agit, en réalité, d'une théorie générale d'État ou du droit public général »¹⁶²⁴.

Cependant, pour Duguit le problème le plus redoutable est celui de savoir « quelle sera la sanction de cette limitation » juridique, c'est-à-dire déterminer si « peut-il y en avoir, puisque l'État, par définition, détient le monopole de la puissance de contrainte dans un pays donné, et que s'il viole le droit, il ne peut pas exercer cette force contre lui-même pour assurer une répression »¹⁶²⁵. Pour que la soumission de l'État au droit ne se réduise pas à une « formule d'école et rien de plus », il faut en trouver une « parce qu'il n'y a pas de droit sans une sanction matérielle »¹⁶²⁶. Or, avant d'évoquer ce type de sanction, Duguit propose une « sanction préventive », c'est-à-dire « des mesures de nature à réduire au minimum le danger d'une atteinte au droit par l'État »¹⁶²⁷. Il s'agit principalement de dresser certaine forme d'organisation interne des pouvoirs publics. Parmi les alternatives qui à cet égard se sont développées, Duguit considère que « le mécanisme politique, savant et compliqué qu'est le régime parlementaire » est encore « le meilleur système qu'on ait trouvé pour atteindre le but de « protéger l'individu contre l'omnipotence de l'État », « en le conciliant avec la bonne gestion des affaires publiques »¹⁶²⁸. De toute façon, il avertit que « on ne se contente plus, contre l'arbitraire de l'État, de garanties préventives ; il faut encore, si je puis ainsi parler, des garanties répressives »¹⁶²⁹. La plus extrême de toutes est le droit, voire le

« Cependant elle passe de plus en plus dans l'usage, et pour nous y conformer c'est le titre que nous avons donné à ce livre, qui est exclusivement consacré à l'étude de cette première partie du droit public » (*Manuel de droit constitutionnel*, cit., p. 39 ; voir aussi, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 702.). L'autre partie du droit public est celle dont les règles « s'appliquent à l'activité extérieure des gouvernants et de leurs agents. [...] Étant donnée la vaste étendue de cette partie du droit public, il est nécessaire d'y faire une subdivision. Celle qui nous paraît la plus logique se rattache à la distinction des deux fonctions de l'État, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. [...] A l'exercice de la fonction administrative correspond le droit administratif, comprenant l'ensemble des règles s'appliquant aux effets des actes administratifs et aussi au fonctionnement des services publics » (*Manuel de droit constitutionnel*, cit., pp. 39-40).

¹⁶²³ *Manuel de droit constitutionnel*, cit., p. 38.

¹⁶²⁴ BEAUD, O., *op. cit.*, p. 37.

¹⁶²⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome III, cit., p. 549.

¹⁶²⁶ *Loc. cit.*

¹⁶²⁷ *Ibidem*, p. 550.

¹⁶²⁸ *Ibidem*, p. 551. « De là – insiste Duguit – naît pour l'État une obligation rigoureuse, l'obligation d'organiser les pouvoirs politiques de manière à réduire au minimum le danger que les gouvernants prennent des décisions arbitraires, fassent des lois contraires au droit, ordonnent ou permettent des actes individuels contraires aux lois. On va étudier, au tome IV de cet ouvrage, comment l'État français a rempli cette obligation qui s'impose à tout État » (*ibidem*, p. 750). En effet, il procédera de cette manière dans ce tome du *Traité de droit constitutionnel*, « y évoquant d'abord le corps électoral, puis le parlement et enfin le gouvernement » (MELLERAY, Fabrice, « Léon Duguit. L'État détrôné », cit., p. 232). Il convient aussi de rappeler, comme le fait O. Beaud, qu'une autre modalité technique d'organisation interne des pouvoirs publics qui garantit la soumission de l'État au droit est la distinction juridique entre « gouvernants » et « agents », de sorte que les compétences des seconds ne soient pas exercées par les premiers (BEAUD, O., *op. cit.*, p. 52). Ceci d'autant que les gouvernants sont chargés de « formuler la règle générale de droit [...], d'une manière générale et abstraite, sans considération d'espèce ou de personne », tandis que les seconds ont pour mission de « créer des situations juridiques subjectives » (*L'État, les gouvernants et les agents*, cit., pp. 363-364).

¹⁶²⁹ *Souveraineté et liberté*, cit., p. 199.

devoir, qu'ont les gouvernés de résister à l'oppression¹⁶³⁰, garantie dont la formulation par Duguit a fait que l'on le considère comme un « anarchiste de la chaire »¹⁶³¹. Il a pourtant « sinon modifié à tout le moins tempéré sa doctrine sur la résistance à l'oppression dans ses derniers écrits »¹⁶³². Ceci est évident lorsque dans le *Traité de droit constitutionnel* l'on lit que « le droit à l'insurrection, incontestable en théorie, est en fait dépourvu d'efficacité. La loi constitutionnelle d'un pays ne peut le reconnaître sans jeter dans ce pays un ferment d'anarchie »¹⁶³³.

L'application du droit aux autorités étatiques ou, comme l'appelle Duguit, le « principe de légalité » peut alors être garanti d'une autre manière, qui suppose, à son tour, la reconnaissance d'un rôle majeur aux juges : « Dans tout pays civilisé, vivant sous un régime de droit, il faut qu'il y ait des juridictions fortement organisées, composées d'hommes compétents et absolument indépendants du pouvoir politique ; il faut que les décisions prises par ces juridictions, soient reconnues comme s'imposant également au respect des gouvernants et des gouvernés »¹⁶³⁴. Or, la garantie juridictionnelle ne semble avoir de sens que dans le cas où le droit objectif a été constaté par la loi positive, ce qui paraît être le cas lorsque Duguit affirme que « les juges ne sont que des interprètes ; ils ont mis au jour une règle de droit, il est vrai ; mais cette règle est antérieure à leurs décisions ; elle s'imposait à eux ; elle tire sa force obligatoire, non pas de la formule répétée par le juge, mais des consciences individuelles plus ou moins obscures dans lesquelles elle s'est élaborée »¹⁶³⁵. Si l'on part de cette prémisse, la seule garantie du droit objectif que l'on peut trouver serait le droit de résister à l'application d'une loi qui lui soit contraire. Toutefois, comme dans l'évolution générale des sociétés politiques la plupart de celles-ci sont arrivées à la « période

¹⁶³⁰ « Il n'y aura de véritable sanction aux devoirs de l'État – remarque Duguit –, que si on va jusque-là, jusqu'au droit à l'insurrection. Tout gouvernement, quel qu'il soit, qui emploie la force dont il dispose contre le droit, est un gouvernement oppresseur ; et les gouvernés opprimés ont le devoir et le pouvoir juridiques de le renverser même par la force » (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 312).

¹⁶³¹ M. Hauriou utilise cette expression pour distinguer la pensée de Duguit (HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, cit., p. 79). Dans le même sens, Léon Michoud soutient qu'il est à peine besoin de montrer le « danger social » d'une théorie qui « reconnaît en principe le droit pour chacun, non seulement d'examiner la conformité au droit de la volonté gouvernante, mais aussi d'employer la force – s'il le peut – pour faire prévaloir sur cette volonté sa volonté propre, lorsqu'il la juge plus conforme à la règle de droit. C'est là une théorie proprement anarchique que nous croyons incompatible avec les nécessités sociales » (MICHOD, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Première partie, Notion de personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1906, pp. 51-52). Pour sa part, A. Esmein considère que la théorie de l'État duguiste implique qu'« on retombe dans un système semblable à la anarchie féodale » (ESMEIN, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, cit., p. 45). Aux États-Unis J. M. Mathews a soutenu une opinion semblable sur la doctrine du professeur bordelais (MATHEWS, John M., « A Recent Development in Political Theory », *Political Science Quarterly*, vol. 24, n° 2, 1909, p. 292-293). Malgré la véhémence de ces critiques, Duguit accepte le qualificatif : « Anarchiste si l'on veut ; je n'ai pas peur des mots. Anarchiste ma doctrine ; j'accepte l'épithète et je maintiens la doctrine si elle peut contribuer à débarrasser une fois pour toutes la science juridique des concepts métaphysiques qui l'encombrent encore. Anarchiste, si l'on veut, ma doctrine, si elle peut arriver mieux que toute autre à limiter juridiquement le pouvoir de l'État et à fonder véritablement une règle de droit déterminant le sens et l'étendue des actes gouvernementaux » (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 654). Voir sur ce point : TASSITSCH, Georg, « Die Theorie des sozialen Rechtes des Prof. Léon Duguit als Anarchismus », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 21, 1927-1928, pp. 424-433.

¹⁶³² MELLERAY, F., op. cit., p. 233.

¹⁶³³ *Traité de droit constitutionnel*, tome III, cit., pp. 549-550.

¹⁶³⁴ *Ibidem*, p. 553.

¹⁶³⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 164.

législative », où « la plus grande partie des règles de droit sont constatées par des lois positives »¹⁶³⁶ (Duguit arrive à poser une sorte de présomption de conformité de ces dernières à la première¹⁶³⁷), les lois constitutionnelles pourraient servir de critère pour déterminer la correspondance de la loi positive au droit objectif. Duguit discerne ainsi un argument pour soutenir le contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire par voie d'exception, bien qu'il l'ait refusé dans un premier temps. C'est dans *Les transformations du Droit public* de 1913 qu'il commence à changer d'opinion en reconnaissant que vu que la doctrine et la jurisprudence européennes ont « une tendance très nette à admettre l'exception d'inconstitutionnalité », la seule conséquence envisageable est que « la jurisprudence française sera certainement amenée, par la force de choses, dans un avenir prochain, à donner la même solution »¹⁶³⁸.

Au-delà du poids de l'influence, Duguit conclut que « pour que le système des déclarations des droits et des lois constitutionnelles rigides réalise une protection véritablement efficace de l'individu contre les violations possibles du droit de la part de l'État, il faut [...] que dans le pays existent des juridictions éclairées, indépendantes et impartiales ; il faut qu'on leur reconnaisse compétence pour refuser d'appliquer une loi qu'elles jugent contraire aux principes de la déclaration des droits ou aux dispositions de la constitution. Il faut, en d'autres termes, que devant toutes les juridictions soit recevable l'exception dite d'inconstitutionnalité »¹⁶³⁹. Bien qu'il n'accepte pas le contrôle par voie

¹⁶³⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome III, *cit.*, p. 551.

¹⁶³⁷ PISIER, É., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, *cit.*, p. 135. En effet, dans ses *Leçons de droit public* Duguit soutient que « si le droit objectif est l'ensemble des règles de droit existant à un moment dans un pays donné, indépendamment des lois positives nationales, il n'en est pas moins vrai qu'aujourd'hui en fait, avec le développement qu'ont acquis les lois écrites, dans les nations civilisées, il y a correspondance à peu près exacte entre le droit objectif et la législation positive de l'État considéré » (*Leçons de droit public*, *cit.*, pp. 46-47).

¹⁶³⁸ *Les transformations du Droit public*, *cit.*, p. 102. Dans son *Manuel de droit constitutionnel* Duguit reconnaît que sur ce point son opinion a évolué : « Dans les précédentes éditions de ce Manuel, nous avons enseigné à tort que, d'après les principes généraux de notre droit public, les tribunaux français ne pouvaient pas recevoir l'exception d'inconstitutionnalité [...]. Cette opinion, encore soutenue par beaucoup d'auteurs (cf. notamment Esmein [...]), est certainement erronée, et aujourd'hui très justement se manifeste dans la doctrine française une tendance marquée à la repousser » (*Manuel de droit constitutionnel*, *cit.*, pp. 305-306). Comme le souligne F. Melleray, « à mesure que Duguit a modéré sa doctrine sur le droit de résistance à l'oppression, il a développé son plaidoyer en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire, moyen assurément moins dangereux de faire respecter le droit objectif par les gouvernants » (MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 233 ; dans le même sens voir aussi BAUMERT, Renaud, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : aspects d'une conversion », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 163-164). C'est justement cet ajustement qui ne perçoit pas M. Peset Reig lorsqu'il affirme que pour Duguit les gouvernants ne trouvent pas d'autres limites que « la bonne volonté et quelques restes de doctrines antérieures, comme la représentation ou la guerre civile. La fait du pouvoir comme force réussit à peine à se limiter dans sa pensée, bien qu'il prétende le faire » (PESET REIG, Mariano, « Philosophie et science dans l'œuvre de Léon Duguit », *cit.*, p. 384). Sur l'évolution de l'opinion de Duguit concernant le contrôle de constitutionnalité des lois par le juge, voir : BAUMERT, R., *op. cit.*, pp. 155-157 ; PACTEAU, Bernard, « Duguit, la loi, le droit et le juge. Quant et comment Léon Duguit revendiquait la répression par le juge des lois contraires au droit », in BOCKEL, Alain (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Istanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, pp. 73-80 ; PISIER, É., *op. cit.*, pp. 205-210.

¹⁶³⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome III, *cit.*, p. 555. Comme on l'a déjà indiqué (voir *supra* p. 241), sur cette base Duguit considère que la Déclaration de droits de 1789 s'impose au législateur. Cependant, cette posture peut amener à une contradiction : « Chez Duguit, la défense de valeur de la "loi fondamentale" que conserverait la Déclaration s'accompagne ainsi d'une critique radicale des éléments centraux de la doctrine révolutionnaire, l'individualisme et la théorie de la souveraineté nationale considérés comme deux aspects d'une même doctrine (celle des droits subjectifs) radicalement incapable de fonder la valeur propre du droit,

d'action¹⁶⁴⁰, Duguit admet toutefois que les juges ont le pouvoir de dénier l'application d'une loi positive lorsqu'elle est en évidente contradiction avec ce droit objectif, car les lois constitutionnelles ne peuvent pas enfermer toutes les normes de droit objectif¹⁶⁴¹. Le sens de cet argument est remarquable parce que l'auteur écarte la théorie de la séparation des pouvoirs. « D'où l'originalité de sa position sur le contrôle de constitutionnalité, qui repose presque exclusivement sur une théorie de la hiérarchie des normes »¹⁶⁴², qui a ceci de particulier de se fonder sur une théorie objectiviste du droit¹⁶⁴³. De plus, à l'égard de cette posture, il est difficile de dire que la doctrine duguitienne reste « engoncée dans une

de traduire les exigences de la solidarité sociale ou même de limiter l'arbitraire des gouvernants » (RAYNAUD, Philippe, « Des droits de l'homme à l'État de droit : Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public », cit., p. 50).

¹⁶⁴⁰ Duguit exprime son scepticisme à l'égard du contrôle par voie d'action en ces termes : « Le système qui consiste à donner à une haute et impartiale juridiction, sans caractère politique, compétence pour apprécier les lois au point de vue du droit et pour annuler les lois contenant des atteintes au droit, semble au premier abord très séduisant. Cependant quand on y réfléchit, on hésite et on se demande si véritablement il y aurait là une heureuse institution. D'abord, comment serait composée cette haute juridiction et comment ses membres seraient-ils nommés ? [...] Supposons cependant que cette haute cour existe, comment serait-elle saisie ? Si elle ne peut être saisie que par le gouvernement, il est à craindre que celui-ci n'intervienne que pour faire disparaître une loi qui lui déplaît. Si la haute juridiction peut intervenir d'office et annuler spontanément toute loi pour inconstitutionnalité, elle devient un organe politique susceptible d'acquiescer une trop grande puissance dans l'État. Enfin si l'on permet à tout individu qui se prétend lésé par une loi inconstitutionnelle de s'adresser à cette juridiction, on peut redouter que l'œuvre législative ne soit elle-même complètement entravée. [...] Au reste, l'expérience qui a été faite en France même d'un *sénat conservateur*, chargé d'apprécier la constitutionnalité des lois sous le consulat, le premier et le second empire, paraît suffisante pour qu'on ne tente point de rétablir un pareil système (*Traité de droit constitutionnel*, tome III, cit., pp. 664-666). Or, ces affirmations n'impliquent nécessairement pas que « Duguit reste bien obsédé par la problématique du "gouvernement des juges" » (PISIER, Évelyne, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », in COLAS, Dominique, EMERI, Claude (dir.), *Droit, institutions et systèmes politiques : mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1988, p. 196). Ceci d'autant que Duguit et les autres juristes français de l'entre-deux-guerres voyaient dans le contrôle par voie d'action et dans le contrôle par voie d'exception « deux institutions nettement distinctes qui ne renvoyaient pas aux mêmes fins et dont les effets étaient diamétralement opposés », de sorte que ils pouvaient « approuver l'exception d'inconstitutionnalité "à l'américaine" et rejeter violemment le contrôle centralisé qui [leur] paraît un détestable reliquat bonapartiste » (BAUMERT, R., *op. cit.*, p. 171).

¹⁶⁴¹ C'est ce qu'il assure dans le *Traité de droit constitutionnel* : « Il est donc impossible, à mon avis, de ne pas reconnaître qu'à tout moment il peut y avoir des principes du droit supérieurs à l'État, qui ne sont formulés ni dans les déclarations des droits, ni dans les lois constitutionnelles et qui, quoique non écrits, obligent l'État aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés. Comme conséquence, il faut admettre que les juridictions qui, on vient de le dire, doivent avoir compétence pour refuser d'appliquer toute loi contraire aux déclarations des droits ou à la constitution, doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui, sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'État » (*Traité de droit constitutionnel*, tome III, cit., p. 556).

¹⁶⁴² BAUMERT, R., « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois », cit., p. 140.

¹⁶⁴³ *Ibidem*, p. 150. Or, comme le relève R. Baumert, « le doyen de Bordeaux complique cette idée d'un second argument relatif à la séparation des pouvoirs : dans les pays où elle existe, cette doctrine justifierait *a fortiori* le droit de contrôle du juge ordinaire » (*ibidem*, p. 166). Ceci donnerait lieu à l'une des paradoxes signalés par E. Pisier chez Duguit, car il reste « singulièrement prisonnier des présupposés de ladite théorie de la séparation des pouvoirs que l'on prétend combattre » (PISIER, É., « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », cit., p. 194). Toutefois, bien que le raisonnement de Duguit sur ce point soit bien tortueux, il n'est nécessairement pas contradictoire, car « il justifie le contrôle par un argument *suffisant* (la hiérarchie des normes) et par un argument *a fortiori* (la séparation des pouvoirs en voie de transformation) » (BAUMERT, R., *op. cit.*, p. 168).

conception plutôt classique du rôle du juge»¹⁶⁴⁴. En revanche, elle semble mettre la juridiction au même niveau que le législateur et la doctrine, sans que ceci implique une suprématie de la première, car «le juge étant chargé comme le législateur de constater le droit objectif et non de le créer, il n'y a aucune raison d'estimer qu'il est plus apte à assurer cette tâche»¹⁶⁴⁵.

D. La critique des droits subjectifs et la notion de fonction sociale

L'attaque contre la catégorie de droits subjectifs est l'un des éléments de la pensée de Duguit qui a le plus déconcerté, car elle semble contredire le propos constitutionnaliste de soumettre l'État au régime du droit¹⁶⁴⁶. Pourtant, cette interprétation de la critique entamée par cet auteur oublié qu'elle est la conséquence tant de son refus général des conceptions subjectivistes que d'une notion réductrice des droits subjectifs. En effet, dans *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* de 1912, livre dans lequel est publiée une série de conférences qu'il avait donné à Buenos Aires en septembre de l'année précédente et où il développe la critique des droits subjectifs¹⁶⁴⁷, qu'il définit comme «le pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer comme telle à une ou plusieurs autres volontés, quand elle veut une chose qui n'est pas prohibée par la loi»¹⁶⁴⁸. Cette définition entraîne l'inattention d'autres conceptions qui avaient été posées à l'époque¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁴ FONBAUSTIER, Laurent, «Léon Duguit et la mission du juge administratif (à propos de la hiérarchie entre ordres et normes juridiques)», in BIGOT, Grégoire, BOUVET, Marc (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006, p. 288.

¹⁶⁴⁵ MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 234. En effet, Duguit soutient que «le rôle de la jurisprudence des tribunaux est, à mon avis, tout à fait analogue à celui de, la doctrine des juristes. Les tribunaux saisis d'un litige doivent s'attacher à découvrir la norme juridique suivant laquelle ce litige doit être tranché, et pour cela ils doivent procéder comme les juristes : examiner les faits, rechercher les aspirations et les tendances du moment, les exigences de la solidarité sociale et la solution que commande le sentiment de justice» (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, p. 164). Par ailleurs, à l'égard de la conception du contrôle de constitutionnalité de cet auteur, «on ne saurait dire que la Constitution de 1958 ait comblé les vœux de Duguit. Au contraire, la création du Conseil constitutionnel ne peut que renforcer la tendance des tribunaux de se refuser au contrôle de constitutionnalité des lois, et donc tend à écarter de plus en plus la solution voulue par Duguit» (WALINE, M., «Influence de Duguit sur le droit constitutionnel et la science politique», *cit.*, p. 165). Ce qu'il reste à savoir c'est si sa doctrine a influencé en quelque sorte sur la question prioritaire de constitutionnalité instaurée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008.

¹⁶⁴⁶ C'est la thèse, par exemple, d'O. Ionesco, car il considère que toutes les notions classiques du droit se trouvent bouleversées par la doctrine de Duguit (IONESCO, Octavian, «Léon Duguit et le droit subjectif», *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 277).

¹⁶⁴⁷ Or, dans *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, dont la première édition avait été publiée en 1908, Duguit annonçait déjà ses critiques à la notion de droit subjectif (*cit.*, pp. 11-13), en reprenant celle qu'Auguste Comte avait formulé dans *Système de politique positive* : «Le mot *droit* doit être autant écarté du vrai langage politique que le mot *cause* du vrai langage philosophique. De ces deux notions théologico-métaphysiques, l'une est désormais immorale et anarchique, comme l'autre irrationnelle et sophistique» (COMTE, Auguste, *Système de politique positive*, Paris, L. Mathias, 1851, tome I, p. 361).

¹⁶⁴⁸ *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *cit.*, p. 10. En ce même sens, dans le *Traité de droit constitutionnel* il réaffirme qu'un droit subjectif est «le pouvoir propre de la volonté d'une personne de s'imposer comme telle à certaines autres, quand l'acte de volonté de cette personne a un certain objet et est déterminé par un certain but ; qu'en un mot le droit subjectif est un pouvoir de volonté qui implique la subordination d'une volonté humaine à la volonté humaine titulaire de ce pouvoir. Le droit subjectif est cela et ne peut être que cela ; il est cela ou il n'est rien» (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, p. 217).

¹⁶⁴⁹ ARA PINILLA, I., *El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de Léon Duguit*, *cit.*, p. 139. Selon F. Melleray, il est possible d'identifier trois courants doctrinaux qui reconnaissent l'utilité de la

En même temps, Duguit relie la catégorie de droits subjectifs à la théorie selon laquelle l'État est une personnification de la collectivité et un sujet de droit. La négation de la deuxième à partir de ses présupposés empiristes¹⁶⁵⁰ l'amène donc à refuser la première, dont la persistance s'explique seulement par le besoin qu'a l'homme « d'expliquer le visible par l'invisible, de placer derrière le phénomène qu'il constate directement une entité invisible dont il fait le support et la cause efficiente du phénomène qu'il constate. [...] On a voulu placer derrière les situations individuelles ou sociales, nous apparaissant avec ce caractère que toute atteinte qui y est portée provoque une réaction d'ordre collectif plus ou moins organisée, [...] une entité d'ordre métaphysique qu'on a appelé le droit. Au lieu de dire tout simplement que l'atteinte à ces situations violait une règle s'imposant aux hommes vivant en société, on a dit qu'elle portait atteinte à une prétendue substance voulante, ayant une certaine qualité interne qui lui permettait de s'imposer aux autres volontés »¹⁶⁵¹.

Les défauts de la catégorie de droit subjectif n'excluent pas la possibilité de trouver d'autres catégories pour justifier les contenus juridiques que ces droits incorporent et pour mieux les garantir face à l'action des autorités étatiques¹⁶⁵². On peut en remarquer deux. En premier lieu, Duguit explique que quand un acte de volonté individuelle se produit, il peut créer une situation nouvelle, nommée « situation *subjective* » car elle naît de la volonté d'un sujet. Mais si la volonté du sujet est déterminée par un but conforme à la règle de droit, on peut dès lors désigner la situation fondée sur cette volonté comme une « *situation juridique subjective* et appeler *acte juridique* tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but conforme à la règle de droit »¹⁶⁵³, sans oublier que Duguit remarque également qu'il y a des « situations juridiques objectives » qui sont directement issues du droit objectif¹⁶⁵⁴. En tout

notion de droit subjectif : « Le premier courant voit dans le droit subjectif un pouvoir de volonté, alors que le deuxième considère qu'il s'agit d'un intérêt juridiquement protégé. Quant au troisième, il opère une synthèse entre les deux analyses précédentes [...] » (MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 236).

¹⁶⁵⁰ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., pp. 7-8 ; *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 17.

¹⁶⁵¹ *Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 18. Voir aussi : *Les transformations générales du droit privé*, cit., p. 12-13.

¹⁶⁵² Selon M. Réglade, Duguit conteste les notions fondamentales de la doctrine juridique traditionnelle (le droit subjectif, la personnalité morale, la représentation, etc.), « mais il n'a pas nié les données fondamentales auxquelles elles correspondent. Il a contesté seulement la façon dont elles étaient saisies par la science du droit sous l'angle de la doctrine subjectiviste » (RÉGLADE, M., *op. cit.*, p. 62).

¹⁶⁵³ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 140. Or, celui qui vient d'être mentionné ne correspond qu'à une des trois espèces d'actes juridiques. La première est celle des actes-règles, qui « sont faits avec l'intention qu'il se produise une modification dans les règles de droit » (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 327). La seconde est celle de l'acte-condition, qui rend applicable à un individu déterminé une situation objective préalablement établie par un acte-règle (*ibidem*, p. 328). Enfin, l'acte subjectif est celui « à la suite duquel apparaît à la charge d'un sujet une obligation spéciale, concrète, individuelle, momentanée, qui n'était point créée par le droit objectif, qui n'existerait point à la charge de cet individu par l'application d'une règle quelconque du droit objectif » (*ibidem*, pp. 328-329). Comme l'indique G. Langrod, tout cela suppose que Duguit « ne nie pourtant pas l'existence possible d'un élément subjectif dans l'ordre juridique et l'individualisation nécessaire du droit objectif au cours de son application » (LANGROD, G., *op. cit.*, p. 142). Par conséquent, « ce sur quoi Duguit insiste donc surtout ce n'est pas tant sur la distinction de l'objectif et du subjectif, mais bien plutôt [...] sur l'opposition du général et de l'individuel » (TIMST, Gérard, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1963, p. 33).

¹⁶⁵⁴ Selon Duguit, les situations juridiques objectives « dérivent directement de la norme juridique, de la loi positive quand la norme a été formulée par un législateur » (*Traité de droit constitutionnel*, tome I, cit., p. 308). Ce type de situations sont aussi caractérisées par leur généralité : « les situations juridiques qui naissent directement de la loi, qui sont la conséquence même de la norme appliquée, sont elles aussi et dans la même mesure nécessairement générales et permanentes » (*loc. cit.*). Dès lors, tandis que les situations juridiques

état de cause, de celui-ci, c'est-à-dire de la règle de droit, ne peut naître aucun droit subjectif, mais seulement un certain pouvoir. « Par suite de cette règle, l'homme a un pouvoir de vouloir [...] et dans une langue exacte, on ne peut pas qualifier ce pouvoir de vouloir de droit subjectif », mais de « *pouvoir objectif* »¹⁶⁵⁵. Or, de même que toute volonté a le pouvoir de vouloir un but conforme à la règle du droit et donc à la solidarité sociale, « toute volonté a le *devoir* de ne rien vouloir de contraire à la solidarité sociale, [...] de vouloir la réalisation effective de tout acte de volonté, déterminé par un but conforme à la règle de droit »¹⁶⁵⁶. Par conséquent, Duguit identifie aussi un « *devoir juridique objectif* » au côté du « *pouvoir juridique objectif* ». Dans les deux catégories il peut insérer tant les libertés qui détiennent les individus que leurs garanties de la part des autorités publiques et les compétences de celles-ci¹⁶⁵⁷. De fait, dans le cas de ces dernières la notion de service public, qui occupe une place centrale dans la théorie de l'État de Duguit, lui permet de délimiter deux types de devoirs juridiques objectifs auxquels les autorités sont tenues. Tout d'abord, celles-ci ont des devoirs d'abstention à caractère négatif qui impliquent qu'elles sont obligées de « ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociales »¹⁶⁵⁸ et qui trouvent sa meilleure formulation dans la Déclaration des droits de 1789¹⁶⁵⁹. Les gouvernants ont aussi des devoirs qui supposent leur action effective, possédant donc un caractère positif. Ils sont ainsi obligés « à employer la plus grande force qu'ils monopolisent à la réalisation

objectives « sont générales et permanentes », les situations juridiques subjectives « sont spéciales et momentanées » (*ibidem*, p. 312).

¹⁶⁵⁵ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 144.

¹⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 146.

¹⁶⁵⁷ Cela est évident lorsque Duguit souligne que « si l'individu peut vouloir effectivement certaines choses et doit vouloir certaines choses, ce n'est pas parce qu'il est homme, c'est parce que cette chose est conforme ou non à la loi de solidarité. Si, par exemple, un individu a le pouvoir d'aller et venir librement, d'exprimer ses pensées et ses croyances, d'affecter à son usage exclusif le produit de son travail, ce n'est pas parce qu'il est un homme, mais parce que cette volonté est conforme à la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise à un moment donné. De même, si un gouvernement peut vouloir employer la force matérielle dont il dispose à l'obtention d'un certain résultat, ce n'est pas parce que, en sa qualité de gouvernant, il serait titulaire d'un certain pouvoir à lui propre ; mais parce que le résultat, qu'il a en vue et qui détermine sa volonté, est conforme au droit objectif » (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., pp. 147-148). Cette manière d'incorporer le contenu des droits subjectifs dans les catégories mentionnées a fait que l'on affirme que la critique de Duguit n'est qu'une « querelle terminologique » (MOTULSKY, Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948, p. 27 ; voir aussi LASKI, H. J., *op. cit.*, p. 127 ; WALINE, M., « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », cit., n° 16, 1929, p. 403). Ainsi, pour G. Gurvitch, « Duguit [...] remplace la notion de “ droit subjectif ” par celle de “ situation juridique subjective ” désignant à peu près la même chose » (GURVITCH, Georges, *L'idée du droit social : notion et système du droit social*, Paris, Sirey, 1932, p. 48). De même, pour J. Carbonnier cet auteur procède à une « chasse un peu verbale à tout ce qui était subjectif », sans oublier que « le droit subjectif peut être par lui-même un phénomène juridique objectivement observable » (CARBONNIER, Jean, *Sociologie Juridique* (1978), Paris, PUF, 2004, p. 117). Plus encore, d'après A. Rodríguez de Q., « Duguit, en realidad, lejos de su intención, está reconociendo la existencia de la categoría », de sorte que « las controversias surgen en los términos usados, en los elementos definitorios destacados y en la extensión de su contenido, pero no sobre el hecho mismo de su existencia, ni sobre el núcleo atómico de su esencia » (RODRÍGUEZ DE QUINONES, Alfonso, « La negación del derecho subjetivo en L. Duguit », *Anuario de filosofía del derecho*, n° 1, 1984, p. 312). En revanche, pour F. Melleray « une telle analyse semble pourtant réductrice dans la mesure où la théorie duguiste des situations juridiques est véritablement originale comme l'illustre la césure qu'il opère entre situation juridique objective et situation juridique subjective » (MELLERAY, F., *op. cit.*, p. 254).

¹⁶⁵⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome II, cit., p. 60.

¹⁶⁵⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome III, cit., p. 605.

de la solidarité sociale »¹⁶⁶⁰. C'est ainsi que l'État « est obligé par le droit lui-même de faire toutes les lois qui assureront à chacun la possibilité matérielle et morale de collaborer à la solidarité sociale, et par exemple de faire des lois assurant à chacun gratuitement un minimum d'enseignement, assurant les ressources suffisantes pour vivre à tout individu incapable de se les procurer par son travail, et enfin des lois permettant à tout individu qui peut et veut travailler de se procurer du travail »¹⁶⁶¹. En somme, les devoirs négatifs et positifs des gouvernants écartent complètement l'existence de « droits publics subjectifs »¹⁶⁶² et, par cette voie, la théorie de la souveraineté, quel que soit son titulaire¹⁶⁶³.

En deuxième lieu, Duguit présente une autre alternative à « la conception métaphysique des droits subjectifs », à savoir : la substitution à celle-ci de la conception « réaliste » de « fonction sociale »¹⁶⁶⁴. Il n'admet pas l'existence des droits dont sont titulaires l'individu ou la collectivité, mais il reconnaît que « tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Il ne peut pas ne pas remplir cette fonction, ne pas exécuter cette besogne, parce que de son abstention résulterait un désordre, ou tout au moins un préjudice social ». De là, « tous les actes qu'il fera contrairement à la fonction qui lui incombe seront socialement réprimés. Mais, à l'inverse, tous les actes qu'il fera pour accomplir la mission, qui est la sienne en raison de la place qu'il occupe dans la société, seront socialement protégés et garantis »¹⁶⁶⁵. Sur ces bases Duguit cherche à démontrer les changements que comporte la conception de fonction sociale dans le contenu de deux conceptions juridiques en particulier. D'abord, la liberté, qui n'est plus définie selon la conception individualiste comme le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et par là même le droit de ne rien faire du tout. Au contraire, « tout homme a une fonction sociale à remplir, et par conséquent il a le devoir social de la remplir ; il a le devoir de développer aussi complètement que possible son individualité physique, intellectuelle et morale, pour remplir cette fonction le mieux possible »¹⁶⁶⁶. La liberté est définie alors comme l'obligation d'accomplir la fonction sociale qui incombe à chaque personne et les gouvernants peuvent intervenir pour empêcher son inactivité, par exemple, « pour lui imposer le travail »¹⁶⁶⁷. Vient ensuite la propriété, qui est également conçue comme une fonction sociale et, de cette manière, comme un devoir :

« Quant à la propriété, elle n'est plus dans le droit moderne le droit intangible, absolu que l'homme détenteur de la richesse a sur elle. Elle est et elle doit être ; elle est la condition indispensable de la prospérité et de la grandeur des sociétés et les doctrines collectivistes sont un retour à la barbarie. Mais la propriété n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est

¹⁶⁶⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome II, *cit.*, p. 60.

¹⁶⁶¹ *Traité de droit constitutionnel*, tome III, *cit.*, p. 596.

¹⁶⁶² *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, pp. 549-550.

¹⁶⁶³ *Ibidem*, pp. 551-553.

¹⁶⁶⁴ *Les transformations générales du droit privé*, *cit.*, pp. 23-24.

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 24-25.

¹⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination »¹⁶⁶⁸.

Or, Duguit n'entend présenter aucune analyse philosophique sur la propriété, comme celle, par exemple, de Marx et Engels. « Ses critiques à l'égard du droit subjectif de propriété tendent surtout à démontrer l'impuissance de cette notion à rendre compte d'un certain ordre juridique. Et cela, ses analyses ne sont pas entièrement nouvelles »¹⁶⁶⁹. Qui plus est, Hans Kelsen remarque que la doctrine duguiste cherche à réhabiliter la propriété privée en la caractérisant comme fonction sociale¹⁶⁷⁰, ce qui fait d'elle une doctrine avant tout défensive¹⁶⁷¹.

E. État et service public

L'objectivisme juridique formulé par Duguit n'est pas seulement à la base de sa conception du droit, mais aussi de la théorie de l'État qu'il expose et qui, comme l'on sait, cherche principalement la soumission des autorités à l'ordre juridique. Pour ce faire, il commence par affirmer l'autonomie et la priorité du droit par rapport à l'État. De fait, pour lui le concept d'État procède de certaines notions juridiques primaires, « et s'il répond à une réalité, cette réalité est limitée par ce qu'il y a de réel dans la solidarité sociale, la règle de droit, le pouvoir objectif et la situation juridique subjective », de sorte que « l'homme a conçu le droit avant de concevoir l'État, et non l'État avant de concevoir le droit »¹⁶⁷². Cette prééminence du droit – qui sert à Duguit à déterminer plusieurs éléments de la organisation étatique, par exemple, ses fonctions juridiques¹⁶⁷³ – et son approche réaliste l'amènent à

¹⁶⁶⁸ *Loc. cit.* Par ailleurs Duguit soutient que « le propriétaire capitaliste est investi d'une fonction sociale déterminée. Son droit subjectif de propriété, je le nie ; son devoir social, je l'affirme. Tant que la classe capitaliste remplira la mission qui lui est assignée, elle vivra. Du jour où elle la négligerait, elle disparaîtrait, comme ont disparu en 1789 la noblesse et le clergé » (*Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, 2^e éd., cit., p. 120). A. Mestre, suivant la doctrine classique, conteste la conception de propriété de Duguit et affirme que l'établissement des obligations à la tête du propriétaire n'est pas incompatible avec le concept propriété-droit (MESTRE, Achille, « Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, p. 164). Un autre privatiste, G. Morin, considère qu'il est possible d'accorder la notion traditionnelle de propriété et celle de Duguit, car pour lui la propriété est « un pouvoir qui participe, tout à la fois, du droit (liberté dans l'intérêt de son titulaire) et de la fonction (obligation au service de personnes autres que le fonctionnaire) » (MORIN, Gaston, « L'œuvre de Duguit et le droit privé », cit., p. 159).

¹⁶⁶⁹ PISIER, É., *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, cit., pp. 47-48.

¹⁶⁷⁰ Ainsi le relève C. M. Herrera, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », *op. cit.*, p. 343.

¹⁶⁷¹ BLANQUER, Jean-Michel, MILET, Marc, « Les idées politiques de Léon Duguit », cit., p. 13. Ceci est évident lorsque l'on lit dans le *Traité* : « On a beau crier que la propriété est un droit ; on est impuissant à la défendre contre les attaques des communistes. On ne la sauvera qu'en montrant qu'elle est une fonction impliquant des devoirs, et que le propriétaire ne peut exercer ses prérogatives que dans la mesure où il exerce sa fonction et remplit ses devoirs » (*Traité de droit constitutionnel*, tome II, cit., p. 97).

¹⁶⁷² *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 226.

¹⁶⁷³ En effet, à partir de la distinction entre actes-règles, actes-conditions et actes subjectifs (voir *supra* n. 1653), Duguit propose une typologie des fonctions juridiques de l'État (*Traité de droit constitutionnel*, tome II, cit., p. 153). En premier lieu, « l'État exerce la fonction législative, quel que soit l'organe qui intervient toutes les fois qu'il fait un acte-règle, [...] modifiant sur un point quelconque et d'une manière quelconque le droit objectif, tel qu'il existe au moment où il intervient » (*ibidem*, p. 156). En deuxième lieu, « l'État exerce la fonction administrative toutes les fois qu'il accomplit un acte-condition ou un acte subjectif ou quand ses agents procèdent, pour assurer le fonctionnement d'un service public, à l'accomplissement d'actes purement matériels » (*loc. cit.*). Finalement, pour déterminer la spécificité matérielle de la fonction juridictionnelle, qui

désavouer les théories qui saisissent l'État comme une personne collective souveraine et qui pour lui sont de plus en plus accueillies en France – en particulier par Esmein¹⁶⁷⁴, Hauriou et Léon Michoud (1855-1916) – grâce à l'influence de la doctrine allemande, spécialement celle de Georg Jellinek¹⁶⁷⁵. Sur ce point Duguit est très insistant : « Dans la réalité, il n'y a point de volonté de l'État ; l'État n'est point un sujet de droit par nature, n'est point une personne. Si l'on se place dans le monde physique, on ne voit qu'une chose, les volontés individuelles des gouvernants »¹⁶⁷⁶. L'État n'est donc qu'une abstraction, pas une fiction¹⁶⁷⁷, qui se dégage d'un fait, de la différenciation entre gouvernants et gouvernés :

« Le simple fait, irréductible, que Jellinek et les partisans les plus convaincus de la personnalité de l'État sont bien obligés de reconnaître, c'est que dans la plupart des groupes sociaux, il y a des individus en fait plus forts que les autres, et qui imposent leur volonté aux autres, par la force matérielle, si besoin est. Qu'on donne si l'on veut le nom d'État aux sociétés dans lesquelles existe une pareille différenciation, et dans lesquelles cette force est monopolisée et organisée, nous n'y voyons pas d'inconvénient. Mais une seule chose existe dans la réalité : une distinction entre les plus forts et les plus faibles, entre les gouvernants et les gouvernés ; on ne trouvera pas autre chose, dans une société étatique quelle qu'elle soit, que les volontés individuelles des gouvernants et les volontés individuelles des gouvernés. Si l'on y place autre chose, on est en dehors des faits ; cette autre chose n'est qu'une abstraction de l'esprit. L'État est ce qu'il est et tout ce qu'il est ; et il ne peut pas être pour le juriste différent de ce qu'il est dans la réalité, pour l'homme politique, le sociologue ou l'historien »¹⁶⁷⁸.

C'est pour cette raison que Duguit considère qu'il ne vaut pas la peine de poser la question de la légitimité du pouvoir exercé par l'État, car du point de vue empirique elle est insoluble¹⁶⁷⁹. « Le pouvoir politique, quelle que soit sa forme, n'est donc jamais légitime par son origine. [...] Mais, si le pouvoir politique n'est jamais légitime par son origine, s'il est en soi un fait étranger au droit, il peut devenir légitime par la manière dont il s'exerce ; il peut devenir un *Rechtsstaat*, par la manière dont il s'exerce »¹⁶⁸⁰. En effet, comme « tout but est légitime quand il est conforme à la loi sociale, et [...] la règle de droit est la règle de la légitimité des buts »¹⁶⁸¹, la force matérielle qui exerce l'État « devient légitime si ceux qui la

peut se confondre avec la fonction administrative (*ibidem*, p. 420) ou avec la fonction législative (*ibidem*, p. 489), Duguit affirme qu'elle s'accomplit par des actes complexes : « L'acte juridictionnel est donc en substance l'acte d'ordre juridique accompli par un agent public comme conséquence logique de la constatation qu'il a faite qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou atteinte à une situation objective ou à une situation subjective » (*ibidem*, p. 423). Il n'en demeure pas moins que Duguit rejette le principe de séparation des pouvoirs qu'il qualifie de « singulière illusion » (« La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *cit.*, p. 99).

¹⁶⁷⁴ Voir *supra* pp. 303 et suiv.

¹⁶⁷⁵ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *cit.*, pp. 230, 237.

¹⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 240.

¹⁶⁷⁷ Pour Duguit, « l'abstraction interprète un fait naturel, la fiction invente un fait qui n'existe pas dans la nature » (*ibidem*, p. 236).

¹⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 242. Voir aussi : « Des fonctions de l'État moderne », *cit.*, p. 165 ; *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *cit.*, p. 655.

¹⁶⁷⁹ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *cit.*, p. 250.

¹⁶⁸⁰ *Ibidem*, pp. 255-256.

¹⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 18.

détiennent l'emploi à l'accomplissement des obligations négatives et positives que leur impose la règle de droit, c'est-à-dire l'emploi à la réalisation du droit »¹⁶⁸².

Une fois fixée cette conception de l'État, Duguit lui associe la notion de service public et lui attribue la fonction de prendre les mesures qui garantissent son exécution. C'est pourquoi, comme l'explique F. Melleray, cette notion apparaît dans l'œuvre du professeur bordelais de manière tardive, étant absente des deux premiers travaux importants, *L'État, le droit objectif et la loi positive* de 1901 et *L'État, les gouvernants et les agents* de 1903¹⁶⁸³. Ce n'est que dans *Les transformations du Droit public*, publié en 1913, que Duguit l'aborde systématiquement, raison pour laquelle ce livre « présente une importance particulière pour sa théorie réaliste de l'État. Il y expose l'idée que le service public est l'élément essentiel de la structure de l'État : c'est le point de vue général qui domine tout cet ouvrage »¹⁶⁸⁴. En effet, on y lit que « la notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public »¹⁶⁸⁵, au point que l'État n'est plus conçu comme « une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants »¹⁶⁸⁶ ; en d'autres termes, selon Duguit « ceux qui en fait détiennent le pouvoir n'ont point un droit subjectif de puissance publique ; mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics, à en assurer et à en contrôler le fonctionnement »¹⁶⁸⁷.

Si l'État existe en fonction des services publics, il est nécessaire d'offrir une définition de ceux-ci. Duguit la formule dans l'un des extraits de ses travaux les plus connus et les plus cités. Le service public y est conçu comme « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale,

¹⁶⁸² *Ibidem*, p. 15. Il semble alors que pour Duguit le consensus parmi les gouvernés ne joue aucun rôle dans la légitimité du pouvoir politique des gouvernants. Cette omission serait le produit d'un « vice de méthode que l'on peut qualifier de réalisme mal compris. Voir la force et ne pas voir le consensus, c'est croire que l'acier des sables est plus réel que le moral de ceux qui les affrontent. [...] Le matérialisme sociologique ne signifie nullement que les phénomènes sociaux soient matériels. Il signifie seulement qu'ils se plient, dans une certaine mesure, aux catégories causales propres à la matière : déterminisme, inertie, aptitude à se laisser mesurer » (BERNARD, Stéphan, « Considération sur la théorie sociologique de l'État dans le système de Duguit », *cit.*, p. 631). Comme celle du consensus, il est possible de penser que la catégorie de droits subjectifs pourrait être abordée du point de vue sociojuridique (*supra* n. 1657).

¹⁶⁸³ MELLERAY, F., *op. cit.* p. 243 ; PISIER, É., *op. cit.*, p. 18-19. De toute façon, l'apport de Duguit à la configuration de la notion de service public permet à celui-ci de devenir un élément de la culture nationale française (PONTIER, Jean-Marie, « La conception française du service public », in BOCKEL, Alain (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Istanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, p. 126).

¹⁶⁸⁴ BONNARD, R., *Léon Duguit, ses œuvres, sa doctrine*, *cit.*, p. 17. De fait, il s'agit « d'un concept fondateur, tellement central qu'il ne saurait être réduit, dans la pensée duguiste, à une vision étroitement administrative. Au contraire, il est l'axe majeur du lien entre gouvernants et gouvernés » (FONBAUSTIER, L., « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *cit.*, p. 1058). Par ailleurs, quant à *Les transformations du Droit public* il convient de signaler « l'étonnante modernité de la construction de l'ouvrage quant à ses divisions internes et au plan retenu. Y sont, en effet, évoquées les grandes questions traitées dans un manuel de droit administratif d'aujourd'hui, à savoir le service public, les normes (lois, actes administratifs, contrat), le contentieux et la responsabilité administrative » (MULLER QUOY, Isabelle, « Que reste-t-il des transformations du droit public de Léon Duguit ? », in KOUBI, Geneviève, MULLER QUOY, Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 135-150).

¹⁶⁸⁵ *Les transformations du Droit public*, *cit.*, p. 33.

¹⁶⁸⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome II, *cit.*, p. 54.

¹⁶⁸⁷ *Les transformations du Droit public*, *cit.*, p. XVIII.

et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »¹⁶⁸⁸. S'il y a un signe qui révèle l'importance d'un service public ce sont les effets socialement intolérables de son interruption, étant ainsi sa continuité l'un de ses caractéristiques essentielles¹⁶⁸⁹. Or, la tâche de définir les activités précises que les gouvernants doivent assurer afin de réaliser l'interdépendance sociale ne peut pas être confiée aux pouvoirs publics, car ceci impliquerait de céder au subjectivisme. De même que l'État ne crée pas le droit mais se limite à le constater, l'existence d'un service public ne dépend pas d'un acte de volonté d'une autorité étatique mais de la condition de la solidarité sociale à un moment donné, qui se reflète dans le droit objectif¹⁶⁹⁰. Par conséquent, les activités correspondant à un service public évoluent dans le temps et s'adaptent à chaque société, de sorte qu'« à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics augmente et le nombre des services publics s'accroît par là même »¹⁶⁹¹.

Toutefois, Duguit ne conclut pas de cette observation que les pouvoirs des gouvernants s'affaiblissent inévitablement. Bien au contraire, outre la possibilité que les services publics soient assurés par les particuliers¹⁶⁹², il ne les envisage pas seulement comme une fonction mais surtout comme un devoir. C'est même pour cela que « les pouvoirs des gouvernants sont limités à cette activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public. Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental »¹⁶⁹³. De toute façon, bien que le propos de Duguit soit d'« instaurer une régulation sociale croisée entre social et politique », « ce pari comporte un risque majeur : la *surpolitisation* du social, c'est-à-dire en fait son absorption par un État qui pour n'être que de service public n'en demeure pas moins État

¹⁶⁸⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome II, *cit.*, p. 61. Comme l'indique E. Pisier, « il y a donc bien coexistence, chez Duguit, d'une notion organique et d'une notion matérielle du service public » (PISIER, É., *op. cit.*, p. 145). Deux conséquences peuvent être dégagées de cette double dimension : « Le caractère matériel des activités de service public affecte l'essence même de l'autorité étatique ; celle-ci n'est plus une puissance. Le caractère d'institutions affecte la " forme " de l'État ; la réalité sociale libérée s'exprime par l'intermédiaire de " groupes sociaux organisés " dont les services publics annoncent la structuration progressive » (*ibidem*, p. 146).

¹⁶⁸⁹ *Les transformations du Droit public*, *cit.*, p. 51. Comme « la continuité est un des caractères essentiels du service public », pour Duguit « il en résulte des conséquences importantes, notamment l'impossibilité juridique de la grève des fonctionnaires » (*Traité de droit constitutionnel*, tome II, *cit.*, p. 61). Sur la question de la grève et du syndicalisme chez Duguit voir : CINTURA, P., *op. cit.*, pp. 172-176 ; LABORDE, Cécile, « Pluralism, syndicalism and corporatism: Léon Duguit and the Crisis of the State (1900-1925) », in *History of European Ideas*, vol. 22, n° 3, 1996, pp. 231-232 ; PISIER, É., *op. cit.*, pp. 226-240.

¹⁶⁹⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome II, *cit.*, pp. 74-75.

¹⁶⁹¹ *Ibidem*, pp. 62-63. De là l'on peut conclure que « la théorie matérielle du service public et des fonctions étatiques met en avant deux sortes de préoccupations : d'une part, la lutte contre la théorie traditionnelle de la souveraineté nationale, d'autre part, le souci de limitation absolue des pouvoirs de l'État » (PISIER, É., *op. cit.*, p. 180). Il est même possible d'affirmer que « les analyses de Léon Duguit fondent le service public sur le droit d'agir en justice ouvert aux particulier pour obtenir de l'État l'exécution d'un service public qu'il définit et garantit » (DIDRY, Claude, « Léon Duguit, ou le service public en action », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 52-53, 2005, p. 88).

¹⁶⁹² En effet, Duguit, fait observer que « le caractère de service public n'implique pas le monopole au profit des gouvernants et de leurs agents », car « certaines activités, tout en pouvant être librement exercées par les particuliers, sont l'objet de services publics dans la mesure où elles sont exercées par les gouvernants ou leurs agents. L'enseignement et l'assistance sont deux exemples très nets de ce que j'avance » (*Traité de droit constitutionnel*, tome II, *cit.*, p. 63).

¹⁶⁹³ *Ibidem*, p. 62.

trouvant dans cette emprise un puissant aliment pour sa croissance »¹⁶⁹⁴. Par conséquent, cet auteur « qui s'est tellement opposé à la *puissance de l'État* et à sa souveraineté finisse par revenir à l'État sous la forme de services publics qui seront assurés sous son autorité »¹⁶⁹⁵. Il est alors possible de dire qu'« il s'agit là d'une refondation de la doctrine de l'État et non de sa réfutation »¹⁶⁹⁶, qu'il a voulu nier la souveraineté « juridique » sans parvenir à exclure la souveraineté « politique »¹⁶⁹⁷, qu'il « n'en a pas fini avec les “ fantasmes ” de la souveraineté »¹⁶⁹⁸.

III. La diffusion du droit constitutionnel : Mirkine-Guetzévitch

La doctrine juridique française du début du XX^e siècle a trouvé chez Duguit l'un de ses plus célèbres diffuseurs. Dans ses ouvrages, dans les traductions qui en ont été publiées, dans les conférences que lui-même a donné à l'étranger, le professeur bordelais ne s'est pas limité à exposer ses propres idées, mais aussi celles de plus réputés représentants de la pensée juridique à son époque, même s'il le faisait en assumant une posture critique à leur égard. Or, s'il y a quelqu'un qui a beaucoup stimulé la connaissance et la diffusion du constitutionnalisme, en particulier du droit constitutionnel de la période de l'entre-deux-guerres, tant celui de la France que celui d'autres pays d'Europe, c'est Boris Mirkine-Guetzévitch. Né à Kiev, il a développé sa carrière académique principalement en France, où il est arrivé en 1920 après son exil de la Russie sous le régime bolchevique (il obtient la nationalité en 1933), raison pour laquelle la plupart de ses travaux sont rédigés en langue française¹⁶⁹⁹. Parmi ceux-ci, l'on peut souligner ses textes critiques sur le régime soviétique, qui lui ont permis de se faire connaître en France comme l'un des précurseurs de la

¹⁶⁹⁴ LE GOFF, J., « Juristes de gauche et Droit social dans les années 1880-1920 », *cit.*, p. 28. En d'autres termes, « Duguit rejette tout ce qui évoque pouvoir, autorité, souveraineté, prérogative, au profit des notions de devoir, de mission, de service. Or, substituer le devoir au droit, la mission à la prérogative, le service public à la puissance publique, c'est substituer le contenu au contenant, le fond à la forme, la réalité de l'activité à l'autorité ou au sujet qui en est investi, en un mot c'est substituer au *critère formel* le *critère matériel*, et avec cette substitution apparaît le postulat du duguisme qui – intimement lié à celui du service public – commande toute sa théorie et notamment tout ce qui s'oppose à la loi de solidarité » (DUBOUCHET, Paul, *La pensée juridique avant et après le code civil*, *cit.*, pp. 216-217).

¹⁶⁹⁵ MARYIOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX^e siècle », in BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001, p. 220. Dans le même sens voir aussi : MULLER QUOY, I., « Que reste-t-il des transformations du droit public de Léon Duguit ? », *cit.*, pp. 142-143; SALAS, D., « Droit et Institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *cit.*, p. 201. P. Delvolvé arrive même à affirmer que le service public apparaît comme « menaçant les libertés publiques au sens strict, c'est-à-dire le pouvoir pour les individus de déterminer leur comportement de manière autonome, dans une sphère d'activité qui leur appartient en propre » (DELVOLVÉ, Pierre, « Service public et libertés publiques », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 1, 1985, p. 3). Cette hypothèse est cependant fortement critiquée par E. Pisier, en remarquant les liens entre service public et démocratie (PISIER, Évelyne, « Service public et libertés publiques », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 36, 1986, pp. 143-154).

¹⁶⁹⁶ MILET, Marc, « L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique (1889-1929). Essai d'analyse socio-rétorique », *cit.*, p. 96.

¹⁶⁹⁷ GURVITCH, G., *L'idée du droit social*, *cit.*, p. 187. Par contre, selon H. Laski « Duguit n'a pas exclu de son système la notion de souveraineté en tant que notion juridique. Il est convaincu, autant qu'Esmein lui-même, qu'il y a dans l'État une source inattaquable d'autorité publique » (LASKI, H., *op. cit.*, p. 127).

¹⁶⁹⁸ PISIER, É., « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *cit.*, p. 198.

¹⁶⁹⁹ Sur la vie, la carrière et l'œuvre de Mirkine-Guetzévitch voir la biographie publiée dans la *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle* (vol. 5, n° 17, 1955, pp. 5-10).

« soviétologie »¹⁷⁰⁰, ses articles sur les conséquences juridico-politiques de la Révolution française¹⁷⁰¹, mais surtout les études où il présente et analyse les divers constitutions promulguées en Europe après la Première Guerre mondiale, notamment *Les constitutions de l'Europe nouvelle*¹⁷⁰², *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*¹⁷⁰³, *Droit constitutionnel international*¹⁷⁰⁴ et *Les constitutions européennes*¹⁷⁰⁵, outre les articles éparses et de peu d'étendue publiés dans plusieurs revues, en particulier dans *Revue Politique et Parlementaire*¹⁷⁰⁶.

L'influence que Mirkine-Guetzévitch a exercé sur les réformes constitutionnelles de plusieurs pays du monde et sur les débats doctrinaux qui les ont accompagnés est similaire, voire même supérieure, à celle de Duguit. Toutefois, son œuvre est assez méconnue et les

¹⁷⁰⁰ Parmi ces travaux voir : *La Constitution de l'Union des Républiques Soviétiques Socialistes (U.R.S.S.)*, Paris, M. Giard, 1925 ; *La Théorie générale de l'État soviétique*, Paris, M. Giard, 1928. Sa posture critique est évidente lorsqu'il déclare que « si la théorie soviétique nie la valeur intrinsèque du Droit, l'État est considéré par le législateur et le juriste soviétique comme une dictature extra-juridique » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La Théorie générale de l'État soviétique », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 42, 1925, p. 511).

¹⁷⁰¹ Mirkine-Guetzévitch trouve dans la Révolution française les fondements des institutions constitutionnelles qui se profilent après la Première Guerre mondiale. Pour lui, « la Révolution française est pour le droit public moderne ce que le droit romain fut pour le droit civil » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « De l'étude du contentieux administratif du Gouvernement révolutionnaire », in CASSIN, René (dir.), *Le Conseil d'État : livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Recueil Sirey, 1952, p. 74). Parmi les travaux de cet auteur sur ce sujet, outre celui qu'il a élaboré avec Joseph Barthélemy (*Le droit public de la Révolution*, Paris, Recueil Sirey, 1937), voir aussi : « L'influence de la révolution française sur le développement du droit international dans l'Europe orientale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 22, 1928, pp. 295-458 ; « La Révolution française et l'idée de renonciation à la guerre », *La Révolution française : revue historique*, tome 82, 1929, pp. 255-268 ; « La Révolution française et les projets d'union européenne », *La Révolution française : revue historique*, tome 84, 1931, pp. 322-335 ; « Le parlementarisme sous la Constituante », *Revue d'Histoire politique et constitutionnelle*, vol. 3, 1939, pp. 311-321.

¹⁷⁰² MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1928 ; 2^e éd., 1930 ; 10^e éd., 1938.

¹⁷⁰³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, M. Giard, 1931 ; 2^e éd., Paris, LGDJ, 1936.

¹⁷⁰⁴ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Droit constitutionnel international*, Paris, Recueil Sirey, 1933.

¹⁷⁰⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions européennes*, Paris, PUF, 1951, 2 vols.

¹⁷⁰⁶ Par exemple : « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 45, n° 1, 1928, pp. 5-53 ; « Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 47, 1930, pp. 490-529 ; « Les nouvelles tendances des Déclarations des droits », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1930, pp. 265-281 ; « Le référendum et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1931, vol. II, pp. 285-334 ; « L'exécutif dans le régime parlementaire », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 148, n° 440, 1931, pp. 155-163 ; « La nouvelle Constitution Espagnole », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 150, n° 446, 1932, pp. 127-142 ; « La révision constitutionnelle », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 155, n° 462, 1933, pp. 337-349 ; « La révision de la Constitution française », *L'Année politique française et étrangère*, 9^e année, n° 1, 1934, pp. 1-30 ; « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1936, Paris, Sirey, 1937, pp. 39-85 ; « Les problèmes constitutionnels », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 186, n° 552, 1946, pp. 1-19 ; « Le parlementarisme sous la IV^e République », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 191, n° 567, 1947, pp. 225-234 ; tome 194, n° 574, 1948, p. 118-125 ; « Les tendances internationales des nouvelles constitutions », *Revue Générale de Droit international public*, n° 3-4, 1948, pp. 375-386 ; « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 2, n° 4, 1950, pp. 605-638 ; « L'échec du parlementarisme " rationalisé " », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n° 4, 1954, pp. 97-118.

études qui s'y intéressent ne sont que peu nombreuses¹⁷⁰⁷. Ceci ne s'explique pas seulement par le fait qu'il n'a pas pu obtenir l'agrégation et devenir professeur dans les facultés de droit françaises, mais aussi et peut-être même surtout parce qu'il s'est écarté des présupposés de la doctrine constitutionnelle dominante à l'époque, en particulier de son caractère conceptuel et dogmatique. Comme S. Pinon l'explique, Mirkine-Guetzévitch « se situe très loin de la dogmatique allemande, très loin de la doctrine telle que la pratiquait Paul Laband ou Raymond Carré de Malberg en France ; il est au contraire plus proche de l'ultra-empirisme des auteurs anglo-saxons (Walter Bagehot, Sidney Low, James Bryce, Harold J. Laski ou Lawrence Lowell) qui montrent les institutions dans la réalité vivante de leur fonctionnement pratique »¹⁷⁰⁸. De là résulte que son influence sur le développement ultérieur de la doctrine constitutionnelle française est assez limitée, surtout si l'on la compare à celle d'Esmein, de Duguit, de Maurice Hauriou ou de Carré de Malberg¹⁷⁰⁹. Il n'en demeure pas moins que l'ascendant qu'ont eu ses conceptions et propositions dans le domaine constitutionnel à l'étranger est tout à fait remarquable, montrant une capacité singulière de diffusion internationale, situation qui justifie à elle seule de présenter ses aspects centraux¹⁷¹⁰. Il convient alors de commencer par quelques allusions aux notions

¹⁷⁰⁷ Outre quelques mentions dans les manuels de droit constitutionnel, il faut faire allusion aux brefs articles de Georges Langrod (« In memoriam : Boris Mirkine-Guetzévitch, 1892-1955 », *Revue Politique et Parlementaire*, vol. 57, n° 648, 1955, pp. 169-178) et Henry Puget (« Mirkine-Guetzévitch et le droit public », *Revue Politique et Parlementaire*, vol. 59, n° 667, 1957, pp. 79-84), ainsi qu'à l'hommage publié par École libre des hautes études à New York (*Hommage à Boris Mirkine-Guetzévitch, 1892-1955*, New York, École libre des hautes études, 1955), qui inclut les témoignages de Paul Bastide, René Cassin, Jean-Jacques Chevallier, Pierre Mendès France, Carl Friedrich et Julien Laferrière. Face à cette absence d'études, c'est le mérite de S. Pinon d'offrir les analyses les plus détaillées et systématiques de la doctrine constitutionnelle de cet auteur : PINON, Stéphane, « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », in HERRERA, Carlos-Miguel (dir.), *Les juristes face au politique. Le Droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris, Kimé, 2003, tome II, pp. 61-123 ; ID., « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 46, 2007, pp. 183-212.

¹⁷⁰⁸ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », *cit.*, p. 67. Plus encore, « si l'œuvre de Mirkine est à ce point délaissée aujourd'hui, c'est qu'il fut tout au long de sa vie scientifique un "irrespectueux". Irrespectueux à l'égard des grands maîtres du droit constitutionnel. Dès qu'il commence à écrire dans la discipline, à la fin des années vingt, il se singularise. On perçoit que l'auteur d'origine ukrainienne se situe à part, loin des "vieilles théories livresques" – comme il les dénoncera plus tard – enseignées dans les Facultés de droit françaises » (*ibidem*, p. 69). De toute façon, il est possible de discerner quelques influences sur la doctrine de cet auteur : « En sus escritos se nota sobre todo el influjo de la doctrina francesa: Jèze, Barthélemy y Duez, Berthélemy y, aún para criticarlo, Duguit; y de la alemana, pero sin desdeñar a los italianos y a sus amigos españoles: Gascón y Marín, Posada, Álvarez Gendín y Pérez Serrano. Mirkine se fundamenta en la Revolución francesa desde donde inició sus estudios sobre los derechos individuales y los derechos sociales [...]. En esa sede se ocuparía de la obra de Georg Jellinek o la de Marcaggi; por otra parte, Mirkine se sitúa ante los maestros alemanes que ostentaban el dominio científico en esos temas. Se ocupa de analizar *La Teoría general del Estado* de Hans Kelsen y su escrito sobre "El problema de la soberanía y la teoría del Derecho internacional"; pero, también, atacará mediante un profundo análisis las teorías dualistas de Triepel, su máximo adversario en materia de Derecho internacional. En apoyo de sus teorías sobre la unidad del Derecho acude, principalmente, a los tratadistas franceses, como Guy Grand [...] o Vermeil [...], junto a los Tratados y Manuales clásicos de Esmein, Barthélemy, Duez, Hauriou o sus críticas a Duguit » (GUILLÉN KALLE, Gabriel, « Estudio preliminar. *Ius Gentium pacis* ¿Un nuevo derecho internacional? », in MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Derecho constitucional internacional*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Reus, 2009, p. 67).

¹⁷⁰⁹ PINON, S., « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *cit.*, p. 212.

¹⁷¹⁰ En effet, la diffusion de la pensée constitutionnelle de Mirkine-Guetzévitch en dehors des frontières françaises est manifeste (PINON, S., *op. cit.*, p. 187), ce que nous constaterons plus loin (*infra* p. 344). Chez lui est évident le besoin de « sortir le droit constitutionnel français de l'ornière nationale ; il veut l'exposer au grand air régénérant du *droit comparé*. Partager une passion commune pour l'analyse des pouvoirs publics,

politiques et juridiques qui servent de fondement à sa doctrine, pour reprendre ensuite sa conception sur la circulation du droit constitutionnel et la manière dont il l'a effectivement encouragée suivant ses propres prémisses méthodologiques comparatives.

A. Le républicanisme de Mirkine-Guetzévitch

Malgré les changements et ajustements qu'il est possible de constater dans la doctrine constitutionnelle de Mirkine-Guetzévitch, il a toujours soutenu une conception de la démocratie libérale proche du républicanisme français de la Troisième République¹⁷¹¹. De fait, c'est en raison de sa défense d'un régime démocratique de type occidental pour la Russie, et la subséquente condamnation à mort des bolcheviks en 1920, qu'il a dû abandonner ce pays¹⁷¹². Son optimisme est encore évident en 1933 lorsqu'il affirme que « la démocratie va triompher, parce qu'elle représente la seule forme de gouvernement correspondant à la raison de l'évolution historique des peuples »¹⁷¹³. Même après l'expérience dramatique de la Deuxième Guerre mondiale¹⁷¹⁴ il n'abandonne pas son républicanisme démocratique et soutient que « la démocratie est une croyance en même temps qu'une justification rationnelle de la Cité libre. Le concept de liberté est à la fois normatif et historique : un démocrate sait que le régime libre est le meilleur, qu'il doit exister et qu'il existera parce que non seulement la démocratie est une éthique mais aussi un devenir, une forme sociale qui correspond à l'évolution humaine »¹⁷¹⁵. Cet évolutionnisme historique qui inévitablement conduira aux sociétés de son temps vers la république démocratique l'amène à conclure que « la démocratie n'est pas une formule dogmatique mais une vérité historique qui correspond à l'évolution politique des peuples libres. Le parlementarisme démocratique sera réaffirmé, rejustifié ou rétabli dès que l'Europe connaîtra l'ambiance nécessaire hors de laquelle le technique de la liberté – but de la science constitutionnelle contemporaine – n'est pas possible »¹⁷¹⁶. Pour Mirkine-Guetzévitch, en constatant le cours de l'histoire l'on arrive à la démocratie comme vérité historique, dont la technique politico-constitutionnelle est la forme d'État la plus libre, car fondée sur le suffrage universel, et cela malgré les attaques qu'elle a reçues pendant les années vingt et

diffuser une nouvelle approche du droit constitutionnel, tels sont les moteurs du dynamisme étourdissant de Mirkine » (*ibidem*, p. 185).

¹⁷¹¹ Sur les particularités de ce républicanisme voir *supra* p. 238.

¹⁷¹² PUGET, H., « Mirkine-Guetzévitch et le droit public », *cit.*, p. 80.

¹⁷¹³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Droit constitutionnel international*, *cit.*, p. 9.

¹⁷¹⁴ « Comme il n'a pas manqué de dénoncer les périls et les bassesses des doctrines nazies, qu'il était d'origine israélite russe, il figurait sur les listes noires de la Gestapo. Inéluctablement, sa présence sur le sol de la France occupée aurait signifié son immédiate déportation dans un camp de concentration » (PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », *cit.*, p. 63). Il est alors contraint à quitter le sol français et à s'exiler de nouveau, cette fois aux États-Unis, où il contribue à la création de l'École libre des hautes études de New York.

¹⁷¹⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions européennes*, *cit.*, tome I, p. 149.

¹⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 154. Par conséquent, « la aparición de dictaduras y la quiebra de las instituciones libres en los pueblos que carecían de suficiente preparación para la libertad, no constituyen –desde el punto de vista histórico– un argumento contra el sistema democrático: el Derecho democrático, el Estado de Derecho, no es una creencia, sino una verdad histórica » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Los principios constitucionales del Estado dictatorial », *Revista de Derecho Público*, III^e année, n° 30, 1934, p. 169). L'évolutionnisme historique est chez Mirkine-Guetzévitch l'effet de sa méthode empirique, de laquelle nous nous occuperons dans le paragraphe suivant.

trente du XX^e siècle¹⁷¹⁷ et qu'elle a été remplacée dans plusieurs pays d'Europe par des régimes autoritaires ou des dictatures¹⁷¹⁸.

C'est par cette voie qu'il énonce sa célèbre notion du droit constitutionnel compris comme la « technique de la liberté » : « dans notre conception, la technique constitutionnelle a sa méthode, ses procédés, mais ne constitue pas un but. La technique constitutionnelle est seulement un *moyen*. Le droit constitutionnel est un procédé technique pour assurer la liberté politique, et la technique constitutionnelle est la *technique de la liberté*. La démocratie reste, pour le droit public moderne, un postulat et un criterium. [...] La démocratie, répétons-le, est le principe téléologique de la technique constitutionnelle »¹⁷¹⁹. De cette manière il accorde au droit constitutionnel une dimension finaliste¹⁷²⁰, fortement marqué par la quête de la liberté qui est, pour sa part, la condition principale de la réalisation de la démocratie. Ordre juridique et régime démocratique sont ainsi attachés, dans la mesure où le droit constitutionnel « est étroitement lié à l'idéal démocratique, non pas parce que les théoriciens du droit constitutionnel ont été et seront toujours des démocrates, mais parce que la démocratie exprimée en langue juridique, c'est l'*État de droit*, c'est la *rationalisation juridique de la vie*, parce que la pensée juridique conséquente mène à la démocratie, comme l'unique forme de l'*État de droit*. La démocratie peut réaliser la *suprématie* du droit ; c'est pourquoi le *droit constitutionnel général* est l'ensemble des formes juridiques de la démocratie, de l'*État de droit* »¹⁷²¹. Il n'est alors pas surprenant que Mirkine-Guetzévitch conçoive la démocratie comme le but définitif de son constitutionalisme à caractère téléologique, dans lequel le droit constitutionnel, le dispositif juridique de rationalisation de l'État et du pouvoir, est le principal moyen pour l'atteindre.

Pour autant, ce constitutionnalisme ne tient pas à rester dans le seul domaine de l'État-nation. Il surpasse les frontières et constitue le fondement essentiel de la doctrine internationaliste de Mirkine-Guetzévitch, de sorte que droit constitutionnel et droit international se présentent comme les deux faces d'une même pièce. Un facteur qui explique cette intégration est l'évolution historique des peuples, bien qu'elle ne soit que le point d'acmé d'un parcours dans lequel le droit international public était relégué au second plan face au droit public interne. C'est ainsi que « la démocratisation de la vie interne conduit à la démocratisation du droit international »¹⁷²², au point que « les efforts des peuples pour créer l'organisation internationale correspondent aux époques où ces mêmes

¹⁷¹⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « El Estado corporativo y el régimen representativo », *Revista de Derecho Público*, III^e année, n° 36, 1934, pp. 368-369.

¹⁷¹⁸ Selon Mirkine-Guetzévitch un régime est autoritaire si la constitution établit la primauté absolue du pouvoir exécutif : « l'équilibre politique ayant été rompu », les régimes autoritaires « détruisent les prérogatives nécessaires et salutaires du parlement, en faveur de l'Exécutif » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., cit., p. 38). D'autre part, la dictature est définie comme « le régime du *néo-absolutisme* » : « Ce *néo-absolutisme* qui sévit actuellement en Europe n'est pas un simple retour à l'ancien régime. Ce n'est plus le pouvoir autoritaire des princes ou de l'Église, mais le césarisme social basé sur une métaphysique populaire. Le peuple ne participe pas à la formation de la volonté étatique, mais on lui offre de faire un geste symbolique sous la forme d'élections ou de plébiscites. Le suffrage n'a donc aucune réalité » (*ibidem*, p. 54).

¹⁷¹⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. XI-XII.

¹⁷²⁰ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », cit., p. 75.

¹⁷²¹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. 12.

¹⁷²² MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Ius Gentium pacis », *Revista de Derecho Público*, I^{ère} année, n° 7-8, 1932, p. 275. Voir également : *Droit constitutionnel international*, cit., pp. 190-191.

peuples cherchent à transformer leur vie interne en remplaçant l'autocratie par des régimes libéraux »¹⁷²³. Toutefois, que ce soit inéluctablement l'aboutissement s'explique également par la manière dont le droit existe par rapport à la vie humaine en communauté : « Le droit [...] qui est le reflet de la conscience juridique des hommes, change et varie dans le processus historique ; mais ce processus lui-même est un et indivisible ; l'homme n'a pas deux consciences, une conscience extérieure et une conscience intérieure. La division entre l'histoire extérieure et l'histoire interne est seulement une méthode de classification et d'étude. L'unité de conscience nous conduit à l'unité du droit public »¹⁷²⁴. Il s'agit alors d'une unité empirique que l'on constate par l'expérience et qui permet à Mirkine-Guetzévitch d'écarter l'unité du droit public à caractère logique selon le modèle de Kelsen et des autres représentants de l'École de Vienne¹⁷²⁵. Or, ce principe de l'unité du droit public n'opère que lorsque les règles du droit constitutionnel sont en concordance avec les règles du droit international. Ceci implique l'établissement d'un droit interne de la paix, d'un *Ius Gentium pacis*, un « droit constitutionnel international » qui impose aux autorités de chaque État l'accomplissement des traités internationaux et la renonciation à la guerre¹⁷²⁶. Au final, les deux niveaux du droit, l'interne et l'international, répondent à deux techniques qui poursuivent deux objectifs différents mais profondément liés : « la technique de la paix, nous l'avons toujours soutenu, est inséparable de la technique de la liberté. [...] Et ne pas voir l'interdépendance historique du devenir constitutionnel et du progrès du droit international, c'est ne pas voir la réalité politique d'aujourd'hui dominée par l'indivisibilité de la paix et de la liberté »¹⁷²⁷.

B. L'étude historique et comparative du droit constitutionnel et sa capacité à circuler

Une révision méthodologique substantielle est à la base des principales conclusions de la doctrine publiciste de Mirkine-Guetzévitch, tant celle du caractère historique de la démocratie, à laquelle mène inéluctablement l'évolution politique des sociétés bénéficiées d'un régime constitutionnel, que celle de l'unité du droit public qui joint l'ordre interne à l'ordre international¹⁷²⁸. Il affirme que c'est l'examen direct des faits ce qui lui permet d'arriver auxdites conclusions, d'autant que, selon lui, sa méthode ne procède pas au moyen de raisonnements abstraits, mais elle « limite le champ d'observation à l'étude de la réalité

¹⁷²³ *Ibidem*, p. 262.

¹⁷²⁴ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 45, 1933, p. 677.

¹⁷²⁵ GUILLÉN, G., *op. cit.*, p. 72.

¹⁷²⁶ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « *Ius Gentium pacis* », *cit.*, p. 274. C'est pour cette raison que « la unidad del Derecho público consiste en que los pueblos libres dueños de sus destinos, influyan directamente, por medio de sus Parlamentos, en los acuerdos de sus gobernantes respecto a la política extranjera. El *Ius Gentium* de la paz sólo es posible merced a los progresos de la democracia » (*ibidem*, p. 275).

¹⁷²⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions européennes*, *cit.*, tome I, p. 119.

¹⁷²⁸ Parmi les travaux que l'auteur d'origine ukrainienne consacre aux méthodes d'étude du droit public l'on peut souligner les suivants : « L'étude comparative de la technique parlementaire », *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, vol. I, 1934, pp. 169-183 ; « L'Histoire constitutionnelle comparée », *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, vol. II, 1938, pp. 85-98 ; « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, n° 4, 1949, pp. 397-417.

politique »¹⁷²⁹. Pour ce faire, il a recours à plusieurs méthodes qui malgré leur diversité ont toutes en commun leur caractère empirique¹⁷³⁰ et qui, en dernier ressort, peuvent être synthétisés en deux approches indispensables. D'abord, la « méthode de science politique »¹⁷³¹ ou « empirisme historique », qui « doit embrasser tous les phénomènes juridiques, c'est-à-dire le droit écrit et la conscience juridique. Mais cet empirisme juridique – poursuit-il – ne peut jamais être observé dans une situation stabilisée, figée. Cet empirisme est vivant ; aussi la méthode empirique est-elle, par sa nature même, un procédé historique s'exprimant par l'observation des phénomènes juridiques, considérés non dans leur immobilité abstraite mais dans leur évolution historique continuelle »¹⁷³². Dans le cas du droit constitutionnel, cette méthode implique d'étudier « non seulement sous son aspect théorique et doctrinal mais encore sous son fonctionnement pratique. L'examen d'une réalité constitutionnelle, l'étude des résultats que donne dans un pays l'application de telle ou telle institution constitutionnelle, c'est la méthode de la science politique »¹⁷³³. En définitive, Mirkin-Guetzévitch souhaite rompre avec l'étude des systèmes constitutionnels par le biais des grands principes de cette branche du droit qui sont au fondement de la discipline depuis la Révolution française. Il cherche alors à ne pas la confiner à la seule analyse de la règle de droit, pour qu'elle s'occupe aussi de la manière dont la règle est appliquée au sein d'un système constitutionnel donné¹⁷³⁴. Sur ces postulats et pour comprendre, par exemple, les régimes parlementaires « il ne suffit pas de lire les textes constitutionnels, où quelquefois le régime parlementaire est seulement indiqué en quelques lignes, ou, souvent, n'est pas mentionné du tout ; il faut connaître le rôle et l'attitude des partis politiques, le rôle de l'exécutif, les changements et les affirmations de l'opinion publique, de la presse, les facteurs internationaux, etc. »¹⁷³⁵.

La méthode comparative est la deuxième approche sur laquelle centre son attention Mirkin-Guetzévitch. De fait, il est l'un des premiers constitutionnalistes qui en France a explicitement soutenu l'exigence d'y faire appel, non pas comme un simple outil accessoire

¹⁷²⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'exécutif dans le régime parlementaire », *cit.*, p. 155.

¹⁷³⁰ En effet, « derrière une complexité apparente, cet imbroglio méthodologique est le reflet de la volonté de Boris Mirkin-Guetzévitch d'étudier le droit constitutionnel au prisme d'une approche empirique » (CUVELIER, Claire, HUET, Delphine, JANSSEN-BENNYNCK, Clémence, « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkin-Guetzévitch », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 130, n° 6, 2014, p. 1572).

¹⁷³¹ Mirkin-Guetzévitch soutient qu'« on peut, certes, étudier les régimes politiques du point de vue du droit uniquement. Mais on peut, et on doit, les étudier sur le plan de la science politique. Ainsi, le monde anglo-saxon réserve une place d'honneur à cette science, à la science du gouvernement qui est basée non pas sur l'analyse juridique, mais sur l'observation du fonctionnement des institutions » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *cit.*, p. 398).

¹⁷³² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, pp. 196-197. Ce type de considérations permettent de conclure que la méthode de Mirkin-Guetzévitch est « radicalmente opuesto al que utilizó Kelsen: el lógico formal, o al de la unidad de una cultura de los valores procedente de Heller [...]. Mirkin utiliza en sus estudios el método histórico que se ciñe a los hechos; se considera que el Derecho no proviene de la lógica abstracta, sino de luchas y conflictos apasionados de la realidad » (GUILLÉN, G., *op. cit.*, p. 26).

¹⁷³³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions des nations américaines*, Paris, Delagrave, 1932, p. XII.

¹⁷³⁴ CUVELIER, C., HUET, D., JANSSEN-BENNYNCK, C., *op. cit.*, p. 1573.

¹⁷³⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'étude comparative de la technique parlementaire », *cit.*, p. 170.

à la dogmatique des règles mais comme la démarche incontournable pour l'analyse constitutionnelle. En ce sens il affirme que :

« [...] seule la méthode comparative est capable de faire le triage nécessaire des principes et des théories du droit constitutionnel moderne. Seule la méthode comparative permet de comprendre le contenu réel des formules surannées qui demeurent dans le droit public du XX^e siècle. Seule la méthode comparative de l'observation simultanée des régimes politiques différents autorise de se prononcer sur la caducité des formules scolastiques telles que “séparation des pouvoirs”, “gouvernement d'assemblée”, “souveraineté nationale”, etc. Il ne suffit pas d'étudier l'évolution d'une institution en Angleterre ; il faut comparer cette évolution à celle qui a eu lieu en France, dans d'autres pays du monde. [...] Une étude de l'évolution historique des institutions du droit public limitée à un seul pays ne suffit plus »¹⁷³⁶.

Aussi bien la méthode comparative que la méthode historique servent le même propos : celui de surpasser les approches dogmatiques et abstraites dominantes au sein de la doctrine constitutionnelle jusqu'alors. Les deux méthodes sont profondément liées et l'une ne peut être employée sans l'autre, de sorte que « dans le droit public, la méthode comparative rejoint la méthode historique. On étudie les institutions sociales en confrontant leurs structures (droit comparé) et leur fonctionnement (science politique). Or, pour comprendre la structure et le “rendement” des institutions sociales, il faut connaître leurs origines et leur devenir juridique, c'est-à-dire leur évolution historique »¹⁷³⁷. Plus encore, pour Mirkine-Guetzévitch « l'application à l'histoire constitutionnelle de la méthode comparative n'est pas seulement un complément à la méthode historique, elle est souvent un élément indispensable pour l'étude de l'histoire constitutionnelle nationale »¹⁷³⁸. Il propose ainsi une méthode « d'observation historico-comparative » qui n'a pas seulement une fonction descriptive, mais qui permet aussi de « dégager certaines tendances, de prévoir quelle réalisation auront ces tendances dans l'avenir »¹⁷³⁹. Le rôle central qui occupe dans son œuvre la démarche comparative autorise à conclure – comme le proposent C. Cuvelier, D. Huet et C. Janssen-Bennynck – qu'à son époque il est l'un des rares auteurs à engager « une réflexion significative sur la nécessité d'étudier le droit constitutionnel en utilisant, à titre principal, la méthode comparative »¹⁷⁴⁰. En définitive, « Mirkine-Guetzévitch met la comparaison entre les systèmes juridiques au profit d'un usage plus ambitieux : elle constitue un outil de renouvellement de la théorie générale du droit constitutionnel »¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *cit.*, p. 410.

¹⁷³⁷ *Ibidem*, p. 397.

¹⁷³⁸ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'Histoire constitutionnelle comparée », *cit.*, p. 88. Outre ces deux formes de comparaison cet auteur propose une troisième, qui compléterait les précédentes : « la comparaison simultanée “dans le temps” et “dans l'espace” ». Il faudrait, à notre avis, pour étudier le régime parlementaire contemporain en France, le comparer non seulement à celui de l'Angleterre d'aujourd'hui, mais à celui de la France de la III^e République, de Louis-Philippe, de l'Angleterre des XVIII^e et XIX^e siècles. Ces comparaisons devraient ensuite être confrontées avec l'étude de l'influence de chacun de ces régimes dans le monde contemporain. Nous aurions ainsi une comparaison à “trois dimensions”, qui servirait la science constitutionnelle et la science politique » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *cit.*, pp. 402-403).

¹⁷³⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'étude comparative de la technique parlementaire », *cit.*, p. 183.

¹⁷⁴⁰ CUEVELIER, C., HUET, D., JANSSEN-BENNYNCK, C., *op. cit.*, p. 1576.

¹⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 1577.

On pourrait penser, de prime abord, que sur ces présupposés méthodologiques le professeur d'origine ukrainienne considère sans ambages que l'un des facteurs principaux de l'évolution du droit constitutionnel est la circulation d'un pays à l'autre de normes et institutions. Or, il est possible de trouver dans ses travaux des formules qui font dépendre le droit directement de la conscience juridique présente à chaque société, ce qui en principe entrave toute forme de diffusion. En effet, lorsque Mirkine-Guetzévitch avance le principe de l'unité du droit public, il soutient que celui-ci « est le reflet de la conscience juridique d'une époque donnée. Le droit public interne et le droit public international sont le produit d'un même milieu historique »¹⁷⁴². Il semblerait alors que l'on est en présence d'une version de la théorie du miroir qui en soumettant le droit au contexte social empêche sa circulation¹⁷⁴³. Toutefois, cet auteur fait fréquemment allusion à quelques exemples de ce phénomène, en particulier concernant les constitutions promulguées après la Première Guerre mondiale. L'un de leurs traits caractéristiques, qui marque une tendance commune, est l'influence qu'elles ont reçue de textes constitutionnels qui leur précèdent :

« En dehors du rôle des savants, il faut également signaler le rôle joué par les modèles des anciennes Constitutions éprouvées des pays de l'Occident. Les auteurs des nouvelles Constitutions avaient constamment sous les yeux des modèles tout faits dont une longue expérience a permis d'éprouver la valeur. De toutes ces anciennes Constitutions, c'est la Constitution française qui a été le plus fréquemment utilisée. Les auteurs des nouveaux textes connaissaient très bien, évidemment, l'histoire des lois de 1875, mais ils savaient aussi que l'expérience les avait sanctionnées, que la Constitution française était *viable*, qu'elle avait victorieusement traversé les épreuves terribles de la guerre. C'est la Constitution française qui a exercé une grande influence sur la Constitution polonaise [...]. Elle a également inspiré le régime tchécoslovaque [...]. Certes, nulle part, même en Pologne, on n'a copié le modèle français ; le Sénat français, par exemple, n'a été imité nulle part totalement, ni en ce qui concerne ses élections ni en ce qui touche à ses attributions »¹⁷⁴⁴.

Il mentionne également un exemple de diffusion du XIX^e siècle, qui a eu pour objet la Constitution espagnole promulguée à Cadix en 1812. D'après lui, ce texte « a influencé tous les mouvements libéraux de l'Europe » et « devint un programme, un mot d'ordre »¹⁷⁴⁵. C'est ainsi que cette Constitution « a été considéré partout comme une véritable charte de la liberté. À Naples ou à Milan, au lieu de convoquer une Constituante et chercher les formes nationales de la vie constitutionnelle, on promulgue le texte de 1812. La Constitution de Cadix fait le tour de l'Europe méridionale ; elle a impressionné l'Europe entière »¹⁷⁴⁶. Or, ce qui est encore plus remarquable c'est que Mirkine-Guetzévitch relève que ce texte ne fait que renouveler la Constitution française de 1791, ce qui s'érige comme

¹⁷⁴² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. 53 ; en ce sens voir aussi : *ibidem*, pp. 78-79 et 196-197 ; *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., cit., p. 8. Le caractère évolutif du droit est la conséquence de cette même situation : « Le droit lui-même ne se compose pas de formules figées. Il évolue constamment ; il change ; il n'est que le reflet de la conscience juridique, qui n'est elle-même ni absolue, ni immuable » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », cit., p. 400).

¹⁷⁴³ Voir *supra* p. 189.

¹⁷⁴⁴ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. 45.

¹⁷⁴⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen (Esquisse d'histoire constitutionnelle comparée) », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, LGDJ, 1938, vol. II, § 84, p. 218.

¹⁷⁴⁶ *Loc. cit.* Voir aussi : « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », cit., pp. 403-405.

un exemple de lieu intermédiaire ou de traduction, situation que l'on trouve habituellement dans les processus de diffusion d'une norme juridique¹⁷⁴⁷. Il convient en plus de tenir compte d'un autre cas de circulation de normes constitutionnelles qui attire l'attention du professeur franco-ukrainien : après avoir signalé l'ascendant de la Constitution suisse de 1874 sur celles de l'Allemagne de 1919 et de l'Autriche de 1920, et de la Constitution des États-Unis sur celle de la Finlande de 1919, Mirkine-Guetzévitch rappelle « les emprunts que les Constitutions nouvelles se sont faits les unes aux autres »¹⁷⁴⁸. Ainsi, par exemple, celle de l'Allemagne qui « a une grande variété d'institutions juridiques, [...] a exercé immédiatement son influence sur les constitutions ultérieures, et il en a été de même pour les constitutions de l'Autriche et de la Tchécoslovaquie »¹⁷⁴⁹. Qui plus est, l'auteur ne restreint pas ses mentions au seul déplacement des normes et il aborde aussi le phénomène de l'influence des pratiques politico-constitutionnelles d'un pays à l'autre. Ses présupposés méthodologiques lui offrent l'assise nécessaire. Il soutient que « le droit constitutionnel comparé peut et doit étudier non seulement les différents systèmes constitutionnels, les différents principes de l'organisation politique, mais, surtout, dégager les éléments de la technique comparative du fonctionnement des régimes constitutionnels »¹⁷⁵⁰. Sur ces bases il observe quelques cas : par exemple, « en France, en 1814, quand les inspireurs et les premiers commentateurs de la Charte parlaient de l'application en France du système anglais, il ne s'agissait nullement d'un emprunt mécanique ; au contraire, en voulant transplanter en France la pratique anglaise, on a créé la *théorie* du régime parlementaire »¹⁷⁵¹, étant donné qu'« au début du XIX^e siècle, les Anglais n'avaient pas encore repensé leur propre régime : ils en avaient dégagé certaines tendances, mais n'en avaient pas formulé la théorie »¹⁷⁵². Finalement, il faut signaler que Mirkine-Guetzévitch arrive à critiquer explicitement ceux qui refusent d'emblée la convenance de la réception d'une constitution venue d'ailleurs. Il trouve ce type d'attitude chez Anatole de Monzie (1876-1947), ministre des finances et de l'Éducation nationale pendant l'entre-deux-guerres, qui critique les hommes de la Révolution parce qu'ils voulaient imposer leur type constitutionnel à tous les peuples en oubliant que la vie réelle est dominée par la diversité des formes constitutionnelles et que l'Europe n'a jamais su copier les bons types constitutionnels. En revanche, Mirkine-Guetzévitch considère que ce « “ non-conformisme

¹⁷⁴⁷ En effet, l'auteur affirme que « le texte de 1812 est une adaptation de la Constitution de 1791 ». En plus, d'après lui « la Constitution de Cadix a produit en Europe une impression considérable. Son prototype français, la Constitution de 1791, fut déjà oublié. Le jeune libéralisme européen, tout en continuant l'œuvre de la Révolution française, ne cherche plus son programme constitutionnel dans les textes français. Il se tourne vers la Constitution espagnole qui, en son heure de célébrité, devient l'étendard de toutes les révolutions » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen », *cit.*, p. 215). Sur les lieux intermédiaires ou de traduction voir *infra* pp. 540.

¹⁷⁴⁸ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, p. 46.

¹⁷⁴⁹ *Loc. cit.*

¹⁷⁵⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'étude comparative de la technique parlementaire », *cit.*, p. 170.

¹⁷⁵¹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., *cit.*, pp. 30-31.

¹⁷⁵² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *cit.*, p. 416. Par ailleurs, l'auteur ne fait pas seulement allusion au phénomène de l'influence mais aussi à celui de la réaction à l'encontre de celle-ci : « Le droit constitutionnel comparé a une tâche positive : l'étude des similitudes, des intersections, des influences mutuelles. Il a aussi une tâche négative : expliquer pourquoi à tel moment un régime, qui logiquement aurait dû en influencer un autre, n'a eu sur lui aucune emprise, et au contraire a provoqué une réaction opposée. Tel fut le cas du régime anglais devant la Constitution de 1789 » (*ibidem*, p. 405).

constitutionnel » peut appeler quelques réserves. Faut-il rappeler que la Constitution belge de 1831, inspirée par les idées françaises de 1830, a fait un véritable tour d'Europe ? On copie donc les Constitutions et parfois on copie bien. D'autre part, le droit constitutionnel de la Révolution française se retrouve toujours à la base de plusieurs Constitutions »¹⁷⁵³.

Malgré toutes ces références à plusieurs cas de circulation des normes et institutions, Mirkin-Guetzévitch n'explique pas comment concilier ce phénomène avec l'idée de la détermination du droit par la conscience juridique d'un peuple – idée qui évoque même le « l'esprit du peuple » (*Volksgeist*) de Savigny¹⁷⁵⁴. Une possibilité de réponse apparaît quand il fait mention à certaines conditions sociales qui facilitent la diffusion normative, notamment lorsqu'il essaie d'identifier les « types constitutionnels d'État ». Ceux-ci ne sont pas « les types créés plus ou moins arbitrairement par les théoriciens » ; au contraire, ils sont « les types réels, ces types communs créés dans les différents États aux mêmes époques sous l'influence des mêmes conditions politiques, sociales, nationales ou économiques »¹⁷⁵⁵. L'auteur insiste sur l'exemple du droit constitutionnel de l'entre-deux-guerres, où l'on trouve « des types communs parce que les Constituantes de Tchécoslovaquie, de Pologne, d'Allemagne ou des pays baltes travaillant au même moment, ont alors adopté des institutions constitutionnelles similaires sous l'influence directe de la même *ambiance* politique et sociale de l'Europe d'après-guerre, des mêmes facteurs sociaux, nationaux et même internationaux »¹⁷⁵⁶. Néanmoins, par-delà ces références ponctuelles à quelques cas spécifiques Mirkin-Guetzévitch ne développe pas une analyse qui lui permette de justifier ladite conciliation. Il en est de même des allusions qu'il fait tant aux lieux intermédiaires ou de traduction qu'à la transmutation d'une pratique en théorie par le biais de sa transplantation d'un lieu à l'autre, qui sont tout à fait remarquables mais sur lesquelles il ne fournit pas d'autres explications. Ce désintérêt à élaborer une véritable théorie sur le rapport entre droit et société et sur le phénomène de la circulation des produits juridiques est une conséquence concrète de « la faiblesse doctrinale de sa pensée », car « il possédait une capacité à décrire, moins à théoriser », raison pour laquelle « on peut aisément parler d'une doctrine “minimaliste” »¹⁷⁵⁷. Sa technique comparative demeure alors assez incomplète, car « si, tout au long de ses travaux, l'auteur démontre que la

¹⁷⁵³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., *cit.*, pp. 71-72.

¹⁷⁵⁴ Voir *supra* p. 58.

¹⁷⁵⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'Histoire constitutionnelle comparée », *cit.*, p. 86. Pour le cas spécifique du droit constitutionnel il est possible de trouver des formules similaires. En effet, pour l'auteur « dans chaque constitution on trouve un amalgame entre les traditions nationales et l'idéal de l'État de droit, élaboré par la conscience juridique des peuples civilisés. Ce compromis entre les traditions nationales et l'idéal de l'État de droit est toujours défini par les conditions politiques dans lesquelles a pris naissance telle ou telle constitution » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, p. 13).

¹⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 87. Un autre exemple qui mentionne l'auteur est la reprise de la Constitution espagnole de 1812 par la révolution de 1820, appelée « El Pronunciamiento ». Pour Mirkin-Guetzévitch cet événement n'a pas eu un caractère purement national, car il est possible de trouver dans d'autres endroits des mouvements similaires qui ont pris le modèle constitutionnel que le Pronunciamiento avait récupéré à son tour de la Constitution de Cadix. « Ainsi, dans tous les coins de l'Europe, il existait dans les années 1820 des facteurs et des mouvements identiques. Santa Rosa à Turin, Capodistria en Moldavie ou les Décabristes à Saint-Petersbourg, sont les mêmes hommes romantiques, avec la même foi, la même croyance en la nécessité de la force pour libérer le peuple qui ne désire pas sa libération » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen », *cit.*, p. 217).

¹⁷⁵⁷ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkin-Guetzévitch », *cit.*, p. 66.

comparaison est une méthode d'observation du fonctionnement des régimes politiques, il reste à déterminer comment comparer le fonctionnement d'un régime au fonctionnement d'un autre régime mais aussi quels systèmes constitutionnels comparer »¹⁷⁵⁸. En tout cas, ces embarras méthodologiques n'affectent pas son rôle, difficilement contestable, de divulgateur du constitutionnalisme. Comme le rappelle S. Pinon, « il favorisa un intense échange d'idées aussi bien en France qu'à l'étranger. À cet égard, son rôle peut être également apparaître comme celui d'un "passeur" [...]. Il a renouvelé l'étude du droit constitutionnel entre les deux guerres en laissant y pénétrer tous les courants venus de l'étranger »¹⁷⁵⁹. Plus encore, il a promu la diffusion, depuis la France jusqu'à nombreux pays, des innovations normatives et institutionnelles du constitutionalisme de son époque.

C. D'une conception normative à une conception politico-empirique de la constitution

Assurément l'une des notions centrales de la doctrine de Mirkin-Guetzévitch est celle de « rationalisation du pouvoir ». Elle explique l'évolution progressive de la démocratie « en tant que tendance à embrasser dans le réseau du droit l'ensemble social de la vie, en tant que tendance à remplacer le fait métajuridique du pouvoir par les règles du droit écrit »¹⁷⁶⁰. La primauté normative du droit constitutionnel est ainsi affirmée, en lui accordant une capacité à régir et à organiser les événements et les forces politiques. Bien que l'auteur reconnaisse que hors du droit constitutionnel écrit existe un ample domaine de la vie politique, les textes des constitutions jouent un rôle fondamental et deviennent des facteurs indépendants de réorganisation de l'État¹⁷⁶¹. C'est de cela dont témoigne sa critique à l'encontre de la conception empirique de constitution de Ferdinand Lassalle (1825-1864)¹⁷⁶² :

« Lassalle n'avait pas raison quand il affirmait dans son célèbre discours que les constitutions par elles-mêmes ne modifient pas la vie politique, que les textes constitutionnels ne font qu'exprimer le rapport réel de forces qui existe dans tel pays entre la réaction et la liberté. [...] On ne peut pas dire aujourd'hui que le suffrage universel, par exemple, proclamé dans une constitution, ne crée pas de réalités politiques ; le fait même d'appeler à la vie politique de larges masses humaines est un événement qui mérite de retenir l'attention, c'est un facteur qui, sinon immédiatement, du moins dans un avenir plus ou moins proche, *peut* changer la corrélation réelle des forces. Voilà pourquoi, bien que la vie politique dans certains pays s'éloigne nettement des textes constitutionnels, bien que les formes constitutionnelles se remplissent d'un contenu social opposé, les nouveaux textes n'en sont pas moins, *par eux-mêmes*, un élément de progrès. En eux sont encloses les

¹⁷⁵⁸ CUVELIER, C., HUET, D., JANSSEN-BENNYNCK, C., *op. cit.*, p. 1567.

¹⁷⁵⁹ PINON, S., *op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁶⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., *cit.*, p. 9. L'auteur remarque que dans les constitutions promulguées après la Première Guerre mondiale « se reflète l'idée de la suprématie du droit, l'idée de l'unité du droit : toute la vie de l'État est basée sur le droit et pénétrée par lui. On assiste au processus de la *rationalisation du pouvoir*, à la tendance de soumettre au droit *tout* l'ensemble de la vie collective » (*Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, p. 8).

¹⁷⁶¹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, p. 11.

¹⁷⁶² Cet auteur offre sa célèbre notion de constitution, entendue comme les rapports réels de force de chaque société, dans une conférence prononcée à Berlin en 1862 intitulée *Über Verfassungswesen* : LASSALLE, Ferdinand, *Qu'est-ce qu'une constitution ?*, éd. Louis Janover, Arles, Éd. Sulliver, 1999, pp. 26-27.

possibilités du passage de la démocratie proclamée à la démocratie réalisée, pour le jour où le texte de la constitution englobera la totalité de la vie politique du pays »¹⁷⁶³.

Dans un premier temps, Mirkin-Guetzévitch perçoit dans les textes promulgués après la Première Guerre mondiale la confirmation de l'évolution vers la primauté normative de la constitution. Pour lui, « l'idée même du pouvoir constituant, l'idée de la *suprématie* de la Constitution aboutit à la *superlégalité* constitutionnelle des lois constitutionnelles par comparaison avec la législation ordinaire »¹⁷⁶⁴. Cette suprématie, point d'acmé du processus de rationalisation du pouvoir, trouve sa meilleure garantie dans le contrôle de la constitutionnalité des lois, institution reconnue par la plupart des nouvelles constitutions européennes¹⁷⁶⁵. Néanmoins, celui-ci et d'autres mécanismes de garantie de la valeur normative de la constitution ne parviennent à empêcher qu'à partir de la fin des années vingt se présente un décalage de plus en plus majeur entre la vie politique réelle et les dispositions des nouvelles constitutions des États d'Europe centrale et orientale¹⁷⁶⁶. Ainsi, l'empirisme historique mène Mirkin-Guetzévitch à reconsidérer sa conception de la constitution¹⁷⁶⁷. Il n'avait pas d'autre choix dans la mesure où, pour lui, « le droit constitutionnel comparé, l'histoire constitutionnelle comparée doivent être des sciences de la réalité »¹⁷⁶⁸. C'est ainsi que – comme l'explique S. Pinon – après la promulgation de la Constitution espagnole du 9 décembre 1931, qui fait renaître l'espoir de cet auteur par rapport aux nouveaux textes, en 1933 dans un article intitulé « La révision constitutionnelle » se produit un revirement définitif¹⁷⁶⁹. Le professeur franco-ukrainien y reconnaît que « les savantes Constitutions européennes d'après-guerre [...] ont fait faillite », et même si « la crise profonde de la démocratie en Europe Centrale et Orientale n'est pas seulement due aux textes constitutionnels », il considère que « ce sont les causes politiques et sociales résultant de la non adaptation de ces peuples à la liberté qui ont provoqué la

¹⁷⁶³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, pp. 11-12.

¹⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁷⁶⁵ Comme lui-même l'explique « plusieurs Constitutions nouvelles ont reconnu le contrôle de la constitutionnalité des lois. En Irlande (art. 16), en Roumanie (art. 103), en Grèce (art. 5), on a adopté le système américain. En Autriche, en Tchécoslovaquie, au contraire, on a créé un organe spécial de contrôle constitutionnel, et celui-ci fonctionne non pas sur l'initiative des personnes privées, mais à la demande des institutions de l'État ; la loi reconnue comme non constitutionnelle pour un cas donné perd sa force par ce fait même et est abrogée » (*ibidem*, p. 33).

¹⁷⁶⁶ Selon Mirkin-Guetzévitch, « l'ensemble constitutionnel qui a été créé en Europe après la guerre [...] n'a pas pu être réalisé par suite de différentes circonstances historiques [...]. L'étude des nouvelles tendances du droit constitutionnel ne pouvait être fructueuse si elle ne distinguait pas entre les principes proclamés dans les Constitutions et leur application pratique. [...] Sous l'influence de quels facteurs historiques, les textes constitutionnels ont été remaniés ou déviés soit par les révisions constitutionnelles, soit par la législation ordinaire, soit même par la non application de telle ou telle disposition constitutionnelle » (*ibidem*, p. VIII).

¹⁷⁶⁷ Comme l'explique S. Pinon, « enchaîner ses positions aux fluctuations de l'histoire – tel que l'impose sa méthode “ historico-empirique ” – risquait d'entraîner de nombreux revirements ou pire, de conduire à une désaffection de la science constitutionnelle... surtout dans le contexte incertain de l'entre-deux-guerres » (PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkin-Guetzévitch », *cit.*, p. 77).

¹⁷⁶⁸ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *cit.*, p. 401. Par ailleurs, « ce revirement épistémologique, en un temps où la rivalité entre les deux disciplines – le droit constitutionnel et la science politique – est à son comble, ne pouvait évidemment favoriser la réception de ses idées par la doctrine constitutionnelle française » (PINON, S., « Boris Mirkin-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », p. 194).

¹⁷⁶⁹ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkin-Guetzévitch », p. 78 ; ID., « Boris Mirkin-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », pp. 192-193.

faillite des textes», au point que «le juriste doit reconnaître que la construction constitutionnelle des nouveaux États de l'Europe Centrale et Orientale ne correspondait pas aux exigences sociales et politiques modernes»¹⁷⁷⁰. Son scepticisme à l'égard de la capacité de ces constitutions de contenir l'action des autorités publiques est encore plus évidente lorsqu'il remarque les risques de l'établissement d'une juridiction constitutionnelle. Pour lui, ceux qui soutiennent cette institution «ne connaissent probablement pas assez la *pratique* du contrôle constitutionnel des lois ; s'ils connaissaient les résultats néfastes donnés par le veto judiciaire aux États-Unis, ils ne seraient pas aussi enthousiastes»¹⁷⁷¹. Il en est de même de la rationalisation du pouvoir en ce qui concerne le fonctionnement du régime parlementaire, comme on le verra plus loin¹⁷⁷². En somme, tant ses présupposés méthodologiques que le contexte politico-constitutionnel des années vingt et trente expliquent le changement qui s'opère chez Mirkine-Guetzévitch et qui affecte sa conception sur la nature et l'origine de la constitution : «les institutions et les lois ne sont jamais une simple application de doctrines. Toute Constitution est beaucoup plus une œuvre de circonstances que de logique juridique. Les Constitutions sorties du cerveau des théoriciens sont rarement viables. Le plus souvent, une Constitution est le fruit de transactions, de compromis ; mais la transaction est le stade final de l'œuvre constituante. Auparavant doit se produire un choc salutaire des attitudes, des opinions. [...] Méfions-nous, en matière constitutionnelle, des formules, des dogmes, de la terminologie»¹⁷⁷³.

Un autre article publié en 1934 sur le même sujet de la révision de la constitution insiste sur le fait que «l'expérience des Constitutions très complètes et très savantes que les peuples de l'Europe centrale et orientale se sont données après la guerre, ne paraît pas très rassurante. La plupart de ces Constitutions sont, à l'heure actuelle, révisées, abolies ou ne présentent aucune réalité politique. En matière de droit constitutionnel, la base véritable du fonctionnement normal de la Constitution, c'est la confiance du peuple, c'est l'opinion publique. La croyance démesurée dans les bienfaits de Constitutions longues, savantes, contenant les institutions les plus approfondies, nous semble, à l'heure actuelle, sans fondement»¹⁷⁷⁴. À partir de ces présupposés, Mirkine-Guetzévitch considère que pour ce qui est du problème de l'opportunité ou de la nécessité de la révision constitutionnelle en France, il n'y a rien de plus sûr, pour redresser le régime parlementaire, que «un Exécutif fort» :

« Pour qu'il soit fort, il faut une majorité stable, et, pour obtenir cette majorité stable, il faut trouver des facteurs politiques favorables qui ne peuvent être inscrits ni dans les lois, ni dans la Constitution. Bref, tout en admettant l'utilité de certaines retouches aux lois constitutionnelles de 1875, nous considérons que ce serait déplacer le centre de gravité politique que partager la croyance illimitée dans la vertu de la révision constitutionnelle ; en régime parlementaire, le problème de la majorité joue un rôle plus important qu'un paragraphe constitutionnel, et, comme le problème de la majorité n'est pas un problème juridique mais un problème purement politique, la science politique est obligée de garder un

¹⁷⁷⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « La révision constitutionnelle », *cit.*, pp. 346-347.

¹⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 345.

¹⁷⁷² Voir *infra* pp. 356 et suiv.

¹⁷⁷³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *cit.*, p. 409.

¹⁷⁷⁴ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « La révision de la Constitution française », *cit.*, p. 16.

certain relativisme vis-à-vis de toutes croyances illimitées dans les miracles à attendre de la révision constitutionnelle »¹⁷⁷⁵.

Ces observations montrent plus explicitement que Mirkine-Guetzévitch « considère la norme constitutionnelle comme incapable d'encadrer les phénomènes du pouvoir et de s'imposer sur les aléas politiques. Cette recherche d'émancipation intellectuelle par rapport aux textes le conduit de plus en plus à inscrire dans son champ d'analyse des facteurs extra-juridiques : la pratique des institutions, l'histoire constitutionnelle, les idéologies politiques notamment. [...] C'est la naissance du "second Mirkine" »¹⁷⁷⁶. Même après la Deuxième Guerre mondiale il n'abandonne pas la conception empirique de constitution : « Quelques trente-cinq ans d'études politiques nous ont appris la relativité constitutionnelle. Les textes ne créent pas la démocratie : les hommes, les mœurs, les traditions, les partis sont les éléments les plus importants d'une constitution démocratique » ; ce qui importe c'est « les constitutions et les institutions non pas dans leur existence normative, logique, mais dans leur fonctionnement »¹⁷⁷⁷.

D. La garantie des droits et libertés et leur caractère social

On a déjà indiqué que Mirkine-Guetzévitch a une conception finaliste du droit constitutionnel. Le but que celui-ci cherche à atteindre est la réalisation complète de la démocratie, à tel point que « la plupart de ces constitutions [celles promulguées après la Première Guerre mondiale] marquent le triomphe des principes démocratiques. Elles instituent immédiatement la république ou elles démocratisent certaines monarchies constitutionnelles »¹⁷⁷⁸. Or, aux côtés de la démocratie l'auteur place la liberté de l'individu comme un autre objectif du droit constitutionnel ou, du moins, comme l'un de ses contenus essentiels. C'est de cela dont témoigne sa formule « technique de la liberté » pour le définir. Il considère ainsi que « la technique du droit constitutionnel est telle que le texte constitutionnel ne peut que sanctionner le principe général de la liberté individuelle »¹⁷⁷⁹. Il est même permis de dire que dans le cas où se présente une éventuelle contradiction entre la garantie de la liberté individuelle et le principe démocratique, Mirkine-Guetzévitch semble se résoudre en faveur de la première. En effet, dans *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* il soutient que « les textes constitutionnels n'ont pas exprimé seulement le pouvoir du nombre, le pouvoir de la majorité ; [...] on y voit apparaître non seulement la "démocratie de fait", mais aussi la "démocratie de droit", qui se traduit par la rationalisation juridique de la "volonté générale", la "volonté du peuple" se justifiant non seulement parce qu'elle est la "volonté" de la majorité, mais aussi parce qu'elle s'insère dans des formes qui garantissent l'expression la plus raisonnable et la plus juste de

¹⁷⁷⁵ *Ibidem*, p. 24. Pour J. Gicquel et L. Sfez, ce type de considérations justifie de classer Mirkine-Guetzévitch parmi les « antirévisionnistes » (GICQUEL, Jean, SFEZ, Lucien, *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, Paris, PUF, 1965, p. 8), dont la posture confrontait celle d'une partie importante de la classe politique qui durant les années vingt et trente a soutenu la nécessité d'une réforme des lois constitutionnelles de 1875 (voir *supra* pp. 224 et suiv.).

¹⁷⁷⁶ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », *cit.*, p. 79. Voir dans le même sens : GUILLÉN, G., *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁷⁷⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Les problèmes constitutionnels », *cit.*, p. 19.

¹⁷⁷⁸ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, p. 8-9.

¹⁷⁷⁹ *Ibidem*, p. 34.

cette “volonté”, rapprochant l’État libre de la véritable *anthropocratie*»¹⁷⁸⁰. Plus encore, pour l’auteur d’origine ukrainienne ladite contradiction ne peut que difficilement se déclencher, car «la rationalisation du pouvoir, historiquement, est liée à ce que la démocratie se propose l’homme pour fin. C’est la personnalité humaine qui est l’idée régulatrice de la rationalisation de l’État et du pouvoir. Quand il n’y a pas de similitude absolue entre le pouvoir et le droit, le principe de l’*État de droit* est violé, les droits de la personnalité humaine sont insuffisamment garantis. Au contraire, si l’identité est parfaite entre le pouvoir et le droit, le sens de l’*État de droit* réside précisément dans la garantie la plus complète des droits de l’individu»¹⁷⁸¹.

C’est justement la question de la garantie des droits et libertés qui intéresse le plus Mirkine-Guetzévitch. Il admet qu’il y a plusieurs théories sur leur nature et origine – il mentionne «l’ancienne conception» des droits individuels, naturels, inaliénables, antérieurs à l’État, et la conception «objective» développée par la science juridique moderne¹⁷⁸². Il reconnaît également que leur proclamation dans les articles des constitutions est une expression notable de la tendance de rationalisation démocratique de la vie publique¹⁷⁸³. Toutefois, pour lui le centre du problème des libertés se trouve dans leur garantie juridique face à l’action des autorités publiques qui, cherchant le respect de l’ordre public et la réalisation de la discipline sociale, les limitent inévitablement et restreignent leur exercice. Pour éviter que cette situation donne lieu à un pouvoir discrétionnaire, la restriction des libertés est encadrée juridiquement tant au point de vue matériel que dans la forme. Dans le premier cas, elle l’est «par l’impossibilité de recourir par exemple à l’esclavage, aux tortures, aux confiscations arbitraires», tandis que formellement elle l’est par la définition des institutions qui sont compétentes pour procéder de cette manière, c’est-à-dire «par le fait que la question ne relève plus de la compétence du pouvoir exécutif, qu’elle a été remise à d’autres organes et surtout qu’elle est l’objet d’une *procédure spéciale*»¹⁷⁸⁴. Dans ce cas et suivant la doctrine de Gaston Jèze (1869-1953), Mirkine-Guetzévitch considère que la limitation des libertés individuelles au nom de l’ordre public est de la compétence exclusive du législateur au moyen des lois générales et impersonnelles. Il s’agit d’une garantie effective non pas parce que la loi exprime une supposée volonté générale, mais en raison de «la procédure même de la législation : les débats pleinement contradictoires et une *large publicité*. C’est donc la procédure seule de la limitation discrétionnaire des libertés individuelles par voie législative qui est la garantie de ces libertés dans l’État moderne»¹⁷⁸⁵. Cependant, cette garantie formelle n’est pas suffisante et les contenus substantiels des droits et libertés doivent être également protégés par les tribunaux à travers les recours juridictionnels, par exemple l’habeas corpus. Or, si le législateur limite les libertés individuelles, mais en promulguant une loi contraire aux principes proclamés par la Constitution, le contrôle judiciaire des lois se présente comme la seule garantie juridique effective. Mirkine-Guetzévitch signale que la tradition constitutionnelle française depuis la

¹⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 9.

¹⁷⁸¹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Droit constitutionnel international*, cit. p. 190.

¹⁷⁸² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit. p. 36.

¹⁷⁸³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷⁸⁵ *Loc. cit.*

révolution de 1789 voyait les meilleures garanties face à cette menace dans la séparation des pouvoirs, dans le principe de la souveraineté du peuple, et surtout dans le principe de la légalité. « Mais le principe de la légalité – affirme l’auteur – ne peut pas être considéré comme l’*unique* garantie des libertés individuelles ; garantissant l’individu contre l’arbitraire du pouvoir *exécutif*, il laisse le citoyen sans défense devant l’arbitraire du législateur, capable de promulguer une loi contraire au principe de la liberté individuelle proclamé par la Constitution. Voilà pourquoi le contrôle de la constitutionnalité des lois est une garantie supplémentaire des libertés individuelles »¹⁷⁸⁶. Plus encore, si le texte d’une constitution prévoit que les libertés individuelles peuvent être limitées par la loi, seul le contrôle de la constitutionnalité garantit que ces limitations essentielles des libertés ne finissent par éliminer dans la pratique le principe proclamé¹⁷⁸⁷.

Par ailleurs, Mirkine-Guetzévitch s’intéresse à l’évolution qui affecte directement la nature des droits et libertés. Il s’agit de l’introduction, à côté des libertés individuelles, des droits à caractère social qui répondent à des conditions différentes des premières : « En 1789 et 1793, on a inscrit ceux des Droits de l’Homme et du Citoyen qui correspondaient à l’époque. Évidemment aucun d’eux n’a vieilli, mais la liste elle-même est incomplète pour le XX^e siècle : la vie actuelle exige non seulement la sauvegarde de tous les droits de la Déclaration de 1789, mais encore celle des nouveaux droits nés de l’évolution de la vie sociale. Et, à cet égard, les nouvelles constitutions européennes, se sont conformées à cette évolution »¹⁷⁸⁸. En effet, l’auteur remarque que les constitutionnalistes de la période turbulente et conflictuelle de l’entre-deux guerres ont élaboré un nouveau droit qui s’accorde aux exigences des certaines groupes et intérêts dans la société et qui, surtout, correspond aux nouvelles nécessités de la vie sociale. Ce sont alors des conditions objectives – et non pas l’action de certain parti ou groupe politique – qui ont imposé cette transformation du contenu des droits¹⁷⁸⁹, conditions qui sont habituellement synthétisées au moyen de l’expression de « question sociale »¹⁷⁹⁰ et qui impliquent qu’il est de plus en plus difficile de distinguer entre l’individu politique et l’individu social. Tout cela mène à la transformation des présupposés conceptuels tant de la théorie générale de l’État que de la doctrine des droits individuels. La démocratie continue à être fondée sur la reconnaissance et la garantie des droits individuels, proclamant juridiquement la liberté de l’individu. « Mais cet individualisme doit être social. Il s’agit d’un néo-individualisme qui continue l’œuvre de la Révolution française ; c’est un néo-individualisme social qui constitue la seule garantie de la liberté et de la justice dans la société moderne »¹⁷⁹¹. Par conséquent, « l’État ne peut plus se

¹⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*, pp. 42-43.

¹⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷⁸⁹ En effet l’auteur soutient que « l’introduction d’éléments sociaux dans les Déclarations des droits n’est nullement en rapport direct avec la proportion plus ou moins grande de démocratisation d’un pays donné. L’apparition des nouveaux éléments sociaux n’est pas seulement le résultat de la participation des socialistes à l’œuvre des assemblées constituantes ; les droits sociaux apparaissent aussi dans les Constitutions qui ont été rédigées avec une faible participation ou même sans le concours des socialistes » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. 39-40).

¹⁷⁹⁰ Voir *supra* p. 219.

¹⁷⁹¹ GUILLÉN, G., *op. cit.*, p. 36-37.

borner à reconnaître l'indépendance juridique de l'individu, il doit créer un minimum de conditions nécessaires pour assurer son indépendance sociale »¹⁷⁹².

De la même manière que les libertés individuelles, Mirkine-Guetzévitch s'inquiète pour la garantie des droits sociaux. C'est ainsi que, d'une part, il relève, bien qu'implicitement, l'éventualité d'un conflit entre le premier type de libertés et le second type de droits : « au nom d'un principe objectif – la solidarité, l'ordre public, etc. [...] – au nom de ce principe social supérieur, on assiste à une limitation de certains droits fondamentaux, en particulier du droit de propriété qui évolue sous nos yeux », ce qui implique, en général, « qu'il y a à la fois extension des droits individuels et certaines limitations de ces droits fondamentaux antérieurement proclamés »¹⁷⁹³. Si les deux types de droits entrent en tension, il semble que l'auteur prend parti pour la primauté des ceux à caractère social, en tant qu'ils peuvent restreindre ceux à caractère individuel, bien qu'il ne propose pas une procédure spécifique pour achever cette primauté¹⁷⁹⁴. D'autre part, outre ces difficultés concernant la garantie juridique des droits sociaux, Mirkine-Guetzévitch remarque les obstacles empiriques qui empêchent leur réalisation effective, puisque « les nouvelles Constitutions, organisant la vie publique de peuples secoués par la guerre, ne pouvaient réaliser intégralement cette rationalisation de la vie sociale ». De toute façon, pour lui « la valeur de la tentative n'est nullement diminuée du fait que dans certains États ces “ droits sociaux ” soient restés sur le papier »¹⁷⁹⁵. Il identifie alors d'autres qualités que peuvent avoir les droits, différentes de leur caractère juridique, qui permettent de réaffirmer l'importance des droits sociaux. En particulier, ils ont une valeur éducative pour la population et leur inclusion dans le texte des nouvelles constitutions définit une tendance et marque le début d'un processus qui finira par leur accomplissement dans l'avenir. En conséquence, les obstacles qui s'opposent à ce que les droits sociaux soient une réalité ne sont pas l'un des doutes de Mirkine-Guetzévitch à l'égard de la rationalisation du pouvoir. Il les justifie sur d'autres motifs, de sorte qu'il soit possible de conclure que « ne subsistera du “ premier Mirkine ” qu'un attachement au droit constitutionnel international [...] et à la tendance sociale des Déclaration des droits »¹⁷⁹⁶.

E. La redéfinition du parlementarisme

La « rationalisation du pouvoir », c'est-à-dire la soumission de l'État au droit, trouve son achèvement dans « le processus de rationalisation du parlementarisme »¹⁷⁹⁷. Là est certainement la raison pour laquelle l'on a habituellement attribué la paternité du concept de « parlementarisme rationalisé » à Mirkine-Guetzévitch qui « le forge à partir de l'étude

¹⁷⁹² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. 40.

¹⁷⁹³ *Loc. cit.*

¹⁷⁹⁴ Avant la fin de la Deuxième Guerre mondiale personne n'avait proposé une procédure judiciaire pour la garantie des droits sociaux – par exemple, au moyen du contrôle de la constitutionnalité des lois – et leur réalisation était confiée à la loi et à son application par l'administration. Assurément Mirkine-Guetzévitch suivait cette tendance parce que, pour lui, « le contrôle juridictionnel des lois doit garantir ce qu'on appelle les *Droits de l'Homme et du Citoyen* », sans inclure les droits sociaux (*Ibidem*, pp. 34-35).

¹⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 41.

¹⁷⁹⁶ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », cit., p. 80.

¹⁷⁹⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. 17.

des constitutions des pays de l'Europe centrale et orientale de l'entre-deux-guerres »¹⁷⁹⁸. En effet, il y fait allusion à plusieurs reprises, par exemple lorsqu'il souligne que la rationalisation du régime parlementaire s'explique surtout par « la collaboration des juristes théoriciens, s'efforçant le plus possible d'introduire tout le processus complexe de la vie politique dans les cadres du droit », son propos immédiat étant de « protéger les nouveaux États contre un parlementarisme trop houleux et contre des chutes trop rapides des cabinets »¹⁷⁹⁹. La rationalisation consiste alors – comme l'explique Ph. Lavaux – à « traduire par des règles juridiques écrites et des mécanismes formels, les modes de fonctionnement du système parlementaire, et de les aménager dans une perspective rationnelle »¹⁸⁰⁰. Néanmoins, pour Mirkine-Guetzévitch il en est du parlementarisme rationalisé comme de la rationalisation du pouvoir et l'écart entre les textes des nouvelles constitutions et la vie politique réelle l'amène à devenir « très rapidement un farouche détracteur » de ce genre de parlementarisme¹⁸⁰¹. Si la rationalisation a pour objectif principal de réglementer la stabilité gouvernementale et de combattre contre l'instabilité ministérielle, force est de reconnaître que les dispositions des nouvelles constitutions adoptées après la Première Guerre mondiale, qui ont essayé de réaliser ce modèle, n'ont pas donné les résultats prévus. L'auteur manifeste donc ouvertement qu'il a dû abandonner le parlementarisme rationalisé :

« Les arguments des “rationalistes” ne nous paraissent pas convaincants. On pouvait accepter la “rationalisation du pouvoir” il y a trente ans et nous-même avons salué ces formes nouvelles du parlementarisme, pour réviser cependant plus tard notre jugement : l'expérience a démontré que la rationalisation du parlementarisme n'a assuré nulle part ni la stabilisation de l'Exécutif, ni la formation d'un Exécutif fort, indispensable au bon fonctionnement du régime parlementaire.

¹⁷⁹⁸ DE BUJADOUX, Jean-Félix, « Jaurès, aux origines du modèle français de parlementarisme rationalisé », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 11, 2013, p. 1. Voir dans le même sens : ARDANT, Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2000, p. 241 ; AVRIL, Pierre, GICQUEL, Jean, *Lexique droit constitutionnel*, 4^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 87 ; CHAGNOLLAUD, Dominique, *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1, Théorie générale, les régimes étrangers*, 3^e éd., Paris, A. Colin, 2003, p. 112 ; DE VILLIERS, Michel, LE DIVELLE, Armel, « Parlementarisme rationalisé », in ID., *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 8^e éd., Paris, Sirey, 2011, p. 261 ; GICQUEL, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 16^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 120.

¹⁷⁹⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, p. 19. L'auteur lui-même identifie ces « juristes théoriciens » : « Dans l'élaboration des constitutions nouvelles, la science juridique a joué un grand rôle. Bien que les textes fussent le résultat de plusieurs compromis politiques, d'accords entre partis, etc., le rôle de la “technique juridique” est néanmoins très important. Les théoriciens du droit ont exercé leur influence. Dans plusieurs pays ils se sont efforcés de rédiger un texte où les doctrines les plus modernes entrent en application. En Allemagne, par exemple, la constitution doit beaucoup à H. Preuss ; en Autriche, au remarquable théoricien de droit public, Hans Kelsen, etc. » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., *cit.*, p. 8). L'on peut ajouter l'influence de Nicolás Pérez Serrano et Miguel Cuevas sur la Constitution espagnole de 1931 (GUILLÉN, G., *op. cit.*, p. 52) et celle de Tulio Enrique Tascón sur la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie.

¹⁸⁰⁰ LAVAUX, Philippe, *Le parlementarisme*, 2^e éd., Paris, PUF, 1997, p. 80.

¹⁸⁰¹ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », *cit.*, p. 103. Comme l'on sait, « l'œuvre constitutionnelle de l'auteur ne peut s'appréhender correctement si l'on n'admet pas l'existence d'un “premier” et d'un “second” Mirkine-Guetzévitch ». Par rapport au parlementarisme rationalisé, « le “premier” est un apologiste de la rationalisation, alors que le “second” en devient très vite un détracteur » (PINON, S., « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *cit.*, p. 188).

Faut-il donc condamner résolument la forme rationalisée du régime parlementaire européen ? Si la théorie purement juridique hésitait à le faire, la science politique, la science des réalités serait moins indulgente »¹⁸⁰².

La raison de l'échec se trouve alors dans les contextes d'application des constitutions ainsi que dans le contenu de leurs dispositions, puisque « le problème de la stabilité gouvernementale n'est pas un problème constitutionnel ; aucune loi, aucune règle rigide ne peut la réaliser si la vie politique d'un pays n'en offre pas les conditions nécessaires. Les règles constitutionnelles de la procédure parlementaire sont presque inutiles lorsqu'il s'agit d'un gouvernement ayant une forte majorité ; à un gouvernement de coalition s'appuyant sur une majorité instable, cette procédure ne saura assurer la stabilité »¹⁸⁰³. Le contexte impose alors un autre choix que la rationalisation. « Le régime parlementaire – assure Mirkin-Guetzévitch – ne peut fonctionner avec tous ces instruments compliqués et ces rouages lourds ; le régime parlementaire, c'est la souplesse, c'est une construction simple [...]. L'essentiel du parlementarisme moderne, c'est [...] le gouvernement de la majorité. [...] Dans les républiques modernes, où il n'y a pas de lutte entre l'Exécutif et le Législatif, où l'Exécutif n'est qu'une émanation du pouvoir législatif et où le sens politique des élections consiste dans la formation de l'Exécutif, parce que les électeurs en votant pour tel ou tel parti politique, votent en fait, pour la formation de l'Exécutif, la dissolution est le complément indispensable du gouvernement de la majorité »¹⁸⁰⁴. C'est alors que le professeur franco-ukrainien dessine une redéfinition du parlementarisme orientée vers une consolidation de la démocratie tout en renforçant l'exécutif. « Elle doit permettre, en acceptant de se débarrasser des oripeaux de la doctrine constitutionnelle classique, d'aboutir à réconcilier le couple “ autorité/liberté ” ou “ pouvoir exécutif fort/démocratie ” », ce qui « constitue incontestablement le point fort de sa pensée »¹⁸⁰⁵. Cette redéfinition part d'une approche singulière qui – comme l'on vient de voir –, par l'affirmation du gouvernement de la majorité, met en doute la doctrine de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs¹⁸⁰⁶, à tel point qu'« on doit lui accorder d'avoir placé avant tout le monde le phénomène “ majoritaire ” au cœur de son approche du régime parlementaire »¹⁸⁰⁷. En effet, selon Mirkin-Guetzévitch « le *sens politique du parlementarisme* contemporain n'est pas en ceci que le ministère doit avoir la confiance de la majorité du Parlement, mais dans le fait que *c'est la majorité qui compose le cabinet*. [...]

¹⁸⁰² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *cit.*, p. 637.

¹⁸⁰³ *Ibidem*, p. 613.

¹⁸⁰⁴ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « La révision constitutionnelle », p. 347. De fait, pour lui la dissolution est une forme de référendum : « après une dissolution, les élections ont toujours un caractère beaucoup plus démocratique que les élections aux dates fixes ; ce ne sont pas les questions de personnes qui jouent un rôle important, ce ne sont ni les luttes personnelles ni le désir des candidats qui sont en jeu, c'est un grand problème de la vie nationale pour la solution duquel les électeurs sont appelés à dire oui ou non. C'est un véritable *referendum* réalisé par le moyen d'une élection » (*ibidem*, p. 342).

¹⁸⁰⁵ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkin-Guetzévitch », *cit.*, p. 84.

¹⁸⁰⁶ « La théorie de l'équilibre ne répond pas aux conditions modernes de la démocratie. Pour la démocratie, le problème même de l'équilibre disparaît. Dans la démocratie moderne, le pouvoir exécutif, tout en ayant acquis un caractère de création politique inconnu sous l'ancien régime, n'en a pas moins perdu toute indépendance en ce qui concerne son *origine* et son *existence*. La démocratie moderne est un système de gouvernement issu du suffrage universel » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^{re} éd., *cit.*, p. 18).

¹⁸⁰⁷ PINON, S., « Boris Mirkin-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », p. 206.

Le sens *politique* du parlementarisme n'est pas dans la responsabilité des ministres devant la majorité du Parlement, mais dans le fait que cette majorité reçoit le pouvoir, *choisit* ses ministres responsables en fait devant cette majorité, c'est-à-dire devant le parti qui l'a emporté aux élections »¹⁸⁰⁸.

Sur ces bases, il est possible de développer les deux dimensions de la reformulation du parlementarisme. Premièrement, comme « le régime parlementaire, c'est le pouvoir exécutif dans les mains de la majorité »¹⁸⁰⁹, il ne suppose pas seulement que la formation du premier dépende de la deuxième, mais aussi que le gouvernement assume la direction de la majorité. Mirkine-Guetzévitch parle alors de la « primauté politique (et non constitutionnelle) de l'Exécutif » et l'érige comme le « pouvoir fort dans la démocratie »¹⁸¹⁰, ce qui correspond à quelques propositions de réforme qui en ce même sens et à la même époque ont été formulées, par exemple par André Tardieu¹⁸¹¹ et Gaston Doumergue¹⁸¹², suivant les recommandations d'une partie de la doctrine¹⁸¹³. A partir de ce constat, l'auteur franco-ukrainien affirme que « le véritable sens politique du régime parlementaire dans la démocratie contemporaine est dans la formation de l'Exécutif. Les élections se font, dans les pays où les partis politiques sont organisés, avec un seul but précis : l'acquisition du pouvoir. La lutte électorale est menée par les partis politiques non pas au nom d'un principe abstrait ou d'une formule théorique, mais uniquement avec le seul but de gagner la bataille électorale, d'avoir une majorité au parlement, et, grâce à cette majorité parlementaire, de former le ministère »¹⁸¹⁴. Les régimes démocratiques prévus dans les nouvelles constitutions ont dû céder la place aux dictatures parce qu'on y a établi une construction défectueuse des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Selon Mirkine-Guetzévitch, les origines de cette erreur viennent de la méfiance des constituants envers l'Exécutif et d'avoir cherché à établir la primauté absolue du pouvoir législatif. « Cette erreur de construction a eu pour conséquences l'affaiblissement de l'État, l'impossibilité d'assurer le fonctionnement des services publics et surtout l'impossibilité pour les nouveaux gouvernants de vaincre les difficultés économiques »¹⁸¹⁵. Contrairement

¹⁸⁰⁸ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., pp. 16-17. Dit en d'autres termes, « la véritable signification du régime parlementaire n'est pas la responsabilité du cabinet, mais le pouvoir exercé par la majorité parlementaire dans le choix des ministres. Ce pouvoir de la majorité est la seule formule exacte au point de vue juridique et au point de vue historique » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., cit., p. 30). En 1951 l'auteur réaffirme que « l'essence du parlementarisme moderne réside dans l'application politique et gouvernementale du principe majoritaire. Le peuple vote ; les élus se réunissent ; ils nomment, ils forment un Gouvernement. Ainsi le peuple *élit* – par le truchement de l'Assemblée – son Gouvernement. Toute la portée politique du parlementarisme est là, et là seulement. Toutes les formules concernant la responsabilité politique du Cabinet ne sont que définitions surannées » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions européennes*, tome I, p. 19).

¹⁸⁰⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre », cit., 1937, p. 67.

¹⁸¹⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^e éd., cit., p. 195.

¹⁸¹¹ Voir *supra* n. 1065.

¹⁸¹² Voir *supra* p. 227.

¹⁸¹³ Voir *supra* p. 236.

¹⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 199. À l'égard de ces considérations, il est alors possible d'affirmer que Mirkine-Guetzévitch défend la primauté de l'exécutif « à la fois comme *principe* et *point d'achèvement* du parlementarisme » (SICART, Gilles, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, Thèse de doctorat, Droit public, dir. Jacques Chevallier, Université Panthéon-Assas Paris II, 2000, p. 288).

¹⁸¹⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., cit., p. 25.

à ce préjugé, il est possible de formuler une théorie de l'exécutif démocratique qui n'encourage ni un régime autoritaire et encore moins une dictature, mais qui démontre que « le sens véritable du régime démocratique exige le renforcement de l'Exécutif qui peut devenir de ce fait beaucoup plus fort et beaucoup plus puissant que le pouvoir des anciens rois et de leurs ministres »¹⁸¹⁶. Tel est le cas parce que « l'Exécutif moderne, qui s'appuie sur la majorité parlementaire, n'est pas seulement l'organe d'exécution, mais il est le plus fort organe de la législation. Le pouvoir exécutif représente, en fait, l'âme de la législation. La plupart des lois adoptées par le Parlement sont dues à l'initiative du gouvernement. [...] C'est le gouvernement seul qui a l'appareil technique nécessaire pour préparer les projets de loi. [...] L'Exécutif, c'est la plus grande force créatrice de la démocratie moderne. Si c'est le parlement qui vote les lois, c'est l'Exécutif qui les prépare et qui oblige le parlement à les voter. Ignorer cette transformation capitale de l'Exécutif, c'est ignorer l'évolution parlementaire »¹⁸¹⁷.

Or, ce renforcement de l'exécutif n'affecte pas la démocratisation du parlementarisme, la deuxième dimension de la redéfinition de ce régime selon Mirkine-Guetzévitch. Tout au contraire, il permet un vrai rapprochement entre gouvernants et gouvernés car dans le régime parlementaire « l'Exécutif est l'organe du peuple et la différence entre le Législatif et l'Exécutif dans sa formation est uniquement dans le degré de formation : le parlement sort directement des élections, l'Exécutif sort aussi des élections, mais par l'intermédiaire de la majorité parlementaire »¹⁸¹⁸. Évidemment, comme l'explique S. Pinon, cette relation presque directe entre la majorité du corps électoral et le gouvernement ne peut s'accomplir qu'avec la reconnaissance d'un rôle décisif des partis politiques¹⁸¹⁹. En effet, l'auteur remarque qu'« à la base de la vie politique contemporaine se trouve l'existence des partis politiques »¹⁸²⁰, dans la mesure où « dans l'État d'aujourd'hui, les partis luttent non seulement au nom des principes politiques définis, mais aussi *pour le pouvoir*. [...] Le parti veut obtenir la majorité pour prendre le pouvoir, pour constituer son cabinet. La responsabilité des ministres dans les conditions politiques actuelles n'est pas autre chose que le moyen d'obtenir le pouvoir pour exécuter le programme proclamé par le parti »¹⁸²¹. En outre, « la stabilité gouvernementale n'est pas une question de droit, et l'on ne peut pas remédier à cette instabilité par des paragraphes constitutionnels ou législatifs. C'est une question de situation des partis politiques, c'est une question de majorité, c'est le fait de

¹⁸¹⁶ *Ibidem*, pp. 31-32. Voir également : « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *cit.*, pp. 608. Par ailleurs, il convient de remarquer que malgré les critiques qu'il formule à leur encontre, « Boris Mirkine-Guetzévitch observe le fonctionnement de systèmes constitutionnels marqués par l'autoritarisme. Tout particulièrement, il étudie les pays d'Europe de l'Est, la Russie soviétique ou encore les États sud-américains. En utilisant ces parties du monde comme de véritables laboratoires d'observation, l'auteur introduit le régime dictatorial dans l'étude du droit constitutionnel » (CUVELIER, C., HUET, D., JANSSEN-BENNYNCK, C., *op. cit.*, p. 1565).

¹⁸¹⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'exécutif dans le régime parlementaire », *cit.*, pp. 160-161. Dans un article de 1954 il réaffirme que gouverner « ce n'est pas seulement appliquer les lois ; gouverner, c'est donner l'impulsion à la vie publique, prendre des initiatives, préparer les lois, nommer, révoquer, châtier, agir. Agir surtout » (« L'échec du parlementarisme "rationnalisé" », *cit.*, p. 115).

¹⁸¹⁸ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^{re} éd., *cit.*, p. 200. Voir aussi : « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre », *cit.*, pp. 73-74.

¹⁸¹⁹ PINON, S., « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », *cit.*, p. 91.

¹⁸²⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1^{re} éd., *cit.*, p. 200.

¹⁸²¹ *Ibidem*, pp. 16-17.

l'existence de trois ou quatre partis bien organisés ou d'un arc-en-ciel de petits partis impuissants »¹⁸²². À partir de ces considérations Mirkine-Guetzévitch conclut que la seule manière de surmonter l'échec de la rationalisation du régime parlementaire consiste en la refonte de celui-ci, notamment de son système de partis, pour pérenniser l'État de droit et la constitution comme technique de la liberté. A défaut de réforme, « il périra, et, avec lui, l'Europe démocratique »¹⁸²³.

¹⁸²² MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., *cit.*, p. 21. Sur ces prémisses l'auteur signale que « la stabilité du Gouvernement sous le régime parlementaire n'a pu être assurée par la technique constitutionnelle ni en Europe centrale, ni en Espagne républicaine, pour cette simple raison que le problème de la stabilisation de l'Exécutif est intimement lié à celui des partis. Si, par contre, le système anglais assure une stabilité parfaite au gouvernement c'est évidemment parce qu'il n'y a pratiquement aujourd'hui que deux partis en Angleterre : l'un au pouvoir, l'autre – la minorité – dans l'opposition » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *cit.*, p. 613).

¹⁸²³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., « L'échec du parlementarisme " rationalisé " », *cit.*, p. 118.

Conclusion du Titre I.

Si un problème qui est au centre des inquiétudes de la doctrine constitutionnelle française au tournant du XX^e siècle, c'est bien celui des risques que comporte la reconnaissance étendue des droits politiques pour l'État de droit et pour l'application effective de la constitution. Pour les constitutionnalistes, de même que pour les leaders républicains et pour une partie importante de l'opinion publique à l'époque, il ne s'agissait pas d'une éventualité mais d'une situation qui s'est effectivement produite après l'échec de la Constitution de 1848 et l'arrivée du second empire sous Napoléon III, situation qui pourrait se répéter. Cette opposition entre la conception libérale du constitutionnalisme et les revendications démocratiques trouve une manifestation concrète dans les controverses sur l'adéquation du suffrage universel avec le régime parlementaire qu'aucuns considèrent très difficile à réaliser. Pour autant, quelques auteurs arrivent à questionner la compatibilité entre démocratie et parlementarisme. Léon Duguit, par exemple, considère que l'incompatibilité n'est pas inéluctable : « Sans doute, je l'accorde volontiers, le régime parlementaire est inconciliable avec le suffrage universel tel qu'il se pratique en France, mais il n'est point prouvé par l'expérience qu'il soit inconciliable avec le suffrage universel organisé et éduqué, et il n'est point davantage établi que le suffrage universel ne puisse être ni organisé, ni éduqué. Sans doute, il ne l'est point en France ; mais il y a à cela des causes toutes particulières à notre pays »¹⁸²⁴. Pour le doyen de Bordeaux il en résulte alors qu'il n'est pas possible d'affirmer en général que « le régime parlementaire est inconciliable avec la démocratie et le suffrage universel. On n'en peut rien savoir. La seule chose certaine, c'est que le régime parlementaire ne peut vivre avec un suffrage universel tel qu'il se pratique aujourd'hui dans notre pays »¹⁸²⁵. Sur ces observations, les propositions de Duguit et d'autres auteurs, qui vont être en partie adoptées, ne consistent pas à mettre en cause l'extension du droit au vote, mais plutôt à modifier le système électoral (en particulier, la réforme du mode de scrutin), à réorganiser les circonscriptions, à introduire la représentation proportionnelle (voire la représentation professionnelle) ou à rétablir le référendum¹⁸²⁶. C'est dans ce contexte qu'un autre genre de critiques contre le parlementarisme de la Troisième République surgit en affirmant que sous couvert

¹⁸²⁴ DUGUIT, Léon, « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875 », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905-1907, tome II, pp. 319-320.

¹⁸²⁵ *Ibidem*, pp. 321-322.

¹⁸²⁶ WALINE, Marcel, « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les Facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX^e siècle », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éd. Cujas, 1977, p. 264. Sur le débat autour de la réforme électorale pendant la Troisième République voir : DÉLOYE, Yves, « La construction politique d'une " science électorale " en France sous la III^e République. Facteurs et acteurs d'un métissage politico-scientifique », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 19, n° 3, 2012, pp. 37-66 ; MARTY, Thomas, *Une histoire sociale de la réforme électorale sous la Troisième République. Mobilisations politiques et expertise électorale : la question de la représentation proportionnelle*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2012.

d'adéquation entre la volonté populaire et la volonté parlementaire, le parlementarisme ignore les véritables aspirations de l'opinion. « Il existe donc des auteurs qui veulent limiter le Parlement à cause du suffrage universel (courant conservateur), mais on en trouve aussi quelques-uns, moins nombreux, qui souhaitent le limiter au nom du suffrage universel (courant progressiste) »¹⁸²⁷. Dans cette deuxième ligne de pensée, « l'introduction du mandat impératif ou celle du référendum peuvent en effet éviter une appropriation totale de la souveraineté par le législateur, tout en légitimant le système aux yeux des gouvernés »¹⁸²⁸.

Dans la mesure où le suffrage universel devient progressivement un fait accompli, les critiques contre le régime politique de la Troisième République commencent à s'adresser tant aux fondements qu'au fonctionnement du système parlementaire¹⁸²⁹. Dès le début il est l'objet d'attaques d'une telle portée qu'elles déclenchent une crise permanente. De fait, « avec des manifestations quasi-inchangées, elle se perpétuera jusqu'aux années trente, période dans laquelle les auteurs voient généralement son point d'acmé »¹⁸³⁰. Ceci s'explique principalement par le fait que même après le triomphe dans la Grande guerre « persistent les difficultés du régime. La représentativité du Parlement est toujours en cause. [...] L'instabilité ministérielle ne fait que croître. Les gouvernements sont plus fragiles encore que par le passé, leur durée de vie ne dépassant pas une moyenne de six mois. Ce phénomène est accentué par une dissociation fréquente entre alliances électorales et alliances parlementaires »¹⁸³¹. Pendant la troisième décennie du XX^e siècle, « l'impuissance du régime parlementaire, d'autant plus grave que le pays était frappé par la crise, fonde une triple mise en question. L'une se fit jour dans la jeunesse intellectuelle, témoin de l' " esprit des années trente ", l'autre, au sein des " classes moyennes ", soutien jusque-là de la République parlementaire, avec les ligues. Enfin, de petits cercles de réflexion s'interrogèrent sur la réforme de l'État »¹⁸³². L'un des points de départ de cette progression de l'antiparlementarisme dans l'opinion publique est la critique menée par une partie de la doctrine à l'encontre du régime parlementaire qui « revient comme un leitmotiv sous la plume des publicistes dès les débuts de la Troisième République. La doctrine est ici unanime et désigne le parlement comme le principal responsable du mauvais

¹⁸²⁷ SAULNIER, F., *Joseph-Barthélemy 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, cit., p. 85.

¹⁸²⁸ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 152.

¹⁸²⁹ Il est possible d'identifier deux courants dans le débat sur la réforme du régime parlementaire : « Ceux qui [...] se rangent parmi les partisans de la réforme *dans* l'État. Ils veulent introduire dans le régime des différences de degré, remanier son fonctionnement sans s'attaquer à ses soubassements. C'est au contraire l'objectif des tenants de la réforme *de* l'État de rechercher une rupture, d'introduire des différences de nature. Certains pensent à l'évolution vers un régime présidentiel, de type américain par exemple. Mais cette solution fait peu d'adeptes, d'abord parce que ce modèle est peu ou mal connu en France, surtout au début de la période de référence, et ensuite parce qu'il déclenche inmanquablement d'innombrables réticences, à une époque où toute tentative d'appliquer le suffrage universel à la désignation d'un seul évoque le péril césariste ou l'aventure boulangiste. Du régime présidentiel, les partisans de la réforme de l'État préfèrent retenir la Cour Suprême, dans laquelle ils voient l'exemple d'un organe qui pourrait imposer certains principes éternels de justice au-dessus du sentiment de l'opinion publique » (SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 73 ; en ce sens voir aussi : BECKER, J.-J., BERSTEIN, S., *op. cit.*, pp. 396-397).

¹⁸³⁰ SAULNIER, F., *op. cit.*, p. 54.

¹⁸³¹ MORABITO, M., *op. cit.*, p. 339.

¹⁸³² MAYEUR, J.-M., *La vie politique sous la Troisième République*, cit., p. 330.

fonctionnement du régime »¹⁸³³. De toute façon, ce qui peut surprendre c'est que, malgré les critiques, « la doctrine montre son attachement au régime représentatif fondé sur les valeurs libérales. Ce qu'elle critique, c'est moins le principe de la suprématie législative que le despotisme d'un parlement qui se réclame du suffrage universel »¹⁸³⁴.

Là réside certainement l'une des raisons pour lesquelles presque toutes les constitutions et révisions constitutionnelles promulguées en Europe et ailleurs après la fin de la Première Guerre mondiale cherchent à remédier à la contradiction entre démocratie et constitution. Dans de nombreux cas, elles érigent un parlementarisme fondé sur des élections dont la participation est de plus en plus ample – les droits politiques sont finalement reconnus à de nombreux secteurs jusqu'alors exclus, en particulier aux femmes¹⁸³⁵ – et qui, de plus, s'occupe également des conditions socio-économiques de l'exercice du suffrage. L'on prétend ainsi parachever la démocratie politique en établissant la démocratie sociale qui est le principal composant du modèle de « l'État-providence »¹⁸³⁶. Le régime républicain doit, pour réaliser l'idéal qui le légitime, se porter garant du progrès de la société, ce qui justifie l'intervention des autorités publiques dans des domaines desquels elles ont traditionnellement été écartées¹⁸³⁷. L'État s'arroge une nouvelle fonction : « s'occuper du bien-être social des citoyens, et non plus seulement de la police, de battre monnaie, de gérer ses relations internationales ou de faire la guerre », ce qui entraîne « la rationalisation et l'objectivation du droit au secours que constitue le passage d'une solidarité subjective (en mon âme et conscience) à une solidarité objective fondée sur des droits des citoyens et/ou des travailleurs »¹⁸³⁸. Il n'en demeure pas moins qu'au côté de ces mesures de garantie de

¹⁸³³ REDOR, M.-J., *op. cit.*, p. 85.

¹⁸³⁴ *Ibidem*, p. 167.

¹⁸³⁵ En France, après la Deuxième Guerre mondiale, les élections municipales du 29 avril 1945 sont celles dans lesquelles les Françaises votent pour la première fois. Elles participent aussi au référendum et aux élections de la première Assemblée constituante du 21 octobre 1945 (le 2 juin 1946 une deuxième assemblée est élue après le rejet, dans le référendum du 5 mai, du projet de constitution approuvée par la première). Enfin, la Constitution de 1946 affirme, parmi les principes fondamentaux de la République, que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Face à ces événements il est possible de dire que tandis que « les trajectoires nordiques et anglo-saxonnes se caractérisent par une universalisation précoce du suffrage et par la simultanéité de l'obtention du droit de vote pour les hommes et les femmes, [...] les trajectoires des pays latins et dérivés se caractérisent à l'inverse par une citoyenneté féminine tardive et souvent décalée. Dans les pays soumis au code Napoléon, les droits politiques n'ont été accordés aux femmes qu'après la Seconde Guerre mondiale (France, Italie, Belgique, etc.), souvent longtemps après les hommes, dans un climat international propice à l'épanouissement des droits des individus » (ACHIN, Catherine, LÉVÊQUE, Sandrine, *Femmes en politique*, Paris, La Découverte, 2006, pp. 10-11).

¹⁸³⁶ Sur la place de l'expérience de l'État-providence en France dans le cadre de l'évolution de ce modèle dans plusieurs pays d'Europe et d'Amérique, spécialement par rapport au *Welfare State* britannique et le *Sozialstaat* allemand, voir : ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Les trois mondes de l'État-providence : essai sur le capitalisme moderne*, 2^e éd., trad. François-Xavier Merrien, Paris, Presses Universitaires de France, 2007 ; RENARD, Didier, « Les trois naissances de l'État-providence », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 94, 2000, pp. 19-29

¹⁸³⁷ Comme l'explique J. Donzelot « on ne cherche plus, comme durant presque tout le XIX^e siècle, des formules d'organisation du travail propres à réconcilier celui-ci avec le capital par une conception philanthropique de l'entreprise, ou encore à éliminer le poids du capital sur le travail par le développement de coopératives de production. C'en est fini de ces recherches et de ces rêveries sur le meilleur modèle d'agencement des rapports de production. Le problème de l'heure est ailleurs. Il est plus abstrait, puisqu'il porte sur la nécessité d'articuler du mieux possible ces deux entités, ces deux logiques, que sont le social et l'économique. Il a pris aussi de la hauteur, si l'on peut dire, puisque le problème posé par cette articulation va concerner directement l'État » (DONZELOT, J., *L'Invention du social*, *cit.*, p. 158).

¹⁸³⁸ MERRIEN, F.-X., *L'État-providence*, *cit.*, p. 3.

l'égalité matérielle – de l'égalité des chances qui suppose non seulement que tous doivent avoir les mêmes droits, mais encore avoir réellement la même possibilité de les faire valoir –, les constitutions de l'entre-deux-guerres renforcent les délimitations juridiques au pouvoir, notamment au moyen du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. En effet, certaines parmi elles, comme celle de l'Autriche de 1920 ou celle de l'Espagne de 1931, envisagent l'instauration d'un tribunal chargé de veiller sur la constitutionnalité des lois approuvées par le parlement, suivant en ceci le modèle américain mais en introduisant aussi des importants ajustements, comme le contrôle par voie d'action. « On [a renforcé] ainsi juridiquement tout le texte constitutionnel face à la loi et, partant, on [a poursuivi] jusque dans ses dernières conséquences le *tels* primordial de l'État de Droit : la subordination de tous les pouvoirs publics à des normes juridiques, y compris le Parlement »¹⁸³⁹.

Le contenu desdites constitutions éprouve des transformations notables par rapport aux constitutions du XIX^e siècle, qui étaient encore coulées dans le moule britannique, quoiqu'elles récupèrent quelques-uns des principes qui ont inspiré le constitutionnalisme révolutionnaire français et américain. En France, beaucoup de ces changements ne seront introduits dans le texte constitutionnel qu'après 1946. En effet, la Constitution de la Quatrième République consolide l'ouverture démocratique, prévoit plusieurs composantes de l'État-providence et tente de rationaliser le fonctionnement du système parlementaire et non pas de le substituer¹⁸⁴⁰. Toutefois, avant que cela n'arrive le nouveau constitutionnalisme n'est accueilli que dans une moindre mesure dans les lois constitutionnelles de 1875 – il est plutôt établi dans la législation¹⁸⁴¹ –, raison pour laquelle c'est la doctrine qui prend la tâche de le déployer à niveau interne et d'encourager sa diffusion ailleurs. C'est justement le rôle de la doctrine constitutionnelle française dans la circulation des normes, institutions et pratiques des modèles constitutionnels de l'entre-deux-guerres l'objet d'étude de ce qui suit. Or, pour aborder ce phénomène nous nous attacherons à l'étude du cas particulier de la réception et l'adaptation de ces modèles dans les débats politico-juridiques qui se sont produits en Colombie pendant les premières décennies du XX^e siècle et qui expliquent la promulgation de la révision constitutionnelle de 1936.

¹⁸³⁹ VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, « L'histoire constitutionnelle comparée : étapes et modèles », *Historia Constitucional*, n° 12, 2011, p. 40.

¹⁸⁴⁰ BODINEAU, P., VERPEAUX, M., *op. cit.*, p. 110. Comme l'indique C. Nicolet, « malgré bien des attaques et quelques changements, c'est un régime de ce genre qui a, en fin de compte, triomphé à son tour sous la IV^e République et qui a duré jusqu'en 1958 » (NICOLET, C., *L'idée républicaine en France*, *cit.*, pp. 267-268).

¹⁸⁴¹ C'est le cas des lois de prévoyance collective des travailleurs et d'assistance obligatoire pour les plus démunis promulguées pendant la période de « républicains de gouvernement » (voir *supra* n. 1022). Les réformes sociales du gouvernement Blum en 1936 sont également adoptées par voie de législation (voir *supra* n. 1082).

TITRE II. LES INFLUENCES JURIDIQUES ET DOCTRINALES SUR LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE

L'établissement d'un régime républicain en France constitue, au tournant du XX^e siècle, une exception par rapport aux autres pays de l'Europe¹⁸⁴². En revanche, dans nombre de pays du continent américain cette forme d'organisation politique apparaît officiellement après les mouvements d'indépendance de la première moitié du XIX^e siècle (suivant l'exemple des États-Unis de 1776), bien que de manière assez diverse d'un lieu à l'autre et en affrontant beaucoup de difficultés dans son implantation juridique et institutionnelle. Parmi celles-ci, et outre les projets de restaurer la monarchie dont certains se sont concrétisés (au Mexique, en Haïti et au Brésil)¹⁸⁴³, ce sont les successives guerres civiles, révolutions et coups d'État qui ont le plus bouleversé ces républiques américaines. Leur déclenchement est en partie dû aux affrontements idéologiques entre les groupes et partis politiques et leurs fractions, en particulier lorsqu'une alternance au pouvoir est envisagée ou se produit effectivement, dans un cadre de forte faiblesse des institutions étatiques¹⁸⁴⁴. Cette

¹⁸⁴² Voir *supra* p. 206.

¹⁸⁴³ L'expérience de la monarchie et ses institutions marque le débat du processus de l'indépendance des pays américains, dans la mesure où les structures sociales des métropoles se reflètent dans les colonies, en particulier dans celles de l'Amérique centrale et méridionale (BENEYTO, Juan, «La sustitución de los estamentos tradicionales en España y en Hispanoamérica», *Revista de Estudios Americanos*, vol. 20 n° 103, 1960, pp. 1-13, pp. 8-9). Dès lors, «llegada la hora de la eclosión independentista y en conexión con ella, fueron apareciendo proyectos o intentos monárquicos parciales, nacidos en el propio escenario de los conflictos, que no llegaron a madurar» (TERUEL GREGORIO DE TEJADA, Manuel, «Monarquías en América», *Espacio, tiempo y forma. Serie IV, Historia moderna*, n° 18-19, 2005-2006, p. 257). Sur ce sujet voir également: DALBIAN, Denyse, *Dom Pedro, empereur du Brésil*, Paris, Plon, 1959; GIMENO, Ana, *Una tentativa monárquica en América. El caso ecuatoriano*, Quito, Centro de Investigación y Cultura, Banco Central del Ecuador, 1988; O'GORMAN, Edmundo, *La supervivencia política novo-hispana. Reflexiones sobre el monarquismo mexicano*, México, Universidad Iberoamericana, 1969 ; PARRA PÉREZ, Caracciolo, *La monarquía de la Gran Colombia*, Madrid, Ediciones Cultura hispánica, 1957.

¹⁸⁴⁴ Comme S. Safford l'explique «el aspecto más importante de la historia política de Hispanoamérica en este periodo quizá sea lo difícil que fue establecer nuevos estados una vez conseguida su separación de España. Los estados, en la mayoría de los países hispanoamericanos, no pudieron restablecer completamente la autoridad que la corona española mantuvo hasta 1808. Se crearon sistemas constitucionales formales, la mayoría de los cuales fueron constituidos para transferir el poder a través de elecciones y garantizar las libertades individuales. Pero estas disposiciones constitucionales formales frecuentemente se convirtieron en

situation s'étend jusqu'aux trois premiers quarts du XX^e siècle et s'accroît par suite de la crise socio-économique du début des années trente, exceptée toutefois la transition qui se produit en Colombie en 1930. En effet, à un régime politique de cinquante ans est substitué un autre : le parti conservateur perd l'élection présidentielle et le principal parti d'opposition jusque lors, le libéral, prend le gouvernement, changement qui s'accomplit suivant l'ordre constitutionnel, sans intervention des forces armées, ce qui est en contraste évident avec les autres pays de l'Amérique Latine¹⁸⁴⁵, mais qui ne suscite guère l'intérêt des analyses politiques comparées¹⁸⁴⁶. Cet événement ne suppose pas que la violence cesse d'être explicitement présente dans les rapports sociaux et politiques, mais il confirme que « la Colombie est l'un des seuls pays d'Amérique Latine où le régime politique a conservé presque en permanence au cours du siècle le caractère d'une démocratie civile »¹⁸⁴⁷, même si celle-ci est évidemment affectée par de sévères difficultés, comme le caractère restrictif des droits politiques¹⁸⁴⁸, les structures clientélistes, la fraude et la contrainte sociale et physique.

Pour affronter ces obstacles et pour répondre aux transformations économiques et sociales que la Colombie est en train d'éprouver, le nouveau gouvernement commence à soutenir la nécessité d'une révision substantielle, voire d'une substitution de la constitution en vigueur depuis 1886. Ceci constitue le point de départ d'une démarche qui aboutit à la

letra muerta, ya que ningún grupo político creía que sus adversarios fueran a cumplirlas. Los que detentaron el poder se apartaron de los principios constitucionales, y a menudo reprimieron duramente a la oposición a fin de retener el gobierno en sus manos. Los que estaban en la oposición creían, generalmente de forma acertada, que nunca llegarían a obtener el poder del Estado a partir de los medios establecidos por la constitución, porque los que estaban en el gobierno controlaban las elecciones. Por ello, los políticos de la oposición, tanto los militares como los civiles, esperaban y se aprovechaban de los momentos de mayor debilidad del gobierno para desplazar al grupo en el poder. Frecuentemente los gobiernos fueron incapaces de resistir estas rebeliones, a menudo porque su débil situación financiera no les permitía mantener a las fuerzas militares o ganarse el apoyo de suficiente clientela para comprar la alianza de los rebeldes potenciales. Las élites políticas sólo contadas veces estuvieron lo suficientemente unidas para poder evitar que sus países cayeran en frecuentes golpes de Estado, rebeliones o guerras civiles » (SAFFORD, Frank, « Política, ideología y sociedad », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 6. América Latina independiente, 1820-1870*, trad. Àngels Solà, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 1991, p. 44).

¹⁸⁴⁵ « En el resto de América – explique M. Latorre R. –, y en ese año de 1930, se instala en República Dominicana Rafael Leónidas Trujillo; en la Argentina es derrocado Hipólito Yrigoyen y lo reemplaza un régimen militar; en el Brasil, Getulio Vargas, por medio de un golpe de estado, se hace presidente; en el Perú, un comandante, Sánchez Cerro, se levanta en armas contra el gobierno de Leguía; en Chile, aun en Chile, Marmaduke Grove, otro coronel, instaure una efímera república socialista; en El Salvador, el general Maximiliano Hernández tumba al presidente y comienza su dictadura de trece años, y en Guatemala Jorge Ubico inicia la suya, que se prolongará hasta 1944 » (LATORRE RUEDA, Mario, « 1930-1934. Olaya Herrera : un nuevo régimen », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 269).

¹⁸⁴⁶ Comme l'indique D. Bushnell (reprenant les considérations de l'historien Charles Bergquist) l'une des raisons de cette indifférence se trouve dans le fait que la Colombie ne s'adapte pas aux stéréotypes et modèles conventionnellement utilisés dans les discussions sur l'Amérique Latine. « Después de todo, ¿qué puede hacer un latinoamericanista con un país donde los dictadores militares son prácticamente desconocidos, donde la izquierda ha sido congénitamente débil y donde fenómenos como la urbanización y la industrialización no desencadenaron movimientos "populistas" de consecuencias duraderas? » (BUSHNELL, David, *Colombia una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*, trad. Claudia Montilla V., Bogotá, Planeta, 1994, p. 14).

¹⁸⁴⁷ PÉCAUT, Daniel, *L'Ordre et la violence : évolution socio-politique de la Colombie entre 1930 et 1953*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1987, p. 15

¹⁸⁴⁸ Selon l'article 15 de la Constitution colombienne de 1886 « sont citoyens les Colombiens du sexe masculin, majeurs de vingt et un ans, qui exercent une profession, un métier ou un office, ou ont une occupation licite ou un autre moyen légitime et connu d'existence » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions des nations américaines*, Paris, Delagrave, 1932, p. 135).

promulgation d'une réforme constitutionnelle en 1936, l'une des plus profondes que ladite constitution – qui ne sera changée qu'en 1991 – ait subie. Or, elle ne s'explique pas seulement par les circonstances internes du pays, mais aussi par l'ambition d'introduire et adapter le nouveau modèle de droit constitutionnel qui apparaît pendant la période de l'entre-deux-guerres. C'est pour cette raison qu'après une présentation abrégée des principaux événements et controverses à caractère juridico-politique qui servent de contexte à la réforme (chapitre I), il sera question de déterminer les influences qu'elle a reçues de la doctrine et de régimes étrangers – en soulignant spécialement celles venues de la France – et qui expliquent ses contenus primordiaux (chapitre II).

Chapitre I. Les contextes : droit, politique et société en Colombie à la charnière des XIX^e et XX^e siècles

Après l'indépendance de l'empire espagnol, une fois la république établie, la Colombie a au moins vécu deux temps forts de modernisation, deux périodes pendant lesquelles une partie des classes gouvernantes ont conçu, discuté et développé certaines stratégies visant à briser les liens qui associaient toujours la société et l'État au monde hispanique et colonial. Dans les deux cas, les réformistes ont subi la réaction des autres secteurs des élites, tant de quelques dirigeants dont l'ascendant se place à niveau national, mais surtout des élites locales et régionales qui se sont farouchement opposé aux réformes. Cette réponse est, à bien des égards, à l'origine de guerres civiles, des insurrections, en somme, du recours à la violence comme dispositif politique¹⁸⁴⁹. Chaque tentative de modernisation est suivie d'une période de contestation conservatrice qui cherche à ruiner les projets réformistes ou à en limiter les effets. Telle est la tendance des événements politiques qui s'accomplissent de 1863 à 1957 : d'abord, à la « république radicale » répond la réaction traditionnaliste et cléricale menée par le parti conservateur, qui se matérialise dans la constitution de 1886 et qui survit au conflit nommé la « guerre des Mille Jours » (1899-1902). Puis, la « république libérale » qui s'installe en 1930 et qui promeut la réforme constitutionnelle de 1936 s'achève par le retour des conservateurs au gouvernement en 1946 et le déclenchement d'une véritable guerre civile, mieux connue sous l'appellation de « La Violence », conflit dont l'issue sera fixée par le coup d'État militaire de 1953 et l'accord du « Front National » entre les deux partis politiques traditionnels, conservateur et libéral.

De ces deux moments de modernisation on s'attachera en particulier au second, sans pour autant abandonner une perspective de long terme qui présente la révision de 1936 et les mesures législatives qui l'accompagnent comme le renouvellement partiel des essais de réforme du XIX^e siècle, perspective qui, en même temps, caractérise ces développements comme la dernière poussée réformiste d'une portée considérable avant la promulgation de la Constitution de 1991¹⁸⁵⁰. De cette manière il est possible de déterminer quels sont les

¹⁸⁴⁹ De fait, comme on aura l'occasion de le constater en ce qui suit, « la violence est consubstantielle à l'exercice d'une démocratie qui, loin de se référer à l'homogénéité des citoyens, repose sur la préservation de leurs différences " naturelles ", sur des allégeances collectives et sur des réseaux privés d'emprise sociale et qui n'aspire guère à institutionnaliser les rapports de forces qui irriguent la société, mais fait d'eux le ressort de sa continuité » (PÉCAUT, D., *L'Ordre et la violence*, cit., p. 17).

¹⁸⁵⁰ La réforme constitutionnelle de 1936 est l'un des sujets les plus abordés par les travaux d'histoire politique et économique en Colombie. Il convient alors de remarquer, comme le fait S. Botero, que. « a grandes rasgos puede decirse que el panorama historiográfico sobre el tema presenta dos tendencias: por un lado, aquella que defiende la idea de que la reforma fue algo totalmente novedoso, revolucionario, fruto casi exclusivo de la iniciativa presidencial y del partido liberal. Ésta es la perspectiva presentada por los trabajos de

présupposés de ces réformes et également de souligner le fait qu'il est difficile de trouver dans l'histoire constitutionnelle de la Colombie ce genre de projets de transformation qui ont pour point de départ le droit. Par conséquent, leurs antécédents ne peuvent pas être négligés car ils constituent un composant fondamental du contexte des réformes des années trente (section 1). L'étendue des controverses politiques et juridiques qu'elles suscitent est dès lors saisissable, de même que le sens de leurs contenus et leurs conséquences pour ce qui arrivera dans la deuxième moitié du siècle (section 2).

SECTION 1. LES ANTÉCÉDENTS DES RÉFORMES DES ANNÉES TRENTÉ : LA LIBERTÉ ÉCRASÉE PAR L'ORDRE

La colonisation espagnole du territoire de ce qui sera la Colombie comporte l'imposition anticipée sur les populations de la culture occidentale. Cependant, les éléments de la modernité qui avaient transformé l'Europe après la Renaissance ont arrivé à la colonie de la Nouvelle-Grenade et aux autres colonies espagnoles affaiblis par la survie des certaines traditions culturelles indigènes (bien que dans des conditions de plus en plus difficiles) et surtout par la très partielle européanisation de l'Espagne, qui est à la tête de la lutte contre la Réforme et qui demeure fermée à des aspects centraux du monde moderne. En effet, le développement du capitalisme y a été relativement faible et tardif, le système scientifique et universitaire reste isolé du reste de l'Europe et sa structure politique maintient plusieurs caractéristiques extraordinairement autoritaires¹⁸⁵¹. Dans ce contexte, les premières esquisses de l'idéologie moderne dans l'élite locale néo-grenadienne, dont les membres sont appelés les *criollos*, n'apparaissent qu'après la seconde moitié du XVIII^e siècle. À la croyance en le retard immanent à l'empire espagnol par rapport au reste de l'Europe est jointe l'adoption d'une pensée proche du libéralisme des Lumières qui soutient le développement d'une économie capitaliste, un certain degré d'égalité juridique, du moins parmi certains habitants des colonies, l'expansion de l'éducation et la possibilité que l'administration locale soit confiée aux *criollos*, toutes des propositions qui n'entrent pas en contradiction avec la tradition d'origine européenne des groupes dominants. Or – comme J. Melo le remarque – malgré la nature élitiste de ce premier effort de modernisation, il a défini trois tendances qui marquent les événements du tournant du XIX^e siècle. Premièrement, il contribue à l'émergence de l'idée d'identité nationale, en opposant graduellement les Américains et les Espagnols, ce qui permet dans le moment décisif le renforcement des tendances indépendantistes. Deuxièmement, il affirme l'importance d'une science qui soit applicable aux besoins du pays, en particulier pour la production et l'exploitation des ressources naturelles. Troisièmement, la première tentative de

Tirado Mejía, pero también la de algunos textos que siendo críticos de la reforma, siguen haciendo mucho énfasis en la figura de López, la cual es clave, pero no explica por sí sola toda la coyuntura. De otro lado hay una tendencia a complejizar el panorama, desde estudios puntuales sobre otros temas, los cuales con sus aportes específicos empiezan a dibujar un mapa de la reforma en el que también participan otros actores y confluyeron muchos procesos » (BOTERO, Sandra, «La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia», *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, No. 33, 2006, pp. 88-89).

¹⁸⁵¹ MELO, Jorge Orlando, « Algunas consideraciones globales sobre “modernidad” y “modernización” en el caso colombiano », *Análisis político*, n° 10, 1990, p. 28.

modernisation encourage dans certains secteurs des élites américaines l'image selon laquelle la pensée et les institutions traditionnelles liées à l'Espagne étaient la cause des difficultés alors subies, de sorte qu'ils considèrent qu'il faut suivre l'exemple des pays qui ont développé le libéralisme et le capitalisme, notamment les États-Unis, la France et l'Angleterre¹⁸⁵².

Qui plus est, étant donné que l'indépendance s'était accompli au moment où l'Angleterre apparaît comme le modèle par excellence du développement et les États-Unis comme l'exemple d'un processus réussi de croissance d'un peuple récemment libéré, elle a pour objectifs la mise en place d'une économie de marché et l'établissement d'un système politique libéral fondé sur le principe de la souveraineté nationale, bien qu'il soit également possible d'identifier, dans ce cadre, un « républicanisme » différenciable du courant libéral¹⁸⁵³. Quoi qu'il en soit, ces objectifs sont partagés par tous les dirigeants qui, au milieu du XIX^e siècle, se sont regroupés dans les deux partis qui vont déterminer par la suite la vie politique du pays. En conséquence, le projet de modernisation n'est sensiblement altéré ni par les vicissitudes des luttes politiques qu'ils affrontent ni par l'instabilité institutionnelle de la période. En revanche, il fait partie de leurs idées fondamentales –que, par ailleurs, les élites considèrent assez avancées, au moins au niveau politique– pour autant qu'un État indépendant ait été établi, fondé sur un système institutionnel et sur des principes constitutionnels et juridiques similaires à ceux des pays les plus développés d'Europe : l'égalité devant la loi (l'abolition de l'esclavage date de 1851), la séparation des pouvoirs, l'élection des représentants au moyen d'un système électoral organisé sur le vote censitaire, et la législation civile et pénale prise principalement de la France. Même en matière économique, le modèle de libre-échange s'impose ouvertement dès 1845, avec son ouverture au commerce international et l'instauration d'un marché interne des terres et du travail¹⁸⁵⁴. Ces accords autour de quelques prémisses essentielles du modèle économique et de la forme d'organisation politique expliquent le fait que la Colombie a le plus durable bipartisme du sous-continent : depuis leur fondation à la fin des années 1840 les partis conservateur et libéral ont monopolisé l'exercice du pouvoir presque pendant toute la vie républicaine du pays¹⁸⁵⁵.

Néanmoins, les coïncidences n'empêchent pas la recrudescence de quelques différences drastiques qui entraînent l'identification du parti libéral à la plupart des mesures de

¹⁸⁵² *Ibidem*, pp. 28-29.

¹⁸⁵³ Sur la question des similitudes et différences entre le républicanisme et le libéralisme voir : AUDIER, Serge, *Les théories de la république*, Paris, La Découverte, 2004, pp. 105-106.

¹⁸⁵⁴ « Trois phénomènes sont à cet égard décisifs : la destruction des *resguardos* indigènes, le désamortissement des terres de l'Église, la distribution ou la vente des terres publiques [*baldíos*] » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 34).

¹⁸⁵⁵ En effet, « es tal la impronta que ejercen los dos partidos tradicionales en nuestra vida política, que incluso la historia del país está dividida en diferentes periodos. Cada uno, la hegemonía de un partido sobre el otro. La republica liberal y el Olimpo radical de 1850 a 1885; la Regeneración y la hegemonía conservadora de 1886 a 1930; la segunda republica liberal de 1930 a 1946; la Violencia liberal conservadora, de 1946-1957; y la monopolización de los dos partidos de manera acordada, es conocido como el periodo del Frente Nacional y el Pos Frente Nacional (1957-1974 y 1974-1990). El país, ha sido arreglado constitucionalmente, en virtud del bipartidismo » (DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés, BOTERO JARAMILLO, Felipe, « La compleja Modernización de los partidos más antiguos de América Latina », in CAVAROZZI, Marcelo, ABAL MEDINA, Juan Manuel (comp.), *El asedio a la política los partidos latinoamericanos en la era neoliberal*, Rosario, Homo Sapiens, 2002, p. 266).

modernisation les plus radicales, telles que la séparation de l'Église catholique et l'État, l'essor de l'école comme la base de la transformation culturelle, la mobilisation des secteurs populaires, la propagation des pratiques démocratiques et l'importation de modèles politiques et juridiques avancés venus de l'Europe. Pour sa part, le parti conservateur soutient un projet de modernisation capitaliste qui cherche à préserver les structures traditionnelles d'autorité et de mentalité : l'ascendant de l'Église, la prépondérance politique des propriétaires, l'affaiblissement de la mobilisation populaire, la destination de l'éducation à l'affermissement de la formation religieuse et au perfectionnement des techniques pour le travail, et la recherche des institutions qui correspondent à la réalité nationale et qui ne bouleversent pas l'ordre social établi. Or, il y a dans les deux partis des différences internes importantes : par exemple, une fraction du parti conservateur est sceptique par rapport à la modernisation capitaliste, parce que celle-ci peut dissoudre les valeurs traditionnelles, tandis que dans le parti libéral se révèlent des tendances modérées qui n'excluent pas un compromis entre modernité et tradition. De plus, le modèle libéral de développement globalement adopté par les dirigeants des deux partis est confronté à de graves difficultés : une population fortement fragmentée qui entrave l'insertion du pays au marché international ; le système de la grande hacienda et celui des agriculteurs indépendants qui restreignent la mobilité de la main-d'œuvre et la portée du marché économique ; l'indisponibilité de capital, due à un niveau précaire des investissements étrangers directs, et les technologies très peu développées ; l'affaiblissement de l'État, qui s'explique par une forte fragmentation des classes dirigeantes locales. Cette dernière se révèle clairement dans le personnel intermédiaire des chefs locaux (*gamonales*) qui, en-dessous des notables régionaux et nationaux, détiennent les rapports politiques directs et contrôlent la masse de la population. Ils forment un élément clé de la structure politique et sont à l'origine de l'instabilité permanente, de l'inconstance de l'action publique et du déclenchement fréquent de la violence politique et des guerres civiles¹⁸⁵⁶.

Ceci est le contexte dans lequel se produit le premier moment de modernisation qui, comme l'on sait, est suivi d'une effective réaction traditionnaliste et autoritaire. L'un et l'autre sont les événements politiques essentiels de la seconde moitié du XIX^e siècle, car ils déterminent en profondeur ceux du siècle suivant (I). De fait, après la fin de la guerre des Mille Jours et la séparation de Panama (1903), le caractère autoritaire du régime s'accroît pendant la présidence de Rafael Reyes (1904-1909) et malgré l'essai de rétablissement de l'État de droit prévu dans la révision constitutionnelle de 1910, il continue à être présent, sous la forme d'une « république conservatrice », jusqu'au commencement du deuxième moment de modernisation pendant les années trente (II).

¹⁸⁵⁶ En effet, le personnel intermédiaire des *gamonales*, caciques et autres *manzanillos* dispose d'une marge propre de manœuvre considérable. « S'agissant de tractations locales, il est en mesure de défendre ses intérêts ; au cours des tractations nationales, il peut provoquer des faits accomplis comme autant de mises en demeure. Là où les représentants des classes dominantes tendraient à transiger, il se montre fréquemment disposé à choisir la voie de la violence et de la guerre. Les premiers peuvent se résigner, si leur parti n'est pas au pouvoir, à faire fructifier leurs affaires, comme la bourgeoisie libérale pendant la Régénération ; le second craint de tout perdre s'il perd sa position politique. La diversité et la faiblesse des élites économiques, la précarité de l'État laissent ainsi se déployer, par l'intermédiaire de ce personnel, un ample espace interstitiel qui est le véritable terrain des affrontements politiques » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 44 ; voir aussi : DEAS, Malcom, « Algunas notas sobre la historia del caciquismo en Colombia », *Revista de Occidente*, n° 127, 1973, pp. 118-140).

I. De l'« Olympe » à la « Régénération »

Après la guerre d'indépendance, entre 1819 et 1854, l'« État de la Nouvelle-Grenade » – qui jusqu'à 1830 composait avec le Venezuela et l'Équateur la « Grande Colombie » – est gouverné par les militaires qui l'avaient conduite, ce qui suppose la formation de la classe politique par des dirigeants qui, ayant triomphé à la guerre, maintiennent de toute façon un lien avec le passé colonial. Pendant cette période les rares réformes qui sont entreprises ne suffisent pas à rompre les structures héritées de l'empire espagnol, au point que le pays ne change pas sa place dans le marché mondial (il a une économie périphérique qui produit principalement des matières premières pour les puissances européennes). Le système fiscal inégalitaire est préservé, les composants primordiaux de l'ordre juridique colonial continuent en vigueur et les régimes qui se sont succédés penchent vers le conservatisme politique, en excluant de la citoyenneté à une bonne partie de la population et en soutenant l'Église catholique comme le moyen principal de cohésion et stabilité sociales. La classe politique fait tout son possible pour se doter d'une constitution et pour ériger des institutions politiques libérales. De plus, si l'on compare avec le reste de l'Amérique Latine, le pays jouit d'une relative stabilité qui n'est altérée que par la guerre civile connue comme la « Guerre des suprêmes » (1839-1842), dont les conséquences économiques et politiques seront substantielles. Cependant, « la structure politique n'affecte que la vie d'une petite minorité de la population. Même pour ceux qui y participent activement, la nation comme une entité abstraite toujours importe moins que la province ou les régions où ils vivent et exécutent leurs activités professionnelles et leurs affaires. La Nouvelle-Grenade souffre non seulement la faiblesse de l'unité politique ; elle est péniblement marquée par le sous-développement économique et social, ou plus précisément par l'extrême pauvreté et la stagnation »¹⁸⁵⁷.

Deux événements déterminent la fin de la république néo-grenadienne. D'une part, la « crise du milieu du siècle », l'un des processus de transformation sociale et économique le plus remarquables de l'histoire de la Colombie. Déclenchée environ entre 1847 et 1854, elle comporte l'émergence d'une nouvelle classe sociale, celle des commerçants et exportateurs de matières premières agricoles, qui constitue un composant important de la base sociale du parti libéral. Or, comme l'on sait, à la même époque le parti conservateur fait aussi son entrée en s'appuyant principalement sur les grands propriétaires, les membres du clergé et un secteur de l'armée, quoique cette configuration sociale de deux partis n'est pas stricte¹⁸⁵⁸. Leurs différences trouvent leur origine dans les alliances et hostilités politiques qui apparaissent durant la Guerre des suprêmes¹⁸⁵⁹ et elles se déploient par rapport à l'organisation politique (en principe, les libéraux ont tendance à promouvoir l'autonomie locale, tandis que les conservateurs préfèrent une structure plus centraliste, bien que sur cette question les opinions évoluent dans un parti comme dans l'autre), mais surtout par

¹⁸⁵⁷ BUSHNELL, D., *Colombia una nación a pesar de sí misma*, cit., p. 111.

¹⁸⁵⁸ SAFFORD, Frank, *Aspectos del siglo XIX en Colombia*, Medellín, Ed. Hombre Nuevo, 1977, pp. 153-199; COLMENARES, Germán, « Ospina y Abadía: la política en el decenio de los veinte », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro, *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 246-247.

¹⁸⁵⁹ BUSHNELL, D., *op. cit.*, p. 134.

rapport au rôle de l'Église¹⁸⁶⁰. Elles sont beaucoup moins évidentes en ce qui concerne le modèle économique (dans les années trente il y avait un consensus sur le protectionnisme de la production nationale mais dans la décennie suivante il s'érige autour du libre commerce, jusqu'à 1880¹⁸⁶¹) et les intérêts socio-économiques que chaque parti représente¹⁸⁶². Il n'en demeure pas moins que la crise du milieu du siècle entraîne la consolidation d'une nouvelle élite gouvernante appelée « l'Olympe radical », en raison d'avoir encouragé « un ensemble ambitieux de réformes dont le propos est de terminer la guerre d'indépendance en démantelant les institutions coloniales » et qui conduisent le pays « au capitalisme, au libéralisme radical ou radicalisme à la colombienne et au fédéralisme »¹⁸⁶³. D'autre part, le deuxième événement correspond justement à la première tentative de développement juridique des idéaux des radicaux, la constitution du 20 mai 1853, dont les innovations, produit du compromis entre les deux factions du parti libéral au pouvoir, font d'elle « la plus audacieuse expérience de démocratie constitutionnelle dans l'histoire du pays »¹⁸⁶⁴. En effet, le texte déclare que « la République de la Nouvelle-Grenade s'érige comme une République démocratique, libre, souveraine ». Ceci implique la reconnaissance du droit au suffrage aux hommes de plus de vingt-et-un ans pour l'élection du président de la République, des membres du parlement et d'autres fonctionnaires (art. 3 et 13), outre l'augmentation des droits et libertés individuelles (art. 5) et l'autorisation à chaque province de promulguer sa propre constitution (art. 48) et d'élire son gouverneur et les membres de sa législature (art. 50). Le nouveau régime se rétablit après le coup d'État de

¹⁸⁶⁰ Comme l'expliquent M. Palacios et F. Safford, « los dos partidos se diferenciaron mucho más en sus actitudes frente al poder y la influencia de la Iglesia, sobre todo después de la guerra civil de 1839-1842. Los liberales, si bien en su mayor parte católicos, pensaban que la Iglesia como institución era demasiado poderosa y que tendía a constreñir la productividad económica y la ilustración pública. Al contrario, casi todos los políticos conservadores creían que la Iglesia debía desempeñar un papel preponderante en la preservación del orden social y moral, y por consiguiente estaban dispuestos a asignar al clero una función tutorial en la educación de la juventud y la orientación de la sociedad en general. Para los políticos conservadores, la Iglesia fue no sólo una fuente de orden social, sino también una aliada y un instrumento para movilizar apoyo político. La influencia del clero sobre el pueblo en general tendía a conferir a los conservadores una ventaja importante en su competencia con los liberales, cuyas ideas, muchas veces importadas del exterior, solían ser incomprensibles para sus compatriotas menos instruidos, quienes las percibían como algo amenazante. » (PALACIOS, Marco, SAFFORD, Frank, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Bogotá, Norma, 2002, p. 315-316).

¹⁸⁶¹ KALMANOVITZ, Salomón, *Nueva historia económica de Colombia*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Taurus, 2010, p. 108.

¹⁸⁶² Comme le remarque D. Pécaut, « la tradition veut que le parti libéral soit le “représentant” de la bourgeoisie commerciale et qu'il recueille aussi l'appui des artisans urbains et de certains secteurs défavorisés comme les anciennes populations d'esclaves de la côte atlantique, cependant que le parti conservateur traduit le poids des groupes plus “archaïques”, au premier rang desquels les grands propriétaires fonciers. Cette description n'est pas sans fondement. [...] Il demeure que de nombreuses nuances doivent être apportées, qui limitent singulièrement la portée de ces constatations ». Plus encore, « la solidarité des groupes économiques ne cesse aussi de s'affirmer par-delà la frontière partisane » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 42). C'est ainsi que la bourgeoisie libérale fait cause commune avec les conservateurs face aux réformes entreprises en 1934-1936 par le président Alfonso López Pumarejo, comme nous le verrons (*infra* p. 403).

¹⁸⁶³ VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010, p. 151.

¹⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 155. Toutefois, dans ledit compromis c'est la tendance plus à gauche des *Gólgotas* qui a eu l'influence décisive face aux « Draconiens » (*Draconianos*) qui étaient en revanche à droite : « los gólgotas sabían lo que hacían al impulsar y convertir en Carta Fundamental de la nación, la Constitución de 1853. Mataban dos pájaros de una sola pedrada, barrían con los conservadores y le daban un golpe mortal a los draconianos, casi los ponían contra la pared » (LLANO ISAZA, Rodrigo, *Los draconianos : origen popular del liberalismo colombiano*, Bogotá, Planeta, 2005, p. 179).

1954 grâce à une coalition bipartite – une stratégie à laquelle recourra la classe politique colombienne à plusieurs reprises¹⁸⁶⁵ – et le sens libéral et fédéraliste qu’il imprimé aux institutions va être approfondi par la constitution de 1858 et notamment par celle de 1863 (A). Néanmoins, les obstacles à l’implantation de la république radicale ne pourront être franchis et après la guerre civile de 1885 un régime centraliste, autoritaire et théocratique sera imposé dans la constitution promulguée l’année suivante (B).

A. La république radicale (1858-1885)

L’accord entre partis qui met fin au coup d’État de 1854 mène un conservateur, Manuel María Mallarino, à la présidence de la République, qui y reste jusqu’à 1857. La même année, la première élection présidentielle au suffrage universel masculin est emportée par un autre conservateur, Mariano Ospina Rodríguez, qui installe un gouvernement exclusivement composé de membres de son parti. C’est sous sa direction que la forme d’organisation territoriale change et le fédéralisme – paradoxalement un modèle en principe lié au parti libéral – est pour la première fois officiellement établi dans la Constitution de 1858. La nouvelle « Confédération Grenadienne » n’est que la confirmation d’une série de réformes constitutionnelles qui avaient transformé les provinces en états souverains (le premier qui y procède est le Panama en 1855). Cette mesure qui semble contredire la tradition centraliste chez les conservateurs est finalement adoptée parce que des nombreux dirigeants du parti considèrent que le fédéralisme est un choix valide, soit en raison de son succès aux États-Unis, soit parce qu’elle se présente comme un avantage stratégique qui leur permettrait de maintenir le contrôle des certaines régions en cas de alternance en faveur des libéraux¹⁸⁶⁶. Bien plus, les classes émergentes bénéficiaires de la crise du milieu du siècle, qui commencent à intégrer les classes dirigeantes régionales – sans pour autant déplacer les élites traditionnelles¹⁸⁶⁷ – trouvent dans ce système la meilleure voie pour assurer leurs intérêts socio-économiques¹⁸⁶⁸. Cependant, le soutien conservateur n’implique pas que la Constitution de 1858 s’éloigne du projet libéral entamé par la constitution antérieure. Bien au contraire, celui-ci est confirmé, par exemple, dans l’amplitude des droits et libertés reconnus (arts. 56-58), dans la compétence accordée à la Cour Suprême de suspendre les actes des législatures des états lorsque ceux-ci soient contraires à la constitution (la décision

¹⁸⁶⁵ En avril 1854 le général José María Melo, appartenant à la fraction draconienne, dépose avec l’appui des artisans à Bogotá au président José María Obando. Son propos immédiat est donc de restituer le protectionnisme économique contre les politiques de libre commerce des gólgotas. Après plusieurs combats très meurtriers, Melo est renversé pour une coalition des libéraux radicaux avec les conservateurs, de façon que l’un des dirigeants de ces derniers, Manuel María Mallarino, finit la période d’Obando et gouverne jusqu’à 1857. Or, ce qui est le plus remarquable c’est que « por primera vez en la historia de Colombia se dio el fenómeno –luego recurrente– de una tregua estratégica entre los dos partidos, cuando tuvieron que enfrentar la amenaza de formas de asociación no adscripticias no fundadas en los modelos psicosociales y en las relaciones de producción dados por la hacienda » (GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando, *El poder político en Colombia*, Bogotá, Planeta, 1996, p. 333).

¹⁸⁶⁶ BUSHNELL, D., *op. cit.*, p. 164. De fait, « les diverses oligarchies locales sont à même de faire chacune prévaloir leurs ambitions ; en se réclamant du fédéralisme, elles parviennent à se répartir le patrimoine national par voie régionale » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 38).

¹⁸⁶⁷ De fait, il paraît contestable de supposer l’existence, avant le tournant du XX^e siècle d’un système oligarchique stabilisé et unifié. « L’absence d’une classe commerciale considérable et susceptible de se subordonner les autres classes dominantes, nous semble au contraire un fait majeur tout au long du XIX^e siècle, de même que la précaire unification nationale » (PÉCAUT, Daniel, *op. cit.*, p. 27).

¹⁸⁶⁸ VALENCIA VILLA, H., *op. cit.*, p. 159.

finale est prise par le Sénat) (art. 50), ou dans les pouvoirs limités du gouvernement national, réservant aux états toutes les autres attributions (arts. 8 et 15). C'est pour cela que le président du Congrès qui approuve la constitution, l'ancien président de la République Tomás Cipriano de Mosquera, affirme solennellement dans le discours de promulgation : « Aujourd'hui finit la révolution commencée le 20 juillet 1810 : vos vertus civiques ont enfin triomphé »¹⁸⁶⁹.

C'est pourtant lui, exemple colombien du caudillo latino-américain, qui dirige, en tant que président de l'état de Cauca, une insurrection à l'encontre du gouvernement central d'Ospina Rodríguez, à la suite de l'invasion par celui-ci de l'état de Santander. Cette nouvelle guerre civile se prolonge pendant un an et s'achève par la victoire de Mosquera en juillet 1861¹⁸⁷⁰. Il approfondit alors immédiatement par une série de décrets les mesures représentatives du radicalisme à l'égard de l'un de ses objectifs principaux : affaiblir l'ascendant de l'Église catholique. C'est ainsi qu'est instaurée la tutelle du gouvernement sur l'Église (*tuición de cultos*), l'expropriation de la plupart de ses biens et l'expulsion de jésuites. Dans le même temps, Mosquera convoque un Congrès de plénipotentiaires des états qui en septembre ratifie un « Pacte d'Union », à la façon d'une constitution provisoire où les pouvoirs des états augmentent aux dépens de ceux du gouvernement central. Un Pacte Transitoire est également signé. Il nomme Mosquera président jusqu'à ce que soit installée une « Convention Nationale » qui fixe le régime constitutionnel du radicalisme fédéraliste. En raison des effets de la guerre civile, celui ne sera mis en place qu'à partir de février 1863 à Rionegro dans l'état d'Antioquia. Presque quatre mois de délibérations dans une assemblée intégrée exclusivement par des leaders du parti libéral et où, malgré cela, résulte une division entre les sympathisants du général Mosquera et les radicaux¹⁸⁷¹, donnent lieu « non seulement à la plus radicale des chartes libérales mais aussi à l'œuvre la plus originales du constitutionnalisme colombien »¹⁸⁷². En effet, la Constitution de 1863 porte le fédéralisme à son acmé, en confirmant que la république reçoit le nom « États-Unis de la Colombie », déjà prévu dans le Pacte d'Union et en attribuant plus de compétences aux gouvernements locaux que celles conférées par la constitution américaine¹⁸⁷³. En outre, l'objectif de séculariser la société est manifeste dans le préambule, qui n'invoque pas le nom de Dieu mais qui affirme que c'est le peuple la seule source de l'autorité, et dans le reste du texte qui concède la liberté absolue de cultes (article 15) et confirme les mesures des décrets de 1861, comme la tutelle du gouvernement sur l'Église (article 23)¹⁸⁷⁴. Les libertés individuelles sont largement reconnues, bien que quant aux droits politiques la constitution prescrit qu'à chaque état correspond la tâche de déterminer les conditions pour leur exercice, ce qui comporte dans la plupart de cas l'abandon du suffrage masculin universel. La Colombie subit ainsi l'ambivalence entre libéralisme et démocratie que la France et

¹⁸⁶⁹ Cité par URIBE VARGAS, Diego, *Evolución política y constitucional de Colombia*, Madrid, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 127.

¹⁸⁷⁰ *Ibidem*, p. 132.

¹⁸⁷¹ PALACIOS, Marco, SAFFORD, Frank, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*, p. 428.

¹⁸⁷² VALENCIA VILLA, H., *op. cit.*, p. 163.

¹⁸⁷³ HENAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 9^a ed., Bogotá, Temis, 1994, p. 28.

¹⁸⁷⁴ BUSHNELL, D., *op. cit.*, p. 171.

d'autres pays ont également éprouvée¹⁸⁷⁵. Une dernière caractéristique du texte de Rionegro qu'il convient de souligner concerne les garanties pour son application : il y est établi le droit pour tout citoyen de demander à la Cour Suprême la suspension et au Sénat l'abrogation des actes des législatures locales contraires à la constitution (articles 14 et 72), en même temps qu'une procédure très rigide de révision, dans laquelle la ratification de tous les états est requise, fait d'elle une constitution immuable dans la pratique (article 92).

Pendant la première période présidentielle sous la Constitution de 1863, Mosquera, qui avait été réélu, continue activement sa politique anticléricale et son soutien au libre commerce. En 1864, Manuel Murillo Toro lui succède. Son gouvernement admet l'autonomie politique des états (on parle même d'une « euphorie fédérale »¹⁸⁷⁶) et nuance quelques mesures contre l'Église. Mosquera retourne au pouvoir en mai 1866, mais il rencontre une forte opposition dans le Congrès où les majorités qui l'accompagnaient se sont réduites. L'opposition dénonce le traité secret signé avec le gouvernement péruvien qui contredit la déclaration de neutralité de la Colombie concernant la guerre du Pacifique, déclenchée entre l'Espagne et les républiques latino-américaines de la Bolivie, l'Équateur et le Pérou. Le président répond par un décret d'état de siège et ordonne la fermeture du Congrès. Les libéraux radicaux s'associent aux conservateurs pour contester la dictature et appuient le coup d'État orienté par le général Santos Acosta en mai 1867. Après le départ du caudillo et malgré les disputes politiques entre les partis et leurs factions, les gouvernements radicaux¹⁸⁷⁷ bénéficient pendant les années soixante-dix d'une relative stabilité qui permet une meilleure marche de l'économie et l'essor des domaines traditionnellement négligés, notamment celui de l'instruction publique¹⁸⁷⁸. Toutefois, les controverses autour de la distribution de ressources du budget national en quelques projets qui profitent certaines régions, la division des libéraux entre « radicaux » et « indépendants » à cause de la désignation du candidat présidentiel du parti pour l'élection de 1876 et l'opposition croissante des conservateurs et de l'Église aux politiques éducatives qui entraînent la laïcisation de la société sont tous de facteurs qui conduisent à la guerre civile. Le radical Aquileo Parra l'emporte sur son adversaire, l'indépendant Rafael Núñez – qui sera l'homme politique le plus influent de la fin du XIX^e siècle en Colombie –, et arrive à la présidence. Face aux querelles des libéraux, les conservateurs prennent les armes. Un compromis temporaire entre les premiers permet au gouvernement de dominer la situation et s'imposer sur les insurgés à la fin de la même année. Le général Julian Trujillo, héros de la guerre civile et leader de la fraction des indépendants, obtient la nomination unanime du parti libérale et est élu à la présidence pour la période 1878-1880. Cependant, outre la menace d'un nouveau soulèvement des conservateurs et la prolongation des disputes qui opposent les dirigeants libéraux, le régime est de plus en plus faible en raison des affrontements à l'intérieur et entre les états et également à cause de la crise économique due principalement à la chute des prix du tabac et du maintien des formes traditionnelles des

¹⁸⁷⁵ Voir *supra* p. 233.

¹⁸⁷⁶ URIBE VARGAS, D., *Evolución política y constitucional de Colombia*, cit., p. 143.

¹⁸⁷⁷ Il s'agit des gouvernements des présidents Santos Gutiérrez (1868-1870), Eustorgio Salgar (1870-1872), Manuel Murillo Toro (1872-1874) et Santiago Pérez (1874-1876).

¹⁸⁷⁸ BUSHNELL, D., *op. cit.*, pp. 178-179.

rapports économique fondées sur le modèle de la hacienda¹⁸⁷⁹. Lors de l'investiture de Trujillo, c'est Núñez qui prononce dans son discours comme président du Congrès les mots d'ordre pour la nouvelle époque : « nous sommes parvenus au point où nous sommes confrontés à ce dilemme précis : *Régénération administrative fondamentale ou catastrophe* »¹⁸⁸⁰.

B. La régénération conservatrice dans la Constitution de 1886

Núñez arrive pour la première fois à la présidence en avril 1880. La régénération administrative n'a pas encore un sens réactionnaire, même s'il commence déjà à exécuter certaines mesures centralistes, comme l'institutionnalisation d'une banque centrale et la loi qui transfère des états au gouvernement national la garantie de l'ordre public (loi 19 de 8 mai 1880). Après l'interrègne de Francisco Javier Zaldúa, qui gouverne entre 1882 et 1884, Núñez est réélu au nom du parti libéral, mais c'est réellement l'alliance de la faction des indépendants avec les conservateurs qui offre le soutien nécessaire. Le projet régénérationniste prend forme dans un arrangement entre reconstruction et libéralisme que Núñez lui-même annonce comme le fondement de sa proposition de révision constitutionnelle. Elle centralise la législation civile, pénale et procédurale, impose un seul système électoral, rétablit les relations avec l'Église et étend la période présidentielle de deux à quatre ans¹⁸⁸¹. Les radicaux, qui sont dans l'opposition, la rejettent fermement et

¹⁸⁷⁹ Aussi paradoxal que cela puisse paraître, les réformes libérales concernant le régime de la propriété ont donné une nouvelle impulsion à la grande hacienda. En effet, « poco se modificó una estructura social y económica interna basada en el poder de los hacendados y en la sujeción (llena de limitaciones tradicionales y debilitada por la existencia de una frontera, es cierto) de una numerosa población de aparceros y arrendatarios; medidas como la desamortización de los bienes eclesiásticos, decretada en 1861 por el liberalismo, condujeron, sobre todo, a un desplazamiento de propietarios pero poco alteraron los rasgos estructurales de la propiedad rural. Esta estructura permitía la dominación política de las poblaciones campesinas y su exclusión de las formas de modernización cultural que se esbozaban en los sectores urbanos: los campesinos de las zonas de hacienda se fueron haciendo más y más atrasados a medida que cambiaban las condiciones generales de la economía » (MELO, Jorge Orlando, « Algunas consideraciones globales sobre “modernidad” y “modernización” en el caso colombiano », *cit.*, pp. 30-31). Par conséquent, « les faits ne montrent pas seulement la compatibilité entre le capitalisme commercial et le système de la hacienda. Ils font ressortir, dans le cas colombien, une osmose considérable entre l'un et l'autre secteur » (PÉCAUT, D., *L'Ordre et la violence*, *cit.*, p. 37).

¹⁸⁸⁰ Cité par LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio, *Rafael Núñez*, Bogotá, Intermedio, 2002, p. 148. Comme l'indique D. Pécaut, en 1880 « va sonner l'heure d'un nouveau bilan : celui de la faillite d'une modernisation qui n'a pas suscité la cohésion nationale promise, mais bien davantage la fragmentation et la rigidification de la structure sociale » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 28).

¹⁸⁸¹ « Una época de nuestra historia ha pasado, no obstante sus apariencias superficiales de vida, y debemos consagrar leales y mancomunados esfuerzos a facilitar el pacífico advenimiento de la que habrá de sucederle. Las repúblicas hispanoamericanas, en cuyo mapa extenso figura Colombia, están entrando una tras otra, en un período de estabilidad cada día según su especial índole, después de años de desconcierto y guerra. Nosotros tuvimos que emprender una evolución idéntica bajo los auspicios de una política verdaderamente liberal, incompatible con toda intolerancia y tan exenta del dogmatismo de los que creen demasiado, como en los que en nada creen. Miembro irrevocable del liberalismo colombiano, no omitiré cuanto de mi dependa para recomponer sus diseminadas fuerzas, considerándolo sinónimo de justicia en acción y de moralidad. Trataré de inspirarme en la sana fuente de la conciencia nacional y de apartarme de los peligrosos consejos del espíritu de intransigencia, dando toda la aplicación posible a las ideas de reconstrucción sancionadas por el voto nacional que me ha traído deliberadamente, por segunda vez a este puesto de honor y de fatiga. Plegue a la Divina Providencia el darnos a todos, virtud y previsión bastantes para no desoir al clamor de los pueblos a fin de que sea restablecido el prestigio de nuestras libres instituciones, haciéndolas prácticamente nacionales, y nos apartemos resueltamente del tortuoso y pendiente sendero que venimos recorriendo, sendero de

empêchent son approbation par le Congrès (l'unanimité dans le Sénat est exigée). La crise économique pousse le malaise social tant de producteurs agricoles que d'artisans urbains regroupés dans les « sociétés démocratiques », première expérience du syndicalisme en Colombie. Les radicaux profitent la situation et se soulèvent contre le gouvernement en Santander. Le conflit devient rapidement une guerre civile meurtrière à caractère nationale que Núñez peut gagner grâce au soutien décisif des conservateurs. Au milieu de 1885 la victoire sur les radicaux est si écrasante que le président peut déclarer : « Messieurs, la Constitution des États-Unis de la Colombie a cessé d'exister »¹⁸⁸². Comme l'avait fait auparavant Mosquera en 1861, Núñez convoque un Conseil National de Délégués des neuf états (chacun envoie deux en représentation des forces victorieuses, les libéraux indépendants et les conservateurs), chargé d'élaborer les bases de la réforme politique et de promulguer la nouvelle constitution qui substitue celle de Rionegro. Le 11 novembre 1885 le conseil est installé et quelques jours plus tard il décide de rapporter aux conseils municipaux, dominés par les partisans du président, l'accord suscrit autour de dix-huit bases pour la réforme, où les libertés, la démocratie, le fédéralisme et la laïcisation de l'État sont écartés¹⁸⁸³. Courant décembre, celui-ci reçoit leur approbation et la Cour Suprême déclare qu'il est accepté par le peuple colombien, quoique les membres des municipalités n'aient pas été élus au suffrage direct mais imposés par l'exécutif dans la plupart des cas. Le conseil intègre une commission de six délégués pour élaborer le projet de nouvelle constitution à partir dudit accord. Après avoir réélu le président pour la période de 1886 à 1892, la commission délibère sur la bases des plusieurs projets¹⁸⁸⁴, mais ce n'est que celui de Miguel Antonio Caro – le juriste de confiance de Núñez – inspiré des constitutions de 1830 et 1843 et suivant strictement les dix-huit bases, qui fonde, avec quelques nuances libérales introduites par José María Samper, le texte promulgué le 5 août 1886.

H. Valencia distingue quatre caractéristiques principales de cette longue charte (210 articles) qui correspondent aux objectifs qui composent le projet de la Régénération conservatrice : premièrement, la restauration du centralisme qui élimine toute autonomie politique des régions et qui implique que « la nation colombienne se reconstitue en forme de République Unitaire » (article 1^{er})¹⁸⁸⁵. Deuxièmement, le renforcement des pouvoirs du président comme chef l'État et du gouvernement. Son élection par des assemblées électorales départementales pour une période de six ans (article 114) substitue au modèle d'élection directe. Outre les amples compétences en matière administrative (article 120), législative (article 118) et judiciaire (article 119), le président peut décréter à discrétion l'état de siège en cas de guerre extérieure ou de troubles intérieurs (article 121)¹⁸⁸⁶.

perdición que nos tiene ya colocados a próxima distancia del pavoroso abismo» (cité par URIBE VARGAS, D., *op. cit.*, p. 149).

¹⁸⁸² Cité par URIBE VARGAS, D., *op. cit.*, p. 154.

¹⁸⁸³ *Ibidem*, pp. 157-158.

¹⁸⁸⁴ Les projets : Uribe 157

¹⁸⁸⁵ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Les constitutions des nations américaines*, cit. p. 134. Comme l'indique D. Uribe, « trátase de confederación, en el estricto sentido de la hermenéutica, o de un régimen federal sui generis en el de Rionegro, lo más importante del texto que lo reemplazaba, era el abrogar en forma definitiva la autonomía de las secciones » (... 164).

¹⁸⁸⁶ De fait, « la extensión del periodo presidencial a seis años, la reunión de las Cámaras en forma bienal, el libre nombramiento y remoción de funcionarios con jurisdicción y mando, tales como ministros y

Troisièmement, la constitution de 1886 retourne à l'État confessionnel, disposition qui se présente comme l'un des éléments fondamentaux de sa structure. Le préambule invoque à nouveau le nom de Dieu comme « source suprême de toute autorité » et l'article 38 prévoit que « la religion catholique, apostolique et romaine est celle de la nation : les pouvoirs publics la protégeront et la feront respecter comme élément essentiel de l'ordre social »¹⁸⁸⁷. De plus, le gouvernement est habilité à conclure des conventions avec le Saint-Siège apostolique pour définir les rapports entre le pouvoir civil et le pouvoir ecclésiastique (article 58), ce qui suscite la conclusion du Concordat entre la Colombie et le Vatican l'année suivante. Finalement, une quatrième caractéristique est son caractère autoritaire, qui se rend évident dans deux domaines. D'une part, les libertés et droits, établis dans le titre III du texte (articles 19 à 52), sont sévèrement restreints, au point qu'ils semblent plutôt des simples concessions de l'autorité. Encore plus, dans la plupart des cas les libertés ne sont reconnues que dans les limites de la loi, sous les critères de la morale chrétienne et de l'ordre public¹⁸⁸⁸. D'autre part, l'autoritarisme du texte de 1886 apparaît encore plus clairement dans les restrictions aux droits politiques. La base du régime électoral est l'article 2, selon lequel « la souveraineté réside essentiellement en la nation », non plus dans le peuple ; or, comme la nation n'agit que par l'intermédiaire de la représentation dans le Congrès, le système vise à préserver la démocratie sans participation¹⁸⁸⁹. Dès lors, la citoyenneté n'est accordée qu'aux hommes qui savent lire et écrire ou qui ont un revenu annuel minimum ou une propriété immobilière (article 173). Au niveau national, l'élection directe n'est prévue que pour les membres de la chambre de représentants, alors que les sénateurs et le président sont élus indirectement (articles 172 à 177). Si un doute persiste sur la nature du régime il est dissipé par l'article 179 qui érige le suffrage non pas comme un droit mais comme une fonction. En somme, la constitution de 1886 correspond très exactement à la conception qu'avait Núñez sur ce qui devait être la réforme et qu'il formule dans son exposition au Conseil National de Délégués le jour de son installation :

« Cette nouvelle Constitution, pour qu'elle satisfasse l'attente générale, doit, certainement, se passer de la nature et des tendances caractéristiques de celle qui a disparue, laissant derrière un long sillage de malheurs. Le particularisme énervant doit être remplacé par la généralité vigoureuse. Les codes qui fondent et définissent le droit doivent être nationaux, de même que l'administration publique responsable de les faire respecter. Au lieu d'un suffrage vertigineux et frauduleux, doit être établie l'élection réfléchie et authentique ; et enfin, en appelant au soutien de la culture sociale, les sentiments religieux, le système d'instruction doit avoir comme principe premier le saint enseignement chrétien, car il est l'*alma mater* de la civilisation mondiale. Si nous aspirons à être libres, il faut commencer à

gobernadores por el jefe del ejecutivo, han permitido catalogar la Constitución de 1886 como monarquía electiva » (URIBE VARGAS, D., *op. cit.*, p. 168).

¹⁸⁸⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *op. cit.*, p. 138.

¹⁸⁸⁸ C'est le cas notamment de la soi-disant « liberté » de cultes prévue dans l'article 40 : « L'exercice de tous les cultes qui ne sont pas contraires à la morale chrétienne et à la loi est autorisé. Les actes contraires à la morale chrétienne ou à l'ordre public, qui sont accomplis à l'occasion de l'exercice d'un culte, sont soumis au droit commun » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *op. cit.*, pp. 138-139). [+ art. 52]

¹⁸⁸⁹ VALENCIA VILLA, H., *op. cit.*, p. 172.

être juste. [...] Les républiques doivent être autoritaires, au risque de tomber en permanent désordre et de s'annihiler, au lieu de progresser »¹⁸⁹⁰.

Néanmoins, il semble que ceux qui participent à l'élaboration de la constitution ne soient pas entièrement convaincus du sens et la portée de ses contenus. D'une part, outre l'inexistence de toute procédure de contrôle de constitutionnalité des lois¹⁸⁹¹, le mécanisme de révision prévu dans l'article 209 est assez flexible, de sorte que, à la différence de la Constitution de 1863, celle de 1886 pourra être facilement réformée. D'autre part, les articles transitoires contenus dans le titre XXI, dont les contenus entrent en tension et même contredisent les dispositions principales, vont avoir une efficacité imposante pendant les gouvernements de la fin du XIX^e siècle : par exemple, les actes à caractère législatif du président promulgués avant la constitution continuent en vigueur même s'ils sont contraires à celle-ci (article L). Par ailleurs, Núñez lui-même arrive à manifester ses inquiétudes par rapport au texte rédigé par Caro et finalement promulgué¹⁸⁹². Par conséquent, il ne le signe pas et confie cette tâche au général Campos Serrano, en qualité de délégué (*designado*). Dans les mois qui suivent se sont succédés à la présidence Serrano, Núñez et le vice-président Eliseo Payán, jusqu'à ce que le Congrès élu en 1888 nomme Carlos Holguín comme délégué et Núñez part à Carthagène, sa ville natale. Núñez se fait réélire pour la période 1892-1898 et impose la nomination de Caro à la vice-présidence. De fait, c'est lui qui exerce la fonction de chef d'État. Son gouvernement renforce encore plus l'autoritarisme du régime et fait approuver la loi 61 de 1888 qui autorise au président de la République à « prévenir et réprimer administrativement les délits et fautes contre l'État qui affectent l'ordre public »¹⁸⁹³. Caro procède également à l'affermissement du centralisme, provoquant ainsi la réplique des élites locales du conservatisme. La mort de Núñez en 1894 fait de lui le leader d'un parti conservateur profondément divisé entre la fraction qu'il dirige, qui reprend le qualificatif « national » de l'alliance qui avait conduit à la victoire de la Régénération en 1885, et la fraction dite « historique »¹⁸⁹⁴. Cette division et la radicalisation de la persécution contre les libéraux sont les causes principales du début d'une nouvelle guerre civile qui a une courte durée grâce à l'action du général Rafael Reyes et au fait que quelques dirigeants libéraux n'appuyaient pas l'option militaire pour arriver au pouvoir. Il ne s'agit que d'un prélude du désastre qui va suivre. En 1898, à la fin de la période présidentielle, Caro voulait se faire réélire, mais il trouve la forte opposition d'un secteur de son propre parti qui soutient le général Reyes. Il renonce alors à son aspiration pour écarter celle de Reyes et ouvre la voie pour l'élection de deux vénérables juristes, Manuel Antonio Sanclemente à la présidence et José Manuel Marroquín à la vice-présidence. En qualité de

¹⁸⁹⁰ NÚÑEZ, Rafael, « Exposición del Presidente de la República al Consejo de Delegados », in *Antecedentes de la constitución de Colombia de 1886 y debates del proyecto en el Consejo Nacional Constituyente*, Bogotá, Librería Americana, 1913, pp. 4-5 et 7.

¹⁸⁹¹ « La falta de mecanismo para el control constitucional de las leyes llevó al Congreso de 1887 al extremo de consignar en la marcada con el número 153 de aquel año, el principio de la presunción constitucional, ordenando el cumplimiento de toda ley, aunque fuese contraria a preceptos de la Carta Fundamental » (URIBE VARGAS, D., *op. cit.*, p. 171).

¹⁸⁹² *Ibidem*, p. 171.

¹⁸⁹³ URIBE VARGAS, D., *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁸⁹⁴ MELO, Jorge Orlando, « La Constitución de 1886 », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 62-63.

délégué, Caro compte arriver à nouveau à la présidence, mais malgré son âge Sanclemente ne l'abandonne pas. Face à la fracture conservatrice et à l'impossibilité d'obtenir les réformes exigées, le courant « belliciste » du parti libéral s'impose sur le courant « pacifiste » et déclare la guerre au gouvernement en octobre 1899. C'est la « guerre des Mille Jours », la plus longue et destructive des guerres civiles du XIX^e siècle. Malade, le président Sanclemente ne peut pas commander les opérations et face à la menace d'un triomphe libérale Marroquín donne un coup d'État en juin 1900. La prolongation du conflit affecte l'armée libérale qui se disperse et forme des petites guérillas. Sa défaite dans la bataille de Palonegro oblige aux chefs militaires, notamment Rafael Uribe Uribe et Benjamín Herrera, à signer un traité de paix en novembre 1902, bien que les affrontements continueront jusqu'au milieu de l'année suivante. Les deux camps cherchent à réduire les frais de la guerre, mais il est trop tard : le 3 novembre le département de Panamá déclare l'indépendance de la Colombie, avec le soutien manifeste du gouvernement des États-Unis. Celui-ci voulait de cette manière assurer son domaine sur le canal qui à ce moment est en train d'être construit, projet que, comme l'on sait¹⁸⁹⁵, l'avait initié une compagnie financée en bonne partie par la république française, mais qui était l'objet d'un scandale de grande résonnance¹⁸⁹⁶.

II. La « république conservatrice »

La guerre des Mille Jours marque de manière sanglante le début du XX^e siècle en Colombie. Or, à partir de là la guerre civile perd, au moins pour une partie importante de la classe dirigeante, son caractère de moyen légitime d'action politique, comme il est possible de le constater dans le relèvement progressif du constitutionnalisme, en particulier dans les réformes promulguées en 1910 et 1936, sans que cela comporte la fin des luttes bipartites et les divisions à l'intérieur du conservatisme et du libéralisme. De toute façon, comme le remarquent M. Palacios et F. Safford, jusqu'à 1950 tous les changements de gouvernement s'accomplissent suivant les procédures constitutionnelles. Les élections présidentielles de 1904 et 1910 ont été indirectes et restreintes. La révision constitutionnelle de 1910 établit l'élection directe du président de la république, tandis que celle de 1936 institue le suffrage universel masculin. Dans les élections de 1926, 1934, 1938 et 1949 le parti d'opposition ne se présente pas en considérant qu'il n'y a pas les garanties indispensables. Dans celles de 1914, 1918 et 1942 le choix se limite aux candidats du même parti avec le soutien des dissidences du parti adversaire. Enfin, des trois élections le plus disputées, celle de 1922 a failli mener au pays à une guerre civile, alors que celles de 1930 et 1946 ont donné lieu à une alternance car le parti gouvernant se présente scindé face à un candidat modéré de

¹⁸⁹⁵ Voir *supra* p. 1028.

¹⁸⁹⁶ De fait, « aux yeux de Roosevelt, ni la Colombie ni la France, disqualifiées par leur manque de fiabilité et leur incompétence, n'ont le droit de s'opposer à la construction du canal que les Américains veulent réaliser au profit de toute l'humanité. En réalité, il se prétend le défenseur de l'humanité lorsqu'il veut mener à bien la construction du canal encore sous contrôle français mais en faillite complète. Le gouvernement des États-Unis n'ignore pas le scandale que l'échec du canal représente pour la France et veut en tirer profit » (ANDRADE, Margot, *L'influence française en Colombie*, Thèse de doctorat, Histoire des relations internationales, dir. Bertrand Joly, Université de Nantes, 2009, p. 427).

l'opposition¹⁸⁹⁷. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que durant les années vingt et trente une nouvelle croissance des exportations contribue à consolider les bases du développement capitaliste et de l'incorporation définitive du marché interne dans l'économie mondiale. La production de café, cultivé principalement par des agriculteurs indépendants, est à la base de la transformation générale de l'économie. Dès 1920 le pays entre dans une phase de développement économique accéléré, en particulier dans le secteur industriel moderne. Cet essor du marché interne incite l'élargissement de la classe des travailleurs salariés. L'État commence à disposer des instruments pour influencer le plus possible sur le cours de l'économie et essaie d'intervenir dans les conflits sociaux pour les régler, bien que sa présence effective ne s'étend que aux zones urbaines et celles qui leur sont proches. L'élargissement du système politique permet une participation plus active des classes moyennes et des travailleurs urbains. En même temps, les conflits sociaux qui opposent les travailleurs industriels et agricoles aux patrons des grandes industries (surtout étrangères) augmentent, ainsi que ceux opposant les colons et communautés indigènes aux grands propriétaires terriens, conflits où l'État revient à se ranger du côté des secteurs privilégiés¹⁸⁹⁸. Ce processus général de modernisation commence dans une période de transition politique où un régime qui exacerbe encore plus l'autoritarisme hérité de la Régénération laisse place à une réforme qui reconduit l'État vers la voie du républicanisme (A). Toutefois, une hégémonie conservatrice s'enracine dans le gouvernement jusqu'à l'alternance en 1930 (B), qui pour autant doit faire face à une situation socio-économique de plus en plus mouvementée et changeante (C).

A. De la dictature au compromis républicain

La première élection présidentielle de l'après-guerre est emportée par le général Reyes qui finalement arrive au pouvoir pour la période qui débute en août 1904. Au rebours des autres dirigeants de deux partis, il rejette leurs constants affrontements et la rigidité idéologique, étant plus intéressé par la recherche du progrès matériel¹⁸⁹⁹. Prestigieux chef militaire et entrepreneur, « sa vision du pays était une vision réaliste, fruit spontané de son contact avec la vie colombienne au moyen de la formidable expérience sur les champs de bataille et dans les affaires »¹⁹⁰⁰. Malgré la popularité dont il jouit lors de son investiture, le Congrès n'accède pas à lui concéder les facultés extraordinaires qu'il demandait pour réviser le système tributaire, souscrire des contrats de travaux publics et prendre des mesures de reconstruction et développement économique. En revanche, plusieurs parlementaires entament un débat virulent sur la fraude commise dans la dernière élection et qui aurait bénéficié au président. En janvier 1905 il répond en ordonnant la fermeture du Congrès et en convoquant une Assemblée Nationale Constituante et Législative, processus secondé par la fraction du parti libéral sous la direction du général Uribe Uribe. Celle-ci assure une représentation dans cette assemblée et ratifie sa présence dans le gouvernement, situation qui a des conséquences de longue portée sur l'orientation idéologique ultérieure

¹⁸⁹⁷ PALACIOS, Marco, SAFFORD, Frank, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*, cit., p. 497.

¹⁸⁹⁸ MELO, Jorge Orlando, « La Constitución de 1886 », cit., p. 32.

¹⁸⁹⁹ BUSHNELL, D., *op. cit.*, p. 216.

¹⁹⁰⁰ LEMAITRE, Eduardo, *Rafael Reyes. Biografía de un gran colombiano*, Bogotá, Ediciones Espiral, 1967, p. 279.

du parti, car « le libéralisme subit une transformation en profondeur en ce qui concerne ses conceptions sur les fonctions de l'État dans la vie sociale en général et dans l'économie en particulier. Très peu reste donc du parti radical de la deuxième moitié du XIX^e siècle, sur tout par rapport aux droits absolus des individus et la non-ingérence de l'État dans l'économie »¹⁹⁰¹. Toutefois, la participation libérale n'empêche pas que la frénésie réformiste de la période du gouvernement de Reyes, qui se prolonge presque cinq ans (jusqu'en juin 1909) n'acquiert un évident sens dictatorial qui renforce encore plus – ce qui semblait très difficile à envisager – le caractère autoritaire qu'avait déjà le régime dès 1886. « La réforme du quinquennat de Reyes fut, en conséquence, l'œuvre d'un corps autocratique par un procédé autocratique et la plupart de ses normes visent à légitimer le despotisme présidentiel et à perpétuer la domination de l'exécutif »¹⁹⁰². Pour cette raison, il n'y en a pas beaucoup à souligner, à l'exception de la règle de la représentation proportionnelle qui garantit la présence des minorités dans les corporations publiques municipales, départementales et nationales (Acte Législatif 8 de 1905¹⁹⁰³, article 4)¹⁹⁰⁴.

Au demeurant, plus l'opposition à Reyes s'affermait, plus la répression gouvernementale s'accroissait. C'est de cette manière que le président affronte la « conjuration des étrennes » (*conspiración de los aguinaldos*) en décembre 1905 et une tentative d'assassinat en février 1906. Pour autant, il perd progressivement tous ses appuis politiques, voire celui des libéraux, et lorsque Reyes veut aborder la question de Panamá et rétablir les relations avec les États-Unis son gouvernement est très affaibli. Justement, le 13 mars 1909, le jour où l'Assemblée Nationale Constituante allait examiner un projet de traité visant cet objectif, un mouvement nationaliste descend dans la rue à Bogotá pour le contester. Reyes avait présenté sa démission pour trouver un accord, mais le lendemain il reprend ses fonctions. L'abandon définitif du pouvoir n'intervient que quelques mois plus tard, sous la pression de la coalition appelée « Union Républicaine ». Le gouvernement provisionnel est confié à Ramón González Valencia et sur la base d'une des réformes constitutionnelles promulguées pendant le quinquennat de Reyes, une nouvelle assemblée constituante est convoquée (décret 126 du 25 février 1910) dont le propos est de restituer la Constitution de 1886 et d'y introduire quelques ajustements. Intégrée par 41 membres, dont les deux tiers sont des conservateurs venus à l'Union Républicaine et le reste des libéraux¹⁹⁰⁵, elle commence ses délibérations en mai 1910 et approuve trois actes de réforme constitutionnelle.

Le troisième contient la révision générale de la Constitution de 1886¹⁹⁰⁶ et réalise le programme annoncé dans un manifeste signé par certains des leaders de l'Union

¹⁹⁰¹ VÉLEZ, Humberto, « Rafael reyes: Quinquenio, régimen político y capitalismo (1904-1910) », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 194.

¹⁹⁰² VALENCIA VILLA, H., *op. cit.*, p. 178.

¹⁹⁰³ L'expression « *Acto legislativo* » s'utilise en Colombie pour dénommer les réformes à la constitution approuvées par le Congrès.

¹⁹⁰⁴ Sur les autres réformes de la période voir : VÉLEZ, H., *op. cit.*, p. 209.

¹⁹⁰⁵ MELO, Jorge Orlando, « De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez. Republicanismo y gobiernos conservadores », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 221.

¹⁹⁰⁶ L'Acte Législatif n° 1 de 1910 s'occupe des fonctions de la nouvelle assemblée constituante, tandis que l'Acte Législatif n° 2 détermine les règles de la succession présidentielle.

Républicaine, parmi lesquels figurent, d'un côté, Benjamín Herrera et Nicolás Esguerra, venus du libéralisme (auxquels se joignent les jeunes libéraux de la « génération du centenaire » de l'indépendance, comme Eduardo Santos et Luis Cano), et, de l'autre côté, Carlos Eugenio Restrepo, Miguel Abadía Méndez, José Vicente Concha et Pedro Nel Ospina, tous des conservateurs « historiques »¹⁹⁰⁷. Depuis toujours, la doctrine publiciste colombienne considère que l'Acte Législatif 3 de 1910 introduit des réformes d'une telle portée que l'on est quasiment en présence d'un nouveau régime constitutionnel¹⁹⁰⁸ ou d'une « petite constitution »¹⁹⁰⁹. Or, sans nier la portée des changements qu'il réalise, les promoteurs de la révision n'ont jamais formulé la possibilité d'une substitution, ni dans le manifeste de l'Union Républicaine ni dans le décret par lequel la constituante est convoquée. Il s'agit toujours de « parvenir, dans les plus brefs délais, à la réforme de la Constitution de 1886, de sorte qu'elle devienne véritablement nationale »¹⁹¹⁰. De plus, les principes structurels de celle-ci sont par essence maintenus, tels que la souveraineté nationale et les restrictions au suffrage, le centralisme (le parti libéral renonce au projet fédéraliste¹⁹¹¹), le confessionnalisme et le présidentielisme.

Ce dernier est du moins tempéré, puisque l'élection directe du président est rétablie et la période de son mandat réduite à quatre ans (article 25 de l'Acte Législatif 3 de 1910), sa réélection est interdite (article 28) et expressément prévue la responsabilité par ses actes et omissions qui violent la constitution ou les lois (article 29), outre qu'en cas d'état de siège le gouvernement ne peut déroger aux lois, mais seulement suspendre celles qui sont incompatibles avec le rétablissement de l'ordre public (article 33). Le centralisme est également nuancé grâce au relèvement des assemblées départementales et conseils municipaux, dont les membres sont directement élus par les citoyens (article 43). Il est même reconnu que les assemblées sont indépendantes pour l'administration de leurs affaires locales, sous les limitations établies par la Constitution (article 48), ce qui s'applique aussi, dans une moindre mesure, aux conseils municipaux (article 62). Les chambres du Congrès se réunissent de plein droit chaque année pendant 90 jours (article 8), de même qu'elles sont compétentes pour examiner et approuver les révisions de la constitution, en

¹⁹⁰⁷ Le programme formule les propositions suivantes : « a) El reconocimiento de la representación de las minorías por el sistema más perfecto y compatible de nuestra educación política. b) Establecimiento de la responsabilidad del Presidente de la República para todos sus actos administrativos y políticos. c) Prohibición absoluta de que el Presidente de la República, o el que por cualquier título haga sus veces, pueda ser reelegido para el puesto en el periodo inmediato. d) Nombramiento por el congreso o por cualquier otra entidad, de los suplentes que deban reemplazar al Presidente de la República, pero en ningún caso por el mismo Presidente. e) Reunión anual de las cámaras legislativas. f) Independencia efectiva del poder judicial, de manera que ni por nombramiento, ni por ningún otro motivo penda del Poder Ejecutivo, ni pueda ser supeditado por éste. g) Libertad de imprenta, con responsabilidad efectiva y pronta ante el poder judicial. h) Organización de un sistema electoral con independencia de los demás poderes públicos y sustraído a toda influencia oficial. Es entendido que todo derecho de sufragio quedará en suspenso para los individuos de tropa del ejército, como consecuencia del precepto constitucional que declara que el ejército no es cuerpo deliberante ». (cité par URIBE VARGAS, D., *op. cit.*, pp. 184-185).

¹⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 185.

¹⁹⁰⁹ POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín, *Constituciones de Colombia*, estudio preliminar Carlos Restrepo Piedrahita, 4^a ed., Bogotá, Fondo de Promoción de la Cultura del Banco Popular, 1986, tome IV, p. 318.

¹⁹¹⁰ Pour le texte du manifeste voir : URIBE VARGAS, D., *op. cit.*, p. 184.

¹⁹¹¹ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, «La reforma constitucional de 1910», in Vidal Perdomo, Jaime (dir.), *Historia constitucional de Colombia. Siglo XX*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, p. 89.

suivant une procédure spécial mais moins exigeante que celle prévue en 1886 (article 70)¹⁹¹². La réforme confirme le principe de la représentation proportionnelle dans les organes collégiaux (article 45). Les libertés publiques bénéficient d'un relatif élargissement qui se concrète dans l'abolition de la peine de mort (article 3), la garantie de la propriété privée (article 5) et le principe selon lequel il n'aura pas d'impôt sans représentation (article 6). Or, ce qui est le plus remarquable c'est l'instauration du contrôle de la constitutionnalité de lois par voie d'action dans l'article 41 de l'Acte Législatif¹⁹¹³. Cette disposition, incluse dans le projet présenté à l'assemblée par le député Nicolás Esguerra, a d'abord été rejetée, mais elle a été reprise pendant les derniers jours des sessions par le député Clemente Salazar et approuvée presque par unanimité¹⁹¹⁴. Son mérite principal, rarement reconnu, est d'avoir anticipé, dix ans auparavant, le modèle de contrôle concentré conçu par Hans Kelsen et établi dans la loi constitutionnelle fédérale de l'Autriche de 1920¹⁹¹⁵. Par ailleurs, il est également prévu dans l'article 42 que la loi établira la juridiction contentieuse administrative, ce qui n'arrivera qu'en 1913, par l'intermédiaire de la loi 130 de cette année¹⁹¹⁶. Malgré toutes ces réformes, il y a un aspect du régime politique qui ne change pas beaucoup, le confessionnalisme et les rapports de dépendance entre l'Église et l'État, ce qui sera évident tout au long des gouvernements conservateurs des années vingt et trente.

B. L'hégémonie du conservatisme

Le 15 juin 1910 l'assemblée constituante nomme Carlos Eugenio Restrepo à la présidence de la République pour la période 1910-1914. Il est le seul membre de l'Union Républicaine qui occupe ce poste, pour une large part en raison du caractère éphémère du mouvement qui le soutenait, intégré par une élite restreinte d'hommes politiques et d'affaires éloignés de l'esprit des militants des partis traditionnels formés dans une ambiance d'affrontements acharnés¹⁹¹⁷. De plus, le président veut se placer hors du conflit entre partis¹⁹¹⁸, propose une transformation en profondeur de ceux-ci¹⁹¹⁹ et du système

¹⁹¹² « Article 70. La Constitution ne pourra être révisée que par un acte législatif discuté et approuvé une première fois par le Congrès dans la forme ordinaire ; et examiné, de la même façon au cours de la réunion annuelle suivante et approuvé lors de celle-ci par les deux Chambres en seconde et troisième lecture, à majorité absolue des individus composant chacune d'elles » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *op. cit.*, p. 160)

¹⁹¹³ « Article 41. La garde de l'intégrité de la Constitution est confiée à la Cour suprême de justice. En conséquence, en outre des pouvoirs que lui confèrent cette Constitution et les lois, elle aura le pouvoir suivant : Prononcer définitivement sur la validité (*exigibilidad* [sic]) des actes législatifs contre lesquels des objections ont été formulées par le gouvernement à raison de leur inconstitutionnalité ou sur toutes les lois ou décrets attaqués devant elle, comme inconstitutionnels, par tout citoyen, le procureur général de la nation préalablement entendu » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *op. cit.*, p. 154).

¹⁹¹⁴ SEGOVIA, Lisandro, *Historia de las leyes: acto legislativo número 3 de 1910*, Bogotá, Impresora nacional, 1953, p. 216.

¹⁹¹⁵ ESGUERRA P., J., *op. cit.*, 107.

¹⁹¹⁶ PEÑA PORRAS, Diego Isaías, *La construcción del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Temis, 2008, p. 43.

¹⁹¹⁷ MELO, J. O., « De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez », *cit.*, p. 226.

¹⁹¹⁸ Dans son discours d'investiture il affirme que : « La única persona que en Colombia no tiene hoy derecho a pertenecer a ningún partido político, soy yo. He sido conservador, pero en el puesto que se me ha señalado no puedo obrar como miembro de ninguna parcialidad política. [...] Nací en Antioquia, pero como Presidente de la República no seré más que Colombiano. Soy católico, pero como Jefe Civil del Estado [...] no puedo erigirme en Pontífice de ningún credo, y sólo seré el guardián de las creencias, cualesquiera que sean, de todos los colombianos » (cité par ARIZMENDI POSADA, Ignacio, *Presidentes de Colombia (1810-1990)*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 206)

électoral (très perméable à la fraude)¹⁹²⁰, affirme la laïcisation de la société¹⁹²¹ et soutient fermement l'État de droit¹⁹²², qualités fort rares dans un chef d'État colombien à l'époque. Elles suscitent donc la méfiance des dirigeants des deux partis : le général Uribe Uribe, qui n'accompagne pas la coalition républicaine, forme un « bloc libérale », tandis que les anciens « historiques » Abadía Méndez, Concha et Ospina proposent une « concentration conservatrice », à laquelle vont se joindre les leaders du conservatisme nationaliste Jorge Holguín et Marco Fidel Suárez. Il en va de même pour le climat social qui devient assez tendu à cause de la question religieuse, exaltée par les conservateurs, et des sentiments nationalistes, que ce soit contre les États-Unis (l'« *antiyanquismo* »), du fait de son intervention dans l'indépendance de Panamá – même si ce pays commence à déplacer la prépondérance économique et politique qu'avait auparavant la Grande Bretagne¹⁹²³ –, ou bien contre le Pérou, étant donné l'incident du juillet 1911 dans la frontière amazonienne. Le projet des républicains de conformer un État moderne, immune à l'influence de la politique partisane, ne convainc ni les dirigeants nationaux ni encore moins ceux des régions, où les *gamonales* et le clergé voulaient maintenir leur autorité¹⁹²⁴. Tout cela explique le retour des conservateurs au pouvoir durant une longue période d'hégémonie qui s'étend jusqu'à 1930 et qui débute avec le gouvernement de José Vicente Concha, entre 1914 et 1918. La défaite écrasante du candidat républicain, Nicolás Esguerra, qui avait activement participé à la rédaction de la réforme de 1910, peut laisser penser que celle-ci a eu une portée limitée. Il n'en est ainsi car elle est le point de départ de la coexistence relativement pacifique entre les deux partis traditionnels qui évitera pendant la première moitié du XX^e le recours aux coups d'État et aux régimes militaires¹⁹²⁵, ce qui en revanche sera le cas dans d'autres pays d'Amérique Latine. De manière ponctuelle, en particulier lors des élections, la violence politique réapparaît dans certaines régions. De plus, la réforme condamne inexorablement aux libéraux à être une minorité et, surtout, offre aux deux partis la flexibilité legaliste qui leur sert de protection contre l'émergence de nouvelles alternatives politiques, au point que les intérêts des groupes sociaux qui éclosent à l'époque sont canalisés par eux. « Dès lors – comme l'explique J. O. Melo –, n'apparaissent pas de

¹⁹¹⁹ Le président Restrepo considère ainsi que « *sigo creyendo en la necesidad permanente de nuevas organizaciones políticas, de carácter muy distinto del que hoy tienen; deberán abandonar la cuestión religiosa que los unos pretenden resolver atacando el sentimiento más alto, más respetable y más general que existe en Colombia; y los otros tomando el estandarte de Cristo y arrastrándolo por calles y plazas, por comicios y trapisondas: los partidos del porvenir se situarán en el terreno puramente social y en el económico, que es donde hoy están peleando sus batallas los pueblos civilizados* » (carta a su hermano Nicanor del 25 de marzo de 1911, en RESTREPO, Carlos Eugenio, *Orientación republicana* (2^a ed. 1930), Bogotá, Banco Popular, 1972, tome II, p. 381-385).

¹⁹²⁰ MELO, J. O., *op. cit.*, pp. 228-229.

¹⁹²¹ « Estos apasionamientos ciegos, inconscientes, que no admiten reflexión contraria, están bien para el terreno del dogma en que habla Dios, y para seres y pueblos primitivos, que consagran las causas y endiosan a los hombres; mas no pueden ni deben tenerlos aquellos que han alcanzado una mediana cultura, de la mucha y fácil que ofrece la civilización moderna » (RESTREPO, C. E., *Orientación republicana*, tome I, p. 254).

¹⁹²² « La inconstitucionalidad de los actos del Congreso; la inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos ejecutivos; los conflictos entre estos dos poderes; la ilegalidad de las ordenanzas departamentales [...] todo eso que antes se juzgaba y se decidía por una de las entidades políticas interesadas, fue confiado a la solución imparcial e inapelable del Poder Judicial » (*ibidem*, pp. 77-78).

¹⁹²³ MELO, J. O., *op. cit.*, p. 230

¹⁹²⁴ BRUGMAN, Catalina, « El fracaso del republicanismo en Colombia: 1910-1914 », *Historia Crítica*, n° 21, 2001, pp. 109-110.

¹⁹²⁵ BUSHNELL, D., *op. cit.*, p. 230.

nouveaux partis capables de stimuler une modernisation plus rapide du pays et de ses institutions politiques, et peut survivre un système qui, en laissant coexister au sein de chaque parti des groupes très traditionnalistes avec des secteurs modernistes, fut incapable de faire résolument face aux problèmes que l'industrialisation posait à l'ordre rural »¹⁹²⁶.

Le président Concha reprend la tradition d'inviter quelques dirigeants de l'opposition à intégrer un ministère de majorité nettement conservatrice, quoique les libéraux soient complètement exclus des administrations locales. Outre les difficultés économiques dues au déclenchement de la Première Guerre mondiale, le défi le plus dramatique que le gouvernement doit affronter est l'assassinat en octobre 1914 de Rafael Uribe Uribe, le chef principal du libéralisme. L'opposition s'affermi, mais dans les élections de 1918 ne peut pas menacer l'hégémonie des conservateurs, même s'ils se présentent divisés entre deux candidatures, l'officielle de Marco Fidel Suárez et dissidence de Guillermo Valencia. Le choix correspond alors à la haute direction ecclésiastique, plus concrètement à l'archevêque de Bogotá et primat de l'Église Bernardo Herrera Restrepo (1844-1928), qui ordonne aux fidèles d'appuyer la candidature de Suárez et condamne les dissidents. Plus surprenant : jusqu'en 1930 ceci sera le procédé pour définir le candidat officiel du parti conservateur¹⁹²⁷. Le nouveau président vient d'un milieu social modeste, mais il fait peu pour aider ses compatriotes les plus démunis. Suárez est un catholique mystique, hostile aux courants modernistes de son temps. Il refuse l'intervention de l'État dans les domaines économiques et sociaux et encourage l'utilisation des moyens de l'hégémonie conservatrice : l'ingérence de l'Église dans la vie politique¹⁹²⁸, la répression à toute manifestation de malaise sociale et la fraude électorale¹⁹²⁹. Cette dernière est surtout un symptôme de la pratique qui assume le parti comme le lieu pour gérer, sous un discours idéologique à caractère national, des simples conflits locaux (ce qui arrive aussi dans le parti libéral)¹⁹³⁰. L'une des seules innovations qu'il propose est la « doctrine de l'étoile du nord », selon laquelle la Colombie doit rétablir les relations avec les États-Unis et trouver ainsi le meilleur support en matière de politique et d'économie internationale¹⁹³¹. À cet égard son objectif primordial est la

¹⁹²⁶ MELO, J. O., *op. cit.*, p. 232.

¹⁹²⁷ En effet, « en el Partido Conservador, los concejales, los diputados, los congresistas, y con ellos los alcaldes, los gobernadores, los ministros, los directorios políticos hasta llegar al presidente de la República, para llegar a cualquier cargo en la jerarquía política, los agraciados deben ser señalados o por lo menos tener la aprobación de otra jerarquía, la eclesiástica: son los párrocos, los obispos y arzobispos, con toda la grey sometida a la autoridad férrea del primado. Ése es uno de los pilares del régimen. Otro pilar lo conforma el poder civil que va desde el presidente, cubriendo todo el país sin dejar resquicio, en una tupida telaraña, hasta los alcaldes y los funcionarios de mayor y mínima cuantía. El tercer pilar lo constituye el ejército. Cuando se trata de designar al presidente, el candidato es proclamado por las mayorías conservadoras del Congreso. Nada más. Las elecciones no cuentan; claro que se realizan, pero ya se sabe, las elecciones se ganan » (LATORRE RUEDA, Mario, « 1930-1934. Olaya Herrera: un nuevo régimen », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 270).

¹⁹²⁸ BUSHNELL, D., *op. cit.*, pp. 230-231 ; PALACIOS, Marco, SAFFORD, Frank, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*, p. 527-528 ; PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 64.

¹⁹²⁹ BUSHNELL, D., *op. cit.*, pp. 223-224.

¹⁹³⁰ COLMENARES, Germán, « Ospina y Abadía: la política en el decenio de los veinte », *cit.*, pp. 246-247.

¹⁹³¹ En effet, ce sont surtout les considérations de type économique qui déterminent ce changement face aux américains. « Par-delà la participation aux bénéfices accompagnant l'essor du café, la grande préoccupation devient rapidement de faciliter les investissements nord-américains et d'attirer les emprunts : la bourgeoisie antioquienne en est au moins aussi impatiente que celle de Bogotá. Or les gouvernements successifs s'y emploient avec un succès croissant à partir de 1922. Des présidents comme Rafael Reyes, de 1904 à 1909,

ratification par le Congrès colombien du traité Urrutia-Thompson qui reconnaît une indemnité de 25 millions dollars pour la perte de Panamá. Pour l'atteindre, il est prêt à démissionner en novembre 1921 ; Jorge Holguín finira la période.

Malgré les critiques qu'elle suscite, la politique pro-américaine continue pendant le gouvernement de Pedro Nel Ospina, entre 1922 et 1926. Or, ceci n'est pas le seul problème auquel il doit faire face. Dans les années vingt, les transformations sociales et économiques que la société colombienne éprouve depuis le début du siècle s'approfondissent. Cependant, les gouvernements conservateurs y restent indifférents voire font leur possible pour les réprimer. L'adaptation de la classe politique aux conditions changeantes de la base sociale est trop progressive et ne s'accomplit que jusqu'au milieu de la décennie suivante. Progressivement, et à défaut de renouvellement se produit une érosion progressive de la république conservatrice jusqu'à son effondrement final, alors que l'opposition n'offre aucune alternative réelle mais seulement le répertoire des incapacités du système¹⁹³². Cette dégradation du régime et la passivité de ses adversaires peut pourtant se camoufler sous la dynamique économique, les changements dans la société et débats entre les partis et ses fractions. C'est le cas notamment de la présidence d'Ospina qui veut se présenter comme un gouvernement efficient et pragmatique qui cherche le progrès matériel en encourageant les travaux publics financés par des crédits à l'étranger et par l'indemnité du traité Urrutia-Thompson¹⁹³³. En revanche, entre 1926 et 1930 le gouvernement de Miguel Abadía Méndez (1867-1947), montre de manière dramatique la décadence du régime dans un cadre où le conflit social monte en intensité et la crise économique mondiale fait sentir ses effets même avant la chute de 1929.

C. Une société changeante

Pendant la première décennie du XX^e siècle la Colombie était encore un pays enfoncé dans le siècle précédent, du point de vue politique mais surtout du point de vue social et économique. Or, comme on vient d'indiquer, les conditions de la société commencent à changer rapidement, tandis que, dans un premier temps, une partie de la classe dirigeante regroupée momentanément dans l'Union Républicaine, n'arrive à offrir que les premières réponses, circonscrites au domaine juridique, dans la révision constitutionnelle de 1910. Après cela, dans la période de l'hégémonie conservatrice, toute autre possibilité de transformation est écartée et, en revanche, les mécanismes usuels de contrôle social et les formes traditionnelles des rapports politiques sont reprises et renforcées. Au demeurant, les années vingt témoignent de la consolidation des secteurs modernes de l'économie à cause de l'expansion des exportations des matières premières, en particulier du café, et de la

Pedro Nel Ospina, de 1922 à 1926, s'efforcent d'adapter l'État aux exigences du développement et comblent ainsi les aspirations de la bourgeoisie tout entière » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 59).

¹⁹³² COLMENARES, Germán, « Ospina y Abadía: la política en el decenio de los veinte », *cit.*, p. 245.

¹⁹³³ « En cinq ans, ce sont environ deux cents millions de dollars qui sont ainsi obtenus auprès des organismes financiers américains. L'heure de la " prospérité à tout va " a sonné et fait oublier toute réserve. L'État central ne vient qu'au second rang des emprunteurs : l'ensemble des administrations départementales et municipales le précède, et les particuliers font de leur mieux. Les créanciers exigeant des garanties, on fait feu de tout bois : les revenus des douanes, des chemins de fer, des monopoles départementaux sont hypothéqués. La situation échappe rapidement à tout contrôle, donnant en particulier naissance à une rapide inflation. C'est la " danse des millions " » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 62).

croissance de l'industrie. De fait, « dans une certaine mesure, le relative calme qui prédomine pendant les années immédiatement postérieures au mandat de Rafael Reyes résulte du simple fait que les libéraux et les conservateurs trouvent les voies pour canaliser leur énergie agressive dans des entreprises économiques, principalement l'industrie cafetière, qui finalement fait valoir ses mérites durant la deuxième et troisième décennies du siècle »¹⁹³⁴. En plus, les travaux publics mobilisent une masse de travailleurs qui reçoivent pour la première fois un salaire, s'ils viennent des haciendas traditionnelles, ou au moins une meilleure rémunération, s'ils étaient auparavant des journaliers. Dans ces conditions s'accomplit l'émergence de nouveaux groupes sociaux dans la vie politique du pays, parmi lesquels figurent la petite et moyenne paysannerie (exemplifiées par les cultivateurs du café), les travailleurs ruraux qui partent pour coloniser les nouvelles zones de production agricole, les ouvriers des industries récemment érigées, les classes moyennes urbaines, les fonctionnaires publics et, dans l'élite dirigeante, la bourgeoisie dédiée aux nouvelles activités économiques. Certains mouvements politiques, que ce soient les républicains, les libéraux ou, plus tard, les socialistes, tentent de trouver leur soutien, mais il est évident que l'expression et l'action de ces groupes sont pour la plupart hors du champ d'influence des parties traditionnelles. De toute façon, « le contenu social (ou au moins la rhétorique) de la politique sera de plus en plus explicite. On peut soutenir que la formule ambiguë qu'exhibent les partis politiques colombiens entre la flatterie populiste et l'appétit bureaucratique date des années vingt. Autrement dit, les problèmes sociaux vont avoir désormais des répercussions politiques plus accentuées »¹⁹³⁵. La « question sociale » est ainsi posée¹⁹³⁶.

Pour sa part, les gouvernements conservateurs bougent entre l'indifférence, quelques mesures timides (en 1919 et 1920 sont promulguées deux lois concernant les grèves¹⁹³⁷) et la réaction répressive. Cela mène à l'aggravation des conflits sociaux et à la formation d'associations et syndicats ouvriers, paysans, de fonctionnaires et de l'artisanat, dans un contexte social plus ouvert caractérisé par l'ascendant des populations des zones urbaines dans la vie nationale, la communication d'idées par la presse écrite et les nouveautés culturelles et idéologiques venues d'ailleurs. Or, c'est surtout dans certains secteurs de l'activité économique où ledit conflit gagne en intensité à partir de 1923-1924 : les services associés à l'essor commercial (navigation et ports sur le Rio Magdalena, ports maritimes, chemins de fer), les travaux publics et les enclaves étrangères (grandes plantations et exploitations pétrolières). Dans ce dernier, trois grèves ont des répercussions remarquables à l'époque. Les deux premières affectent la compagnie pétrolière Tropical Oil Company en 1924 et en 1927 et sont réglées par l'intervention de la police. La troisième, entamée en novembre 1928 par les travailleurs des plantations de la United Fruit Company au nord du

¹⁹³⁴ BUSHNELL, D., *op. cit.*, p. 232.

¹⁹³⁵ COLMENARES, Germán, « Ospina y Abadía: la política en el decenio de los veinte », *cit.*, p. 244.

¹⁹³⁶ PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 66.

¹⁹³⁷ La loi 78 de 1919 accorde pour la première fois les droits de grève et de négociation collective et prévoit que des tribunaux d'arbitrage connaissent des litiges entre les travailleurs et le patronat (URRUTIA MONTOYA, Miguel, *Historia del sindicalismo en Colombia*, Bogotá, Ediciones Universidad de los Andes, 1969, p. 176). L'année suivante, la loi 21 de 1920 interdit toutes les grèves dans « les services publics », posant une définition très large de ceux-ci, classant parmi ceux-ci la navigation, les tramways, les chemins de fer, les aqueducs, les services de nettoyage urbain, etc., et, en plus, soumet la grève à l'obligation de préavis et de conciliation.

pays, est la plus célèbre, puisque le gouvernement applique strictement les mesures prévues dans la « loi héroïque »¹⁹³⁸, qui venait d'être approuvée pour réprimer tout mouvement ouvrier ou de l'opposition. Il va même plus loin : la grève finit par un massacre exécuté par l'armée, dont les effets sont d'une telle ampleur que le président Abadía Méndez en sera profondément ébranlé¹⁹³⁹. Toutefois, à cette dynamique de protestation ne correspond pas le développement des organisations ouvrières, car la répression à l'encontre des dirigeants produit ses effets¹⁹⁴⁰. « Rares, exceptionnels même, sont les syndicats constitués – sauf parmi les artisans, et ils ne sont pas toujours autre chose que des associations ambiguës »¹⁹⁴¹. Leur existence est plutôt formelle, comme c'est le cas de Confédération Ouvrière Nationale fondée en 1925¹⁹⁴², de sorte que bien davantage que la création de syndicats, aisément écrasés par les autorités, l'objectif est d'encourager la mobilisation politique contre le régime conservateur.

Parallèlement aux manifestations ouvrières se fait jour un mouvement paysan qui atteint son apogée entre 1925 et 1935 dans les régions où se trouvent les plus grandes haciendas de café, principalement dans les départements de Cundinamarca et de Tolima. Sont ainsi formées plusieurs associations et ligues dont les revendications concernent les salaires et les conditions de travail, ainsi que les parcelles que les paysans possèdent sous des contrats de « *aparcería* » qui bénéficient considérablement aux propriétaires de grandes extensions¹⁹⁴³. Les premiers ont donc progressivement tendance à s'affronter aux seconds, qui monopolisent la terre dans nombreuses régions. Tandis que les propriétaires cherchent que les colons indépendants deviennent de journaliers à leur service et que leurs travailleurs

¹⁹³⁸ Il s'agit de la loi 69 de 1928 qui affirme, dans son article 1^{er}, que « constituye delito agruparse, reunirse o asociarse bajo cualquiera denominación, para alguno o algunos de los siguientes propósitos: [...] 3º. Promover, estimular o sostener huelgas violatorias de las leyes que las regulan ». L'article 2 stipule que « todo individuo que ejecute alguno o algunos de los hechos delictuosos enumerados en el Artículo anterior, sea por medio de discursos, gritos o amenazas proferidos en lugares o reuniones públicos, o con escritos o impresos vendidos, distribuidos o expuestos en esos mismos lugares o reuniones, o por cualquiera otra forma de publicidad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de confinamiento en una colonia penal ».

¹⁹³⁹ En effet, Quelques mois après le pays connaît les détails de ces événements à travers les interventions au Congrès d'un tout jeune parlementaire : Jorge Eliécer Gaitán.

¹⁹⁴⁰ C'est, de fait, une conquête du massacre des bananeraies : « Las bananeras constituían la mayor concentración de trabajadores y, con todas sus contradicciones, ahí estaba el sindicato mejor organizado, y lo mejor del socialismo; la manera como se condujo la huelga, sus resultados, golpearon duramente, y por mucho tiempo, al sindicalismo y le cerraron la posibilidad al socialismo » (LATORRE RUEDA, M., « 1930-1934. Olaya Herrera: un nuevo régimen », *cit.*, p. 272).

¹⁹⁴¹ PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 69.

¹⁹⁴² URRUTIA MONTOYA, Miguel, *Historia del sindicalismo en Colombia*, *cit.*, p. 178.

¹⁹⁴³ Comme l'explique A. Tirado Mejía « tradicionalmente las regiones cafeteras de Cundinamarca y del Tolima habían sido beneficiadas por los latifundistas con contratos de *aparcería*, o semejantes, que implicaban que el campesino podía disponer para la siembra de una parcela en la que cultivaba maíz, frijoles, yuca, plátanos, etc. y como contraprestación laboraba gratuitamente durante algunos días en la hacienda. Desde el momento en que la migración de campesinos se inició, los terratenientes trataron de conservar la mano de obra en las condiciones de explotación tradicionales, pero los campesinos exigieron o salarios más altos, o que en las parcelas, además de los cultivos tradicionales, se les dejara plantar café, producto que les permitía un ingreso mayor y monetizado. Los terratenientes se opusieron alegando que el café era un cultivo de larga duración y que en el momento de un desalojo se elevaría el monto de las mejoras que tendrían que pagar. Ante el desacuerdo, los campesinos procedieron a organizarse en ligas campesinas, a invadir tierras y a exigir contratos más favorables » (TIRADO MEJÍA, Alvaro, *Introducción a la historia económica de Colombia*, Bogotá, El Ancora Editores, 2000, p. 257).

n'abandonnent pas les haciendas¹⁹⁴⁴, les paysans mobilisés exigent que leur travail soit payé au tarif des ouvriers de la région, qu'ils puissent planter des caféiers sur leurs parcelles, et que la possession sur celles-ci, contestée par les propriétaires, soit légalement reconnue. Même si la prescription acquisitive ou usucapion est une forme d'accession à la propriété établie depuis longtemps (la *Recopilación de las leyes de Indias* de 1680 prévoit la « possession juste »¹⁹⁴⁵) et qu'elle réaffirmée par le Code Fiscal (loi 110 de 1912) dans le cas des terres publiques (*baldíos*)¹⁹⁴⁶, les propriétaires font valoir des titres dont la légalité n'est pas incontestable. Un arrêt de la Cour Suprême de Justice de 1926 renforce les demandes de paysans par rapport aux terres possédées, car il dispose que la seule manière de reconnaître la propriété foncière est celle de fournir un document qui atteste que celle-ci a été attribuée, soit par la couronne espagnole, avant l'indépendance, ou bien par les autorités de la république¹⁹⁴⁷. De toute façon, il en est du mouvement paysan comme de celui des ouvriers et le gouvernement n'a guère d'autre politique à leur égard que l'usage de la police, de l'armée, voire de la violence sous toutes ses formes. Au surplus, un autre phénomène lié à la question agraire est l'action défensive des indigènes contre les progrès de la colonisation dans les régions où ils avaient réussi à préserver les structures de *resguardos*. L'épisode le plus connu est le soulèvement dans le département du Cauca qu'entre 1915 et 1916 dirige Quintín Lame, qui après ses événements et son passage en prison continuera ses activités de protection des *resguardos* et intégrera le mouvement ouvrier. Enfin, il reste à remarquer que « la géographie de ces conflits recoupe largement celle de la Violence d'après 1945 », quoiqu'avant que cela n'arrive, « les enjeux sociaux seront alors en partie recouverts par les enjeux internes de la scène politique »¹⁹⁴⁸, comme l'on verra par la suite.

SECTION 2. LA RÉPUBLIQUE LIBÉRALE

Le dernier gouvernement de la république conservatrice est réduit à l'impuissance face à l'aggravation de la crise sociale, économique et politique : les mouvements ouvriers et

¹⁹⁴⁴ En effet, « l'accaparement constitue le moyen d'obtenir la soumission d'une large partie de la population rurale. [...] Milliers de colons sans titres sont convertis en " fermiers " ou en " métayers " par le fait que des entrepreneurs agricoles obtiennent, à la faveur de la répartition des *baldíos*, la propriété de la terre sur laquelle ils étaient installés » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 37).

¹⁹⁴⁵ Dans son livre IV, titre XII, loi XII.

¹⁹⁴⁶ « Art. 65. La propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, de acuerdo con lo dispuesto en este Código. Art. 66. La persona establecida en terrenos baldíos con casa de habitación y cultivos, tales como siembras de cacao, café, caña de azúcar y demás plantaciones permanentes o empresas de sementeras de trigo, maíz, arroz, etc., tiene derecho a que se le adjudique gratuitamente lo cultivado y una parte del terreno adyacente, en una extensión que comprenda lo ocupado y tres tantos más »

¹⁹⁴⁷ « Tratándose de un juicio entre la Nación y un particular en el cual se disputa la propiedad de un terreno que la Nación alega pertenecerle como baldío, si el particular no demuestra el dominio debe fallarse a favor de aquella. La aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno, entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre prueba, debe destruirse con la afirmación concreta y definitiva de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño. Aquí la Nación tiene a su favor la presunción de dominio y aun cuando intervenga como actor en el juicio, está dispensada del peso de la prueba » (*Gaceta Judicial*, Tomo XXXII, n° 1675-76).

¹⁹⁴⁸ PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 75.

paysans disséminés dans les provinces se reproduisent aussi dans les villes¹⁹⁴⁹ ; la hausse accélérée du coût de la vie, la chute des prix internationaux du café et l'interruption des flux des capitaux et prêts étrangers donnent lieu à une profonde crise économique qui semble immaîtrisable malgré les mesures prises¹⁹⁵⁰ ; le gouvernement perd ses appuis politiques, les divisions à l'intérieur du parti conservateur s'approfondissent et les libéraux affermissent leur stratégie d'opposition frontale. Depuis 1922, lorsque la convention libérale à Ibagué décide de proposer un programme de modernisation des institutions et de la société, de même que nier toute forme de collaboration aux gouvernements conservateurs, les critiques à l'encontre de ceux-ci ne cessent de s'intensifier, que ce soit en raison des fraudes électoraux, des scandales financières et administratives et de l'échec total du régime. Cette dernière est justement l'idée principale qui expose Alfonso López Pumarejo – qui deviendra la figure centrale du parti dans les années qui viennent – dans ses conférences de 1928. Or, pendant la même époque et par le même procédé, le leader conservateur Laureano Gómez assume également une position très critique à l'égard du gouvernement dans ses conférences et secoue d'un ton pessimiste toute les certitudes idéologiques du projet de la Régénération. Apparaît alors dans un vaste secteur des élites un nationalisme qui manifeste non seulement la crainte devant la dépendance économique des intérêts étrangers, mais aussi devant l'ébranlement des schémas idéologiques traditionnels. En somme, face à la question sociale, les classes dominantes semblent n'avoir d'autre recours que la violence ; confrontées à la gestion de l'économie, elles paraissent désorientées ; face au régime elles sont complètement divisées et certains pensent à une réforme intégrale des institutions¹⁹⁵¹.

Dans ce contexte turbulent commence en 1930 la période de la « République libéral ». Après avoir triomphé de son adversaire, un parti conservateur affaibli et divisé qui s'était dévoilé incapable d'affronter une société en transformation, le premier gouvernement libéral présidé par Enrique Olaya Herrera, qui reçoit le soutien douteux d'un secteur du conservatisme, procède aux premières réformes dans un contexte assez tendu (I). En 1934 les supports politiques des libéraux sont tels qu'ils considèrent qu'un gouvernement sans la participation des conservateurs est possible. Ceci s'accomplit sous la direction de Alfonso López Pumarejo, qui pendant son premier gouvernement, jusqu'à 1938 (il occupe à nouveau la présidence entre 1942 et 1945), propose et essaie d'exécuter la « Révolution en marche », un projet de réformisme juridique qui cherche à introduire plusieurs éléments du modèle de l'État providence et qui donne lieu à la révision constitutionnelle de 1936 (II).

¹⁹⁴⁹ C'est ainsi qu'en juin 1929 se produisent à Bogotá une série de manifestations à caractère principalement politique : « Las jornadas de junio tuvieron su origen en el descontento general por el manejo político de los servicios públicos en Bogotá, en manos de lo que se identificaba como una "rosca" cuya figura más prominente era Arturo Hernández, el ministro de Obras Públicas. Por orden del mismo presidente, el gobernador de Cundinamarca Ruperto Melo destituyó sucesivamente a dos alcaldes de Bogotá que no se plegaron a la "rosca". Esto provocó el seis de junio manifestaciones con oradores como Silvio Villegas, director de *El Debate*, y Jorge Eliécer Gaitán » (COLMENARES, G., « Ospina y Abadía: la política en el decenio de los veinte », *cit.*, p. 266). Le mouvement est remarquable, car le président Abadía Méndez se voit forcé de remanier son ministère, mais il coûte la vie de l'étudiant Gonzalo Bravo Páez.

¹⁹⁵⁰ Par exemple, en 1927 une loi d'urgence est approuvée qui ouvre les frontières aux importations de denrées alimentaires pour mettre fin à la hausse des prix.

¹⁹⁵¹ Voir en ce sens : PÉCAUT, D., *op. cit.*, pp. 75-77.

I. La fin de l'hégémonie conservatrice : le gouvernement Olaya

L'on a déjà souligné le fait qu'en 1930 l'alternance s'est produite suivant l'ordre constitutionnel, sans recourir aux voies de fait. Pour M. Palacios et F. Safford plusieurs raisons expliquent cet événement. Du point de vue politique d'abord, l'alternance est possible grâce à une alliance entre les secteurs modérés de deux partis traditionnels appelée « Concentration nationale ». D'autre part, entre 1930 et 1934 les conservateurs dominent le Congrès (ils gardent la majorité à la Chambre des représentants jusqu'en 1932, au Sénat jusqu'en 1934), les tribunaux et les assemblées représentatives locales en attendant son retour à la présidence aux prochaines élections. Enfin et malgré quelques manifestations de résistance l'Église accepte les résultats ; finalement, dès 1910 l'armée prend une autonomie relative par rapport au parti conservateur, ce qui empêche qu'elle soit l'instrument d'une nouvelle guerre civile¹⁹⁵². À cet égard, malgré les effets de la crise économique mondiale et le succès électoral du parti libéral, la continuité semble s'imposer. L'adhésion au libéralisme économique ne cesse pas de prévaloir, car – comme le rappelle D. Pécaut – « l'expansion de l'économie du café ne s'arrête pas. La viabilité du schéma de “ développement vers l'extérieur ” n'est guère remise en cause. L'industrialisation connaît un rythme soutenu, bien qu'elle ne perde pas son caractère réduit ni n'échappe à la suspicion qui l'entourait précédemment »¹⁹⁵³. Il en est de même du système politique, puisque l'élection d'un président libéral renforce sa légitimité et l'extension du suffrage qui s'établit en 1936 ne fait qu'accroître le monopole des deux partis traditionnels, de sorte qu'aucune menace ne se profile à son encontre. Or, les signes de rupture ne sont pas moins explicites, surtout à partir de 1935. Plus que dans les réalités économiques ou sociales ils le sont dans les contenus du droit et les représentations que ceux-ci provoquent. « A travers les débats qui touchent au protectionnisme ou à la législation sociale, s'élabore une référence nouvelle à l'unité de la nation. L'État se constitue en figure de cette unité, le peuple en devient l'expression en creux. Le thème de la citoyenneté politique fait son entrée en scène, la démocratie oligarchique se prolonge en démocratie participative »¹⁹⁵⁴.

Néanmoins, avant que cela n'arrive le gouvernement d'Olaya Herrera se présente comme une période typique de transition. Ceci est évident dès le début, puis que la force politique du libéralisme en 1929 ne laissait pas prévoir les résultats de la votation de février de l'année suivante. La candidature de la « concentration » n'est décidée que quelques mois avant les élections et l'invitation de López Pumarejo au libéralisme de se préparer pour assumer le pouvoir ne semblait être qu'un geste tardif et héroïque¹⁹⁵⁵. En attendant, le jeu politique habituel entre les factions du conservatisme ne s'altère pas et une controverse

¹⁹⁵² PALACIOS, M., SAFFORD, F., *op. cit.*, p. 537. De plus, pendant la république libérale « les élites civiles entendent enfermer l'institution militaire dans des limites étroites. Elles ne voient aucunement en elle une pièce importante pour la consolidation de l'État national mais plutôt un résidu du XIX^e siècle » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 102).

¹⁹⁵³ *Ibidem*, p. 79.

¹⁹⁵⁴ *Loc. cit.*

¹⁹⁵⁵ Dans un discours devant la convention du parti libéral López Pumarejo affirme qu'il croit « llegada la oportunidad de que el partido proceda a prepararse para asumir en un futuro muy próximo la dirección de los destinos nacionales [...] » (LÓPEZ PUMAREJO, Alfonso, *López Pumarejo: obras selectas*, ed. Jorge M. Eastman, Bogotá, Imprenta Nacional, 1979, tome I, p. 63).

commence autour de la candidature officielle. Au départ il y a plusieurs noms, mais seuls José Vicente Concha et Guillermo Valencia disposent d'un soutien entre les parlementaires du parti (il est un peu plus nombreux pour le deuxième). Cependant, suivant la procédure consacrée, en août 1929 l'archevêque de Bogotá Ismael Perdomo (1872-1950), qui venait de succéder à Bernardo Herrera, désigne Alfredo Vásquez Cobo. Un groupe de parlementaires se révèle et proclame la candidature de Valencia, d'autres font de même avec Vásquez. Quelques jours plus tard l'archevêque Perdomo envoie une lettre aux évêques, change sa posture initiale et soutient la candidature de Valencia. La confusion règne et les contestations des nombreux dirigeants conservateurs, voire de quelques membres du clergé, appuyant Vásquez se multiplient. Sous la pression du président Abadía et des autorités ecclésiastiques à Rome, Perdomo change à nouveau, retire son soutien à Valencia et se rallie publiquement à Vásquez (on le surnomme « *monseñor Perdimos* »). Dégradé par ses divisions, l'un des piliers fondamentaux du conservatisme, l'Église, s'écaille et fait plus profonde la lutte à l'intérieur du parti, dont le régime subit une crise bien réelle, au-delà de seules hésitations d'un archevêque, encadrée en plus par la dépression économique.

Pour sa part, les libéraux sont loin d'être unis contre le gouvernement conservateur et quelques-uns croient que celui-ci est un ordre consolidé et établi, voire une réalité historique définitive¹⁹⁵⁶. Il apparaît alors qu'une partie des membres abandonnent la politique pour se consacrer aux activités productives et commerciales, tandis que ceux qui y restent ne sont qu'une minorité facilement maîtrisable en échange de petites gratifications (López Pumarejo affirme que le libéralisme est « apprivoisé »¹⁹⁵⁷) et les anciens généraux de la guerre de Mille Jours appellent encore au soulèvement violent. Cette dispersion laisse la place à une diffusion des idées socialistes parmi certains groupes d'intellectuels et parmi les dirigeants ouvriers et ne permet une victoire qu'à la majorité simple (les deux autres candidats, Vásquez et Valencia, obtiennent ensemble plus de voix). En outre, Olaya est un libéral modéré qui avait été ambassadeur de la Colombie à Washington pendant les deux derniers gouvernements conservateurs et qui ne semble vouloir engager des transformations importantes, quoiqu'il trouve le soutien d'un nouvel acteur : les multitudes qui s'expriment dans des grandes manifestations en place publique¹⁹⁵⁸. De là, son arrivée à la présidence donne lieu à un nouvel état d'esprit qui Alberto Lleras Camargo¹⁹⁵⁹ traduit bien dans ses mémoires : « avec la victoire électorale de 1930, c'était un monde qui prenait fin, non pas une élection qui était gagnée. La République tressaillit de haut en bas. Les curés observèrent dans leurs paroisses un silence atterré. Le Moyen Âge venait de mourir »¹⁹⁶⁰.

Cependant, le changement plus important ne vient pas du nouveau président, mais d'une dégradation soudaine de l'ordre public dans maintes régions du pays, principalement dans les départements du Santander et du Boyacá. Cette situation contraste avec l'apparente

¹⁹⁵⁶ LATORRE RUEDA, M., *op. cit.*, p. 278.

¹⁹⁵⁷ López Pumarejo: *obras selectas, cit.*, tome II, p. 58.

¹⁹⁵⁸ LATORRE RUEDA, M., *op. cit.*, pp. 282-283. TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo, cit.*, p. 10.

¹⁹⁵⁹ Il sera l'un des « ministres de gauche » pendant la première période du gouvernement López (voir *infra* p. 399) et arrivera à la présidence, d'abord entre 1945-1946 pour remplacer López qui avait démissionné à la fin de sa seconde période, et ensuite entre 1958-1962 suivant la procédure régulière d'élection.

¹⁹⁶⁰ LLERAS CAMARGO, Alberto, *Mi gente*, Bogotá, Banco de la República, 1975, p. 137.

tranquillité qui avait prédominé dans la vie politique durant les années vingt, sauf les grèves ouvrières et les manifestations paysannes et indigènes. Or, en-dessous du fonctionnement quotidien du gouvernement, de l'atmosphère plutôt cordiale entre les leaders conservateurs et libéraux, de la liberté de la presse dans la capitale, toutes des circonstances qui feraient de la Colombie une démocratie modèle en Amérique Latine, ni les dirigeants locaux, les *gamonales*, ni les basses qu'ils contrôlent ne comprennent pas les slogans et les principes des notables de chaque parti¹⁹⁶¹. Ils ne se rendent pas compte que les questions qui auparavant les divisaient, comme le fédéralisme, le rôle de la religion dans la société ou le protectionnisme, ne sont plus inclus dans les programmes politiques. En revanche, l'existence d'un système bipartite, même s'il serait une preuve de stabilité politique, est plutôt un bon moyen pour maintenir des querelles anciennes. C'est pourquoi, « l'allégeance aux deux partis " traditionnels " n'a du reste été qu'exceptionnellement fondée sur des préférences personnelles : elle repose, au moins dans les zones rurales, sur une mémoire familiale et locale venue du XIX^e siècle et géographiquement cristallisée depuis lors »¹⁹⁶². Ceci est évident lorsque l'on constate que la question religieuse ne perd pas son importance dans les provinces, où le clergé exerce encore une lourde pression sur les dirigeants locaux et la population, ou si l'on se rapporte aux causes du déclenchement de la Violence au milieu du siècle.

Il n'en demeure pas moins qu'au début des années trente le fait d'avoir été exclu du pouvoir pendant un demi-siècle constitue le problème immédiat pour le parti libéral. Ses membres avaient été en condition de minorité depuis longtemps et ne pouvaient pas voir satisfaites leurs ambitions bureaucratiques. On aurait pu s'attendre à ce qu'une fois arrivés aux pouvoirs leurs rancœurs s'éveillent face aux souvenirs des humiliations reçues durant l'hégémonie conservatrice. C'est vraisemblablement pour cette raison que le président Olaya cherche à rendre moins difficile la transition en installant un gouvernement de coalition avec les conservateurs. Cette stratégie peut fonctionner à la tête du gouvernement, mais dans les régions l'affrontement entre les rangs des partis dégénère constamment en violence. Les agressions se répandent, soit parce que les libéraux vengent les offenses de leurs adversaires, ou bien parce que les conservateurs n'acceptent pas de céder le pouvoir de manière pacifique. De plus, les manifestations des secteurs ouvriers et paysans se multiplient. Si auparavant c'est le découragement et la croyance en un destin adverse qui explique le mécontentement, désormais ce sont les acteurs sociaux qui exigent la garantie de leurs droits, en ébranlant les critères traditionnels de l'ordre social¹⁹⁶³. Il va sans dire que la violence et les protestations déclenchées au niveau local nuancent le caractère prétendument calme de l'alternance en 1930. De toute façon, ce sera un autre conflit, la guerre colombo-péruvienne entre 1932 et 1933, qui permet d'apaiser les luttes entre les deux partis, dans la mesure où faire face à l'ennemi commun l'importe sur les différences qui les séparent, au moins temporairement. Une autre conséquence de la guerre est qu'elle entraîne la croissance des dépenses militaires, encourageant ainsi l'activité économique, ce qui favorise le dépassement de la crise, bien que soient appliquées d'autres mesures, en particulier la dévaluation de la monnaie et l'ajustement des tarifs douaniers.

¹⁹⁶¹ Voir en ce sens : BUSHNELL, D., *op. cit.*, p. 250.

¹⁹⁶² PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁶³ LATORRE RUEDA, M., *op. cit.*, p. 287.

Les effets de la dépression économique, la violence partisane au début de la période et la guerre contre le Pérou ne laisse pas suffisamment de marge de manœuvre pour que le président Olaya procède aux réformes fondamentales. Toutefois, quelques-unes sont adoptées : par exemple, la loi 129 de 1931, qui ratifie plusieurs conventions adoptées par la Conférence Internationale du Travail, établit quelques bénéfices en faveur des travailleurs, tels que la journée de travail à huit heures, certaines prestations de la sécurité sociale et la pension de retraite¹⁹⁶⁴. D'autre part, la loi 83 de 1931 reconnaît expressément la liberté syndicale, bien qu'en fixant les conditions requises pour la légalisation des syndicats elle les met sous le contrôle de l'État¹⁹⁶⁵. Une autre réforme remarquable est celle qui permet aux femmes de recevoir des titres universitaires et celle faite au Code Civil pour leur conférer le droit de disposer de leurs propres biens, même si elles sont mariées (loi 28 de 1932)¹⁹⁶⁶. Finalement, en ce qui concerne le régime électoral, la carte d'identité s'instaure pour éviter la fraude et il est interdit aux militaires de voter. Le ministre des Industries et travail, Francisco José Chaux, présente au Congrès un projet de loi sur la propriété rurale ; discuté entre 1932 et 1933 il n'est pas approuvé, mais il sert de base à la future « loi des terres » promulguée en 1936¹⁹⁶⁷. Or, ces mesures ne laissent pas indifférents ceux qui croient qu'elles vont trop loin et à la fin de son gouvernement, une fois la guerre extérieure est finie, Olaya affronte la renouvellement de l'opposition de la part de la faction du conservatisme dirigée par Laureano Gómez. Elle est de plus en plus intransigente et virulente, mais paradoxalement c'est contre elle que se fait l'union du libéralisme, d'abord pour soutenir le président, ensuite pour se rassembler autour de la candidature de López Pumarejo.

¹⁹⁶⁴ Ses mesures trouvent un fondement explicite dans le discours de l'investiture d'Olaya : « Dictar un cuerpo legislativo de previsión social que encauce los anhelos de los trabajadores dentro de las vías legales y que con tribuya a un régimen equitativo y estable de los dos grandes factores de la producción e impulsar – ampliándola – la labor de la Oficina de Trabajo, sería quizá dentro de las actuales perspectivas nacionales, un acertado programa de acción » (cité par ARCINIEGAS, Germán, « Aspectos de Olaya Herrera y su gobierno », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 299-300). Même si cette loi reprend une discussion internationale importante « no obstante, su adopción en Colombia no supuso su implementación inmediata. Lo cierto es que algunos de los temas que allí se tocan, incluidos desempleo, indemnizaciones por accidentes de trabajo y seguro obligatorio, entre otros, siguieron siendo objeto de arduo debate y negociaciones a lo largo de la década » (BOTERO, Sandra, « La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia », *cit.*, p. 99). Sur « la loi 129 de 1931 voir : HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario, *La salud fragmentada en Colombia, 1910-1946*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Salud Pública, 2002, pp. 273-275.

¹⁹⁶⁵ Sur les contenus et les effets de la loi 83 de 1931 voir : SILVA ROMERO, Marcel, *Flujos y reflujos: Reseña histórica de la autonomía del sindicalismo colombiano*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998, pp. 46-50.

¹⁹⁶⁶ Sur la loi 28 de 1932 voir : VELÁSQUEZ TORO, Magdala, « La República Liberal y la lucha por los derechos civiles y políticos de las mujeres », in ID. (dir.), *Las mujeres en la historia de Colombia. Tomo I, Mujeres, historia y política*, Bogotá, Norma, 1995, pp. 195-198.

¹⁹⁶⁷ ARCINIEGAS, G., *op. cit.*, pp. 303-304.

II. La « *Révolution en marche* » : le premier gouvernement de López Pumarejo

L'élection d'Alfonso López Pumarejo à la présidence, sans que le parti conservateur lui ait opposé un adversaire, entraîne la stabilisation de la République libérale. Pourtant, comme l'indique D. Pécaut, à cette stabilisation contribue largement le fait que le changement prend la forme d'une relève limitée parmi l'élite dirigeante, de sorte que d'autres secteurs sociaux ne sont concernés que partiellement¹⁹⁶⁸. De toute façon, cette relative ouverture du système politique, qui utilise la voie de la réforme constitutionnelle, implique un changement important par rapport au régime antérieur et elle a été considérée comme l'entrée définitive de la Colombie dans la modernité¹⁹⁶⁹. C'est López lui-même qui en affirme la portée, par exemple dans son discours d'acceptation de la candidature libérale en novembre 1933 :

« Les principales erreurs et vices de notre démocratie surgissent, d'après moi, d'un défaut fondamental des rapports entre les classes dirigeantes du pays et les masses populaires. La facilité et la coutume de constituer des gouvernements de castes ont constamment dissocié les premières des deuxièmes. Je ne trouve pas dans l'histoire nationale l'exemple d'une période de gouvernement qui n'a pas été établie comme une oligarchie, plus ou moins déguisée, ou qui n'a pas dérivée vers cette forme de régime, en oubliant ses obligations envers les électeurs. La pouvoir public a ainsi virevolté pendant un siècle, hasardeusement et indifférent à la paix à l'époque de la guerre civile, d'une oligarchie à l'autre, d'un cercle à l'autre, d'une caste particulière à son adversaire ou à l'héritier de ses sympathies. [...] En regardant la maigre accumulation que nous avons réalisée pendant un siècle d'acquis matériels et spirituels, je tends à croire que l'histoire de la Colombie pourrait être interprétée comme un jugement contre ses classes dirigeantes, qui ont toujours cru disposer de la préparation et des capacités supérieures à celles qui ont effectivement révélé pour la gestion des affaires publiques »¹⁹⁷⁰.

La réponse de la direction du parti conservateur au défi posé implicitement dans les mots de López est de décliner toute candidature aux prochaines élections et toute participation au gouvernement libéral, tant au niveau national que local. C'est le seul choix possible pour l'opposition après les résultats des élections parlementaires de 1933, qui ont

¹⁹⁶⁸ PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 93. Il est possible de constater cette situation s'on révisé le personnel politique qui après 1930 assume la direction du gouvernement : « C'est donc une oligarchie financière qui, par l'intermédiaire des deux hommes [Olaya et López Pumarejo], parvient aux commandes du libéralisme et de l'État. A ses côtés accède au pouvoir toute une élite qui ne peut davantage être assimilée à une " nouvelle couche ". Elle peut avoir pour elle la fortune et l'influence, comme Eduardo Santos et son frère qui règnent sur *El Tiempo*. Elle peut avoir, à défaut de la fortune, des noms illustres, comme les deux cousins Carlos Lleras Restrepo et Alberto Lleras Camargo qui ne vont plus cesser pendant cinquante ans d'occuper les plus hautes charges et d'assumer les plus hautes responsabilités. Elle peut appartenir au milieu coopté de l'intelligentsia de Bogotá, comme Felipe Lleras Camargo, Gabriel Turbay, José Mar, Jorge Zalamea ou Darío Echandía, qui souvent a professé le socialisme avant de se rallier en 1930 au libéralisme et au pouvoir. Tous ceux-là n'ont pas nécessairement des liens avec le monde des affaires. Ils ne sont pas les représentants " organiques " d'une bourgeoisie. Mais ils définissent le champ culturel et institutionnel dans lequel le capitalisme colombien s'affirme » (*ibidem*, p. 95).

¹⁹⁶⁹ TIRADO MEJÍA, Álvaro, « López Pumarejo: La revolución en marcha », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, p. 305.

¹⁹⁷⁰ López Pumarejo: *obras selectas, cit.*, tome I, p. 77.

donné la majorité dans la chambre de représentants aux libéraux pour la première fois depuis cinquante ans. Cependant, sans un adversaire les divisions à l'intérieur du libéralisme émergent et s'approfondissent au fur et à mesure que le nouveau président essaie d'accomplir ses propositions de campagne. Pour la même raison les reproches des conservateurs se font de plus en plus forts, bien que dans un premier temps ils les dirigent principalement à l'encontre du gouvernement antérieur, assumant face au nouveau une posture qualifiée d' « opposition amicale ». De fait, Laureano Gómez, l'un de leurs dirigeants principaux, est un est de longue date López, ce qui donne lieu à toute sorte de rumeurs sur les vraies raisons de l'abstention du parti conservateur qui, de toute façon, seront démenties lorsqu'en 1935 celui-ci passe complètement à l'opposition et Gómez s'en prend au président rompant ainsi leurs liens personnels. Quoi qu'il en soit, les deux leaders seront les figures centrales de la politique jusqu'aux années cinquante. Pendant ce temps, la stratégie des conservateurs consiste à provoquer la division du parti gouvernant en attaquant plusieurs mesures du gouvernement Olaya, notamment le protocole de Rio de Janeiro qui cherche à mettre un terme au conflit avec le Pérou mais qui n'a pas encore été ratifié par le Congrès. Pour affronter ses adversaires et garantir l'unité du libéralisme López décide de nommer l'ex-président Olaya au ministère d'affaires étrangères qui face à un Congrès intégré exclusivement par des libéraux, après les élections de 1935, peut faire approuver le protocole. Or, cet incident n'est que l'expression de l'une des controverses politiques qui montre la richesse et complexité du débat idéologique des années du gouvernement López (A). Ce débat éclaire, en plus, le contenu et la portée de l'œuvre juridique la plus célèbre de la République libérale, la réforme constitutionnelle de 1936 (B), et des autres entreprises accomplies entre 1934 et 1938 (C).

A. Le débat politico-idéologique

Deux facteurs expliquent l'intensité des discussions politiques dans lesquelles interviennent les plus diverses idéologies, maintenues par plusieurs groupes sociaux, mouvements politiques et factions à l'intérieur des partis. D'une part, l'effondrement de l'hégémonie conservatrice dont le modèle n'est plus perçu comme quelque chose d'insurmontable, ce qui permet à d'autres conceptions de s'offrir comme les options viables pour le futur du pays – pas seulement celles au sein du parti libéral, même si elles ont le plus de chances de s'imposer. D'autre part, l'on trouve également l'initiative qu'assument certains dirigeants libéraux de proposer et réaliser les réformes qui mettent en doute quelques éléments de l'ordre établi et qui, pour cette raison, occasionnent la réaction des secteurs qui par principe s'y opposent. Or, le débat idéologique des années trente ne se limite pas aux seuls affrontements entre libéraux et conservateurs, car d'autres tendances interviennent et font leurs propositions.

1. Le parti libéral et le gouvernement López Pumarejo

En Colombie le long régime conservateur permet à l'arsenal idéologique libéral de rester en vigueur. Toutefois, depuis la fin du XIX^e siècle dans la plupart des pays latino-américains les libéraux épuisent leurs programmes lorsqu'ils arrivent à consolider le régime républicain et à séculariser, au moins dans une certaine mesure, le fonctionnement du

pouvoir politique¹⁹⁷¹. De plus, tandis que dans le reste du sous-continent les partis libéraux glissent à droite et que les mouvements socialistes occupent le lieu que ceux-là avaient entre les masses ouvrières et paysannes, en prenant en charge leurs revendications, le libéralisme colombien n'est pas de cette manière déplacé et maintient ainsi son influence sur les groupes subordonnés¹⁹⁷². C'est pourquoi, lors de son arrivée au pouvoir il ne déploie pas un programme de stricte libéralité économique, hérité de la doctrine du XIX^e siècle, mais un projet renouvelé où aux éléments libéraux se joint l'interventionnisme étatique¹⁹⁷³, certaines réclamations populaires, voire quelques postures socialisantes. Le parti voit donc accroître la dispersion qui le caractérise depuis le tournant du siècle et outre les anciens généraux des guerres civiles, les industriels défenseurs du protectionnisme, les commerçants soutenant le libre-échange, les chefs locaux ou *gamonales*, y participent des intellectuels, des professionnels qui viennent d'obtenir son grade à l'université, voire quelques syndicalistes et socialistes¹⁹⁷⁴. On comprend donc facilement les profondes contradictions qui se produisent à l'intérieur du libéralisme et pourquoi certaines reformes n'auront pas la portée attendue.

Cette hétérogénéité du parti implique presque inexorablement le surgissement des divisions internes. Elles sont le fait des différences idéologiques, des contrapositions d'intérêts, des heurts entre les dirigeants, des disparités des vues locales face au projet national. Comme il a été déjà indiqué, une première divergence apparaît entre Olaya et López¹⁹⁷⁵, stimulée par les attaques de Laureano Gómez contre le premier, mais qui est résolue par l'entrée au gouvernement de l'ex-président. Toutefois, ce n'est qu'une solution provisoire car dès 1936, la candidature d'Olaya pour la période 1938-1942 est pressentie. Face à celle-ci, Dario Echandía qui assume la défense de l'œuvre du gouvernement López. La mort soudaine de l'ex-président en février 1937 n'élimine pas les divisions, puisqu'il ne s'agit pas seulement d'un choc de personnalités, mais d'une scission profonde entre ceux qui sont favorables aux changements et réformes et ceux qui ne le sont pas, situation qui se pose en termes d'opposition entre droite et gauche. Le président lui-même en fait allusion à

¹⁹⁷¹ TIRADO MEJÍA, Álvaro, « López Pumarejo: La revolución en marcha », p. 320.

¹⁹⁷² López Pumarejo était conscient de cette situation : « Si esta es una aspiración irrealizable y a mi se me preguntará que otra cosa puede hacer el partido liberar para volver a pesar en la vida de la República, no vacilaría en recomendar que se trifurcase de acuerdo con sus afinidades ideológicas. Nada perdería con que los liberales de nombre, que abominan sinceramente de las nuevas ideas y temen el libre desarrollo de la lucha política, fueran prontamente a acampar bajo las todas conservadoras. Los socialistas ganarían mucho reforzando sus filas con las masas liberales, ahora inutilizadas para lucha cívica por la miopía de sus caudillos militares. Y el liberalismo propiamente dicho, reducido en sus proporciones numéricas quedaría acendrado para hacer la crítica de las tendencias opuestas y secundar las iniciativas que mejor consulten el bienestar común » (*López Pumarejo: obras selectas, cit.*, tome I, pp. 60-61).

¹⁹⁷³ L'introduction de l'interventionnisme est justement la conséquence de la prise en compte de quelques exigences des groupes traditionnellement exclus. « L'idéologie "libérale" s'édifie, dans la Colombie de 1930, sur la reconnaissance de l'hétérogénéité du social. Que référence soit faite à la même époque à l'interventionnisme atteste qu'on ne saurait les présenter comme opposés. Par l'intermédiaire de l'intervention étatique est proclamé un principe d'unité qui garantit la cohérence du champ dans lequel le libéralisme se déploie » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 133).

¹⁹⁷⁴ López Pumarejo lui-même le constatait : « Hace tiempo se han marcado en el liberalismo seis o siete clases de liberales que procuraré clasificar: liberales reaccionarios, conservadores, liberales gobiernistas, socialistas y revolucionarios. Estos últimos, a los cuales pertenezco yo, somos los que queremos tumbar el régimen conservador. Entre toda esta diversidad de matices predomina un espíritu de transacción y de miedo que redundan en un tácito apoyo al gobierno » (*López Pumarejo: obras selectas, cit.*, tome I, p. 63).

¹⁹⁷⁵ TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo, cit.*, p. 26.

maintes reprises¹⁹⁷⁶, tandis que d'autres l'utilisent pour identifier les ministres : dans la gauche l'on place Darío Echandía, Alberto Lleras Camargo et Jorge Soto del Corral ; à droite, César García Álvarez, Benito Hernández Bustos et Gonzalo Restrepo¹⁹⁷⁷. Plus encore, cette division se manifeste de manière éclatante dans le Congrès où les libéraux, tant à la chambre comme au sénat, sont loin d'être d'accord sur les projets du gouvernement, au point que l'ensemble de ministres présentent leur démission juste quatre mois après le commencement de la période présidentielle, en décembre 1936. Les scissions émergent même à l'intérieur de la famille du président : alors que l'un de ses frères, Miguel, occupe le poste d'ambassadeur à Washington, un autre, Eduardo, lié aux compagnies pétrolières, à l'agriculture et au commerce, est l'un des chefs de file de l'opposition aux réformes proposée entre 1935 et 1937¹⁹⁷⁸.

En somme, suivant la classification d'A. Tirado Mejía¹⁹⁷⁹, parmi les membres du parti libéral il est possible d'identifier, en premier lieu, un courant dont l'idéologie est celle du libéralisme classique et qui en s'opposant à la plupart des réformes révèle son scepticisme face à l'interventionnisme étatique et son anticléricalisme nuancé. Ses représentants les plus influents sont, dans le Congrès, Eduardo López (le frère du président), Pedro Juan Navarro (1899-1950), président du sénat en 1936 et 1941, et Aquiles Arrieta, et dans la presse, le chroniqueur du journal *El Tiempo* Enrique Santos Montejo (1886-1971), surnommé « Calibán », et Juan Lozano y Lozano, le directeur de *La Razón*. Il y a aussi un deuxième courant dit de « centre », celui de Eduardo Santos, successeur de López à la présidence, et Luis Cano, qui ne conteste pas les réformes mais qui veut les restreindre sur la base d'une vue pragmatique, cherchant à modérer la réaction à leur rencontre. En troisième lieu, l'on trouve la « gauche libérale », le soutien principal des réformes, représenté par nombreuses figures politiques comme Moises Prieto, Diego Montaña Cuellar et Jorge Eliécer Gaitán, et par des jeunes parlementaires comme Carlos Lozano, Carlos Lleras Restrepo, José Umaña Bernal, Jorge Uribe Márquez, Germán Zea Hernández, Ricardo Sarmiento Alarcón, Miguel Durán, Ramón Miranda et Darío Samper. Encore plus à gauche, le sénateur Gerardo

¹⁹⁷⁶ «Muchos que creían honradamente ser revolucionarios, descubren que hacia la izquierda el panorama es dilatado y que en el primer impulso han ido mucho más allá de lo que resisten sus nervios. Se sienten espantados por el espectro bolchevique y perseguidos por la sombra de Lenin inclinada sobre la República. La mentalidad educada bajo el dominio tradicionalista se sobresaleta, quieren regresar. Están formadas automáticamente, las derechas del partido de gobierno» (cité par TIRADO MEJÍA, A., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., p. 24).

¹⁹⁷⁷ Le journal conservateur *El siglo* observait que : « es el propio Presidente López el que se ha encargado de divulgar que el más izquierdista de sus ministros no es el doctor Echandía, como pudiera creerlo el público, mal informado y juzgado solo por los estragos que éste gran maestro de la masonería está ocasionando en el ramo de la educación, donde se adelanta una pertinaz y constante labor de descatalogización y ateísmo. El presidente López certifica que el más izquierdista de sus ministros es Soto. Soto, pues, para no desmerecer de su reputación de izquierdismo, está con las hordas de Azaña. Soto se desvela por el servicio y la gloria de Azaña. Solo tiene que pasar por alto, muy por alto, los incidentes de la policía de que son responsables los feroces asesinos a quienes Azaña confió las armas españolas » (*El Siglo*, 16 de octubre de 1936).

¹⁹⁷⁸ Le 28 novembre 1936 Eduardo López Pumarejo considère face à la réforme que « una cosa es ser liberal y otra antiliberal y marxista [...] estamos hasta cierto punto, representando una comedia. Estamos tratando de compaginar el liberalismo con el marxismo y el marxismo es antiliberal y los marxistas del Senado, como los marxistas de la política colombiana, están haciendo creer que es la política de avanzada liberal, cuando ellos son absolutamente antiliberales, ellos están más cerca del conservatismo que nosotros » (*Anales del Senado*, 23 enero 1936, serie 2, n° 213).

¹⁹⁷⁹ TIRADO MEJÍA, A., « López Pumarejo: La revolución en marcha », cit., p. 327.

Molina et le député Luis Córdoba forment le « groupe socialiste » qui assume également la défense du gouvernement et de ses projet de plus longue portée. Mais il y a plus, car cette différenciation est complétée par une autre où entrent en tension de manière plus directe qu'auparavant les projets de transformation formulés au niveau national avec les intérêts particuliers de chefs régionaux dans les provinces, qui n'acceptent pas de perdre leur pouvoir local et leurs privilèges bureaucratiques¹⁹⁸⁰.

La pensée politique d'Alfonso López Pumarejo, qui est à la base de ses exécutions gouvernementales, prend pour cadre ce contexte. Elle n'est pas le produit d'une carrière universitaire – il a suivi quelques formations en Angleterre et aux États-Unis – mais d'une vaste expérience obtenue lors de voyages et dans le monde des affaires¹⁹⁸¹. C'est ainsi que, par exemple, pendant un séjour en Équateur il observe directement la révolution d'Eloy Alfaro (qui débute en 1895) et connaît la version du libéralisme social qui va profondément le marquer¹⁹⁸². De là découle sa vision ample et cosmopolite des réalités et une attitude pragmatique face aux problèmes, peu inquiète de la stricte cohérence idéologique. En conséquence, López ne critique pas seulement les postures fondées exclusivement sur des considérations théoriques¹⁹⁸³, mais aussi la réception naïve des modèles venus d'ailleurs qui ne considère pas les conditions de réception¹⁹⁸⁴. Il est alors difficile d'établir les influences qui ont pu l'inspirer. Il est néanmoins possible d'identifier, dans ses écrits et discours, des références aux principales tendances du débat politico-idéologique de son temps. C'est le cas de la conception sur la démocratie à laquelle López adhère et qui se distance tant de la tradition libérale du XIX^e siècle que du socialisme, suivant ainsi une alternative qu'il reconnaît explicitement avoir pris du radicalisme anglais – il s'agit d'un des seuls renvois à un courant idéologique étranger que l'on peut trouver chez López – et qui correspondrait également au républicanisme français du tournant du siècle¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁸⁰ Comme le souligne A. Tirado Mejía « en el país, a nivel de lo que era el partido liberal en su organización, surgió de bulto que éste en gran parte era una especie de confederación de grades electores, de caciques, que ante todo tenían como mira el predominio regional. Uno de los escollos grandes para las transformaciones concebidas, fue la índole de la organización del propio partido liberal. Las pequeñas miras partidistas entorpecían o se oponían a la realización de un gran objetivo transformador » (TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., pp. 35-48). Ce même auteur présente plusieurs incidents où le président López affronte les caciques et *gamonales* (*ibidem*, pp. 36-48).

¹⁹⁸¹ ARIZMENDI POSADA, I., *Presidentes de Colombia (1810-1990)*, pp. 233-234. Sur la vie politique de López Pumarejo voir aussi : ZULETA ÁNGEL, Eduardo, *El presidente López Pumarejo*, Bogotá, Ediciones Gamma, 1986.

¹⁹⁸² TIRADO MEJÍA, Á., « López Pumarejo: La revolución en marcha », cit., p. 329.

¹⁹⁸³ TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., pp. 5-6.

¹⁹⁸⁴ Dans un discours du juin 1934 López révèle son scepticisme sur la réception de modèles étrangers : « para mí el hecho de que existiese un liberalismo popular [...] era la mejor razón para hacer con él una política colombiana, sin tener en cuenta lo que se consideraba científico en el Exterior, oportuno o conveniente para intereses que no tenían ninguna relación con nosotros. [...] El criterio liberal en el gobierno coincide mejor con la formación, la tradición, el temperamento colombiano que las dictaduras minoritarias ejercidas a nombre de un grupo o una clase social » (*López Pumarejo: obras selectas*, cit., tome I, pp. 101-102). De plus, dans son message au Congrès en 1935 il déclarait que : « los problemas que debe resolver este Gobierno no están a la discusión de las potencias industriales del viejo continente ni pueden estarlo [...]. Al paso que la mejor parte de las inteligencias criollas parece elaboraran sus especulaciones sobre una república imaginaria de tipo europeo, el gobierno se empeña en simplificar los problemas nacionales [...] » (*López Pumarejo: obras selectas*, cit., tome I, p. 276).

¹⁹⁸⁵ En effet, López affirme que « yo entiendo que el liberalismo de hoy no es, no podría ser, el liberalismo individualista, manchesteriano. Niego que sea tampoco un liberalismo en trance de ser supeditado

Sur cette base conceptuelle il reprend la question de la compatibilité du suffrage universel avec le régime libéral¹⁹⁸⁶ et celle de l'existence effective d'un gouvernement démocratique qu'il ne trouve pas en Colombie¹⁹⁸⁷. Pour lui, la seule manière de l'établir est au moyen d'une transformation par le droit, dans le cadre des normes juridiques, que ce soit celles qui sont déjà en vigueur ou bien celles qu'il faut promulguer pour répondre aux attentes de groupes sociaux traditionnellement exclus¹⁹⁸⁸. En tout cas, l'ordre juridique et le droit constitutionnel en particulier occupent une place centrale dans la pensée de López¹⁹⁸⁹, de sorte que dans une société comme la colombienne sa stricte application est déjà un revirement en soi¹⁹⁹⁰. C'est peut-être là que réside le sens de sa « Révolution en marche », où la délibération et non pas le soulèvement¹⁹⁹¹, « les voies de la persuasion et de la imposition démocratique »¹⁹⁹² et non pas la violence, constituent le moyen d'une politique qui, à son tour, « est révolutionnaire sans être marxiste et ni de classe, et qui pourtant ne cherche en aucun cas à méconnaître l'ordre social existant »¹⁹⁹³. Ce caractère réformiste du projet est encore évident lorsque les revendications politiques traditionnelles du libéralisme

o devorado por el idealismo socialista, y estimo finalmente que es algo muy semejante a lo que se llamó en Inglaterra, hace ya cincuenta años el radicalismo: un partido liberal intervencionista. Y no digo esto como expresión ideal, sino por la plena conciencia que tengo que nuestro desarrollo económico y político no lleva en sí mismo un retraso menor de cincuenta años. El último absurdo sería pretender que este retraso fuera de todo un siglo » (*López Pumarejo: obras selectas, cit., tome I, p. 359*). Sur les particularités du républicanisme français voir *supra* p. 238.

¹⁹⁸⁶ « Yo he querido depositar la confianza del Poder Ejecutivo en la liberación autónoma de las masas populares sobre sus propios destinos. No tengo en entregarles instrumentos de sufragio que puedan utilizar libremente contra quienes estamos ahora en el gobierno. Confío en el pueblo y su inteligencia. Confío en la representación popular, respeto sus deliberaciones y solicito su colaboración » (*López Pumarejo: obras selectas, cit., tome I, p. 124*).

¹⁹⁸⁷ Outre le discours d'investiture, López affirmait en octobre 1934 : « Considero extravagante hablar de fracaso de la democracia en donde nunca se ha practicado lealmente, y en donde sus vicios esenciales, -los del sufragio- no han permitido una representación auténtica del querer popular en el Gobierno o en las corporaciones públicas, que imponga a sus mandatarios el respeto o la adhesión a los intereses de las grandes masas electorales » (*López Pumarejo: obras selectas, cit., tome I, p. 150*).

¹⁹⁸⁸ TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo, cit., p. 12*.

¹⁹⁸⁹ D'après lui, son gouvernement est « un movimiento político constitucional dirigido a modificar radicalmente las bases y la organización del Estado » (*Mensaje presidencial al congreso de 1936, p. 7*).

¹⁹⁹⁰ « Entiendo el sentido revolucionario de la misión de mi gobierno como un esfuerzo permanente por volver a la normalidad, o por ir hacia ella combatiendo las arbitrariedades que se han incrustado en nuestras costumbres, que han sido sancionadas por nuestras instituciones y que tienen fuerte arraigo en la mentalidad de muchos compatriotas. No es ciertamente un programa revolucionario en Europa hacer la pureza del sufragio; pero entre nosotros cualquier empeño por establecerla origina transformaciones hondísimas, y la normalidad en este caso es mirada por un gran número de gentes como un peligroso experimento » (*López Pumarejo: obras selectas, cit., tome I, pp. 275-276*).

¹⁹⁹¹ « La originalidad de la actual revolución liberal estriba, pues, en el procedimiento empleado para conseguir aquel objeto, que no es, como fue en las luchas que moldearon nuestra historia política y nuestra vida jurídica, la revuelta sino la controversia. La republica se ha dado cuenta de lo poco que sirve par contemplar el futuro el criterio de las situaciones desaparecidas y el dictado de los antiguos hábitos mentales » (*López Pumarejo: obras selectas, cit., tome I, p. 263*).

¹⁹⁹² « Si otro fuera el proceso seguido por este movimiento político, y si él hubiera marchado sobre la violencia, en lugar de transitar sobriamente los caminos de la persuasión y de la imposición democrática, tal vez no este gobierno, sino otro muy distinto, habría exigido a los representantes del pueblo que edificaran todo un orden nuevo sobre el orden destruido bruscamente, y las dificultades para obligar al país a sujetarse a esa nueva estructura estarían salvadas con el empleo de la fuerza » (*López Pumarejo: obras selectas, cit., tome I, p. 273*).

¹⁹⁹³ *Mensaje presidencial al Congreso de 1937, p. 77*.

s'accompagnent d'un nouvel objectif, celui de répondre à la « question sociale »¹⁹⁹⁴. De cette manière plusieurs mesures importantes sont justifiées, telles que le renforcement de l'instruction publique, la réforme au régime des terres, la protection des consommateurs et la reconnaissance du droit d'association syndicale. En ce qui concerne cette dernière, même si López avance des arguments d'ordre économique pour justifier sa politique (par exemple, l'élargissement du marché interne), il formule aussi la nécessité de briser la toute-puissance patronale et de mettre fin à une domination sociale fondée sur la force. D'après lui, « pour les patrons colombiens, élevés à l'école conservatrice, cramponnés au principe commode de l'autorité patronale, les revendications ouvrières représentent toujours un ferment communiste. Quand ils sont obligés de reconnaître la justice de certaines revendications, ils souhaiteraient leur donner de leur propre gré satisfaction plutôt que devoir les accepter en vertu du dispositif légal qui a été établi précisément pour contraindre le patron à améliorer les conditions de vie des travailleurs »¹⁹⁹⁵.

2. *L'opposition de la droite*

A partir de là, le gouvernement amorce une série de réformes qui sont critiquées par les extrêmes des deux côtés de l'éventail idéologique, en commençant par la droite du parti conservateur et quelques groupes de pression de la même orientation. Ce dernier est le cas de l'Action Patriotique Économique Nationale (APEN), une formation bipartite d'extrême droite, adepte du corporatisme et créée pour contester les projets de l'administration Lopez¹⁹⁹⁶. Ses dirigeants sont principalement des grands propriétaires fonciers qui trouvent le soutien de certaines institutions financières de la capitale et qui cherchent à garder leurs privilèges fiscaux et à prévenir les transformations agraires. Le leader conservateur José Camacho Carreño est son idéologue le plus actif et parmi ses membres l'on trouve surtout des anciens généraux libéraux de la guerre Mille Jours. Le point de départ de la création du mouvement est la Ligue Nationale pour la Défense de la Propriété, constituée deux semaines après la possession de Lopez, qui devient ensuite le Syndicat Central des Propriétaires et des Entrepreneurs Agricoles, dont l'objectif est de faire face aux projets des éléments révolutionnaires qui, d'après ses membres, se répandent dans toute la société et arrivent à agir sur le gouvernement. L'un des premiers actes de l'Union est une communication que ses cadres dirigent au président de la République où ils demandent l'intervention de la force publique contre les paysans qui se sont manifestés dans quelques départements en confrontant les propriétaires¹⁹⁹⁷. La réponse de Lopez montre un nouveau langage qu'aucun président colombien n'avait utilisé auparavant, car il y affirme qu'au côté de la protection de la propriété il est nécessaire d'établir une protection spéciale pour

¹⁹⁹⁴ « Ofrecí que mi gobierno haría una política social que no implicara un privilegio incondicional para las clases dirigentes, ni la solución intencionada en su favor y a su exclusivo servicio de todos los conflictos entre el capital y el trabajo. Y estoy seguro de que en nada interpreté mejor entonces el sentimiento del liberalismo, todavía horrorizado por el espectáculo de los fusiles del orden y la defensa nacionales descargando sus proyectiles contra inermes y desventurados ciudadanos » (*López Pumarejo: obras selectas*, cit., tome I, p. 345).

¹⁹⁹⁵ *Mensaje presidencial al Congreso de 1936*, p. 12.

¹⁹⁹⁶ GUERRERO BARÓN, Javier, *El proceso político de las derechas en Colombia y los imaginarios sobre las guerras internacionales 1930-1945*, Tunja, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2014, p. 209.

¹⁹⁹⁷ On a déjà fait allusion à ces manifestations paysannes (*supra*, p. 390).

défendre les travailleurs et les paysans de l'exploitation qu'ils subissent depuis toujours¹⁹⁹⁸. La politique fiscale du gouvernement est également l'objet de critiques, bien que les explications du président Lopez mettent en évidence que l'on prévoit de taxer principalement les grands capitaux et les grandes entreprises. Quoi qu'il en soit, les membres de l'Union n'y croient pas, contestent ouvertement ces explications et encouragent la création de l'APEN, ce qui s'accomplit en mars 1935¹⁹⁹⁹. Dans son manifeste, ses fondateurs visent à reformer le système fiscal, à contenir les tendances révolutionnaires et antisociales, à exclure de la vie politique les meneurs professionnels et à collaborer pour la réconciliation entre le capital et le travail, tout cela sous l'évocateur slogan « propriétaires de tout le pays, unissez-vous »²⁰⁰⁰. L'APEN a souvent été présentée comme une puissante coalition « anti-lopiste ». Il est certain qu'elle a au départ eu l'appui des caféiculteurs du Cundinamarca et qu'elle a tenté de se situer au-dessus des partis, même si elle recrute ses membres essentiellement parmi les latifundistes libéraux de droite. Ayant en principe un caractère apolitique, l'APEN décide pourtant de se présenter aux élections parlementaires de 1935, mais elle ne parvient à rassembler que 500 voix. Au bout de compte, le mouvement est dissout et ses membres retournent à leurs partis d'origine (le conservateur et la droite libérale) pour continuer à s'opposer aux réformes²⁰⁰¹.

Après la défaite de l'APEN le parti conservateur assume définitivement le rôle de l'adversaire le plus farouche du gouvernement. Comme il s'abstient de participer aux élections de 1935, les libéraux peuvent dominer complètement le Congrès. Le risque d'une division interne du libéralisme, ce qui arrive assez souvent dans ces conditions, est en principe écarté, puisque l'unité est la réponse au caractère systématique et constant des critiques de la part des conservateurs. En plus, ceux-ci perdent sa suprématie

¹⁹⁹⁸ Dans sa réponse aux cadres du Syndicat des Propriétaires le président López affirme: « Hay, en mi opinión, dos causas de agitación que están removiendo las bases sobre las cuales se desarrolló la vida campesina hasta hoy. Una es, desde luego, como ustedes lo anotan, la acción sistemática de los que quisieran subvertir el orden social [...]. Pero existe también, autorizando y estimulando la acción subversiva, una agitación espontánea provocada por las condiciones injustas e irregulares que soportan los trabajadores de grandes empresas agrícolas o los colonos que vinculan su esfuerzo a terrenos comúnmente reputados como baldíos. Sería inútil tratar de sostener que los labriegos no tienen motivos de queja contra los patronos de ciertas fincas donde se desarrollan vastas industrias agrícolas. [...] Están en plena vigencia legal, en todos los casos, procedimientos para someter cualquier brote de rebeldía del trabajador a las condiciones generales o particulares en que presta su servicio [...]. Pero no hay todavía ningún modo de obrar sobre los propietarios de tierras y grandes industriales para prevenir los conflictos con un criterio más humano, más liberal, más generoso, que corrija las injusticias e impida la aplicación de algunos reglamentos de trabajo, que mantienen al campesino sujeto a un régimen feudal, especialmente en ciertas secciones del país. El concepto de la propiedad privada intangible e invulnerable de la Constitución colombiana, puede obligar y obliga al Gobierno, en cumplimiento de la ley, a rechazar a mano armada la rebeldía de los colonos que no quieren someterse de buen grado a una disposición judicial, por la cual sean arrojados de una extensión de tierra cultivada por ellos, de buena fe en gran parte de los casos, introduciéndole mejoras que no les son reconocidas. Pero no existe la atribución del Gobierno en tiempos normales para obligar a los empresarios agrícolas a sostener un determinado nivel mínimo de vida para sus trabajadores, que tenga cierta dignidad y amplitud; ni facultad para proteger al colono de buena fe contra la sentencia judicial inapelable, que lo condena a entregar su trabajo y su esfuerzo colonizador a la destrucción, ordenada por el dueño de un título, aun cuando coloque al Poder Ejecutivo ante sucesos dramáticos como los que han venido oscureciendo cada día más el panorama de los problemas agrarios nacionales » (« Los conflictos agrarios », in *López Pumarejo: obras selectas*, cit., tome I, pp. 139-141).

¹⁹⁹⁹ TIRADO, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., pp. 107-108.

²⁰⁰⁰ Dans le journal *El Tiempo* du 8 mars 1935 sont publiés des informations sur le manifeste de l'APEN et ses objectifs politiques.

²⁰⁰¹ TIRADO, Á., *op. cit.*, p. 113.

bureaucratique, étant donné que le passage d'un gouvernement de concentration à la « république libérale » implique que tous les postes publics sont progressivement occupés par les libéraux. La confrontation est encore plus ouverte lorsque à cette situation se joint le renforcement de la nature transformatrice du régime dans le domaine constitutionnel et légal. Dès 1936, la réaction du conservatisme prend différentes formes : la critique dans la presse et la radio, l'appel aux sentiments catholiques prétendument dénigrés, la conspiration, l'action de masse, l'utilisation de la guerre civile en Espagne dans le débat politique interne et l'attaque directe à l'encontre de la personne et l'honneur du président López²⁰⁰². Or, le parti libéral jouit de l'avantage de contrôler directement la presse quotidienne la plus influente, en particulier les journaux *El Tiempo* et *El Espectador*, tandis que les conservateurs ne disposent que de quelques journaux de province. Pour remédier à ce défaut, ils fondent le journal *El Siglo*, dirigé par Laureano Gómez et José de la Vega, dont le premier numéro paraît en février 1936, et la station de radio *La voz de Colombia*. Ils deviennent les outils d'une virulente campagne d'opposition qui dégénère à maintes reprises en diffamation. Mais il y a plus. Le parti conservateur trouve le soutien de l'Église catholique, son allié depuis toujours²⁰⁰³, et l'autre adversaire résolu de la « Révolution en marche », comme l'on verra ensuite. De fait, en mars 1936 ils procèdent ensemble à contester la réforme constitutionnelle qui est à ce moment examinée dans le Congrès. Le même jour la Direction nationale du parti et les autorités ecclésiastiques publient, chacun de son côté mais avec un contenu similaire, deux proclamations où ils avertissent que si la révision était promulguée ils ne se soumettraient pas et appelleraient à la désobéissance²⁰⁰⁴. Les rumeurs d'une action violente à l'encontre du gouvernement s'étendent partout et dans l'occident du pays une conspiration est découverte et plusieurs militaires emprisonnés. Le président López répond au défi et nomme Plinio Mendoza Neira ministre de la Guerre. Il organise la police et l'armée et impose une stricte surveillance sur les dirigeants conservateurs. Les tentatives de complot sont très mal préparées, ne reçoivent pas l'appui des cadres du parti conservateur et ne peuvent pas prospérer. Or, sans oublier le « plébiscite de soutien »²⁰⁰⁵ attesté par les déclarations des conseils municipaux, des assemblées départementales et des associations, mais aussi par plusieurs manifestations, la réponse la plus remarquable aux attaques des conservateurs et de l'Église est la constitution d'un « Front populaire », qui suivant le modèle de celui qui émerge en France presque au même temps, rassemble autour du gouvernement les partis de gauche et les syndicats.

Malgré le caractère apparemment ferme de l'opposition conservatrice, les divisions continuent pourtant à se présenter. De fait, il s'agit d'une condition partagée par les deux

²⁰⁰² *Ibidem*, p. 283.

²⁰⁰³ Comme le D. Pécaut, la réaction catholique est déterminante dans la mobilisation conservatrice, encore plus que dans les autres pays d'Amérique Latine. « La raison en est évidente : le catholicisme sous-tend la véritable sous-culture qu'est le conservatisme. Il lui confère son double caractère, religieux et politique. [...] Il est simultanément le support d'une collectivité politique pour laquelle la Constitution de 1886 définit une fois pour toutes les principes d'organisation du social. Le sacré et le politique sont indissolublement associés dans la définition d'une identité conservatrice (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 194).

²⁰⁰⁴ « Consumada esa reforma, [...] toda esperanza de conciliación, de cordial inteligencia entre el gobierno y el partido conservador desaparecería por completo, y nosotros seríamos los primeros en deplorarlo, por lo males que podrá ocasionarle al país un esta de cosas que nosotros no hemos querido ni provocado » (cité par TIRADO MEJÍA, Alvaro (comp.), *Estado y economía: 50 años de la Reforma del 36*. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986, pp. 156-157).

²⁰⁰⁵ TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., p. 290.

partis traditionnels, de sorte qu'ils se maintiennent unis lorsque la polarisation atteint son apogée, mais une fois que celle-ci s'affaiblit les différences à leur intérieur apparaissent presque inéluctablement. C'est ainsi que du côté conservateur le chef du parti est sans aucun doute Laureano Gómez, quoique d'autres dirigeants ne suivent pas toujours ses instructions. En effet, entre les années vingt et trente émerge une tendance encore plus à droite et qui embrasse explicitement les doctrines fascistes. Elle se révèle dans le groupe de « *Los Leopardos* » (Les Léopards), dont les chefs de file sont Silvio Villegas, Gilberto Alzate Avendaño, Augusto Ramírez Moreno, Eliseo Arango, José Camacho Carreño et Joaquín Fidalgo Hermida. Ils adoptent les doctrines fascistes dans la version française du monarchiste Charles Maurras²⁰⁰⁶ et dans la version espagnole du phalangisme développé pendant la guerre civile²⁰⁰⁷. Un autre courant, à caractère républicain, s'oppose au fascisme. Sous le nom de « civilistes », il agroupe les anciens dirigeants du parti conservateur. C'est justement à celui-ci qu'appartient Laureano Gómez qui en 1935 publie un livre intitulé *El Cuadrilátero* (1935), où il critique les idées de Mussolini et de Hitler, posture que l'on trouve aussi chez d'autres dirigeants, tels que Aquilino Villegas et Gonzalo Restrepo Jaramillo. Or, le fascisme arrive à pénétrer presque tous les secteurs du conservatisme, au point que pendant la Deuxième Guerre mondiale dans un premier temps la majorité se manifeste en faveur de l'Axe Rome-Berlin-Tokyo. En outre, les différences idéologiques ne font que masquer d'autre type de divergences à caractère pragmatique et conjoncturel, comme celle qui concerne la participation au gouvernement libéral. Ces différences se manifestent dans le cadre de l'élection en juin 1937 de quelques membres des Léopards (notamment de Villegas et d'Alzate Avendaño) dans le Conseil électoral, ce qui produit l'accusation de trahison de la part de Gómez²⁰⁰⁸. Il n'en demeure pas moins que dans le conservatisme l'unité doctrinaire s'érige autour d'une idée centrale : le parti est le soutien politique la religion catholique²⁰⁰⁹. C'est justement pour cette raison que Laureano Gómez peut s'imposer comme le chef de file du conservatisme, car il incarne le fondamentalisme conservateur dans son double aspect religieux et politique. Il entraîne ainsi son parti dans

²⁰⁰⁶ Voir *supra* p. 221.

²⁰⁰⁷ Le mouvement apparaît initialement dans le département de Caldas et il est l'un des principaux foyers de la fermentation nationaliste et fascisante. Silvio Villegas lance la consigne « il n'y a pas d'ennemi à droite » et se propose de réaliser en Colombie ce que Jacques Doriot réalise en France en organisant la résistance contre la pénétration soviétique (VILLEGAS, Silvio, *No hay enemigos a la derecha*, Manizales, Arturo Zapata, 1937) Augusto Ramírez Moreno se prononce en faveur de la désobéissance civile face à un gouvernement athée. Gilberto Alzate Avendaño, le plus influent, fonde l'*Acción Nacional Derechista* qui, chemises et saluts à l'appui, aspire à devenir un mouvement fasciste de masse. De surcroît, en 1935 est fondé un Centre d'Action Conservatrice qui proclame : « Nous sommes catholiques, conservateurs, nationalistes et réactionnaires ». En Antioquia, avec l'appui de l'épiscopat et la participation de membres importants de la bourgeoisie de Medellín se créent des associations paramilitaires telles l'Alliance pour la Foi et la Tradition de Medellín.

²⁰⁰⁸ De fait, « para el año de 1938, el panorama conservador era de anarquía. La política de abstención había fracasado. Los intentos insurreccionales no habían tenido éxito. La jefatura de Laureano Gómez era impugnada y éste había tenido que retroceder en lo referente a la política de abstención ante las posiciones mayoritarias en el sentido contrario. En lo ideológico, el partido de la derecha era un verdadero mosaico de opiniones, aunque primaban las proclives a la derecha totalitaria » (TIRADO, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., p. 340).

²⁰⁰⁹ Dans le programme du parti de 1931 on lit : « la razón esencial de su doctrina la constituye la patria, la familia y la propiedad; el orden que asegura la libertad dentro de la justicia, y mantiene la disciplina, base del perfeccionamiento; y la unidad religiosa fundada en las doctrinas de la Iglesia Católica » (DIRECTORIO NACIONAL CONSERVADOR, *Los programas del conservatismo*, Bogotá, El Directorio, 1967, p. 167).

une voie où l'action politique se situe constamment dans l'horizon du non-négociable, la condamnant pourtant à s'inscrire sous le seul signe de la violence²⁰¹⁰.

3. *Les conflits avec l'Église*

De fait, en plus du parti conservateur l'Église catholique se présente comme l'autre centre de l'opposition à la « Révolution en marche ». Il convient de noter qu'à cette époque, la Colombie montre une tendance différente des autres pays latino-américains quant aux rapports entre l'Église et l'État. Tandis que dans ces derniers, au cours du XIX^e siècle, une série de réformes ont confirmé la séparation de deux pouvoirs, en Colombie, en raison des politiques initiées dans la Régénération et développées pendant l'hégémonie conservatrice, le pouvoir civil se subordonne aux autorités ecclésiastiques. Dans la Constitution de 1886 puis dans le Concordat de 1887 plusieurs privilèges, tels que la direction de l'éducation, la réglementation de l'état civil des personnes et les exonérations fiscales avaient été accordés à l'Église catholique. Ce sont justement ces privilèges que le libéralisme cherche à abroger. Cependant, tout ce qui avait déjà été instauré dans la plupart des États en Occident, est perçu par les autorités ecclésiastiques comme une attaque contre l'Église catholique colombienne, qui considère ces prérogatives comme quelque chose de naturel. Comme A. Tirado le remarque, le conflit s'engage contre le président López autour de trois questions principales : la suppression du régime ecclésiastique sur l'éducation, la révision de la constitution et des lois sur le mariage civil et le divorce²⁰¹¹, et la réforme du concordat. Les trois sont étroitement liées et le gouvernement pense que la deuxième est la condition sine qua non à la dernière. Or, au cours des premières semaines de la période présidentielle les relations avec les plus hautes autorités ecclésiastiques sont plutôt cordiales, et le ministre de l'éducation Luis Lopez de Mesa est très prudent envers l'Église, au point que les critiques à son encontre ne proviennent pas des conservateurs mais de la gauche libérale²⁰¹². Ce n'est pourtant qu'une circonstance éphémère qui résiste mal au surgissement des premiers désaccords. C'est ainsi qu'en décembre 1935 le nouveau ministre de l'Éducation Dario Echandía envoie une communication à l'archevêque de Bogota et aux autres évêques pour expliquer que le gouvernement ne veut pas méconnaître la liberté d'enseignement lorsqu'il prévoit de renforcer la vigilance des établissements éducatifs, politique que l'Église, malgré ces explications, n'acceptera jamais.

Le début des confrontations directes se produit à l'occasion du Congrès eucharistique de Medellin en août 1935. En principe, il bénéficie du soutien du gouvernement et rien ne laissait présager que les relations entre le libéralisme et l'Église allaient se détériorer. Le congrès suppose une grande mobilisation des personnes et des moyens et est présidée par vingt-et-un prélats nationaux et étrangers. Le point de discorde est une déclaration de la majorité libérale du conseil municipal à Bogotá qui, en réponse à une proposition de la minorité conservatrice, affirme que la corporation offrira son soutien au congrès seulement si les prélats colombiens se prononcent favorablement pour la réforme du concordat, l'instauration de l'éducation laïque, l'abolition de missions d'évangélisation, l'adoption du

²⁰¹⁰ PÉCAUT, D., *op. cit.* pp. 194-195.

²⁰¹¹ Sur cette question voir : TIRADO MEJÍA, Á., « López Pumarejo: La revolución en marcha », *cit.*, pp. 318-319

²⁰¹² TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, *cit.*, pp. 172-173.

divorce et d'autres sujets. L'évêque Juan Manuel González estime que la déclaration du conseil est ignoble, vile et honteuse et fait que la multitude prête serment de « défendre la religion catholique au sacrifice de la vie même »²⁰¹³. Lors de la clôture du Congrès eucharistique, tous les évêques colombiens signent une pastorale où ils s'engagent à affronter les agressions contre la religion et rejettent le mariage civil et l'éducation laïque²⁰¹⁴. Cette déclaration constitue une réponse au programme libéral des réformes que la convention du parti venait d'approuver et qui amène à la révision de la constitution en 1936. Or, le point d'acmé des affrontements est le *Manifiesto-protestation de l'Épiscopat* du 17 mars 1936, auquel on vient de faire allusion. C'est un document qui ne se limite pas à critiquer directement le projet de réforme constitutionnelle, dont certains articles « touchent la doctrine de l'Église et pourront avoir comme conséquence l'altération de la paix religieuse du pays », mais qui invite ouvertement à la désobéir si elle est finalement promulguée²⁰¹⁵.

4. *Les mouvements et partis politiques de gauche et les syndicats*

De l'autre côté de l'éventail idéologique, les organisations ouvrières et les mouvements et partis politiques de gauche maintiennent une attitude changeante et indécise par rapport aux projets de réforme du gouvernement López. Ceci est en partie la conséquence de la manière dont, dès leurs débuts pendant les années vingt, ils se rapprochent ou se distancent du parti libéral²⁰¹⁶. En effet, dans un premier temps les diverses tendances politiques qui affirment représenter les intérêts des travailleurs sont attachées au libéralisme. Un parti socialiste est créé à Bogota en 1919, en vue d'assurer une représentation parlementaire aux nouveaux groupes urbains. En 1921 il obtient des résultats électoraux appréciables, mais l'année suivante il se met au service de la candidature de Benjamín Herrera qui, dans son programme, formule la nécessité d'une intervention sociale de l'État. Ce n'est donc qu'à partir de 1924 que l'autonomie vis-à-vis du libéralisme est explicitement posée, dans un

²⁰¹³ Selon les informations du journal *El Tiempo* du 19 août 1935. Comme l'explique T. J. Williford « el Congreso Eucarístico Nacional de 1935 y el telegrama del Concejo municipal de Bogotá fueron claves para el desarrollo y reconfirmación de las identidades políticas de la época: el primero, para los feligreses católicos y obispos intransigentes, y el segundo, para los izquierdistas anticlericales. En la retórica política de los protagonistas, ya existía en Colombia una lucha entre las fuerzas modernas del progreso y las fuerzas católicas de la tradición, o para ponerlo en un lenguaje más acorde a los acontecimientos internacionales del momento, entre la barbaridad bolchevique roja y la mojigatería cavernícola medieval. Tanto los liberales como los clérigos perdieron su identidad individual dentro del discurso de sus opositores y se convirtieron en un bloque indefinido de "Partido Liberal" e "Iglesia", entidades vistas por sus antagonistas como responsables del atraso y la destrucción de la patria. Aunque los políticos y clérigos más moderados se oponían a esa retórica tan violenta y deshumanizante, ella pronto se convertiría en una parte fundamental del discurso que ya había tomado la forma de un "diálogo de sordos" » (WILLIFORD, Thomas J., « Aspectos del debate sobre la "cuestión religiosa" en Colombia, 1930-1935 », *Revista de Estudios Sociales*, n° 41, 2011, p. 41).

²⁰¹⁴ TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., p. 408.

²⁰¹⁵ « Si, lo que Dios no permita, llegare al fin a aprobarse la constitución proyectada, verán vuestros legisladores que no impunemente se violentan las conciencias en lo que tienen de más caro, que es la fe de sus antepasados, y que no es fácil imponer a un pueblo creyente instituciones contrarias a la religión que profesa y ama como el principio dignificador de su existencia. [...] Hacemos constar que nosotros y nuestro clero no hemos provocado la lucha religiosa, pero que hemos procurado mantener la paz de nuestras conciencias aun a costa de grandes sacrificios; pero si el congreso insiste en planearnos el problema religioso, lo afrontamos decididamente y defenderemos nuestra fe y la fe de nuestro pueblo a costa de toda clase de sacrificios, con la gracia de Dios » (cité par TIRADO MEJÍA, Alvaro (comp.), *Estado y economía: 50 años de la Reforma del 36*. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986, pp. 160).

²⁰¹⁶ Sur ce sujet voir : URRUTIA MONTOTOYA, M., *Historia del sindicalismo en Colombia*, cit., p. 107.

contexte d'intense agitation politique qui coïncide avec les grèves et les conflits sociaux déclenchés pendant ces années²⁰¹⁷. En 1926, les divers courants se rassemblent dans le Parti Socialiste Révolutionnaire (PSR), qui suit une orientation marxiste, en même temps que l'emprise des chefs traditionnels est mise en doute par des nouveaux dirigeants, tels que Ignacio Torres Giralda, Tomas Uribe Marquez, Juan de Dios Ramera et, surtout, Maria Cano qui devient alors le symbole du mouvement populaire. Bien qu'un secteur du libéralisme craint cette effervescence²⁰¹⁸, d'autres pensent que le nouveau parti de gauche pourrait rentrer dans le libéralisme²⁰¹⁹. De fait, ni le mouvement ouvrier ni le PSR n'arrivent à briser totalement leurs liens avec le parti libéral²⁰²⁰, car ceux qui se proclamaient communistes sont une minorité et leur base sociale est composée d'artisans et de paysans plus que d'ouvriers.

C'est pour cette raison, mais également parce que les actions revendicatives deviennent plus difficiles (de nombreux dirigeants populaires sont incarcérés, soit après les grèves pétrolières, soit après le massacre des bananeraies), que se produit un rapprochement avec le libéralisme à partir de 1928. De plus, celui-ci décide de passer à l'opposition complète contre un régime conservateur discrédité, de même que quelques membres de son cercle intellectuel (par exemple, Moisés Prieto, Gabriel Turbay, Alberto et Felipe Lleras Camargo) adhèrent provisoirement au PSR ou à des groupes marxistes. Cependant, dès 1929-1930 les effets de la crise économique commencent à se faire sentir et la mobilisation des secteurs populaires est marquée par un reflux. Les grèves sont peu nombreuses et les syndicats et les partis politiques de gauche survivent difficilement ou s'effondrent. C'est ainsi que la Confédération Ouvrière Nationale, animée par I. Torres Giraldo, disparaît en 1929, alors que le parti communiste, créé en 1930 sur ce qui restait du PSR, tente de susciter certains regroupements et en 1931 met en place un Comité Syndical National qui ne fonctionnera guère. La classe ouvrière et le secteur artisanal n'ont d'autre choix que de soutenir les améliorations proposées par le parti libéral, mais les acteurs politiques – notamment le parti libéral, l'UNIR (*Unión Nacional Izquierdista Revolucionaria*) dirigée par Jorge Eliécer Gaitán et le parti communiste – s'approprient leur capacité à se faire entendre et leurs dirigeants sont provisoirement substitués. Quant au parti communiste, il ne parvient à s'implanter ni dans les secteurs populaires urbains ni au sein du prolétariat ouvrier. Ses résultats électoraux sont plutôt médiocres, il ne parvient pas à provoquer une ample mobilisation des masses et l'attitude de ses dirigeants se traduit par des voltefaces, des tergiversations et des divisions. De plus, l'adoption de la ligne « classe contre classe », entraînant le rejet de tout ce qui s'apparente à l'acceptation de la « légalité bourgeoise »²⁰²¹,

²⁰¹⁷ Voir *supra* p. 389.

²⁰¹⁸ Le journal *El Tiempo* déplore que l'on ait toléré les constantes agitations socialistes et les sermons sur l'élimination des bourgeois et des capitalistes (*El Tiempo*, 1^{er} mai 1928).

²⁰¹⁹ Tel était le point de vue d'Alfonso López Pumarejo dans un article paru dans le journal *El Tiempo* le 26 avril 1928.

²⁰²⁰ Comme le remarque D. Pécaut, « en 1930, l'Internationale fera parvenir au PSR une lettre condamnant vigoureusement ses “ faiblesses ” et ses “ déviations ”. Témoigneraient de ces erreurs “ la base sociale petite-bourgeoise de certains milieux du parti, qui représentait une infiltration de l'idéologie libérale », et plus généralement la prépondérance “ des collaborateurs du libéralisme ” qui “ parvenaient à capitaliser la révolution ” » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 71).

²⁰²¹ Dans le journal *El Bolchevique*, publication officielle du parti, les communistes rejettent la la loi syndicale de 1931 qui n'est que le produit de la force des patrons (*El Bolchevique*, 4 août 1934). Le parti

coupe le parti des bases ouvrières, surtout en 1934-1935 lorsque les syndicats se multiplient, grâce à la protection que leur accorde le gouvernement de López²⁰²².

Le mouvement politique de Jorge Eliécer Gaitán, qui semblait avoir en principe une audience considérable, ne peut pas non plus se soustraire à l'emprise du parti libéral. Après avoir terminé en Italie sa formation en droit pénal, le jeune avocat Gaitán se lance dans la politique et en 1930 est élu au Congrès. Il s'y fait aussitôt une grande renommée en dénonçant les conditions dans lesquelles le massacre de la zone bananière s'est déroulé. Durant le gouvernement Olaya Herrera, il est promu aux plus hautes charges : président de la Chambre des représentants, président de la Direction libérale, deuxième vice-président de la République ; il est ainsi pleinement solidaire avec la politique gouvernementale. En 1933, il crée pourtant sa propre organisation politique, l'UNIR, et cherche à rallier tant les travailleurs agricoles et les paysans des environs de Bogota que les artisans et ouvriers des villes. Il développe un langage politique singulier, qui mélange certains accents marxistes²⁰²³, sans prétendre nullement être un doctrinaire communiste²⁰²⁴, avec une représentation du peuple dont l'existence et l'expression dépend du leader qui le conduit²⁰²⁵. Il combine également, ses activités comme dirigeant politique avec son travail comme conseiller juridique des syndicats, en contribuant ainsi à l'époque à ce que la négociation collective soit reconnue²⁰²⁶. Cependant, malgré la personnalité de son leader et le caractère ambitieux du programme de l'UNIR, les résultats obtenus dans les élections aux assemblées départementales en 1935 sont très modestes. Gaitán décide donc de dissoudre le mouvement et revient au parti libéral, mais son prestige s'atténue à mesure que s'accroît celui de López Pumarejo. En répondant aux grèves et revendications sociales, ce dernier conquiert l'adhésion des masses, même si les « gaitanistes » l'accusent de reprendre à son

critique également les syndicats qui sollicitent la personnalité juridique ou qui s'en remettent à des avocats, comme Gaitán, pour négocier à leur place, et il dénonce tous ceux qui incitent les ouvriers à se mettre à genoux devant la loi faite pour réprimer les grèves (*El Bolchevique*, 8 septembre 1934).

²⁰²² Voir en ce sens : PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 71.

²⁰²³ Gaitán affirme dans le journal *El Unirismo*, dont l'objectif est de diffuser les idées soutenues par l'UNIR, que la doctrine marxiste est incontestablement la force vive de l'orientation ouvrière (*El Unirismo*, 14 juin 1934). Dans le même sens, il dénonce que l'État colombien est un instrument des classes dominantes et de répression contre les travailleurs (*El Unirismo*, 6 septembre 1934).

²⁰²⁴ Par exemple, il critique l'infantilisme pédagogique des communistes colombiens (*El Unirismo*, 14 juin 1934) et leur verbalisme inoffensif et dégradant (*El Unirismo*, 23 août 1934).

²⁰²⁵ « Quien desee en este país realizar la inmensa, trascendental y al parecer casi imposible obra de incorporar a nuestro pueblo, a nuestras masas, las cuales viven hoy en el más absoluto primitivismo en lo material, cultural y moral, no puede ni debe engañarse en cuanto al apoyo que ellas le presten. No tienen conciencia de sus destinos, ni hay razones para que la tengan. Decir lo contrario es formular hipócritas elogios. Por eso la obra en Colombia es más difícil que en pueblos más avanzados. Allí al menos se puede encontrar el respaldo de la gente por quien se lucha. Aquí no. Quizá más bien sea pagado con la incomprensión. [...] Por eso hablaba de un gobierno para el pueblo, es decir de una minoría que no necesítandolo estrictamente, dedique su actividad, que debe tener mucho de sacrificio, a liberar a la gran mayoría, en la cual por el principio puede que no encuentre la colaboración, si no antes la resistencia » (*El Unirismo*, 23 août 1934). De toute façon, « Gaitán y su movimiento bien podrían enmarcarse dentro del socialismo reformista o de una social-democracia con fuerte adaptación a lo nacional » (TIRADO MEJÍA, Á., « López Pumarejo: La revolución en marcha », *cit.*, p. 310).

²⁰²⁶ Comme le remarque D. Pécaut, « entre l'énonciation de la division radicale qui sépare l'univers des exploités de celui des exploités et la mise au point de cet ordre juridique, il peut sembler qu'il y ait antinomie : les communistes ne se lassent pas à l'époque de le souligner. Mais, dans la logique gaitaniste, il y a bien davantage complémentarité. Seule l'intervention juridique est susceptible de faire entrer le monde de la nature dans l'orbite de la civilisation » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 145).

compte les projets énoncés par l'UNIR mais dans le cadre d'une politique démagogique qui méconnaît les intérêts des classes productrices.

La défaillance de l'organisation syndicale et les impuissances du parti communiste et de l'UNIR assurent au parti libéral de devenir l'acteur politique central. Or, le gouvernement d'Olaya Herrera n'entreprend pas les transformations qui justifient les espoirs des secteurs populaires et n'hésite pas à réprimer avec vigueur certaines actions ouvrières et paysannes²⁰²⁷. En fin de compte, les illusions suscitées par l'arrivée au pouvoir du libéralisme se déploient à nouveau en 1933 lorsque la candidature de López Pumarejo est annoncée. En effet, la campagne fait naître l'espoir que cette fois le gouvernement va instaurer une « république libérale » qui soit aussi une « république sociale ». Néanmoins, de nombreuses grèves se déclenchent aussitôt après cette élection, principalement en raison de la dégradation brutale des salaires réels, mais aussi parce que les communistes poussent à des actions afin de convaincre les travailleurs qu'ils n'ont en fait rien à attendre du nouveau président. Il n'en reste pas moins que la multiplication des conflits s'explique aussi par le fait que le président López en a reconnu d'avance la légitimité, de sorte qu'il annonce que l'État interviendra dorénavant comme « arbitre » et non comme instrument de la classe dominante. Il entend, en plus, démontrer dans les faits cette position d'arbitre et son souci d'admettre comme légitimes les actions ouvrières, ce à quoi il procède entre 1935 et 1936. Le bureau présidentiel devient le lieu où se négocient en dernière instance les conflits les plus importants. C'est de cette manière que le gouvernement intervient dans la grève de décembre 1934 dans la zone bananière et dans celle de l'année suivante dans la Tropical Oil Company, obtenant des concessions non négligeables en faveur des travailleurs et se présentant aussi comme le protecteur des intérêts nationaux – avec la « Révolution en marche » le langage nationaliste des années 1927-1928 refait son apparition²⁰²⁸. C'est assez pour que les masses populaires, habituées à la répression, et les ouvriers, dont les grèves avaient presque toujours mal tourné devant l'obstination patronale, se voient effectivement représentés par le gouvernement²⁰²⁹.

Il semble alors que rien ne peut plus empêcher le rassemblement politique au nom de la « République libérale ». L'UNIR de Gaitán procède en effet au ralliement et seulement fait défaut celui du parti communiste qui essaie de maintenir une ligne stricte d'opposition suivant les instructions venues de Moscou²⁰³⁰. Toutefois, il est de plus en plus difficile de

²⁰²⁷ De fait, il y a une sorte de paradoxe dans le gouvernement d'Olaya. Comme l'explique M. Archila. « combinando una política de represión preventiva con un discurso de armonía entre el capital y el trabajo y con la emisión de leyes laborales, el gobierno de Olaya Herrera iniciaba el proceso de institucionalización de los movimientos sociales » (ARCHILA NEIRA, Mauricio, *Cultura e identidad obrera: Colombia 1910-1945*, Bogotá, CINEP, 1991, p. 273).

²⁰²⁸ Or, comme l'explique D. Pécaut, « le nationalisme se combine avec la poursuite de l'insertion dans le système capitaliste international de la même façon que l'interventionnisme se superpose au libéralisme. Il prétend éviter le pillage anarchique des ressources internes de même que le second s'efforce de rétablir une cohérence par-delà la fragmentation des intérêts privés. Il n'élimine pas le risque que l'État se transforme en un simple agent d'adaptation face aux transformations du capitalisme central » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 136).

²⁰²⁹ En d'autres termes, « les masses ne peuvent éviter la tentation de répondre aux avances que leur fait le gouvernement : leurs espoirs sont à la mesure de leur faiblesse. On ne saurait donc s'étonner ni du bon accueil réservé à l'arbitrage gouvernemental lors des conflits ni de la confiance envers les « lois sociales » (PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 163).

²⁰³⁰ Dans *El Bolchevique* l'on peut lire que « el principal enemigo del proletariado, de su partido de vanguardia y de las masas trabajadoras de la ciudad y del campo, es el partido liberal, sobre todo su llamada

maintenir une ligne que la base ouvrière comprend de moins en moins. Ce seront donc les actions de la droite, par exemple les déclarations de l'APEN, les critiques de Laureano Gómez et les attaques des Léopards, qui offrent aux communistes la justification pour changer de cap et pouvoir ainsi affronter la menace d'un régime « fasciste ». Comme il avait été le cas en France²⁰³¹, le parti communiste accueille les suggestions du VII^e Congrès de l'Internationale et reprend à son compte ce qui était depuis longtemps le sentiment des masses : la solidarité avec le gouvernement de López. Un Front Populaire à la colombienne est ainsi constitué, car il ne se pose guère autour d'un programme mais autour d'un nom, celui d'Alfonso López Pumarejo, son mot d'ordre étant : « Avec López, contre la réaction ». Bien que le président affirme que ledit Front Populaire est un « fantasme créé par l'opposition »²⁰³², il ne souhaite pas non plus refuser le ralliement communiste. En revanche, il lui faut consolider, grâce à l'appui populaire, sa position au sein du parti libéral. Il donne au rassemblement un tour spectaculaire lorsque le 1^{er} mai 1936 il reçoit officiellement les masses venues lui témoigner leur allégeance et invite les dirigeants de gauche à prendre la parole à ses côtés dans le balcon du palais présidentiel : Gilberto Vieira au nom des communistes, Gerardo Molina en celui des socialistes, proclament solennellement leur soutien à « López face à la réaction ». Dans cette ambiance où la « Révolution en marche » semble en passe de devenir une réalité l'unité syndicale est désormais possible. De fait, elle se réalise en août 1936 dans un Congrès ouvrier convoqué à Medellín, où est formée la *Confederación Sindical Colombiana* (CSC), qui en 1938 sera officieusement rebaptisée *Confederación de Trabajadores de Colombia* (CTC)²⁰³³.

Néanmoins, cette euphorie est momentanée et, comme on le verra plus loin, juste quelques mois après les démonstrations du 1^{er} mai, le reflux de la « Révolution en marche » s'amorce lorsqu'en décembre 1936, au cours d'une allocution prononcée à Barranquilla, López proclame officiellement « la pause ». Malgré ce retournement, les masses urbaines et leurs porte-paroles, que ce soit les syndicats ou bien les dirigeants des partis et organisations de gauche, ne conçoivent pas d'autre choix que de maintenir leur adhésion au gouvernement et de préserver à tout prix la fragile unité politique qu'elles venaient d'obtenir. Ils le réaffirment face à l'intransigeance des dirigeants de la grande industrie qui ne sont pas disposés à accéder aux demandes qui leur sont faites (ils se placent aux premières lignes de l'offensive contre López et attaquent les syndicats aussitôt qu'ils surgissent) et également face à l'opposition que le conservatisme et l'Église ne cessent pas d'exercer. Or, dès le milieu de 1937, la force du Front Populaire se dissipe et le projet de construction d'une nouvelle citoyenneté sociale s'arrête abruptement. Ainsi, la réaction contre les réalisations acquises, bien qu'elles n'aient pas la portée prévue, impose l'allégeance pure et simple envers le parti libéral et donc l'adhésion à la candidature présidentielle de Santos pour la période 1938-1942, même s'il incarne, au sein du libéralisme, l'opposition au réformisme de López.

izquierda y dentro de esta izquierda la variedad fascizante rotulada unirismo.» (*El Bolchevique*, 2 mars 1935).

²⁰³¹ Voir *supra* n. 1074.

²⁰³² Il s'exprime de cette manière dans la revue *La Razón*, 19 septembre 1937.

²⁰³³ URRUTIA MONTROYA, M., *op. cit.*, p. 191.

B. La réforme constitutionnelle de 1936

Parmi les réformes dans le domaine du droit effectuées pendant le premier gouvernement de López Pumarejo, la révision constitutionnelle de 1936 est certainement la plus importante, étant donné sa portée et son contenu. Outre les avances dans le processus de démocratisation du régime politique et de modernisation de la structure institutionnelle, elle prend et adapte les transformations que le constitutionnalisme éprouve dans la période de l'entre-deux-guerres. La réforme établit le suffrage universel masculin, revendique les fonctions spécifiques de l'État, en particulier par rapport à l'Église, et introduit pour la première fois dans le droit constitutionnel colombien quelques caractéristiques de l'État-providence, tels que les droits sociaux, l'interventionnisme et la propriété limitée par l'intérêt général. « Rédigée par les hommes du président – les jeunes audacieux de moins de quarante ans – notamment par Darío Echandía et Carlos Lozano, l'Acte Législatif n° 1 de 1936 est la réforme la plus idéologique de la charte de 1886, car elle affecte le statut des libertés publiques. Presque tous les autres amendements ne concernent que l'État de droit, l'organisation et le fonctionnement des branches du pouvoir public »²⁰³⁴. Gerardo Molina, l'un des sénateurs qui a participé aux délibérations et qui en principe avait soutenu la nécessité d'une substitution de la constitution²⁰³⁵, déclare finalement que « l'expression, Réforme Constitutionnelle de 1936, suggère qu'il s'agit d'un amendement de la Charte qui était en vigueur, mais nous croyons qu'elle est également une nouvelle constitution, même si elle maintient certaines dispositions de 1886 »²⁰³⁶. Toutefois, une vision si optimiste a le risque de négliger deux faits : d'une part, le maintien de certaines constantes structurelles qui ne sont pas touchés par la réforme, en particulier le présidentielisme et le centralisme²⁰³⁷, et, d'autre part, les grandes difficultés qu'affronte son implémentation.

²⁰³⁴ VALENCIA VILLA, H., *op. cit.*, p. 182.

²⁰³⁵ En effet, le 4 février 1936 il affirme devant le sénat que « una Constitución es una declaración política de determinada fuerza que se instala en el poder [...]. Llega Mussolini al poder y dice cómo entiende el Estado; llegan los Soviets y dicen cómo lo entiende, y en Colombia siempre ha ocurrido eso [...] Constitución nueva, radical en el 53; reaccionaria en el 86. [...] Por eso yo sería partidario de que este Congreso se declarara constituyente. Puesto que es un movimiento político victorioso, no tiene por qué ceñirse a los trámites que le señala la Constitución anterior. Eso es claro. Una Constitución dice cómo ha de ser cambiada, reformada, vigorizada, pero no dice cómo ha de ser muerta, porque nadie tiene vocación al suicidio » (*Anales del Senado*, 4 febrero 1936, serie 3, n° 221).

²⁰³⁶ MOLINA, Gerardo, *Las ideas liberales en Colombia 1849-1959* (1^a ed. 1970), Bogotá, Universidad Libre, 2006, p. 565.

²⁰³⁷ Le sens centraliste de la réforme est évident dans l'instauration des *intendencias* et *comisarías*, à la façon d'entités intermédiaires entre les départements et les municipalités (art. 2, Acte Législatif n° 1 de 1936), mais qui sont sous un contrôle plus direct de l'exécutif. La doctrine publiciste à l'époque remarque cette situation. Par exemple, José Gnecco Mozo explique que. « hasta el momento de entrar en vigencia el Acto Legislativo de 1936, la República no debió haberse dividido sino en departamentos y éstos en municipios. Las intendencias y las comisarías tuvieron una existencia de hecho; la necesidad impuso el establecimiento de estas entidades de regímenes especiales, formados de territorios a los cuales no ha llegado por completo o no ha llegado en absoluto la civilización. Por decretos unas veces, por leyes otras, se crearon esas entidades y dentro de ellas se establecían municipios, sin saberse a ciencia cierta si era el órgano Ejecutivo el que tenía facultad para hacer tales creaciones o si ellas correspondían al legislador » (GNECCO MOZO, José, *La reforma constitucional de 1936: comentario jurídico al acto reformativo de la constitución*, Bogotá, A. B. C., 1938, p. 45).

1. La démarche de la réforme

López Pumarejo est conscient du fait que la révision, voire la substitution de la Constitution de 1886 est l'un des objectifs fixés pour un régime qui abandonne la concertation de la période d'Olaya et dans lequel le parti libéral domine pleinement. C'est une aspiration que le libéralisme avait depuis toujours, puisque la constitution en vigueur est envisagée comme l'incarnation de la défaite de la république radicale et du triomphe du conservatisme, tant du point de vue partisan que d'une perspective idéologique. En plus, les conceptions du libéralisme social et certaines idées de gauche, en particulier celles du socialisme démocratique, circulent profusément parmi les cercles intellectuels du parti. Or, malgré le scepticisme qu'un secteur de la gauche, en Colombie et ailleurs, peut montrer par rapport au droit et aux institutions, la révision constitutionnelle est vue comme la voie la plus efficace pour accomplir un changement profond des structures économiques et sociales. La notion du droit comme instrument de changement social et sa réalisation par l'intermédiaire d'une sorte de « constitutionalisme aspirationnel »²⁰³⁸ trouve dans les années 1934-1937 une époque de forte expansion. Cependant, le pragmatisme de López encadre l'euphorie réformiste à l'intérieur de certaines limites. Il ne s'oppose pas à quelques transformations ponctuelles, mais dès très tôt il soutient la révision partielle de la constitution et rejette la substitution complète du régime²⁰³⁹. Le président veut de cette manière maintenir l'unité fragile du libéralisme, même si les divisions qui séparent les diverses tendances internes semblent l'emporter²⁰⁴⁰. Ce n'est que l'opposition vigoureuse du parti conservateur et des autorités ecclésiastiques, exprimée farouchement dans la communication des premiers et dans le *Manifiesto-protestation* des seconds, publiés en mars 1936, ce qui permet la réunification autour du projet de réforme, justement lorsqu'elle avait déjà été adoptée au sénat et commence à être discutée à la chambre de représentants. Leurs membres qui jusqu'à alors étaient hésitants et divisés, se mettent d'accord pour adopter la révision le plus vite possible. Son approbation est ainsi assurée et elle est promulguée le 5 août, une date symbolique puisqu'un demi-siècle auparavant, le 5 août 1886²⁰⁴¹, avait été mise en vigueur la constitution qui symbolisait la Régénération conservatrice.

Un mois après l'investiture de López Pumarejo le ministre de l'intérieur, Darío Echandía, fait connaître les principaux aspects de ce qui sera la révision constitutionnelle. En effet, en septembre 1934, il présente au sénat un projet sur les droits des étrangers et les

²⁰³⁸ Selon M. García Villegas l'expression « constitutionalisme aspirationnel » désigne « la concepción que liga la constitución con el progreso y que puede ser rastreada a partir de Rousseau y del movimiento jacobino en la Revolución Francesa, mientras que con la expresión constitucionalismo preservador se asocia la constitución con la protección del *status quo* » (GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, «El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia », en GARCÍA V., Mauricio, UPRIMNY Y., Rodrigo y RODRÍGUEZ G., Cesar A., *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 201-233. p. 205).

²⁰³⁹ Dans ce sens, le ministre de l'intérieur, Darío Echandía affirme dans son rapport annuel de 1934-1935 que « el orden racional es construir primero un plan legislativo de reformas, para corregir la Constitución cuando quiera que se oponga al cambio planteado de las leyes. Este procedimiento, que pudiéramos llamar a posteriori, de resolver la cuestión, es el que mejor cuadra con la necesidad de adoptar las enmiendas constitucionales en legislaturas ordinarias » (transcrit dans VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á. (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 36).

²⁰⁴⁰ On a déjà fait allusion auxdites tendances à l'intérieur du libéralisme (*supra* p. 400).

²⁰⁴¹ Voir *supra* p. 378.

limites du territoire de la république²⁰⁴², et le mois suivant un projet sur les pouvoirs et les réunions du Congrès²⁰⁴³. Or, c'est devant la chambre des représentants, où le libéralisme dispose de la majorité des membres, que le gouvernement présente les propositions les plus controversées, comme celle du 10 septembre sur le régime de la propriété et l'intervention de l'État dans l'économie²⁰⁴⁴, ou celle de 4 octobre sur le pouvoir judiciaire²⁰⁴⁵. Toutefois, pendant la législature de 1935 un congrès dominé par le libéralisme, en raison de l'abstention du parti conservateur, procède moins à l'examen des contenus de projets qu'à déterminer la procédure pour aboutir à la réforme, car c'est sur ce point que les contradictions majeures se présentent entre le gouvernement et les parlementaires. Le premier propose une révision importante mais partielle de la Constitution de 1886, tandis que parmi les seconds il y a un courant en faveur de la promulgation d'une nouvelle constitution²⁰⁴⁶. Ceux-ci veulent donc avoir suffisamment de temps pour examiner les projets de réforme constitutionnelle, mais le gouvernement veut le limiter pour éviter une réforme totale et pour répondre aux attentes de l'opinion publique libérale face à la « Révolution en marche ». Malgré ces restrictions, pendant les années 1934-1936 le Congrès accomplit l'un des plus féconds travaux législatifs de l'histoire du pays, dont les résultats sont prolifiques et remarquables. Avec le soutien du gouvernement, il consacre son travail à l'examen de maintes questions, telles que la réforme fiscale, la réforme de l'éducation, le Protocole de Rio, l'accord commercial avec les États-Unis, le Code pénal (loi 95 de 1936), le Code de procédure pénale (loi 94 de 1938), les réformes du droit civil, le régime des terres, etc.²⁰⁴⁷

Durant les premiers mois d'activité de la législature de 1935 le Congrès s'occupe principalement de ces réformes législatives, alors que la révision constitutionnelle est examinée dans les commissions constitutionnelles de chaque chambre. De fait, les débats sont très dispersés jusqu'à ce que dans ces commissions soient abordés et unifiés les

²⁰⁴² *Anales del Senado*, 10 sept. 1934, serie 1, n° 41, pp. 233-236 ; VELÁSQUEZ TORO, Magdala, TIRADO MEJÍA, Álvaro (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Cámara de Representantes, 1986, tome I, p. 101-104.

²⁰⁴³ *Anales del Senado*, 15 oct. 1934, serie 2, n° 69, p. 437.

²⁰⁴⁴ *Anales de la Cámara*, 25 sept. 1934, serie 1, n° 55, pp. 312-313. Dans l'exposé des motifs le ministre Echandía affirme que « el Gobierno considera que a las nuevas concepciones sobre el alcance de los derechos individuales frente a las conveniencia sociales [sic], deben corresponder facultades más amplias para el legislador y de ahí las dos reglas que tiende a establecer el proyecto que tengo el honor de presentaros: determinación de la forma de la expropiación y de la indemnización por el legislador, e intervención legislativa del Estado para racionalizar la economía y proteger a los trabajadores » (transcrit dans VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á. (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 142).

²⁰⁴⁵ *Anales de la Cámara*, 16 oct. 1934, serie 1, n° 72, pp. 425-426 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á. (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 143-145.

²⁰⁴⁶ De fait, le 23 août 1935 la commission constitutionnelle du sénat approuve une résolution dans laquelle l'étude et la formulation d'une nouvelle constitution sont prévues. D'après cette commission « el sentido del movimiento liberal que ha adquirido constitucionalmente el poder no se limita a la modificación fragmentaria del Estatuto Constitucional con que gobernó el régimen anterior, sino que tiende a la formación de un nuevo orden constitucional que organice el Estado y regule las relaciones esenciales de la vida colombiana, conforme a un pensamiento fundamentalmente distinto del que inspiró en su origen y ha inspirado en su desarrollo de las normas constitucionales hasta ahora vigentes » (cité par VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á. (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 43).

²⁰⁴⁷ TIRADO MEJÍA, Á., « López Pumarejo: La revolución en marcha », cit., p. 342.

nombreux projets présentés²⁰⁴⁸. Une commission interparlementaire est conformée le 12 octobre dont l'objet, faute de temps, est de faciliter les discussions dans les séances plénières et d'unifier les critères d'examen. Le 8 janvier 1936 le débat commence dans le sénat, mais quelques jours plus tard l'on adopte une proposition du gouvernement selon laquelle les articles qui jusqu'alors n'avaient pas été discutés seront retirés²⁰⁴⁹. Il s'agit notamment de ceux qui s'occupent des pouvoirs de la chambre des représentants, de la structure de la juridiction et d'autres sujets qui, finalement, ne seront adoptés que dans la réforme constitutionnelle de 1945. Pour sa part, la chambre de représentants aborde le projet le 11 mars et conclut les discussions sur la réforme le 23 juillet. Le sénat approuve définitivement le projet le 1^{er} août et il est promulgué le 5. Or, en dépit de l'accord ainsi trouvé, les différences entre les membres des deux chambres par rapport à la portée de la réforme sont profondes, puisque les sénateurs se montrent plus prudents tandis que les représentants veulent des réformes drastiques²⁰⁵⁰. Un groupe de députés rend ainsi une déclaration en ces termes : « nous avons voté le projet d'Acte Législative et limité notre insistance pour obtenir des changements dans quelques articles, par esprit de transaction et en cédant la place aux réformes qui y sont consignées, mais nous n'abandonnons pas la résolution de proposer et soutenir, en toute opportunité, de nouvelles et plus radicales normes constitutionnelles qui satisferont, d'après nous, les nécessités et les désir collectifs, outre l'obligation révolutionnaire du parti libéral avec le peuple qui l'a amené au pouvoir »²⁰⁵¹.

Avant de présenter un tableau détaillé (en espagnol) de la démarche de la révision dans les commissions et les séances plénières de chaque chambre, il convient de souligner qu'outre les projets présentés par le gouvernement d'autres proposés par les parlementaires ont également déterminé les discussions et la portée de la réforme. C'est le cas par exemple du projet des sénateurs Camilo Muñoz Obando et Aníbal Badel du 17 août 1936, qui pour avoir été le premier proposé au sénat détermine les sens des délibérations dans ce corps²⁰⁵².

²⁰⁴⁸ Celle du sénat commence les discussions sur les réformes le 5 août et celle de la chambre fait de même le 9 août.

²⁰⁴⁹ Dans la session du 4 février le président de la commission constitutionnelle, le sénateur Caicedo Castilla, qui avait soutenu la thèse de la substitution de la constitution, présente une proposition en ce sens. Il affirme que l'initiative compte avec l'appui du gouvernement et qu'elle se justifie par le fait que la fin de la période des sessions extraordinaires est proche. Il considère de plus que. « como la parte ya modificada del estatuto fundamental, responde a medidas de grande importancia, como lo son las relaciones entre el Estado y la Iglesia; el asunto de la educación, el de los límites, el de los derechos de los extranjeros, etc., etc., hemos convenido, para asegurar el éxito de la reforma constitucional, que los artículos ya aprobados por el Honorable Senado en segundo debate, constituyen el Acto Legislativo N° 1 de 1936 » (*Anales del Senado*, 12 mayo 1936, serie 6, n° 300).

²⁰⁵⁰ En effet, « la Cámara de Representantes hizo aportes importantes desde el punto de vista doctrinario. Sin embargo, la mayoría de ellos no fueron aceptados por el Senado y a la postre no fueron consignados en el texto final. En la Cámara se manifestaron puntos de vista más avanzados, que los que quedaron consignados en el texto de la Reforma [...]. Tal fue el caso de lo relativo al tratamiento de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, con todas las consecuencias que de ello se desprenden para el ejercicio de la soberanía del Estado; lo referente a la libertad de conciencia, de educación, de instrucción pública, del estado civil de las personas, el matrimonio, el divorcio. Así mismo en la Cámara se originó una propuesta para conceder el derecho de ciudadanía a la mujer » (VELÁSQUEZ TORO, Magdala, TIRADO MEJÍA, Álvaro, « Introducción », en ID. (ed.), *Reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Cámara de Representantes, 1986, tome I, pp. 47-48).

²⁰⁵¹ *Anales de la Cámara de Representantes*, 4 abril 1936, serie 3, n° 208.

²⁰⁵² *Anales del Senado*, 21 agosto 1934, serie 1, n° 24 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, pp. 96-98.

Il est également possible de remarquer celui des sénateurs Timoléon Moncada et Camilo Muñoz du 19 septembre sur le régime de la propriété²⁰⁵³ et celui du sénateur José Joaquín Caicedo Castilla du 24 juillet 1935, qui offre les orientations générales de la réforme de 1936²⁰⁵⁴.

Desarrollo de los debates en el congreso sobre la reforma constitucional de 1936

1. Debates en las comisiones

1.1. Debates en la comisión de negocios constitucionales del Senado (comisión 8ª): 5 de agosto de 1935 al 14 de noviembre de 1935

5 de agosto de 1935: sesión de instalación²⁰⁵⁵

8 de agosto de 1935: comienzo de los debates²⁰⁵⁶

7 de noviembre 1935: este día se presentó el Informe de la comisión que estudió para segundo debate el proyecto de «*Acto Legislativo reformativo de la Constitución (Título 17. De las elecciones)*»²⁰⁵⁷ y el pliego de modificaciones al proyecto de «*Acto Legislativo reformativo de la Constitución (Título 17. De las elecciones)*»²⁰⁵⁸. Este es un proyecto de reforma total de la Constitución de 1886.

14 de noviembre de 1935: aprobación del informe y de esta moción: «*El Senado de la República, teniendo en cuenta las declaraciones del señor Ministro de Gobierno, según las cuales el Poder Ejecutivo considera conveniente que el debate sobre el proyecto de nueva Constitución Nacional se verifique en sesiones extraordinarias a que el Gobierno convocará el próximo mes de enero, resuelve: “Aplazar hasta el 31 de diciembre el segundo debate del proyecto sobre Constitución Nacional”*»²⁰⁵⁹. El debate en la plenaria del Senado para segundo debate sólo se inició hasta el 8 de enero de 1936 (ver *infra*)²⁰⁶⁰.

1.2. Debates en la comisión especial de reformas constitucionales de la Cámara de Representantes (comisión XIV). Primera legislatura para segundo debate: 9 de agosto de 1935 al 10 de marzo de 1936

9 de agosto de 1935 (acta 1): sesión de instalación y comienzo de los debates²⁰⁶¹

17 de octubre de 1935 (acta 22): debate sobre procedimiento y análisis reforma y elección de subcomisiones²⁰⁶².

18 de febrero de 1936: el presidente del Senado envía a la Cámara de Representantes el Mensaje No. 70, mediante el cual se remite «*el proyecto de “acto legislativo reformativo de la Constitución”*»²⁰⁶³. Este proyecto de acto legislativo es producto de la subdivisión que experimentó en la sesión plenaria del Senado del 14 de febrero de 1936 (ver *infra*)²⁰⁶⁴ el proyecto de acto

²⁰⁵³ *Anales del Senado*, 3 oct. 1934, serie 2, n° 61, pp. 391-394 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, tome I, pp. 107-112.

²⁰⁵⁴ *Anales del Senado*, 31 julio 1935, serie 1, n° 11, pp. 58-62 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, tome I, pp. 123-129. Ce projet, « en 50 artículos, hizo un recorrido metódico por la Constitución del 86 y fue formulando propuestas de modernización y cambio en los diferentes títulos de la Carta. Es interesante anotar que, las directrices generales contenidas en la Reforma aprobada en el 36, están contenidas en este proyecto » (VELÁSQUEZ, M., TIRADO, Á., « Introducción », *cit.*, p. 39).

²⁰⁵⁵ VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, tome I, p. 281.

²⁰⁵⁶ *Loc. cit.*

²⁰⁵⁷ *Ibidem*, I, p. 341.

²⁰⁵⁸ *Ibidem*, I, p. 349.

²⁰⁵⁹ *Ibidem*, I, pp. 348-349.

²⁰⁶⁰ *Ibidem*, II, p. 117.

²⁰⁶¹ *Ibidem*, I, p. 173.

²⁰⁶² *Ibidem*, I, pp. 199-207.

²⁰⁶³ *Ibidem*, I, pp. 208-211.

²⁰⁶⁴ *Ibidem*, II, pp. 306-317.

legislativo original que presentó la comisión de negocios constitucionales del Senado (comisión 8ª) (proyecto de «*Acto Legislativo reformativo de la Constitución (Título 17. De las elecciones)*»), razón por la cual es conocido como el «primer» proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución; el proyecto de acto legislativo remitido mediante este Mensaje No. 70 se reproduce también en las actas de las plenarias del Senado de la primera legislatura (ver *infra*)²⁰⁶⁵.

20 de febrero de 1936 (acta 23): en la sesión de este día²⁰⁶⁶ se discute el procedimiento y el alcance de la reforma frente al [primer] proyecto de «acto legislativo reformativo de la Constitución» remitido por el Senado mediante el Mensaje No. 70 (en la sesión siguiente, el 21 de febrero, se comienza a examinar su contenido). Una proposición del representante Salazar Grillo (no. 19), según la cual «*La Comisión se limitará a recomendar el proyecto del Senado con las reformas que se acuerden. Esto sin perjuicio de presentar otros actos reformatorios*»)²⁰⁶⁷, fue aprobada por la Comisión en una reñida votación. Esto supuso que de aquí en adelante el debate en la comisión especial de reformas constitucionales de la Cámara de Representantes girará en torno a ese proyecto del Senado.

10 de marzo de 1936: Informe de la comisión especial de reformas constitucionales que estudio para segundo debate el proyecto de acto legislativo «reformativo de la Constitución»²⁰⁶⁸ y Pliego de modificaciones al proyecto de acto legislativo reformativo de la constitución²⁰⁶⁹.

1.3. Debates en la comisión interparlamentaria de reformas constitucionales: 12 de octubre de 1935 al 29 de octubre de 1935

12 de octubre de 1935 (acta 2): primera sesión transcrita de esta comisión²⁰⁷⁰, en la cual se analizan enmiendas adoptadas por la comisión del Senado y por la de la Cámara de Representantes.

29 de octubre de 1935 (acta 12): última sesión transcrita de esta comisión²⁰⁷¹.

2. Debates en las plenarias

2.1. Debate en la plenaria de la Cámara de Representantes

2.1.1. Primera legislatura: 11 de marzo a 16 de abril de 1936

11 de marzo de 1936: en la sesión de este día (apartado III del acta)²⁰⁷² se leyó el Informe de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales (del 10 de marzo de 1936; ver *supra*) que estudió, para segundo debate, el «*proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución Nacional” (originario del Senado)*» y se aprobó darle segundo debate. Ese mismo día se inició el debate en torno al articulado propuesto por la comisión.

11 de marzo de 1936: en la misma sesión de este día (apartado IV del acta)²⁰⁷³, la secretaría de la Cámara de Representantes informó que llegaba del Senado «*un proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución*». En efecto, el presidente del Senado remitió este proyecto (que fue aprobado en tercer debate por la plenaria del Senado el 11 de marzo de 1936; ver *infra*) mediante Mensaje No. 90²⁰⁷⁴. Este proyecto de acto legislativo, al igual que el que remitió el Senado a la Cámara de Representantes mediante Mensaje No. 70 (véase *supra*), es producto de la subdivisión que experimentó en la sesión plenaria del Senado del 14 de febrero de 1936 (véase *infra*)²⁰⁷⁵ el proyecto de acto legislativo original que presentó la comisión de negocios constitucionales del Senado (comisión 8ª) (proyecto de «*Acto Legislativo reformativo de la Constitución (Título 17. De las elecciones)*»), razón por la cual es conocido como el «segundo» proyecto de acto legislativo reformativo de la

²⁰⁶⁵ *Ibidem*, II, pp. 320-323.

²⁰⁶⁶ *Ibidem*, I, pp. 211-215.

²⁰⁶⁷ *Ibidem*, I, p. 215.

²⁰⁶⁸ *Ibidem*, I, pp. 265-271.

²⁰⁶⁹ *Ibidem*, I, pp. 271-276.

²⁰⁷⁰ *Ibidem*, I, pp. 368-370.

²⁰⁷¹ *Ibidem*, I, pp. 386-390.

²⁰⁷² *Ibidem*, II, p. 47.

²⁰⁷³ *Ibidem*, II, pp. 47-48.

²⁰⁷⁴ *Ibidem*, II, pp. 48-51.

²⁰⁷⁵ *Ibidem*, II, pp. 306-317.

Constitución²⁰⁷⁶. También en la sesión de ese día (apartado IV del acta)²⁰⁷⁷ «la Cámara impartió su aprobación al [segundo] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”, que se discutía en primer debate, el cual pasó a la Comisión Especial de Reformas Constitucionales, sin término fijo», y a continuación prosiguió el segundo debate del [primer] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”. En las sesiones posteriores la plenaria de la Cámara de Representantes se ocupó solamente de este primer proyecto, mientras que del segundo no hay ninguna referencia en las actas de la Comisión Especial de Reformas Constitucionales y no pudo ser discutido y aprobado en Comisión para segundo debate en la primera legislatura de 1936, razón por la cual debió procederse a su archivo, dando esto como resultado que el único proyecto de Acto Legislativo aprobado este año de 1936 fuera el primero producto de la subdivisión que se aprobó por la plenaria del senado el 14 de febrero.

2 de abril de 1936: en la sesión de este día²⁰⁷⁸ se cerró el segundo debate del [primer] proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución y la Cámara de Representantes expresó su voluntad de que pasara a tercero.

3 de abril de 1936: en la sesión de este día²⁰⁷⁹ «se abrió el tercer debate del [primer] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución Nacional” y «en seguida la Cámara le impartió su aprobación al proyecto en tercer debate, en votación nominal, por unanimidad de setenta y seis votos afirmativos»²⁰⁸⁰. Este proyecto, en un pliego de modificaciones, fue remitido por el presidente de la Cámara de Representantes al presidente del Senado mediante un Mensaje de este mismo día (ver *infra*)²⁰⁸¹.

15 de abril de 1936: en la sesión de este día²⁰⁸² fue leído «un mensaje del honorable Senado, remisivo, con un pliego de modificaciones, del [primer] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”, esto es, del que había sido aprobado por la Cámara de Representantes en tercer debate el 3 de abril pasado (ver *supra*), pero ahora con las modificaciones introducidas por el Senado. En efecto, mediante Mensaje No. 151²⁰⁸³, el presidente del Senado pone en conocimiento que esta corporación «consideró en segundo y tercer debates las modificaciones introducidas por esa honorable Cámara al proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, y dispuso de ellas en la forma y términos que parecen en el pliego que acompaño» (ver *infra*). A continuación, en la sesión de este día la Cámara de Representantes aprobó todas las modificaciones que el Senado hizo a su proyecto y cerró el segundo debate sobre las modificaciones, y «la Cámara expresó su voluntad de que pasara a tercero»²⁰⁸⁴.

16 de abril de 1936: en la sesión de este día²⁰⁸⁵ «se consideró y aprobó en tercer debate el [primer] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”, que había sido aprobado en segundo debate en la sesión del día anterior²⁰⁸⁶.

2.1.2. Segunda legislatura: 31 de julio a 1º de agosto de 1936

²⁰⁷⁶ El proyecto de acto legislativo remitido mediante el Mensaje No. 90 no se reproduce en las actas de las plenarias del Senado de la primera legislatura.

²⁰⁷⁷ *Ibidem*, II, p. 48.

²⁰⁷⁸ *Ibidem*, II, 90.

²⁰⁷⁹ *Ibidem*, pp. II, 90-92.

²⁰⁸⁰ El texto del proyecto de acto legislativo, aprobado en 2º y 3º debates, por la Cámara de Representantes, primera legislatura, es presentado en VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, II, 92-96.

²⁰⁸¹ *Ibidem*, II, pp. 428-431.

²⁰⁸² *Ibidem*, II, pp. 96-99.

²⁰⁸³ *Ibidem*, II, pp. 99-102.

²⁰⁸⁴ *Ibidem*, II, pp. 98.

²⁰⁸⁵ *Ibidem*, II, p. 102.

²⁰⁸⁶ El texto del proyecto tal como fue aprobado en este tercer debate, primera legislatura, es presentado en VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, II, pp. 103-106.

31 de julio de 1936: este día se presentó el «Informe de la comisión especial de reformas constitucionales que estudió para segundo debate en la segunda legislatura el [primer] proyecto de “acto legislativo reformativo de la Constitución”». En la sesión plenaria de este día «se abrió el segundo debate del proyecto mencionado». A continuación «se cerró el segundo debate del proyecto, en la segunda legislatura, y la Cámara expresó su voluntad de que pasara a tercero, por unanimidad de 80 votos»²⁰⁸⁷.

1 de agosto de 1936: en la sesión plenaria de este día²⁰⁸⁸ «en tercer debate fue considerado y aprobado el [primer] Acto legislativo reformativo de la Constitución (segunda legislatura)»²⁰⁸⁹.

5 de agosto de 1936: como el [primer] proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, en la versión del Mensaje No. 151 del 15 de abril de 1936²⁰⁹⁰ del presidente del Senado dirigido a la Cámara, no fue cambiado por esta última corporación al aprobar todas las modificaciones que el Senado hizo a su proyecto (ver *supra*) y al aprobar dicho proyecto inmodificado en primera y en segunda legislatura, y como el propio Senado aprobó en la segunda legislatura el mismo proyecto aprobado en la primera legislatura el 15 de abril de 1936 (ver *infra*), las dos cámaras del Congreso aprobaron en la segunda legislatura el mismo [primer] proyecto de acto legislativo, que pasó a sanción ejecutiva y se convirtió en el Acto Legislativo Número 1 de 1936²⁰⁹¹.

2.2. Debate en la plenaria del Senado

2.2.1. Primera legislatura: 8 de enero a 15 de abril de 1936

8 de enero de 1936: tal como había sido aprobado en la sesión del 14 de noviembre de 1935 (véase *supra*), en la sesión de este día «se abrió el segundo debate del proyecto [de reforma total] de “Acto Legislativo reformativo de la Constitución (Título 17. De las elecciones)”»²⁰⁹². A continuación se debatió sobre el procedimiento de discusión de la reforma y el Ministro de Gobierno (Alberto Lleras) presentó una moción sustitutiva (la 624) mediante la cual se propone considerar preferencialmente algunos de los artículos del proyecto.

16 de enero de 1936: sólo en la sesión de este día se definieron los artículos del proyecto que se iban a considerar de preferencia, con la aprobación y adopción de la modificación 659²⁰⁹³. Por ende, en esta sesión comenzó el estudio del articulado del proyecto.

14 de febrero de 1936: en la sesión de este día²⁰⁹⁴ el «Senador Caicedo Castilla, en su calidad de Presidente de la Comisión de Negocios Constitucionales del Senado, enumeró las razones por las cuales pediría que se retiren del debate los artículos del proyecto en discusión que hasta el momento no se han considerado, ni aprobado». Posteriormente, «el señor Ministro de Gobierno declara, a nombre de éste, que está en completo acuerdo con la actitud asumida por la Comisión de Reformas Constitucionales al retirar del debate los artículos no discutidos del proyecto de reforma a la Constitución. Anuncia que el Gobierno presentará esta misma tarde un proyecto de acto legislativo sobre las principales reformas no aprobadas hasta ahora y da lectura a la correspondiente exposición de motivos». El mismo Ministro presentó una proposición, que fue aprobada, que decía: «suspéndase lo que se discute mientras se consideran los artículos originales del proyecto». En consecuencia, se consideraron varios artículos del proyecto original, se cambió el título del proyecto (según proposición 800²⁰⁹⁵)

²⁰⁸⁷ *Ibidem*, II, pp. 108-109.

²⁰⁸⁸ *Ibidem*, II, p. 109.

²⁰⁸⁹ El texto del proyecto tal como fue aprobado en este tercer debate de la segunda legislatura, sin que sufriera ningún cambio frente al texto aprobado en la primera legislatura, es presentado en VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., II, pp. 110-113.

²⁰⁹⁰ *Ibidem*, II, pp. 99-102.

²⁰⁹¹ *Ibidem*, II, pp. 444-449.

²⁰⁹² *Ibidem*, II, pp. 117-118.

²⁰⁹³ *Ibidem*, II, p. 159.

²⁰⁹⁴ *Ibidem*, II, pp. 306-310.

²⁰⁹⁵ *Ibidem*, II, p. 309.

que pasó a llamarse «*Proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución*» y «*cerrado el segundo debate, la corporación, por unanimidad de treinta y seis votos afirmativos, quiso que el proyecto tuviera tercer debate*»²⁰⁹⁶. De esta forma, el proyecto original («*proyecto [de reforma total] de “Acto Legislativo reformativo de la Constitución (Título 17. De las elecciones)”*»), se subdividió en dos proyectos: 1) «el primer» proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, que se aprobó en segundo debate y pasó a tercero en la sesión de este día; 2) «el segundo» proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución Nacional, que anunció el Ministro de Gobierno al apoyar la propuesta del Senador Caicedo Castilla y que en efecto presentó en esta misma sesión con una proposición (la 801) que fue aprobada y que decía: «*Dese primer debate al proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, que acaba de presentarse*»²⁰⁹⁷. La plenaria del senado «*consideró y aprobó en primer debate el referido acto legislativo*»²⁰⁹⁸.

17 de febrero de 1936: en la sesión de este día (apartado IV del acta)²⁰⁹⁹ «*se abrió el tercer debate del [primer] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”*». Por otra parte, también en la sesión de este día (apartado VI del acta)²¹⁰⁰ «*se dio lectura al informe recaído al [segundo] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”, propuesto por los señores Ministros de Gobierno, Hacienda, Industrias y Educación, y se aprobó su parte resolutive que dispone darle segundo debate, teniendo en cuenta las modificaciones que la comisión informante propone*»²¹⁰¹. A partir de aquí las actas se ocupan del debate de este [segundo] proyecto de acto legislativo «reformativo de la Constitución».

18 de febrero de 1936: de acuerdo con el Mensaje No. 70 del presidente del Senado dirigido a la Cámara de Representantes (ver *supra*)²¹⁰² el [primer] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución” fue «*adoptado en tercer debate por el honorable Senado en su sesión de esta fecha [18 de febrero], por unanimidad de cuarenta y un (41) votos*» (el acta de la sesión de este día no fue transcrita en *Reforma Constitucional de 1936*)²¹⁰³.

10 de marzo de 1936: en la sesión de este día²¹⁰⁴ «*se cerró el segundo debate del [segundo] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”*». Además, «*por unanimidad de treinta y un votos afirmativos, la corporación quiso que el proyecto tuviera tercer debate*».

11 de marzo de 1936: de acuerdo con el Mensaje No. 90 del presidente del Senado dirigido a la Cámara de Representantes (ver *supra*)²¹⁰⁵ el [segundo] proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución fue «*adoptado en tercer debate por el honorable Senado en su sesión de la fecha [11 de marzo], por unanimidad de treinta y tres votos*»²¹⁰⁶.

3 de abril de 1936: este día²¹⁰⁷ el presidente de la Cámara de Representantes envió un mensaje al presidente del Senado en el que devuelve «*el [primer] proyecto de “acto legislativo reformativo de la Constitución” que usted se sirvió remitirme con el mensaje número 70 de*

²⁰⁹⁶ *Loc. cit.*

²⁰⁹⁷ *Ibidem*, II, p. 310.

²⁰⁹⁸ El texto de este proyecto y su exposición de motivos es presentado en VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, II, pp. 323-326.

²⁰⁹⁹ *Ibidem*, II, pp. 317-318.

²¹⁰⁰ *Ibidem*, II, p. 318.

²¹⁰¹ En texto del «*Informe de la comisión que estudió para segundo debate el [segundo] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”*» y del «*Pliego de modificaciones al [segundo] proyecto de acto legislativo “reformativo de la Constitución”*» es presentado en VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, II, pp. 326-330.

²¹⁰² *Ibidem*, I, p. 208.

²¹⁰³ El texto de este [primer] proyecto es presentado en VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, II, pp. 320-323.

²¹⁰⁴ *Ibidem*, II, pp. 423-424.

²¹⁰⁵ *Ibidem*, II, pp. 48-51.

²¹⁰⁶ El acta de la sesión de este día no es presentada en VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*

²¹⁰⁷ *Ibidem*, II, pp. 428-431.

fecha 18 de febrero del corriente año» (ver *supra*). Este mensaje estaba acompañado de un «Pliego de modificaciones al [primer] proyecto de “acto legislativo reformativo de la Constitución”», en el cual indica que el proyecto contenido en este pliego fue «adoptado en tercer debate por la honorable Cámara de Representantes en la sesión de la fecha [3 de abril de 1936]» (ver *supra*). En la sesión plenaria del Senado de esta misma fecha²¹⁰⁸ se aprobó una proposición según la cual «el Senado resuelve prescindir de pasar a comisión las modificaciones de la honorable Cámara de Representantes al [primer] proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución Nacional y considerarlas [en segundo debate] una vez que se haya cerrado el segundo debate del proyecto de ley que aprueba el Convencio (sic) comercial Colombo-Americano. (...)».

6 de abril de 1936: en la sesión de este día²¹⁰⁹ «continuó el debate sobre las modificaciones al proyecto de acto legislativo» (modificaciones de la Cámara de Representantes al [primer] proyecto del Senado), así como en las sesiones de los días siguientes. El Senado negó, modificó y adicionó varias modificaciones propuestas por la Cámara de Representantes²¹¹⁰.

15 de abril de 1936: en la sesión de este día²¹¹¹ «en votación nominal, por unanimidad de treinta y un votos, fue aprobado en tercer debate²¹¹² el [primer] proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución Nacional (modificaciones y artículos nuevos de la honorable Cámara de Representantes)». Al día siguiente se presentó formalmente el [primer] «Acto legislativo número de 1936 Reformativo de la Constitución (Primera legislatura)»²¹¹³. Mediante el Mensaje No. 151 del 15 de abril (ver *supra*)²¹¹⁴, el presidente del Senado pone en conocimiento a la Cámara de Representantes que esa corporación «consideró en segundo y tercer debates las modificaciones introducidas por esa honorable Cámara al proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, y dispuso de ellas en la forma y términos que parecen en el pliego que acompaño», es decir, remitió el [primer] proyecto de Acto Legislativo aprobado en tercer debate de la primera legislatura por el Senado teniendo en cuenta las modificaciones propuestas por la Cámara de Representantes en el Mensaje y el Pliego de modificaciones del 3 de abril (ver *supra*).

2.2.2. Segunda legislatura: 20 a 23 de julio de 1936

20 de julio de 1936: «en la sesión de esta fecha²¹¹⁵ se dio primer debate al anterior [el primer] proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, en la presente segunda legislativa. Para segundo debate pasó al estudio de la Comisión de Negocios Constitucionales, con ocho días de término».

22 de julio de 1936: en la sesión de este día²¹¹⁶ y «de conformidad con la proposición anterior»²¹¹⁷, «se abrió el segundo debate del [primer] proyecto de acto reformativo de la Constitución. Después de que se aprobaron sin discusión todos los artículos del proyecto y su título, «el Senado manifestó su voluntad, por votación nominal, a solicitud el honorable Senador Prieto, de que el proyecto de acto reformativo de la Constitución Nacional en su segunda legislatura, pasara a tercer debate, por unanimidad de cuarenta y tres votos. (...)».

²¹⁰⁸ *Ibidem*, II, p. 431.

²¹⁰⁹ *Ibidem*, II, pp. 432-435.

²¹¹⁰ *Ibidem*, II, pp. 428-431.

²¹¹¹ *Ibidem*, II, p. 437.

²¹¹² En VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit. no se presenta el acta (posiblemente la del día 14 de abril de 1936) mediante la cual el [primer] proyecto fue aprobado en segundo debate y se aprobó que pasara a tercero.

²¹¹³ *Ibidem*, II, pp. 437-441.

²¹¹⁴ *Ibidem*, II, pp. 99-102.

²¹¹⁵ *Ibidem*, II, p. 441.

²¹¹⁶ *Ibidem*, II, pp. 441-442.

²¹¹⁷ En VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit. no se reproduce esta proposición. Puede pensarse que con ella se revocó la decisión del 20 de julio según la cual el proyecto de acto legislativo, para segundo debate, debía pasar al estudio de la Comisión de Negocios Constitucionales, con ocho días de término.

23 de julio de 1936: en la sesión de este día (aparatado VII del acta)²¹¹⁸, «se abrió el tercer debate del [primer] proyecto de “acto reformativo de la Constitución”, en su segunda y última legislatura y el Senado lo aprobó y adoptó por la unanimidad de los cuarenta Senadores presentes, expresando su voluntad de que pasara a ser la Carta de la República».

5 de agosto de 1936: como el [primer] proyecto de acto legislativo reformativo de la Constitución, en la versión del Mensaje No. 151 del 15 de abril de 1936²¹¹⁹ del presidente del Senado dirigido a la Cámara, no fue cambiado por esta última corporación al aprobar todas las modificaciones que el Senado hizo a su proyecto (ver *supra*) y al aprobar dicho proyecto inmodificado en primera y en segunda legislatura, y como el propio Senado aprobó en la segunda legislatura el mismo proyecto aprobado en la primera legislatura el 15 de abril de 1936 (ver *infra*), las dos cámaras del Congreso aprobaron en la segunda legislatura el mismo [primer] proyecto de acto legislativo, que pasó a sanción ejecutiva y se convirtió en el Acto Legislativo Número 1 de 1936²¹²⁰.

2. Les principaux contenus

La révision constitutionnelle de 1936 est une phase importante du processus de démocratisation du régime politique colombien. Elle rétablit le principe du suffrage universel masculin²¹²¹ – initialement prévu dans la Constitution de 1853 mais abrogé dans celle de 1886 –, pour l’élection du président, des députés de la chambre des représentants, et des membres des assemblées départementales et des conseils municipaux (l’élection indirecte des sénateurs par les assemblées départementales est maintenue)²¹²². Cependant, les femmes continuent d’être exclues du droit au suffrage, malgré les propositions visant à éliminer cette restriction, qui ont été niées parce que certains libéraux pensent qu’elles soutiendraient le parti conservateur²¹²³. De toute façon, l’article 8 leur reconnaît la faculté d’accomplir quelques fonctions publiques dans les mêmes conditions que les hommes²¹²⁴. Par conséquent, comme le remarque M. Vásquez «le résultat de cette tentative ratée d’accorder en entier les droits politiques aux femmes est l’application d’une politique

²¹¹⁸ *Ibidem*, II, p. 444.

²¹¹⁹ *Ibidem*, II, pp. 99-102.

²¹²⁰ *Ibidem*, II, pp. 444-449.

²¹²¹ Art. 7, Acte Législatif n° 1 de 1936.

²¹²² Art. 33, Acte Législatif n° 1 de 1936. + Réforme électorale, loi 120 1936 (Tirado, *Aspectos*, 53-54).

²¹²³ En novembre 1935 le député Rodríguez Caldas propose de reconnaître la citoyenneté aux femmes sans aucune restriction. Le procureur général de la nation, Gerardo Martínez Pérez, présente un projet similaire devant la chambre des représentants (*Anales de la Cámara de Representantes*, 19 nov. 1935, serie 2, n° 101). Cette proposition n’est pas acceptée et c’est le député Manotas qui offre explicitement la justification qui subordonne la reconnaissance des droits politiques à des raisons de stratégie électorale. Pour lui, la proposition doit être rejetée sur la base des intérêts du libéralisme, car il considère que la plupart des femmes sont sous l’influence directe du clergé et du parti conservateur, ce qui peut amener au libéralisme à une défaite électorale (*ibidem*). Dans un sens plus traditionaliste, le sénateur Aquiles Arrieta soutient qu’admettre la citoyenneté des femmes encouragerait «la ambición de la mujer y la va a sacar del hogar. No está bien que el legislador trate de romper la paz del hogar, abriendo puertas que naturalmente serán fuente de constantes disgustos y que además [...] la intromisión de la mujer casada dentro de las actividades de la vida política, le permitirán concurrir, con mucho, una o dos veces por semana a su hogar» (*Anales del Senado*, 9 marzo 1936, serie 6, n° 250).

²¹²⁴ «Artículo 8°. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido, y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. Pero la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos».

restrictive qui refuse la citoyenneté féminine et l'exercice du suffrage, mais qui permet une forme d'accorder aux femmes certaines tâches de l'État »²¹²⁵.

L'amplication des fonctions des autorités publiques est un autre aspect primordial de la réforme de 1936. La constitution de 1886 prévoyait que celles-ci sont instituées pour protéger « dans leur vie, leur honneur et leurs biens les personnes résidant en Colombie, et pour assurer le respect réciproque des droits naturels en prévenant et en réprimant les délits » ; pour sa part, la réforme de 1936 établit les mêmes fonctions quant à la vie, l'honneur et la propriété, mais elle introduit en plus celle d'« assurer l'accomplissement des obligations sociales de l'État et des particuliers »²¹²⁶. La notion de loi naturelle est ainsi substituée par celle de devoir social, suivant la thèse positiviste du solidarisme, prise de la doctrine de Léon Duguit et des constitutions du Mexique de 1917, de Weimar de 1919 et de l'Espagne de 1931, comme on le verra dans le prochain chapitre. C'est à cet égard qu'il est possible de dire que le propos de la réforme est de « substituer à la relation individu-État la relation plus ample individu-société-État, et déterminer les devoirs qu'envers la société ont le premier et le dernier »²¹²⁷.

De la reconnaissance des obligations sociales s'ensuivent d'autres innovations juridiques, en particulier la définition de la propriété comme fonction sociale et le redoublement des possibilités d'expropriation²¹²⁸. L'article 32 de la Constitution de 1886, suivant la conception classique, énonçait qu'« en temps de paix, nul ne pourra être privé de sa propriété en tout ou en partie, si ce n'est comme peine ou contrainte, ou au cas d'indemnité ou de contribution générale, conformément aux lois ». L'expropriation n'était possible qu'en évoquant la notion d'utilité publique, selon les modalités indiquées par le législateur, sous la condition préalable d'une ordonnance judiciaire et d'une indemnité égale à la valeur du bien. La situation change en 1936 et en présence du célèbre article 10 de la réforme²¹²⁹. Celui-ci répond aux doctrines qui limitent la propriété et aux plus récentes

²¹²⁵ VELÁSQUEZ TORO, M., « La República Liberal y la lucha por los derechos civiles y políticos de las mujeres », *cit.*, p. 207.

²¹²⁶ Art. 9, Acte Législatif n° 1 de 1936.

²¹²⁷ HENAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, *cit.*, pp. 45-46.

²¹²⁸ La doctrine civiliste colombienne distingue deux aspects de la fonction sociale de la propriété : « uno negativo o *función social-límite*, y uno positivo o *función social impulsiva*. [...] El aspecto negativo de la función social fue ya previsto por el Código Civil, al definir la propiedad como el derecho de disponer y gozar de una cosa libremente ("arbitrariamente") "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno (art. 669). [...] Decimos que en estos casos nos encontramos ante un aspecto negativo de la función social de la propiedad, por cuanto puede ser desconocida cuando así lo exijan motivos de utilidad pública o social [...]. El aspecto positivo de la función social puede deducirse del desarrollo y aplicación [...] de esta noción [...]: 1. Los particulares deben explotar sus tierras, y en general, hacer productivos sus capitales [...]. 2. La explotación y administración de los bienes no ha de realizarse contrariando los fines de la economía general [...]. 3. Prohibición de los latifundios [...]. 4. Facilitar tierras propias a los campesinos, vivienda a quienes carecen de ella (especialmente en las grandes ciudades) y un salario racional a los obreros » (VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil. Tomo II, Derechos reales*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 204-206).

²¹²⁹ Art. 10, Acte Législatif n° 1 de 1936 : « Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaron en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. / La propiedad es una función social que implica obligaciones. / Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. /

expériences constitutionnelles et en droit public, toutes connues des constituants libéraux. Pour eux, les droits des propriétaires ne peuvent pas simplement se restreindre à user, à jouir et à disposer de manière arbitraire d'un bien, puisque ces attributions doivent correspondre aussi aux besoins de la communauté. Or, ni le gouvernement ni les majorités parlementaires ne veulent la socialisation de la propriété, car leur seul objectif est de la démocratiser. Le ministre Dario Echandía soutient en ce sens que « le gouvernement est favorable à l'attribution de protection de la propriété privée, parce qu'il ne croit pas que le moment soit arrivé de la socialiser »²¹³⁰. Le propos de démocratisation n'est pourtant pas moins important, ce qui est évident quand la réforme précise qu'outre les motifs d'utilité publique, ceux d'« intérêt social » peuvent également justifier une expropriation. La différence est en fonction des bénéficiaires : d'une part, le concept d'utilité publique profite à toute la communauté ; d'autre part, celui d'intérêt social sert à une classe en particulier. Dès lors, en se fondant sur celui-ci il est possible d'exproprier non seulement au bénéfice de l'ensemble de la société, comme c'est le cas de l'expropriation pour construire une route, mais aussi en faveur d'une classe ou d'un groupe social vulnérable, comme les paysans. Par ailleurs, dans ce domaine une autre nouveauté peut être soulignée : à la différence de la charte de 1886 où l'expropriation ne procède qu'après s'être produite une compensation pleine et préalable, la révision de 1936 dispose que « le législateur, pour des raisons d'équité, peut déterminer les cas où il n'y a pas lieu à indemnisation, par l'intermédiaire du vote affirmatif de la majorité des membres des deux chambres ».

En dépit de toutes ces dispositions, les effets de la nouvelle conception de la propriété comme fonction sociale sont plutôt faibles. Pour le constater, on peut évoquer les développements législatifs concernant la réforme agraire. Ils s'accomplissent par la célèbre loi 200 de 1936 qui cherche la modernisation des structures agraires et le règlement des litiges touchant à la propriété de la terre²¹³¹. Pour ce faire, elle réaffirme la notion de propriété et établit deux procédures pour la prouver : le registre et la destination économique. Dans le deuxième cas, la loi présume que les terres exploitées constituent la propriété de celui qui y travaille, à condition de démontrer qu'il l'a fait au moins pendant cinq et qu'il agit de bonne foi. De plus, sur la base du principe de la fonction sociale de la propriété et des obligations que celle-ci impose, si un propriétaire n'affecte pas économiquement son bien dans les dix ans qui suivent, il sera automatiquement réincorporé au domaine public. Ces dispositions trouvent une forte opposition tant des latifundistes, suivis par les conservateurs, que de quelques membres du parti libéral dans le Congrès, alors qu'elles font germer de nombreuses espérances chez les paysans. Cependant, la loi ne modifie pas directement leur sort, en particulier celui des fermiers et des colons ; en revanche les conflits agraires reculent et là même où ils se poursuivent leur retentissement est moindre²¹³². En fin de compte, le délai de dix ans accordé pour mettre en

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar, a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara ».

²¹³⁰ *Anales de la Cámara*, 30 nov. 1935, serie 2, no 111 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936, cit.*, tome I, p. 186.

²¹³¹ De fait, dans les débats à ce sujet, la réforme agraire est toujours présentée comme une question fondamentale, tandis qu'en raison des circonstances démographiques, économiques et sociales de l'époque, la propriété urbaine n'est pas encore au centre des préoccupations.

²¹³² PÉCAUT, D., *op. cit.*, pp. 109-110.

valeur les terres non défrichées, légalise et légitime un modèle agraire rentier de concentration élevée et d'inégalité qui a deux conséquences imprévues : d'une part, étant donné les taux infimes d'imposition foncière, la loi encourage l'exploitation extensive et la thésaurisation de la terre ; d'autre part, la violence rurale finit par être encouragée en raison de l'appropriation fréquente des terres publiques (*baldíos*) dans les zones à faible protection juridique²¹³³.

Une autre conséquence de la notion de devoir social est l'établissement de l'interventionnisme d'État. L'article 11 de la réforme dispose que « l'État peut intervenir par le moyen de lois dans la gestion des activités économiques ou des entreprises publiques ou privées, afin de rationaliser la production, la distribution et la consommation des richesses ou de donner au travailleur la juste protection à laquelle il a droit. ». De cette façon, l'interventionnisme fait « une entrée fracassante, comme si l'État était appelé à servir de clef de voûte à la société et comme si l'interventionnisme en était la modalité concrète. [...] l'interventionnisme devient l'alpha et l'oméga de l'économie. Considéré comme “inéluctable” il constitue l'expression symbolique de la rupture historique de 1930. Il devient une sorte de lieu commun par lequel chacun reconnaît son appartenance à une même société »²¹³⁴. Du point de vue juridique, trois nouveautés sont à souligner : d'une part, le texte accorde expressément à l'État la faculté d'intervenir, ce qui arrive pour la première fois dans le droit constitutionnel colombien ; d'autre part, le concept de rationalisation se présente comme l'objectif central de l'intervention étatique ; finalement, l'intervention est expressément prévue en faveur des travailleurs. Pourtant, depuis quelques années l'État intervenait déjà, bien que prudemment, dans la vie économique sans le support d'un texte constitutionnel ; c'est le cas, par exemple, des dispositions du gouvernement Olaya Herrera qui concèdent un moratoire aux débiteurs touchés par la crise des années trente. Or, à l'époque, on attribue à l'interventionnisme au moins quatre significations : le protectionnisme de la production nationale, la défense des consommateurs face aux industriels et commerçants, la volonté de corriger le déséquilibre entre le « travail » et le « capital » et la participation directe de l'État à l'orientation de

²¹³³ PALACIOS, Marco, *¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*, Bogotá, FCE, Universidad de los Andes, 2011, p. 213). Un autre exemple du caractère restreint de la réforme au sujet de la propriété est celui de la réforme fiscale. Deux lois cherchent à la mettre en place : « la ley 78 de 1935, por la cual se modificaban las tarifas para las rentas altas, se establecía el exceso de utilidades y se creaba el impuesto de patrimonio, complementario al de la renta. La ley 69 de 1936 modificó lo relacionado con los impuestos sucesorales, las asignaciones y las donaciones, elevando las tarifas en forma progresiva. [...] Con todas estas medidas se imponía el nuevo criterio de que quienes tuvieran más capital e ingresos tributarán más y que las rentas del fisco no dependieran de los impuestos indirectos, que son los que paga el pueblo consumidor, sino de los directos, que gravan proporcionalmente a los dueños del capital » (TIRADO MEJÍA, Á., « López Pumarejo: La revolución en marcha », *cit.*, p. 336). Néanmoins, ces réformes ne touchent pas les intérêts des grands propriétaires fonciers et des latifundistes.

²¹³⁴ PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 129. Or, cela n'arrive pas seulement dans le domaine économique, car la doctrine constitutionnelle colombienne célèbre aussi l'introduction de l'interventionnisme. Selon D. Uribe Vargas « en concepto de muchos, la herramienta que el Constituyente introdujo en la Carta Fundamental relativa a la intervención del Estado, como supremo regulador de la vida económica, constituye el hito entre el viejo modelo liberal histórico y la concepción del socialismo democrático. [...] Lo cierto es que durante esta segunda mitad del siglo XX, ya no existe en Colombia sector político que niegue la intervención estatal en el proceso económico. Puede disputarse acerca de la extensión de las medidas o la rapidez de los procesos, pero en la conciencia ciudadana es cada vez más firme la convicción de que sería imposible volver a los anteriores esquemas » (URIBE VARGAS, D., *Evolución política y constitucional de Colombia*, *cit.*, pp. 200-201).

l'économie et à la réalisation des investissements. Il peut sembler surprenant que l'interventionnisme n'opère pas dans le quatrième sens, peut-être pas non plus dans les trois autres sens. Il a plutôt un caractère symbolique, inéluctablement présent tout au long du texte de la réforme, au point qu'« il s'agit bien davantage de la constitution d'une sorte de nouveau pacte social »²¹³⁵, un pacte social qui n'est pas inscrit au préalable dans la société, selon la doctrine libérale classique, mais qui s'instaure justement au moment où l'État commence à se réclamer de l'interventionnisme²¹³⁶. Qui plus est, les obstacles à l'intervention économique directe influent de manière importante sur le choix privilégié par le gouvernement²¹³⁷, à savoir l'intervention dans le champ des rapports sociaux, comme on le verra par la suite.

Sur la base de la notion d'obligation sociale le constituant de 1936 établit également l'assistance publique comme fonction de l'État²¹³⁸. Cette disposition répond aux controverses entre ceux qui, d'un côté, affirment que c'est la charité envers les démunis qui constitue la meilleure voie pour affronter les pénuries sociales perçues comme une menace à l'ordre, et ceux qui, de l'autre côté, cherchent à dissocier le concept de bienfaisance ou charité de celui d'assistance publique, de sorte que celle-ci doit être garantie de manière équitable à toutes les personnes par l'État. Or, dans la réforme, l'assistance finit par être attachée à la propriété, car seulement ceux qui en sont dépourvus peuvent être bénéficiaires. En conséquence, la question de son appropriation par l'Église et par les particuliers et celle de son efficacité et incidence ne sont pas abordées. Comme le rappelle M. Hernández, le gouvernement ne veut pas poser un autre motif de conflit avec les autorités ecclésiastiques, étant donné que l'attribution de l'assistance publique à l'État peut impliquer la confiscation des biens de l'Église²¹³⁹. En plus, centraliser les ressources affectées à l'assistance et altérer leur destination provoque aussi la réaction des dirigeants locaux qui n'acceptent pas de perdre leurs privilèges à ce sujet. En somme, comme l'indique S. Botero, les discussions autour de l'assistance publique, encore plus que celles sur d'autres domaines, manifestent le caractère modéré de la réforme de 1936, même si elles maintiennent certaine importance, parce qu'elles sont à l'origine de la conception restreinte de l'assistance publique qui s'impose en Colombie²¹⁴⁰.

Il en va de même des dispositions de la réforme concernant le travail, qui déclarent que celui-ci est « une obligation sociale et bénéficiera de la protection spéciale de l'État »²¹⁴¹, et

²¹³⁵ PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 131.

²¹³⁶ *Ibidem*, p. 134.

²¹³⁷ *Ibidem*, p. 168.

²¹³⁸ Art. 16, Acte Législatif n° 1 de 1936 : « La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. / La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado ».

²¹³⁹ De fait, dans le *Manifiesto-protestation* de mars 1936 les prélats soutiennent que cette disposition du projet « en su vaguedad e imprecisión da margen a leyes posteriores que den al Estado una intromisión inadmisible en todas las obras de beneficencia y acción social en las cuales la Iglesia católica despliega sus actividades por derecho propio y con independencia del Estado » (Tirado, *Estado y economía*, 159). Sur ce point voir : HERNÁNDEZ, M., *La salud fragmentada en Colombia*, *cit.*, p. 133.

²¹⁴⁰ BOTERO, S., «La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia», *cit.*, pp. 97-98.

²¹⁴¹ Art. 17, Acte Législatif n° 1 de 1936.

qui, en plus, attestent que la grève, sauf dans les services publics, est un droit des travailleurs²¹⁴². En effet, malgré le poids intrinsèque que détient toujours cette sorte de déclaration, la réforme n'implique pas une avance substantielle dans le domaine de la législation ouvrière, son seul apport étant la consécration constitutionnelle du droit d'association syndicale et de la grève, qui étaient déjà prévus dans la loi²¹⁴³. De surcroît, on pourrait penser, de prime abord, que les syndicats et d'autres organisations ont directement influé sur les débats qui ont conduit à ces dispositions. Il n'en est rien car dans les actes des sessions du Congrès on ne trouve pas beaucoup de mentions à ce sujet. Toutefois, ce silence ne signifie pas que les travailleurs sont exclus des discussions sur la réforme ou qu'il n'y a aucun parlementaire qui ne les appuie. Cette situation s'explique en revanche par la dynamique des rapports entre ceux-ci et le gouvernement, car le président López négocie directement avec eux, en dehors du Congrès, et s'érige comme l'arbitre par excellence des conflits sociaux²¹⁴⁴. Le caractère paternaliste de ces rapports l'emporte sur leur institutionnalisation et c'est de cette manière que les syndicats agissent sur les acteurs politiques qui interviennent dans les débats de la réforme, sans poser leurs revendications directement devant le Congrès²¹⁴⁵.

Un dernier aspect à souligner est celui des rapports entre les autorités ecclésiastiques et les autorités civiles. En principe, la modification de certains privilèges de l'Église catholique en Colombie semble être l'une des caractéristiques le plus notables de la réforme constitutionnelle de 1936. Elles ont alors donné lieu aux réactions les plus agressives de la part de l'opposition de droite, comme on l'a déjà indiqué, et ont permis au président Lopez d'affirmer que la réforme a brisé la colonne vertébrale de la Constitution de 1886²¹⁴⁶. Le gouvernement envisage d'abord de modifier les dispositions qui régissent ces matières dans la constitution de 1886, pour pouvoir ensuite négocier un nouveau concordat, étant donné que c'est sur ce modèle constitutionnel de rapports entre l'État et l'Église que cette dernière fait valoir ses privilèges. Les normes concernant la liberté des cultes et les compétences des autorités ecclésiastiques sont abrogés, concrètement l'article 38²¹⁴⁷. A leur place le constituant de 1936 dispose dans l'article 13 de la réforme que « l'État garantit la liberté de conscience. Personne ne peut être inquiété en raison de ses opinions religieuses, ni obligé à professer des croyances ni à observer des pratiques contraires à sa conscience ». Cependant, il est également prévu que la liberté de tous les cultes est garantie à condition qu'ils ne soient pas contraires à la morale chrétienne et aux lois, alors même qu'est maintenue la clause selon laquelle « les actes contraires à la morale chrétienne ou à l'ordre public, qui sont accomplis à l'occasion de l'exercice d'un culte, sont soumis au droit commun ». De plus, la réforme reconnaît la possibilité au gouvernement de souscrire avec le Saint-Siège des conventions visant à régir, sur la base de la reconnaissance réciproque et le respect mutuel, les relations entre l'État et l'Église catholique. Or, les tentatives pour ce faire n'aboutissent pas, en particulier la convention Echandía-Maglione de 1942, ratifiée par la

²¹⁴² Ar. 20.

²¹⁴³ Voir en ce sens : ARCHILA NEIRA, M., *Cultura e identidad obrera*, cit., 297 ; SILVA ROMERO, M., *Flujos y reflujos: Reseña histórica de la autonomía del sindicalismo colombiano*, cit., pp. 60-61.

²¹⁴⁴ Voir *supra*, p. 411.

²¹⁴⁵ BOTERO, S., *op. cit.*, p. 101.

²¹⁴⁶ Voir *infra* p. 430.

²¹⁴⁷ Voir *supra* p. 378.

loi 50 de 1942 (malgré la farouche opposition de Laureano Gómez et quelques prélats), mais qui n'entre pas en vigueur parce que les parties signataires n'ont pas continué les démarches pour sa conclusion²¹⁴⁸. En somme, face aux restrictions à la liberté de cultes et aux obstacles pour modifier le concordat de 1887, il est possible de conclure que « l'anticléricalisme de 1936 se révèle en fin de compte comme une simple farce »²¹⁴⁹. Cela affecte d'autres aspects de la réforme. Par exemple, les objectifs de renforcer l'intervention de l'État dans le domaine éducatif, de réaffirmer la liberté d'enseignement et de proclamer l'instruction laïque, obligatoire et gratuite²¹⁵⁰, ne sont que partiellement accomplis. Même si quelques mesures sont prises par le gouvernement, notamment la consolidation de l'Université Nationale par la loi 68 de 1935, le budget destiné à l'éducation n'augmente que modérément, l'influence de l'Église persiste²¹⁵¹, et « il n'y a pas eu de changements appréciables dans l'accès au système éducatif »²¹⁵².

C. La « révolution », entre marche et pause

La présentation que l'on vient de faire des principaux contenus de la réforme de 1936 montre les limites de sa portée et de ses effets. Ainsi, elle éveille les espoirs des secteurs populaires, qui se manifestent par l'appui au gouvernement de la part des syndicats et des partis de gauche, mais en même temps elle suscite la réaction du parti conservateur, des autorités ecclésiastiques, des industriels et des oligarchies agraires, qui parviennent à bloquer les progrès constitutionnels et législatifs. Or, la radicalisation de l'opposition qui se produit à partir de 1935 n'est qu'accessoirement dirigée contre les réformes économiques et sociales du gouvernement. Elle est surtout une réaction contre le processus de

²¹⁴⁸ Sur ce point voir : GONZÁLEZ, Fernán, *Poderes enfrentados. Iglesia y Estado en Colombia*, Bogotá, Cinep, 1997, pp. 295-296.

²¹⁴⁹ URIBE VARGAS, D., *Evolución política y constitucional de Colombia*, cit., p. 203. Comme l'indique R. Arias, « ¿es posible sostener que el sector "progresista" del partido liberal estuvo realmente comprometido en llevar a cabo la separación Estado-Iglesia católica y en someter esta última al poder político, independientemente del costo que ello representara? Lo que no deja de sorprender, en todo caso, es que ante la arremetida de sus adversarios, el gobierno no se limitó a archivar sus proyectos en torno a la laicidad del Estado. No; en lugar de un bajo perfil, el gobierno adoptó una actitud sospechosamente familiar con respecto a la Iglesia, alejándose por completo de las metas que supuestamente se había trazado » (ARIAS, Ricardo, « Estado laico y catolicismo integral en Colombia: la reforma religiosa de López Pumarejo », *Historia crítica*, n° 19, 1999, p. 81 ; en ce sens sans voix aussi : GONZÁLEZ, F., *op. cit.*, p. 292).

²¹⁵⁰ Art. 17, Acte Législatif n° 1 de 1936 : « Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos. / La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señale la ley ».

²¹⁵¹ Selon R. Arias, « si aceptamos, en un sentido restringido, que "laico" quiere decir, como es usualmente el caso, lo que no pertenece al clero, en otras palabras, lo que es autónomo con respecto a lo "religioso" (dogmas, instituciones, prácticas, ritos, etc.), hay que afirmar que la educación oficial no fue totalmente independiente. ». C'est ainsi que dans le cas de l'Université Nationale « de acuerdo con sus estatutos, que no fueron modificados sino en 1963, esta universidad contaba con un capellán para los estudiantes católicos [y] un delegado del cardenal-obispo hacía parte del consejo directivo » (ARIAS, R., *op. cit.*, p. 76).

²¹⁵² PALACIOS, Marco, *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*, Bogotá, Norma, 1995, p. 153. Ce même auteur remarque que « fue tal el poder de atracción del discurso secular e igualitario, que pasó a segundo plano el abismo abierto entre la norma constitucional de 1936 que establecía la "primaria gratuita en las escuelas del Estado y obligatoria en el grado que señale la ley" y la negligencia gubernamental para aplicarla » (*ibidem*, pp. 154-155).

sécularisation politique, une réaction intense et étendue, qui prend à certains égards l'aspect d'un possible soulèvement en masse contre un régime qui, pour prétendre toucher aux fondements de l'ordre politique, ne peut que paraître, aux yeux de nombreux conservateurs, dénué de légitimité. Cette réaction commence à prendre le sens d'une croisade politico-religieuse et annonce la manière dont le débat politique tourne autour du sacré. En somme, comme D. Pécaut le souligne, « dix ans avant la Violence, le politique se déchiffre déjà comme violence »²¹⁵³.

Le président López semble aussi emporté par les craintes et, comme l'on sait, en décembre 1936 il décide de faire une « pause » dans le train de réformes²¹⁵⁴. À l'intérieur du parti libéral les divisions ne cessent pas de s'approfondir et elles se rendent encore plus évidentes dans l'affrontement entre Darío Echandía et Eduardo Santos pour la candidature présidentielle du libéralisme. Tandis que le premier assume la défense du gouvernement et représente la « gauche » du parti, le second obtient l'appui de la « droite » et des secteurs libéraux qui s'opposent aux réformes, bien qu'il fasse tout son possible pour donner une autre impression en rappelant toujours que comme président du sénat il les a soutenues. Les élections parlementaires de 1937 voient le triomphe d'une majorité « anti-lopiste » et la défaite d'Echandía, qui abandonne le pays pour être l'ambassadeur auprès du Saint-Siège. La mobilisation des masses urbaines derrière Lopez ne parvient pas à contrebalancer l'influence des réseaux politiques traditionnels et quelques mois après, en juillet 1937, Eduardo Santos est officiellement désigné comme le candidat du parti libéral en vue des élections présidentielles de 1938. L'opposition au sein du libéralisme commence à agir comme si le changement de gouvernement s'était déjà produit et le conflit direct avec le président López devient inévitable. La droite libérale critique résolument tous les projets de loi qui prétendaient développer la révision constitutionnelle. La loi de terres a failli être rejetée, ce qui en revanche arrive avec un projet de loi qui en appliquant le principe d'intervention de l'État dans l'économie cherchait à protéger les travailleurs des plantations bananières, en particulier ceux au service de la United Fruit Company (le projet sera finalement approuvé et devient la loi n° 125 de 1937). Le même jour, le 24 mai 1937, un autre projet de loi concernant le régime monétaire et qui implique la dévaluation de la monnaie est également nié. Deux jours après, le président offre alors sa démission. Le Congrès la refuse, mais par sa seule éventualité signifie la fin de l'ère des réformes. La manière dont les événements se sont accomplis est déplorée par López lui-même et en juin 1938 il regrette avoir proclamé « la pause » : « Je considère comme fâcheux de m'être engagé dans cette intention utopique de la pause dont je ne crois pas pouvoir dire qu'elle ait produit un fruit satisfaisant mais seulement des semences de décomposition, de découragement et de désordre »²¹⁵⁵. Le fragile pont qui avait semblé mettre en contact les luttes sociales et le champ politique s'effondre et quelques années plus tard, en janvier 1945, c'est le propre président López qui présente le bilan amer de la réforme de 1936 :

« Mon premier gouvernement a pris l'initiative de proposer au Congrès libéral l'amendement de la constitution, et puis l'on a vu, facilement, comment il n'était pas vrai que les porte-paroles du libéralisme n'étaient si éloignés philosophiquement et

²¹⁵³ PÉCAUT, D., *op. cit.*, p. 190.

²¹⁵⁴ TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, *cit.*, p. 15.

²¹⁵⁵ *Mensaje presidencial al congreso de 1938*, p. 139.

juridiquement de la pensée originale de 1886, comme ils faisaient semblant de l'être ou de le croire. La réforme 1936 fut une escarmouche indécise entre l'audace et la prudence. Seulement à l'égard de la liberté d'enseignement et de conscience, il a rompu, comme on l'a heureusement noté, une vertèbre au statut. Toutefois, en dehors du Congrès une réaction menaçante a été promue et l'on a parlé d'ignorer l'empire du droit. Elle a été qualifiée de communiste, de dissolvante de la société colombienne, d'athée, de corruptrice [...]. Ce qui est certain est que le Congrès a découvert, au fur et à mesure que l'étude avançait, qu'il n'y avait aucun désir populaire représenté dans les chambres ou en dehors d'elles, exigeant impérativement que la conformation politique et l'organisation de l'État soient remplacées par d'autres. [...] La réforme est restée tronquée, essentiellement parce que le libéralisme n'a pas voulu déclarer que son programme ne contenait pas une telle révolution institutionnelle, et il ne s'est pas contenté de faire les amendements pratiques, exigées par l'opinion nationale, mais dont l'acceptation implicitement consacrerait l'efficacité des grandes lignes du statut de 1886 »²¹⁵⁶.

²¹⁵⁶ *Mensaje del presidente de la República de Colombia al Congreso Nacional en sus sesiones extraordinarias de 1945*, Imprenta Nacional, 1945, p. 10.

Chapitre II. Réception et adaptation des modèles juridiques étrangers à propos de la réforme constitutionnelle de 1936

Le premier historien de la constitution en Colombie²¹⁵⁷ et l'un des plus importants constitutionnalistes de la fin du XIX^e siècle, affirme José María Samper dans son *Derecho Público Interno* (1881) est Antonio Nariño. Selon l'auteur, il a été « l'initiateur de notre révolution », parce qu'il « s'est imprégné de l'idée révolutionnaire, synthétisée dans la *Déclaration des droits de l'homme* » depuis la fin du siècle dernier (1794). Il a ainsi « clandestinement traduit et donné à la presse de Santafé de Bogotá » la déclaration, ce qui démontre que « l'esprit révolutionnaire français s'était infiltré dans l'âme de nos patriotes, toujours dissimulés, mais impatients de mettre dehors la mère patrie, comme le défi suprême, l'*alea jacta est* de la révolution néo-grenadienne »²¹⁵⁸. Depuis lors, comme il a déjà été souligné²¹⁵⁹, l'on insiste constamment sur la réception du droit public français en Colombie. Malgré ses traits spécifiques – que nous essaierons par la suite d'identifier, au moins pour la période qui nous intéresse –, elle ne serait qu'une manifestation concrète de l'influence culturelle de la France et des Français qui s'est accomplie depuis le début du XVIII^e siècle dans la brèche ouverte des échanges de divers genres et de la francisation.²¹⁶⁰ La France a ainsi joué un rôle essentiel, puisque, comme ailleurs, elle y représente un modèle à suivre, un ensemble d'images, de conceptions et de pratiques empruntées, adoptées et même rejetées par les élites colombiennes. Que ce soit ses expressions artistiques, scientifiques, philosophiques et littéraires, ou bien son droit et ses institutions, les signes d'une mimétique du modèle français apparaissent dans tous les domaines de la vie sociale en Colombie. Or, il ne s'agit pas d'une exceptionnalité colombienne. D. Rolland a bien remarqué que « dès avant la fin de la première moitié du dix-neuvième siècle et jusqu'au début du siècle suivant, la France est omniprésente en Amérique latine dans le discours et l'ensemble de la sphère publique ». Plus encore, « la deuxième moitié du dix-neuvième siècle marque l'apogée du regard des élites latino-américaines vers la France. Dans l'Amérique latine indépendante, la sphère publique est largement structurée par cette

²¹⁵⁷ MEDINA, Medófilo, « La historiografía política del siglo XX en Colombia », en TOVAR ZAMBRANO, Bernardo (dir.), *La historia al final del milenio: Ensayos de historiografía colombiana y latinoamericana*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995, tome II, p. 438.

²¹⁵⁸ SAMPER, José María, *Derecho Público Interno* (1881), Bogotá, Temis, 1982, p. 13.

²¹⁵⁹ Dans l'introduction générale (*supra* p. 21).

²¹⁶⁰ Sur l'influence culturelle de la France à l'étranger le travail le plus connu est celui d'Albert Salon : SALON, Albert, *L'action culturelle de la France dans le Monde*, Paris, F. Nathan, 1983. Pour le cas concret de l'Amérique Latine voir : MATTHIEU, Gilles, *Une Ambition Sud-Américaine. Politique Culturelle de la France 1914-1940*, Paris, L'Harmattan, 1991 ; ROLLAND, Denis, *La crise du modèle français. Marianne et l'Amérique latine : culture, politique et identité*, Paris, l'Harmattan, 2011.

perception. Ces élites regardent alors avec une intensité exceptionnelle vers la France, et vers l'Europe plus généralement. [...] Elles regardent les régimes politiques, la législation, la façon de vivre la religion ou la laïcité, l'art, la mode, les manières », même si « ce regard ne conduit pas nécessairement à une utilisation pour soi, à une imitation. Il peut aussi engendrer un rejet, lui-même parfois inclus dans une temporalité européenne »²¹⁶¹. Dans le cas de la Colombie « les élites libérales ou conservatrices engagées dans la construction d'un État-nation sont séduites par la culture française. Le rapprochement entre ces élites très francisées et la France comporte différents échanges et transferts culturels, et, avec la collaboration du gouvernement français sous la Troisième République, divers acteurs, publics et privés, mènent et déploient une action féconde en Colombie »²¹⁶². La greffe de nombreuses composantes de l'ordre juridique français, en particulier du droit public, permet de constater ces échanges et transferts dans un domaine spécifique.

C'est notamment le cas du droit constitutionnel et de la doctrine qui l'examine et le soutient, dont les contenus, empreints d'universalisme, se présentent comme un guide universel vers le chemin de la civilisation, synonyme de progrès et de modernité, ce qui facilite leur réception ailleurs. L'adoption du constitutionnalisme français devient alors pour les élites juridiques colombiennes – également pour celles de la plupart des pays de l'Amérique Latine – un signe d'appartenance à la civilisation. Dès lors, il s'agit ici d'appréhender l'influence de la doctrine constitutionnelle française en Colombie au début du XX^e siècle. On constatera que cette doctrine est l'élément le plus prépondérant du processus d'importation de l'ensemble complexe du droit constitutionnel et des pratiques politiques venus de France, bien que d'autres influences de ce même genre en provenance d'autres endroits l'accompagne. Malgré les profondes divisions qui marquent la doctrine constitutionnelle française du tournant du XX^e siècle et la manière dont elle répond à certaines circonstances politiques et à certaines conditions intellectuelles – ce que sa réception ailleurs peut masquer –, elle se met en mouvement vers d'autres pays qui avaient toujours vu dans la France une référence quant à l'évolution de la pensée juridique, tels que les pays d'Amérique Latine. Bien évidemment, on ne peut pas s'étendre ici sur toute la réception de la doctrine constitutionnelle française dans le subcontinent. En conséquence, on se limitera pour cette présentation à examiner de façon sommaire un phénomène concret de greffe et de réception de cette doctrine : celui qui s'est réalisé en Colombie dans le contexte de la réforme constitutionnelle de 1936. Pour cela, il est d'abord nécessaire de déterminer comment et dans quelle mesure la doctrine constitutionnelle française a été reçue en Colombie pendant les années trente, dans le cadre des profondes transformations que le constitutionalisme éprouvait à l'époque et qui se sont également fait sentir dans le pays (section 1). Ensuite, ayant constaté que dans ce cas la réception est encore très ample, on ne s'occupera dans cette présentation que de sa matérialisation dans les débats portant sur la réforme de 1936 (section 2).

²¹⁶¹ ROLLAND, D., *op. cit.*, pp. 10-11.

²¹⁶² ANDRADE, Margot, *L'influence française en Colombie*, *cit.*, p. 7.

SECTION 1. LES EMPRUNTS JURIDIQUES ET POLITIQUES À LA COLOMBIE DES ANNÉES TRENTE

La réforme constitutionnelle de 1910 marque le commencement d'une période féconde pour le développement du droit en Colombie, encouragée par le contexte social et politique mouvementé que l'on vient d'examiner dans le chapitre précédent, et par la réception des nombreuses normes, doctrines, pratiques et institutions appartenant à divers systèmes juridiques. Elle peut être perçue comme une conséquence de la crise profonde qu'éprouvent les conceptions du classicisme juridique en Europe et tout particulièrement en France. Ce classicisme peut être caractérisé par son légicentrisme et les démarches formalistes pour l'application de la loi qu'il propose²¹⁶³. En Amérique Latine son développement débute entre 1855 et 1886 grâce à la diffusion graduelle des codes civils « à la française » et à la consolidation d'une tradition doctrinale d'enseignement et étude de ces codes au moyen des *comentarios* et *tratados*²¹⁶⁴. Dans le cas de la Colombie le classicisme se déploie à partir d'un mélange qui unit la réception du Code civil français, à partir de la version élaborée par Andrés Bello et promulguée d'abord en Chili en 1855, et l'influence des méthodes conceptualistes et constructivistes allemandes du XIX^e siècle à travers l'œuvre notamment de Karl Friedrich von Savigny et Rudolf von Ihering.

Toutefois, le classicisme introduit dans le pays affronte, dans son déploiement, une crise similaire à celle qu'il avait commencé à connaître en France quelques années auparavant. Comme le remarque justement D. López Medina, une nouvelle génération de juristes locaux importe la doctrine critique et anti-formaliste venue de la France, à partir de laquelle ils cherchent à reformuler tant le droit public que le droit privé dans un sens plus moderne, positiviste, progressiste, séculier et libéral²¹⁶⁵. Cette nouvelle orientation n'exige donc pas l'élaboration d'une doctrine locale, puisque les juristes colombiens reproduisent et adaptent les nouvelles tendances, que ce soit dans les interprétations innovatrices qu'ils présentent dans quelques décisions judiciaires et leurs textes académiques, ou bien dans les réformes législatives dont la promulgation ils encouragent. Parmi lesdites tendances, celle de François Gény occupe une place remarquable. Son œuvre est le point de départ du renouveau de la doctrine en France et il sert comme modèle d'un processus similaire en Colombie et dans d'autres pays d'Amérique Latine. Or, outre les travaux de Gény et des civilistes qui ont également influencé la doctrine locale (par exemple Louis Josserand, Georges Ripert et Julien Bonnet), dans le domaine du droit constitutionnel c'est Léon Duguit l'auteur le plus prépondérant. On abordera ici essentiellement la rénovation dans ce dernier champ par l'intermédiaire de la réception et l'adaptation des doctrines, normes et institutions en provenance tant de la France que d'autres pays. Ce processus est bien évidemment conditionné par certains facteurs ponctuels de la situation locale mais aussi du contexte international (I). Ils permettent d'identifier les modèles constitutionnels qui sont

²¹⁶³ Voir *supra* p. 276.

²¹⁶⁴ Sur ce sujet voir : GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, « Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano », *Opinión Jurídica*, vol. 4, n° 8, 2005, pp. 57-60.

²¹⁶⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 130-131.

effectivement suivis et qui expliquent le sens et la portée de la réforme constitutionnelle de 1936 (II).

I. Les conditions de la réception

Bien que l'on ait déjà eu l'opportunité de présenter les principaux événements et controverses à caractère juridico-politique qui servent de contexte aux transformations constitutionnelles du régime politique colombien, il convient maintenant d'aborder quelques aspects spécifiques qui expliquent la réception de certains composants du droit constitutionnel français, tout comme de ceux en provenance d'autre pays. Pour ce faire, il faut tenir compte du fait qu'au tournant du XX^e siècle en Amérique Latine le processus d'insertion de chaque pays dans le circuit politique et économique mondial se renforce. L'État, comme l'indique D. Pécaut²¹⁶⁶, apparaît alors de plus en plus clivé de deux manières : il assume une position « intermédiaire » entre l'intérieur et l'extérieur et il entre également dans une dichotomie qui le dévoile, d'un côté, comme un lieu de fragmentation et de dispute et, de l'autre, comme un lieu virtuel d'unité et de cohésion. Ce dernier clivage entre fragmentation et unité est singulièrement manifeste en Colombie dans les événements de la transition vers la « République libérale » et dans la manière dont elle se développe, cherche les appuis pour les réformes entamées et répond aux secteurs qui s'y opposent. L'État est ainsi le cadre où se réalisent la négociation et le compromis entre les multiples intérêts partiels des classes dominantes, ainsi qu'une instance où s'organise et se centralise la domination exercée sur les classes subordonnées. Pour sa part, sa situation d'espace intermédiaire rappelle que le cadre « national » n'est pas seulement l'aboutissement d'un processus de transformation interne. Il exprime en même temps l'affermissement des liens avec les pays centraux dans l'ordre politico-économique mondial, voire avec les autres pays de la périphérie. La légitimité de l'État ne résulte pas seulement des circonstances politiques propres. Elle dépend aussi de sa condition d'agent de réception et d'adaptation de modèles politiques et juridiques venus d'ailleurs définis par le contexte international de l'époque (A). Dans cette soumission au moins partielle de l'État à des facteurs externes, certaines conditions socio-politiques et culturelles expliquent le rôle primordial joué par l'ordre juridique en général, et par le droit constitutionnel et le constitutionnalisme en particulier, non seulement dans ce cadre des rapports internationaux, mais également dans l'autre axe mentionné, celui de la dichotomie fragmentation-unité (B).

A. Le contexte international

Il est incontestable que la crise mondiale du capitalisme en 1929 marque profondément le contexte international des années trente. Elle n'a pas seulement ébranlé les fondements du système économique, mais elle a également modifié les structures sociales et politiques de nombreux pays. On a déjà évoqué ses effets en France et en Europe²¹⁶⁷, mais il se font sentir avec la même intensité en Amérique Latine. Ici comme ailleurs, dans les régimes qui arrivent à maintenir la démocratie et l'État de droit, l'orthodoxie libérale cède à

²¹⁶⁶ PÉCAUT, D., *L'Ordre et la violence*, cit., pp. 86-87.

²¹⁶⁷ Voir *supra* p. 226.

l'interventionnisme étatique et au dirigisme économique. Or, la crise entraîne dans la plupart des pays du sous-continent l'instauration de régimes de droite à caractère autoritaire, voire des dictatures militaires despotiques. Seulement quelques-uns, à l'image du Mexique, du Chili et, dans une certaine mesure, de la Colombie, ont tourné à gauche et formé des gouvernements avec le soutien des secteurs populaires. Pour sa part, aux États-Unis la crise provoque l'alternance dans la présidence fédérale en 1933. Dans un contexte de dépression économique, de chômage, de grande pauvreté et de mouvements sociaux, Franklin D. Roosevelt est élu sur un programme d'interventionnisme social – connu comme le *New Deal* – qu'il commence à appliquer dès le premier jour de sa période de gouvernement. Il est fondé sur un libéralisme d'un type nouveau qui, suivant les conceptions de Keynes, permet l'établissement de la sécurité sociale, des programmes d'occupation pour les chômeurs et de la politique de grands travaux. Du point de vue juridique, son acmé est la loi de sécurité sociale (*Social Security Act*) votée en 1935. Elle autorise l'intervention de l'État fédéral dans le champ du social, qui était jusqu'alors sous le contrôle exclusif des États fédérés, de même que son application n'est pas confiée à des fonds d'assurance mais à un organisme national, la *Social Security Administration*²¹⁶⁸. De plus, le gouvernement intervient en faveur des syndicats et fait approuver la « Loi Wagner » en 1935 (*National Labor Relations Act*) qui rend obligatoire la négociation collective et renforce la position des syndicats, et la *Walsh-Healey Public Contracts Act* de 1936 qui précise que l'administration ne peut s'engager par contrat qu'avec les entreprises qui paient les salaires convenus avec les syndicats. Le *Fair Labor Standards Act* de 1938 établit le salaire minimal et la durée maximale d'une journée de travail.

Il en va de même pour la politique extérieure du gouvernement américain, qui éprouve quelques changements. À la différence de celle du président Theodore Roosevelt au début du siècle – représentée par l'intervention des États-Unis dans la séparation de Panama²¹⁶⁹ –, Franklin D. Roosevelt avance la politique dite du « bon voisinage » avec l'Amérique Latine. Elle suppose que les relations soient plus cordiales, régies par le droit et non plus par la force, empêchant ainsi l'introduction tant du nazisme allemand que du communisme soviétique et limitant également l'influence de la France et de l'Angleterre. Cependant, ces bonnes intentions n'évitent pas qu'en Amérique Centrale les dictatures militaires s'installent et se perpétuent jusqu'après la Deuxième Guerre mondiale (par exemple, celle d'Anastasio Somoza en Nicaragua et de Rafael L. Trujillo en République Dominicaine). Les dictateurs garantissent les intérêts des États-Unis qui n'ont plus besoin, comme auparavant, de recourir à des forces d'occupation dans la région. Ils arrivent également à affaiblir l'ascendant économique des britanniques, qui existait notamment dans le Cône Sud du continent, et à imposer comme modèle les politiques du *New Deal* à caractère interventionniste, bien que dans la plupart des pays son implémentation bénéficie

²¹⁶⁸ MERRIEN, François-Xavier, *L'État-providence*, Paris, PUF, 2007, p. 45.

²¹⁶⁹ Comme l'explique M. Andrade, « après la sécession et finalement l'installation de leur protectorat sur Panama, les États-Unis ne cachent plus leur intention d'effacer l'influence européenne de la carte latino-américaine. Le protectorat américain à Panama n'est que le résultat de la politique extérieure américaine appliquée en Amérique latine. Cette politique, qui a pour base la doctrine de Monroe, stipule que les États-Unis ont pour mission de protéger leurs intérêts sans mener une politique colonialiste en Amérique latine et d'y interdire l'ingérence des puissances européennes. Ils s'octroient ainsi un droit d'intervention pour maintenir la paix et la sécurité au nom de la défense de la civilisation américaine et de l'équilibre entre les nations » (ANDRADE, Margot, *L'influence française en Colombie*, cit., pp. 426-427).

principalement aux latifundistes et aux grands producteurs agricoles²¹⁷⁰. En somme, la crise du capitalisme bouleverse tous les régimes politiques latino-américains, ce qui implique que les années trente soient l'une des décennies les plus mouvementées. La baisse brutale des exportations a de graves conséquences politiques dans un grand nombre de pays qui se concrétisent dans les coups d'État, soulèvements et troubles divers déclenchés après les années 1929-1930.

En Argentine, le gouvernement de Hipólito Yrigoyen est renversé en 1930 par un coup d'État militaire de type conservateur qui donne à l'armée un rôle qu'elle n'avait pas jusqu'alors. Pendant les années trente, connues par la suite comme la « décennie infâme », le pays ressent des profonds changements économiques et sociaux, alors que le régime politique entre dans une phase d'instabilité oscillant entre autoritarisme et clientélisme²¹⁷¹. Au Pérou, le président Augusto B. Leguía, qui exerçait un régime autoritaire, est victime lui-même du soulèvement militaire de Luis Sanchez Cerro en 1932, qui organise des élections. Haya de la Torre, qui se présente au nom de son parti, l'APRA (*Alianza Popular Revolucionaria Americana*), est battu de peu par Sánchez Cerro. Le président élu fait emprisonner son adversaire et déclare l'APRA hors la loi. En 1932, les partisans d'Haya de la Torre tentent un coup de force afin de renverser le président, mais la rébellion échoue et la répression est particulièrement rude et sanglante²¹⁷². Au Brésil la prise du pouvoir par Getúlio Vargas en 1930, qui le conservera jusqu'en 1945, est une rupture politique importante. Il a l'appui des jeunes *tenentes* (lieutenants) de l'armée issus des classes moyennes naissantes et son gouvernement encourage un « État nouveau », à caractère dirigiste et de empreinte de fascisme, qui cherche l'indépendance économique et affecte l'ascendant des oligarchies régionales. Son réformisme autoritaire et centralisateur conduit au développement de l'industrie, favorise la nouvelle classe ouvrière, voire les milieux modestes, mais il ne procède pas à la réforme agraire et évite d'attaquer les latifundistes²¹⁷³. Un autre cas de réformisme autoritaire peut être trouvé en Venezuela. Après la dictature du caudillo Juan Vicente Gómez, qui conserve le pouvoir de 1908 à sa mort en 1935 (période marquée par l'essor pétrolier à partir de 1920), le pays connaît une ouverture partielle du régime, avec le retour des exilés, la libération des prisonniers politiques et la liberté de la presse. En 1936, le Congrès approuve une nouvelle Constitution et élit le général Eleazar

²¹⁷⁰ Comme l'explique T. Halperin, « ante la multiplicidad de productores (que aún en regiones de gran propiedad dificulta una autorregulación de los sectores productivos) es el Estado el que busca gobernar el ritmo de producciones y exportaciones; lo que era excepcional en la etapa anterior, se hace ahora habitual: los contingentes de producción, las compras oficiales de cosechas para almacenamiento (o más radicalmente para su destrucción) aparecen en Cuba, Brasil, Argentina. [...] El Gobierno de la economía productiva por el Estado es una empresa costosa; el sector primario pasa a ser ahora sistemáticamente subvencionado, en una política que se ha comparado con la del *New Deal* norteamericano, y que si tiene analogías con ella en el plano económico no las tiene en lo social, en la medida en que en Latinoamérica las subvenciones benefician sobre todo a grandes terratenientes » (HALPERIN DONGHI, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, Madrid, Alianza Editorial, 1969, p. 360).

²¹⁷¹ ROCK, David, « Argentina, 1930-1946 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 15. El cono sur desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 2002, pp. 5-15.

²¹⁷² BERTRAM, Geoffrey, « Perú, 1930-1960 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 16. Los países andinos desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 2002, pp. 16-17.

²¹⁷³ FAUSTO, Boris, *A revolução de 1930*, São Paulo, Editora Brasiliense 1972, p. 63 ; ZILBERMAN VAINER, Bruno, « Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro », *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n° 16, 2010, pp. 170-173.

López Contreras président pour cinq ans. Il promet une série de réformes sociales, économiques et politiques réunies dans le « Programme de Février », qui implique que les autorités assument la responsabilité du développement et le bien-être des citoyens. Les nouvelles couches sociales formées par les travailleurs urbains, les professionnels et les industriels croient à la possibilité d'un gouvernement qui répond à leurs attentes. Toutefois, le programme n'est exécuté que de manière très incomplète et López Contreras n'accepte pas l'instauration d'un régime pleinement démocratique, ne permet pas qu'un civil arrive à la présidence, et continue ainsi la tradition du caudillisme militaire²¹⁷⁴. Pour sa part, en Équateur, après la mort du président Eloy Alfaro en 1912²¹⁷⁵, on trouve aussi le phénomène du caudillisme militaire unit à une instabilité politique chronique. Profondément touché par la crise économique mondiale de 1929, jusqu'en 1948 le pays voit se succéder vingt-et-un gouvernements, dont neuf seulement finissent leur mandat. La figure centrale de la période est José María Velasco Ibarra, chef charismatique qui domine la vie politique pendant le deuxième tiers du XX^e siècle. Il accède au pouvoir pour la première fois lors de l'élection présidentielle de 1934, mais il est renversé l'année suivante. Il y retourne pourtant plusieurs fois par la suite²¹⁷⁶.

Une autre tendance, différente du recours au coup d'État, est celle des mouvements généralement dirigées contre l'oligarchie traditionnelle ou contre les intérêts étrangers, avec une certaine participation d'éléments populaires ou de nouvelles couches sociales. Outre le cas de la Colombie, le Chili répond à cette tendance. Durement touché par la crise, le pays est le théâtre en 1931 de grèves d'ouvriers, d'étudiants, et de troubles politiques qui aboutissent au retour d'Arturo Alessandri à la présidence. Entre 1938 et 1941 un Front populaire, dirigé par Pedro Aguirre Cerda (1938-1941), marque un tournant dans la vie économique et politique du pays qui s'engage dans une série de réformes constitutionnelles qui ouvrent une période de stabilité démocratique. Elles sont accompagnées d'un nouveau modèle économique, fondé sur le protectionnisme, l'industrialisation du pays, l'accroissement du secteur public et la défense des classes moyennes²¹⁷⁷. Or, c'est certainement au Mexique où les réformes ont la plus longue portée, notamment la réforme agraire qui est le principal objectif de Lázaro Cárdenas. Président entre 1934 et 1940, son action gouvernementale s'inspire du socialisme et offre aussi des points communs avec d'autres tendances de gauche, même avec le *New Deal* de Roosevelt. La Révolution mexicaine atteint ainsi son sommet : les compagnies pétrolières étrangères sont expropriées contre indemnisation et les terres sont distribuées entre les paysans regroupés en coopératives²¹⁷⁸. En somme, comme l'indique F. Chevalier, ces nouveaux gouvernements

²¹⁷⁴ EWELL, Judith, « Venezuela, 1930-c. 1990 », in BETHELL, L. (éd.), *op. cit.*, p. 306

²¹⁷⁵ Voir *supra* p. 401.

²¹⁷⁶ AYALA MORA, Enrique, « Ecuador desde 1930 », in BETHELL, L. (éd.), *Historia de América Latina. 16. Los países andinos desde 1930*, cit., pp. 266-267.

²¹⁷⁷ DRAKE, Paul, « Chile, 1930-1958 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 15. El cono sur desde 1930*, cit., pp. 228-242.

²¹⁷⁸ Cependant, comme l'explique A. Knight, « ningún historiador pone en duda la importancia del cardenismo, pero muchos discrepan en lo que concierne a su carácter. Tradicionalmente tanto los seguidores como los adversarios de la ortodoxia revolucionaria han considerado que en el cardenismo culminó la Revolución social. Otros lo han presentado como un intermedio dramático y radical dentro del proceso revolucionario, una desviación casi bolchevique a ojos de algunos. En estudios recientes se ha vuelto a hacer hincapié en las continuidades, aunque de un tipo diferente: las de la construcción del Estado, el

aux orientations si différentes, voire opposées, issus plus ou moins directement de la grande crise de 1930, ont cependant tous en commun l'abandon définitif du vieux « laissez-faire » libéral, et le renforcement du pouvoir de l'État. Par conséquent, « l'importance même et la rapidité de ces transformations montrent que la crise économique n'a dû être que le révélateur ou le catalyseur de tendances structurelles qui viennent de bien plus loin et suivent peut-être des rythmes mondiaux »²¹⁷⁹.

B. Les relations internationales et les conditions socio-politiques internes

L'une de ces tendances structurelles, qui vient dès avant la crise mondiale du capitalisme, est l'imposition par les États-Unis de leur prédominance en Amérique Latine, déplaçant ainsi celle qu'avaient auparavant la France et l'Angleterre. Dans un premier temps, dans les années vingt, le seul pays européen qui essaie de contester cette montée de la présence américaine est l'Allemagne²¹⁸⁰. En revanche, en novembre 1901 le Royaume-Uni signe avec les États-Unis le traité Hay-Pauncefote, par lequel il abandonne ses intérêts économiques et politiques en Amérique latine, tandis que la France reconnaît officiellement l'indépendance de Panamá en novembre 1903 et commence de cette façon à céder tous ses droits sur le canal au gouvernement américain. Toutefois, les investissements allemands en Colombie ne suffisent pas à mettre en cause l'ascendant de celui-ci, car le pays, comme tous les autres pays latino-américains, doit compter sur les capitaux américains et surtout sur la compensation financière offerte en raison de la sécession de Panama. De fait, dans la mesure où cette question n'est pas réglée, des pays comme la France ou l'Allemagne, perdent leur importance dans les relations internationales de la Colombie, restent dans l'ombre des États-Unis et n'essaient de récupérer leur place qu'après 1914, car la Première Guerre mondiale aggrave encore plus cette situation²¹⁸¹.

corporativismo y el desarrollo capitalista. Aquí el cardenismo encaja perfectamente en la Revolución, pero no se trata de la Revolución como vehículo de la redención nacional y del radicalismo popular, sino del estatismo y de la acumulación de capital » (KNIGHT, Alan, « México, c. 1930-1946 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 13. México y el Caribe desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 1998, pp. 16-17).

²¹⁷⁹ CHEVALIER, François, *L'Amérique Latine de l'indépendance à nos jours*, Paris, PUF, 1993, p. 514.

²¹⁸⁰ « Dès lors, profitant de l'isolement dans lequel se trouve la Colombie, l'Allemagne vient à son secours. Pour cela, elle met en œuvre un projet de pénétration économique et financière qui commence dès la sécession de Panama. Ce projet n'a rien à voir avec la présence initiale allemande existant depuis 1850, jusqu'à secondaire et sans incidence majeure sur la vie économique et politique de la Colombie si on la compare aux autres présences étrangères. Cette présence allemande commence par un petit mouvement d'émigration volontaire et se limite au département de Santander où se trouve une centaine de familles allemandes venues exploiter la quinine pour l'exporter vers l'Europe » (ANDRADE, M., *op. cit.*, p. 433).

²¹⁸¹ La participation de la France au conflit mondial paralyse sa force d'expansion économique et culturelle dans les autres continents et ouvre des perspectives économiques nouvelles aux concurrents comme les États-Unis. A cause de la guerre, les exportations de produits fabriqués sont pratiquement impossibles pour la France, où l'industrie est tout entière mobilisée pour les besoins de la guerre. Les exportations de capitaux sont suspendues car la France est obligée de consacrer toutes ses ressources au financement de la guerre. De plus, la mobilisation de tous les hommes d'âge actif supprime presque complètement l'émigration. En conséquence, la France doit compter avec la concurrence économique des Américains prêts à remplir le rôle économique financier de la France dans ses colonies et dans les pays latino-américains autrefois sous influence française. (Andrade, 461). A fur et à mesure que les effets de la guerre se prolongent, de nouvelles perspectives s'ouvrent dans les rapports entre continents. En Amérique latine, par exemple, la situation acquise de longue date par la France aux points de vue politique, économique et même intellectuel est peu à peu ébranlée par les États-Unis. Dans le territoire latino-américain, les répercussions de la guerre sont sensibles surtout dans le domaine économique. Tous les états latino-américains développent leurs

De fait, pendant entre les années 1910 et 1920 la Colombie est un champ de concurrence économique où s'affrontent les intérêts des grandes puissances étrangères. La construction du canal de Panama et son caractère profondément géostratégique sont à l'origine de cette dispute. L'échec de la France dans l'accomplissement du projet entraîne la dépendance économique de la Colombie, et des autres pays latino-américains, envers les États-Unis. Or, ceci n'implique pas que dans d'autres domaines l'influence des pays européens s'affaiblit. Pour le constater, il convient de reprendre le tableau de M. Palacios et F. Safford sur les missions officielles étrangères venues en Colombie autour des années vingt²¹⁸².

Missions étrangères pendant les années vingt

Pays de provenance	Organisme	Date	Sujet
États-Unis	Fondation Rockefeller	1917-1960	Système de santé.
Allemagne	Julius Berger	1920-1928	Canalisation du fleuve de la Magdalena.
États-Unis	E. W. Kemmerer	1923	Réforme du système bancaire, monétaire et des institutions économiques.
Allemagne	Mission pédagogique	1924-1926	Réforme de l'instruction
Italie	Mission de juristes	1926	Réforme du code pénal
Suisse	Armée	1924-1933	Réforme de l'armée
Suisse	Mission Hausermann	1926	Réformes des droits de douane
International	Conseil de Routes de Communication	1929-1931	Plan routier
International	Commission d'experts sur les hydrocarbures	1929	Législation de pétroles
Allemagne	Armée	1929-1934	Réforme de l'armée

La suprématie économique américaine se heurte tant à l'antiaméricanisme qui apparaît depuis l'affaire de Panamá qu'au fort sentiment francophile répandu parmi les élites colombiennes dès le XIX^e siècle. De toute façon, la Grand Guerre compromet l'emprise économique de la France dans le monde, de sorte qu'après la fin du conflit, ce sont les États-Unis qui remplissent son rôle, y compris dans les pays latino-américains. C'est pour cette cause que la France doit se battre sur d'autres domaines, en particulier celui de la

exportations grâce aux commandes des acheteurs européens, mais les importations en provenance d'Europe déclinent : en raison de la mobilisation industrielle et de la pénurie de transports maritimes, les pays comme la France ne peuvent plus expédier en quantité suffisante le charbon, les produits textiles et métallurgiques, les machines et les matériaux de construction. La France cesse également d'offrir les capitaux dont l'afflux donnait une impulsion à la vie économique des pays latino-américains. (P. Renouvin, L'histoire des relations internationales, op., cit, p. 321-360)

²¹⁸² PALACIOS, M., SAFFORD, F., *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*, cit., p. 525.

culture. En effet, selon A. Salon, pendant et après la guerre, la France cherche à valoriser davantage son influence culturelle pour maintenir sa place prédominante dans le monde, malgré l'affaiblissement sensible des bases démographiques, militaires, politiques et économiques de sa puissance²¹⁸³. L'aspect culturel devient alors une priorité pour les gouvernements qui se succèdent à partir de 1914, face à l'énorme campagne de propagande qu'avait menée l'Allemagne²¹⁸⁴. Dans le cas de la Colombie, comme le remarque M. Andrade, les autorités françaises réalisent que ce pays, de même que les autres pays latino-américains, n'éprouvent plus l'influence culturelle exclusive de la France et que celle-ci est en train d'y perdre sa prépondérance. C'est ainsi qu'elles s'engagent dans une politique vigoureuse visant à la maintenir et tentent de rallier les élites francophiles colombiennes, au moyen de la diffusion de la langue française comme stratégie de pénétration culturelle. Dès lors, ces élites demeurent les principaux agents de la culture française, sous l'inspiration des chargés d'affaires français à Bogotá²¹⁸⁵. Or, cette contre-offensive dispose d'autres voies, telles que la création des Alliances françaises dans quelques villes, la diffusion du livre, de la radio et du cinéma, la fondation du lycée français, les échanges culturels, les conférences, expositions d'art et tournées théâtrales.

La diffusion de la doctrine juridique française se fait l'écho de cette offensive culturelle, qui est le cadre dans lequel il est possible de déterminer le sens et la portée de sa réception. C'est de cela dont témoigne la création de la première Alliance française en Colombie, fondée en 1902 à Bogotá par le chancelier français Bourgarel avec la collaboration du professeur Edmond Champeau (?-1918), doyen de la faculté de droit de l'Université nationale et avocat-conseil de la légation²¹⁸⁶. De fait, il est l'un des promoteurs en Colombie de la conception formaliste et conceptualiste du droit civil, grâce à la publication de son *Tratado de derecho civil* en 1899, écrit avec le civiliste colombien José Antonio Uribe (1869-1942)²¹⁸⁷. Pour D. López Medina ce livre est un bon exemple de la manière dont au début du XX^e siècle la doctrine juridique nationale n'a pas été « construite » par les juristes locaux, mais elle est plutôt la conséquence de l'importation des doctrines européennes déjà consolidées²¹⁸⁸. Un autre exemple de réception, cette fois par la voie des conférences données dans le cadre des accords de coopération universitaire²¹⁸⁹, est celui de Julliot de la

²¹⁸³ SALON, A., *L'action culturelle de la France dans le Monde*, cit., p. 174.

²¹⁸⁴ Comme l'explique P. Milza, après la fin de la Première Guerre mondiale, tandis que l'Allemagne vaincue perd sa prépondérance culturelle dans le monde, la France est pressée de prendre sa place. Dès lors l'aspect culturel reste très important pour le ministère des Affaires étrangères et pour les agents chargés de la propagande en faveur de la France. Dans ces milieux diplomatiques, l'aspect culturel devient un élément inhérent à leurs fonctions, puisque la culture est perçue non seulement comme un moyen de propagande culturelle mais aussi comme un enjeu politique (MILZA, Pierre, « Culture et relations internationales », *Relations internationales*, n° 24, 1980, p. 362).

²¹⁸⁵ ANDRADE, M., *op. cit.*, p. 472.

²¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 493.

²¹⁸⁷ CHAMPEAU, Edmond, URIBE, Antonio José, *Tratado de derecho civil colombiano. Tomo Primero. De las personas*, Paris, L. Larose, 1899. L'autre travail important en droit civil dans la même époque est celui de Fernando Vélez (1848-1935) intitulé *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, dont la première édition date de 1898 (VÉLEZ, Fernando, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2^a ed. corregida y aumentada por el autor y por Luis Angel Arango, Paris, Ed. Paris-America, 1926).

²¹⁸⁸ LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho*, cit., pp. 173-174.

²¹⁸⁹ Comme l'explique Gilles Mattieus, l'Amérique latine n'attend pas la création d'instituts et de chaires pour inviter savants, écrivains ou hommes politiques à exposer leurs recherches, leurs savoirs ou leurs convictions. Conférences et conférenciers font alors partie de la stratégie de diffusion de la langue comme

Morandière (1885-1968), professeur à la faculté de droit de Paris, qui en 1938 donne des cours à droit de l'Université Nationale et siège à la commission de réforme du code civil à l'invitation du gouvernement colombien²¹⁹⁰. Par ailleurs, de nombreux membres des classes dirigeantes vont en France pour étudier dans les plus prestigieuses universités. C'est le cas d'Eduardo Santos, le successeur de López Pumarejo à la présidence, qui après avoir obtenu un diplôme en droit à l'Université Nationale, est parti pour faire des études en littérature et en sociologie à l'Université de Paris.

Même si dans d'autres champs l'offensive culturelle française n'obtient pas les meilleurs résultats (par exemple, dans la réforme du système éducatif les modèles espagnol et allemand l'emportent sur le français²¹⁹¹), dans le domaine juridique le droit français semble prévaloir, à tel point que par son intermédiaire d'autres modèles concurrents sont appris et adoptés. Comme l'on sait, en Colombie le classicisme juridique se forme sur la conjonction de la législation et la doctrine civiliste française et le conceptualisme juridique allemand²¹⁹². Or cette conjonction est possible dans la mesure où, comme l'explique D. López Medina, la *Begriffsjurisprudenz* arrive en Colombie par la voie du livre de Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau intitulé, pour sa première édition, *Cours de droit français traduit de l'allemand, par M.C.S. Zachariae* (1838). Il s'agit en effet de la traduction de *Handbuch des Französischen Zivilrechts* (1808), ouvrage dans lequel son auteur, professeur à l'université de Heidelberg, réalise un examen du Code civil français sans suivre point par point son plan, selon le modèle du *commentaire*, mais en développant une analyse systématique qui est à la base du modèle du *traité*²¹⁹³. Même si à partir de la troisième édition de la version française l'apport des deux auteurs est si important qu'elle prend le titre de *Cours de droit civil d'après la méthode de Zachariae* (1869), et qu'à partir de 1877 toute référence à Zachariae est abandonnée, le livre se présente comme le seul choix qu'avaient les juristes colombiens pour connaître la doctrine conceptualiste allemande. De fait, dans une

moyen de pénétration culturelle et, depuis le début du XXe siècle, des intellectuels français, assurés de rencontrer un auditoire attentif et parfois séduit d'avance, n'hésitent pas à effectuer un long voyage vers des territoires encore mal connus de l'Europe comme la Colombie. Andrade 501

²¹⁹⁰ Dans la nécrologie publiée dans la Revue internationale de droit comparé cette visite qui a duré six mois est référenciée : « Léon Julliot de la Morandière (1885-1968) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 21, n° 2, 1969, pp. 403-407.

²¹⁹¹ Comme l'on sait, la France cherche à « sauvegarder sa grandeur culturelle, symbole de son hégémonie mondiale, plutôt qu'à développer des intérêts économiques que d'ailleurs elle ne possède guère en Colombie. Cette politique se fonde sur la diffusion de la langue française comme stratégie de pénétration culturelle, grâce à la collaboration des congrégations enseignantes françaises et des élites francophiles colombiennes devenues tributaires de cette politique et agents culturels de la propagande française. Néanmoins, l'échec des congrégations, faute de religieux français, et la mise en question du caractère privé du système éducatif des congrégations françaises, entraînent l'apparition d'un modèle officiel d'éducation soutenu par les religieux espagnols et des professeurs allemands. L'instruction en Colombie devient ainsi le champ privilégié de la concurrence culturelle faite par l'Espagne et l'Allemagne à la France » (ANDRADE, M., *op. cit.*, pp. 479-480).

²¹⁹² Voir *supra* p. 433.

²¹⁹³ En effet, « la obra de Aubry y Rau es muy diferente al resto de la exégesis si se analiza las influencias intelectuales de sus autores al igual que sus métodos de análisis jurídico y la estructura de presentación de las materias del derecho civil. El tratado de Aubry y Rau [...] se mantiene al margen de los defectos de la exégesis, quizá como ningún otro libro francés de derecho civil, por manifestar la clara y definida influencia de la jurisprudencia conceptualista alemana » (LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 151-152). Sur l'évolution en France du modèle de *commentaire* à celui du *traité* voir : HALPÉRIN, Jean-Louis, « Manuels, traités et autres livre (période contemporaine) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 990.

conférence prononcée en 1916 le civiliste colombien José Antonio Uribe peut affirmer qu'« Aubry et Rau, en s'inspirant des doctrines allemandes, comprirent que les textes d'un Code ne sont que des matériaux dispersés que le juriste doit utiliser et réunir selon leurs affinités logiques »²¹⁹⁴.

De même que le droit civil, le droit constitutionnel et les doctrines constitutionnelles sont reçues en Colombie dans le cadre de la concurrence entre divers modèles qui s'affrontent pour avoir la plus profonde influence. Dans ce cas, la diversité des modèles est encore plus ample, car ils ne se limitent pas à ceux de la France et de l'Allemagne, comme l'on verra par la suite. Or, comme le reste de l'ordre juridique, le droit constitutionnel occupe une position « intermédiaire » entre e l'intérieur et l'extérieur, encore plus évidente à cause de son lien plus direct avec l'État. Tout le droit, mais en particulier le droit constitutionnel, que ce soit son expression normative ou bien doctrinale, peut être qualifié de « central » en tant qu'il se conçoit, s'examine et s'applique par rapport aux modèles de pays prestigieux, dont la capacité d'influer est constamment constatée. Le droit constitutionnel semble alors soumis à une double vulnérabilité, qui est plus difficile de trouver dans les autres branches du droit : au plan interne, pris comme il l'est dans les intérêts et les conflits locaux ; au plan externe, où il paraît très sensible aux influences dont il est l'objet. Par ailleurs, ainsi que l'État qu'il prétend régir, le droit constitutionnel fait partie de l'espace du politique où les conflits et les enjeux qui s'y formulent sont habituellement décentrés par rapport à ceux qui se manifestent au plan des divers groupes sociaux. De fait, dans la dichotomie fragmentation et unité qui traverse l'État, même si l'espace du politique apparaît lié au mode d'emprise qu'exercent les élites dirigeantes, les clivages qui le traversent ne sauraient être ramenés purement et simplement aux intérêts divergents que ces élites pourraient avoir²¹⁹⁵. Le droit constitutionnel montre également ce décentrage, de sorte que régulièrement il est approprié par les groupes politiques les plus influents, bien que parfois il peut l'être également par les secteurs subordonnés, au moins symboliquement. Il n'en demeure pas moins que le constitutionnalisme « peut fournir une solution effective pour les groupes dominants qui possèdent le meilleur accès à et la plus ample l'influence sur le champ juridique, de sorte que s'ils subissent une érosion sérieuse dans leur soutien populaire ils peuvent chercher à retrancher leurs préférences politiques pour contester l'ascendant croissant de groupes et intérêts “ périphériques ” »²¹⁹⁶.

II. Les influences constitutionnelles

Ce caractère instrumental du droit constitutionnel dans le conflit politique et social – qui n'est que l'une de ses diverses dimensions – est encore plus évident lors de la réception

²¹⁹⁴ URIBE, Antonio José, *La evolución del Derecho Civil*, Bogotá, Arboleda & Valencia, 1916, p. 8.

²¹⁹⁵ PÉCAUT, D., *L'Ordre et la violence*, cit., p. 41.

²¹⁹⁶ HIRSCHL, Ran, « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », in KINGSTON, Rebecca E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, Albany, State University of New York Press, 2009, pp. 209. De fait, « such a strategic, counterintuitive self-limitation may be beneficial to threatened sociopolitical elites and those who hold power when the limits imposed on rival elements within the body politic outweigh the limits imposed on themselves. Strategic, self-interested legal innovators—threatened political elites in association with economic and judicial elites who have compatible interests—determine the timing, extent, and nature of the constitutional reforms » (*ibidem*, p. 210).

dans un pays des normes, institutions et pratiques en provenance d'autres pays. La réforme du droit constitutionnel en vigueur est le plus souvent le cadre qui déclenche les controverses autour d'un ou l'autre modèle étranger. En Colombie pendant les années trente il est possible de constater ce phénomène. Divers régimes constitutionnels, examinés et soutenus par de nombreuses doctrines, sont posés comme le point de départ pour plaider en faveur de la réforme du droit et des institutions ou pour s'y opposer, de sorte qu'ils soient maintenus inchangés. L'un des plus évoqués est le droit constitutionnel français, bien qu'il arrive au pays principalement par la voie de la doctrine et non pas nécessairement à travers la réception et traduction des normes (A). Ce rôle correspond à d'autres régimes constitutionnels qui sont utilisés comme les modèles sur lesquels plusieurs dispositions de la réforme de 1936 seront discutées et élaborées (B).

A. La doctrine constitutionnelle française

On vient ainsi d'observer que dans le droit civil, la codification française et la doctrine qui l'étudie est la base du classicisme juridique colombien, influence qui se rattache à celle de l'école conceptualiste allemande. En ce qui concerne le droit public une situation similaire peut être constatée, de sorte qu'il y a une correspondance entre les deux branches. Selon M. Palacios « dans les facultés de l'Université Nationale prédominent les écoles françaises. Les juristes formés entre 1910 et 1930, qui ont eu une influence immense pendant les gouvernements libéraux (Darío Echandía, Eduardo Zuleta, Jorge Eliécer Gaitán, Carlos Lozano), s'enorgueillissaient d'être qualifié d'épigones des maîtres français du droit civil et du droit public ou des italiens de l'école positiviste du droit pénal »²¹⁹⁷. Ils encouragent le renouveau de la doctrine juridique en suivant principalement les nouvelles conceptions venues de France. « Les disciples locaux de Gény ont essayé de construire en droit privé un anti-formalisme libre, social et scientifique. Les disciples de Duguit, pour sa part, se sont proposé d'édifier une nouvelle orientation dans le droit public qui affecte leurs concepts fondamentaux, la fonction et la structure de l'État et, enfin, leur propre orientation idéologique. La stricte division professionnelle entre droit public et privé a difficulté que les uns et les autres aient une conscience claire du parallélisme de leurs efforts, mais il a bien existé »²¹⁹⁸.

Étant donné que les régimes politiques de l'Amérique Latine ne peuvent pas être les exemples à suivre, puisque – comme l'on sait – entre les années vingt et trente la plupart de ceux-ci sont devenus des gouvernements autoritaires ou des dictatures militaires, les dirigeants politiques et les élites juridiques colombiennes cherchent leur inspiration en Europe, mais plus ponctuellement en France. Selon D. Peña Porras, le choix de ce pays s'explique par quelques facteurs. En premier lieu, la formation de la structure de l'État en Colombie, en particulier le régime centraliste, avait eu comme modèle celui de la France et les projets de réforme ne le mettait pas en cause et n'envisageaient pas le rétablissement du fédéralisme. En deuxième lieu, et bien que la suprématie économique des États-Unis soit de plus en plus manifeste, le pays ne parvient pas encore à contrebalancer l'influence juridique que le droit et la doctrine française ont acquis au XIX^e siècle, d'autant que l'anti-

²¹⁹⁷ PALACIOS, Marco, *Parábola del Liberalismo*, Bogotá, Norma, 1999, p. 44.

²¹⁹⁸ LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, p. 236.

américanisme provoqué par la sécession de Panamá n'a pas compétemment disparu. En troisième lieu, les courants du socialisme européen, notamment le marxisme, suscitent beaucoup de résistances chez les élites intellectuelles et surtout chez les juristes, de sorte que les doctrines solidaristes, comme celle de Duguit, pouvaient être plus aisément reçues et acceptées ; finalement, en Colombie la formation en droit public depuis le début du XIX^e siècle et le commencement de la république s'était presque exclusivement fondée sur la lecture des auteurs français ou qui écrivaient en langue française²¹⁹⁹.

B. Les modèles étrangers de droit constitutionnel

Cela dit, on pourrait penser, de prime abord, que le droit constitutionnel en vigueur en France au tournant du XX^e siècle est l'un des modèles les plus influents dans les débats qui conduisent à la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie. Cependant, les caractéristiques des lois constitutionnelles de 1875 n'ont pas favorisé leur diffusion. On a déjà souligné que la Troisième République française présente un droit constitutionnel très différent de celui que l'on trouve dans les grands documents promulgués entre la fin du XVIII^e siècle et la première moitié du siècle suivant²²⁰⁰. Il ne s'agit que d'une série des lois dont le caractère normatif est assez faible et qui, en principe, avaient un caractère provisoire, quoiqu'elles sont en vigueur jusqu'au déclenchement de la Deuxième Guerre mondiale. Cette « constitution » de 1875, d'une extension modeste, sans préambule, sans déclaration des droits ni principes substantiels, sans la solennité des textes constitutionnels de la période révolutionnaire de la fin du XVIII^e siècle, continue pourtant à être une référence pour le constitutionalisme en Colombie et en Amérique Latine. Mais plus qu'un ordre normatif d'un contenu spécifique, le droit constitutionnel français est perçu par les juristes colombiens comme un symbole, comme l'union d'un passé glorieux, représenté par la révolution de 1789, avec un présent où la France est vue encore comme une puissance économique et culturelle, même si la séparation de Panamá affecte cette image. C'est alors par la voie de la doctrine que le constitutionnalisme français arrive en Colombie, mais sans prendre en considération toutes ses tendances ni ses principaux représentants, auxquels on a fait allusion dans les pages qui précèdent. Il est même possible de dire que ce n'est qu'un seul auteur, Léon Duguit, qui sert comme modèle de la doctrine constitutionnelle française, comme nous le reverrons bientôt plus à fond.

Par conséquent, les références normatives et les textes constitutionnels sont pris ailleurs. Un témoin direct des circonstances et débats des années vingt et trente, Gerardo

²¹⁹⁹ Comme l'explique J. Gaitán Bohórquez, « la catedra de derecho público fue establecida en 1824 [decreto de 20 de enero] con la designación de Lepage [*Éléments de la science du droit : à l'usage de toutes les nations et de toutes les classes de citoyens*, 1820], Constant [*Collection complète des ouvrages publiés sur le Gouvernement représentatif et la constitution actuelle de la France*, 1818-1819] y Vattel [ediciones en español de su obra *El derecho de gentes*, 1820] como los autores que deberían leerse. El Plan de Estudios dispuso que en las cátedras de derecho político constitucional, Constitución y ciencia administrativa se seguirían el *Curso de Política Constitucional* de Benjamin Constant, hasta que hubiese una obra más adecuada al régimen republicano. El profesor de la asignatura debería consultar además los escritos de Montesquieu [*El espíritu de las leyes*], Mably [*Droit public de l'Europe*, 1764], Tracy, Friot [*Cours de Droit Naturel, public, politique et Constitutionnel*, 1827] “y demás obras clásicas” » (GAITÁN BOHÓRQUEZ, Julio, *Huestes de Estado: la formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002, pp. 90-91).

²²⁰⁰ Voir *supra* p. 238.

Molina, affirme que la réforme constitutionnelle de 1936 est « expression d'un mouvement politique qui rassemble la volonté nationale de changement et l'influence des événements internationaux comme les révolutions soviétiques et mexicaines et les enseignements de la Constitution allemande de Weimar de 1919 et l'espagnole de 1931 »²²⁰¹. En effet, comme l'indiquent M. Velásquez et A. Tirado Mejía, « l'influence de la doctrine française n'est pas la seule qui a été présente chez les constituants de 1936. Les éléments institutionnels introduits par le processus mexicain, concrétisés dans la Constitution de 1917 et les révisions de 1934, les modèles d'organisation étatique des républiques européennes établis après la guerre de 1914, la République espagnole et sa Constitution de 1931, la Révolution russe, tous ceux-ci sont des événements politiques qui ont une incidence significative, en particulier dans les aspects concernant la conception et le traitement des libertés individuelles, le droit de propriété, l'éducation, la liberté des cultes et de conscience, la citoyenneté et le suffrage, de même que les nouvelles fonctions attribuées à l'État par rapport à l'intervention et la régulation de la vie économique »²²⁰². Or, bien que tous les éléments de ce cadre exercent leur emprise, il y en a trois qui du point de vue constitutionnel peuvent être mis en avant, parce qu'ils ont fourni les énoncés normatifs autour desquels s'est effectué le débat politico-juridique et s'est élaborée la réforme de 1936 : la constitution de Weimar, la constitution espagnole et la constitution mexicaine.

1. La constitution allemande de 1919

La défaite allemande dans la Grande Guerre en novembre 1918 entraîne l'effondrement du Reich des Hohenzollern, le déclenchement d'un mouvement révolutionnaire dans les principales villes, l'abdication de l'empereur Guillaume II et la proclamation de la République à Munich. Dans un contexte de plus en plus mouvementé, un gouvernement provisoire est formé par Friedrich Ebert avec le soutien de socialistes du Parti social-démocrate (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*, SPD) et de socialistes indépendants. En dépit des difficultés, en janvier 1919 une Assemblée nationale constituante est élue. Elle se réunit à Weimar le 6 février, vote une loi constitutionnelle provisoire, élit Ebert président du Reich et permet à Philipp Scheideman de former un gouvernement. Après la signature du traité de Versailles le 28 juin, le projet de Constitution est approuvé par l'Assemblée constituante le 31 juillet. La Constitution de Weimar est promulguée le 11 août 1919.

Bien que le terme de Reich persiste dans le texte, la constitution met en place un régime parlementaire et prévoit des institutions démocratiques, dont le potentiel restera pourtant inutilisé²²⁰³. « La Constitution démocratique adoptée le 31 juillet 1919 [pousse] très loin pour

²²⁰¹ MOLINA, G., *Las ideas liberales en Colombia 1849-1959*, cit., p. 564.

²²⁰² VELÁSQUEZ TORO, M., TIRADO MEJÍA, Á., « Introducción », en ID. (ed.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., p. 27. Voir également : FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo, *Las constituciones colombianas comparadas*. Medellín, Universidad de Antioquia, 1964, p. XXVI-XXVII ; PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Temis, 1997, p. 200.

²²⁰³ Cette situation peut être expliquée du fait qu'avant la fin du Reich « il n'y avait pas d'idées à l'égard de la structure d'une république démocratique ; c'était même bien le contraire : avant la Révolution de 1918, on avait discuté d'une monarchie parlementaire mais pas d'une république ou bien d'une république démocratique. En conséquence, on manquait de programme pour une nouvelle constitution et aussi pour les règles formelle et informelles d'une démocratie parlementaire » (GUSY, Christoph, « Les idées démocratiques dans la République de Weimar », in HERRERA, Carlos Miguel (dir.), *Les juristes de gauche sous la république de Weimar*, Paris, Éd. Kimé, 2002, p. 15).

l'époque la mise en œuvre de la souveraineté populaire. Le droit [est] étendu aux femmes et aux jeunes de vingt ans. Le peuple [est] le Reichstag avec le système de la représentation proportionnelle ; il [désigne] au suffrage direct le président de la République doté de vastes pouvoirs, il [dispose] du droit d'initiative et [peut] être appelé à trancher par voie de référendum. En dehors des droits et libertés traditionnels, la *Weimarer Verfassung* [garantit] à tous les citoyens un enseignement obligatoire et gratuit de huit ans, la gratuité des fournitures scolaires, l'égalité de tous devant l'impôt »²²⁰⁴. Toute ces mesures trouvent leur fondement dans l'article 151 selon lequel « l'organisation de la vie économique doit répondre aux principes de la justice et viser à garantir à chacun les conditions d'une existence digne de l'homme. Dans ces limites, la liberté économique de l'individu doit être assurée ». Pour la première fois la notion de dignité est l'objet d'une disposition constitutionnelle, mais celle-ci révèle aussi le compromis entre les conceptions libérales et celles de la social-démocratie. De toute façon, l'apport constitutionnel ponctuel des socialistes consiste justement en les institutions socio-constitutionnelles établies dans le chapitre V, après l'article 151 cité. Parmi celles-ci on peut remarquer « d'abord, la reconnaissance d'une série des droits fondamentaux sociaux et économiques, comme le droit au travail (art. 163) et à sa protection (art. 157), le droit au logement (art. 155), les assurances sociales pour la protection de la santé (art. 161), et surtout, le droit de coalition (159). Un deuxième niveau est constitué par le contrôle de l'ordre économique capitaliste, et s'exprime par la limitation de la protection de la propriété privée en fonction de l'intérêt public (art. 153), et encore plus puissamment, par une clause de socialisation des entreprises privées (art. 156). Enfin, elle prévoit un mécanisme de collaboration entre ouvriers et entrepreneurs pour “ la réglementation des salaires et des conditions de travail ainsi qu'au développement économique général des forces productives ”, sous la forme de conseils économiques, avec des fonctionnaires de proposition législative et de contrôle en matière de politique sociales et économique (art. 165) »²²⁰⁵.

Ce sont justement ces contenus de la Constitution de Weimar ceux qui ont le plus influencé sur les disputes politiques des années trente et les débats du Congrès lors de la démarche pour l'approbation de la réforme de 1936²²⁰⁶. « Les constituants colombiens de 1936 y recoururent pour éclairer les figures discutées. De même le gouvernement, par l'intermédiaire du ministre Echandía, recourut à ce statut constitutionnel dans ses arguments pour soutenir ses thèses »²²⁰⁷. C'est ainsi que le sénateur Jorge H. Tascón fait allusion à son article 154 pour justifier l'instruction publique et gratuite dans un projet qu'il

²²⁰⁴ ROVAN, Joseph, *Histoire de la social-démocratie allemande*, Paris, Éd. du Seuil, 1978, 179.

²²⁰⁵ HERRERA, Carlos Miguel, « Constitution et social-démocratie à Weimar. Pour une périodisation », in ID. (dir.), *Les juristes de gauche sous la république de Weimar*, Paris, Éd. Kimé, 2002, pp. 34-35.

²²⁰⁶ Selon J. López Oliva, « un referente importante para la expedición de las citadas disposiciones, fue la carta weimariana de 1919, a la que se acudió para aclarar las reglamentaciones que en dicha constitución se habían establecido en torno a la protección de los derechos asistenciales, con el fin de aplicarlos en Colombia tanto a nivel constitucional como legal » (LÓPEZ OLIVA, José O., « La constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud », *Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. XIII, n° 26, 2010, p. 240).

²²⁰⁷ VELÁSQUEZ TORO, M., TIRADO MEJÍA, Á., *op. cit.*, p. 29.

présente en juillet 1934²²⁰⁸ ; le sénateur Moises Prieto mentionne le bicaméralisme allemand dans sa proposition d'instaurer un régime parlementaire en Colombie²²⁰⁹ ; le sénateur Carlos V. Rey appui la proposition du ministre Echandía d'introduire la formule de la constitution allemande (de l'article 153) qui dispose que « la propriété oblige »²²¹⁰.

2. La constitution de la République espagnole de 1931

La réception de la constitution de Weimar en Colombie pendant la décennie de 1930 a été possible par la voie de sa traduction et adaptation en Espagne, dans le cadre de l'établissement, le développement et l'échec de la Seconde République et la Constitution de 1931²²¹¹. Il va sans dire « qu'aucun autre épisode international a eu une telle répercussion dans la politique intérieure du pays que la guerre d'Espagne. Même les circonstances de la Deuxième Guerre mondiale [...] n'ont pas atteint les implications politiques que le conflit espagnol a eu. Dès le début, les forces se sont polarisées et il était habituel que les courants libéraux soient du côté de la République et les autorités légitimes et que les conservateurs soient du côté du factieux Franco »²²¹². De fait, il y a presque une simultanéité des événements dans les deux pays, car le général Miguel Primo de Rivera, dans le gouvernement depuis 1923, démissionne en janvier 1930 devant le roi Alphonse XIII, victime de la crise sociale et de la dépression économique de 1929. Une tentative de rétablir le régime parlementaire pour sauver la monarchie échoue à cause de la détermination des antimonarchistes et des sympathisants républicains, rassemblés par la signature du pacte de Saint-Sébastien (août 1930), ainsi que des élections municipales d'avril 1931, favorables à la gauche dans les grandes villes. La Seconde République²²¹³ est proclamée le 14 avril 1931, sans violence et dans un cadre d'optimisme. Niceto Alcalá Zamora, un libéral républicain modéré, est chargé du gouvernement provisoire, intégré par des représentants de toute une gamme de partis républicains, du parti socialiste et des partis républicains catalans et galiciens. En juin 1931 il organise les élections aux Cortès Constituentes qui donnent le triomphe à une majorité des républicains et des socialistes. Des délibérations sortent une Constitution démocratique et autonomiste, inspirée de la Constitution de Weimar²²¹⁴.

Approuvée le 9 décembre 1931 elle fait de l'Espagne une « République démocratique de travailleurs de toutes catégories », constitué dans un « État intégral, compatible avec

²²⁰⁸ Le sénateur Tascón observe que « si esto está dispuesto en países de tan intensa y avanzada cultura como Alemania, ¿qué no podrá decirse acerca de la conveniencia de establecer una disposición análoga en países como Colombia, en donde el porcentaje de los analfabetos alcanza una cifra alarmante, principalmente en algunos Departamentos? » (*Anales del Senado*, 26 julio 1934, serie 1, nº 4 ; VELÁSQUEZ TORO, M., TIRADO MEJÍA, Á. (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 96).

²²⁰⁹ Acta de la comisión 8ª senado, sesión del 17 sept. 1935 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 309.

²²¹⁰ *Anales del Senado*, 3 feb. 1936, serie 5, nº 220 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 243.

²²¹¹ Réf. Libre Ottmar

²²¹² TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., p. 345.

²²¹³ La première n'avait duré que de 1873 à 1874.

²²¹⁴ Nicolás Pérez Serrano (1890-1961), l'un des principaux publicistes espagnols de la première moitié du XX^e siècle, signale que « honradamente ha confiado la Comisión parlamentaria la sugestión que sobre ella ejercieron textos como el alemán de Weimar, el austríaco federal y el checoslovaco entre los europeos, y el mejicano y el uruguayo entre los hispanoamericanos » (PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución Española: 9 diciembre 1931: antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, p. 33).

l'autonomie des Municipalités et des Régions » (art. 1^{er})²²¹⁵. Outre la reconnaissance des droits individuels, et de ceux des entités collectives, telles que les syndicats, les associations et la famille²²¹⁶, la constitution élargit la citoyenneté à tous les espagnols, de l'un ou de l'autre sexe, âgés de plus de 23 ans²²¹⁷. Or, les trois problèmes qui donnent lieu aux controverses les plus âpres et qui vont profondément entraver son application sont ceux concernant la religion, le régime territorial et la question sociale²²¹⁸. Quant au premier, en Espagne, comme en Colombie, l'Église catholique avait un ascendant profond sur les autorités publiques. Cette condition d'assimilation de la politique à la religion est fortement critiquée, ce qui provoque que pendant les années trente s'accroît l'affrontement entre les « deux Espagne », l'une catholique, monarchiste et hostile à toute ouverture, et l'autre républicaine et anticléricale. « Dès le départ, la République se définit comme un régime dont l'une des priorités est de faire de l'Espagne un pays séculier et laïc », de sorte que la constitution de 1931 « instaure la déconfessionnalisation de l'État et la liberté religieuse des citoyens. Elle se caractérise encore par une volonté manifeste d'expulser la religion de la vie publique »²²¹⁹, en disposant que « l'État espagnol n'a pas de religion officielle » (art. 3) et que « la liberté de conscience, ainsi que le droit de professer et de pratiquer librement une religion quelconque sont garantis sur le territoire espagnol, sauf le respect dû aux exigences de la morale publique » (art. 27)²²²⁰. En ce qui concerne le régime territorial, la constitution cherche à conjuguer l'unité nationale et la reconnaissance des spécificités régionales en organisant un « État intégral », notion indéterminée qui implique une sorte de fédéralisme nuancé dans lequel un statut d'autonomie politique et administrative pourrait être octroyé aux régions qui le demandent (art. 11 et 12). Finalement, pour ce qui est de la question sociale, quatre institutions sont à remarquer. En premier lieu, le régime de la propriété, sur laquelle la constitution dispose dans l'article 44 qu'elle « est subordonnée aux intérêts de l'économie nationale et affectée au soutien des charges publiques », au point qu'elle pourra « être l'objet d'expropriation forcée pour cause d'utilité sociale, moyennant une indemnité convenable, à moins qu'une loi approuvée à la majorité absolue du Parlement, n'en dispose autrement ». En deuxième lieu, cette même norme permet l'intervention de l'État, à travers la loi, dans « l'exploitation et la coordination des industries et entreprises, si la rationalisation de la production et les intérêts de l'économie nationale l'exigeaient ». En

²²¹⁵ On a pris les extraits du texte de la Constitution de 1931 de : MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., Paris, Delagrave, 1938, pp. 209-235.

²²¹⁶ Articles 39 et 43. Cette dernière disposition prévoit que « le mariage est fondé sur l'égalité des droits pour les deux sexes, et il pourra être dissous pour raison de dissensions réciproques ou sur la demande de l'un des conjoints, avec allégation, dans ce cas, de juste cause ».

²²¹⁷ Sur cette base l'article 52 dispose que « la Chambre des Députés se compose des représentants élus au suffrage universel, égal, direct et secret ».

²²¹⁸ TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, CEC, 1992, pp. 124-125.

²²¹⁹ ROZENBERG, Danielle, « Espagne : l'invention de la laïcité », *Sociétés contemporaines*, vol. 37, n° 1, 2000, pp. 37-38.

²²²⁰ De plus, une législation particulière est introduite concernant les congrégations religieuses : « Toutes les confessions religieuses seront considérées comme des Associations soumises à une loi spéciale. Ni l'État, ni les régions, provinces et municipalités ne maintiendront, protégeront ou aideront pécuniairement les Églises, Associations et Institutions religieuses. [...] Sont dissous les Ordres religieux dont les Statuts imposent, en plus des trois vœux canoniques, un autre vœu spécial d'obéissance à une autorité autre que l'autorité légitime de l'État. Leurs biens seront nationalisés et affectés à des fins de bienfaisance et d'enseignement » (article 26).

troisième lieu, l'article 46 déclare que « le travail sous ses diverses formes constitue une obligation sociale et il jouira de la protection des lois », de façon que « la République assurera à tout travailleur les conditions nécessaires à une existence digne », par une série de mesures que la même disposition recense²²²¹. En quatrième lieu, le texte de 1931 établit l'instruction primaire gratuite et obligatoire et le caractère laïc de l'enseignement qui, à son tour, est conçu comme « une attribution essentielle de l'État », assurée par « des établissements rattachés entre eux par le système de l'école unifiée » (art. 48).

Outre les contenus de la constitution de 1931, les événements qui suivent à sa promulgation éveillent l'attention de l'opinion publique en Colombie. Son entrée en vigueur s'accomplit dans un contexte très difficile où la conjoncture économique défavorable empêche la réalisation du projet constitutionnel. Les dissensions parmi les républicains, le durcissement anarchiste et la réorganisation de l'opposition de droite catholique et conservatrice provoquent l'éclatement de la coalition gouvernementale. La victoire de la droite aux élections de novembre 1933 mène le gouvernement vers une orientation plus conservatrice. Les secteurs populaires sont de plus en plus déçus et manifestent leur mécontentement, mais l'agitation révolutionnaire de 1934 reçoit comme réponse une répression militaire sanglante. Face à ces défis, à partir d'octobre 1935 les forces de gauche se rassemblent à nouveau dans un Front populaire et remportent les élections législatives de février 1936. Le radicalisme politique, tant de gauche que de droite, dégénère en violence et les modérés ne peuvent gouverner. L'opposition des élites traditionnelles et de l'armée considère que le coup d'État militaire est la seule voie pour dépasser une république impuissante. Il se produit le 18 juillet et marque le commencement de la guerre civile. Au terme de trois années de luttes acharnées et fanatiques entre deux camps porteurs de visions du monde inconciliables, les forces nationalistes aux ordres du général Francisco Franco l'emportent sur les républicains. « Des centaines de milliers d'Espagnols tentent une fois de plus de s'enfuir : cette fois peu réussiront. Pour beaucoup, le calvaire de la guerre civile se terminera par les supplices, les exécutions, sommaires ou non, les longues années de détention. La contre-révolution armée a enfin réalisé le programme qu'elle s'était tracé au début de 1938 avec la complicité de Hitler et Mussolini : cette fois la révolution espagnole est bel et bien et pour longtemps écrasée »²²²².

Or, l'intérêt aux drames de la guerre civile est subséquent à celui que portent la classe politique et les élites juridiques colombiennes à la Constitution espagnole. Tulio Enrique Tascón (1888-1954), le constitutionnaliste le plus influent sur la réforme constitutionnelle de 1936, s'en occupe dans un article publié en 1934 où il loue le régime de révisions constitutionnelles prévu par ladite charte pour contester ceux qui soutiennent en Colombie la substitution complète de la Constitution de 1886²²²³. D'autre part, le texte de 1931 est

²²²¹ Dans le même sens, l'article 47 établit des mesures spéciales pour la protection des paysans et pêcheurs.

²²²² BROUÉ, Pierre, *La Révolution espagnole : 1931-1939*, Paris, Flammarion, 1977, p. 99.

²²²³ Dans l'article intitulé « La reforma constitucional », parut dans la *Revista jurídica* n° 234, Tascón affirme : « La tendencia moderna se manifiesta en el sentido de prohibir las reformas constitucionales totales. La Constitución más reciente, que es la española de 1931, no permite sino las enmiendas parciales, y eso es científico, porque debiendo la Constitución ser reflejo de la estructura, de la acción y del vivir de un Estado, no es concebible que en un momento dado pueda una nación cambiar radicalmente de aspiraciones, de necesidades y aun de modo de ser » (TASCÓN, Tulio Enrique, «La reforma constitucional», in ID., *Historia del*

possiblement la constitution étrangère la plus invoquée pendant les débats parlementaires qui précèdent la révision de 1936. Par exemple, en janvier le sénateur Burbano affirme qu'en Espagne la séparation de l'Église et l'État a été déclarée, mais le sénateur Moncada réplique que « nous ne pouvons soutenir que ce qui est fait en Espagne doit être fait en Colombie, parce que les coutumes là-bas sont différentes des nôtres »²²²⁴. Dans la même veine, le ministre de l'intérieur Alberto Lleras Camargo, dans un débat sur le caractère centraliste du régime territorial, met en cause la possibilité de comparer la situation espagnole à celle qui vivait la Colombie à cette époque²²²⁵; en revanche, le sénateur Caamaño lit la constitution espagnole pour justifier l'introduction d'une certaine autonomie administrative des départements²²²⁶. Dans le débat du 24 janvier sur la propriété et l'indemnité comme condition d'une expropriation forcée, les sénateurs Morillo et Rubiano citent expressément l'article 44 de la constitution espagnole²²²⁷. De même, dans les débats sur l'intervention de l'État dans l'économie, le sénateur Simmons affirme que le terme « rationaliser » est inclus dans le texte de 1931²²²⁸, tandis que le sénateur Carlos V. Rey y fait également allusion pour justifier l'établissement du divorce, bien qu'il énumère plusieurs exemples des législations étrangères qui avaient adopté la même mesure²²²⁹.

La guerre civile espagnole attire encore plus l'attention de la classe politique colombienne. Après son déclenchement la presse suit les événements jour par jour et les éditoriaux assument une posture définie selon leurs orientations partisans. Ainsi, le journal *El Tiempo*, malgré les avances des nationalistes maintient l'appui au gouvernement républicain²²³⁰, alors que *El Siglo*, dirigée par Laureano Gómez, soutient tout le temps Franco et les insurgés²²³¹. Pour sa part, dans le parlement la plupart des libéraux appellent à la défense de la République espagnole et dénoncent le coup d'État. Face à cet incident le sénat approuve une motion dans laquelle il manifeste son « admiration et sympathie pour la lutte héroïque qui actuellement maintiennent le gouvernement et le peuple d'Espagne en

Derecho Constitucional Colombiano: Lecciones de historia política dictadas en el Externado de Derecho y en la Universidad Libre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 23).

²²²⁴ *Anales del Senado*, 13 feb. 1936, serie 5, n° 229 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 171.

²²²⁵ « Confieso. honorables Senadores, que he sufrido una sorpresa intelectual, difícilmente superable, cuando oí en este mismo recinto al Senador Arrieta defender su fórmula encaminada a abrir paso a un hipotético federalismo futuro, con la comparación de nuestras condiciones y las de España, alegando un parentesco de razas y carácter, que podría hacer practicable ciertas normas legales de la Península en nuestra modalidad jurídica. Yo no puedo aceptar tan imposible paralelismo » (*Anales del Senado*, 29 feb. 1936, serie 5, n° 243 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 177).

²²²⁶ *Anales del Senado*, 4 marzo 1936, serie 5, n° 246; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 186.

²²²⁷ *Anales del Senado*, 25 enero 1936, serie 5, n° 213; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 221.

²²²⁸ *Anales del Senado*, 4 feb. 1936, serie 5, n° 221; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 250.

²²²⁹ *Anales del Senado*, 7 mayo 1936, serie 6, n° 296; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, pp. 263-268.

²²³⁰ Par exemple, on peut lire dans un éditorial: « Nosotros no negamos, no caemos en la necesidad de desconocer los triunfos de la fuerza. Pero sí los deploramos. Preciso es reconocer en esto una victoria de los "totalitarios" y una derrota de la democracia » (*El Tiempo*, 30 de marzo de 1938).

²²³¹ C'est ainsi que ce journal salue la visite de l'envoyé de Franco à Barranquilla, Ginés de Albareda, et affirme qu'il a donné un « discours magistral » (*El Siglo*, 22 de septiembre de 1937).

défense de sa démocratie »²²³². Par ailleurs, dans plusieurs villes sont fondés des comités d'appui de la République espagnole, par exemple à Bogotá et Barranquilla, en même temps que les syndicats et organisations ouvrières se manifestent en faveur des républicains²²³³.

3. *La constitution mexicaine de 1917*

Un autre texte constamment évoqué dans le débat politico-constitutionnel en Colombie pendant les années vingt et trente est la constitution mexicaine de 1917, dite de « Querétaro », nom de la ville où elle a été discutée et promulguée. Elle est la conséquence juridique de la révolution de 1910 qui avait renversé le général Porfirio Díaz, au pouvoir depuis 1876²²³⁴. Dirigé par Francisco Madero, riche propriétaire du Nord qui rassemble autour de lui une petite classe moyenne, ce mouvement démocratique devient une insurrection armée. Au nord, se soulèvent Doroteo Arango, dit Pancho Villa, et Pascual Orozco, alors qu'au sud, Emiliano Zapata prend la tête de la révolte des communautés indiennes dépossédées. En mars 1911 le mouvement triomphe pratiquement sans combats, et Díaz part à l'exil. Madero est élu président et procède à quelques réformes politiques, sans pour autant résoudre la principale question, celle de la terre. Zapata n'accepte pas le nouveau gouvernement, continue la lutte et fixe les objectifs agraires de son mouvement. Aux rébellions paysannes se joint l'opposition des grands propriétaires fonciers et le président Madero finit par être assassiné lors d'un coup d'État en février 1913, qui permet au général Victoriano de la Huerta de s'emparer de la présidence. Cependant, plusieurs secteurs politiques contestent cette action. Un ancien gouverneur porfiriste, Venustiano Carranza, prend la tête de la faction « constitutionnaliste », à laquelle adhèrent Zapata et Villa et qui bénéficie de l'appui militaire des États-Unis. En 1914, face à la défaite de ses troupes le président de la Huerta abandonne le pays. Malgré leur victoire, les constitutionnalistes se scindent en diverses factions. Villa et Zapata, dès lors dans l'opposition, occupent la capitale en 1914, mais le président Carranza, qui connaît des moments difficiles, sort néanmoins victorieux du conflit et vainc les troupes de Villa en 1915. Le gouverneur atteint une certaine stabilité, bien que Zapata poursuive la lutte armée, et un projet réforme agraire commence à être exécuté qui rend à quelques communautés indiennes leurs ejidos. Dans ce contexte et pour assurer également le soutien des classes ouvrières, Carranza emploie tous ses soins pour promouvoir une réforme constitutionnelle. Un Congrès Constituant commence ses travaux en décembre 1916 et le 5 février de l'année suivante est promulguée la Constitution politique des États-Unis mexicains. Elle comporte une législation sociale avancée en matière de protection aux travailleurs²²³⁵, d'éducation²²³⁶

²²³² *Anales del Senado*, 24 julio 1936, serie 1ª, n° 4., p. 23.

²²³³ TIRADO MEJÍA, Álvaro, *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., pp. 347-348.

²²³⁴ Sur la révolution mexicaine entre 1910 et 1920 voir: CUMBERLAND, Charles C., *La revolución mexicana: los años constitucionalistas*, México, FCE, 1993; GILLY, Adolfo, *La révolution mexicaine : 1910-1920. Une révolution interrompue, une guerre paysanne pour la terre et le pouvoir*, trad. P.-L. Abramson et J.-P. Paute, Paris, Éd. Syllepse, 1995 ; GUERRA, François-Xavier, *Le Mexique : de l'Ancien régime à la Révolution*, Paris, l'Harmattan, 1985 ; MEYER, Jean-André, *La révolution mexicaine : 1910-1940*, Paris, Calmann-Lévy, 1972 ; KNIGHT, Alan, *The Mexican revolution*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1986.

²²³⁵ Dans le célèbre l'article 123 la constitution établit les bases de la législation de protection des travailleurs, parmi lesquelles il énonce les suivantes : « La durée de la journée de travail maxima sera de huit heures. [...] Pour chaque six jours de travail, le travailleur devra jouir d'au moins un jour de repos. [...] »

et de régime de la propriété²²³⁷, de même qu'elle continue le projet de laïcisation de la société²²³⁸. Toutefois, la situation qu'elle trouve lors de son entrée en vigueur est très mouvementée par l'homicide de Zapata et, par conséquent, elle ne peut pas être appliquée. Les militaires issus de la révolution, qui détiennent véritablement le pouvoir, entament la « pacification » des campagnes et Carranza est renversé et assassiné en 1920.

Il est possible de trouver quelques références à la constitution mexicaine de 1917 dans les débats parlementaires conduisant à l'adoption de la révision constitutionnelle de 1936 en Colombie. Par exemple, dans une des sessions plénières de la chambre de représentants en mars 1936 le député Diego Luis Córdoba lit le texte de l'article 27 sur la propriété, ainsi que celui de l'article 44 de la constitution espagnole²²³⁹. Dans la presse, l'opposition conservatrice y fait également allusion, mais pour dénoncer le constat qu'en Colombie, comme en Mexique, la persécution contre l'Église a été entamée. Un éditorial d'*El Siglo* intitulé « *Lo mismo que en México* » affirme ainsi que « très rapidement le gouvernement nous emmène aux extrêmes de la persécution religieuse. Rien n'arrête les révolutionnaires. Leur intérêt est de faire disparaître l'Église en Colombie »²²⁴⁰. Par ailleurs, le développement par le président Lázaro Cárdenas de la réforme agraire prévue dans la constitution de 1917 se présente comme un exemple à suivre dans les projets que sur le même sujet promeut le gouvernement López Pumarejo. Selon D. Bushnell, « la révolution mexicaine, qui était beaucoup plus en concordance avec l'esprit révolutionnaire que le programme de López, bien qu'elle ne soit pas strictement marxiste dans son orientation idéologique, passait par son moment le plus radical comme mouvement de transformation socio-économique, et le

Pendant les trois mois qui précéderont l'accouchement, les femmes ne pourront pas se livrer à des travaux physiques qui exigeraient un effort matériel considérable. [...] Le salaire minimum dont devra jouir le travailleur sera celui qui sera considéré comme suffisant, étant données les conditions de chaque région, pour satisfaire aux besoins normaux de la vie de l'ouvrier, à son éducation et aux délassements honnêtes en le considérant comme père de famille. [...] À travail égal doit correspondre un salaire égal, sans avoir égard au sexe ou à la nationalité ». Pour une version en français de la constitution mexicaine de 1917 voir : MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions des nations américaines*, cit., pp. 303-356.

²²³⁶ Article 3 : « L'enseignement est libre ; mais celui donné dans les établissements officiels d'éducation, de même que l'enseignement primaire, élémentaire et supérieur donné dans les établissements particuliers devra être laïque. [...] Dans les établissements officiels l'enseignement primaire sera gratuit ».

²²³⁷ Selon l'article 27 « la propriété des terres et des eaux comprises dans les limites du territoire national appartient à titre originaire à la Nation, laquelle a eu et a le droit d'en céder le domaine à des particuliers, en constituant la propriété privée. / Les expropriations ne pourront avoir lieu que pour cause d'utilité publique et moyennant indemnité. / La Nation aura en tout temps le droit d'imposer à la propriété privée les modalités que commande l'intérêt public, ainsi que celui de régler le meilleur emploi des éléments naturels susceptibles d'appropriation, en vue d'une distribution équitable de la richesse publique et pour veiller à sa conservation. [...] ».

²²³⁸ Dans l'article 24 il est établi que « tout homme est libre de professer la croyance religieuse qui a sa préférence et d'en pratiquer les cérémonies, dévotions ou actes du culte, dans les temples ou dans son domicile particulier, pourvu qu'ils ne constituent pas un délit ou une faute punis par la loi ». De plus, selon l'article 130 « le Congrès ne peut pas faire de lois établissant ou prohibant une religion quelconque ». Sur la constitution mexicaine de 1917 voir : RABASA, Emilio O., *Historia de las constituciones mexicanas*, México, UNAM, 2000, pp. 81-105 ; SAYEG HELÚ, Jorg, *Introducción a la historia constitucional de México*, México, UNAM, 1978, pp. 143-164 ; ULLOA, Berta, *La Constitución de 1917*, México, D.F., Colegio de México, 1983.

²²³⁹ *Anales de la Cámara de Representantes*, 17 marzo 1936, serie 2, n° 192 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 55.

²²⁴⁰ *El Siglo*, 27 de julio de 1936.

cas mexicain sert comme modèle pour quelques réformes qui seront implémentées en Colombie »²²⁴¹.

SECTION 2. LA DOCTRINE ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS DANS LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE

Les lois constitutionnelles françaises de 1875 ne sont pas l'étalon à partir duquel les dispositions de la révision constitutionnelle de 1936 ont été conçues. Ce sont d'autres textes constitutionnels qui ont servi de modèle et référence dans les débats parlementaires qui se sont produits entre les débuts du gouvernement López Pumarejo et la promulgation de la réforme en août 1936. On vient de remarquer l'influence des constitutions allemande de 1919, espagnole de 1931 et mexicaine de 1917 dans le processus de discussion et élaboration des dispositions qui intègrent l'Acte Législatif n° 1 de 1936, bien qu'il est possible de trouver des mentions à d'autres chartes. Il n'en demeure pas moins que le constitutionnalisme français est bien présent, mais par la voie de la doctrine qui expose et examine le régime constitutionnel en vigueur en ce pays. Il s'agit vraisemblablement d'une conséquence de la conception du droit constitutionnel la plus répandue en France au tournant du XX^e siècle, qui en acceptant que constitution et loi sont tous les deux des guides pour l'action de l'autorité publique, considère que dans l'accomplissement de ce rôle la dernière est encore plus efficace. Pendant la Troisième République ce n'est pas la constitution mais la loi qui se révèle l'instrument par excellence du changement social²²⁴². Cependant, certaines tendances de la doctrine constitutionnelle présentent une version du régime constitutionnel français plus disposé à être employé comme un dispositif de transformation des réalités sociales. Il est possible que cette variation soit la conséquence de la manière dont cette doctrine a été traduite et adaptée dans un cadre de fort bouleversement politique et juridique (I), avant d'arriver en Colombie et se dévoiler comme l'une des justifications des réformes proposées le plus évoquée (II).

I. Le transfert par l'Espagne de la doctrine constitutionnelle française

Le transfert des idées juridiques des pays considérés traditionnellement comme des lieux de production, spécialement ceux de l'Europe, vers la Colombie et, en général, l'Amérique Latine a presque toujours emprunté la voie de l'Espagne. Il est évident que le fait que ce pays soit le lieu intermédiaire par excellence du transfert des idées juridiques est la conséquence principale de longues années de colonisation sur les territoires et les populations de ce sous-continent. Pourtant, cela ne signifie pas que cette présence de l'Espagne dans ce transfert ait fini après leur indépendance au début du XX^e siècle ; au contraire, c'est à cette époque que l'influence des lieux de production, tout particulièrement

²²⁴¹ BUSHNELL, D., *Colombia una nación a pesar de sí misma*, cit., pp. 256-257.

²²⁴² REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 173.

de la France, s'est accentuée, car l'isolationnisme qu'avait imposé l'empire espagnol, plus ou moins profond selon le pays, a été brisé par ces mouvements indépendantistes et la formation des nouveaux gouvernements. Ainsi, les États que l'on essayait de constituer après l'indépendance avaient besoins d'un droit et d'une doctrine qui, en principe, devaient rompre avec le modèle juridique hérité de la colonisation espagnole. Mais lorsque ce droit et cette doctrine n'avaient pas été pris directement de sa source originale en langue française, ils étaient reçus après être passés par l'Espagne. Cet apparent paradoxe s'explique par le fait qu'au début du dix-neuvième siècle la couronne espagnole n'a pas seulement perdu la plupart de ses colonies en Amérique du Sud, mais elle a aussi été bouleversée par l'expansion du projet révolutionnaire française, ce qui a abouti à la promulgation de la Constitution dite de « Cadiz » de 1812.

Ainsi, en Amérique Latine dans les années qui ont suivi l'indépendance, le modèle juridique français a eu une influence considérable, même si son introduction s'est réalisée de manière progressive : d'abord, on s'est essentiellement inspiré du droit constitutionnel puis, pendant la deuxième partie du XIX^e siècle, on a également adopté le droit civil. Néanmoins, deux phénomènes ont nuancé cette influence juridique française : d'une part, le droit espagnol était loin d'avoir été complètement abandonné et sa présence — comme celle du droit canonique — sera permanente tout au long du XIX^e siècle, même après la réception du droit privé français dans la plupart de pays de l'Amérique Latine ; d'autre part, pour ce qui est du droit constitutionnel, la concurrence du constitutionnalisme américain issu de la Déclaration d'indépendance de 1776 et la Constitution des États-Unis de 1787 a eu de très importants effets, en particulier dans les adaptations latino-américaines du présidentielisme.

Au début du XX^e siècle, l'introduction progressive du modèle juridique français a continué tant dans le droit privé (au droit civil va se joindre le droit commercial) que dans le droit public (au droit constitutionnel va se joindre le droit administratif). Ainsi, pendant cette période, non seulement le droit mais aussi la doctrine constitutionnelle française commencent à intéresser les juristes et les politiciens ibéro-américains. Cet intérêt s'inscrit dans le cadre d'une crise générale de l'État libéral qui peut être conçue comme la continuation de celle qui s'était déjà produite dans plusieurs pays d'Europe, la France incluse, dès la fin du siècle antérieur. Cette recherche de nouveaux critères qui permettent la réforme de l'État et du droit pour répondre à la crise explique pour une grande part la manière dont la doctrine constitutionnelle française a été transplantée et accueillie en Amérique Latine, après avoir à son tour été reçue, aménagée, et diffusée en Espagne. Certaines tendances ont été sélectionnées ainsi que quelques auteurs qui pouvaient mieux correspondre, d'une part, au contexte politique réformiste qui s'impose de plus en plus tant en Espagne qu'en Amérique Latine et, d'autre part, aux conceptions qu'y avaient les juristes sur le droit, particulièrement sur sa structure, ses fonctions et sa capacité de transformer les réalités.

Dans ce contexte, l'école du service public de Léon Duguit a été privilégiée comme celle qui offrait les éléments les plus pertinents pour la réalisation des transformations sociales et économiques à travers une conception nouvelle des fonctions de l'État, qui dépassait largement le cadre restreint propre au libéralisme classique, et aussi à travers une idée du droit qui permettait de le concevoir comme un instrument d'accomplissement de

ces réformes²²⁴³. L'œuvre de Duguit semblait alors être destinée à servir de fondement doctrinal à plusieurs réformes constitutionnelles et législatives qui se sont produites dans divers pays ibéro-américains. Dans ce cas, la doctrine espagnole a eu un rôle primordial dans la traduction et diffusion de la pensée de Duguit en Amérique Latine, ce qui constitue un excellent exemple de la notion de lieu de transition, sur laquelle l'on va y revenir²²⁴⁴.

En Espagne précisément, l'introduction d'une partie de l'œuvre de Duguit est liée au mouvement intellectuel et politique qui a abouti à l'instauration de la Seconde République par la Constitution de 1931. L'influence du doyen de Bordeaux a surtout consisté à encourager la pensée de plusieurs auteurs partisans du courant réformiste. Selon eux, la crise de l'État libéral était évidente et si l'on voulait la résoudre il fallait procéder à une réforme des institutions qui incorpore la notion d'État de services publics et qui reconnaît le pluralisme social et syndical, sujets tous deux développés spécialement par Duguit²²⁴⁵. Parmi les auteurs qui ont lu et diffusé la pensée de Duguit en Espagne, Adolfo Posada (1860-1944), professeur à l'Université d'Oviedo, occupe une place prédominante. Il a réalisé en 1909 la première traduction en langue espagnole d'un ouvrage de cet auteur, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*²²⁴⁶, juste un an après sa publication en France, et aussi la première étude doctrinale, qui a été publiée comme introduction de cette traduction, intitulée *La nueva orientación del derecho político*²²⁴⁷. Posada essayait aussi de suivre le développement des idées de Duguit et d'en faire l'analyse et la critique. Cela transparait avec la publication en 1915 de sa traduction de *Les transformations du Droit public*²²⁴⁸, ouvrage qui avait été publié en France deux ans auparavant²²⁴⁹. Un autre connaisseur et traducteur des ouvrages de Duguit en Espagne est

²²⁴³ Plus encore, en Amérique Latine les idées de Duguit ont été employées dans des contextes de soulèvement et mis en cause de l'ordre établi. En ce sens, le cas le plus célèbre est celui de Fidel Castro qui en 1953, après l'attaque de la caserne Moncada est arrêté et inculpé, et dans la plaidoirie qu'il formule devant ses juges il affirme : « Duguit a dit dans son Traité de Droit constitutionnel que “ si l'insurrection échoue, il n'y aura pas un tribunal qui ose déclarer qu'il n'y a pas eu complot ou attentat à la sûreté de l'État parce que le gouvernement était tyrannique et que l'intention de le renverser était légitime ”. Mais notez bien qu'il ne dit pas que “ le tribunal ne devra pas ”, mais qu'il “ n'y aura pas un tribunal qui ose déclarer ” ; plus clairement qu'il n'y aura pas un tribunal assez courageux pour le faire sous une tyrannie. La question ne permet pas d'alternative : si le tribunal est courageux et qu'il accomplit son devoir il osera le faire » (CASTRO, Fidel, *L'histoire m'acquittera*, trad. française, La Havane, Editora política, 1964, p. 164).

²²⁴⁴ Or, par rapport à la doctrine duguitienne l'Espagne ne serait pas le seul lieu de transition. G. Langrod, énonce d'autres pays où l'œuvre de Duguit a été reçue et dont la doctrine a pu accomplir le rôle de propager les idées de l'auteur : « En faisant un tour d'horizon nous trouvons aussi des traces certaines de l'influence de la théorie de Duguit autant en Espagne (grâce à la profonde parenté intellectuelle entre Duguit et son éminent traducteur Adolfo Posada), qu'en Italie (grâce aux mémorables travaux de V. Orlando et plus particulièrement de V. Forti), et au Portugal (où le grand retentissement des idées sociologico-juridiques de Duguit trouva un centre de diffusion à l'Université de Coïmbre, en particulier en la personne de Domingos Fezas Vital) » (LANGROD, Georges, « L'Influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, p. 139).

²²⁴⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis, CALVO GONZÁLEZ, José, « Estudio Preliminar: “La teoría jurídica de León Duguit” », en DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*, 2^a ed., trad. José G. Acuña, Granada, Comares, 2005, p. XXIX.

²²⁴⁶ DUGUIT, Léon, *La transformación del Estado*, trad. Adolfo Posada, 1^a ed. española, Madrid, José Blass y Cia., 1909 ; 2^a ed. española, Madrid, Francisco Beltrán, s. f.

²²⁴⁷ POSADA, Adolfo, « La nueva orientación del derecho político », in DUGUIT, León, *La transformación del Estado*, 2^a ed. española, Madrid: Francisco Beltrán, s. f.

²²⁴⁸ DUGUIT, Léon, *Las transformaciones del Derecho Público*, trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Madrid, Francisco Beltrán, 1915.

²²⁴⁹ Voir *supra* n. 1513.

le juriste et diplomate José G. Acuña qui ayant réalisé en 1921 la traduction du *Manuel de droit constitutionnel*, offre la synthèse la plus complète de la pensée de Duguit disponible en langue espagnole²²⁵⁰. Puis, en 1924, a été publiée la traduction qu'il a faite des conférences données par cet auteur à New York entre 1920 et 1921 sous le titre *Souveraineté et liberté*²²⁵¹. Il convient en plus de faire référence à Ramiro de Maetzu, un autre écrivain relativement influencé par Duguit, malgré son orientation vers une droite conservatrice. Ainsi, dans le prologue de son ouvrage intitulé *La crisis del humanismo* (1919) il reconnaît que sa théorie objective des sociétés humaines prend l'idée de droit objectif de la théorie de Duguit²²⁵². Or, il semble que l'auteur espagnol dont les idées sont les plus similaires à celles de Duguit est Pedro Dorado Montero, chez qui l'on a vu une « sorte de Duguit espagnol par l'analyse très matérialiste qu'il fait du droit »²²⁵³.

Cette diffusion des idées de Duguit n'impliquait pas nécessairement leur acceptation généralisée par la doctrine espagnole. Même Adolfo Posada a formulé quelques critiques dans son étude préliminaire à l'ouvrage *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*²²⁵⁴. Ces critiques sont néanmoins fondées sur des arguments différents de ceux que développait la tendance conservatrice et traditionaliste de la doctrine espagnole. En effet, outre une réception favorable s'est développée une réaction très critique à l'égard des conceptions de Duguit, tant par les partisans de l'école du droit naturel que par le catholicisme juridique qui, évidemment, s'opposaient également aux transformations impulsées par les réformistes du début du XX^e siècle. Un exemple des types d'objections réalisées du point de vue du droit naturel se trouve dans le livre d'Hexiquio Pajares intitulé *Ideas políticas: el concepto del derecho, según M. León Duguit*²²⁵⁵ et dans celui de Alberto Jardón, *Las teorías políticas de Duguit*²²⁵⁶. Ce dernier cherche à

²²⁵⁰ DUGUIT, Léon, *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña, 1^{re} ed., Madrid, Jiménez y Molina, 1921; 2^e ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1926 (reimpresión, Granada: Comares, 2005).

²²⁵¹ DUGUIT, Léon, *Soberanía y libertad: lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York)*, trad. José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1924.

²²⁵² MAETZU, Ramiro de, *La crisis del humanismo. Los principios de autoridad, libertad y función a la luz de la guerra* (1^{re} ed. en inglés, 1916), Salamanca, Ediciones Almar, 2001.

²²⁵³ REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 328. En effet, Dorado soutient dans un article paru en 1899 une conception de l'État très proche de celle que Duguit expose dans son livre *L'État, le droit objectif et la loi positive* (voir *supra* n. 1513) lorsqu'il se prononce en faveur de l'« État coopératif dont les fonctions ne sont pas la propriété, pour ainsi dire, du souverain, mais bien des services collectifs, et dont les organes et les fonctionnaires n'aient pas d'autre caractère que celui d'administrateurs d'intérêts généraux et communs, désignés, par suite, par la communauté et responsables devant elle » (DORADO MONTERO, Pedro, « Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 12, 1899, p. 251). Cependant, Dorado ne peut pas développer ces idées parce qu'il a échangé son poste de professeur de droit public et administratif pour celui de professeur de droit pénal (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, « Duguit lu : l'Espagne », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 266).

²²⁵⁴ Comme le remarque T.-R. Fernández, l'interprétation de Posada de l'œuvre de Duguit « est, donc, critique, mais extrêmement respectueuse et par conséquence possibiliste. Posada tâche, en effet, de profiter de ce qu'il voit de positif dans la pensée de Duguit pour cette nouvelle orientation du droit politique, qu'il juge nécessaire pour sortir de la crise dans laquelle l'État, en tant que fait et idée, se trouve, mais il refuse de démolir complètement l'édifice, en prouvant de la sorte son propre réalisme » (FERNÁNDEZ, T.-R., *op. cit.*, p. 260).

²²⁵⁵ PAJARES, Hexiquio, *Ideas políticas: el concepto del derecho, según M. León Duguit, el pragmatismo jurídico de M. León Duguit, la representación por clases*, El Escorial, Imp. del Real Monasterio, 1925.

²²⁵⁶ JARDÓN, Alberto, *Las teorías políticas de Duguit*, Madrid, Editorial Reus, 1919.

contester le fondement philosophique de la doctrine duguitienne, en particulier sa notion de solidarité, mais tout en acceptant que « Duguit, dans l'étude et la systématisation du droit en vigueur, dans le Droit Administratif, dépasse le Duguit philosophe et politicien »²²⁵⁷.

La très appréciable présence des idées du doyen de Bordeaux en Espagne et dans d'autres pays ne résulte pas seulement de leur correspondance aux conditions politiques et au contexte intellectuel. Il s'est ainsi lui-même s'est chargé de les propager à l'étranger à travers divers voyages²²⁵⁸. Marcel Laborde-Lacoste fait l'énumération de la plupart de ces voyages : « Il est allé en Roumanie, en Belgique, en Hollande, en Espagne, en Portugal, en République Argentine, aux États-Unis, en Égypte, moins pour se distraire, ou s'instruire lui-même, que pour enseigner à l'étranger, faire connaître la science juridique française, l'Université de Bordeaux et la Faculté de Bordeaux, qu'il ne consentait à quitter quelques jours que pour cela »²²⁵⁹. Cependant, il n'indique pas le voyage qu'en 1921 Duguit aurait fait en Colombie pour prononcer une conférence à l'Université Nationale, probablement après son séjour à New York entre décembre 1920 et février 1921. Malheureusement, la seule référence qu'il est possible de trouver de ce voyage est celle faite par le juriste et homme politique colombien Dario Echandía, sans que l'on puisse trouver une autre allusion ni le texte de la conférence donnée²²⁶⁰. Il reste par contre de sa visite en Espagne la publication en 1924 de quatre conférences prononcées entre le 21 et le 24 novembre 1923 à l'Université Central de Madrid, sous le titre *El pragmatismo jurídico*, publication précédée d'une étude préliminaire de Quintiliano Saldaña²²⁶¹. Par ailleurs, le voyage en Argentine a donné lieu à la publication, d'abord en français²²⁶² puis en espagnol²²⁶³, des conférences qui ont été prononcées à la Faculté de Droit de Buenos Aires entre les mois d'août et septembre 1911. Enfin, il convient de faire référence aussi à la traduction parue au Mexique en 1922 de l'article intitulé *Théorie générale de l'acte juridique*, publié originalement dans la Revue du droit public en 1919²²⁶⁴.

²²⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

²²⁵⁸ Voir *supra* pp. 318 et suiv.

²²⁵⁹ LABORDE-LACOSTE, Marcel, « La vie et la personnalité de Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, p. 100 ; voir également : MONEREO P., José L., CALVO G., José, « Estudio Preliminar: "La teoría jurídica de León Duguit" », in DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña, 2^e ed., Granada, Comares, 2005, pp. XIII-L. pp. XIV-XV.

²²⁶⁰ Voir en ce sens : LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho*, cit., p. 236, n. 1.

²²⁶¹ DUGUIT, León, *El pragmatismo jurídico (Conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid)*, trad. Agustín de Lázaro Álvarez et al., Madrid, Francisco Beltrán, 1924.

²²⁶² Voir *supra* n. 1513.

²²⁶³ DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, trad. Carlos Gonzáles Posada, 1^a ed., Madrid, Blass y C^a, 1920 [?]; 2^a ed., Madrid, Librería Francisco Beltrán, 1921.

²²⁶⁴ DUGUIT, León, *Teoría general del acto jurídico*, trad. de G. S. M. O., México, Cultura, 1922. G. Langrod présente une synthèse de la réception de Duguit dans plusieurs pays du monde : « A l'étranger l'influence de la pensée duguitienne semble visible par exemple : en Italie chez Giuseppe Carle, au Mexique chez Luis Recasens Siches, en Argentine chez Carlos Nardi-Greco, au Brésil chez Pontes de Miranda, et avant tout aux États-Unis dans l'école réaliste représentée par la *Sociological Jurisprudence*, de Roscoe Pounds ; ici, en effet, la filiation avec les idées de Léon Duguit est certaine quant au refus d'une valeur propre faite à l'objet des recherches juridiques et à l'investigation méthodique quant à la façon dont le juriste réalise des fins sociales (*engineering interpretation*) » (LANGROD, Georges, « L'Influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », cit., p. 140).

II. La doctrine constitutionnelle française dans les débats parlementaires portant sur la réforme de 1936 en Colombie

La crise de l'État libéral qui avait bouleversé l'Europe s'est étendue en Amérique Latine, en particulier en Colombie, bien qu'il soit possible de constater un retard relatif dans la mise en cause de ce modèle. En effet, elle n'aurait commencé qu'en 1930 avec l'arrivée au pouvoir d'une coalition majoritairement formée de membres du Parti libéral qui mettait ainsi un terme à l'hégémonie de plus de quarante ans d'une droite conservatrice. Cependant, comme on l'a déjà signalé, ce gouvernement, dirigé par Enrique Olaya Herrera, a plutôt donné lieu à une période de transition et les critiques vont se faire entendre plus fortement après l'élection, en 1934, d'Alfonzo López Pumarejo à la présidence de la République. Durant son mandat, la Colombie a vécu une véritable « agitation idéologique »²²⁶⁵ qui a ébranlé tous les fondements sur lesquels s'appuyait la société au XIX^e siècle. On considérerait alors que certaines réformes juridiques et institutionnelles s'imposaient au sein d'une société qui était en proie à des changements très importants dans ses structures sociales et économiques. En effet, au début du XX^e siècle, l'économie colombienne a connu sa première étape d'industrialisation et une très forte migration des populations rurales vers les villes. L'industrialisation et l'urbanisation ont impliqué le changement progressif des structures sociales par le renforcement de la bourgeoisie capitaliste et par la formation d'une classe ouvrière, ce qui aura des évidentes répercussions au niveau des rapports politiques.

De manière analogue à la tendance observée en Espagne, dans ce contexte de crise généralisée et d'un réformisme de plus en plus répandu, il n'a été reçu et adapté en Colombie que certaines tendances de la doctrine constitutionnelle française, particulièrement celle du solidarisme de l'école du service public fondée par Duguit. Cette influence serait si importante que depuis toujours les historiens du droit constitutionnel en Colombie affirment que sur certains points, les idées de cet auteur constituent l'un des principaux fondements intellectuels de la réforme en 1936 de la Constitution de 1886²²⁶⁶. Ainsi, D. Uribe Vargas conclut qu'« il n'y a aucun doute que le parlement, en promulguant la réforme de 1936, a cherché à assimiler les présupposés doctrinaux que les auteurs de l'école sociologique du droit avaient dérivés de la théorie solidariste »²²⁶⁷.

²²⁶⁵ TIRADO MEJÍA, A., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., p. 55.

²²⁶⁶ L'influence de Duguit n'appartient pas au passé. La Cour constitutionnelle colombienne a récemment fait explicitement allusion à cet auteur dans un de ses arrêts : « La *reforma Constitucional de 1936* comportó un cambio notable en el sistema político colombiano, en la concepción de las funciones que al Estado incumben, en la injerencia posible y legítima de éste en el campo económico, en el compromiso con una distribución más racional de la riqueza y en la acción dirigida a mitigar la situación de los grupos sociales más pobres, y material y formalmente más desamparados. A esta tendencia política, asimilada a menudo al "socialismo de Estado", prestó un servicio invaluable la teoría solidarista del jurista bordelés León Duguit, que sustituyó a la noción tradicional de derecho subjetivo la de función social » (Sentencia C-595 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

²²⁶⁷ URIBE VARGAS, D., *Evolución política y constitucional de Colombia*, p. 199. Voir dans le même sens : BARRETO MORENO, Antonio A., « La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta », *Opinión Jurídica*, vol. 10, n° 20, 2011, pp. 67-68 ; BATISTA PEREIRA, Eliécer, CORAL LUCERO, James I., « La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia », *Criterio Jurídico*, vol. 10, n° 1, 2010, p. 62 ; HENAO HIDRÓN, J., *Panorama del derecho constitucional colombiano*, cit., p. 45 ; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Constitucionalismo histórico*,

Cette influence de Duguit sur diverses parties de la réforme constitutionnelle de 1936 n'a été ni implicite ni indirecte²²⁶⁸. Les transcriptions des débats durant les séances du parlement consacrées à cette réforme permettent de constater qu'un nombre considérable de députés et sénateurs connaissaient relativement bien les conceptions de Duguit et qu'ils prétendaient les matérialiser dans plusieurs articles du projet de réforme. Il n'est donc pas rare d'y trouver des références explicites aux idées de cet auteur et même des citations de ses ouvrages. Cependant, le recours à la doctrine de Duguit par les parlementaires colombiens se distingue par son caractère fragmentaire et partiel. Il s'agit d'une lecture sélective et accentuée d'arguments qui correspond assez bien à la modalité de transformation des idées juridiques dans les lieux de réception que l'on désignera sous le nom de « reconstruction des mosaïques »²²⁶⁹. Dans ce cas, on est loin d'une lecture compréhensive qui tient compte de l'ensemble de l'œuvre de Duguit. Au contraire, les parlementaires partisans du solidarisme juridique défendu par cet auteur ne mobilisaient que quelques éléments de sa doctrine. Cette dernière avait déjà été l'objet du filtrage inhérent aux traductions et cela même si quelques-uns d'entre eux pouvaient lire directement en français les quelques ouvrages de Duguit dans sa version originale disponibles en Colombie à cette époque.

S'il y a un sujet sur lequel les parlementaires colombiens ont cherché dans la doctrine de Duguit des arguments pour défendre leurs propres idées, c'est celui de la réforme du régime de la propriété privée, qui prétend répondre aux demandes des mouvements paysans²²⁷⁰. Même dans le projet présenté par Darío Echandía, ministre de l'intérieur puis ministre de l'éducation du gouvernement du président López, projet qui est le point de départ de la discussion de la réforme, on trouve déjà des critiques explicites de la conception subjectiviste des droits, qui devait être remplacée par celle qui conçoit les droits plutôt comme fonctions sociales qui imposent des devoirs. Dans une implicite, mais claire, référence aux idées de Duguit, le ministre Echandía affirmait :

Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 141 ; PEÑA PORRAS, D., *La construcción del derecho administrativo colombiano*, cit., p. 56 ; ROCHA OCHOA, Cesáreo, «La reforma a la carta política de 1936», in Vidal Perdomo, Jaime (dir.), *Historia constitucional de Colombia. Siglo XX*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, p. 129 ; VALENCIA VILLA, H., *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*, cit., p. 182 ; VELÁSQUEZ TORO, M., TIRADO MEJÍA, Á., « Introducción », en ID. (ed.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., p. 24.

²²⁶⁸ En ce sens voir : AGUILERA P., Rafael, ESPINO T., Diana R., « Repensar A León Duguit Ante La Actual Crisis Del Estado Social », *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 12, 2010, pp. 49-71 ; MERCADO G., Ana Carolina, *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015 ; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, « León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público », *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No 5, 2011, pp. 43-86.

²²⁶⁹ Voir *infra* p. 528.

²²⁷⁰ Voir *supra* p. 390. Comme l'explique H. Alviar, « the solution to this combination of demands was provided by the incorporation of Leon Duguit's ideas of property rights limited by a social purpose. Among members of the liberal party, it was understood that the party needed to transform its political objectives in order to try to put an end to the escalating social conflicts, get the votes of the workers and landless peasants, while modernizing the agricultural sector. The basis of this modernization was protecting landless peasants who worked the land and giving them titles over small plots of land, [...]. Duguit's theory provided the liberal party with a middle ground solution. On the one hand, it replaced a natural, individualistic, absolute understanding of property, and through this is tilted the balance toward peasants who had worked the land but were not owners » (ALVIAR GARCÍA, Helena, « Leon Duguit's influence in Colombia: the lost opportunity of a potentially progressive reform », in FRANKENBERG, Günter (ed.), *Order from transfer: comparative constitutional design and legal culture*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2013, p 313).

« Vous pouvez voir, messieurs les députés, que le projet substitue la conception selon laquelle le droit individuel doit s'exercer comme une fonction sociale, ayant dans la convenance publique sa limite, à la conception excessivement individualiste des droits privés qui caractérise la Constitution actuelle. Le droit privé comme fonction sociale par opposition au droit privé absolu : cela est la raison ultime du projet que le Gouvernement soumet à votre approbation »²²⁷¹.

Parmi les nombreuses références plus ou moins explicites aux idées de Duguit sur cette question, il convient de remarquer une intervention du sénateur du parti libéral Timoleón Moncada pendant le débat du projet au sein de la commission des affaires constitutionnelles du sénat le 3 septembre 1935. Ce sénateur, afin de justifier les restrictions à la propriété privé qu'impliquait le projet de réforme constitutionnelle présenté par le gouvernement, cite explicitement l'extrait suivant de la version espagnole du *Manuel de droit constitutionnel*²²⁷² :

« La conception de la propriété, que s'étaient formée les auteurs de la Déclaration des droits et ceux du Code civil, ne répond certainement plus à l'état actuel du droit. Incontestablement, la propriété n'est plus aujourd'hui ce droit subjectif de l'individu que le code civil définissait comme « le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue » (art. 544), droit absolu, manifestation par excellence de l'autonomie individuelle, droit impliquant pour le propriétaire le pouvoir d'user, de jouir et de disposer de la chose, et en même temps le pouvoir de ne pas user, de ne pas jouir, de ne pas disposer de la chose et, par conséquent, de laisser ses terres sans cultures, ses emplacements urbains sans constructions, ses maisons sans location et sans entretien, ses capitaux mobiliers improductifs »²²⁷³.

À partir de cela, le sénateur Moncada peut affirmer qu'« actuellement la propriété tend à devenir une fonction sociale. Elle implique, pour tout détenteur d'une richesse, le devoir de l'employer pour accroître la richesse sociale et, à partir d'elle, l'interdépendance sociale »²²⁷⁴. Cette affirmation est assez représentative de l'assimilation des idées de Duguit sur la question de la propriété par la plupart des membres du parlement qui soutenaient la réforme telle que l'avait présentée le gouvernement et telle qu'elle allait être approuvée pour devenir l'article 10 de l'Acte législatif n° 1 du 5 août 1936.

Un autre sujet qui suscite également le recours à la doctrine de Duguit est celui du régime représentatif et des rapports entre représentants et représentés. C'est une nouvelle fois le sénateur Moncada qui s'appuie sur Duguit pour répondre aux critiques adressées à son encontre par le sénateur Gustavo Arrieta. On pourrait croire alors que l'influence de Duguit se restreint à un seul membre du parlement colombien. Toutefois, il est assez étonnant de constater que le sénateur Arrieta, afin de répliquer aux arguments du sénateur Moncada fondés sur des citations de Duguit, recourt lui aussi à la doctrine de cet auteur pour démontrer sa connaissance plus profonde. Durant la séance du 16 janvier 1936, le sénateur Moncada prend la parole afin de rejeter la théorie du mandat impératif qui est

²²⁷¹ *Anales de la Cámara de Representantes*, 25 sept. 1934, serie 1, n° 55.

²²⁷² VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, pp. 295-296.

²²⁷³ DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, organisation politique*, 4^e éd., Paris, E. de Boccard, 1923 (réimpression : Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007), § 76, p. 295.

²²⁷⁴ VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 296.

soutenue par le sénateur Arrieta. Il affirme donc que dans la réforme constitutionnelle les rapports entre représentants et représentés doivent être régis par la théorie du mandat représentatif. Le fondement de cette théorie se trouve, selon le sénateur, dans la notion de solidarité sociale, qui implique à son tour la division du travail et la distribution de tâches différentes entre les représentants et les représentés. Cela lui permet de conclure, en s'adressant à son adversaire, qu'« il n'y a donc pas de mandat entre les électeurs et les élus, honorable sénateur Arrieta, et pour vous convaincre, je vais vous lire quelques passages du grand expositeur français Léon Duguit ». Mais avant qu'il puisse commencer à lire, le sénateur Arrieta l'interrompt pour lui demander l'ouvrage dont est tirée la citation. « S'agit-il de l'ouvrage *Les transformations du Droit public* ou du *Manuel de droit constitutionnel* ? » « Du *Manuel de droit constitutionnel* », répond le sénateur Moncada. « Duguit a rectifié ses idées neuf ans après », réplique le sénateur Arrieta pour montrer qu'il connaît également en détail l'œuvre de cet auteur. Finalement, le sénateur Moncada procède à une longue citation de la version espagnole du *Manuel* de Duguit, où ce dernier critique la notion de représentation comme explication des rapports entre représentants et représentés (qu'il attribue à Adhémar Esmein²²⁷⁵) et fonde plutôt ces rapports sur la théorie de la solidarité sociale²²⁷⁶.

L'œuvre de Duguit a également influencé la doctrine constitutionnelle colombienne des années trente. De fait, la réception des idées de cet auteur fait partie d'un mouvement critique assez généralisé, qui a même été suivi par quelques juges, voir quelques magistrats de la cour de cassation. Il s'agit d'une critique anti-formaliste qui s'opposait à la conception du droit jusqu'à alors dominante et qui s'inspirait des idées d'autres auteurs tels que François Gény, Marcel Planiol et Georges Ripert²²⁷⁷, bien que la présence de Duguit dans le domaine du droit public soit presque exclusive. Cette importante présence peut être constatée dans les travaux de l'un des constitutionnalistes colombiens les plus connus pendant les années trente et quarante. En effet, Tulio Enrique Tascón se rapporte à plusieurs reprises aux idées de Duguit dans ses ouvrages. Il en va ainsi, lorsqu'il critique la conception excessivement libérale et individualiste de l'article 19 de la constitution avant la réforme de 1936 dans les termes suivants :

« L'article ne dit rien sur l'intervention de l'État afin de satisfaire les besoins humains ; rien sur le rôle de l'État comme organe qui protège les libertés individuelles ; rien sur les obligations positives de l'État. Comme Duguit l'affirme, il n'existe pas seulement des choses que l'État ne peut pas faire, mais aussi des choses que l'État est en devoir de faire ; par exemple, il a le devoir d'offrir gratuitement l'instruction primaire, de protéger les vieillards, les invalides et les incurables, de procurer un travail aux chômeurs, en bref, d'intervenir afin de garantir le bien-être commun comme expression d'un sens complet de la vie humaine et non de l'égoïsme individuel »²²⁷⁸.

²²⁷⁵ Voir *supra* p. 303. De fait, il s'agit de la seule mention à cet auteur dans les débats parlementaires qui précèdent la réforme de 1936.

²²⁷⁶ *Anales del Senado*, 13 febrero 1936, serie 5, n° 229 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, pp. 170-171.

²²⁷⁷ LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 326-328.

²²⁷⁸ TASCÓN, Tulio Enrique, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Editorial Minerva, 1934, p. 71.

Son analyse de la notion et de la portée de la propriété privée se base aussi sur les observations de Duguit, à tel point que les parlementaires qui discutent la réforme constitutionnelle de 1936 le considèrent un interprète autorisé de la pensée de cet auteur²²⁷⁹. En effet, dans son ouvrage sur le droit constitutionnel colombien Tascón remarque que « la propriété conçue comme un droit absolu tend actuellement à changer pour devenir une fonction sociale. Partout les lois obligent le propriétaire des terroirs à les cultiver, le propriétaire des emplacements urbains à y construire, etc., car on considère que le titre de propriétaire implique le devoir d'employer la richesse possédée afin d'augmenter la richesse générale et contribuer ainsi au bien-être commun comme un devoir de solidarité »²²⁸⁰. La ressemblance de ce passage avec celui du *Manuel de droit constitutionnel* de Duguit qu'on a transcrit ci-dessus est incontestable²²⁸¹.

Dans les controverses juridico-politiques des années trente en Colombie et dans les débats qui précèdent à la réforme de 1936 la doctrine constitutionnelle française paraît se restreindre à celle de Duguit. Néanmoins, il est possible de trouver quelques mentions à d'autres auteurs. C'est le cas de Boris Mirkine-Guetzévitch, dont les travaux de compilation et traduction des textes constitutionnels d'Europe et d'Amérique ont été très utiles pour certains parlementaires et pour la doctrine colombienne, leur permettant de connaître les plus récentes transformations du constitutionalisme de la période de l'entre-deux-guerres et d'accéder aux textes constitutionnels qui leur servent de base pour la rédaction de dispositions de la réforme²²⁸². Par exemple, dans un discours où les droits sociaux sont

²²⁷⁹ Par exemple, le député Samper, en critiquant la posture du ministre Echandía, affirme que « aunque el señor Ministro de Educación fue muy explícito ayer respecto de las fórmulas del Gobierno y del Senado, yo insisto en los siguientes puntos de vista: la Comisión de la Cámara procura —y está bien que así lo haga— en orden a la mayor efectividad de esta reforma, que no se introduzcan modificaciones fuera de las indispensables, y evitar la inclusión de artículos nuevos, que pueden parecer declaraciones meramente platónicas, como lo decía el señor ministro. Sin embargo, hay algunas cosas que entrañan verdaderas reformas y que sí debieran figurar en el texto de este acto legislativo. No me fundo en argumentos míos, sino en argumentos de los constitucionalistas que han estudiado a fondo y a espacio estas cuestiones, entre otros, el doctor Tulio Enrique Tascón, en su celeberrima obra referente a la Constitución de 86, que es el libro más importante que aquí se ha hecho sobre esta materia después de los comentarios de don José María Samper. Dice el doctor Tascón que si el partido liberal va a hacer realmente una transformación política del país, debiera empezar por dar en tierra con el concepto del estado gendarme que existe en la Carta que se trata de reformar, para establecer un sentido del estado de derecho de que hablan ahora todas las constituciones modernas. Pero el señor Ministro de Educación estima que no es el caso de llevar esta enmienda a la Constitución, porque la considera platónica » (*Anales de la Cámara de Representantes*, 7 marzo 1936, serie 2, n° 184 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome I, p. 226). Un autre exemple est le discours du sénateur Caamaño où il rapproche la notion de solidarité sociale que Tascón énonce à celle de Duguit (*Anales del Senado*, 21 enero 1936, serie 5, n° 209 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 185).

²²⁸⁰ TASCÓN, T. E., *op. cit.*, p. 92.

²²⁸¹ Pendant les années trente d'autres auteurs colombiens se sont également occupés de la doctrine de Duguit, tels que Marco Naranjo López (« Las teorías de León Duguit », *Revista jurídica* (Bogotá), n° 200, 1927, p. 157-160 ; « León Duguit », *Universidad* (Bogotá), n° 127, 1929, p. 355), Juan Francisco Forero N. (*Crítica del derecho Constitucional (exposición sistemática del derecho Constitucional de León Duguit)*, Bogotá, Editorial Minerva, 1935), José Gnecco Mozo (*La reforma constitucional de 1936: comentario jurídico al acto reformativo de la constitución*. Bogotá, A. B. C., 1938, pp. XXVI-XXIX), Gerardo Molina (« Criterio para el estudio de la legislación social », *Revista jurídica* (Bogotá), n° 239-240, 1936, pp. 435-436; *Conferencias de derecho social*, [Bogotá: s. n.], 1938), et Antonio José Montoya (*Tratado de derecho constitucional: (curso elemental)*, Bogotá, Tipografía Colón, 1938, pp. 32-41).

²²⁸² Ils l'ont notamment fait à travers la compilation des textes en espagnol de plusieurs constitutions du monde : MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931.

justement conçus comme l'un des apports de ce nouveau constitutionnalisme, le sénateur Moises Prieto considère que Mirkine-Guetzévitch (il parle du « *profesor Mirkin* ») est « l'un des commentateurs le plus grands du Droit constitutionnel moderne »²²⁸³. Le même sénateur l'évoque à nouveau lorsqu'il soutient la très innovatrice proposition d'introduire en Colombie le régime parlementaire et abandonner ainsi le présidentielisme²²⁸⁴. Tulio Enrique Tascón fait également allusion au professeur d'origine franco-ukrainienne pour reprendre ses critiques à certains textes constitutionnels récemment promulgués qui ne font que légitimer le despotisme²²⁸⁵. Qui plus est, quelques années plus tard Mirkine-Guetzévitch a même connu « le rarissime honneur » de voir son nom cité dans la codification des dispositions constitutionnelles en vigueur établie par le Conseil d'État colombien en 1945²²⁸⁶.

²²⁸³ *Anales del Senado*, 4 febrero 1936, serie 5, n° 221 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 128.

²²⁸⁴ De plus, le nom de Mirkine-Guetzévitch est incorrectement transcrit : « Hablando Mirkel de Guetzévitchi de esta preocupación, y especialmente del régimen parlamentario en las constituciones modernas, sintetiza su pensamiento diciendo que esta preocupación universal y de los grandes profesores, de hacer constituciones técnicas, la reduce a una sola frase: se trata de racionalizar la libertad. Así como en el derecho internacional las representaciones de los países y todas estas representaciones, que se reúnen en Ginebra, no son otra cosa que la racionalización de la paz; de la misma-manera las constituciones modernas tienden a racionalizar las libertades, y no hay manera de racionalizar la libertad, si todos los poderes se entregan a un solo hombre, irresponsable como hemos visto » (*Anales del Senado*, 1° junio 1936, serie 7, n° 305 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 379).

²²⁸⁵ « De estos pueblos que cambian de Constitución con el advenimiento de cada nuevo César, dijo el profesor MIRKINE GUETZÉVITEH [sic], de la Universidad de París, que sus constituciones no pueden citarse sino a *titre purement documentaire*, es decir, simples papeles » (TASCÓN, Tulio Enrique, « La reforma constitucional », cit., p. 16).

²²⁸⁶ C'est G. Langrod qui donne cette information (LANGROD, Georges, « In memoriam : Boris Mirkine-Guetzévitch, 1892-1955 », *Revue Politique et Parlementaire*, vol. 57, n° 648, 1955, pp. 176-177). Le nom de Mirkine-Guetzévitch apparaît dans la codification au final du titre XX relatif à la « Juridiction constitutionnelle ». L'on y mentionne que certaines constitutions se réfèrent aux « *garantías constitucionales* », mais qu'il est préférable d'utiliser la dénomination « *De la jurisdicción constitucional* », que es como el Profesor Boris Mirkine-Guetzévitch llama a este nueva institución jurídica » (*Constitución política de la república de Colombia: codificación de las disposiciones constitucionales vigentes, hecha por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, y con base en la numeración de la constitución de 1886*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1945, p. 46).

Conclusion du Titre II.

Le recours aux constitutions les plus récemment promulguées en Amérique Latine et en Europe, à quelques transformations du constitutionnalisme de l'entre-deux-guerres, aux tendances de la doctrine française considérées les plus avancées ne suffisent à accomplir ni le programme du parti libéral formulé en 1922, ni les propositions énoncées par López Pumarejo dans son discours d'acceptation de la candidature libérale en novembre 1933, encore moins les espoirs des secteurs populaires ou les exigences des mouvements ouvriers et paysans. Une fois dissipées les illusions de la « Révolution en marche », il est possible d'apercevoir que l'on n'a atteint que très partiellement les objectifs tracés. La montée du fondamentalisme conservateur et ecclésiastique, la résistance des classes privilégiées, les scissions parmi les libéraux, mais aussi les incongruités et les omissions des autres mouvements politiques et sociaux différents des partis traditionnels et les faiblesses des classes subordonnées expliquent les revers subis par la réforme constitutionnelle de 1936. Quelques normes ont changé mais les structures traditionnelles de contrôle politique et social ont bien résisté aux effets des réformes juridiques et au changement d'attitude du gouvernement. Les événements politiques postérieurs à la promulgation de la révision constitutionnelle et des réformes législatives qui prétendait la développer révèlent que les classes dirigeantes peuvent accéder à certaines évolutions dans l'ordre juridique, sans que ceci implique qu'elles vont accepter que les nouvelles dispositions soient effectivement appliquées²²⁸⁷. Un bon exemple de cette situation est la manière dont la Cour Suprême de Justice, pendant les premières décennies qui suivent la réforme, n'a guère avancé dans l'application de la plupart des mesures prévues. Un cas emblématique est l'arrêt du 4 septembre 1939 par lequel quelques articles de la loi n° 25 de 1937, qui cherchaient à protéger les travailleurs des plantations bananières sur la base du principe d'intervention de l'État dans l'économie, sont déclarés contraires à la constitution. Cette loi régissait les contrats concernant cette activité économique en imposant certains principes, elle attribuait au gouvernement la possibilité d'appliquer quelques mesures pour garantir leur application et elle déclarait « d'intérêt public » et « d'utilité sociale » les biens qui en sont affectés, de sorte qu'ils pouvaient être expropriés s'il était nécessaire. La Cour Suprême considère que la loi est inconstitutionnelle parce que « tout ce qui concerne la réglementation des droits civils est matière qui correspond au législateur et non pas au gouvernement »²²⁸⁸, en même

²²⁸⁷ TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, cit., pp. 15-16

²²⁸⁸ Gaceta Judicial, vol. 48, p. 615. Comme le remarque M. Cepeda, par rappor à l'article 11 de la réforme (*supra* p. 425) « la Corte interpretó restrictivamente la forma de realizar la intervención. Para ella la expresión “por medio de leyes” significaba “solamente por medio de una ley”, a pesar de que en la Constitución se concedía al Presidente un poder reglamentario sobre cualquier ley y se permitía, también en terminos generales, la delegación legislativa. El gobierno no podía hacer nada en esta materia a pesar de que la Constitución facultaba a todo el Estado, no únicamente al Congreso, para intervenir. Todas los detalles de la intervención debían ser establecidos por el Congreso » (CEPEDA, Manuel José, « La reforma de 1936 y las

temps qu'elle affirme que la possible expropriation implique « remplacer l'activité privée dans les entreprises par l'activité étatique »²²⁸⁹. Comme le remarque M. Cepeda, cette décision est semblable à celle prise par la Cour Suprême des États-Unis dans le célèbre arrêt *Lorchner vs. New York* de 1905, puisque dans les deux cas une loi d'intervention économique est considéré contraire à la constitution du fait d'avoir méconnu la liberté contractuelle, même si celle-ci n'est explicitement prévue ni dans la constitution colombienne ni dans l'américaine²²⁹⁰.

En somme, la « Révolution en marche » et sa matérialisation constitutionnelle, l'Acte Législatif n° 1 de 1936, ont certainement une signification juridique remarquable, de même qu'elles ont contribué à légitimer l'aspiration à une politique démocratique. En prétendant à une démocratie sociale et en se réclamant du *New Deal*, elles ont pu donner la sensation de dépasser le libéralisme politique classique, bien qu'elles aient en fin de compte empêché la consolidation d'autres acteurs sociaux indépendants. Pire encore, le progressisme constitutionnel n'a guère touché aux soubassements de la politique traditionnelle, car il n'arrive pas à mettre en cause la division politique du corps social léguée par l'histoire, de sorte que l'État continue à être assimilé à l'hégémonie partisane et la promesse d'une nouvelle citoyenneté débouche sur le renforcement de l'emprise des deux partis traditionnels sur leur électorat. De toute façon, face à un parti conservateur oscillant entre l'autoritarisme pur et simple, d'un côté, et face à l'invocation du conflit religieux, de l'autre, la réforme affermit l'implantation et le prestige d'un secteur du parti libéral parmi certains secteurs populaires, ce qui permet à López Pumarejo d'être réélu à la présidence pour la période 1942-1946. Cependant, cette deuxième opportunité a été marquée par des difficultés encore plus sérieuses, comme les accusations de corruption contre le président et sa famille et une tentative de coup d'État échouée, situation qui mène au président à démissionner en 1945. Dans les élections de l'année suivante, le parti conservateur, réunifié et rétabli, arrive à la présidence avec Mariano Ospina Pérez. La guerre civile connue comme « La Violence » ne tarde pas à entamer.

libertades públicas: ¿Qué ha hecho la Corte Suprema? », in TIRADO MEJÍA, Alvaro (comp.), *Estado y economía: 50 años de la Reforma del 36*. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986, p. 66).

²²⁸⁹ Gaceta Judicial, vol. 48, p. 628.

²²⁹⁰ CEPEDA, M. J., *op. cit.*, pp. 68-69.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Le droit et la doctrine constitutionnelle française, mais aussi les idées politiques et les événements qui se sont produits dans ce pays sont une référence incontournable pour toutes les tendances du conflit politique et social qui éprouve la Colombie pendant les années vingt et trente, en particulier dans les controverses qui ont précédé la réforme constitutionnelle de 1936. Ce n'est pas seulement le cas des dirigeants libéraux qui ont recours à Duguit, voire à quelques événements et figures politiques de la France de la Troisième République²²⁹¹, pour justifier leurs propositions, comme il a été remarqué. La droite du parti conservateur utilise aussi les modèles réactionnaires qui se dévoilent dans ce pays : l'exemple le plus connu est l'emploi des idées de Charles Maurras, de Maurice Barrès (1862-1923), figure du nationalisme français, et en général celles de l'Action Française par la faction de *Los Leopardos*²²⁹². De l'autre côté, dans les partis et mouvements de gauche la

²²⁹¹ Par exemple, dans la séance plénière de la chambre des représentants du 28 mars 1936, le député Luis Eduardo Nieto Caballero, pour justifier sa proposition sur la liberté d'enseignement, déclare : « Quiero que sigamos el ejemplo de uno de los individuos menos religiosos y más radicales del mundo, el ilustre Clemenceau, quien como Jefe del Gobierno francés en la Presidencia de Fallières [Armand Fallières], les dijo a los católicos en la Cámara de Diputados: "En mi tendréis siempre un defensor de vuestro derecho a enseñar. Os seguiré combatiendo en el campo filosófico, pero os seguiré amparando en el campo político". Ejemplo tan liberal y tan gallardo es el que debe seguir la Cámara » (*Anales de la Cámara de Representantes*, 31 marzo 1936, serie 3, n° 204 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, p. 81). Un autre exemple remarquable est le débat au tour de la proposition du sénateur Moisés Prieto d'instaurer en Colombie le régime parlementaire (auquel on a déjà fait allusion, *supra* n. 2284). Dans cette occasion les sénateurs qui ont intervenu montrent une singulière connaissance du fonctionnement effectif du parlementarisme français : « El orador [el senador Moisés Prieto] – Ahora, otro argumento que se viene haciendo: es un sistema inestable de gobierno. Quiero sostener esta tesis: no he podido constatar nunca cuántos Gabinetes ha habido desde lo que llamamos la traición de Núñez, porque si cambiar un hombre es cambiar Gabinete, ha habido más gabinetes que en Francia misma; pero si cambiar Gabinete es cambiar a todos los Ministros, entonces llegamos al absurdo de que el doctor Olaya no tuvo sino un solo Gabinete, porque tuvo al doctor Chaux durante los cuatro de su Gobierno en el Ministerio de Industrias. / El honorable Senador Reyes – Y en treinta años el doctor Jaramillo fue siempre Ministro. / El Orador - Tiene razón, honorable Senador. Pongo por caso la tercera República Francesa: del año 70 hasta hoy, el actual Gabinete es el 100 Gabinete. Con esta diferencia: que ha habido seis gabinetes que subsistieron con el cambio de Presidente de la República como no se había modificado la composición de las Cámaras, el Gabinete iba a continuar a Pesar del cambio de Presidente. De manera que en realidad no ha habido sino 94 Gabinetes. ¿Se dirá que es mucho? Pues es curioso: en momentos en que la patria transita por dificultades, los Gabinetes se consolidan. Pero en las épocas en que las gentes vacilan dentro de este régimen Presidencial, es precisamente dentro del régimen parlamentario donde se halla la estabilidad. / El honorable Senador Reyes Gamboa – En apoyo de su tesis: los dos Gabinetes más largos y poderosos en Francia fueron los de Clemenceau en 1909 y 1919. / El orador – ¡Y en qué épocas! De manera que llamar inestable un régimen, que puede serlo en épocas de mediocridad, está bien. Pero cuando se necesita que sea fuerte, es precisamente el régimen parlamentario el que lo da » (*Anales del Senado*, 1° junio 1936, serie 7, n° 305 ; VELÁSQUEZ, M. TIRADO, Á (eds.), *Reforma constitucional de 1936*, cit., tome II, pp. 381-382).

²²⁹² Comme C. Ayala Diago l'explique. « con los Leopardos se estaba dando un replanteamiento, dirán ellos, de los postulados del conservatismo colombiano, una readecuación de la ideología de ese partido. [...] Los sedujo a todos la ideología de la Acción Francesa. No les importaron ni siquiera las contradicciones

référence aux conceptions et luttes du socialisme français, notamment à l'expérience de Front populaire, n'était pas rare²²⁹³ (dans les mouvements paysans est plus usitée la référence à la réforme agraire en Mexique²²⁹⁴).

Néanmoins, après l'échec du canal de Panama et la Première Guerre mondiale la prépondérance culturelle et économique de la France, en Colombie et dans le monde, est compromise, ce qui permet aux États-Unis d'augmenter leur influence, spécialement dans le domaine économique et social. En tout cas, loin de disparaître, la présence française finit par s'accroître dans d'autres niveaux de la vie sociale, comme la culture²²⁹⁵ et, ce qui nous intéresse le plus, le droit et la politique. Le reflux de l'emprise de la France en Colombie au début du XX^e siècle n'est pas si saisissant dans le domaine juridique et pendant plusieurs décennies l'influence continuera à se déployer dans certaines de ces branches, tels que le droit administratif ou le droit privé. Ce ne sera qu'autour de la promulgation de la nouvelle constitution en 1991 que cette prépondérance du modèle juridique français commence à être disputée par la réception de normes et institutions en provenance d'autres pays, par exemple, des États-Unis en ce qui concerne le droit pénal et le droit commercial, de l'Allemagne pour ce qui est du droit constitutionnel et de l'Espagne dans le cas du droit administratif.

Il n'en demeure pas moins qu'au début du XX^e siècle dans les facultés de droit colombiennes, surtout celles des universités de tendance libérale, comme l'Université Nationale, l'Université *Libre* et l'Université *Externado*, les étudiants ont élargi leurs perspectives d'analyse, en examinant les nouvelles tendances doctrinales venues de la France, tant en droit privé, principalement celles de Gény, qu'en droit public, ponctuellement celles de Duguit. Là est certainement l'origine d'une école anti-formaliste en Colombie. Entre les années vingt et trente elle arrive à bouleverser les conceptions et pratiques juridiques traditionnelles. Ceci n'est pas seulement évident dans les contenus et sens de la réforme constitutionnelle de 1936, mais aussi dans d'autres domaines. C'est ainsi qu'une rénovation générationnelle se produit dans la Cour Suprême de Justice qui donne lieu à ce que l'on connaît comme la *Corte de Oro*. À partir des conceptions de Gény et leur adaptation par la doctrine locale²²⁹⁶, elle critique dans ses arrêts le littéralisme de la méthode traditionnelle et invite à dépasser le légicentrisme en reconnaissant à la jurisprudence une place centrale dans le système de sources. Elle revendique également le caractère

morales propias de su origen. [...] El affaire Dreyfus es la pila bautismal de todos los políticos franceses; anotaba Villegas; también lo será de los Leopardos, que cerraron filas detrás de las posturas de Charles Maurras y Maurice Barrès, ante todo » (AYALA DIAGO, César Augusto, *El porvenir del pasado: Gilberto Alzate Avendaño, sensibilidad leoparda y democracia. La derecha colombiana en los años treinta*, Bogotá, Fundación Gilberto Alzate Avendaño, Universidad Nacional de Colombia, 2007, pp. 50-51). En ce sens voir aussi : COLMENARES, Germán, « Ospina y Abadía: la política en el decenio de los veinte », *cit.*, p. 267 ; TIRADO MEJÍA, Á., *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo*, *cit.*, pp. 324-341.

²²⁹³ *Ibidem*, pp. 181-182.

²²⁹⁴ PÉCAUT, D., *L'Ordre et la violence*, *cit.*, p. 374.

²²⁹⁵ ANDRADE, Margot, *L'influence française en Colombie*, *cit.*, p. 7.

²²⁹⁶ Notamment à travers des travaux d'Eduardo Zuleta Ángel (1899-1973). Selon D. López Medina il est « la figura más importante en la recepción de Gény en Colombia [...], quien anuncia con gran fuerza el "elemento negativo" del *Méthode* en la Corte Suprema de Justicia colombiana a través de un fructífero y dinámico, aunque corto, periodo de jurisprudencia antiformalista que duró entre los años de 1936 y 1939. Por estas razones, Zuleta Ángel es realmente el paladín de la nueva orientación en Colombia y líder antiformalista de la Corte Suprema » (LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho*, *cit.*, p. 290).

dynamique du droit, son caractère vivant, et la nécessité qu'il s'adapte aux exigences de la vie sociale. Néanmoins, de même qu'en France²²⁹⁷, ce mouvement anti-formaliste en Colombie ne dure pas beaucoup, il est encore plus éphémère et ne peut pas changer les mentalités des juristes et des juges qui continuent à utiliser les techniques littéralistes et formelles²²⁹⁸.

Est-il possible de conclure que les difficultés qu'éprouve la révision constitutionnelle de 1936 – auxquelles l'on a fait allusion – et les autres projets réformistes qui lui sont attachés, formulés dans la législation et dans la jurisprudence, s'expliquent par le fait qu'ils se sont développés en se fondant principalement sur des modèles juridiques étrangers ? L'on vient de mettre en avant, dans la conclusion de Titre II, les conditions politiques internes du pays comme l'une des causes déterminantes de cette issue des projets de réformes entamés dès 1930, marquée par leur inefficacité. De toute façon, il convient de ne pas exclure de l'ensemble de motifs qui élucident la question les déficiences propres des doctrines et des institutions que l'on essaie d'importer : par exemple, les ambivalences par rapport au projet de démocratisation du système politique, les hésitations face au processus de laïcisation de la société ou les ambiguïtés de quelques notions juridiques, comme celle de la propriété fonction sociale. Les obstacles qui s'opposent à leur réception et adaptation aux conditions du pays ne peuvent non plus être écartés. Outre les circonstances politiques, d'autres facteurs plus directement liés à la diffusion du droit sont à signaler, comme le fait qu'en Colombie la doctrine constitutionnelle n'atteint pas le niveau d'autonomie qu'elle parvient à avoir en France, de sorte qu'elle ne peut pas toujours se présenter comme une prémisse neutre des arguments posés dans les controverses politiques. Toutes ces données et d'autres qui ont été mentionnées ci-dessus sont un point de départ pertinent pour l'élaboration des premiers éléments d'un modèle explicatif du phénomène de la diffusion du droit, au moins dans les conditions où il s'est accompli en Colombie pendant les années trente par rapport à l'ordre juridique français et à ceux d'autres pays.

²²⁹⁷ Voir *supra* pp. 276 et suiv.

²²⁹⁸ Comme D. López Medina l'explique. « los antiformalistas locales, sin embargo, necesitaban bajarle el tono a esta teoría del derecho libre de tal forma que se redujera la violencia del choque que estas proposiciones generaban frente a la iusteoría clásica. Para hacer precisamente esto, los reformistas sostuvieron, primero, que las nuevas doctrinas ya se encontraban al interior de las reglas del sistema. Esta posición fue, en sí misma, una primera concesión al legocentrismo. Posteriormente, y probablemente sin calcular el nivel de entusiasmo y penetración que la nueva teoría podía lograr, aceptaron que el cambio jurídico sólo se conseguía mediante la reforma del código [civil]. Con estas dos concesiones perdieron su propio centro de gravedad y terminaron en la mitad de las convicciones legocentristas » (LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 335-336).

PARTIE III. LA DIFFUSION DU DROIT : ÉLÉMENTS POUR UN MODÈLE EXPLICATIF

Les seules bonnes copies sont celles qui nous font voir le ridicule des méchants originaux. [...] Quelque parfaites que soient des copies, elles ne servent qu'à reproduire le ridicule des mauvais originaux. Car l'idée naturelle d'une bonne copie est une imitation parfaite d'un objet. Elle n'est bonne qu'autant qu'elle le représente parfaitement.

La Rochefoucauld²²⁹⁹

Il va de soi que l'une des manifestations les plus évidentes de ce que l'on appelle la « mondialisation du droit » est la diffusion dans de nombreux pays de divers composants d'un ou plusieurs systèmes juridiques²³⁰⁰. L'intensification des interactions qui en découle aboutit à un enchevêtrement patent des réalités normatives. Or, il n'est pas rare que l'on affirme que la manière dont aujourd'hui s'accomplisse ce phénomène consiste principalement en l'exportation de certains éléments significatifs des ordres juridiques d'origine anglo-américaine, habituellement identifiés sous le nom de la *common law*. Qui plus est, dans cet ensemble le droit des États-Unis occupe une place centrale, au point que l'on parle de l'« américanisation du droit » pour identifier la version actuelle de la mondialisation juridique²³⁰¹. Il n'en demeure pas moins que d'autres situations similaires de déplacement amplifié de normes et institutions se sont produites dans le passé, bien qu'ils aient leurs propres caractéristiques quant à l'objet qui circule, sont adaptés au nouveau contexte, les sociétés où il est reçu, la portée de la diffusion, etc.²³⁰² Pour autant, malgré les particularités que dans chaque époque il présente, le phénomène de la circulation du droit, qui peut aller jusqu'à s'étendre par une bonne partie de la planète, n'a rien de nouveau. Il

²²⁹⁹ *Réflexions ou sentences et maximes morales* (1665), § CXXXIII.

²³⁰⁰ HALPÉRIN, Jean-Louis, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 15.

²³⁰¹ Voir *supra* 19.

²³⁰² KENNEDY, Duncan, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in TRUBEK, David K. et SANTOS, Alvaro (Eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 20-22.

n'est pas difficile de constater que maintes sociétés ont développé leurs ordres juridiques en empruntant les normes et d'autres éléments des ordres juridiques appartenant à des sociétés diverses. Cependant, comme on l'a déjà indiqué²³⁰³, la formalisation et la systématisation des contenus juridiques dans des documents écrits sont certainement l'un des faits qui a le plus stimulé et favorisé le déplacement du droit d'un lieu à l'autre, puisqu'il permet que celui-ci soit plus disponible à être emprunté. Le cas qui vient immédiatement à l'esprit est celui du Code civil français de 1804, le « Code Napoléon », qui en tant que conçu comme le point d'acmé du processus de formalisation, d'unification et de rationalisation du droit, le paradigme de la modernisation du droit par rapport au passé médiévale, peut plus facilement prendre la route et partir ailleurs. De toute façon, avant que cela n'arrive, la réception du droit romain justinien se présente également comme un exemple remarquable de diffusion dans le domaine juridique, dont l'objet révèle également, au moins jusqu'à un certain point, une prétention d'unification et de rationalisation²³⁰⁴ que, de plus, il partage avec le droit canonique. De fait, les deux ordres sont à la base de la notion de *ius commune* européen qui la doctrine médiévale construit par opposition à celle de *ius proprium*, car l'une des caractéristiques du premier est la facilité d'être reçu partout, étant donné son ambition universaliste²³⁰⁵.

Traditionnellement on place le début de la diffusion du droit romain en Europe vers la fin du XI^e siècle²³⁰⁶. Depuis 1070 environ, le processus commence graduellement à Bologne, où l'un des premiers centres universitaires est établi, comme une tentative d'application pratique d'un modèle idéal de droit, en principe sans le soutien d'aucun pouvoir politique²³⁰⁷. Les juristes impliqués dans cette entreprise essaient d'abord de déchiffrer le sens des sources romaines, mais en les examinant du point de vue de leur réalité et leur temps. Ils peuvent ainsi les réinterpréter et adapter, suivant une méthode d'appropriation sélective et d'interpolation, en même temps qu'ils développent un ensemble complexe de justifications qui est à la base de leurs constructions doctrinales. Ce sont alors les universités médiévales l'endroit où ces activités s'accomplissent. Elles assurent la formation juridique des juristes savants qui vont avoir un ascendant de plus en

²³⁰³ Voir *supra* p. 200.

²³⁰⁴ Sur la tendance à la systématisation et à la codification qu'il serait possible de trouver dans le droit romain justinien voir : GAUDEMET, Jean, « Codes, collections, compilations », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°24 (La codification I), 1997, pp. 4-16.

²³⁰⁵ Comme l'explique A. Wijffels, le « *ius commune* se réfère alors en principe à l'ensemble des sources concernant le droit romain et le droit canonique (compilations fondamentales formant les *corpora iuris*, gloses et doctrine savante), correspondant largement (en particulier, au Moyen Âge) au droit étudié aux universités », tandis que le « *Ius proprium* se réfère à toutes les autres manifestations du droit, ayant par définition une vocation plus limitée, *ratione loci, materiae, personae* : les coutumes, la législation urbaine, territoriale ou nationale » (WIJFFELS, Alain, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 188-189).

²³⁰⁶ Sur ce sujet voir : BELLOMO, Manlio, *L'Europa del diritto comune*, 8^e éd., Roma, Il Cigno Galileo Galilei, Ed. di Arte e Scienza, 1998, pp. 25-64 ; GAUDEMET, Jean, « Les persistances du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », in MAYALI, Laurent, DURAND, Bernard (ed.), *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley, Robbins Collection Publications 2000, pp. 227-260 ; STEIN, Peter, *Roman law in European history*, New York, Cambridge University Press, 1999, pp. 38-70 ; WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 15-96.

²³⁰⁷ DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd. Paris, Dalloz, 2002, § 28, p. 31.

plus profond dans l'administration, la juridiction et d'autres secteurs importants de la vie politique et sociale. Là est l'origine de « la *sciencia juris* qui s'est donc préoccupée des besoins de la pratique en cherchant à acquérir la maîtrise des techniques et catégories permettant d'administrer les faits de la vie en les incluant dans un ordre juridique »²³⁰⁸. Le droit romain se déploie ainsi comme un droit dont la force juridique repose en grande partie non pas sur le pouvoir des autorités mais sur la prépondérance interprétative des jurisconsultes. De toute façon, il n'a jamais complètement prévalu et sa réception n'a pas eu la même portée dans chaque endroit où il est arrivé. Outre le droit canonique, le droit féodal, les règles mercantiles, la législation locale et les coutumes disputent au droit romain sa prééminence dans l'ensemble de sources juridiques. Or, par la voie de la formation de l'élite juridique les autres sources finissent par être interprétées et appliquées selon les critères du droit romain²³⁰⁹.

Pour sa part, le Code civil commence à être appliqué hors de France du fait de l'expansion de l'Empire napoléonien au-delà des frontières de l'ancien royaume. Comme l'incorporation des territoires obéit au principe de centralisation et d'uniformité, leurs habitants sont soumis au droit privé français sans que le droit local puisse être appliqué. Par cette voie, dès 1806 le Code civil se trouve mis en vigueur en Italie. En Hollande et les départements hanséatiques il est imposé en 1810 et pendant les années qui suivent il arrive au grand-duché de Berg, au royaume de Westphalie, aux grands-duchés de Baden, à Francfort, dans plusieurs cantons suisses, à Dantzig, au grand-duché de Varsovie et au royaume d'Illyrie. L'expansion s'arrête en 1813, mais même après la chute de Napoléon, Naples et Hollande conservent le Code civil en le modifiant superficiellement. En Belgique et Luxembourg il continue en vigueur, ainsi que dans les pays de Bade (rive droite du Rhin), dans les provinces rhénanes, à Genève, à Berne et en Pologne. Hors Europe, il est introduit à l'île de la Réunion, à la Martinique et la Guyane (1806), aux établissements français de l'Inde (1819), au Sénégal (1830), à la Cochinchine (1864), à la Nouvelle-Calédonie (1866), à Tahiti (1868) et bien évidemment en Algérie et les autres départements, tant en métropole que d'outre-mer. Or, la diffusion du Code civil ne s'est pas uniquement accompli à travers son instauration par une autorité impériale. Il influe directement l'élaboration de nombreux codes en Europe et ailleurs : celui du royaume d'Italie (1865), de Roumanie (1864), ceux de quelques cantons suisses (Fribourg, Vaud, Neuchâtel, Valais, Tessin), et celui de la principauté du Monaco (1885). En Amérique Latine sa réception peut être constatée dans plusieurs pays. Après leur indépendance de l'empire espagnol, beaucoup se tournent vers le Code civil français. En la Bolivie une traduction du Code français est promulgué en 1831, alors que pour d'autres pays elle sert de modèle dans l'élaboration de la législation civile : le Chili avec le Code Bello de 1855, qui inspire les Codes de la Colombie (1887) et de l'Équateur (1861) ; l'Argentine, avec le Code Vélez de 1869, par ailleurs inspiré du Code civil chilien et adopté également en Paraguay en 1889. En Amérique du Nord, la codification entreprise au Québec et en Louisiane au XIX^e siècle prend le Code civil français pour modèle. Sauf la Turquie et l'Israël, il est amplement introduit en Afrique et

²³⁰⁸ GAMBARO, Antonio, SACCO, Rodolfo, VOGEL, Louis, *Traité de droit comparé : Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 2011, p. 195.

²³⁰⁹ GRAZIADEI, Michele, « Comparative Law as the Study of transplants and reception », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 446.

dans le prochain orient. Néanmoins, vers la fin du siècle son ascendant s'affaiblit en raison de la promulgation de nouveaux codes. « Avec la promulgation du Code civil italien en 1865, du Code suisse des obligations en 1883, et surtout du Code civil allemand en 1900, le Code civil de 1804 cesse d'être le modèle quasi exclusif d'inspiration des pays qui entreprennent de codifier leur législation civile. Il perd son monopole ; un marché s'ouvre où les différents Codes civils se retrouvent en situation de concurrence »²³¹⁰. De toute façon, tout au long du XX^e siècle le Code civil ne cesse pas d'avoir une présence importante, soit parce que les codes qu'il a inspirés continuent en vigueur, ou bien parce qu'il a donné lieu à une conception du droit civil, développé par la doctrine qui lui est attachée, qui encadre et détermine l'application des règles de droit, même si celles-ci ont une origine différente²³¹¹.

La réception en Europe du droit romain et la diffusion du Code civil presque partout dans le monde, outre l'influence du droit et de la doctrine constitutionnelle française en Colombie au début du XX^e siècle, ce sont tous des faits qui révèlent la complexité des réalités juridiques transférées, la variété des parcours elles prennent, les modalités diverses de réception, adaptation et résistance et les nombreux acteurs qui interviennent dans la circulation du droit. Le caractère apparemment incommensurable d'un phénomène où interagissent deux ou plusieurs ordres juridiques oblige à restreindre les objets d'analyse pour arriver au moins à faire état de certaines de ces caractéristiques primordiales, dans un contexte et une époque donnés²³¹². Élaborer une sorte de théorie générale de la circulation

²³¹⁰ GRIMALDI, Michel, « L'exportation du code civil », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 107 (Le Code civil), 2003, p. 85.

²³¹¹ Parmi les nombreux travaux qui s'occupent de ce sujet voir : BLANC-JOUVAN, Xavier, « L'influence du Code Civil sur les codifications étrangères récentes », in HALPÉRIN, Jean-Louis et al. (éd.), *Le code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, pp. 477-512 ; CLAVERO, Bartolome, *Ama Llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 141-158 ; D'AMBRA, Dominique et al. (dir.), *Code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique : réflexions sur la circulation des modèles juridiques*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006 ; DÖLEMAYER, Barbara, MOHNHAUPT, Heinz, SOMMA, Alessandro (hrsg.), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006 ; DUNAND, Jean-Philippe, WINIGER, Bénédict (éd.), *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; FAIRGRIEVE, Duncan (ed.), *The influence of the French civil code on the common law and beyond*, London, British institute of international and comparative Law, 2007 ; FAIRGRIEVE, Duncan (ed.), *The influence of the French Civil Code on the common law and beyond*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007 ; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, PATRIS-GODECHOT, Sara, *Le Code civil face à son destin*, Paris, La Documentation française, 2006 ; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000 ; ID., *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Pamplona, Thomson, Ed. Aranzadi, 2006 ; HECKER, Hellmuth, *Staatsangehörigkeit im Code Napoléon als europäisches Recht. Die Rezeption der französischen Code civil von 1804 in Deutschland und Italien in Beziehung zum Staatsangehörigkeitsrecht*, Hamburg, Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg, 1980 ; SCHULZE, Reiner (hrsg.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994 ; REVET, Thierry (dir.), *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005 ; ZWEIGERT, Konrad et KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 98-118.

²³¹² De fait, comme le remarque C. Valcke, « en droit, comme d'ailleurs dans d'autres champs d'étude, la comparaison n'est possible que si les termes à comparer font état d'une interface, si minime soit-elle, c'est-à-dire s'ils présentent une dimension commune située à un degré d'abstraction plus élevé que celui sur le plan duquel ils se différencient. Sans cet élément commun, les termes à comparer se font incommensurables et leur comparaison devient impossible » (VALCKE, Catherine, « “Droit” : réflexion sur une définition aux fins de comparaison », in LEGRAND, Pierre (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 109).

du droit d'un lieu à l'autre est manifestement un objectif très ardu à accomplir, car l'infinité de possibilités de réalisation rend presque impossible de l'encadrer sous un schéma construit sur quelques notions et démarches. Il semble alors que la seule option disponible est de limiter la portée de l'observation et choisir certains épisodes de déplacement de divers composants d'un ou plusieurs systèmes juridiques. Dans ce qui suit, il sera question d'offrir les éléments principaux d'un modèle explicatif du phénomène, mais uniquement dans le cas de la diffusion d'un droit formalisé et systématisé qui circule entre au moins deux sociétés, dont l'organisation juridique et politique correspond ou prétend correspondre à celle de l'État moderne. Bien que cette forme de procéder permette d'encadrer géographiquement et chronologiquement l'analyse, l'objet est toujours très ample et complexe et assurément il y aura des circonstances concrètes de circulation du droit par rapport auxquelles les éléments qui intègrent le modèle ne seront pas suffisants pour les expliquer²³¹³. De toute façon, il vaut la peine d'entreprendre sa formulation, car c'est la meilleure forme d'essayer de comprendre un facteur fondamental, peut-être l'un des plus explicites et importants, d'une réalité encore plus étendue : les rapports entre systèmes juridiques²³¹⁴. C'est à partir de ce cadre que l'analyse de la circulation du droit dans les conditions définies sera entamée (Titre I). Dès lors, il sera possible de procéder à un examen ponctuel de quelques éléments du processus par l'intermédiaire duquel la circulation s'accomplisse et détermine les dynamiques de la production et de la transformation du droit. Pour ce faire, la formulation de certains outils conceptuels devient une démarche qui facilite la présentation du modèle explicatif (Titre II).

²³¹³ Même la formalisation et la systématisation du droit, cherchant le plus haut niveau d'unité, ne peut pas contenir la diversité que cette réalité entraîne. Comme bien l'explique K.-H. Ladeur, « such a conception of a methodology cannot follow the model of the nation-state whose unity is exposed to erosion by the dissolution of the boundaries between public and private, and consequently also by a process of fragmentation of the legal system. » (LADEUR, Karl-Heinz, « Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law? », in VAN HOECKE, Mark (ed.), *Epistemology and methodology of comparative law*, Oxford, Portland (Or.): Hart Pub., 2004, p. 101).

²³¹⁴ De toute façon, il ne faut pas oublier l'avertissement de W. Twining : « The literature on diffusion of law does not belong to a single research tradition, but much of it fits within the paradigm of 'the Country and Western tradition of comparative law'. It contains some valuable studies and insights, but it is generally fragmented, unempirical, and unduly influenced by a simplistic model of processes of diffusion » (TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, Vol. 32, No. 2, 2005, pp. 239).

TITRE I. LA DIFFUSION DU DROIT ET LES RAPPORTS ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES

L'importation dans un pays d'une ou plusieurs normes en provenance d'un autre pays, situation qui se présente comme le cas typique de greffe juridique, ne peut être comprise que dans le cadre des rapports communs que les ordres juridiques impliqués entretiennent. En effet, ladite importation est habituellement la conséquence de la réception d'un corps normatif plus ample, comme un code ou une constitution, ce qui suppose que l'on ne réalise pas une lecture isolée de la norme transplantée, mais une conjonction de celle-ci avec les autres qui sont l'objet de greffe. L'introduction d'une institution juridique, que ce soit une structuration des pouvoirs publics (par exemple, le régime parlementaire ou le fédéralisme), un modèle donné d'organisation judiciaire (par exemple, la juridiction administrative), ou bien une forme de procédure en particulier (par exemple, le système accusatoire), entraînent également la réception massive de divers types de normes. Plus encore, celle-ci peut être le résultat d'une influence plus globale et flexible qui se réalise suivant un « modèle », une « doctrine », voire une « théorie » juridique. Quoi qu'il arrive, on est en présence d'un fait qui suppose qu'il existe un lien, de quelque sorte que ce soit, entre les sociétés dont les ordres juridiques interagissent à travers ce type d'emprunts. La soumission à une autorité coloniale, la prépondérance économique ou militaire d'une puissance, le prestige culturel ou social d'un pays, les flux migratoires des personnes, l'introduction de technologies, en somme, tous les éléments qui intègrent les systèmes des relations internationales constituent le cadre où opèrent les rapports d'ordre juridique qui déterminent le sens, les objets et la portée de la circulation du droit.

C'est de ce point de vue qu'il est possible de dépasser les paradoxes pour la compréhension de la circulation du droit qui comportent tant la tradition universaliste des nombreux courants de la pensée juridique que le particularisme des conceptions qui soumettent le droit aux conditions de chaque société. L'un et l'autre laissent justement de côté les rapports qui en effet existent entre les ordres juridiques du fait des relations de divers genres qu'entretiennent les sociétés où ceux-ci régissent. Comme l'on sait, le déterminisme social sur le droit par principe exclut ou au moins restreint la possibilité de la réception dans une société donnée d'un droit venu d'ailleurs. L'universalisme, pour sa part, sans nier le phénomène, empêche l'examen de toutes ses variables et modalités en les réduisant à une uniformité qui s'impose partout. C'est en ce sens que le philosophe du droit Giorgio Del Vecchio reconnaît que « chaque peuple peut assimiler le droit des autres, le

faire sien avec des adaptations opportunes. Cela, parce que le droit n'est pas seulement un phénomène national. Mais aussi et surtout un phénomène humain »²³¹⁵. Au bout du compte, si l'on part de cette prémisse, déterminer les conditions et le parcours d'une greffe juridique n'a pas de sens, puisqu'il ne répond qu'au caractère universel qu'a le droit. En revanche, si l'on tient compte des relations entre les sociétés dont les ordres juridiques s'influencent l'un à l'autre, la capacité du droit de se déplacer peut ainsi être constatée sans nier ses liens avec chaque société, souci principal des conceptions déterministes, et sans assumer, par le fait de la diffusion, un universalisme très difficile à corroborer empiriquement (chapitre I). C'est également de cette manière que les conditions générales de réalisation de la migration juridique peuvent être saisies, car elle ne dépend pas seulement des caractéristiques propres de l'objet juridique transplanté, comme les tenants de la théorie des *legal transplants* l'affirment, mais aussi des rapports d'ensemble entre les ordres juridiques concernés (chapitre II).

²³¹⁵ DEL VECCHIO, Giorgio, *Philosophie du droit*, trad. J. Alexis d'Aynac, Paris, Dalloz, 1953, p. 33.

Chapitre I. La capacité du droit de se déplacer et ses liens avec la société

Le constat du fait du déplacement des composants d'un ordre juridique d'un lieu à l'autre par le biais des relations entre les sociétés qui les envoient et les reçoivent implique de reprendre l'analyse du modèle des *legal transplants* soutenu par A. Watson. Comme le déplore W. Twining²³¹⁶, il provoque le pire type de débat académique, où chaque extrême de l'opposition caricature l'autre et ne trouve pas une solution. Watson attaque la conception selon laquelle le droit n'est qu'un miroir de la société, bien que personne ne la soutienne d'une manière si concluante²³¹⁷, tandis que ses critiques ne prennent que ses affirmations les plus radicales et l'accusent de croire que les changements du droit se produisent indépendamment de toute condition sociale. P. Legrand arrive ainsi à nier l'existence même des greffes juridiques²³¹⁸. Or, malgré ces inconvénients, une analyse du phénomène de la circulation du droit ne peut pas laisser de côté les apports que les participants dans cette controverse, chacun de son côté, offrent pour le comprendre et pour essayer de déterminer ses principales caractéristiques, au moins sous certaines conditions. Il convient alors de dresser une sorte de bilan des notions, démarches et critiques présentées autour des *legal transplants* de Watson (section 1).

En plus de récupérer quelques apports à l'étude de la circulation du droit, ce bilan permet également de constater dans ce domaine le rôle définitif de la démarche comparative. C'est dans le cadre du droit comparé que pendant les dernières décennies les recherches sur le sujet se sont considérablement développées, en offrant des résultats remarquables quant à la méthode d'analyse, les notions et classifications, les démarches de vérification et l'examen des cas ponctuels (section 2). Un autre avantage découle de la récapitulation des postures face au modèle de *legal transplants*. Elle révèle les opportunités qu'offrent les études en sciences sociales sur le phénomène de la diffusion de divers types de produits culturels (idées, expériences, technologies, etc.) pour la compréhension de la circulation du droit, qui dès cette perspective ne serait qu'un cas spécial d'une réalité plus générale (section 3).

²³¹⁶ TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, p. 212.

²³¹⁷ Voir *supra* p. 182.

²³¹⁸ Voir *supra* p. 191.

SECTION 1. AU-DELÀ ET EN DEÇÀ DES *LEGAL TRANSPLANTS*

À partir de l'affirmation d'un lien fort et nécessaire entre le droit et la société où il est en vigueur, doit-on par conséquent nier la possibilité que des éléments appartenant à celui-ci soient envoyés à une autre société et y être adaptés ? De la constatation du fait que les normes ou d'autres composants d'un système juridique ont été reçus par un autre système, en peut-on conclure qu'est rompu tout lien entre le droit et la société, tant celle qui envoie que celle qui reçoit ? Les théories dites « du miroir », c'est-à-dire celles qui soutiennent un déterminisme unidirectionnel des conditions sociales sur le droit, de même que la théorie des greffes juridiques selon le modèle proposé par Watson, qui écarte presque tous les rapports entre droit et société, constituent deux conceptions qui assument une perspective restreinte d'une réalité plus étendue que celle qu'elles cherchent à expliquer. La greffe d'une norme ou d'une institution n'est que l'une des matérialisations des rapports entre les systèmes juridiques concernés, dans le cadre des relations de divers genres qu'entretiennent les sociétés à lesquelles ils appartiennent. Cette perspective permet de dépasser la dichotomie entre déterminisme social sur le droit et autonomisme juridique que les deux théories mentionnées impliquent (I). En même temps, elle rend possible la redéfinition des éléments principaux du processus de circulation dans le domaine juridique : d'une part, les ordres juridiques dont les composants se déplacent et, d'autre part, les sociétés qui les produisent, les adaptent (avant et après leur départ), les reçoivent ou les rejettent (II).

I. Dépasser la dichotomie entre déterminisme social sur le droit et autonomisme juridique

Le « point de vue » adopté dans l'approche du phénomène juridique définit directement les conclusions avancées sur la question des rapports entre celui-ci et les structures sociales. En suivant la célèbre classification de H. Hart²³¹⁹, il semble que les études élaborées du point de vue « interne », exemplifiées par la doctrine des juristes, tendent à couper les liens entre le droit et la société où il régit, provoquant ainsi une sorte d'autonomisation du domaine juridique. En revanche, les recherches développées à partir du point de vue « externe », notamment celles entreprises par certains courants de la sociologie juridique, insistent sur les enchaînements indissolubles qui rattachent le droit à une société donnée. Ceux-ci sont si solides que la nature du premier est complètement déterminée par les conditions présentes dans la deuxième, de sorte qu'une influence à l'inverse est quasiment exclue. La controverse autour des greffes juridiques, au moins dans les termes posés par Watson, a succombé sous le poids de l'impasse qu'implique cette dichotomie. Le point de vue interne de cet auteur comporte que le déplacement des normes se réalise indépendamment du contexte social de leur production ou leur réception²³²⁰. D'après lui,

²³¹⁹ HART, H. L. A., *Le concept de droit*, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 113-115.

²³²⁰ Comme le remarque W. Twining, Watson « has stuck persistently to the theme that there are enormous apparent similarities between legal systems around the world, that these similarities are a result of imitation, and that most law exists largely independently of local social, economic, and cultural conditions. He has done a great service as an agent provocateur, but one is left with the feeling that Watson's theory deals

toute tentative de rétablir le lien entre la société et le droit qui bouge d'un lieu à l'autre entraîne, en principe, retomber dans la théorie du miroir²³²¹. Pour sa part, l'analyse de la circulation du droit fort marquée par le point de vue « externe » n'observe que l'adaptation de l'objet reçu aux nouvelles circonstances sociales, linguistiques, politiques ou d'autre type, de sorte qu'elle conteste qu'une greffe en tant que telle puisse se produire. Si, par contre, l'on suit d'autres démarches, par exemple celle proposé par F. Ost et M. van de Kerchove consistant en un « point de vue externe modéré », les conclusions pourraient être différentes. En effet, la connaissance sur le droit peut se placer dans une autre perspective. Il est possible de décrire et expliquer le droit tel qu'il résulte des activités de création, d'application et d'interprétation, d'un point de vue externe, à la différence de la doctrine qui est encore essentiellement immergée dans le point de vue interne, en recourant aux observations extra-juridiques qui relèvent des sciences humaines comme l'histoire, la science politique ou la sociologie, mais en tenant également compte du point de vue interne qui est celui des organes de création et d'application du droit et de la doctrine²³²². Cependant, comme le soulignent H. Dumont et A. Bailleux, cette approche scientifique du droit à caractère externe, tout en étant éclairée du point de vue interne, suppose un théoricien du droit capable de jongler aussi bien avec la doctrine juridique qu'avec au moins certains des paradigmes de la sociologie, de l'économie, de l'histoire, de la science politique et de la philosophie. Or, étant donné les limitations que dans ces domaines la science du droit traditionnelle révèle et qui affectent les études élaborées par les juristes dans leurs champs de travail habituels, elle ne peut donc prétendre contribuer à la révision de ses propres méthodes que « par des ouvertures limitées vers les sciences sociales, au départ de son approche qui sera d'abord et principalement d'ordre juridique, c'est-à-dire menée du point de vue interne à celui-ci. Ces ouvertures, à condition qu'elles soient rigoureuses et articulées avec l'approche doctrinale sans confusion des genres, n'en devraient pas moins être très précieuses aussi bien pour l'enrichissement qu'elles procurent au travail doctrinal

mainly with surface appearances. His generalizations are not backed by empirical evidence. Watson treats law as a superficial gloss on society; perhaps his generalizations about law are similarly superficial. One wonders how his thesis can be translated, refined, or adapted into a form that is capable of detailed empirical testing » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, pp. 212-213).

²³²¹ De toute façon, Watson admet, bien que prudemment, la pertinence d'une analyse qui tient compte des rapports entre droit et société dans le cadre des processus de greffes juridiques : « My main aims were to show that existing theories postulate too close a relationship between the needs and desires of a society or its ruling elite on the one hand, and of its legal rules on the other; and to suggest some explanations for the divergence. Likewise, my assertions, [...] that society tolerates a great deal of inappropriate law; that inertia is a serious cause of divergence; that the most important element in legal development has been the transplanting of rules, principles, and systematics; and that there is no close, inherent, necessary relationship between legal rules and the society in which they operate [...], do not, I believe, rule out the possibility of any theory of law in society. Rather, they indicate that any theory will have to be complex and take into account, for instance, inertia and transplanting-all the causes of divergence in fact-as well as issues of power and will. The theory must not assume a simple mechanical and automatic relationship between law and society with a few admitted but unimportant exceptions » (WATSON, Alan, « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, No. 5, 1983, pp. 1136-1137). Dans le même sens voir : WATSON, Alan, « Legal Transplants and European Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 4, 2000, p. 10.

²³²² OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 464-465.

que pour les ponts qu'elles bâtissent avec les sciences sociales dans la perspective de cette science du droit-carrefour interdisciplinaire»²³²³.

À partir de ces données, il est très difficile de négliger l'influence réciproque entre droit et société, ce qui met en doute tant le déterminisme social de la théorie du miroir que l'autonomisme juridique des *legal transplants* d'après Watson. Les deux conceptions des rapports entre droit et société finissent par réduire artificiellement les réalités qu'elles examinent. Au contraire, les conceptions qui admettent, d'une manière ou d'une autre, que le droit a la capacité de définir jusqu'à un certain point les communautés et les sociétés dans lesquelles il régit, mais qui considèrent, en même temps, que celui-là est sensiblement déterminé par celles-ci, offrent une appréciation de l'objet d'étude dans toute sa complexité et son ampleur. Un exemple de cette démarche est posé par R. Cotterrell lorsqu'il soutient que le droit peut être perçu comme un aspect de la société ou comme une sphère de l'expérience sociale, sans que cela fasse obstacle à l'appréciation des évolutions internes au droit comme des processus sociaux qui, en tant que tels, se rattachent à d'autres processus du même genre²³²⁴. Dans un sens similaire, selon C. Nino le droit est une pratique collective parmi d'autres, d'autant qu'il est possible de percevoir l'intervention des constituants, des législateurs, des juges et des administrateurs comme celle des participants dans une action d'ensemble. « Cette œuvre collective constitue le développement du droit en vigueur en faisant partie d'un processus plus ample, tel que l'ensemble de pratiques, institutions, coutumes, attitudes culturelles et croyances basiques qui définissent une société »²³²⁵.

²³²³ DUMONT, Hugues, BAILLEUX, Antoine, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, n° 75, 2010, pp. 286-287. Voir dans le même sens : ARNAUD, André-Jean, « Droit et Société. Un carrefour interdisciplinaire », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 21, 1988, pp. 7-32. Pour le droit comparé ce type d'approche donne lieu à des résultats remarquables : « comparative law is in need of a fundamental rethinking, and that the rethinking must embrace both subject matter and method. The method will have to spend less time "matching" one rule to another, and more trying to understand history, ideas, and institutions; and the subject matter will have to include, not just the substantive rules of tort and contract, but everything that lies behind these rules. And this conclusion further implies that the simple-minded polarity of "common law" versus "civil law" will have to be abandoned, leaving us with a subtler and more nuanced view of the relationships between the principal Western legal systems » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, p. 1990). En somme, « to understand the nature of legal change and the relationship between legal rules and society, [...] it is necessary to look at a number of legal systems and at the changes in them over a long period of time. What is needed is an approach based on a combination of traditional comparative law, legal history, and sociology of law » (WATSON, Alan, « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, No. 5, 1983, p. 1125).

²³²⁴ « Law may be seen as an aspect of society, or as a field of social experience, its "internal" processes, in themselves, being seen as social processes of some sort, related to others, so that the internal-external distinction in relation to law appears, sociologically, to be of very doubtful utility » (COTTERRELL, Roger, « Is There a Logic of Legal Transplants? » in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*. Oxford, Hart Publishing, pp. 71-92. Par conséquent, « the question of 'the social' is complex for legal theory, and central to it, though it has often been avoided, or considered impressionistically, rather than systematically and empirically » (COTTERRELL, Roger, « Law and Community: A New Relationship? », in FREEMAN, M. D. A. (ed.), *Current Legal Problems 1998*, vol. 51. *Legal Theory at the end of the millennium*, Oxford, New York, Oxford University Press, p. 368).

²³²⁵ NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 137.

II. Le droit qui voyage et les sociétés qui interagissent

Les deux camps opposés dans le débat sur les greffes juridiques et les rapports entre droit et société affrontent une autre difficulté. Ils formulent une vision homogène et statique de la société et une conception rigide et formelle des ordres juridiques qui accentue sa cohérence conceptuelle, son caractère rationnel et sa correspondance point par point aux nécessités sociales²³²⁶. C'est ainsi que, d'un côté, ceux qui rejettent par principe les greffes juridiques et soutiennent un lien indissoluble entre le droit et la société semblent avoir une vision unifiée des cultures juridiques, des systèmes des normes et des sociétés dans lesquelles ils existent, de telle sorte qu'il est possible d'identifier une seule société ou communauté, sans tenir compte de sa diversité interne et l'hétérogénéité de ses composants, et un seul droit dont les caractéristiques correspondent aux conditions de ladite société. Or, de l'autre côté, recourent également à ce type de conception unifiée du droit, ceux qui allèguent l'existence et la centralité des greffes juridiques, car cela leur permet d'élaborer les stéréotypes nécessaires pour affirmer que l'on peut concevoir des normes et d'autres éléments d'un ordre juridique complètement déracinés d'un contexte social donné, au point qu'ils circulent librement partout.

Pour essayer de comprendre les transformations des systèmes juridiques du point de vue comparatif – qui souligne les interactions entre ceux-ci –, il est nécessaire de reconnaître que le droit d'une société n'est pas un objet cohérent décrit au moyen de quelques concepts génériques. En ce sens, R. Sacco remarque que le terme « droit » est utilisé à la manière d'une généralisation qui dénote un collage de divers composants – législation, jurisprudence, institutions, doctrines, etc. –, raison pour laquelle dans un même ordre juridique une multiplicité de facteurs se déploie et fonctionne²³²⁷. De plus, l'identification d'une société où un ordre juridique est enraciné part de certains présupposés qui sont parfois rapidement assumés : par exemple, l'identification de la société à un État nation en particulier, excluant la présence des groupes sociaux différents, ou la méconnaissance des divers types de sociétés que l'on peut identifier lors de l'analyse de leur capacité de produire ou de recevoir l'ensemble ou une partie des éléments qui intègrent un droit. En revanche, pour dépasser ces présupposés, R. Cotterrell propose un cadre conceptuel pour comprendre la circulation d'idées, normes, institutions et toute sorte de structures juridiques. Il se fonde sur quatre types idéaux de communautés (inspirés des quatre modèles de déterminants de l'activité sociale de Max Weber²³²⁸) : la communauté

²³²⁶ GRAZIADEI, M., *op. cit.*, p. 471.

²³²⁷ Comme bien le remarque cet auteur, « civil law and common law jurists all consult statutes and judicial decisions and the opinions of scholars in search of this single rule. Thus, at the outset of their search, they have, not a single rule, but a variety of legal material. The civil lawyer may say that this rule comes, in principle, from the code; the common lawyer may say it comes from a particular statute or from judicial decisions; and yet they both will learn their law initially from the books of legal scholars. Students in civil and common law countries turn to books, manuals, hornbooks or carefully edited casebooks, or at least to the opinions of their professors, to learn, respectively, about the code, and about their case law. Thus, whatever jurists or students supposed to be true as to the ultimate source of a legal rule, they will begin with the work of scholars and pass to a variety of other legal sources » (SACCO, Rodolfo, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 22).

²³²⁸ WEBER, Max, *Économie et société. Vol. 1, Les catégories de la sociologie*, trad. Julien Freund et al., sous la dir. de Jacques Chavy et d'Éric de Dampierre, Paris, Plon/Pocket, 1995, pp. 55-57.

instrumentale, la communauté traditionnelle, la communauté de croyances et la communauté affective²³²⁹. Le but de cette classification est de clarifier les paramètres d'accomplissement des greffes juridiques, ayant comme point de départ le fait que le droit est enraciné, d'une manière ou d'une autre, dans les relations d'une communauté donnée. Cela entraîne, à son tour, que lesdits paramètres, c'est-à-dire l'éventail de circonstances et de variables présentes lorsqu'une greffe juridique se produit, sont à considérer sociologiquement. Par ailleurs, le travail de Cotterrell est un exemple pertinent d'analyse sociojuridique qui reconnaît la diversité interne des sociétés, parce qu'il souligne, parmi d'autres réalités, le rôle central des professions juridiques dans les phénomènes de migration et de réception du droit, dans la mesure où ils préservent la tradition et adaptent en permanence les produits juridiques reçus²³³⁰.

Finalement, il convient de faire quelques remarques sur la critique de P. Legrand à l'encontre de la théorie des greffes juridiques, qui n'est pas fondée sur une conception de la manière dont les sociétés sont conformées, mais sur la négation du fait que le droit puisse se déplacer d'un lieu à l'autre sans changer de contenu et de sens²³³¹. Le principal obstacle qu'elle a à franchir est la constatation que l'on peut effectivement faire du phénomène de l'interaction entre les ordres juridiques, même si l'explication que de celle-ci offre Watson est rejetée. De plus, lorsque Legrand conteste les thèses de cet auteur, il formule certaines idées sur le droit et la culture qui posent quelques interrogations. En effet, selon Legrand un langage est à tel point déterminé par la culture que les termes qu'en font partie ne peuvent avoir le même sens dans un autre langage. Or, tous les langages ont un caractère ouvert et évolutif qui se reflète dans les changements linguistiques et dans la communication interculturelle. C'est ainsi que dans le domaine juridique beaucoup de normes ont été promulguées en diverses langues officielles, ce qui démontrerait qu'en principe une même norme peut être exprimée différemment. Le problème, c'est que lorsque l'on affirme que la communication transfrontalière doit être complète (tant le texte que son sens) pour pouvoir constater l'existence d'une greffe juridique, l'on présuppose qu'il est également possible une communication complète et univoque à l'intérieur d'un système linguistique en tant que tel. Toutefois, comme l'a remarqué H. Hart, cette univocité ne correspond pas à la réalité du droit comme système normatif, parce que « quel que soit le procédé choisi pour assurer leur communication, qu'il s'agisse du précédent ou de la législation, et quelle que soit la facilité avec laquelle ils régissent la grande majorité des cas courants, ces modèles de comportement s'avéreront indéterminés sous un certain aspect qui rend leur application problématique ; ils posséderont ce que l'on a appelé une *texture*

²³²⁹ Selon R. Cotterrell, « it is useful to propose, as part of a conceptual framework for understanding legal borrowing, four pure types of community: *instrumental community*, *traditional community*, *community of belief*, and *affective community*, the last of these referring, in this context, to relations of intimacy, privacy and uncalculated concern often (but not exclusively) associated in some degree with aspects of family life. The idea of law as embedded, in some sense, in relations of community may help, I suggest, in clarifying parameters of legal transplantation; that is, the range of circumstances and variables that present themselves when transfers of law between societies are considered sociologically » (COTTERRELL, R., « Is There a Logic of Legal Transplants? », *cit.*, p. 82 ; voir aussi : COTTERRELL, Roger, « A Legal Concept of Community », in *Id.*, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot (Eng.), Ashgate Publishing, 2006, pp. 65-78).

²³³⁰ COTTERRELL, R., « Is There a Logic of Legal Transplants? », *cit.*, p. 85

²³³¹ Voir *supra* p. 191.

ouverte»²³³². En conséquence, si cela arrive au niveau interne, pourquoi doit-on exiger dans l'interaction entre systèmes juridiques une univocité de sens entre la norme reçue par rapport à sa version originale exportée?

D'autre part, il semble que pour Legrand chaque culture représente un système unique et autochtone. Cependant, sans compter que ce point de départ est déjà discutable, même si le droit est enraciné dans une culture donnée, rien ne s'oppose à ce que celui-ci, comme les cultures elles-mêmes, soit le résultat de discordances, emprunts et métissages, qui se sont produits de façon variable et depuis longtemps, mais plus intensément dans les sociétés contemporaines²³³³. À cet égard, le transfert de divers composants d'un ordre juridique, ainsi que d'autres produits culturels, entraîne la reproduction de certains éléments dans le temps et l'espace, quoiqu'il ne s'agisse pas d'un processus mécanique. Dans celui-ci participe le discernement qui ne peut procéder sans l'improvisation et l'expérience. Dès lors, le savoir est imitatif car il exige de suivre un modèle, mais il est aussi improvisé et expérimental parce que le modèle exige d'être prouvé et adapté²³³⁴. En somme, la question ne consiste pas à savoir s'il peut y avoir une imitation parfaite, puisqu'il est inutile de poser ce genre de perfection. De toute façon, cette dynamique culturelle, qui affecte le droit, peut impliquer le sacrifice de quelques éléments autochtones de la communauté réceptrice, mais ceci ne suppose pas nécessairement une attitude passive ou subordonnée de la culture exposée à l'influence et, par cette voie, au changement. De surcroît, comme l'on vient d'indiquer, le fait que l'on conteste la théorie de Watson en raison de la mutation de sens qui s'accomplisse lors du déplacement d'une norme, ne signifie pas que toute sorte d'interaction entre cultures et ordres juridiques soit niée. Il est bien possible qu'une greffe « totale » ou « parfaite » ne s'est jamais produite. Ce que l'on peut par contre vérifier ce sont les rapports entre les droits appartenant à diverses sociétés, dont l'explication peut être avancée par l'intermédiaire d'autres notions que celle de greffe²³³⁵.

SECTION 2. LE DROIT COMPARÉ ET LA CIRCULATION DU DROIT

Le sujet du déplacement du droit entre diverses sociétés n'intéresse la discipline du droit comparé que depuis quelques décennies. Avant que cela n'arrive, elle était plutôt traitée dans le cadre des études historiques du droit, en abordant un cas en particulier, ou des études sociojuridiques ou anthropologiques au moyen d'expressions telles

²³³² HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 159. De fait, comme le remarque Watson lui-même, « it is banal to notice that the same legal rule operates differently in two countries: it operates to different effect even within one. [...] Of course, where a written statutory law is the same within two countries, its judicial interpretation may well differ because of tradition and ways of legal thinking – that, I think, is Legrand's point. But it is no rare thing for academics to notice and pass on to practitioners the nature of these differences » (WATSON, Alan, « Legal Transplants and European Private Law », *cit.*, p. 2).

²³³³ HANNERZ, Ulf, *Cultural Complexity: Studies in the Social Organization of Meaning*, New York, Columbia University Press, 1992, pp. 49-52

²³³⁴ GRAZIADEI, M., *op. cit.*, p. 469.

²³³⁵ Même si plus loin nous allons y revenir, il convient d'indiquer que, par exemple, E. Örüçü propose la notion de « transposition » comme une nouvelle métaphore pour faire allusion au phénomène de la circulation du droit (ÖRÜCÜ, Esin, « Law as Transposition », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n° 2, 2002, pp. 205-223).

qu'« acculturation juridique »²³³⁶. Comme on l'a déjà souligné, dans l'analyse sur la circulation du droit, le droit comparé l'emporte progressivement sur les recherches du point de vue historique et sociologique, en devenant le champ d'étude par excellence de cette réalité. Néanmoins, les controverses sur la nature, la portée, l'épistémologie et le rôle du droit comparé ne cessent pas de se produire²³³⁷, raison pour laquelle il convient de faire quelques commentaires sur cette question (I), avant de souligner la place centrale que de plus en plus occupe l'examen du phénomène de la circulation du droit dans les études comparatives (II).

I. Le statut du droit comparé

Le droit comparé affirme actuellement sa place dans les parcours universitaires et dans le travail des praticiens. De même qu'il est devenu indispensable dans la plupart des recherches doctrinales, les juges et le législateur consultent les données étrangères avant d'entamer la construction d'une nouvelle réglementation et de définir la solution d'un cas inédit, ce qui a une incidence directe dans les processus de circulation du droit. Le droit comparé revendique de nouvelles ambitions et toutes les compétences en matière d'unification du droit et même de vérification de la pertinence des solutions nationales. Comme l'on sait, la « mondialisation » du droit et l'interpénétration accentuée des ordres juridiques, affermie par le renforcement des ordres juridiques supranationaux semble donner une légitimité certaine à la démarche comparative. Les particularismes juridiques apparaissent comme des obstacles face à une économie mondiale de plus en plus intégrée, et le juriste cherche à les contourner avant que le comparatiste ne les abolisse. Cependant, malgré les tentatives visant à constituer un corps de doctrine et une méthodologie spécifique, le droit comparé maintient toujours des difficultés importantes et l'on ne s'accorde pas sur la nature même de son objet et ses fondements épistémologiques²³³⁸.

²³³⁶ Sur l'acculturation juridique voir : ALLIOT, Michel, « Acculturation juridique », in POIRIER, Jean (sous la direction de), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, pp. 1180-1246 ; ROULAND, Norbert, « Acculturation juridique », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 4-6 ; GAUDEMET, Jean, « Les transferts de Droit », *L'année sociologique*, n° 27 (Sociologie du Droit et de la Justice), 1976, pp. 29-59.

²³³⁷ Il y a déjà quelques décennies W. Hug affirmait que « comparative law [...] is a convenient but loose term. It serves to embrace all those studies which, characteristically, do not confine their attention to domestic law. These, however, vary in purpose and method. All of them are not really comparative, even today; there is still a tendency to comprehend the mere study of foreign laws in the term "comparative law." Studies which are truly comparative fall into several categories [...] » (HUG, Walther, « History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, Vol. 45, No. 6, 1932, p. 1027).

²³³⁸ C'est justement quant à la question des fondements épistémologiques que les rapports entre droit comparé et philosophie du droit révèlent leur pertinence : « What, precisely, is the relevance of legal philosophy to comparative law? On the face of things, the two subjects appear to have a great deal to say to each other. Comparative law - the study of all the world's legal systems, in all ages and all places - should, by exhibiting the empirical, observed variability in human law, be both a spur to philosophical reflection and testing-ground for philosophical theories. Legal philosophy, on the other hand, should help both to lay the methodological foundations for comparative law - to say how, in general, a foreign legal system ought to be studied - and, more concretely, to suggest specific topics of inquiry: How are the institutions of punishment, or contract, or tort thought of in other legal cultures than our own? » (EWALD, William, « The jurisprudential approach to Comparative Law: A Field Guide to "Rats" », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 46, No. 4, 1998, p. 701).

Sous l'étiquette de « droit comparé » l'on a identifié plusieurs types d'objets et d'activités, tous rapportés, d'une certaine manière, à la situation du déplacement du droit. Il est conçu soit comme une science, tant celle qui permet d'unifier des droits différents que la science des droits étrangers qui permet sert de modèle pour le droit national, soit comme un ordre normatif, comme le système juridique transnational²³³⁹. Dans un cas comme dans l'autre le droit comparé suppose que la description d'un objet confère par elle-même une aptitude spécifique de le produire visant son amélioration. Plus encore, comme système juridique le droit comparé ne manifeste pas un pouvoir simplement abstrait et théorique, mais l'exercice effectif d'une attribution normative. De toute façon, au-delà du problème de l'usage linguistique d'un terme, problème qui ne peut naître que dans le cadre d'un discours scientifique et de la construction d'un domaine de savoirs, cette conception a comme point de départ l'autre, c'est-à-dire celle qui envisage le droit comparé comme une discipline juridique et comme l'objet de cette discipline²³⁴⁰.

Dans cette perspective, le problème est justement la détermination exacte de l'objet. Les « droits étrangers » et parfois les « grands systèmes de droit » sont de cette façon identifiés²³⁴¹. Bien que rien n'empêche de conférer le qualificatif de « droit comparé » à une étude concernant le droit étranger réalisé dans un pays donné, l'on peut se demander s'il n'existe pas une autre sorte de droit comparé à côté de celui qui se limite à l'examen des droits étrangers²³⁴². De fait, cette forme de le concevoir révèle que la plupart des disciplines juridiques sont encore marquées par un fort tropisme national. Si l'on veut déterminer la

²³³⁹ Bien évidemment, il est possible de formuler d'autres classifications sur la nature du droit comparé qui tiennent plus directement compte de la question du déplacement du droit. C'est ainsi que l'on peut identifier « four distinct trends in comparative law scholarship since the mid-1970s: (a) attempts to re-establish links between comparative law and legal theory, exemplified by the work of Geoffrey Samuel, William Ewald, and Özüncü; (b) comparative legal history, exemplified by Rudolfo Sacco and the Trento School, who maintain that comparison is an historical science which 'examines the way in which legal institutions are connected, diversified and transplanted from one country to another'; (c) comparative law and culture, which has tended to emphasize the frequent mismatches between local (social and legal) cultures and legal transplants (for example, Pierre Legrand and David Nelken); and (d) the extension of economic analysis of law to comparative law, including the thesis that legal systems over time will choose the most efficient rules and institutions from a menu of 'solutions' developed by competing national systems – a sort of market, or perhaps garden centre, for legal transplants » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, pp. 213-214).

²³⁴⁰ Une discipline qui en plus doit affronter le déficit d'avoir une tradition qui ne se développe que depuis peu de temps : « [F]or those who believe that comparative-law scholarship would benefit greatly if the field had a core tradition upon which each generation could build, the question remains whether there is any source from which might derive the intellectual discipline and focusing basic to the emergence of a scholarly tradition? Only one possibility seems open: to consider the contribution that comparative study can make to our understanding of the legal order in broader philosophical, historical, and sociological perspectives and to ask what implications our conclusions can have for basic comparative study and research » (MEHREN, Arthur T. von, « An Academic Tradition for Comparative Law? », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19, n° 4, 1971, p. 626).

²³⁴¹ Que le droit comparé a comme objet les « grands système de droit » suppose qu'il élargit son champ d'analyse au delà des règles d'un ordre juridique étranger, c'est-à-dire non seulement « the black-letter rules themselves, but (1) the way they are conceived by the legal community, and (2) how that community conceives of itself: what I earlier called the "cognitive structure" and the "institutional culture" of the legal system. At bottom, in modern legal systems, the rules are the least interesting things » (EWALD, W., « Comparative Jurisprudence (I) », *cit.*, p. 1986).

²³⁴² De fait, comme le remarque W. Ewald, « comparative law is inherently a single-track activity. That is, if your goal is to understand a foreign legal system –let us say, to understand it well enough so that you can communicate effectively with foreign lawyers– then there is, in essence, only one way to proceed» (*ibidem*, p. 1946).

norme applicable à un conflit ponctuel ou le recours qu'il est possible de former dans une situation spécifique, la réponse est encore et toujours à rechercher dans règles nationales pertinentes, même si, pour le cas en question, ces règles sont en effet une norme en provenance d'un autre pays. Il s'agit là d'une sorte de réception indirecte d'un droit étranger, car dans ce contexte l'on cherche tout simplement à appliquer sous certaines conditions des règles d'autres pays en tant que règles nationales, ce qui implique l'intégration de normes étrangères dans le droit national. Or, cette approche des droits étrangers au titre de « droit comparé » ne suppose même pas la considération des droits étrangers en tant que tels. Elle est simplement un cas spécifique d'application du droit national sous la logique de l'actualisation croissante de potentialités des droits nationaux.

Une autre situation est celle de la réception directe des droits étrangers qui constitue le cas par excellence de la circulation du droit. Il ne s'agit pas de l'intérêt à étudier les droits étrangers en tant qu'un droit national élargi, mais de les considérer comme le système juridique de départ qui sert à l'élaboration d'une loi ou d'une constitution, à la justification d'une décision en justice, au développement d'une doctrine, etc. Dans ce cas, la réception des droits étrangers suppose qu'ils soient abordés en tant que tels, c'est-à-dire du même point de vue que n'importe quel système normatif juridique. Dès lors, la circulation du droit présume que le droit comparé a la capacité de situer n'importe quelle donnée de n'importe quel ordre juridique dans l'ensemble des structures possibles et réduit ainsi le préjugé d'exclusivité intrinsèque du droit national. Les solutions nationales ne sont pas uniquement issues de débats politiques et de contextes spécifiques qui se prolongent dans les conceptions juridiques locales, mais aussi de la référence au droit étranger. Il se peut donc que le « comparatiste » utilise le droit comparé en vue de justifier des positions politiques dans un débat national, comme on l'a bien vu dans le cas de la réforme constitutionnel de 1936 en Colombie. Il ne s'agit pas simplement d'un « abus idéologique » que l'on peut dénoncer²³⁴³, mais d'un discours qui montre tant une prétention explicative qu'une fonction prescriptive en vue de soutenir l'adoption de certaines solutions en droit national ou afin de revendiquer une position dans une controverse à caractère juridique et politique. Il s'ensuit alors que le droit comparé peut jouer un rôle primordial dans l'ensemble de dispositifs disponibles pour la production normative. S'il est possible d'établir que telle norme juridique ou telle institution emporte telles conséquences sous telles conditions, et s'il est possible, en plus, d'arriver à la conclusion politico-morale que ces conséquences sont souhaitables, alors cette norme ou cette institution est également souhaitable. En revanche, s'il apparaît qu'une norme juridique venue d'ailleurs est moralement souhaitable, considérée isolément, mais qu'elle entraînerait des conséquences moralement reprochables si elle est intégrée dans un certain contexte juridique, alors l'on affirmera qu'il n'est pas politiquement ou moralement approprié de produire cette norme. Le droit comparé élargit la responsabilité politique des législateurs, car il doit tenir compte des structures juridiques possibles et définir les résultats des analyses contextuels de l'introduction d'un nouveau droit, inspiré du droit étranger. Le droit comparé possède ainsi une compétence spécifique dans la mesure où il peut mettre les objectifs souhaités en rapport avec les contraintes structurales locales.

²³⁴³ Comme le fait, par exemple, O. Pfersmann : « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, N° 2, 2001, p. 287.

II. La démarche comparative et l'analyse de la circulation du droit

Les observations précédentes et le constat selon lequel l'emprunt juridique est souvent source de création et de transformation²³⁴⁴ imposent de s'interroger sur le rôle que le droit comparé joue dans les dynamiques de la production du droit et sur sa présence dans l'ensemble des pratiques des acteurs institutionnels par l'usage qu'ils font du droit venu d'ailleurs. Que ce soit un expédient rhétorique²³⁴⁵ ou un argument sérieusement pris²³⁴⁶, le recours au droit étranger et à la comparaison des droits par le législateur ou par d'autres acteurs a en principe un caractère stratégique, sans que cela implique qu'il s'agisse toujours d'une activité idéologisée ou qu'il n'a aucun poids effectif dans l'élaboration du droit ou dans sa réforme²³⁴⁷. Le déplacement du droit répond avant tout à la nécessité de trouver une solution juridique nouvelle dans le droit d'autrui. Qu'il y ait des ressemblances entre les contextes juridiques ou extra-juridiques de production et ceux de réception, ceci n'est nécessairement pas le souci principal. Dans le cas de la législation et du droit constitutionnel, ainsi que probablement dans le cas de décisions judiciaires, les acteurs concernés rarement cherchent rationnellement la meilleure norme²³⁴⁸. Ils recourent plutôt à celle qui est disponible, tant au niveau formel, ce qui explique que le droit sous la forme de la législation soit le plus empruntable, qu'au niveau linguistique, de sorte que la plupart de normes importées s'expriment dans une langue connue. La réception des dispositions de la constitution espagnole de 1931 à l'occasion de la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie est un bon exemple de cette condition, tandis que le droit constitutionnel français à cette époque en vigueur n'a pas été pris en compte étant donné son caractère dispersé. Au contraire, la doctrine constitutionnelle de ce pays, notamment celle de Duguit, sert de modèle justement parce qu'elle était bien connue par un secteur de l'élite juridique colombienne, grâce aux traductions et aux compétences linguistiques des juristes qui l'intègrent.

Malgré l'ascendant que la doctrine arrive à avoir dans le processus d'élaboration ou de réforme juridique, la plupart des acteurs qui y participent ne font pas œuvre de

²³⁴⁴ WATSON, Alan, « Aspects of Reception of Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, n° 2, 1996, p. 345.

²³⁴⁵ Selon J. Carbonnier, « l'invocation à la législation comparée n'est souvent qu'instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, interprétées ; une sociologie de tourisme ; une psychologie par impression – il n'en faut pas davantage pour accréditer les miracles du paragon lointain que l'on désire promouvoir. Et l'opinion publique de suivre » (CARBONNIER, Jean, « A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger », in ID., *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 237).

²³⁴⁶ K. Zweigert et H. Kötz remarquent que « legislators all over the world have found that on many matters good laws cannot be produced without the assistance of comparative law, whether in the form of general studies or of reports specially prepared on the topic in question » (ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 16).

²³⁴⁷ HILL, Jonathan, « Comparative Law, Law Reform and Legal Theory », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 1, 1989, p. 105.

²³⁴⁸ P. G. Monateri souligne les faiblesses du législateur, en particulier sa faible capacité prévisionnelle, et celles de la législation, notamment l'impossibilité de circonscrire l'ensemble des données sociales (MONATERI, Pier Giuseppe, « La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione Europea », in PETRONI, A. M. (éd.), *Modelli giuridici ed economici per la costituzione europea*, Bologne, Il Mulino, 2001, p. 99).

comparatistes ou, au moins, ne s'intéressent pas beaucoup de présupposés méthodologiques qui leur permettraient d'atteindre les meilleurs résultats. Lorsqu'ils reconnaissent explicitement avoir suivi un exemple étranger, ils visent plutôt à réduire les incertitudes liées à l'innovation juridique. Toutefois, dans les contextes moins susceptibles d'être influencés – comme arriverait, en principe, en France – cette sorte de reconnaissance n'est pas habituelle²³⁴⁹. Il s'agit des « pays à forte tradition exportatrice de droit » qui « tendent à éprouver plus de difficultés à s'ouvrir à la connaissance des autres »²³⁵⁰. Il est même permis de dire que « la référence aux droits étrangers n'est d'ailleurs pas forcément revendiquée », comme si celle-ci « faisait peur, par ce qu'elle pourrait impliquer, ou bien elle est jugée incongrue et peu prestigieuse dans une culture juridique qui se veut forte et qui entend le rester »²³⁵¹. En revanche, dans d'autres contextes, comme il arrive habituellement en Colombie et dans d'autres pays « en voie de développement », le recours au droit étranger est un mécanisme de légitimation de ceux qui soutiennent la nécessité d'un changement dans le droit comme de ceux qui s'y opposent. La différence entre les deux situations ne consiste donc pas en ce que dans la première ne se présente pas une influence étrangère tandis que dans la deuxième elle se produit. La distinction se trouve plutôt dans le fait que dans les pays juridiquement prestigieux la référence est dissimulée pour mieux l'approprier, alors que dans ceux qui ont été traditionnellement récepteurs l'influence étrangère et ouvertement reconnue.

SECTION 3. LES APPORTS DES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES À L'ANALYSE DE LA CIRCULATION DU DROIT

« Méfiance sociologique à l'égard du droit et des juristes, distance et parfois dédain des facultés de droit à l'égard de l'intrusion sociologique, le terrain demeure miné »²³⁵². Ce constat de B. Dupret semble être particulièrement pertinent pour les analyses que dans le champ disciplinaire du droit comparé ont été réalisées sur la circulation du droit, dans la mesure où ils ne considèrent qu'assez rarement les études des sciences sociales sur la diffusion de divers types de produits culturels développés dans certaines conditions sociales. En effet, le développement des recherches sur la diffusion et la circulation tant dans le domaine juridique que dans celui des sciences sociales partagent quelques sources dans l'historiographie et dans l'anthropologie culturelle. Cependant, les contacts de l'un avec l'autre sont faibles et exceptionnels. C'est ainsi que la plupart de travaux sur les greffes juridiques ne font guère allusion à la littérature en sciences sociales sur la diffusion, mais en même temps celles-ci ont ignoré le droit et ne s'occupent que de manière subsidiaire des

²³⁴⁹ En ce sens, pour E. Picard « si concrètement le vrai droit est celui qui se trouve effectivement posé et sanctionné dans un espace donné, le vrai droit, dans l'espace français et du point de vue français, ne peut être que le droit français, lequel en France, se définit ou s'est défini par la loi, expression de la volonté générale de la nation. Il est en résulté, en France, une conception très nationale voire nationaliste du droit. » (PICARD, Etienne, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n°4, 1999, p. 906).

²³⁵⁰ MUIR WATT, Horatia, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 3, 2000, p. 517.

²³⁵¹ PONTHEOREAU, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 149.

²³⁵² DUPRET, Baudouin, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 67.

faits liés au phénomène juridique²³⁵³. Il convient alors de faire une brève esquisse sur l'analyse de la diffusion de divers types de réalités du point de vue des sciences sociales (I). Sur cette base il sera plus aisé de déterminer les apports principaux qu'elles peuvent offrir à l'examen de la circulation du droit, comprise comme une manifestation spécifique des processus de diffusion de divers genres qui se produisent entre les sociétés (II).

I. La diffusion dans les sciences sociales

Parmi les réalités qui peuvent être l'objet de diffusion, tant le droit comparé que les sciences sociales montrent un intérêt particulier par rapport aux idées. Celles-ci constituent le contenu des normes juridiques, mais aussi l'un des produits culturels qui ont la capacité d'aller et venir d'une société à l'autre²³⁵⁴. Or, dans le deuxième champ d'étude, l'analyse de la diffusion d'autre type de réalités s'est progressivement étendue. C'est ainsi que « tandis que l'anthropologie dans ses débuts se concentre sur la diffusion des caractéristiques des cultures dans une recherche sur leurs origines et en les distinguant sur la base de la portée de l'inventivité humaine, les sociologues se focalisent plutôt sur le processus et l'agencement, avec un accent particulier sur les conditions d'exportation et d'importation d'idées et sur les canaux de diffusion »²³⁵⁵. Or, parmi ces études sociologiques sur la diffusion il y a quelques-unes singulièrement pertinentes pour le droit, tels que celles qui s'occupent des mouvements sociaux²³⁵⁶, des langues²³⁵⁷, des idées politiques²³⁵⁸ et de la diffusion des innovations technologiques²³⁵⁹. Sur ce dernier point, W. Twining²³⁶⁰ remarque l'ouvrage de E. Rogers, justement intitulé *Diffusion of Innovations*. Cet auteur soutient que « la diffusion est un type spécial de communication qui s'intéresse à la propagation de messages qui sont perçus comme de nouvelles idées »²³⁶¹. Il identifie ensuite les caractéristiques principales de la diffusion dans ce contexte : il s'agit d'une innovation pour ceux qui la reçoivent, qui est communiquée à travers certaines voies et pendant un certain

²³⁵³ TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, p. 239.

²³⁵⁴ En ce sens voir : HEINE-GELDERN, Robert, « Cultural Diffusion », in SILLS, David L. (ed.), *International encyclopedia of the social sciences*, New York, Macmillan, 1968, vol. 4, pp. 169-173.

²³⁵⁵ *Ibidem*, p. 218.

²³⁵⁶ ALTER, N., « Diffusion, Sociology of », in SMELSER, N. J., BALTES P. B. (eds.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Oxford, Pergamon, 2001, pp. 3680-3684 ; SNOW, D., BENFORD, R. D., « Alternative Types of Cross-national Diffusion in the Social Movement Arena », in DELLA PORTA, Donatella, KRIESI, Hanspeter, RUCHT, Dieter (eds.), *Social movements in a globalizing world*, New York, St. Martin's Press, 1999 ; STRANG, David, SOULE, Sarah A., « Diffusion in Organizations and Social Movements: From Hybrid Corn to Poison Pills », *Annual Review of Sociology*, Vol. 24, No. 1, 1998, pp. 265-290.

²³⁵⁷ COOPER, Robert L., *Language spread: studies in diffusion and social change*, Bloomington, Indiana University Press, Washington, D.C., Center for Applied Linguistics, 1982 ; LAFORGE, Lorne, MCCONNELL, Grant D. (dir.), *Diffusion des langues et changement social : dynamique et mesure*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1990.

²³⁵⁸ GENÈT, Jean-Philippe, RUGGIU, François-Joseph (dir.), *Les idées passent-elles la Manche? Savoirs, représentations, pratiques (France-Angleterre, Xe-XXe siècles)*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2007 ; OGÉE, Frédéric (ed.), « Better in France? »: *the circulation of ideas across the Channel in the eighteenth century*, Lewisburg (Pa.), Bucknell University Press, 2005.

²³⁵⁹ HAGERSTRAND, Torsten, *Innovation diffusion as a spatial process*, trad. Allan Pred. Chicago, University of Chicago Press, 1967.

²³⁶⁰ *Ibidem*, p. 219.

²³⁶¹ ROGERS, Everett M., *Diffusion of Innovations*, 4^e éd., New York, Free Press, 1995, p. 35.

temps, parmi les membres d'un système social²³⁶². D'autres éléments importants du schéma conceptuel de Rogers concernent les canaux de communication, les décisions en matière d'innovation, les agents de changement, l'adaptation, le rejet et les conséquences. De fait, les principaux termes utilisés par Rogers et d'autres théoriciens de la diffusion s'occupent du processus par lequel celle-ci s'accomplisse, ce qui constitue un apport notable pour l'analyse de la circulation du droit.

Dans le domaine de la science politique et de la sociologie politique, dans un champ qui est proche à celui du droit, un ensemble de travaux récents font état d'une convergence des institutions, des règles et des politiques qui encadrent et orientent les activités sociales dans différents secteurs à l'échelle mondiale ou continentale. Cette situation est la conséquence du transfert des matériaux techniques, cognitifs et normatifs utilisés dans la conception des politiques publiques. Les recherches consacrées à ces dynamiques de diffusion et de transplantation de solutions d'action publique ont été identifiées sous l'appellation « *policy transfer studies* ». Comme l'explique T. Delpeuch, elles « ont en commun de s'intéresser à la dimension exogène de la fabrique de l'action publique et, plus précisément, à l'importance dans ce processus de phénomènes tels que l'imposition, l'influence, l'inspiration ou l'imitation »²³⁶³. Il s'agit d'un cadre d'analyse remarquable parce qu'il permet de reconnaître l'ascendant des grands mouvements d'idées et des institutions sociales dans les phénomènes de diffusion et de convergence, en insistant sur le fait que les transferts engagent des processus d'action collective dont le résultat n'est pas déterminé à l'avance. Les *policy transfer studies* essaient ainsi de combiner la perspective macrosociologique, prenant en considération des facteurs politiques, institutionnels, idéologiques, culturels, socio-économiques et technologiques, avec des analyses microsociologiques, attentives aux stratégies des acteurs, à la formation de réseaux sociaux et aux mécanismes d'apprentissage²³⁶⁴.

II. La circulation du droit comme un cas spécifique de diffusion de produits culturels

La plupart des recherches sur la diffusion dans les sciences sociales ont un fondement empirique, de sorte que les théorisations qu'elles présentent se développent à partir d'une analyse factuelle des divers cas et situations. En revanche, les travaux sur les greffes juridiques élaborés dans le domaine du droit comparé ne recourent pas régulièrement à ce type de support. Par exemple, presque toutes les généralisations de A. Watson sur les *legal transplants* sont formulées à partir de l'examen des dispositions normatives à caractère

²³⁶² *Ibidem*, pp. 35-36.

²³⁶³ DELPEUCH, Thierry, « Comprendre la circulation internationale des solutions d'action publique : panorama des *policy transfer studies* », *Critique internationale*, n° 43, 2009, p. 153. Voir aussi de ce même auteur : DELPEUCH, Thierry, *L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques : un état de l'art*, Questions de Recherche / Research in Question, n° 27, Paris, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales Sciences Po, 2008 ; DELPEUCH, Thierry et VASSILEVA, M., « Contribution à une sociologie politique des entrepreneurs internationaux de transferts de réformes judiciaires », *L'Année sociologique*, vol. 59, 2009, pp. 371-402.

²³⁶⁴ DELPEUCH, Thierry, « Comprendre la circulation internationale des solutions d'action publique », *cit.*, p. 163-164.

formel. De fait, une bonne partie de la théorie juridique et de la doctrine qui s'occupent des greffes, des réceptions et de la diffusion du droit partagent cette démarche normativiste, qui est un point de départ pertinent, mais qui n'arrive pas à offrir tout le panorama des éléments qui interviennent dans le phénomène de la circulation du droit. De toute façon, quelques études commencent à appliquer des données empiriques pour déterminer le parcours et les conséquences d'un ou plusieurs cas de réception et adaptation dans le droit : par exemple, celles qui évaluent l'efficacité et l'impact de certains programmes de réforme juridique encouragés par quelques organisations internationales²³⁶⁵. En ce sens, il est possible de souligner les travaux de Y. Dezalay et B. Garth sur la participation des grands cabinets d'avocats dans la configuration d'un ordre juridique transnational²³⁶⁶, ainsi que sa recherche sur la concurrence entre les juristes et les économistes pour déterminer les réformes institutionnelles entamées en Amérique Latine²³⁶⁷. C. Rodríguez et A. Portes offrent également une analyse fondée sur des instruments sociologiques pour aborder la question de la réception de modèles étrangers dans les plus récentes réformes institutionnelles en Colombie²³⁶⁸, tandis que K. Pistor et P. Wellons font de même pour le cas de quelques pays asiatiques²³⁶⁹.

L'idée de E. Rogers de définir la diffusion comme un processus de communication entre les membres d'un système social et entre celui-ci et d'autres systèmes est une contribution importante à l'analyse de la diffusion du droit. Or, cet auteur et d'autres qui se sont occupés de ce sujet procèdent par l'intermédiaire de recherches détaillées des parcours suivis par des produits particuliers, et de là ils peuvent poser quelques généralisations. Pour sa part, la doctrine juridique et la théorie du droit abordent principalement des cas de circulation de normes et institution à grande échelle : la réception du droit romain en Europe est toujours le paradigme (analysée, par exemple, dans les travaux de Paul Koschaker et Franz Wieacker²³⁷⁰), auquel peut se joindre l'examen de la diffusion de la *common law*. Il est possible que cette différence de portée entre les études sociologiques et les études juridiques soit l'une de raison des contacts réduits entre les deux sortes d'analyses et de l'absence d'une perspective interdisciplinaire²³⁷¹. C'est même pour cela que la plus importante leçon à tirer de la démarche et des résultats des recherches en sciences sociales sur la diffusion consiste à constater que l'analyse des processus de circulation du droit exige de combiner l'examen des composants normatifs du phénomène juridique, sur la base de la doctrine et la théorie du droit, avec des études empiriques détaillées sur les comportements,

²³⁶⁵ Voir par exemple : MERRYMAN, John Henry, CLARK, David S., FRIEDMAN, Lawrence M., *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America: a handbook of legal and social indicators for comparative study*, Stanford, Calif.: Stanford Law School, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1979.

²³⁶⁶ DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

²³⁶⁷ DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., *La Internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los estados Latinoamericanos*, trad. Antonio Barreto, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, ILSA, 2005.

²³⁶⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César, PORTES, Alejandro (dir.), *Las instituciones en Colombia. Un análisis sociológico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

²³⁶⁹ PISTOR, Katharina, WELLONS, Philip A., *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1999.

²³⁷⁰ Voir *supra* p. 150.

²³⁷¹ TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, pp. 233-234.

les idées, les attitudes et les interactions des acteurs politiques et sociaux dans des contextes particuliers²³⁷². C'est justement de cette manière que l'on a essayé de procéder dans l'étude présentée dans la deuxième partie du présent travail. Or, ceci révèle aussi la nécessité d'approfondir dans cette démarche interdisciplinaire qui, de toute façon, cherche à se développer autour du droit et des institutions : « sous l'influence de la sociologie et du dialogue avec les autres sciences sociales, des juristes prennent ainsi en considération les rapports au droit et à la norme, les écarts entre les textes et les pratiques, les usages différenciés du droit en prêtant davantage d'attention aux stratégies et aux motivations des acteurs »²³⁷³.

²³⁷² Ce composant de l'analyse sur la diffusion du droit donne lieu au développement d'une « perspective interactionniste » : « if one is interested in how diffusion works in practice, one is inevitably concerned with agency and the behaviour and perceptions of actual human beings. One of the most important developments in diffusion research has been the growth in importance of interactionist perspectives, [...] This leads to a very detailed focus on the behaviour, beliefs and perceptions of individuals – maybe a few, maybe thousands – and their interactions in specific contexts at specific moments of time, even in respect of large-scale geographically dispersed diffusion. This kind of perspective is so far largely absent from studies of legal diffusion » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, pp. 235-236).

²³⁷³ VIGOUR, Cécile, *La Comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, Paris, La Découverte, 2005, p. 41.

Chapitre II. Les conditions de réalisation de la diffusion du droit : entre influence universelle et mutation particulière

Plusieurs comparatistes et historiens du droit ont cherché à démontrer que des pans entiers de règles juridiques, que toute une institution, que des branches complètes du droit peuvent faire l'objet d'une greffe d'un ordre juridique appartenant à une société sur un autre ordre juridique d'une société différente, lorsque les circonstances y sont favorables. Cependant, dans la plupart de cas (notamment dans les travaux d'A. Watson), il semble que la perspective se limite à la règle de droit prise isolément de son contexte social, ce qui donne lieu au rétablissement de l'autonomisme juridique, si cher au positivisme, mais par une voie différente à celle que celui-ci avait prise. Le lien fondamental entre la société et son droit se réduit notablement. Selon Watson, « le système récipiendaire ne nécessite d'aucune réelle connaissance du contexte social, économique, géographique et politique à l'origine et durant le développement de la règle originelle »²³⁷⁴. Malgré les critiques, cet auteur ne révisé pas sa conception de la greffe juridique et seulement procède à quelques ajustements, comme on l'a déjà indiqué²³⁷⁵. Cependant, il n'a pas posé les questions fondamentales, bien que G. Del Vecchio l'avait déjà fait : « Par quels moyens pouvaient se communiquer les connaissances et les institutions humaines ? La guerre, la conquête, les colonies, les sociétés, les confédérations, le commerce, les voyages sont-ils tous également faits pour de pareilles communications ? Quelles grandes différences devait-on noter entre ces divers moyens ? Les hommes communiquent-ils, toujours à autrui leurs connaissances et leurs institutions ? Et s'il n'en est pas toujours ainsi, quelles périodes de vie sociale, et quelles circonstances sont-elles mieux faites et mieux disposées pour ces communications ? Les hommes difficilement, et qui sont retenues le plus difficilement par autrui ? Dans quels gouvernements, et dans quels systèmes civils la communication et la propagation des institutions et des connaissances humaines sont-elles plus aisées ou plus difficiles ? D'un autre côté, les hommes sont-ils également toujours disposés à recevoir les connaissances et les institutions d'autrui ? Suffit-il que nous voyions un art nouveau, une institution qui ne soit pas proche de nous, pour l'avoir imitée et reçue ? Suffit-il que sur les côtes de la Grèce débarquent certains corsaires phéniciens et qu'ils montrent aux sauvages qui l'habitent, arts, métiers, sciences, écriture, pour que ceux-ci les reçoivent tout à coup avec avidité, et tout à coup se civilisent ? Que deviennent finalement les connaissances et institutions communiquées chez ceux qui les reçoivent ? Quelles formes, quels aspects prennent-elles,

²³⁷⁴ WATSON, Alan, « Legal Transplants and law reform », in WATSON, Alan, *Legal Origins and Legal Change*, Londres, Hambledon Press, 1991, p. 293.

²³⁷⁵ Voir *supra* p. 185.

et comment se relient-elles aux institutions indigènes et natives et s'amalgament-elles avec ces institutions ? Etc. »²³⁷⁶.

Notre propos n'est pas de répondre à toutes ces questions. Cela suppose d'élaborer une théorie générale des greffes juridiques qui semble être une tâche très difficile à accomplir, étant donné qu'elle implique l'analyse des rapports complexes entre plusieurs ordres juridiques dans le cadre des relations qui entretiennent les sociétés où ils régissent²³⁷⁷. Dans ce qui suit, il ne sera question que de formuler quelques explications du phénomène de la circulation du droit dans le cas ponctuel de la réception d'un droit formalisé et systématisé par une société organisée juridiquement et politiquement sous la forme institutionnelle de l'État. Il ne s'agit que d'un épisode de circulation parmi d'autres qu'il est possible d'identifier et d'examiner, mais son ampleur, sa complexité et le fait qu'il se soit à maintes reprises produit justifie que l'on s'en occupe. Il convient alors de commencer par quelques considérations générales sur ses conditions de réalisation (section I), de manière qu'une classification des types de circulation des divers composants des ordres juridiques puisse être posée (section 2). Sur ces prémisses l'on pourra insister sur le caractère dynamique du phénomène, qui ne se réduit pas à un simple lien d'exportation et importation des normes où l'imitation semble l'emporter.

SECTION 1. LES CONDITIONS DE RÉALISATION

Dans les débats autour des greffes juridiques l'on a mis en cause tant l'appellation qui sert à les identifier que l'existence même du phénomène. Comme l'on sait²³⁷⁸, dans le cadre des études en droit comparé, la doctrine utilise un vocabulaire très varié. Certaines distinctions peuvent être proposées : « influence » ou « emprunts » sont des termes généraux relatifs à l'évolution juridique, tandis que « greffe » ou « réception » caractérisent la circulation de normes juridiques. De toute façon, il semble qu'aucune terminologie ne peut expliquer de manière adéquate l'ensemble des processus de circulation²³⁷⁹. Plus encore, ce caractère apparemment incommensurable explique en partie que l'on a même contesté la possibilité qu'une norme ou une autre donnée juridique puisse se déplacer d'un lieu à l'autre²³⁸⁰. La controverse sur la terminologie appropriée pour désigner le phénomène (I) n'est que le point de départ d'une autre qui concerne l'existence des greffes juridiques et, si l'on l'accepte, les démarches pour vérifier qu'elles se présentent dans une situation ponctuelle (II).

²³⁷⁶ DEL VECCHIO, Giorgio, « La communicabilité du droit et les doctrines de G.-B. Vico », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, LGDJ, 1938, vol. II, § 111, p. 599-600.

²³⁷⁷ Comme le remarque W. Twining, « the main link is communication of ideas. Suggestive analogies are one thing; a grand synthesizing theory is another » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, p. 238).

²³⁷⁸ Voir *supra* p. 17.

²³⁷⁹ Voir en ce sens : WIEGAND, Wolfgang, « The Reception of American Law in Europe », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 2, 1991, p. 336, n. 14.

²³⁸⁰ C'est le cas notamment de P. Legrand (voir *supra* p. 191).

I. Des greffes juridiques à la circulation du droit

L'expression « greffes juridiques » est un exemple évident d'utilisation d'une métaphore organique dans le domaine du droit. Le problème qu'elle pose consiste en ce qu'elle réduit la complexité du phénomène qui prétend dénoter, en excluant les références au processus même de déplacement²³⁸¹. Face à cette difficulté l'on a proposé beaucoup d'autres appellations : par exemple, J. Allison propose celui de *cross-fertilisation* pour désigner une sorte d'influence indirecte, une impulsion étrangère à l'ordre juridique concerné qui mène à une transformation et à une évolution juridique qui permet l'adaptation au nouveau contexte²³⁸². G. Teubner remarque également le processus d'adaptation par l'expression « *legal irritants* » : « quand une règle étrangère est imposée dans une culture nationale [...] quelque chose d'autre se produit. Ce n'est pas une greffe dans un autre organisme, cela fonctionne plutôt comme une irritation importante qui provoque une série de nouveau et inattendus événements »²³⁸³. Pour sa part, M.-C. Ponthoreau considère que le terme d'« hybridation » est le plus approprié pour rendre compte des transformations juridiques produites, mais il renvoie aussi à une grande diversité : ces processus ne prennent pas nécessairement les mêmes voies et ne poursuivent pas forcément les mêmes objectifs »²³⁸⁴. Dans le cas de la pénétration des règles de droit étranger, elle peut avoir un caractère spontané. « Consciemment ou inconsciemment, ce phénomène n'est d'ailleurs pas toujours dévoilé par ceux qui produisent le droit national. Elle peut donc s'insinuer dans l'ordre juridique national »²³⁸⁵. Finalement, W. Twining affirme que celui de « diffusion » est le terme qui attache plus directement l'analyse dans le domaine du droit avec les études en sciences sociales. En plus, il est suffisamment général pour inclure les idées d'imitation, de propagation, de transposition, d'adaptation et de réception²³⁸⁶. Or, ce même auteur reconnaît que « diffusion » entraîne l'émanation à partir d'un centre ou source et tend à accentuer le point de vue de l'exportateur et non pas de l'importateur. « Si l'on considère la diffusion comme un processus, l'étiquette n'est pas entièrement satisfaisante, car le terme suggère un mouvement vers l'extérieur, de la puissance métropolitaine à la colonie, du centre à la périphérie, des pays riches, modernes et développés à un autre pauvre, traditionnel et sous-développé »²³⁸⁷. C'est justement pour cette raison que l'on a utilisé le terme « circulation », puisqu'il fait ressortir la complexité du processus, mais en même temps il évite de donner l'impression qu'il s'agit d'un mouvement unidirectionnel. De toute

²³⁸¹ Comme le remarque P. Glenn, « the notion of a legal transplant is a shorthand or metaphorical designation of a much more complicated phenomenon. Watson acknowledges and deals with this in his discussion of transformations, though the use of the metaphor covers over the nature of most forms of territorial expansion of laws » (GLENN, Patrick, « On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants », *Journal of Comparative Law*, vol. 1, n° 2, 2006, p. 363).

²³⁸² ALLISON, John W. F., « Transplantation and Cross-Fertilisation in European Public Law », in BEATSON, Jack, TRIDIMAS, Takis (eds.), *New directions in European public law*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 169-182.

²³⁸³ TEUBNER, Gunther, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », *The Modern Law Review*, Vol. 61, No. 1, 1998, p. 12.

²³⁸⁴ PONTTHOREAU, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., 147.

²³⁸⁵ Loc. cit.

²³⁸⁶ TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », cit., p. 231.

²³⁸⁷ TWINING, William, « Diffusion and Globalization Discourse », *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n° 2, 2006, pp. 510-511.

façon, toutes les expressions auxquelles l'on a fait allusion révèlent justement le caractère dynamique des réalités qu'ils dénotent et qui provoque des incertitudes sur son existence ou, au moins, sur les démarches pour le vérifier.

II. La vérification du processus de circulation

Les critiques à l'encontre de la théorie de *legal transplants* de Watson posent le déficit de déterminer quand est-on en effet face à un phénomène de circulation ou diffusion du droit d'un lieu à l'autre. Pour l'affronter il est nécessaire de faire une approximation aux concepts de droit qui sont impliqués par les études sur le phénomène (A), les conditions sociales pour la circulation juridique (B), la manière dont celle-ci se révèle comme un mécanisme de transformation du droit et, par cette voie, de changement social (C) et, finalement, les formes de vérification du phénomène et les différences qu'il a avec d'autres qui lui sont proches (D).

A. La notion du droit qui circule

L'on affirme que le droit se déplace d'une société à l'autre. Mais, qu'est-ce que l'on entend par droit ? Toute réflexion sur cette réalité exige la révision des présupposés ontologiques sur le droit. C'est ainsi que pour Legrand l'une des principales difficultés de la conception de Watson sur les greffes juridiques est qu'elle part d'un concept de droit où les règles qui l'intègrent ne sont que des simples énoncés vides de sens. Il s'agit d'un normativisme formaliste qui ne tient pas compte du fait que le sens d'une règle, comme de tout énoncé linguistique, est conditionné culturellement est, dès lors, ne peut migrer d'un endroit à un autre. Néanmoins, l'on peut constater que dans certaines circonstances la greffe des dispositions juridiques implique également de recevoir leur sens comme énoncés normatifs. Cela est possible à cause du fait que l'ordre juridique qui produit la norme et l'ordre juridique qui la reçoit, tous les deux peuvent partager plusieurs traits essentiels de leur culture juridique, comme l'on verra plus loin²³⁸⁸, ce qui facilite ce transfert des sens ou de contenus. De fait, les processus d'interaction entre divers ordres juridiques sont plus compliqués que ce que la conception de Watson et la critique de Legrand laissent entendre. Ils ne se limitent pas à une greffe des normes (qui peut inclure leur sens). Ils impliquent également qu'une partie importante des fondements structurels de l'ordre juridique, ce que l'on pourrait appeler la « culture juridique », a été reçue et adaptée dans un nouvel endroit. C'est donc dans ce cadre que les règles ponctuelles sont transplantées²³⁸⁹. De surcroît, il y a

²³⁸⁸ Voir *infra* p. 514.

²³⁸⁹ Cela est la conséquence d'une condition plus générale sur l'application et l'interprétation des normes juridiques : « to understand a legal rule one needs to know, not just the bare text of the rule, but certain global facts about the legal system—for example, how the rule is interpreted, how it is applied, and how it interacts with other rules. In other words, rules are to be understood, not in isolation, but only as a component of an entire legal system, that is, only in context. Call this observation the context principle for legal rules ». Cette détermination conceptuelle a en plus un effet épistémologique important : « as a logical matter, for any academic subject there exists a close connection between the problem of subject matter and the problem of method; that is, between the questions, What is the subject about? and How should we study it? In the case at hand, this means that the question How should we study foreign law? cannot be separated from the central question of legal philosophy, namely, What is law? In other words, any approach to comparative law must in the end rely on some theory, however shadowy and implicit, of the nature of law; this theory will determine

une deuxième manière de transfert de sens ou de contenu conceptuel des normes plus directe. Même ces contenus qui résultent des procédés herméneutiques d'interprétation des dispositions, peuvent être eux-mêmes transférés par l'intermédiaire de l'influence doctrinale. L'on n'emprunte pas seulement une ou plusieurs dispositions, mais aussi ce que les juristes ont écrit sur leur sens et la manière comme doivent être appliquées, bien qu'habituellement il s'agisse d'un groupe réduit d'auteurs dont la production s'identifie sous le terme de « doctrine ». Malgré le sens singulier que ce terme a dans le domaine juridique et la diversité des réalités qu'il désigne²³⁹⁰, l'influence doctrinale peut être facilement constatée dans les ordres juridiques comme celui de la Colombie, où la réception des normes en provenance d'autres systèmes a été accompagnée de la présence des ouvrages de la doctrine étrangère, à travers leur importation à contexte local ou par la formation des juristes nationaux dans les universités d'autres pays²³⁹¹.

Les normes, étant l'objet du processus de circulation du droit, se présentent sous deux dimensions : d'une part, elles fonctionnent sur le plan des idées et, d'autre part, elles font partie de la structure sociale. Sur cette base, au cas de greffe le droit se développe non pas parce qu'une règle est la conséquence inévitable de la structure sociale et elle aurait émergé même sans la présence d'un modèle à suivre, mais parce qu'une règle venue d'ailleurs est connue de ceux qui ont le contrôle sur l'élaboration des normes juridiques et ils ont observé les apparents avantages qui ils pourraient en tirer. Ce qui est ainsi emprunté est une idée, un projet, une conception contenue dans une norme. Dans ce cas de diffusion juridique, l'accessibilité joue un rôle considérable, même plus direct que le bilan sur la pertinence des normes étrangères ou sur leur caractère raisonnable. C'est pourquoi dans cette forme de développement du droit, par l'intermédiaire des transferts des normes, participent activement les juristes qui ont l'expertise et la connaissance de celles qui servent de modèle, de sorte qu'ils arrivent à déplacer l'ascendant des autres acteurs sociaux²³⁹². Toutefois, cette circulation des normes juridiques n'exclut pas du tout la migration et réception d'autres types de réalités juridiques. Outre les diverses sources du droit qui peuvent également être l'objet du processus²³⁹³, les pratiques et comportements liés à l'élaboration, l'application et la critique des normes peuvent aussi servir de modèle et être pris en compte par les membres d'une autre société. Dans le cas du droit constitutionnel, comme on l'a souligné ci-dessus, le transfert de normes peut s'accomplir en ayant conscience des pratiques politiques et institutionnelles du lieu d'origine. Elles se révèlent ainsi comme des exemples à suivre et comme des conditions pour la réception des normes constitutionnelles.

what the subject is about and how it is to be pursued. It follows that we can shed light on any given approach to comparative law by asking ourselves what theory of law it tacitly presupposes » (EWALD, W., « Comparative Jurisprudence (I) », *cit.*, p. 2106-2107).

²³⁹⁰ Selon Ph. Jestaz et Ch. Jamin, en ce qui concerne le droit les trois réalités étiquetées sous le label « doctrine » sont les suivantes : la doctrine comme « droit savant », la doctrine comme « source du droit » et la doctrine comme une « collectivité d'auteurs » (JESTAZ, Philippe, JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 4-9).

²³⁹¹ L'exemple de l'influence de l'école française du service public sur le droit administratif colombien révèle ce type de réception doctrinale (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 129-233 y 235-340).

²³⁹² WATSON, A., « Comparative Law and Legal Change », *cit.*, p. 315.

²³⁹³ Voir *infra* p. 517.

De surcroît, le transfert de normes révèle également les dynamiques liées au pluralisme juridique. En effet, lorsque divers ordres normatifs coexistent dans le même contexte, dans le même temps et le même espace, la possibilité d'une interaction entre ces ordres est permanente. Cette situation d'« inter-légalité », comme est nommée par B. de S. Santos²³⁹⁴, n'implique nécessairement pas une situation de conflit ou de concurrence. Les relations entre les ordres juridiques qui coexistent sont extraordinairement diverses : ils peuvent se compléter mutuellement, coopérer, converger, s'assimiler, mais ils peuvent aussi se fusionner ou s'attaquer jusqu'à ce que l'un d'eux disparaisse. Or, le pluralisme juridique conçu comme la coexistence de deux ou plusieurs ordres juridiques dans le même contexte, pourrait donner l'impression d'un état statique et relativement stable des rapports entre ceux-ci, contrairement à ce qui révèle la diffusion des normes qui suggère un processus dynamique impliquant des démarches d'innovation, d'adaptation, de rejet, etc. Toutefois, ce contraste n'est qu'apparent, car le pluralisme et la circulation impliquent généralement une interaction entre deux ou plusieurs ordres normatifs²³⁹⁵. En somme, de même que le pluralisme juridique, la circulation du droit est un phénomène dans lequel la question sur le concept de droit est difficile à éviter. Aborder la circulation des données juridiques dans leur diversité force à élargir la conception que l'on a du droit. Comme l'on sait, la plupart des travaux sur la réception des normes juridiques se concentrent principalement sur le droit d'origine étatique. S'il s'agit d'un champ d'étude toujours intéressant (nous-mêmes l'avons choisi) il convient d'éviter l'erreur de croire qu'il n'est pas possible ni pertinent d'aborder les cas de circulation de droit non étatique²³⁹⁶. Dans certains cas, comme celui de la réception de la doctrine française dans la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie, ou dans d'autres cas de réception de normes visant la réforme du droit interne, l'orientation vers le droit étatique est justifiable et compréhensible.

Toutefois, si la diffusion du droit est examinée comme un processus, il est difficile de laisser les ordres normatifs d'origine non étatique hors de vue. De fait, l'importation des données juridiques venues d'ailleurs rarement consiste à remplir un vide. Le processus implique presque inévitablement l'interaction avec les formes de régulation sociale préexistantes, sans importer qu'elles soient caractérisées ou non comme du « droit ». Certains comparatistes font le contraste entre le droit officiel et moderne et le droit informel et traditionnel, dichotomie qui se justifie seulement en tant qu'elle révèle que l'interaction est une partie importante du processus de circulation de droit. Par conséquent,

²³⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a new legal common sense: law, globalization, and emancipation*, 2nd ed., London, Butterworths LexisNexis, 2002, pp. 437, 427-430.

²³⁹⁵ TWINING, W., « Diffusion and Globalization Discourse », pp. 512-513.

²³⁹⁶ TWINING, William, « Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition », EDGE, Ian, *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, Transnational Publishers, 2000, p. 63. En ce sens, A. Kocourek souligne le fait que « so far as concerns the subject of this inquiry we have no need of considering as donor or source of received law any juridical society not employing, in some form, written monuments of law. This statement excludes primitive clan societies, barbarian confederacies, and even the earlier juridical societies of civilization. It must be noted that even in juridical societies where the law is chiefly *ius non scriptum* there are often important written monuments of law. Since writing, and especially printing, is an important prerequisite, it may be said that reception of law is a phenomenon of civilization in the three respects: (1) so far as concerns reliable historical evidence of reception of law; (2) in the possibility, on any scale, of a conscious reception of law; and (3) in the possibility of a wholesale reception of law unconnected with subjugation of a people » (KOCOUREK, Albert, « Factors in the Reception of Law », *Tulane Law Review*, vol. 10, n° 2, 1935-1936, pp. 217-218).

l'analyse sur la diffusion du droit est une partie fondamentale de celle qui s'occupe des rapports entre les systèmes juridiques. Elle offre deux types de contributions à ce sujet : d'une part, les bases conceptuelles pour comprendre la nature du droit et son développement comme réalité sociale ; d'autre part, l'analyse de la circulation fournit toujours des données pratiques indispensables pour justifier ou s'opposer à la réforme du droit, étant donné que la démarche comparative, consulter les solutions externes, sera toujours un choix disponible pour les acteurs institutionnels et sociaux²³⁹⁷.

B. Les conditions sociales pour la diffusion du droit

La circulation du droit est un phénomène qui ne peut s'expliquer que dans un contexte sociopolitique donné. C'est de cette manière qu'il est possible de déterminer le poids de nombreux facteurs qui encouragent ou s'opposent à la migration et à la réception du droit. Parmi les premiers, ceux qui correspondent aux exigences du développement économique sont régulièrement formulés à l'appui de l'introduction de certains types de normes ou d'institutions qui le favoriserait. L'idée même du développement économique exerce une influence favorable à la décision de la réception du droit étranger, de sorte que les élites qui s'apprêtent à mettre en œuvre des projets du décollage économique et social, ont la conviction que le droit étranger n'est pas uniquement la condition du développement, mais aussi et surtout le stimulant irrésistible dont on peut se servir, afin de réaliser des objectifs concrets fixés d'avance ou de manière intuitive. Le droit se présente ainsi comme l'un des instruments principaux de la planification économique. Néanmoins, la réception n'a pas toujours ce caractère sélectif et ne répond pas toujours aux nécessités de la société ou d'un secteur en particulier. Les conditions politiques, sociales, économiques de l'État dont le droit sert de modèle peuvent avoir une faible influence face à d'autres facteurs, par exemple le prestige de la doctrine ou la tradition juridique qu'il représente. Dans cette situation ponctuelle de réception des systèmes juridiques formalisés et systématisés le rôle des élites juridiques est tout à fait central. Comme l'on sait, Max Weber avait déjà souligné ce facteur lorsqu'il aborde la rationalisation formelle du droit et son appropriation par les juristes professionnels qui surgissent comme un groupe différencié dans les sociétés d'Occident²³⁹⁸. Ces couches d'intellectuels peuvent être les porteurs d'une nouvelle idéologie de caractère juridico-politique qui s'éloigne de l'idéologie traditionnelle, mais en même temps ils peuvent assumer la direction de l'opposition d'une réforme au droit. L'affrontement pendant les années trente en Colombie entre les juristes qui soutenaient la réforme

²³⁹⁷ WATSON, Alan, *Legal Transplants*, p. 92.

²³⁹⁸ Voir *supra* p. 96. A. Watson a beaucoup insisté sur ce point : « In the first chapter [*The evolution of law*] I wanted to show that it is, above all, lawyers thinking about law, not societal conditions, that determines the shape of legal change in developed legal systems. I chose to show as the main example that it was the thought pattern of the Roman jurists, rather than conditions in the society at large, that determined the origins and nature of the individual Roman contracts, and that the jurists were largely unaffected by society's realities. Of course, social, economic, political and religious factors, did have an impact but to an extent that was very much less than their general importance in society. What was true for one main-perhaps the most original and the most important-branch of law, developed over centuries by jurists in one of the world's most innovative systems, is also true it will now be argued, for law in general developed over centuries by judges, in another of the world's innovative secular systems, the English medieval common law » (WATSON, Alan, « Evolution of Law: Continued », *Law and History Review*, Vol. 5, No. 2, 1987, p. 537; voir aussi : WATSON, Alan, *Comparative law: law, reality and society*, Lake Mary (FL): Vandeplass Pub., 2007, p. 238, 240).

constitutionnelle et ceux qui la contestaient farouchement est un bon exemple de cette situation²³⁹⁹.

Il est dès lors possible d'identifier d'autres facteurs différents des intérêts socio-économiques qui incitent la circulation du droit²⁴⁰⁰ : premièrement, la permanence d'un ordre juridique initialement imposé par la force après la fin de l'occupation ; deuxièmement, l'accessibilité aux contenus des normes et d'autres sources du point de vue linguistique, que ce soit le cas de la langue latine pour le droit romain, de la langue française pour le Code civil, ou bien de la langue anglaise pour l'introduction de la procédure accusatoire²⁴⁰¹ ; troisièmement, la quête d'un certain degré de légitimité et d'autorité pour soutenir, mais aussi pour s'opposer, à une réforme du droit²⁴⁰² ; finalement, le hasard ne doit pas être exclu de l'ensemble de facteurs qui interviennent dans la circulation²⁴⁰³. Il n'en demeure pas moins qu'au côté des facteurs qui bénéficient la circulation il y a bien évidemment d'autres qui s'y opposent. Ceux-ci font également partie du contexte économique, social et culturel à l'intérieur duquel ils exercent une influence négative, mais leurs effets seront plutôt symboliques si l'ensemble de la situation n'est pas hostile à la réception. C'est le cas du nationalisme juridique qui prend le plus souvent l'apparence d'une théorie scientifique qui exalte la valeur du système juridique tel qu'il existe en raison de son caractère national. Il arrive de même dans le cas de la revendication d'une coutume local, exprimant la volonté de conserver et de réhabiliter la culture traditionnelle propre

²³⁹⁹ A. C. Papachristos n'observe qu'une seule des alternatives qui ont les juristes lors de la réception d'un modèle juridique étranger : « Plus précisément, en matière juridique les intellectuels bourgeois sont les premiers à insister sur la nécessité de la refonte du système juridique. Dans un pays sous-développé ou en voie de développement, les élites intellectuelles demandent la réception d'un droit étranger, afin de doter la bourgeoisie naissante d'une armature juridique permettant son plein essor et assurant son hégémonie idéologique ». (PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 55).

²⁴⁰⁰ WATSON, Alan, *Comparative law: law, reality and society*, cit., p. 11.

²⁴⁰¹ Pour un examen d'un cas concret, celui de l'importance de la familiarité aux langues étrangères et de la traduction aux États-Unis avant la guerre civile, voir : HOEFELICH, Michael H., « Translation and the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States », *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, pp. 753-775.

²⁴⁰² Selon A. Watson « the central role in law of authority – as contrasted with quality – is thus emphasized. Law should be its own authority; for some people (including legislators) it has sometimes seemed more important that the law be easily known than that it have objectively excellent rules. Again a law is often adopted because of the reputation and authority of its model or promulgator; hence, in part, the reception of even less than adequate rules. Finally, law is maintained by the authority of the government, and even gods are invoked; questioning, examining of quality is reduced to a poor second best » (WATSON, Alan, *Comparative law: law, reality and society*, Lake Mary (FL): Vandeplas Pub., 2007, p. 17).

²⁴⁰³ A Watson fait allusion à un épisode où l'hasard a eu un rôle important : « when Serbia won its independence from the Turks and sought a new legal system it turned first to the French *code civil* but the translator proved incompetent and recourse was had to the Austrian civil code » (*ibidem*, p. 12). De là, il insiste sur le fait qu'« an element that cannot properly be factored in but may still be important in receptions is chance: a particular book may be present in a particular library at a particular time; or it may not. [...] Purists will object and say that I am relying on anecdotal evidence. Yes, I am. But that in no way impairs my argument. [...] Chance cannot systematically be factored into any development. That is inherent in the very nature of chance; and hence it cannot be an argument against its existence. No matter how many examples one adduced of chance influencing legal change, each would itself be anecdotal, and none the worse for that » (WATSON, Alan, « Aspects of Reception of Law », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 2, 1996, pp. 339, 341).

(l'exemple de l'antiaméricanisme qui apparaît en Colombie et en Amérique latine en serait un bon exemple²⁴⁰⁴).

De surcroît, il convient ici de reprendre les considérations que sur le rapport entre circulation du droit et colonisation l'on a eu l'occasion de présenter lors de l'examen du régime juridique colonial sous la Troisième République²⁴⁰⁵. Il s'agit alors de déterminer les divers agencements possibles d'un droit autochtone avec le droit d'un pays colonisateur. En suivant le modèle proposé par B. W. Morse, il peut y avoir entre les deux ordres une séparation quasiment totale, les contacts ne se produisant que par émigration ou par conflits de lois ; il peut aussi y avoir une coopération où certains critères – personnels, matériels ou territoriaux – déterminent la compétence des diverses instances juridictionnelles ; l'incorporation, pour sa part, suppose un stade de sujétion plus élevé du droit autochtone, puisqu'il est incorporé dans le droit du colonisateur dans tous les domaines où n'existent pas de contradictions trop flagrantes ; finalement, le rejet du droit autochtone et l'imposition directe du droit du colonisateur²⁴⁰⁶.

C. La circulation de modèles juridiques et la transformation du droit

Comme l'on sait, selon Watson, les greffes juridiques sont la source la plus féconde de changement juridique²⁴⁰⁷. En effet, le transfert d'une norme ou d'un autre composant d'un ordre juridique d'un contexte à un autre implique toujours une transformation plus ou moins importante du modèle d'origine, tant dans le lieu de réception que dans le lieu de production. Or, il est fort réducteur de mesurer le succès d'une greffe par le degré de similitude qui persiste le dispositif exporté et l'application qui en est faite par le récepteur. Dans la plupart de cas la finalité de l'emprunt n'est pas la reproduction fidèle du modèle, mais le souci de légitimer certaines mesures ou d'apporter une réponse à un problème politique. Il peut arriver même que le modèle ne soit qu'une source d'inspiration, un repère qui serve à définir une orientation pour l'élaboration d'une norme en partie originale et en partie imitée. En plus, le processus de réception engage des opérations de traduction, d'interprétation, de sélection et d'adaptation qui impliquent inévitablement un changement du modèle. En même temps, la solution juridique importée, une fois elle commence à être exécutée, a généralement des résultats imprévus : les controverses et les difficultés qu'elle provoque dans le contexte de réception ne sont pas les mêmes que celle qu'elle avait suscitées dans le contexte d'origine. Il est alors nécessaire de négocier des compromis et accommodements impliquant de procéder à une inflexion de l'élément reçu. L'ampleur des transformations apportées à la norme transplantée dépend de facteurs tels que le degré

²⁴⁰⁴ Voir *supra* p. 439.

²⁴⁰⁵ Voir *supra* pp. 255 et suiv.

²⁴⁰⁶ MORSE, Bradford W., « Indigenous law and State System: Conflict and Compatibility », in MORSE, Bradford W., WOODMAN, Gordon R. (eds.), *Indigenous law and the state*, Dordrecht (Holland), Foris, 1988, pp. 101-120.

²⁴⁰⁷ « In most places at most times borrowing is the most fruitful source of legal change. The borrowing may be from within the system, by analogy – from negligence in torts to negligence in contract, for instance – or from another legal system » (WATSON, Alan, « Aspects of Reception of Law », *cit.*, p. 335). Voir aussi *supra* p. 180.

d'affection des acteurs récepteurs²⁴⁰⁸ au modèle importé et leur capacité à en défendre le contenu face à l'opposition domestique favorables à son rejet, ou encore l'ancrage de la norme transplantée à un cadre institutionnel national ou international établi. En conséquence, le transfert d'une donnée juridique comporte presque nécessairement une part considérable d'innovation, dans la mesure où l'intégration de l'emprunt dans son environnement d'accueil réclame d'ajuster, de renouveler voire de supprimer une partie du modèle. Certaines caractéristiques de la structure juridique transplantée sont modifiées au moment de la réception, en application d'études préalables visant à définir les conditions de faisabilité, de viabilité et d'efficacité, tandis que d'autres aspects sont adaptés postérieurement, en répondant aux effets non anticipés, ou en raison de changements politiques ou de la découverte d'usages inédits perçus dans le lieu de réception. Il arrive même que l'adaptation soit purement intuitive et ne répond pas à une analyse préalable.

Néanmoins, le droit importé n'est pas condamné à diverger de l'ordre juridique qui lui sert d'inspiration. Ils peuvent, en revanche, s'en rapprocher, ce qui se produit en raison de la convergence de leur environnement politique, social et économique²⁴⁰⁹. De toute façon, si les différences significatives entre les deux contextes persistent, l'écart entre la greffe et le modèle ne peut que se creuser. En plus, tout ordre juridique comporte des aspects d'ordre culturel qui sont plus difficiles à exporter, tels que les croyances, les présupposés herméneutiques, les valeurs, les attitudes, certains comportements, etc. Certaines données juridiques peuvent nécessiter, pour fonctionner et être efficaces, des conditions sociales, politiques et économiques qui sont pratiquement impossibles à créer au moyen des actes de volontés dans le contexte de réception. Seule une réception juridique et institutionnelle massive, qui dispose des moyens matériels suffisants, pourrait faire évoluer les mentalités dans un sens favorable à la réception qui suit à la circulation. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que toute altération du modèle juridique n'est pas toujours le fait du receveur. C'est ainsi que certains auteurs de la doctrine juridique s'attachent à perfectionner les propositions dont ils assurent la diffusion, comme l'on a vu dans le cas de Duguit²⁴¹⁰ et Mirkine-Guetzévitch²⁴¹¹. Ils essaient de tenir compte des expériences de réception de sa doctrine, ce qui peut les amener à en ajuster quelques éléments considérés comme insuffisamment efficaces ou pertinents.

²⁴⁰⁸ Ces acteurs participent à la très complexe démarche d'élaboration du droit : « As to the concept of law-making, this encompasses the mechanisms and procedures having legal recognition and directed to the production and enforcement of the law. This also includes the institutional actors (hereinafter "actors") participating in such production and enforcement. In other words, law-making refers to the operational aspects of the legal phenomenon, the mechanisms that make certain moral propositions or political declarations directly relevant, either in legislative or judicial forms, for the legal world and its actors » (ZAMBONI, Mauro, « From "Evolutionary Theory and Law" to a "Legal Evolutionary Theory" », *German Law Journal*, Vol. 9, No. 4, 2008, p. 519).

²⁴⁰⁹ WESTNEY, Eleanor, *Imitation and Innovation: The Transfer of Western Organizational Patterns to Meiji Japan*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 6.

²⁴¹⁰ Voir *supra* p. 318.

²⁴¹¹ Voir *supra* p. 344.

D. La constatation du processus de diffusion

La transformation du droit à cause de sa diffusion, tant lorsqu'il part que lorsqu'il arrive, a donné lieu à un âpre débat sur la portée et l'existence même du phénomène. Si, par exemple, une norme juridique ou une doctrine subit au moment de sa réception une profonde mutation, soit parce que l'on en change le sens ou bien parce que son application suscite des résultats inattendus, est-il encore possible de repérer une greffe, un transfert ou une réception ? Comment peut-on vérifier si une chose pareille s'est produite ? En définitive une greffe juridique est-elle impossible ?²⁴¹² L'on vient justement d'indiquer que définir le déplacement du droit par le degré de similitude qui persiste entre les données juridiques exportées et celles qui sont reçues implique une réduction de la nature du phénomène observé, qui finit par être conçu comme un simple acte d'influence unidirectionnel et non pas comme un processus complexe qui implique plusieurs voies, acteurs, controverses, objets et conséquences. Ce n'est pas donc la similitude entre le modèle et la réplique ce qui ratifie la présence du phénomène de la circulation du droit. Ce n'est pas le résultat du processus de diffusion mais le processus lui-même qui révèle que l'on est face à cette réalité. Parmi ses divers composants il y en a un qui permet de le vérifier. Il s'agit de la conscience qu'ont les sujets qui y participent, en particulier les juristes, de ce qu'ils sont en train de prendre en considération le modèle juridique venu d'ailleurs, que ce soit qu'ils le promeuvent ou bien qui s'y opposent à la réception. L'on a déjà remarqué qu'au début du XX^e siècle Eugen Ehrlich avait repéré cette conscience présente chez les juristes comme l'un des facteurs qui ont permis la réception du droit romain en Allemagne, dans la mesure qu'ils ont à dans l'esprit que les sources du Droit romain s'occupaient des mêmes institutions qu'ils devaient aborder à leur époque²⁴¹³. Dans le même sens, M. Rheinstein affirme que « si l'on regarde sur l'éventail total des événements qui sont désignés comme « réception », nous trouvons comme caractéristique générale qu'un certain phénomène juridique développé dans un contexte juridique donné est consciemment mis en œuvre dans un autre contexte juridique », de sorte que « la conscience du processus est essentiel dans tous les cas où il est justifié de parler de réception [...] »²⁴¹⁴.

Cette *conscience d'influence* parmi les divers acteurs qui participent dans le processus permet alors de constater qu'une situation où le droit circule s'est effectivement accomplie, sans qu'il importe que le produit reçu maintienne les mêmes caractéristiques du produit exporté. Ce critère permet de distinguer les situations de circulation et influence de celles de convergence ou similarité entre deux ou plusieurs ordres juridiques²⁴¹⁵. De plus, c'est en

²⁴¹² Voir *supra* p. 191.

²⁴¹³ Voir *supra* p. 68.

²⁴¹⁴ RHEINSTEIN, Max, « Types of reception », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, No 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 31-33. A Watson arrive aussi à faire allusion à cette condition, mais sans beaucoup développer le sujet (WATSON, Alan, *The evolution of law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1985, p. 118).

²⁴¹⁵ Comme l'indique W. Twining, « from a global perspective [...] the subject of transplants are important for one good reason: insofar as broad general patterns regarding law in the world are discernible, or there are perceived legal similarities between two or more jurisdictions or families, the standard explanation is "transplantation" or diffusion. The main alternative explanation is "parallel" development leading to

constatant la conscience d'influence que l'on peut affirmer, comme le fait R. Sacco, que deux causes fondamentales paraissent justifier l'imitation : « l'imposition et le prestige. Chaque culture ayant foi en soi tend à propager/développer ses propres institutions. Chacun ayant le pouvoir de le faire tend à s'imposer sur les autres. Cependant, la réception forcée est réversible et se termine quand la force s'efface »²⁴¹⁶. L'imitation peut s'accomplir « par le désir de s'approprier le travail des autres. Ce désir s'exprime car ce travail possède une qualité que l'on ne peut qualifier que de prestigieuse »²⁴¹⁷. La conscience d'influence, ce désir de suivre le modèle étranger, confirme que la circulation du droit suppose l'existence des rapports entre les ordres juridiques qui fournissent le modèle et ceux qui le reçoivent et l'adaptent, de façon qu'une démarche comparatiste s'impose pour l'analyse de cette réalité. De ce point de vue, la conception du droit comme un phénomène cognitif révèle sa pertinence. Comme l'explique W. Ewald, « en ce qui concerne le droit comparé, le droit est mieux considéré non pas comme un ensemble de règles, ni comme un dispositif pour maximiser la richesse de la société, ni comme les commandements du souverain, ni comme un reflet de vérités éternelles universelles, mais comme une sorte d'activité mentale consciente et surtout comme l'ensemble des tentatives des juristes, à la lumière de leur conception du droit, pour arriver aux réponses correctes aux questions juridiques »²⁴¹⁸. Il est dès lors possible de réaffirmer, suivant la thèse de W. Twining, l'importance qui a la communication d'idées dans le processus de circulation du droit²⁴¹⁹.

SECTION 2. TYPES DE CIRCULATION DU DROIT

Plusieurs comparatistes ont essayé d'élaborer une typologie des modèles de circulation du droit en fonction des caractéristiques du processus et en dégagant des critères d'analyse

convergence » (TWINING, William, *The Tilburg-Warwick lectures, 2000 General Jurisprudence. Lecture IV: Generalizing about law: the case of legal transplants*, 2000, p. 13).

²⁴¹⁶ SACCO, Rodolfo, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 2, 1991, p. 398.

²⁴¹⁷ *Loc. cit.*

²⁴¹⁸ EWALD, W., « Comparative Jurisprudence (I) », *cit.*, p. 1948-1949. Par ailleurs, pour cet auteur, « comparative law has studied the wrong *kind* of phenomena. This point may be illustrated as follows. A legal sociologist might agree that Watson's black-letter approach is too narrow, and urge that we look instead to "law in action," that is, to law as it functions in a broader social context. But if this context is understood in external terms (say, as the observable regularities in the behavior of the members of the society) then our observations about Roman law show that, despite its greater breadth, a study of "law in action" falls as short of the target as a study of "law in books." The problem is at bottom the same. The social-context approach gives us external facts about the way people behave; but what we need to understand is the *ideas* and the *reasons* for the behavior. In other words, it seems that what we need to understand is neither *law in books* nor *law in action*, but *law in minds* » (*ibidem*, p. 2111 ; en ce sens vois aussi : EWALD, William, « The jurisprudential approach to Comparative Law: A Field Guide to "Rats" », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 46, No. 4, 1998, p. 704).

²⁴¹⁹ « What links the study of diffusion of law with the main body of social science literature is that they are both concerned with the spread and communication of ideas. When we talk of hybrid corn or mobile phones or Coca Cola or wigs and gowns, we tend to think of material objects, but in fact the most important element for students of diffusion is the ideas behind them and their perceived meanings. Even in respect of migration of human beings it is not so much their bodies as the beliefs, attitudes, values, and skills that make up their cultures and traditions that are the main matters of interest to social scientists. When we study diffusion of law we are also centrally concerned with communication of ideas » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, p. 229).

en fonction desquels opérer des classifications entre les transferts. Par exemple, M. Rheinstein, autour de ce que l'on dénomme la conscience d'influence, distingue ce qu'il qualifie d'« *independent parallel development* », situation dans laquelle apparaissent des normes, des institutions ou des procédures de manière similaire dans des systèmes juridiques différents, de l'« *imposition* », qui arrive lorsque la réalité juridique objet du transfert a été adopté de manière consciente mais non volontaire²⁴²⁰. De toute façon, il reconnaît que la distinction entre les deux alternatives de sa classification n'est pas évidente, car celles-ci constituent « les deux extrémités d'une échelle le long de laquelle d'innombrables formes de transitions et de combinaisons sont possibles »²⁴²¹. De fait, il s'agit d'un risque que toute classification comporte, étant donné que son élaboration implique une simplification et une schématisation de la réalité objet d'analyse²⁴²². Or, les typologies se justifient méthodologiquement dans la mesure où elles s'érigent comme des instruments qui permettent de discerner cette réalité plus aisément et de manière plus globale. Sur ces prémisses, dans ce qui suit l'on va distinguer entre les diverses catégories de circulation du droit en fonction du caractère volontaire ou imposé du processus (I), en fonction de la nature des entités mises en circulation (II) et en fonction de l'écart qui sépare le modèle de son imitation (III)²⁴²³.

I. Réceptions forcées et réceptions volontaires

Les processus de circulation du droit peuvent être rangés sur une échelle allant du plus volontaire au plus imposé. Les dans le premier cas il s'agit d'une sorte d'émulation où la décision de suivre un modèle juridique étranger est prise par le système importateur en dehors de toute contrainte exogène. Le transfert est principalement la conséquence des controverses et des accords des acteurs appartenant exclusivement au système importateur, dont quelques-uns, habituellement les membres des élites juridiques, font la recherche à l'extérieur sur les sources en vue d'apporter des réponses plus pertinentes, plus légitimes, plus efficaces ou moins coûteuses aux problèmes dont ils ont la charge²⁴²⁴. La réception de

²⁴²⁰ RHEINSTEIN, M., « Types of reception », *cit.*, p. 32.

²⁴²¹ *Ibidem*, p. 34.

²⁴²² Comme le remarque A. Schwarz pour le cas de la diffusion du droit, « les raisons et les voies de ces phénomènes sont aussi différentes que la mesure dans laquelle les réceptions s'accomplissent : réceptions forcées, à la suite de conquêtes ou de colonisations ; réceptions volontaires comme conséquence de besoins pratiques et de relations culturelles ou économiques ; réceptions par la voie de la coutume ou par la voie de la législation ; réception directe ou réception indirecte ; réception totale, partielle ou éclectique – pour ne faire mention que de ces quelques types les plus évidents – se rencontrent suivant les temps et les lieux » (SCHWARZ, Andreas B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, vol. II, § 110, p. 582).

²⁴²³ Pour d'autres classification des greffes juridiques voir : DE LA GRASSERIE, Raoul, « Concept général et définition de la science du Droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905, tome I, p. 211-212 ; LE QUINIO, Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011, pp. 136-139 ; MILLER, Jonathan M., « A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No. 4, 2003, pp. 843-867 ; PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, *cit.*, pp. 8-9.

²⁴²⁴ Sur ce type de cas où la diffusion ne passe par des mécanismes de dissémination de savoirs et de retour d'expérience, voir : ELKINS, Zachary, SIMMONS, Beth, « On Waves, Clusters, and Diffusion: A

certaines normes de la Constitution espagnole de 1931 par le constituant colombien en 1936 ou l'adaptation de certains éléments de la doctrine publiciste de Duguit par quelques constitutionnalistes en Colombie sont des bonnes illustrations de ce type de transferts fondés sur un choix délibéré et soigneusement pesé de la part de l'importateur qui, pour répondre à un besoin spécifique, opte pour un modèle étranger particulier²⁴²⁵. À l'autre extrême, il est possible d'identifier des situations où les greffes juridiques sont imposées par un agent extérieur. Comme l'on sait, l'exemple par excellence est celui d'un pays conquis ou colonisé qui est obligé d'adopter des institutions ou des normes semblables à celles qui sont en vigueur chez l'occupant. Dans ce cas, le contrôle de ressources et l'asymétrie de pouvoir dont le récepteur ne peut pas se passer, permet à l'exportateur de contraindre la société dominée à introduire un dispositif juridique contre son gré, ainsi comme le montrent les régimes imposés aux colonies pendant la Troisième République²⁴²⁶.

Néanmoins, hors les situations de colonisation, dans la plupart des cas il est possible de constater une autonomie relative de la part de l'ordre juridique récipiendaire. Or, le caractère volontaire de la réception peut être nuancé par divers facteurs : par exemple, la transplantation des normes exogènes s'insère dans le cadre d'un compromis passé avec l'exportateur et les élites du pays importateur obtiennent des avantages en échange de leur assentiment ou de leur soumission aux prescriptions émises de l'extérieur, elles obtiennent des ajustements du modèle transplanté, elles conservent des marges de manœuvre pour laisser de côté une partie de leurs engagements, et surtout elles attendent des conséquences positives de la greffe. Les réformes juridiques et judiciaires exigées par les institutions financières internationales en échange de l'octroi de prêts, ou par les sociétés transnationales en échange de l'implantation d'investissements, constituent des exemples de greffes juridiques conditionnées²⁴²⁷. De toute façon, il est possible de questionner la pertinence de la dichotomie entre réceptions volontaires et réceptions forcées. Cela d'autant que certaines études en sciences sociales ont mis en évidence un certain degré d'autonomie des systèmes d'action par rapport à leur environnement social, au point que les causes de l'action ont une partie d'autodétermination et une autre partie d'hétéronomie²⁴²⁸. Ou outre, cette distinction suppose que l'on puisse définir une distinction précise entre acteurs internes et acteurs externes. Or, la ligne de division entre intérieur et extérieur est parfois difficile à tracer. C'est le cas, par exemple, les multinationales qui recourent à leurs filiales dans plusieurs pays pour obtenir l'adoption de réglementations correspondant à leurs intérêts, ou encore les élites juridiques nationales dont certains membres se présentent volontairement comme des introducteurs du modèle étranger et l'instrumentalisent à leur profit. Habituellement, les influences extérieures dans le domaine du droit ne consistent pas en des processus d'imposition unilatérale de normes,

Conceptuel Framework », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, 2005, pp. 33-51.

²⁴²⁵ Voir *supra* pp. 444 et 457.

²⁴²⁶ Voir *supra* p. 259.

²⁴²⁷ Sur ce sujet voir : DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., *La Internacionalización de las luchas por el poder*, cit., pp. 301-328 ; « Legitimizing the New Legal Orthodoxy », in ID. (eds.), *Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002, p. 326.

²⁴²⁸ Voir en ce sens : HOLZINGER, Katharina, KNILL, Christoph, « Causes and Conditions of Cross-national Policy Convergence », *Journal of European Public Policy*, vol. 12, n° 5, 2005, p. 779.

d'institutions ou de pratiques, mais elles se fondent sur la construction d'alliances entre l'exportateur et quelques groupes d'intérêts et fractions des élites dirigeantes du système importateur²⁴²⁹.

II. Les objets du transfert

Bien que nous allions y revenir à propos des objets de la circulation du droit²⁴³⁰, il convient de maintenant d'en faire allusion comme l'un des critères de classification des situations où se constate ce phénomène. En effet, la diffusion dans le domaine du droit peut véhiculer une grande variété d'objets : les orientations politiques générales ; les systèmes d'organisation institutionnelle et les contenus de politiques publiques ; les lois, codes, textes législatifs et réglementaires ; la doctrine, le « droit savant », la théorie générale du droit ; les décisions judiciaires et les tendances jurisprudentielles. Or, à côté de ces objets à caractère normatif il est possible également d'identifier d'autres qui concernent les pratiques, les expériences et les comportements des acteurs juridiques concernés. De fait, il n'y a pas beaucoup de travaux qui examinent les relations entre, d'une part, la circulation de matériaux juridiques normatifs, ou si l'on veut symboliques (idées, doctrines, programmes, prescriptions, etc.) et, d'autre part, les pratiques juridiques et les conditions matérielles de leur réalisation. L'on peut reprendre la distinction, proposée dans le domaine des *policy transfer studies*, entre paradigmes, instruments et réglages des politiques publiques, les premiers étant en principe plus difficiles à transférer, puisqu'ils comportent la transformation des manières de percevoir et de penser des acteurs au sein du système importateur²⁴³¹. Il est possible également de distinguer entre la greffe de normes juridiques concrètes et spécifiques et l'influence des conceptions générales sur une branche du droit, qui peuvent avoir été élaborées par différents acteurs, notamment par la doctrine²⁴³².

²⁴²⁹ IKENBERRY, John, « The International Spread of Privatization Policies: Inducements, Learning and Policy Bandwagoning », in SULEIMAN, Ezra, WATERBURY, John N. (eds.), *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview, 1990, pp. 99-100. Comme l'explique « Les partisans d'un transfert peuvent tirer différents profits de la mise en avant des contraintes externes auxquelles ils sont – ou prétendent être – soumis : les conséquences négatives d'un refus de se plier aux exigences de l'exportateur pourront être invoquées pour décrédibiliser les arguments des opposants au transfert ; l'importation pourra être présentée comme une obligation conditionnant l'appartenance à une communauté plus large (une structure supranationale, les détenteurs d'un label de qualité...) ; les emprunts pourront être opérés par vastes « paquets » si bien que des mesures potentiellement conflictuelles auront des chances de passer inaperçues (au moins pour un temps) ; le caractère hautement technique des transpositions, lié à l'impératif de conformité à un nombre croissant de normes internationales, pourra justifier l'absence de débat public et le rôle prépondérant confié aux technocrates et aux experts ; des ressources supplémentaires pour la mise en œuvre des réformes importées pourront être obtenues de l'exportateur, augmentant ainsi les chances de « succès » du transfert, donc les retombées positives pour ceux qui l'ont soutenu » (DELPEUCH, T., *L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques : un état de l'art*, cit., pp. 31-32).

²⁴³⁰ Voir *infra* pp. 512 et suiv.

²⁴³¹ Voir notamment : DELPEUCH, T., « Comprendre la circulation internationale des solutions d'action publique », cit., p. 155 ; HALL, Peter A., « Policy Paradigm, Social Learning and the State – The Case of Economic Policy Making », *Comparative Politics*, vol.25, n°3, 1993, p. 275-296 ; KNILL, Christoph, « Cross-national Policy Convergence: Concepts, Approaches and Explanatory Factors », *Journal of European Public Policy*, vol. 12, n° 5, 2005, pp. 764-774.

²⁴³² « A further preliminary distinction of importance must be made between wholesale imposition of law and piecemeal imposition. In both cases, the imposition of law may be voluntary (self-imposed) or involuntary » (KOCOUREK, A., « Factors in the Reception of Law », cit., pp. 211-212).

III. Les rapports entre le modèle de son imitation

Une troisième forme de classer les cas de circulation du droit est de mesurer l'écart qui sépare le modèle original de celui qui est reçu. Ainsi, les greffes juridiques peuvent être réparties sur un spectre qui va de l'imitation, c'est-à-dire de la réplique sans modification substantielle d'une donnée juridique existant dans un autre contexte, à l'inspiration, c'est-à-dire l'importation de doctrines ou de principes généraux qui servent d'outils intellectuels permettant d'envisager autrement un problème juridique et de concevoir de nouvelles réponses, sans qu'il y ait volonté de copier exactement une norme, en passant par diverses formes d'hybridation, d'adaptation ou de synthèse. Par ailleurs, il est possible de formuler d'autres classifications ayant trait à la géographie, à la temporalité et à la morphologie sociale des flux d'import-export. Les processus de diffusion du droit peuvent ainsi être différenciés selon qu'ils s'opèrent verticalement ou horizontalement entre différents types d'unités ou d'ensembles géographiques (locaux, régionaux, nationaux, internationaux, transnationaux) ou entre différentes branches du droit. On peut ainsi distinguer les transferts qui s'accomplissent au sein d'une même communauté nationale et les transferts internationaux dans lesquels participent, outre des acteurs locaux, les organisations internationales et les autorités supranationales. Il est possible également de les classer en fonction de la phase d'existence d'une norme juridique lors de laquelle le transfert est opéré, que ce soit dans la promulgation, les débats sur sa réforme et jusqu'à l'application judiciaire ou administrative. On peut, enfin, les distinguer sur la base des modes de régulation des échanges sociaux qui canalisent la circulation des données juridiques. Comme le remarque T. Delpeuch, « dans le domaine des réformes juridiques et judiciaires, par exemple, l'import-export peut prendre place sur des marchés d'expertises juridiques, au sein de réseaux (professionnels du droit, mouvements sociaux investis dans la défense juridique d'une cause), ou encore dans des champs bureaucratiques (activités de coopération juridique internationale conduites par des acteurs publics) »²⁴³³.

²⁴³³ DELPEUCH, T., « Comprendre la circulation internationale des solutions d'action publique », *cit.*, p. 157.

Conclusion du Titre I.

L'une des difficultés majeures tant de la conception de A. Watson des *legal transplants* que des réponses critiques à son encontre, en particulier celle de P. Legrand, est le caractère statique de la conception du processus de diffusion du droit qu'elles partagent, que ce soit pour révéler la présence récurrente du phénomène, ou bien pour mettre en cause la possibilité de sa réalisation. Dans les deux cas, l'analyse se limite à comparer des produits terminés. Pour Watson ce qu'il faut déterminer c'est le fait que plusieurs normes d'un ordre juridique correspondent, au moins dans la forme de leurs énoncés, aux normes d'un autre ordre juridique. C'est ainsi que « la même série de normes, prononcées sur la propriété conjugale, a existé dans de diverses sociétés comme le résultat d'un emprunt (depuis les Visigoths pour devenir le droit de la Péninsule Ibérique en général, en migrant de l'Espagne en Californie, et de là vers d'autres états à l'ouest des États-Unis) »²⁴³⁴. Cette correspondance est pour cet auteur la meilleure preuve de l'emprunt des normes et, dès lors, de l'achèvement de la greffe juridique. En revanche, pour les réponses critiques il ne suffit pas de comparer les dispositions et de rester dans l'examen des simples énoncés externes des normes. Il est nécessaire aussi de comparer les sens de ces dispositions pour déterminer si en effet une greffe juridique s'est produite. Dans cet ordre d'idées, « une « greffe juridique » significative arrive uniquement lorsque l'énoncé propositionnel en tant que tel comme le sens dont il est revêtu – qui forment ensemble la norme – sont transportés d'une culture à une autre. Pourtant, étant donné que le sens duquel est revêtue une norme est spécifique pour une culture, il est difficile de concevoir comment ce transfert pourrait arriver »²⁴³⁵. De ce point de vue, le droit est enraciné dans un contexte culturel singulier qui habituellement dispose de maints aspects le différenciant de la culture qui produit les normes importées. Cependant, dans un ordre juridique le sens d'une disposition n'est pas intégralement déterminé, c'est-à-dire il n'est pas nécessaire que tous les acteurs qui l'interprètent et l'appliquent soient tout à fait d'accords sur son sens et sa portée²⁴³⁶. La texture ouverte du langage juridique ne caractérise pas seulement au droit dans l'intérieur d'une société, mais elle affecte aussi la manière dont le droit circule, est reçu et adapté dans d'autres sociétés.

Or, la constatation du phénomène de la circulation des divers éléments d'un système juridique ne s'accomplit pas seulement à travers une démarche comparative sur les dispositions normatives et leurs contenus. Il ne convient pas de se contenter de savoir si

²⁴³⁴ WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Georgia, University of Georgia Press, 1993, p. 108. De toute façon, Watson montre parfois une conception plus dynamique de la greffe juridique, comme quand il reconnaît qu'elle peut provoquer des changements dans les normes transplantées (*ibidem*, p. 82).

²⁴³⁵ LEGRAND, Pierre, « What "Legal Transplant"? », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 60.

²⁴³⁶ Voir *supra* p. 481.

une norme – tant sa forme que son contenu – a été transplantée d'un lieu à l'autre. Il vaut mieux observer les dynamiques des interactions entre les ordres juridiques dont le facteur plus important se trouve dans le processus de production des normes et dans les transformations qui en suivent²⁴³⁷. Dans cette perspective sont inclus les dispositions, les contenus, les interprétations, les structures institutionnelles et les pratiques en provenance de systèmes juridiques étrangers. Il semble que l'on ne peut pas abandonner le « mythe de la copie »²⁴³⁸ et celui-ci continue à tergiverser les phénomènes objet d'étude, car la circulation du droit est toujours examinée comme s'il s'agissait d'une imitation la plus exacte possible des normes juridiques d'un ordre juridique par rapport à un autre. Néanmoins, la circulation n'est pas intéressante uniquement en raison du produit final qui arrive au lieu de réception, mais aussi en raison du processus par lequel le droit se déplace. Le fait que plusieurs normes ou d'autres entités juridiques aient été transplantées d'un système juridique à un autre ne dépend pas de la coïncidence des contenus du droit qui part et du droit qui arrive. La circulation juridique se révèle dans le processus d'élaboration des normes et d'autres données juridiques, pour autant que les composants de certains ordres juridiques étrangers ont été considérés.

Il y aura alors un transfert de droit lorsque dans la production des normes et des autres éléments d'un système juridique l'influence du modèle venu d'ailleurs soit primordiale, voire plus importante que les considérations sur l'ordre interne ou local. Bien évidemment, dans certains cas il sera très difficile d'établir si les facteurs externes l'emportent sur les internes. De toute façon, outre qu'il est possible de trouver des situations où la prééminence du modèle étranger peut être constatée, dans les autres cas à côté de variables à caractère national, il y a une influence du modèle étranger. C'est justement cette circonstance qui doit être examinée du point de vue de l'analyse des interactions entre les systèmes juridiques. L'on oublie parfois que même du point de vue médical la greffe est une opération impliquant un long processus pour son accomplissement. Dans les cas des greffes juridiques il ne suffit pas à comparer. Il faut surtout déterminer si, par exemple, dans le processus de discussion et d'élaboration d'une norme l'on a eu compte effectivement de l'influence d'une norme venue d'un autre ordre juridique.

²⁴³⁷ Sur le rapport entre greffes normatives et changements des ordres juridiques voir : NELKEN, David, « Towards a Sociology of Legal Adaptation », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 21-24; GRAZIADEI, M., *op. cit.*, pp. 461-463.

²⁴³⁸ Voir *supra* p. 11.

TITRE II. LE PROCESSUS DE DIFFUSION DU DROIT

Dans les champs disciplinaires de l'histoire du droit et du droit comparé il est possible de distinguer nombreux cas de circulation, diffusion, transfert et réception du droit. Au-delà les dénominations et les métaphores que l'on peut utiliser pour désigner cette réalité – beaucoup ont discuté sur leurs inconvénients et leurs mérites respectifs – ces recherches permettent de constater que la pensée juridique en a pris en considération depuis longtemps, bien que des analyses approfondies, continues et systématiques sur le sujet soient plutôt récentes. Au contraire, dans d'autres domaines, par exemple celui qui étudie les politiques publiques et les institutions dans un sens large, l'on réalise le constat que les convergences, les homogénéisations et les transferts internationaux appartiennent aux temps plus récents²⁴³⁹. Il n'en demeure pas moins que les contributions des études de science sociales ont, au moins indirectement, encouragé à la doctrine, la théorie et la sociologie du droit à percevoir la circulation du droit comme un processus ample et complexe et non pas seulement comme le simple résultat de celui-ci. « La diffusion du droit – remarque W. Twining – concerne le processus par lequel les ordres et les traditions juridiques sont influencés par d'autres ordres et traditions juridiques. Elle est un aspect omniprésent de l'*interlégalité* à tous les niveaux du droit et de l'ordre juridique. Elle est considérée par certains spécialistes comme l'aspect central de droit comparé »²⁴⁴⁰. La complexité du phénomène est reconnue par A. Watson lorsqu'il identifie neuf facteurs pertinents afin de déterminer l'utilité d'un changement juridique par greffe : la force de pression, la force d'opposition, le parti pris de la greffe, le facteur de discrétion, le facteur de portée générale, l'inertie sociétale, les besoins ressentis, les sources de droit et la formation des juristes²⁴⁴¹. Tous ses facteurs peuvent être abordés dans un schéma qui,

²⁴³⁹ Cela serait la conséquence de l'usage très ancien en droit et en science politique de la méthode comparative : « en ce qui concerne les analyses politiques et juridiques, la comparaison est une pratique ancrée dans une tradition longue et légitime, orientée vers la définition des meilleures institutions. [...] Si l'approche comparative n'est pas nouvelle et revêt une telle importance, ce n'est pas simplement par curiosité intellectuelle, c'est aussi dans la perspective d'améliorer respectivement les appareils de lois et de gouvernement » (VIGOUR, Cécile, *La Comparaison dans les sciences sociales*, cit., p. 27).

²⁴⁴⁰ TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », cit., p. 239. Cette conception de la circulation en droit correspond à celle que D. Dolowitz propose pour définir le *policy transfer* : « the occurrence of, and processes involved in, the development of programmes, policies, institutions, etc. within on political and/or social system which are based upon the ideas, institutions, programmes and policies emanating from other political and/or social systems » (DOLOWITZ, David P., *Policy Transfer and British Social Policy. Learning from the USA?*, Buckingham, Philadelphia, Open University Press, 2000, p. 3).

²⁴⁴¹ WATSON, Alan, « Comparative Law and Legal Change », *Cambridge Law Journal*, vol. 37, n° 2, 1978, pp. 321-332.

d'une part, souligne la multiplicité des données juridiques qui s'offrent à la possibilité de passer d'une société à une autre (chapitre I), et qui, d'autre part, identifie les principaux éléments du processus de circulation du droit (chapitre II).

Chapitre I. La multiplicité d'objets de diffusion

La circulation du droit est une réalité ancrée dans une autre encore plus large. Il s'agit des relations entre divers ordres juridiques, sans oublier que l'« offre et la demande de modèles juridiques [sont régies] non seulement par les techniques de l'expertise juridique, mais également par les décisions politiques et économiques qui régissent les relations internationales »²⁴⁴². Cette interaction s'est produite depuis longtemps, par des diverses formes qui certainement vont au-delà de l'emprunt des dispositions ou d'autres textes normatifs. C'est pourquoi, si l'on veut comprendre le phénomène, il convient d'avoir comme point de départ une notion également large d'ordre juridique. Il est alors possible de recourir à l'expression « culture juridique », de même qu'à celle de « tradition juridique »²⁴⁴³, pour désigner l'ensemble de toutes les données juridiques disponibles pour être transférées²⁴⁴⁴, outre qu'elle « imprime sur chacun de ses membres un pli fondamental, qui continue de le marquer même lorsqu'on ne l'aperçoit plus »²⁴⁴⁵. Tous ces éléments appartenant à un ordre juridique pris en un sens large sont très divers. Le transfert peut, en effet, s'accomplir par rapport à une norme ou une série systématisée de normes (constitutions, lois, codes, résolutions, etc.), mais il se révèle aussi par rapport aux décisions

²⁴⁴² AJANI, Gianmaria, « By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 1, 1995, p. 97.

²⁴⁴³ Comme l'explique P. Glenn « la tradition, c'est donc ce qui nous vient du passé et ce serait une confusion néfaste, malgré l'étymologie du mot, de la confondre avec le processus de *traditio*, qui n'est que la transmission de la tradition, ou avec l'action contemporaine aussi “ traditionnelle ” qu'elle pourrait l'être. La tradition, c'est donc l'information, et avec cette constatation nous voyons le lien de la tradition avec le monde contemporain, avec la modernité » (GLENN, Patrick, « La tradition juridique nationale », *Revue internationale droit comparé*, Vol. 55, No. 2, pp. 2003, p. 271 ; voir aussi : GLENN, H. Patrick., *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, 3rd ed., Oxford, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 13-15).

²⁴⁴⁴ Comme bien l'indique D. Nelken, « the main reason for resorting to the concept of legal culture is the way it reminds us that aspects of law normally come in “packages” of one sort or another. This means we must go beyond the “family of law” links identified by comparative lawyers, the discussions of institutional characteristics of different legal traditions, or even valuable insights into the politico-legal frameworks which have an “elective affinity” with ideal types of “hierarchical” and “co-ordinate” types of legal procedure » (NELKEN, David, « Towards a Sociology of Legal Adaptation », *cit.*, p. 25). Sur la notion de culture juridique voir : BELL, John, *French legal cultures*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008; NELKEN, David (ed.), *Comparing legal cultures*, Aldershot, Brookfield, Dartmouth, 1997.

²⁴⁴⁵ GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et common law*, Paris, O. Jacob, 2003, p. 20. A. Watson arrive à reconnaître l'importance du contexte culturel dans le changement juridique lorsqu'il affirme que « I sought to set out the factors that govern the legal changes that are made, and those include, naturally enough, the needs that are felt by a group that acts as a pressure force. But what has emerged from these [assessment] is my appreciation of the enormous power of the legal culture in determining the timing, the extent, and the nature of legal change. Social, economic, and political conditions that affect other groups within society are important, of course, but their impact on the legal rules must not be exaggerated » (WATSON, A., « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture », *cit.*, p. 1154).

judiciaires, les institutions, les méthodes de travail, les techniques d'interprétation, la doctrine, les idéologies, les valeurs, les théories²⁴⁴⁶, qui constituent autant de « formants »²⁴⁴⁷. L'on peut même inclure les données empiriques qui permettent le fonctionnement du droit, liées principalement aux comportements des acteurs concernés (le constituant, les législateurs, les membres du gouvernement, les juristes, les administrateurs, etc.). En somme, comme l'explique R. Cotterrell, « une foi que la culture juridique peut être interprétée par différents auteurs comme si elle englobait divers éléments, même si le concept semble être le plus souvent indéterminé, tout un éventail de points de vue sur la faisabilité des greffes juridiques est aisément encouragé »²⁴⁴⁸.

Après avoir reconnu cette multiplicité d'éléments, il est permis de constater que ce qui traverse les frontières est profondément divers, tant dans sa forme que dans son contenu, et que la manière dont s'accomplit cette interaction n'est pas étatique et simple comme les modèles des *legal transplants* l'insinuent. Plus encore, une compréhension stricte, fermée et unifiée du droit peut être remplacée par une perspective plus analytique, dynamique et empiriste qui inclut les interactions entre les systèmes et cultures juridiques²⁴⁴⁹. À partir de ces prémisses il est possible de formuler quelques éléments d'un modèle explicatif du phénomène de la circulation du droit qui, comme l'on sait, ne considère en principe que les systèmes juridiques modernes et contemporains dans le cadre politique et institutionnel de l'État nation. Le premier composant de ce modèle s'occupe de l'identification des objets de diffusion, en commençant par ceux qui ont un caractère plus abstrait et général (section 1) et en exposant ensuite ceux qui sont traditionnellement attachés à la notion de sources de droit (section 2).

SECTION 1. LA DIFFUSION DE CONCEPTIONS GÉNÉRALES DU DROIT ET LA CULTURE JURIDIQUE

Parmi les études qu'en théorie juridique, en droit comparé et en histoire du droit s'occupent de la circulation du droit l'on peut distinguer deux grandes sortes d'approches. La première place l'accent sur les facteurs plus généraux, tels que les systèmes normatifs, les structures institutionnelles, les données politiques, les présupposés culturels, les conditions socio-économiques, qui déterminent la diffusion et la réception des sources de droit plus spécifiques. Ce type de recherches s'intéresse davantage aux causes et aux conséquences des transferts juridiques qu'à leur mise en œuvre. Leur objectif est de faire ressortir, au-dessus des greffes juridiques concrètes, les variables « macro » qui expliquent le déclenchement du processus, l'investissement des acteurs sociojuridiques dans l'import-export et les variables qui le facilitent ou l'inhibent. La plupart des études ayant adopté cette perspective admettent l'importance de l'action collective qui accompagne les transferts.

²⁴⁴⁶ Sur le débat autour de la possibilité de formuler des théories « particulières » face aux théories « générales » du droit, voir : LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 91-106.

²⁴⁴⁷ SACCO, Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, pp. 33-39.

²⁴⁴⁸ COTTERRELL, Roger, « Is There a Logic of Legal Transplants? », *cit.*, p. 78.

²⁴⁴⁹ GRAZIADEI, M., « Comparative Law as the Study of transplants and reception », *cit.*, 472.

Pour sa part, la deuxième approche se focalise sur les interactions entre les éléments particuliers appartenant à divers systèmes juridiques et qui sont impliqués dans les transferts. Par l'intermédiaire de l'examen et la comparaison des normes, institutions, procédures, décisions judiciaires, etc., les travaux élaborés de ce point de vue cherchent à reconstituer les voies d'influence par lesquelles s'opèrent les processus de migration et réception et à déterminer leurs conséquences particulières dans les systèmes juridiques impliqués. Ils s'intéressent aussi aux contenus de ce qui est transplanté, à l'adaptation locale qui en est faite et exceptionnellement (si une approche historique est privilégiée) aux comportements et stratégies des acteurs qui participent dans la réception. Avant de présenter un schéma des sources de droits spécifiques qui circulent d'un lieu à l'autre, il convient de faire quelques considérations, à partir de la première approche, sur les conditions générales du déplacement et de comparaison entre plusieurs systèmes juridiques (I) et sur la diffusion des conceptions intégrales et globales du droit (II).

I. Le substrat commun entre systèmes juridiques

La circulation des normes et d'autres composants des systèmes de droit s'est habituellement, mais pas nécessairement, accomplie entre des sociétés qui partagent plusieurs traits essentiels de leur culture juridique. Comme le remarque I. Zajtay, « on constate que des réceptions interviennent non seulement entre peuples se trouvant à des degrés de civilisation fort différents, mais aussi, et même en premier lieu, entre pays de structure et d'évolution culturelles, sociales et économiques analogues. Ainsi comprise, la réception ne consiste pas dans l'adoption globale d'un code étranger, mais dans une « rencontre culturelle », [...] dans la continuation d'un bien culturel par la synthèse de deux civilisations différentes »²⁴⁵⁰. Cette sorte de substrat commun facilite la circulation, bien qu'il ne soit pas une condition indispensable à sa réalisation²⁴⁵¹. Les éléments qui l'intègrent peuvent agir dans un niveau général, comme celui correspondant à la « culture juridique d'occident », ou dans un niveau moins large, comme celui de l'appartenance à la « famille romano-germanique » ou à la « *common law* », voire le plus restreint concernant la localisation dans un contexte régional géographiquement délimité. C'est même pour cela que l'interaction entre divers systèmes juridiques se produit rarement dans le vide. Dans la plupart des cas elle part d'un lien préalablement établi, bien que dans certains cas il soit assez faible (par exemple, dans le cas de la promulgation en Turquie du Code civil de 1929 élaboré suivant le modèle du Code civil suisse²⁴⁵²), et dans d'autres cas il est plus évident et concret (par exemple, dans le cadre de l'influence permanente du droit français sur le développement du droit public en Colombie, la réception de la notion de « bloc de constitutionnalité » par la jurisprudence constitutionnelle colombienne²⁴⁵³).

²⁴⁵⁰ ZAJTAY, Imre, « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 9, No 4, 1957, p. 706.

²⁴⁵¹ A. Watson fait allusion à quelques exemples de greffes juridiques qui ne présentent pas ce substrat commun : *Legal Transplants*, pp. 55 ; « Evolution of Law: Continued », *Law and History Review*, Vol. 5, No. 2, 1987, p. 552.

²⁴⁵² ADAL, Erhan, *Fundamentals of Turkish Private Law*, 5th ed., Istanbul, Betas, 1998.

²⁴⁵³ Bien que la Cour constitutionnelle colombienne ait implicitement utilisé la notion, l'expression « bloque de constitucionalidad » n'a apparu qu'en 1995 dans l'arrêt C-225 (

La classification des systèmes juridiques du monde en différentes « familles », « traditions » ou « systèmes » est justement une manière de structurer ledit substrat commun, à partir duquel auraient lieu les divers types de transferts, bien que le premier but de cette classification soit celui de faciliter la tâche de la comparaison : « le groupement des droits en familles est propre à faciliter, en les réduisant à un nombre restreint de types, la présentation et la compréhension des différents droits du monde contemporain »²⁴⁵⁴. Les normes juridiques qui traversent les frontières politiques et servent à localiser une loi locale dans l'une des grandes familles ne sont pas seulement le produit d'une évolution parallèle et indépendante de chacune de ces familles, mais aussi les greffes et réceptions y sont produites. Les « critères-étalons » qui traversent les frontières et qui servent à placer un droit particulier dans une des grandes familles, ne sont pas seulement le résultat d'une évolution parallèle et indépendante de chaque famille, mais aussi des greffes et réceptions qui s'effectuent entre les systèmes appartenant à une même famille. Néanmoins, la pertinence et l'utilité de cette notion pour l'étude de la circulation du droit et d'autres formes d'interactions entre ordres et cultures juridiques se voient assez limitées dans la mesure où les bornes entre ces familles ne sont pas herméneutiques. Il n'est pas rare de trouver des transferts qui les traversent, comme c'est le cas, par exemple, de l'instauration de la procédure accusatoire, dont l'origine se trouve dans les systèmes appartenant à la *common law*, par plusieurs pays usuellement placés dans la famille romano-germanique.

II. La diffusion des conceptions intégrales du droit

L'examen des greffes juridiques jusqu'ici exposé se développe autour de la question de l'objet transplanté. L'on a souligné tant la multiplicité des facteurs impliqués dans les interactions entre les systèmes juridiques que l'existence, dans certains cas, d'un substrat juridico-culturel commun qui favoriserait cette interaction. Sur ces prémisses et face à la conception de Watson et les critiques que celle-ci provoque, l'on peut se demander si le phénomène de la circulation du droit ne se présente pas dans un cadre plus large et diffus que celui du transfert d'une ou plusieurs normes d'une société à une autre, dans un parcours à sens unique et de contours définis. Si ce type de question est formulé et si l'on observe le contexte dans lequel la diffusion des normes et d'autres données juridiques s'est effectuée, il est alors possible de confirmer qu'il y a eu dans le passé et actuellement des cas de circulation généralisée de certaines conceptions intégrales sur le droit. C'est dans le cadre de la diffusion de ces conceptions intégrales qu'une loi, un code, une constitution sont transplantés.

C'est dans ce sens que D. Kennedy identifie « trois mondialisations du droit et de la pensée juridique » entre 1850 et 2000²⁴⁵⁵. Selon cet auteur, les trois processus de

A pesar de que desde 1992 la Corte Constitucional había recurrido implícitamente a esta noción, la expresión «bloque de constitucionalidad» sólo aparecerá a mediados de 1995, en la sentencia C-225 de ese año (UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 41 y 45-46).

²⁴⁵⁴ DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd. Paris, Dalloz, 2002, p. 15.

²⁴⁵⁵ KENNEDY, Duncan, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in TRUBEK, David K. et SANTOS, Alvaro (Eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge, Cambridge

mondialisation se rapportent, en premier lieu, à deux périodes partiellement superposées pendant lesquelles maintes transformations légales, institutionnelles et conceptuelles se sont produites, principalement dans les pays d'Occident : la première correspond à l'émergence de la pensée juridique classique (*classical legal thought*), entre 1850 et 1914, alors que la deuxième correspond au développement de la pensée juridique d'orientation sociale (*the social*), entre 1900 et 1968. Cette division tient également compte de l'évolution des éléments caractéristiques des deux périodes grâce à sa diffusion, d'abord, par l'intermédiaire des rapports de domination coloniaux et, postérieurement, à travers les relations qui entretiennent les États nations formellement indépendants. Une troisième période suit les deux premières qui commencent vers 1945 et s'étend jusqu'au début du XXI^e siècle. Kennedy ne l'identifie pas au moyen d'une dénomination concise, comme celles des autres périodes, mais il en présente quelques caractéristiques, telles que l'imposition de la culture juridique américaine, l'ouverture des États à une forme de conscience juridique déterminée par leur inclusion dans le marché économique mondial, le triomphe de la technique juridique de la pondération des principes (comme expression de la rénovation du formalisme), etc.

Par conséquent, ce qui a été l'objet du processus de mondialisation ou, en d'autres termes, ce qui a été transféré, reçu et adopté, ce ne sont pas exclusivement quelques normes juridiques en particulier. Chaque période offre le contexte général à l'intérieur duquel les juristes et d'autres acteurs juridiques peuvent produire et ont en effet produit une diversité infinie de normes et dispositifs spécifiques pour régir des situations concrètes²⁴⁵⁶. Cela est le cas même lorsqu'ils soutiennent explicitement qu'ils sont transplantés des normes d'un milieu à un autre. Ce contexte général est intégré par une forme de concevoir le droit qui implique certains concepts, structures institutionnelles, modes de pensée et de raisonnement et quelques types d'arguments qui ont été employés par les juristes suivant diverses voies : dans l'élaboration des mémoires et rapports, dans la justification des décisions judiciaires, dans la rédaction des projets de lois, dans les manuels, traités universitaires et d'autres produits doctrinaux, voire dans la conception et le développement d'une théorie juridique. Chacune des trois mondialisations a répandu une forme spécifique et propre de concevoir le droit, une conscience juridique (*légal consciousness*) particulière, que Kennedy décrit comme un système de langage (*langue*), comme une structure des concepts et arguments, tandis que les normes juridiques formelles appartenant aux divers ordres juridiques sont conçues comme un discours spécifique (*parole*), construit à partir du langage juridique²⁴⁵⁷.

University Press, 2006, pp. 19-73. Voir aussi : KENNEDY, Duncan, « Two Globalization of Law & Legal Thought: 1850-1968 », *Suffolk University Law Review*, Vol. 36, No. 3, 2003, pp. 631-680.

²⁴⁵⁶ Dans ce même sens, W. Twining soutient que « diffusion of law can be seen as part of some more general process: religious law spreads as part of the spread of religion; 'colonial law' has often just been a natural incident of colonialism; the spread and survival of common law has also been intimately linked with the spread and power of the English language; legal ideas are part of the baggage of colonists, emigrés and refugees » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, p. 235).

²⁴⁵⁷ Par contre, W. Ewald considère qu'il est très difficile que la conscience juridique puisse être objet de diffusion : « The standard tools of domestic legal research are intended for use, not by the laity, but by professionals who, in the course of their education, have absorbed a great deal of background information about the functioning of their legal system and, more importantly, about the reasons why it functions as it does. The necessary theory, in other words, has already been mastered and can be taken for granted. The

SECTION 2. LA DIFFUSION DES ÉLÉMENTS CONCRETS DES SYSTÈMES JURIDIQUES

Parmi ce que l'on a traditionnellement identifié sous l'expression « sources du droit », ce sont les règles législatives, le droit mis par écrit, les plus à même de faire l'objet d'une greffe. Néanmoins, le phénomène en inclut d'autres sources. Les systèmes juridiques constituent des ensembles fragmentés en divers éléments, en variables juridiques hétérogènes, même si l'on ne regarde que les sources formelles de droit. Cette fragmentation des systèmes juridiques renforce leur caractère complexe. Ils sont davantage influencés par les interactions entre plusieurs champs normatifs. Lorsqu'un juge utilise, par exemple dans le cadre du droit international privé, une norme empruntée à un système juridique étranger pour la solution d'un litige, il ne l'incorpore pas formellement à son propre système, mais il y a eu une situation d'influence qui fait partie des interactions entre divers ordres juridiques. Lorsque les juristes d'un pays sont formés dans les facultés de droit en travaillant les livres et travaux de certains auteurs étrangers, il n'y en a pas eu non plus une greffe normative, mais certainement dans leurs activités professionnelles ils suivront, au moins en partie, les conceptions apprises dans la doctrine étrangère²⁴⁵⁸. Il reste à présent à considérer brièvement, outre le déplacement du droit par la voie de la greffe normative (I) d'autres objets de circulation, tels que l'influence doctrinale (II), la circulation de décisions de justice (III) et la réception du droit coutumier (IV).

American attorney working on a complex problem of American law is able to draw on a reservoir of information, and knows, inter alia, how American law is organized, what weight to give to obiter dicta, how to recognize a possible violation of the Due Process Clause, how the system of jury trials functions, how the law of bankruptcy has recently been evolving, the circumstances under which a judge is likely to overturn an act of the legislature, and so on. But the crucial point to observe is that this information does not carry over from one legal system to another: shift the system, and you shift at the same time the cognitive background. The attempted inference from propositions (1) and (2) to proposition (3) therefore collapses» (EWALD, W., « Comparative Jurisprudence (I) », *cit.*, p. 2140).

²⁴⁵⁸ Par exemple, en droit administratif colombien, « la noción de servicio público tuvo gran auge a finales del siglo pasado y comienzos del presente [el autor hace referencia al siglo XIX y al XX], época en la cual todo el derecho administrativo giraba alrededor de ella. Así, durante esa época los actos administrativos eran únicamente los relacionados con el servicio público, mientras que los actos ajenos a ese servicio se consideraban actos de derecho privado de la administración» (RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho administrativo: general y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1995, p. 206). Esta recepción de la noción de servicio público, de origen francés, no se hizo solamente a través de la adopción de los criterios contenidos en algunos célebres fallos judiciales, particularmente el «fallo Blanco» dictado por el Tribunal de Conflictos en 1873 y el «fallo Terrier» pronunciado por el Consejo de Estado en 1903, sino además por la acogida que tuvo la corriente doctrinal denominada «escuela del servicio público», cuyos más conocidos representantes fueron Léon Duguit, Gaston Jèze y Roger Bonnard. Por lo tanto, frente a esta articulación de diversos componentes de un ordenamiento jurídico cuando se produce su transferencia y recepción, conviene plantear la complementariedad, más que la oposición, del análisis sobre los trasplantes legales con el de la influencia doctrinal o «trasplante teórico»²⁴⁵⁸. Diego López Medina plantearía esa oposición cuando asegura que su propuesta de una «teoría comparada del derecho» es «un esfuerzo para poner sobre la mesa la importancia y el significado del trasplante teórico (opuesto al mejor conocido y estudiado fenómeno del trasplante legal) en las estructuras de los sistemas jurídicos periféricos» (LÓPEZ MEDINA, *op. cit.*, p. 77). Con todo, la forma como este autor desarrolla el análisis de la influencia doctrinal o trasplante teórico en el resto su *Teoría impura del derecho*, no se opone a que se complemente con la consideración de los trasplantes jurídicos, en el marco de un estudio de las interacciones entre distintos ordenamientos o culturas jurídicas.

I. La transplantation d'énoncés normatifs

La plupart des études consacrées à l'examen des phénomènes liées au déplacement du droit se sont occupées concrètement de la réception des normes formalisées et systématisées dans des documents écrits²⁴⁵⁹. Comme l'on sait, A. Watson considère que le droit se développe principalement par l'intermédiaire de la greffe juridique dès lors que les législateurs ont connaissance des règles étrangères et qu'ils observent les possibilités offertes par ces exemples²⁴⁶⁰. Selon lui, une norme juridique fait l'objet d'une greffe si cela apparaît comme une bonne idée et non parce que la norme dérive de la structure sociale du pays indépendamment de toute influence externe. De plus, la greffe normative peut se réaliser sans beaucoup d'obstacles, au moins du point de vue formel. Il peut s'agir d'une « réception soudaine, une transition rapide d'un jour à l'autre, une vraie révolution juridique et, autant que le code adopté n'a pas été accommodé aux conditions du pays par le législateur lui-même [...] l'assimilation ne peut se produire que lentement, pas à pas, et ce serait une erreur que d'en sous-estimer les difficultés »²⁴⁶¹.

Par ailleurs, les migrations des normes juridiques impliquent essentiellement la diffusion d'idées qui au rebours d'autres idées, qu'elles soient scientifiques, économiques ou techniques, ne dépendent pas seulement de la valeur intrinsèque et du « poids » de l'idée elle-même, mais davantage, tant du côté de l'émetteur que du récepteur, de facteurs symboliques et politiques²⁴⁶². C'est même pour cela qu'un concept qui est l'objet d'une greffe dans un autre système juridique n'y remplira pas forcément un rôle similaire à celui qu'il avait auparavant. Il n'y a pas d'équivalence fonctionnelle parce que l'objet de la greffe s'adapte à son nouvel environnement et, par cette voie, évolue différemment de son modèle originel. De plus, le système récepteur est de même modifié par l'insertion d'un nouvel élément au sein de sa structure. Par conséquent, tout transfert normatif entraîne des effets réciproques entre l'objet juridique transplanté et son contexte de réception. Il s'ensuit de là que le transfert d'un composant d'un système juridique, même pas d'une règle législative, n'est jamais une simple copie, une pure translation. L'élément emprunté interagit avec les autres éléments du système juridique dans lequel il s'insère. Il éprouve des

²⁴⁵⁹ En effet, selon W. Ewald, « the emphasis of the new comparative scholarship was on the comparison of the black-letter doctrines of statutory law, and in particular of the individual provisions of the various European civil codes; the practical end to be served was the end of good legislation. This conception of comparative law has cast a long shadow and continues to dominate the practice of the subject. [...] The question, however, is whether this style of comparative research can be applied more widely where the intended audience is perhaps less possessed of the background information, and where the task is not to understand a single provision of the civil code, but to understand the most salient facts about the foreign legal system as a whole » (EWALD, W., « Comparative Jurisprudence (I) », *cit.*, p. 2122-2123).

²⁴⁶⁰ WATSON, A., « Comparative Law and Legal Change », *cit.*, 315.

²⁴⁶¹ SCHWARZ, A. B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », *cit.*, p. 585.

²⁴⁶² SCHAUER, Frederick, « The Politics and Incentives of Legal Transplantation », in NYE, Joseph D., DONAHUE, John D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, p. 254. Par ailleurs, comme l'indique M. García Villegas, « el uso simbólico del derecho es un fenómeno político que no solo se origina en la movilidad del sentido del lenguaje. También hay condiciones fácticas que favorecen dicha práctica. Una de ellas es el tamaño de la brecha entre lo que el derecho propone y lo que el derecho logra, es decir la marcada ineficacia instrumental del derecho. Allí en donde existe una brecha grande entre lo que la ley consagra y lo que la gente hace, el uso simbólico del derecho tiene un terreno abonado para prosperar » (GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, Bogotá, Debate, Universidad Nacional, 2014, p. 120).

mutations par rapport à ce qu'il était originellement, mais, à son tour, il influence son environnement. En plus, ces emprunts juridiques se sont multipliés sous l'effet conjugué de la mondialisation et de la prolifération de l'idéal de l'état de droit et du gouvernement démocratique²⁴⁶³. Ils ne se limitent pas à quelques sujets concrets et se sont ainsi propagés à l'ensemble des branches du droit. Le constat de cet effet réciproque conduit les comparatistes à la recherche d'autres métaphores plus explicatives et qui correspondent davantage aux conditions de l'environnement juridique actuel, comme celles que l'on a déjà mentionnées²⁴⁶⁴.

Une mention spéciale mérite le cas du transfert des normes du droit constitutionnel, étant donné qu'il a été le domaine d'étude de la deuxième partie du présent travail. Dès les débuts du constitutionnalisme moderne à la fin du XVIII^e le recours aux modèles étrangers a été permanent et systématique²⁴⁶⁵. Pendant la Révolution française « deux expériences étrangères pouvaient servir de guide aux législateurs révolutionnaires : la monarchie anglaise et la république américaine »²⁴⁶⁶. À son tour, la Constitution des États-Unis de 1787 est elle-même une reprise partielle du modèle constitutionnel anglais, ce qui permet de constater qu'avec le constitutionnalisme volontariste se développe la diffusion de normes et institutions. En effet, de manière progressive la constitution n'est plus conçue comme le produit de l'histoire, mais le produit de la volonté de la nation. Ce changement de la notion de constitution ouvre la porte à la réception des normes venues d'ailleurs : « Une nation pouvait-elle s'inspirer aussi étroitement d'une autre pour rédiger sa constitution ? Pour cela, il fallait que s'opérât un glissement sémantique, que le sens de constitution comme acte d'institution ou d'établissement l'emportât sur son sens d'ordre existant »²⁴⁶⁷. En plus, les constituants américains et français ont cherché à produire « des modèles, non seulement destinés à régler l'organisation politique du pouvoir dans leurs pays respectifs mais aussi à ouvrir la voie aux autres nations. Les révolutionnaires américains sont conscients qu'ils font

²⁴⁶³ Comme le remarque J. M. Miller, « the proliferation of legal transplants has fostered two bodies of scholarship. First, the growth since the 1990's of state and foundation-sponsored law and development projects that see legal reform as a tool for democratization and development has spawned a large literature on legal transplants that describes the many projects and the extent of their success. Second, the increased impact of international law on areas previously regulated exclusively as domestic law, and increased transnational links between government agencies, have led public international law scholars to analyze transplants. Instead of focusing on the direct export of legal regimes between states, this literature examines the use of public international law and emerging global consensus to create transnational law, rules for domestic application that cross state lines » (MILLER, J. M., « A Typology of Legal Transplants », cit., pp. 840-841).

²⁴⁶⁴ Voir *supra* p. 494.

²⁴⁶⁵ De plus, le langage des normes constitutionnelles contribue à leur diffusion : « constitutional texts couched in sweeping moral language opened the door to free standing normative philosophies and to strong assumptions about the goodness of some local constitutional practices. The American constitutional experience thus became an exemplary model of virtuous politics that should be transplanted everywhere else. Indeed, many constitutional texts around the world bear a striking resemblance to the American one, even if their constitutional life is very different. In any case, the existence of such a text made it possible to impose top-down a very local and parochial worldview » (ZUCCA, Lorenzo, « Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law », *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n° 3, 2009, p. 487).

²⁴⁶⁶ BURDEAU, François, MORABITO, Marcel, « Les expériences étrangères et la première constitution française », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, p. 97.

²⁴⁶⁷ BAKER, Keith M., « Constitution », in FURET, François, OZOUF, Mona (éd.), *Dictionnaire Critique de la Révolution Française. Institutions et Créations*, Paris, Flammarion, p. 183.

œuvre de pionniers et dès 1789, les Français donnent à la Déclaration des droits une portée et une vocation universelles. L'un et l'autre régimes d'ailleurs ne cesseront de croire à leur vocation messianique à l'intention du reste du monde²⁴⁶⁸. Qui plus est, comme le remarque M.-C. Ponthoreau, « encore aujourd'hui, cette idée reste forte. Celui qui recopie espère tirer profit du mimétisme institutionnel ». Or, « le modèle de référence n'est toutefois plus américain, anglais ou français, mais plutôt allemand »²⁴⁶⁹, ce qui en Colombie arrive depuis le début du XX^e siècle dans la réforme constitutionnelle de 1936 et qui est confirmé dans la Constitution de 1991.

II. L'influence doctrinale

Une différence peut être établie entre, d'une part, le déplacement des normes d'un ordre juridique à un autre et, d'autre part, la circulation d'une doctrine ou théorie juridique d'un auteur d'un pays déterminé pour être reçue et adaptée par les auteurs d'autres pays. Comme l'on vient d'indiquer, le premier phénomène a été l'objet d'importants développements dans le cadre des études du droit comparé, qui n'ont pas seulement constaté l'existence de l'exportation et de la réception des normes juridiques, mais qui ont aussi proposé quelques fondements conceptuels pour expliquer ce déplacement. Par contre, ce que l'on peut qualifier d'« influence doctrinale » n'a pas été analysé de manière si systématique. Néanmoins, on peut trouver quelques références plus ou moins implicites dans divers ouvrages de théorie du droit et du droit comparé. On pourrait penser que dans les livres écrits par des auteurs récepteurs ou influencés qui s'occupent de l'exposition générale de l'évolution de la philosophie du droit, il était possible de trouver des analyses sur la manière dont ont été reçues les influences des doctrines et théories étrangères. Cependant, les auteurs de ces livres ne se regardent pas comme récepteurs, mais plutôt comme continuateurs locaux d'une tradition de pensée juridique occidentale, bien qu'ils ne soient reconnus que comme disciples, voire comme imitateurs, par les auteurs qui les ont influencés.

Cette différence, qui permet l'étude systématique de deux phénomènes, ne doit pas cacher les profonds liens qui existent entre eux. Dans la plupart des cas, l'influence doctrinale se produit dans le cadre d'un transplant normatif qui justifie la lecture de l'œuvre d'un auteur étranger par les juristes du pays récepteur. Néanmoins, il n'y a pas une antériorité nécessaire du transplant normatif par rapport à l'influence doctrinale, car la lecture d'un auteur peut attirer l'intérêt sur les normes juridiques de son pays d'origine, même si dans la plupart de cas cet intérêt émerge lorsqu'il existe déjà une influence « structurelle » de l'ordre juridique étranger²⁴⁷⁰. Quoi qu'il en soit, « quant à la réception des

²⁴⁶⁸ MÉNY, Ives, « La greffe et le rejet », in ID., (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, L'Harmattan, 1993, p. 14.

²⁴⁶⁹ PONTHEOREAU, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., p. 154.

²⁴⁷⁰ Comme le remarque A. Watson, « in order to understand the French legal system it is necessary to understand its intellectual underpinnings; and for that purpose one must understand the works of the great French jurists. To the extent that they were influenced by the philosophers, the philosophers become relevant to the inquiry; but the primary emphasis remains on the jurists » (EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I) », cit., p. 1960). A. Watson dans son travail sur les greffes juridiques fait quelques mentions à l'influence doctrinale : WATSON, A., *Legal Transplants*, cit., pp. 63, 83, 93.

droits codifiés à notre époque contemporaine nous pouvons constater, que quand un code est adopté de l'étranger, la doctrine du pays natal a tendance à l'accompagner. Il en a été ainsi, par exemple de la doctrine française en Italie ou en Espagne et dans d'autres pays qui ont adopté le Code civil français. Mais des exemples nombreux nous apprennent que la doctrine étrangère peut être développée et transformée conformément à la mentalité nationale. Voilà ce qui explique que les doctrines juridiques de différents pays peuvent tellement varier lors même que leurs codes sont identiques. C'est ainsi que l'Italie, par exemple, qui, après la pénétration de la doctrine du droit civil français, subit plus tard aussi la profonde influence de la science juridique allemande, a su produire une doctrine qui apparaît au plus haut degré originale et qui est une des plus importantes de notre époque »²⁴⁷¹.

III. La circulation de décisions de justice

En principe, le terme de « greffe juridique » ne concerne pour l'essentiel que les échanges entre acteurs juridiques non juridictionnels. Cependant, le rôle accru des juges a obligé à reconsidérer la manière d'aborder les échanges entretenus entre eux sous l'angle du dialogue. L'expression « dialogue des juges » apparaît ainsi pour qualifier ce cas spécifique de circulation du droit. Son utilisation dans par la doctrine est récente et, plus important encore, elle évoque un certain dynamisme, dans la mesure où elle s'inscrit pleinement dans le fonctionnement en réseau de l'ordre juridique²⁴⁷². Or, « s'il est vrai que le développement des rapports transnationaux a sensiblement accentué la diffusion des jurisprudences, il faut néanmoins souligner que le phénomène d'influence exercée par la jurisprudence d'une cour sur celle d'autres cours n'est certes pas un fait nouveau qui serait lié à l'intensification actuelle de ces rapports. En effet, les cas ont toujours existé dans lesquels une cour a pris pour paradigme les arrêts d'une autre cour, laquelle fait donc fonction de modèle pour celle qui l'imites »²⁴⁷³. Cependant, le dialogue des juges peut prendre deux autres formes distinctes. D'une part, il peut être horizontal et ne concernerait que les juridictions nationales ou, au mieux, les rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. D'autre part, il peut être vertical et concernerait les rapports entre les juridictions nationales et les juridictions supranationales. Dans tous les cas il y a un véritable « dialogue », les échanges doivent avoir lieu même entre des juridictions de même niveau, qui ne sont pas soumises à un rapport d'autorité entre elles. Or, justement, l'expression est essentiellement utilisée pour illustrer les rapports verticaux entre juridictions.

²⁴⁷¹ SCHWARZ, A. B., *op. cit.*, pp. 589-590. Le cas de Blackstone dans EUA (WATSON, Alan, *Legal Transplants*, pp. 94.)

²⁴⁷² Or, comme l'affirme Le Quinio « ce qui est neuf, ce n'est pas tant le dialogue des juges, que l'intérêt que nous lui portons et davantage encore l'angle sous lequel nous l'observons. La difficulté, avec une expression tant usitée, “à la fois familière et mystérieuse”, est l'inévitable perte de sens qui découle de son utilisation généralisée. Le thème du dialogue des juges est devenu un thème un peu galvaudé qui tend à se transformer un “lieu commun” de la littérature juridique » (LE QUINIO, Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques*, cit., p. 128).

²⁴⁷³ VERGOTTINI, Guiseppe de, *Au-delà du dialogue entre les cours : Juges, droit étranger, comparaison*, trad. Jean-Jacques Pardini, Paris, Dalloz, 2013, p. 46.

C'est à cet égard que l'expression « dialogue des juges » peut être considérée dans un sens littéral, comme désignant les différents processus d'échanges entre ces acteurs ou de manière plus stricte comme « la présence du droit étranger dans le raisonnement du juge interne »²⁴⁷⁴. Dans un sens général, le dialogue des juges n'est « ni une simple courtoisie, ni une obligation juridique [...]. Il manifeste le souci de contribuer à l'effectivité et à la crédibilité du droit en veillant à la cohérence des solutions jurisprudentielles »²⁴⁷⁵. De fait, comme A. Le Quinio le remarque, « l'analyse des études doctrinales relatives au « dialogue des juges » ne permet pas d'en dégager une définition, mais une pluralité d'approches de phénomènes connexes ». De toute façon, « sa vocation première est la caractérisation d'un phénomène complexe : les rapports entre les ordres juridiques nationaux et européens »²⁴⁷⁶. Le dialogue des juges fait ainsi allusion à un épisode de circulation de droit, qui ne s'accomplit pas par la voie normative mais à travers l'influence qu'exercent entre elles les juridictions appartenant à divers États²⁴⁷⁷.

IV. Le droit coutumier et la possibilité de son déplacement

Dans les études qui s'occupent des greffes juridiques il est très difficile de trouver des mentions au cas spécifique de la réception du droit coutumier. L'on peut penser que son déplacement ne peut avoir lieu parce qu'il est profondément enraciné dans la société dans la mesure que son existence dépend directement des comportements des membres de la société. Cependant, A. Watson, en poussant sa thèse jusqu'au bout, soutient que même le droit coutumier peut faire l'objet d'un emprunt d'une société par une autre²⁴⁷⁸. Or, d'après lui le droit coutumier existe pour autant qu'il est déclaré dans une décision judiciaire, de sorte que sa validité ne dépend pas du comportement populaire, mais de sa reconnaissance officielle dans une décision en justice. Dès lors, s'il y en a un emprunt, il correspond à l'influence qu'un tribunal peut avoir sur les tribunaux d'autres juridictions²⁴⁷⁹. En revanche, A. Schwarz ne procède pas à cette assimilation du droit coutumier aux décisions judiciaires en ce qui concerne le transfert du droit. Il voit plutôt dans l'influence du droit coutumier d'une société sur l'ordre juridique d'une autre la meilleure façon d'assurer la réception du

²⁴⁷⁴ ALLARD, Julie, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des États-Unis. Constats et perspectives philosophique », in ALLARD, Julie, HAARSCHER, Guy, HENNEBEL, Ludovic, LEWKOWICZ, Gregory (éd.), *Juger les droits de l'homme : Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 94.

²⁴⁷⁵ SCHOETTL, J.-E. « Un exemple concret de “ dialogue des juges ” : les partenariats public-privé », in *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, p. 925.

²⁴⁷⁶ LE QUINIO, A., *op. cit.*, p. 165.

²⁴⁷⁷ GUTTERIDGE, Harold C., *Le Droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, trad. René David, Paris, LGDJ, 1953, pp. 66-71, 159-180.

²⁴⁷⁸ Selon Watson, « often the customary law does not come from what the people do but is borrowed from elsewhere » (WATSON, Alan, *The evolution of law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1985, p. 53).

²⁴⁷⁹ « It is usually said that custom becomes law (in a system which has regard for customary law) when people obey certain norms in the belief that they are the law. I argued in the second chapter of *The Evolution of Law* that (in such a system) so-called customary law is declared by judicial decision (even where in general precedent has no binding force) and becomes law thereby whether there was or was not an existing custom, whether if there was one the judge followed it, and that frequently the rules of so-called customary law are borrowed from elsewhere. Customary law derives its validity from official recognition, I claimed, not from past popular behavior » (WATSON, Alan, « Evolution of Law: Continued », *cit.*, pp. 545-546).

droit : « L'assimilation d'un droit étranger s'effectue beaucoup plus facilement – cela se comprend de soi-même – dans le cas d'une réception par voie de coutume que dans celui d'une réception par acte législatif. La formation du droit coutumier est un phénomène long et lent et quand un droit étranger pénètre par cette voie il se fond de lui-même, inconsciemment pour ainsi dire, avec le droit indigène. C'est ainsi que la réception du droit grec dans les siècles de l'hellénisme antique produisit des résultats divers selon les droits autochtones des royaumes où régnaient les successeurs d'Alexandre le Grand ; nous connaissons surtout ses résultats, grâce aux documents juridiques que l'on a déchiffrés sur des milliers et des milliers de papyrus découverts en Égypte, et qui, datant de l'époque des Ptolémées et des empereurs romains, nous rendent une image si vive de ce mélange de droit gréco-égyptien, dont la recherche est devenue une branche spéciale pour les romanistes de notre âge. Il en est de même pour la réception coutumière du droit romain en Allemagne au début des temps modernes qui a produit un droit romain adapté, modernisé, mêlé aux droits germaniques, que l'on a appelé « usage moderne des Pandectes » »²⁴⁸⁰.

²⁴⁸⁰ SCHWARZ, A., *op. cit.*, p. 584.

Chapitre II. La réalisation du processus de circulation

L'intérêt que les greffes normatives éveillent dans les études de droit comparé, certainement du fait de leur évolution et de leur vitalité, a parfois conduit à négliger l'analyse d'autres types de transferts qui ont pour objet d'autres composants des systèmes juridiques. La conjonction des divers éléments dans les processus d'interaction et le cadre général des diffusions des conceptions intégrales du droit qui permettent le transfert des normes et institutions spécifiques sont toutes des réalités qui n'avaient été ni suffisamment ni systématiquement abordées. Il est dès lors nécessaire de reconnaître la complexité et la diversité des éléments impliqués dans les relations entre les systèmes et cultures juridiques, au-delà du seul fait du déplacement de normes. L'on doit également reconnaître la complexité du processus d'interaction, compte tenu de sa nature dynamique, l'implication des différents acteurs et les relations de pouvoir dans lesquelles il se déroule. Ce processus implique d'abord la transformation de l'objet transféré, ce qui comporte que la démarche comparative n'est pas suffisante à établir le fait de la circulation du droit (section 1). Une autre caractéristique qui révèle l'hétérogénéité du phénomène est la participation de plusieurs acteurs dans son déploiement (section 2). Le cadre géographique et les rythmes temporels dans lesquels la circulation du droit a lieu sont une autre condition de sa complexité (section 3).

SECTION 1. DIFFUSION DU DROIT ET TRANSFORMATION DE L'OBJET TRANSFÉRÉ

La mutation de l'objet juridique transplanté est une conséquence inévitable du processus de circulation du droit. C'est une situation de plus en plus observable à cause de l'accroissement de la perméabilité des systèmes juridiques qui favorise la circulation des données juridiques. C'est bien pour cette raison que tout « droit, sans exception, est fait de mélanges. Seulement, la « recette » et les niveaux de combinaison changent de l'un à l'autre, et ainsi la portée du mélange varie »²⁴⁸¹. Malgré les rapprochements qui entraînent les démarches de diffusion du droit, les mutations et adaptations locales de l'objet reçu maintiennent les spécificités internes. Elles sont la conséquence de certaines conditions du contexte de réception (I) et de plusieurs modalités de transformation (II). Or, ce n'est pas seulement le contexte interne qui détermine la portée des changements qu'éprouve l'objet transféré. Les relations de pouvoir dans le domaine transnational et ses rapports avec les

²⁴⁸¹ ÖRÜCÜ, Esin, « Law as Transposition », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 2, 2002, p. 221.

structures de domination du niveau local définissent également la nature et la profondeur des mutations juridiques qui font suite au transfert juridique (III). Finalement, ce sont celles-ci qui ont servi de principal critère pour la détermination du succès ou l'échec d'un processus de diffusion qui a le droit comme objet (IV).

I. Le contexte de transformation

Pour ce qui est de la greffe normative, après l'abandon de la démarche de la législation comparée, les comparatistes ont adopté diverses postures méthodologiques qui ont en commun l'idée qu'il faut considérer les contextes où les règles et les institutions sont adoptées pour comprendre les caractéristiques fondamentales des droits étrangers, particulièrement ceux des pays qui constituent les lieux de réception. C'est ainsi que R. David se demande « dans quelle mesure les conditions propres à l'Amérique, différentes de celles du milieu européen ont conduit ou peuvent conduire à reconnaître ou conférer une certaine originalité aux droits d'Amérique par rapport aux droits européens de la famille romano-germanique »²⁴⁸². Ainsi, outre que le problème des effets des contextes dans la réception des normes est explicitement établi, on peut s'occuper non seulement de la question de l'originalité du droit d'un lieu de réception comme l'Amérique Latine, mais également de celle de l'originalité de sa théorie du droit et de sa doctrine juridique. Par ailleurs, lorsqu'à côté d'une théorie générale du droit de portée universelle on constate l'existence de théories ou doctrines locales ou particulières aux lieux de réception, la question de l'originalité apparaît évidente. Il est alors pertinent de lui substituer d'autres types de questions comme celle précisément des conséquences du contexte dans la transformation des idées juridiques importées. Plus précisément, ce rapport entre contexte et transformation appelle deux interrogations : premièrement, celle de l'influence de la volonté humaine dans la transformation d'une idée juridique transplantée (A). Deuxièmement, celle des types de contextes où ces idées changent (B).

A. Volonté et contexte

L'on a maintes fois indiqué que diverses études sur le droit comparé et sur le transfert institutionnel ont insisté sur le fait que le nouveau milieu d'application transforme les normes et décisions juridiques et les institutions reçues de l'étranger²⁴⁸³. Cette conclusion

²⁴⁸² DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *op. cit.*, p. 56. Un autre cas est exposé par Watson : « My first example will concern one aspect of the reception of Roman law (and of canon law) in Western Europe. Naturally with the reception and with very different conditions, the *Corpus Iuris Civilis* was much modified. Still often enough, those changes were understood so much in the same way in different countries that it is possible to talk and write about *ius commune*, 'common law', that part of the law that was generally accepted in Western Europe. Indeed, a marked feature of the time, especially of the 17th century, is the appearance of editions of, or commentaries on, Justinian's elementary textbook, the *Institutes*, which also give up-to-date law. To be sure, these references to modern changes tend to stress the authors' own local law, but the books were intended for, and had, a much wider audience » (WATSON, Alan, « Legal Transplants and European Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 4.4, December 2000, p. 4).

²⁴⁸³ «Borrowing is often creative. This creativity may be very open as when Everardus writes a treatise on how to use textual arguments from Roman law to build up a different branch of law: from a law for slaves to a law for monks for example » (WATSON, Alan, « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture », *cit.*, p. 345).

serait facilement transposable à l'analyse de la réception des doctrines et théories qui, elles aussi, s'adaptent et changent pour pouvoir répondre à un contexte culturel, sociojuridique et politique différent de celui où elles étaient nées. Toutefois, l'automatisme de la mutation que ce type d'analyse suppose – confirmé par les références biologistes que l'on y trouve – ne doit pas empêcher de constater également que la transformation des idées juridiques peut être le résultat d'une démarche moins inconsciente. C'est ainsi que les juristes qui élaborent une doctrine locale ou particulière peuvent transformer intentionnellement la théorie ou la doctrine importée afin de satisfaire certains besoins, soit de caractère textuel, par exemple, rendre plus clair et compréhensible la doctrine, soit de caractère contextuel, en particulier celui d'adopter la doctrine reçue à la tradition juridique du lieu de réception, pour qu'elle soit plus facilement acceptée. Par conséquent, les variations que connaît une idée juridique transférée ne sont pas seulement l'effet automatique des conditions matérielles d'accueil, mais aussi la conséquence de l'initiative des juristes qui l'adaptent à leurs propres préoccupations. Il demeure néanmoins la contrainte de fidélité à l'auteur qui ne permet pas de lui faire dire n'importe quelle idée²⁴⁸⁴.

B. Contextes divers

De ce qui vient d'être exposé, il est possible de conclure que le contexte qui transforme les théories et doctrines dans les lieux de réception est essentiellement de caractère matériel et sociopolitique ; autrement dit, les changements qu'elles connaissent sont le résultat de leur implémentation par des acteurs sociaux différents, d'une part, et des nouvelles structures institutionnelles au sein desquelles elles sont mises en œuvre, d'autre part. Cependant, il y a aussi une autre manière de comprendre le voyage théorique et doctrinal. Elle consiste à penser que les nouveaux contextes où arrive l'idée transplantée ne sont pas uniquement formés par des réalités de nature empirique, telles que les tensions politiques, les rapports économiques, le fonctionnement des institutions, les structures de classe, etc., mais aussi par des « réseaux culturels de textes, idées et images partagées par ceux qui font le transplant. Cette compréhension du contexte est culturelle et intertextuelle et non pas sociopolitique et matérielle »²⁴⁸⁵. En d'autres termes, une doctrine ou une norme accueillie dans un lieu de réception se transforme parce qu'elle s'adapte à certaines réalités d'ordre matériel, et également parce qu'elle s'accommode à une certaine forme de penser le droit, ce qui permet son articulation à la propre doctrine locale. Par ailleurs, cette adaptation se réalise au moyen de diverses modalités de transformation qu'il convient de mettre en évidence afin de comprendre le déroulement du procès de mutation d'idées juridiques dans les lieux de réception.

²⁴⁸⁴ En effet, « différents facteurs influent sur la marge de liberté de l'importateur pour adapter le modèle de référence : l'existence d'une théorisation plus ou moins détaillée et précise du modèle, la capacité de l'exportateur – ou d'autres instances extérieures au receveur – à évaluer la mise en œuvre du modèle et à sanctionner d'éventuels écarts, l'aptitude de l'importateur à se protéger des contrôles et des ingérences externes, ainsi qu'à négocier la souplesse d'application des prescriptions exogènes » (DELPEUCH, T., *L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques*, cit., p. 55).

²⁴⁸⁵ LÓPEZ MEDINA, *op. cit.*, p. 19.

II. Les modalités de transformation

À partir de la classification élaborée par le théoricien littéraire H. Bloom sur les dispositifs de transformation les plus fréquemment utilisés par un auteur qui est influencé par un précurseur mais qui essaie de faire une nouvelle œuvre, D. López classe à son tour les modalités de transformation des théories juridiques lorsqu'elles sont transférées d'un lieu de production à un lieu de réception. La typologie qui est ici proposée reprend et complète cette classification par d'autres modalités qui n'avaient pas été repérées.

A. Les déviations

Dans ce que l'on peut qualifier de « contextes herméneutiques pauvres » des lieux de réception, le lecteur de doctrine ou de théorie juridiques ne partage pas beaucoup d'information avec l'auteur sur les structures juridiques subjacentes et les conjonctures politiques, sociales ou culturelles qui déterminent ce dernier. En conséquence, il n'est pas rare que la lecture locale de la doctrine étrangère s'écarte de sa compréhension standard au sein du milieu dans lequel elle a été élaborée. En effet, dans les lieux de réception, étant donné les insuffisances de son contexte herméneutique, le lecteur ne peut pas comprendre toute l'argumentation qu'un lecteur d'un lieu de production peut par contre capter plus aisément. Il s'agit alors d'une déviation qui modifie progressivement le sens original qu'avait la doctrine. Ces variations sont pour la plupart spécifiques et ponctuelles, même si des cas d'incompréhension totale ne sont pas à exclure. La portée de la mutation dépend de la qualité et de la quantité d'information à laquelle le lecteur local peut accéder concernant la composition de la doctrine importée, et s'il est bien possible que les éléments essentiels de celle-ci soient préservés, il arrive aussi que la méconnaissance ou l'incompréhension d'autres éléments plus ou moins accessoires affectent au final l'entendement de toute l'œuvre²⁴⁸⁶.

Cependant, outre le cadre de compréhension appauvri des lieux de réception, ces déviations sont également la conséquence des caractéristiques de l'ouvrage tel qu'il sort du lieu de production. Il est nécessaire de rappeler que dans son transplant, la doctrine ou la théorie juridique ne perdent pas le caractère hétérogène et complexe qui caractérise celles de la plupart des auteurs, ce qui a été mis en relief par plusieurs études relatives à l'histoire de la philosophie du droit et de la pensée juridique, mais que l'on tend à oublier dans les analyses comparées sur les influences doctrinales. Dans les lieux de réception, cette tendance est également assez généralisée et l'œuvre d'un auteur est presque toujours reçue comme un ensemble entièrement cohérent – il s'agit d'une sorte de présomption de

²⁴⁸⁶ « L'emprunt est habituellement sélectif, car les décideurs ont tendance à écarter les éléments du modèle qui s'accordent mal avec leurs valeurs, intérêts et objectifs, ou qui sont perçus comme dysfonctionnels dans le système qu'ils se proposent de copier. À la limite, le transfert effectif peut se réduire à des éléments symboliques : rhétoriques de justification, labels, étiquettes, mots à la mode (*buzzwords*). Le degré de sophistication du processus de décision – qui peut comporter des évaluations prospectives obligatoires, un devoir de mise en concurrence d'options multiples, des délibérations collectives incluant une grande variété d'acteurs, des possibilités étendues de recours, des points de veto nombreux – influe sur la portée des phénomènes de sélection, mais aussi sur la probabilité d'une hybridation entre différentes sources d'inspiration exogènes et indigènes. (DELPEUCH, T., « Comprendre la circulation internationale des solutions d'action publique », *cit.*, 163).

cohérence – dont les éventuelles contradictions ou tensions sont nuancées, par l'atténuation des différences et par l'adoucissement des contrastes. L'évolution de la pensée d'un auteur fait aussi partie de cette hétérogénéité qui n'est pas toujours perçue dans les lieux de réception. Parfois même, des changements doctrinaux dont on a conscience ne sont pas acceptés car ils ne s'adaptent ni à la façon dont on avait reçu la doctrine, ni à la portée qu'on lui avait attribuée.

Il peut même arriver qu'une norme ou une doctrine soit l'objet d'un parcours d'aller-retour entre deux ordres qui se prennent mutuellement pour modèle. Dans un premier temps, un ordre juridique A s'inspire d'une norme ou d'une doctrine inventée dans l'ordre juridique B. Par la force des choses, A est amené à introduire des innovations dans cette pratique, que B peut, dans un second temps, décider de reprendre à son compte, et ainsi de suite. Par ailleurs, les exportateurs de modèles juridiques ont tendance à rationaliser et à embellir les produits qu'ils promeuvent. Ceux-ci sont offerts sous une forme technicisée et aseptisée, politiquement neutre, dans un langage technocratique, sans mention des incertitudes et des controverses, ni claire désignation des gagnants et des perdants en cas de réalisation du transfert²⁴⁸⁷.

B. La reconstruction des mosaïques (tesserae)

À partir de la très intéressante et allégorique référence utilisée par H. Bloom aux *tesserae* (mot latin signifiant chacune des petites pièces qui constituent une mosaïque) pour expliquer l'une des formes de transformation dans l'influence littéraire, D. López envisage cette modalité d'adaptation des idées juridiques dans les lieux de réception. En général, elle consiste à prendre les pièces constituant une théorie ou doctrine juridique, appréhendée comme une espèce de mosaïque, et à en changer le patron original pour créer une nouvelle théorie ou doctrine²⁴⁸⁸. On pourrait croire que cette modalité ne se trouve que dans le cas de l'influence doctrinale d'un pays central sur un pays périphérique, mais elle paraît également dans le contexte d'un lieu de production. Cependant, tandis que dans ce cas la réorganisation de la mosaïque est perçue comme un perfectionnement de l'œuvre antérieure, comme une contribution qui complète et surpasse ce que l'on avait avant simplement suggéré et très peu développé, les reconstructions qui sont faites dans les lieux de réception, lorsqu'elles ne sont vues simplement comme des lectures erronées, sont signalées comme des reproductions éventuellement assez conformes à l'original mais qui n'arrivent à apporter rien de nouveau, ni à configurer un échelon additionnel de l'évolution de la pensée juridique. Dans les lieux de production, la réélaboration de la mosaïque doctrinale provoque l'apparition d'une nouvelle école de pensée juridique, alors que dans

²⁴⁸⁷ ROBERTSON, Dave, « Political Conflict and Lesson Drawing », *Journal of Public Policy*, vol. 11, n° 1, 1991, pp. 55-78.

²⁴⁸⁸ Quant à la réception, la sélectivité est plus « normale » et évidente. Une reprise qui prétend à une certaine ampleur n'est pas possible sans elle. Car toute reprise exige une adaptation : « Pour un transfert d'un texte dans un nouveau contexte, une adaptation aux débats qui y sont prédominants est nécessaire, afin de rendre le texte compréhensible et `significatif. Il doit donc être intégré dans un système de références plus ou moins différent de son contexte original. Tout essai d'interprétation et d'adaptation n'est pas seulement guidé par une volonté relativement neutre de rendre le texte `actuel', mais il est aussi dirigé par des intérêts spécifiques qui correspondent à la concurrence et aux conflits dans un domaine donné de discussion » (POLLAK, Michael, « Die Rezeption Max Webers in Frankreich : Fallstudie eines Theorietransfers in den Sozialwissenschaften », *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, n° 38, 1986, p. 679).

les lieux de réceptions ces réélaborations ne sont plus qu'une reproduction ou, au mieux, une continuation de l'œuvre originale. Enfin, cette modalité de transformation marque encore plus les distances entre les deux lieux de la circulation de modèles juridiques car la possession de l'une des pièces de la mosaïque, c'est-à-dire l'utilisation des théories antérieures dans la construction de nouvelles théories, est une sorte de mot de passe qui permet l'entrée dans le monde doctrinal. Ainsi, le juriste dans les lieux de production apparaît comme quelqu'un qui continue mais perfectionne la doctrine, voire comme l'initiateur d'une nouvelle école ; dans les lieux de réception, au contraire, il est plutôt perçu comme un continuateur qui ne fait que reproduire imparfaitement la doctrine reçue, voire, lorsque rien ne va plus, comme celui qui a cassé le monument.

Deux formes de reconstruction des mosaïques peuvent être envisagées, l'une plus consciente que l'autre. La première forme tient à la lecture sélective et accentuée d'arguments qui constituaient pourtant un ensemble unitaire et continu afin d'en revaloriser certains au détriment d'autres. Ce type de sélection s'explique par la méconnaissance, caractéristique d'un contexte herméneutique pauvre, des faits environnant l'élaboration et le développement de la doctrine brisée, tels que les influences exercées sur celle-ci, les débats qui s'en sont suivis, l'appartenance de l'auteur à une certaine école, les réponses aux critiques, etc., mais aussi par des faits extra-textuels tels que l'idéologie politique du récepteur-briseur, les conditions pratiques du fonctionnement du droit et des institutions, les structures et méthodes d'enseignement juridique, etc. Deuxièmement, il y a une forme additionnelle de reconstruction des mosaïques où l'intentionnalité du lecteur est moins forte : celle de la lecture fractionnée de l'œuvre d'un auteur due à l'impossibilité de la connaître dans son intégralité. Contrairement à ce qui se passe dans les lieux de production où l'étude de la doctrine d'un auteur se fonde sur l'examen de l'ensemble de son œuvre, un juriste d'un lieu de réception n'a pas la possibilité d'accéder à cet ensemble et il tend à s'appuyer uniquement sur quelques ouvrages. Sa bibliothèque est ainsi réduite et il ne peut pas appréhender toutes les interconnexions entre les différentes parties de l'œuvre de l'auteur dont il prétend connaître la doctrine ou la théorie.

C. Diffusion locale d'une doctrine et subordination intellectuelle

Dans les lieux de production, un auteur qui élabore une doctrine se fondant sur celles de ses précurseurs prétend développer une doctrine originale. Pourtant, cela n'implique pas qu'il ne s'exprime plus au nom de ses précurseurs ; bien au contraire, la pensée juridique, comme la pratique du droit, a cette caractéristique de trouver toujours un précédent, ce qui permet au nouvel auteur de se ranger au côté de ses aînés et d'être reçu comme un membre de l'ensemble de la doctrine. Dans les lieux de réception tout se passe différemment. Ici, les juristes qui élaborent une théorie en recevant celle d'un auteur étranger sont perçus plutôt comme des répéteurs et diffuseurs de ce dernier, et non comme des continuateurs qui développent la pensée antérieure, encore moins comme des créateurs d'une nouvelle théorie ou des initiateurs d'une nouvelle école. Ainsi, le rôle principal de la doctrine juridique d'un lieu de réception n'est pas celui de créer quelque chose de nouveau, mais celui de répandre localement ce qui avait été déjà conçu ailleurs. Dans ce cas, la subordination intellectuelle qui existe dans une certaine mesure entre un auteur et ses

prédécesseurs s'exacerbe et, en conséquence, il n'y aurait que des disciples fidèles de la doctrine importée.

D. Dépersonnalisation de la doctrine

Il a déjà été souligné que la réception d'une théorie ou doctrine juridiques se réalise au sein de contextes herméneutiques pauvres où le lecteur partage beaucoup moins d'information avec l'auteur que dans les lieux de production. L'une des conséquences de cette configuration est la tendance, dans les lieux de réception, à dépersonnaliser les idées reçues qui sont interprétées comme transcendant les circonstances dans lesquelles elles ont été élaborées. Ainsi, le juriste qui lit et adapte le discours juridique transplanté ne sait pas comment ce dernier a été conçu, il ne connaît pas les circonstances, les besoins, les débats auxquels ce discours répond. Dans ces conditions, le processus d'abstraction qui avait déjà démarré dans les lieux de production continue et s'approfondit dans les lieux de réception. En effet, la pensée juridique acquiert une dimension plus théorique, plus impersonnelle puisque l'auteur est géographiquement très loin et qu'il est plus difficile de prendre connaissance de ses opinions politiques, sa place dans la société, ses rapports et amitiés, ses opposants et les disputes auxquelles il participe, etc. Ce phénomène facilite alors la formation d'une théorie générale du droit complètement décontextualisée qui transcende non seulement les circonstances spécifiques des ordres juridiques nationaux, mais aussi celles de son élaboration et développement.

Une manifestation concrète de cette dépersonnalisation de la théorie ou doctrine juridique dans les lieux de réception consiste en la réinterprétation des généalogies des auteurs des lieux de production²⁴⁸⁹. Dans ce cas, le lecteur local assigne à ces derniers des influences ou des connexions qui ne leur sont pas reconnues dans son pays d'origine. Il s'agit d'une nouvelle manière de les classer qui est différente des classifications qui traditionnellement ont été proposées dans les lieux de production. Pourtant, il ne faut pas oublier que dans ce cas, comme cela a été déjà indiqué pour la modalité de transformation à travers la déviation, la réinterprétation des généalogies et des classifications peut également être la conséquence des hésitations et ambiguïtés de la doctrine dans sa version originale. Il est alors possible que dans les lieux de réception le passage d'un auteur d'un extrême du débat à l'autre ne soit pas le résultat des carences contextuelles, mais du caractère équivoque ou obscur de sa pensée, ce qui explique de la part des récepteurs locaux un certain laxisme dans leurs classifications.

E. Les temps du transfert

Dans les lieux de réception, spécialement en Amérique Latine, on a toujours essayé de transplanter les étapes de l'évolution de la pensée juridique des pays de lieux de production dans le même ordre. On pense alors que les débats sur tel ou tel point du droit sont similaires et opposent les mêmes adversaires presque partout, ce qui serait encore plus évident s'il s'agit d'un conflit de nature juridico-théorique. Ainsi, si en France au tournant du XX^e siècle par exemple, il y avait un débat entre ceux qui défendaient le dogme de

²⁴⁸⁹ LÓPEZ MEDINA, *op. cit.*, p. 68.

l'omnipotence de la loi et ceux qui admettaient d'autres sources que la loi²⁴⁹⁰, on croyait alors que dans le même temps une opposition similaire se trouvait dans tous les pays influencés par le droit français. Cependant, l'un des phénomènes qui explique le changement des idées juridiques dans les lieux de réception est précisément les différences qu'il est possible d'y trouver dans l'évolution des débats et dans la succession des transformations qui s'ensuit. Les temps de l'élaboration ne sont pas les mêmes que ceux de la réception. Tandis qu'une théorie a été conçue dans un lieu de production pour répondre à certains problèmes et débats dans un moment donné, cette même théorie arrive après dans les lieux de réception et elle s'adapte à d'autres problèmes et d'autres débats. Ici, la réception se fait normalement en retard, après que la théorie concernée a été l'objet d'une assimilation dans les lieux de production au moyen de son analyse et critique. Cela permet son entrée dans le débat doctrinal et également sa diffusion et exportation.

F. L'influence négative ou réactive

Bien que la réception du droit puisse avoir un caractère intuitif, anodin et désorganisé, une partie des études en droit comparé sur la circulation juridique place l'accent sur le caractère intentionnel et rationnel des activités d'importation. Elles s'intéressent particulièrement aux mécanismes de sélection d'une solution juridique exogène à un problème et à la façon dont les exemples extérieurs sont volontairement mobilisés. Les acteurs juridico-politiques impliqués dans la réception sont vus comme des décideurs rationnels contraints d'innover sous la pression des problèmes. Ces dirigeants et experts nationaux sont présentés comme soucieux de collecter un maximum d'information sur les normes, institutions, procédures et doctrines étrangères afin de s'en inspirer pour mettre en place des réponses juridiques efficaces. Cependant, ils ne sont pas capables d'examiner les données qu'ils ont rassemblées en toute objectivité intellectuelle, c'est-à-dire sans que leur jugement ne soit affecté par des présupposés idéologiques, des préférences partisans, des préjugés de classe et autres sortes d'idées préconçues. Ils sont que partialement disposés à modifier leurs représentations, conceptions et convictions antérieures à la lumière des arguments et des preuves obtenues, concernant les résultats des mesures qui ont été prises à l'étranger. En somme, les leçons tirées des expériences étrangères peuvent être positives ou négatives. L'examen des informations obtenues sur le fonctionnement et les effets d'une institution ou une norme mise en œuvre antérieurement à l'étranger peut, en effet, conduire les acteurs juridiques nationaux à envisager cette solution non comme un modèle, mais comme un repoussoir. Ils l'utilisent justement pour s'opposer à une réforme, à une réinterprétation, à un virage doctrinal²⁴⁹¹.

²⁴⁹⁰ Voir *supra* p. 276.

²⁴⁹¹ B. Mirkine-Guetzévitch entrevoit cette situation lorsqu'il fait allusion tant au phénomène de l'influence qu'à celui de la réaction à l'encontre de celle-ci : « Le droit constitutionnel comparé a une tâche positive : l'étude des similitudes, des intersections, des influences mutuelles. Il a aussi une tâche négative : expliquer pourquoi à tel moment un régime, qui logiquement aurait dû en influencer un autre, n'a eu sur lui aucune emprise, et au contraire a provoqué une réaction opposée. Tel fut le cas du régime anglais devant la Constitution de 1789 » (MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, n° 4, 1949, p. 405).

III. Les relations de pouvoir dans le domaine transnational et le domaine local

Comme il arrive dans toutes les instances de production de normes et d'autres données juridiques, les acteurs participant dans les processus de réception et adaptation sont idéologiquement déterminées, même lorsqu'ils affirment que leur actuation et leurs décisions sont définies par des critères « scientifiques », « techniques », « exclusivement juridiques » ou d'autres affirmations similaires. L'on a déjà indiqué que l'interaction entre divers systèmes juridiques s'accomplit dans le contexte général de la diffusion d'une conception intégrale sur le droit qui, parmi d'autres éléments, inclut des valeurs et idéologies au côté de ceux qui peuvent être considérés ayant un caractère plus formel ou technique. Le rôle et la portée de ce type de facteurs idéologiques sont singulièrement évidents dans les relations et structure de pouvoir où l'interaction se déroule, dont l'analyse est annoncée par P. Koschaker²⁴⁹². Ils ont été ultérieurement étudiés par Y. Dezalay et B. Garth²⁴⁹³. Selon ces auteurs, une exploration des processus spécifiques d'importation et d'exportation dans le domaine juridique révèle qu'il y a une concurrence politico-idéologique qui commence dans ce qu'ils appellent, suivant à Pierre Bourdieu²⁴⁹⁴, *palace wars*, c'est-à-dire dans les champs institutionnels et non-institutionnels où les individus et les groupes, tant au nord qu'au sud, tant dans le centre que dans la périphérie, luttent pour le pouvoir et l'influence. Les stratégies suivies dans ces luttes sont, en principe, de portée nationale, mais elles s'étendent au domaine international et de là s'intègrent à nouveau dans le contexte local²⁴⁹⁵. Dans cet ordre d'idées, il n'est pas difficile de constater que dans les débats politiques et juridiques dans une société donnée – en particulier dans celle qui habituellement a recours à l'importation de modèles étrangers – l'expédient de la greffe, d'emprunter des normes, des institutions, une certaine doctrine, etc., est une stratégie de légitimation dans un affrontement entre diverses alternatives qui cherchent à encourager une réforme ou à s'y opposer. Or, en même temps, dans le domaine international, dans les lieux de production et d'exportation, il y a également une lutte pour avoir la capacité d'influencer la plus vigoureuse possible. Elle s'offre comme un critère de légitimation dans le contexte d'un affrontement sur la transformation ou la permanence d'un secteur spécifique du droit de la société concernée. Le débat politico-idéologique qui utilise la greffe comme stratégie de légitimation ne se produit pas seulement dans les lieux d'arrivée, mais aussi dans les points de départ, voire dans les niveaux qui dépassent les controverses

²⁴⁹² Voir *supra* pp. 150 et suiv.

²⁴⁹³ WATSON, Alan, *Legal Transplants*, pp. 55.

²⁴⁹⁴ BOURDIEU, Pierre, *La noblesse d'État : grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions de Minuit, 1989.

²⁴⁹⁵ « The micro-level stories of processes of import and export as we have told them illustrate processes that can be both competitive and complementary. One process, in Bourdieu's terms, can be characterised as palace wars (1996). Individuals and groups in the north and south, centre and periphery, fight for power and influence by pursuing international strategies. International strategies are domestic strategies first, and they also get absorbed into the domestic context » (DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., « The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 249).

nationales et placent dans les circuits internationaux la production du matériel juridique à être introduit localement, ce qui est encore plus évident dans les derniers temps²⁴⁹⁶.

Les structures et relations de pouvoir qui permettent la circulation de données juridiques d'une société à une autre se révèlent dans la distinction, à laquelle l'on a fait allusion²⁴⁹⁷, entre les réceptions forcées, qui font suite à l'assujettissement ou à la colonisation, et les réceptions volontaires qui ne sont pas imposées. Ces dernières sont considérées de cette façon dans la mesure où, face au choix d'élaborer ses propres règles ou institutions, les élites juridiques d'une société, pour réduire les coûts ou pour gagner du temps, décident de prendre les modèles développés et achevés ailleurs. Cependant, il convient d'indiquer que certaines situations ne correspondent pas nettement à aucun des deux extrêmes de la distinction : par exemple, l'importation de normes par une ancienne colonie qui malgré son indépendance formelle continue à dépendre de la métropole, raison pour laquelle recourir au droit de celle-ci ne semble pas un choix parmi d'autres mais la seule alternative possible²⁴⁹⁸. Or, qu'une greffe soit volontaire ou forcée ne dépend pas uniquement du processus en tant que tel, mais aussi du contexte des relations entre les lieux de production et exportation et les lieux de réception et importation²⁴⁹⁹. Si ces relations se développent en un sens vertical en ce qui concerne l'économie, la politique ou la culture, il est difficile de percevoir une réception volontaire, même si les acteurs intéressés affirment autre chose, en croyant ou en faisant croire qu'ils agissent librement, la plupart des cas sur la base de l'idée de la souveraineté. La distinction entre pays centraux et pays périphériques ou semi-périphériques de la théorie du « système monde »²⁵⁰⁰ peut être employée à la

²⁴⁹⁶ Pour plusieurs exemples de cette situation en Amérique Latine voir: DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., *La Internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los estados Latinoamericanos*, cit., pp. 65-97.

²⁴⁹⁷ Voir *supra* p. 504. Voir aussi : FRIEDMAN, Lawrence, « Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 94; GRAZIADEI, M., *op. cit.*, p. 456-458; FEDTKE, Jörg, « Legal transplants », in SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham (UK), Elgar, 2006, pp. 343-437.

²⁴⁹⁸ Sur ce sujet voir : HOOKER, Michael Barry, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975; MALAURIE, Jean, « Droit et logique colonial », in DOUCET, Michel, VANDERLINDEN, Jacques (dir.), *La réception des systèmes juridiques : Implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, pp. 449-457.

²⁴⁹⁹ E. Örüçü explique cette situation par l'intermédiaire de l'exemple de la réception du droit civil suisse en Turquie : « What is regarded today as the theory of 'competing legal systems', albeit used mainly in the rhetoric of 'law and economics' analysis, was the basis of the reception of laws that formed the Turkish legal system in the years 1924 - 1930. The various Codes were chosen from what were seen to be 'the best' in their field for various reasons. No single legal system served as the model. The choice was driven in some cases by the perceived prestige of the model, in some by efficiency and in others by chance. Choosing a number of different models may have given the borrowings 'cultural legitimacy' as the desire to modernise and westernise was not beholden to any one dominant culture. It would have been possible to choose Switzerland or Germany and borrow solely from one of these jurisdictions. It was instead the civil law, the law of obligations and civil procedure from Switzerland, commercial law, maritime law and criminal procedure from Germany, criminal law from Italy and administrative law from France that were chosen, translated, adapted and adjusted to solve the social and legal problems of Turkey and to fit together. Choice means taking one option as opposed to another, and the existence of choice is what differentiates a reception from an imposition. Thus, the difference between reception and imposition is related to the existence or absence of choice. On this criterion alone, the Turkish experience is a substantial and thorough experience in 'reception' » (ÖRÜCÜ, Esin, « Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition », *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 4.1, June 2000, pp. 81-82.

²⁵⁰⁰ SHANNON, Thomas R., *An Introduction to the World-System Perspectives*, 2th ed., Boulder, Westview Press, 1996.

manière d'un critère qui permet de déterminer quand et sous quelles conditions les réceptions sont imposées ou se réalisent volontairement.

IV. La question du succès et de l'échec

Les causes du succès ou de l'échec d'une greffe juridique sont multiples²⁵⁰¹. Pour Y. Gaudemet, par exemple, « la France a exporté le droit administratif parce qu'il est un art appliqué, au plus haut degré de perfection, parce que, aussi, elle a naturellement reproduit ce système dans des pays que son histoire avait placé sous son influence, enfin et surtout parce que, sur le plan politique cette fois, le droit administratif français est apparu comme constamment aménagé et réajusté pour le meilleur équilibre entre les droits et libertés des administrés d'un côté et les privilèges et contraintes de l'action administrative de l'autre »²⁵⁰². Néanmoins, cette vision, assez apologétique du modèle exporté, ne tient pas compte du fait que le degré d'acceptation de l'objet juridique étranger varie selon ses modalités de réception. Il est alors possible d'identifier certains degrés d'assimilation, qui varient tant en profondeur qu'en intensité. En plus, ce degré d'assimilation dépend bien évidemment de l'objet juridique importé : moins il est imprégné de la culture juridique nationale, plus le soutien de l'objet, face aux particularités locales, sera aisé. Il n'en demeure pas moins que certaines mesures relatives à l'efficacité juridique et au développement économique jouent un rôle fondamental dans la réalisation du transfert juridique²⁵⁰³.

Il est possible de demander si une greffe ou une réception se limite à un changement dans le seul texte de la loi²⁵⁰⁴, dans la mesure où l'utilité pratique est la base principale pour évaluer la réception du droit²⁵⁰⁵. Bien qu'il semble qu'en principe il est plus économique et plus efficace d'emprunter, souvent ce n'est pas le cas. Du moins, cela pourrait éventuellement arriver pour l'État qui emprunte ou pour son élite dirigeante, mais

²⁵⁰¹ WATSON, Alan, *Legal Transplants*, cit., p. 27.

²⁵⁰² GAUDEMET, Yves, « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », in BORGETTO, Michel (dir.), *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 431-432.

²⁵⁰³ Voir en ce sens : BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina and RICHARD, Jean-Francois, «Economic Development, Legality, and the Transplant Effect», *University of Pittsburgh, William Davidson Institute Working Paper Number 308*, 2000.

²⁵⁰⁴ KOCOUREK, Albert, « Factors in the Reception of Law », *Tulane Law Review*, Vol. 10, No. 2, 1935-1936, pp. 211.

²⁵⁰⁵ En ce sens Watson soutient que « comparative law as a practical study cannot simply be knowledge of more than one system or society: it must be knowledge which has some direct and obvious utility. What is this direct utility? [...] The only serious answer, it seems to me, is that the utility is the improvement which is made possible in one legal system as a result of the knowledge of the rules and structures in another system. This improvement may occur in various ways. A lawyer pleading in court may urge that on a disputed point a foreign rule provides a satisfactory solution and should be adopted. A textbook writer may do the same. A body established to propose reforms may examine foreign systems and consequently offer suggestions for alterations in the domestic system. A legislature, influenced by foreign law, may pass a reforming statute. A nation may adopt a foreign code or use it as a model. What these ways all have in common is that they concern borrowing. Comparative law as a practical study is therefore about legal transplants, the desirability and practicality of borrowing from another legal system. What knowledge is needed or is appropriate for this comparative law is a separate issue which need not be treated here » (WATSON, A., « Comparative Law and Legal Change », cit., p. 317-318).

certainement pour le législateur qui n'a pas besoin de dépenser beaucoup de travail²⁵⁰⁶. Quoi qu'il en soit, « la circulation du droit peut être comprise comme le déplacement à des vitesses variables, régulées de façon naturelle ou artificielle, d'éléments de configurations et de densités diverses, de dimensions différentes et empruntant des itinéraires variés dans l'espace et le temps »²⁵⁰⁷. Par conséquent, les notions du succès ou de l'échec d'une greffe, dépendent surtout des critères d'évaluation que l'on choisit d'employer et des instruments de mesure dont on dispose²⁵⁰⁸. C'est ainsi que plusieurs raisons peuvent expliquer l'échec d'un transfert : l'importateur n'avait pas suffisamment d'informations concernant le modèle juridique qu'il voulait suivre et les conditions qui devaient être réunies pour assurer son fonctionnement efficace dans le nouveau contexte ; certains éléments primordiaux du modèle n'ont pas été considérés, donnant ainsi lieu à un transfert incomplet, avec pour conséquence des effets pervers et des dysfonctionnements ; le transfert inapproprié, car la solution transplantée n'était pas adaptée au contexte ; la viabilité de la greffe dépendait de l'octroi de ressources par l'exportateur, qui a fini par réduire son engagement ou par se retirer. En somme, la circulation juridique n'a pas nécessairement pour conséquence la convergence entre le droit du lieu de réception et le droit du lieu de production, notamment dans les circonstances où les élites juridiques qui importent ont conscience des limites et des défauts du modèle dont elles s'inspirent²⁵⁰⁹.

SECTION 2. LES ACTEURS DU PROCESSUS DE DIFFUSION

La similitude entre deux normes ou deux institutions appartenant à divers systèmes juridiques ne signifie pas qu'il y a eu une influence ou un transfert entre eux. Parmi les facteurs qui permettent de constater le phénomène de la circulation du droit l'on a eu l'opportunité de remarquer la conscience d'influence chez les acteurs qui participent dans les processus d'introduction d'une conception générale du droit ou des données juridiques en particulier. C'est justement pour cette raison qu'il est nécessaire de faire mention au rôle que ces acteurs accomplissent. L'on ne s'en occupera que de trois genres qui ont un évident caractère juridique et institutionnel et qui, dès lors, participent directement dans le processus de circulation. Il s'agit des constituants (I), des législateurs (II) et des juges (III), bien que cela soit loin d'impliquer que d'autres acteurs non-institutionnels, ne participent à la migration, réception et adaptation du droit. Bien au contraire, plusieurs groupes et organisations sociales peuvent également exiger ou s'opposer à l'introduction d'un modèle

²⁵⁰⁶ WATSON, Alan, « Aspects of Reception of Law », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 2, 1996, p. 335.

²⁵⁰⁷ LE QUINIO, A., *op. cit.*, p. 190.

²⁵⁰⁸ Comme l'indique D. Nelken, « the conditions for success will depend on what is being transferred, by which source, to which receiving society, the way the transfer is introduced, and a potentially unlimited number of wider background factors and previous historical experiences. It is also necessary to reflect on how far the variables in question represent a matter of objective circumstance and how much they depend on being treated subjectively "as if" they were unchangeable or must not be changed » (NELKEN, D., « Towards a Sociology of Legal Adaptation », *cit.*, p. 40).

²⁵⁰⁹ C'est bien pour cela que « judgments of whether legal transfers have been a success (as well as judgments of whether they are likely to be a success) are a result of competition over social definitions » (*ibidem*, p. 45).

juridique étranger, comme on l'a constaté dans le cas de la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie²⁵¹⁰. Par ailleurs, diverses instances et organisation qui agissent au niveau international participent dans l'introduction d'un modèle étranger dans un pays donné²⁵¹¹. En somme, l'analyse des interactions entre systèmes juridiques révèle la manière dont les réseaux d'individus et de groupes tant à l'intérieur d'une communauté qui, dans le domaine transnational, jouent un rôle central dans la diffusion des modèles juridiques partout dans le monde²⁵¹². Les normes et d'autres données juridiques n'ont pas la capacité d'« auto-déplacement ». Elles requièrent d'un émissaire qui les emmène ou qui les accueille dans les lieux de réception. Il ne s'agit pas d'un simple facteur des lettres qui n'interfère pas dans le contenu de la correspondance qui lui est confiée, mais d'un acteur qualifié qui peut déterminer quel système juridique servira de modèle, quel sens et portée aura les données reçues, quels seront les effets qu'elles pourront produire, en tenant compte du nouveau contexte mais aussi de l'expérience de son application dans le site de production²⁵¹³.

I. Le constituant

Comme on l'a déjà indiqué, depuis la consolidation du constitutionnalisme moderne et du concept volontariste de la constitution, le recours au modèle étranger est régulièrement

²⁵¹⁰ Voir *supra* p. 408. Selon A. Watson, « it should be obvious that law exists and flourishes at the level of idea, and is part of culture. As culture it operates in at least three spheres of differing sizes, one within another. As these spheres decrease in size law becomes a more pervasive and dominant element in the culture of that sphere. The spheres are: the population at large, lawyers, and the lawmakers. By "lawmakers," I mean the members of that elite group who in a particular society have their hands on the levers of legal change, whether as legislators, judges, or jurists » (WATSON, Alan, « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture », *cit.*, p. 1152).

²⁵¹¹ LE QUINIO, A., *op. cit.*, pp. 81-83.

²⁵¹² Watson, Alan, *Legal Transplants*, p. 112. Es así como redes académicas transnacionales pueden jugar un papel importante en estos procesos. Por ejemplo, es posible constatar en la actualidad que la red informal existente entre constitucionalistas y defensores de derechos humanos ha impulsado ciertas trasferencias de conceptos y doctrinas, como las relativas a los derechos de las víctimas de conflictos armados internos. La actuación de esas redes de individuos y de grupos en la interacción entre ordenamientos jurídicos ha sido detalladamente estudiada por B. Garth e Y. Dezalay, ocupándose en particular de procesos que se han desarrollado después de la segunda postguerra. DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., « The Import and Export of Law and Legal Institutions », *cit.*, pp. 246-250.

²⁵¹³ En effet, « perhaps the most important lesson that students of diffusion of law can learn from the social science literature is that the processes of diffusion involve actual people perceiving, deciding, and acting. To understand these processes requires detailed empirical research based on the range of available frameworks and methods developed in sociology and anthropology. Of course, the behaviour of individual actors needs to be viewed in the context of broader structures, cultures, and so on. Of course, in some receptions the most important decisions may be taken by a few key individuals, such as judges, lawmakers or tycoons. But on a broad view of law and of its diffusion, very often both the operation of the processes and their consequences will turn on choices and actions of hundreds, thousands or even millions of actors, who may be consumers, victims, avoiders, evaders, or exploiters of law. 126 Legal scholarship has tended to neglect such 'bottom-up' perspectives. It is perhaps ironic that in recent years it has been commercial law, broadly conceived, that has received the greatest attention in respect of diffusion. This has typically happened in the context of importing or imposing foreign or transnational law as part of structural adjustment or transition to a free-market economy. The impact of commercial law reform can hardly be assessed without reference to those who make more or less or no use of it, by forming companies, entering contracts, evading copyright, and so on. 'Top-down' accounts of commercial law reform can tell us little or nothing about the impact on the behaviour and situation of those whom it is meant to influence or serve » (TWINING, W., « Social Science and Diffusion of Law », *cit.*, pp. 237-238).

conçu comme un guide de construction pour l'établissement de nouvelles institutions ou de nouvelles dispositions constitutionnelles, au point que l'on parle d'« ingénierie constitutionnelle »²⁵¹⁴. Dans le cadre de la réception du droit constitutionnel, la notion de modèle sous-entend en principe une influence à caractère compréhensif que le transfert d'une norme spécifique. Elle suppose l'introduction d'un ensemble de différents éléments. En évoquant le modèle américain, il s'agit de l'influence des institutions du présidentielisme, de la séparation des pouvoirs, d'une certaine conception du fédéralisme, de la *judicial review* et des mécanismes de protection des libertés individuelles. Par conséquent, dans le contexte de sa circulation un modèle constitutionnel est « une source générale d'idées, de concepts, d'exemples et même d'arguments constitutionnels spécifiques plutôt qu'une simple reproduction ou copie de la pratique ou du contenu de la Constitution des États-Unis ou de la jurisprudence constitutionnelle »²⁵¹⁵, définition qui peut s'étendre à d'autre cas d'influence dans cette branche du droit.

Depuis la période de l'entre-deux-guerres, le constitutionnalisme et le droit constitutionnel sont en constante mutation. Cette évolution est en partie la conséquence du développement de la comparaison juridique dans ce domaine. La généralisation de la démocratie représentative, des institutions de l'État providence, de la garantie judiciaire de droit et liberté, de la justice constitutionnelle, quelles qu'en soient les modalités d'orientation et d'exercice, entraîne une nouvelle mise en perspective, un nouvel angle d'approche. Toutefois, le phénomène de la circulation en droit constitutionnel n'est pas une nouveauté, bien au contraire, les constituants affirment tout le temps s'être inspirés des modèles étrangers. Dans les premières assemblées constituantes modernes le recours à l'exemple étranger est bien présent, et il continue à l'être aujourd'hui, dans l'hypothèse des États en « transition démocratique » ou en « voie de développement ». En somme, « la réception et la transplantation de concepts et d'idées d'un ordre constitutionnel vers un autre sont un phénomène commun, même s'il n'est pas toujours facile de prouver l'influence de l'un sur l'autre. Il en va ainsi car des règles et concepts quasi similaires des différents ordres constitutionnels peuvent s'appuyer sur les mêmes préceptes historiques de développement du droit international public »²⁵¹⁶.

II. Le législateur

Au tournant du XX^e la discipline juridique comparatiste se développe autour de l'étude de la législation comparée. La *Société de Législation comparée* est fondée à Paris en 1869. Dans sa première séance en février 1869, le président Laboulaye déclare :

« Quand nous étudions les législations étrangères, nous n'allons pas simplement chercher quelques points de rapprochement plus ou moins intéressants. Nous cherchons les

²⁵¹⁴ HIRSCHL, Ran, « The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, n° 1, 2005, p. 128.

²⁵¹⁵ KLUG, Heinz, « Model and Anti-Model: The United States Constitution and the "Rise of World Constitutionalism" » *Wisconsin Law Review*, vol. 2000, n° 3, 2000, p. 599.

²⁵¹⁶ KOKOTT, Juliane, « From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization », in STARCK, C. (ed.), *Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 74.

principes qui président à telle loi, nous sommes amenés à étudier la philosophie du droit, à remonter aux principes de notre législation ; nous faisons [...] une étude de morale, de politique dans le sens élevé du mot. [...] La comparaison des lois étrangères est une étude de législateur bien plus encore que de jurisconsulte ; mais il n'y a de bon jurisconsulte que celui qui sait remonter jusqu'à l'esprit des lois. Ces études ont l'avantage d'agrandir l'intelligence ; nous n'étudions pas de vaines théories, mais nous rassemblons des faits, nous les expliquerons»²⁵¹⁷.

Dans le Congrès international de droit comparé tenu à Paris en 1900 l'on affirmait le besoin de connaître la législation des autres pays, de faire de la « législation étrangère ». L'expression « législation comparée » a ensuite été employée pour enfin céder sa place à celle de « droit comparé » qui semble plus général et permettait d'englober les sources du droit autres que la loi. Au demeurant, il est actuellement une pratique très courante que le législateur, dans ses travaux préparatoires, procède à une analyse en termes de comparaison, même si celle-ci n'est pas toujours bien perçue et ne se réalise sur des fondements méthodologiques solides. « En France notamment – remarque Le Quinio –, dans le cadre du jeu politique, la référence aux modèles étrangers est devenue un argument quasi péremptoire. Face à la présumée frilosité des Français face aux réformes, les sociétés scandinaves et britanniques sont très souvent mises en avant comme des exemples à suivre ». En général, « lorsque la législation nationale s'avère déficiente ou contre-productive, l'inspiration peut être trouvée dans les droits étrangers appliquant différentes solutions aux mêmes problèmes, [...] des étapes appropriées doivent être prévues pour ne pas limiter la demande de renseignements à une description superficielle d'une législation existante »²⁵¹⁸.

Selon G. Boissonade, le recours au modèle étranger par le législateur peut prendre deux formes essentielles. La première consiste à élaborer des études de législation comparée ; la seconde est l'intégration de références comparatives dans la procédure législative²⁵¹⁹. En France, par exemple, l'établissement d'« Études de Législation Comparée » a commencé au Sénat en 1995 et à l'Assemblée Nationale à partir de 2004. Elles sont conçues comme des documents de travail, et non pas comme des travaux d'ordre académique²⁵²⁰. Pour sa part, en Grande-Bretagne, pays qui semblait réticent à l'influence étrangère, le *Law Commission Act* de 1965 dispose que les membres de la *British Law Commission*, chargée de la préparation et de la rédaction des projets de loi, sont tenus d'« obtenir les informations sur les systèmes juridiques des autres pays qui permettraient aux membres d'améliorer l'exercice de leur fonction ». Or, comme bien l'explique M.-C. Ponthoreau, « comparaison

²⁵¹⁷ Cité par SCHWARZ-LIEBERMANN, H. A., *Droit comparé – Théorie générale et Principes*, Paris, LGDJ, 1978 p. 13.

²⁵¹⁸ JAMIN, Christophe, « Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n° 4, 2002, p. 705

²⁵¹⁹ Cité par MORETEAU, Olivier, « Boissonade revisité : de la codification doctrinale à une langue juridique commune », in *De tous horizons : mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 121.

²⁵²⁰ Le Quinio affirme que ces études « sont préparées à l'intention des parlementaires et ne sont pas mises à jour après leur publication ; il n'y a pas de suivi des réformes. Au Sénat, ces études sont nombreuses, régulières et suivent le plus souvent une méthodologie rigoureuse. L'étude est établie à partir de questionnaires envoyés dans les pays retenus, l'approche est pédagogique. Pour l'Assemblée Nationale, les études sont établies de manière sporadique, sans justification des pays retenus, et essentiellement limitées aux pays européens » (LE QUINIO, A., *op. cit.*, p. 77).

n'est pas raison, il y a toutefois une raison de la comparaison : le législateur peut ignorer les différences et les spécificités d'un modèle étranger, mais s'il veut éliminer les risques de rejet, il est préférable qu'ils connaissent ces différences et ces spécificités. Mais il y a plus : il doit aussi avoir conscience de ses propres spécificités nationales »²⁵²¹. Le recours au droit étranger, à une ou plusieurs dispositions peut bénéficier des contenus de la législation, mais également sa forme à travers les progrès de la technique législative. « La comparaison des lois étrangères [...] jette une lumière nouvelle sur les principes des lois nationales et nos convictions deviennent d'autant plus fortes et plus fécondes qu'elles deviennent moins aveugles »²⁵²². Il semble que l'on ne s'inquiète plus du « mythe de la copie », bien que dans la pratique juridique et politique il continue à être bien présent.

III. Les juges

Le juge voit son importance s'intensifier parallèlement à la remise en cause du légicentrisme qui dominait le XIX^e siècle. L'un des moyens de cette évolution est le droit comparé et le recours aux modèles étrangers, cette fois sous la forme des décisions des juges et tribunaux d'autres pays. Il y a pourtant des différences en fonction de l'ordre juridique et du contexte institutionnel dans lequel les juges opèrent. Il est possible d'affirmer qu'en principe les juges nationaux, profondément marqués par la culture juridique de son propre pays, ont une pratique marginale du droit comparé, tandis que les juges supranationaux, considèrent la méthode juridique comparative comme un élément à part entière de la motivation de leurs décisions. Néanmoins, il ne s'agit que d'une tendance qui a toujours des exceptions. Peut-être le cas le plus évident est celui de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, il est habituel pour les juges des cours constitutionnelles de se rencontrer et d'échanger sur des problèmes juridiques communs²⁵²³. « Cette méthode n'est pas si nouvelle, mais elle est beaucoup plus visible que par le passé »²⁵²⁴. C'est particulièrement dans le monde anglo-américain où cette question a suscité l'intérêt des études et recherches²⁵²⁵. La plupart de celles-ci remarquent le fait que les cours constitutionnelles récemment établies semblent plus ouvertes à un apport venu d'ailleurs, puisqu'elles n'ont pas le même rapport au texte de la constitution que les cours antérieurement établies, confrontées à des constitutions dont le langage était plus formel et technique. De toute façon, « le recours plus ou moins étendu au droit étranger et à la comparaison est entièrement facultatif et non contraignant, en sorte qu'il est pratiqué uniquement si on le considère *utile* pour adopter le jugement »²⁵²⁶. Cette utilité peut être constatée dès lors que, comme le souligne F. Mélin-Soucramanien, « le dialogue des juges

²⁵²¹ PONTTHOREAU, M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., p. 151.

²⁵²² KUHN, A.-K., « La fonction de la méthode comparative dans l'histoire et la philosophie du droit », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, vol. I, p. 317.

²⁵²³ HORWITZ, Morton J., « Constitutional Transplants », *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 10, No. 2, 2009, pp. 548-549.

²⁵²⁴ PONTTHOREAU, M.-C., *op. cit.*, p. 159.

²⁵²⁵ Parmi les nombreux travaux sur le sujet voir : CHOUDHRY, Sujit (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; PERJU, Vlad, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, Boston College Law School Faculty Papers, Paper 360, 2012.

²⁵²⁶ VERGOTTINI, Giuseppe de, *Au-delà du dialogue entre les cours*, cit., p. 70.

paraît particulièrement fructueux car il permet, par une saine émulation, de faire progresser les exigences de l'État de droit »²⁵²⁷.

SECTION 3. LES LIEUX ET LES TEMPS DE LA DIFFUSION DU DROIT

La circulation du droit se réalise dans le temps et l'espace. Du point de vue géographique l'on a pu identifier les lieux de production face aux lieux de réception, bien que les diverses formes du déplacement du droit se déroulent suivant des voies plus variées que ce schème binaire laisse l'entendre (I). D'autre part, les phénomènes de diffusion dans le droit supposent qu'un certain degré de décalage temporel se produise dans tout le cas, ce qui affecte la réception et l'adaptation des données juridiques concernées.

I. Le cadre géographique

La capacité d'influer est le principal critère d'identification des lieux de production. En ce qui concerne particulièrement l'influence doctrinale, ils constituent selon D. López « le milieu spécial où se produisent des discussions théoriques sur la nature et la politique du droit d'un très haut niveau d'influence transnational » et, par ailleurs, ils « sont enracinés dans les cercles intellectuels et les institutions académiques des États nation centraux et prestigieux »²⁵²⁸. Cette définition montre ainsi que la capacité d'influence juridique des lieux de production est due non seulement à la qualité de leurs produits juridiques, mais aussi et principalement à leur évidente hégémonie politique, économique et culturelle par rapport aux lieux de réception. À l'autre extrême, le droit et les idées juridiques des lieux de réception n'ont pas la persuasion et la large circulation des produits des lieux de production et son caractère particulier ou local est toujours mis en relief. À l'exception de quelques cas assez rares, la doctrine des lieux de réception n'est pas à même d'établir un dialogue réciproque avec les lieux de production par un retour des idées reçues. En outre, même si elle est entendue dans ces derniers, c'est comme une application exotique ou irrégulière de conceptions importées ou, dans les meilleurs des cas, comme un continuateur fidèle et encadré. Enfin, si les lieux de production se réduisent à quelques pays (la France, la Grande Bretagne, l'Allemagne, les États-Unis), les lieux de réception, par contre, s'étendent sur la plupart des pays périphériques ou semi-périphériques, selon la terminologie proposée par T. Shannon²⁵²⁹.

Une autre différence entre lieux de production et lieux de réception, qui est très pertinente pour l'analyse des influences doctrinales et normatives et qui a également été soulignée par D. López²⁵³⁰, est celle de la nature du contexte de lecture dans un cas par

²⁵²⁷ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, WEISSE-MARCHAL, Claude, TOUVET, Laurent, « Les règles du découpage cantonal : Le dialogue des juges et le contrôle du principe d'égalité. Le contrôle du juge administratif sur les opérations de remodelage des circonscriptions cantonales », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 4, 1999, p. 815.

²⁵²⁸ LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría impura del derecho*, cit., p. 16.

²⁵²⁹ SHANNON, T., *An Introduction to World-System Perspectives*, cit.

²⁵³⁰ LÓPEZ MEDINA, D., *op. cit.*, pp. 16-18.

rapport à l'autre. Dans les lieux de production, la théorie ou doctrine juridiques sont lues et comprises dans le cadre des « contextes herméneutiques riches », où le lecteur peut accéder à toute une série d'informations partagées avec l'auteur de l'ouvrage : la connaissance commune d'un même univers juridique, mais aussi, au-delà du cadre du droit, de la conjoncture, de l'histoire récente, des aspirations et des objectifs tracés par toute ou une partie de la société, etc. Cette information complémentaire, dont on ne trouve que quelques références plutôt implicites dans le texte, se transmet entre l'auteur et le lecteur des lieux de production parce qu'ils ont vécu des expériences sociales, politiques et juridiques similaires, dans lesquelles l'enseignement du droit et l'appartenance à une même communauté juridique, avec ses pratiques et traditions propres, occupent une place centrale. Ainsi, un publiciste du début du XX^e siècle en France, dans un traité de droit constitutionnel peut avoir fait quelques critiques au système parlementaire et mettre aussi en évidence le débat suscité dans la doctrine sur tel ou tel point du fonctionnement du système ; le lecteur français, à l'époque où l'auteur a écrit, et même actuellement, a sûrement connaissance que les discussions sur le système parlementaire pendant ces années ont dépassé de loin le cadre doctrinal, impliquant une crise du parlementarisme, et que ces critiques ne répondent pas seulement à une analyse systématique de l'objet d'étude, mais aussi à une conjoncture spécifique qui peut expliquer en partie les conclusions de l'auteur sur la question. Plusieurs préoccupations sociales, économiques ou politiques influencent l'auteur, et le lecteur peut les identifier à partir de quelques traces laissées dans le texte. Est-ce qu'un lecteur latino-américain, par exemple, peut aussi comprendre ces informations implicitement posées ? S'il ne s'agit pas d'un connaisseur profond de l'histoire des institutions en France, il est bien possible que ce lecteur étranger conclue que ces critiques sont applicables à n'importe quel pays qui pratique le système parlementaire, indépendamment de la conjoncture dans laquelle elles sont formulées. C'est une conclusion à laquelle un lecteur d'un lieu de réception peut arriver parce qu'il lit dans des « contextes herméneutiques pauvres », où il ne partage pas beaucoup d'informations avec l'auteur sur les structures juridiques subjacentes et les conjonctures politiques, sociales ou culturelles à partir desquelles est né le discours doctrinal.

Il ne faut pas croire, néanmoins, qu'un fossé profond sépare les deux lieux de circulation des normes et idées juridiques. Son rapprochement dépend des circonstances très diverses qui vont du phénomène de la colonisation, jusqu'aux relations plus ou moins serrées de caractère culturel, économique ou social, qui éventuellement tirent leur source d'une ancienne période de colonisation. On peut penser aux différences entre, d'une part, la lecture de la doctrine française faite au début du XX^e siècle par un juriste d'une colonie de ce pays et, d'autre part, la lecture faite par un juriste d'une nation latino-américaine non francophone : tandis que le premier peut arriver à connaître sans beaucoup de difficultés les enjeux et le contexte auxquelles peut répondre l'ouvrage lu, il est bien possible que le deuxième ne puisse le faire avec la même ampleur et profondeur. Mais en laissant de côté l'important problème des phénomènes de colonisation pour la détermination des distances et des rapports entre lieux de production et lieux de réception, il convient de compléter la grille d'analyse des lieux de circulation des normes et des idées juridiques par l'ajout d'un échelon supplémentaire qui montre précisément les complexités de ces rapports.

Entre les extrêmes de la production et de la réception, il est envisageable de trouver une ou plusieurs liaisons qui permettent une transmission plus commode, fluide et constante. Ces « lieux intermédiaires » remplissent une fonction de diffusion et de traduction tout à fait essentielle afin de déterminer la capacité d'influencer des lieux de production et pour comprendre l'accueil, l'adaptation et les transformations dans les lieux de réception. Ils ont cette nature intermédiaire parce que, d'un côté, ils ne sont pas reconnus comme membres de plein droit du groupe exclusif des pays producteurs de culture juridique de tendance universelle, mais, de l'autre côté, comme ils permettent la propagation de cette culture, ils ne sont pas rabaissés au rang de simples récepteurs. Du point de vue des lieux de production, les juristes et la doctrine des lieux intermédiaires ne sont pas arrivés à ériger des créations tout à fait originales, mais plutôt des adaptations plus ou moins réussies. Du point de vue des lieux de réception, leurs apports à la connaissance du droit – par la voie de sa diffusion – sont si importants qu'ils sont placés presque au même rang des juristes et de la doctrine des lieux centraux. Il est vrai que ce schéma à trois niveaux ne s'applique pas dans tous les cas de circulation et d'influence juridiques. En revanche, un rapport direct entre lieux de production et lieux de réception est certainement envisageable. Pourtant, pour d'autres cas il éclaire un voyage qui peut avoir une escale dont l'étude ne peut pas être négligée si l'on prétend en comprendre tous ses éléments et conséquences²⁵³¹. À l'évidence, l'exemple du rôle de l'Espagne dans la diffusion dans l'Amérique Latine du droit et de la doctrine des pays traditionnellement reconnus comme producteurs de culture juridique, a été l'inspiration de ce concept de lieux intermédiaire, ce qui a été constaté dans le cas de la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie²⁵³².

II. Les rythmes temporels

Comme la circulation du droit est un processus fragmenté et composite, elle ne s'accomplit qu'exceptionnellement dans un temps bref. Dans la plupart de cas, le déplacement s'étend pendant une période qui peut arriver à avoir une longueur considérable²⁵³³. Or, du point de vue temporel, le principal effet de la diffusion d'un composant d'un ordre juridique vers d'autres est le décalage qui inévitablement l'opération implique. Avant le XX^e siècle, le temps passé entre l'exportation et l'importation pouvait être considérable, étant donné les limitations techniques et des communications. Actuellement l'on peut penser que cet obstacle n'existe plus, justement parce que les divers moyens disponibles garantissent une connexion immédiate. De toute façon, toute réforme constitutionnelle ou législative, tout changement jurisprudentiel, toute construction doctrinale et théorique requièrent du temps pour être connus, reçus, controversés, appropriés et appliqués dans un lieu autre que celui où ils se sont produits.

²⁵³¹ Comme bien le remarque W. Twining, « it is especially important for lawyers to differentiate between levels of relations and of ordering, and with respect to diffusion to break away from the assumption that diffusion of law takes place wholly or mainly between countries and municipal legal systems. It takes place among, between, and across all levels-in particular, cross-level diffusion is generally neglected in the legal literature » (TWINING, William, «Diffusion and Globalization Discourse», *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, No. 2, 2006, p. 509).

²⁵³² Voir *supra* p. 453.

²⁵³³ WATSON, Alan, *Legal Transplants*, cit., p. 64.

Conclusion du Titre II

Depuis toujours se sont effectuées des relations entre divers systèmes juridiques par l'intermédiaire du déplacement d'une norme ou d'un autre élément de l'un des systèmes vers un ou plusieurs autres. Que ce soit une influence massive qui inclut toute une conception sur la nature du droit et des institutions ou bien la réception des données juridiques ponctuelles, les conséquences du phénomène sont manifestes et elles doivent être considérées dans toute analyse sur la nature du droit comme réalité sociale. Aucun système juridique n'est exempt de l'influence des autres. Tous disposent en leur sein d'éléments juridiques importés, de sorte que la situation ne se limite pas aux pays ou régions traditionnellement aperçus comme des lieux de réception. La difficulté ne réside pas dans l'existence de la diffusion juridique comme une réalité qui définit les rapports entre les ordres juridiques et les sociétés dans lesquelles ils régissent, mais elle se trouve plutôt dans son identification et dans la détermination de l'influence qui a effectivement exercé le modèle étranger. Comme le remarque A. Le Quinio, « il ne faut pas exagérer le rôle joué par les autres systèmes. Il existe une convergence des questions de droit soumises aux législateurs et aux juges dans les sociétés démocratiques. La convergence des valeurs issue de la mondialisation entraîne l'adoption de législations similaires sur certaines problématiques nouvelles en matière de droits fondamentaux, comme ce fut par exemple le cas pour la problématique du mariage entre personnes de même sexe. Si le premier pays à l'avoir autorisé est la Hollande, cela ne veut pas dire qu'il a servi de modèle aux autres nations qui lui ont ensuite emboîté le pas. Ces lois auraient été adoptées de toute façon pour tenir compte de l'évolution des mentalités et de la diminution de la place de la religion dans la société, l'interprétation constitutionnelle également »²⁵³⁴. Il n'en demeure pas moins que l'un des objectifs de la méthode comparative dans le contexte des rapports entre systèmes juridiques est de pouvoir relativiser l'opinion que l'on a de son propre droit. Cette mise en perspective peut permettre aux juristes d'être « moins imbus qu'ils ne le sont parfois de la valeur absolue de leurs systèmes nationaux »²⁵³⁵. Au bout de compte, « la comparaison est une pratique cognitive, politique et éthique rendue d'une actualité pressante par la globalisation – laquelle se manifeste, *once all is said and done*, sous forme de multiplication et d'intensifications des convexions entre des lieux d'expression culturelle locale et différencié, c'est-à-dire comme glocalisation »²⁵³⁶.

²⁵³⁴ LE QUINIO, A., *op. cit.*, p. 80.

²⁵³⁵ RIVERO, Jean, « Droit administratif français et droits administratifs étrangers », in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, t. II, p. 472.

²⁵³⁶ LEGRAND, Pierre, « Au lieu de soi », in ID. (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 29.

CONCLUSION DE LA PARTIE III

Nombreuses études en droit comparé et en histoire du droit ont cherché à démontrer que des séries entières de règles juridiques, des branches complètes du droit peuvent faire l'objet d'une greffe d'un système juridique sur un autre. A. Watson est peut-être l'auteur qui a le plus insisté sur ce phénomène. Néanmoins, de cette constatation il conclut qu'il n'y a pas de rapport fondamental entre le droit et la société : « le système récipiendaire ne nécessite aucune réelle connaissance du contexte social, économique, géographique, et politique à l'origine et durant le développement de la règle originelle »²⁵³⁷. C'est ce point qui a suscité les plus vives controverses, parce qu'il restitue une sorte d'autonomisme juridique extrême que l'on croyait dépassé depuis les critiques à l'encontre de certains courants du positivisme juridique qui soutenaient une thèse similaire. En revanche, si l'on observe les cas de circulation du droit qui se sont effectivement produits – par exemple, la réception du droit et de la doctrine constitutionnelle française en Colombie pendant les années trente du XX^e siècle – ce que l'on peut constater c'est justement que les transferts de droit se déroulent dans un contexte social déterminé, que ce soit celui de départ, celui d'arrivée ou bien ceux à caractère intermédiaire qui favorisent la circulation. Les modèles choisis, les motifs invoqués, les objets mobilisés, les controverses suscitées, la portée de l'influence sont des facteurs qu'il est impossible de comprendre en dehors du contexte de la diffusion et la réception. Il semble que la posture de Watson n'est que la conséquence d'avoir cet auteur trop accentué la différence entre le droit comme une réalité normative et le droit comme une réalité empirique et sociale, négligeant ainsi les liens que les deux dimensions maintiennent²⁵³⁸. De fait, « le droit doit être observé davantage comme le *résultat* des processus et changements sociaux que comme un *outil* d'intervention. Il est un aspect de vie sociale et économique, connectée organiquement avec celle-ci et créé par des modèles communs de vie, de travail et de relations dans les groupes et d'autres collectivités »²⁵³⁹.

Une constitution, un code, une loi, une doctrine, une décision judiciaire, tout objet appartenant à un système juridique qui prétend être reçu dans un autre passe forcément par le prisme des contextes nationaux ou locaux de sociétés qui participent au processus, ainsi que le contexte des relations internationales y intervient comme un facteur additionnel. Il

²⁵³⁷ WATSON, Alan, « Legal Transplants and Law Reform », *Law Quarterly Review*, n° 92, 1976, p. 79.

²⁵³⁸ Comme W. Twining le souligne, « contrasts between the law in books and the law in action, real rules and paper rules, front-stage and back-stage have sometimes led to a temptation to shift attention to one branch of the dichotomy and to neglect the other. For example, to claim to be only concerned with real rules or the law in action or what goes on backstage » (TWINING, W., *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, cit., p. 300).

²⁵³⁹ NELKEN, David, « Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law », *Legal Studies*, vol. 4, n° 2, 1984, p. 162. Dans le même sens voir: EVANS, Peter, *Embedded Autonomy: State and Industrial Transformation*, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 18.

convient d'évaluer tant les caractéristiques initiales de l'objet juridique transplanté lors de sa migration, que le niveau d'altération au moment de sa diffusion et sa réception, tout en gardant à l'esprit que « l'altération n'est pas synonyme de détérioration mais davantage d'altérité, de différence nécessaire pour pouvoir être transplanté dans une autre culture, pour pouvoir être importé. Cette altération rend en même temps plus difficile de suivre la trace du produit, de prouver l'existence d'une circulation »²⁵⁴⁰. Une donnée juridique qui est transplantée d'un système vers un autre fait toujours l'objet d'une réappropriation et d'une adaptation par le système receveur. L'objet qui part et l'objet qui arrive ne seront jamais les mêmes. Si dans un cas de circulation le droit n'est qu'une « charpente, une ossature qui ne se ranime que par le contact avec la vie de la nation »²⁵⁴¹, c'est justement les conditions contextuelles celles qui expliquent la nature de la réalité du déplacement du droit d'un lieu à l'autre.

²⁵⁴⁰ GREWE, Constance, « Les enseignements du droit comparé », in D'AMBRA, Dominique *et. al* (éd.), *Le Code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique. Réflexions sur la circulation des modèles juridiques*, Strasbourg, Colmar, Presses universitaires de Strasbourg, 2006, p. 172.

²⁵⁴¹ SCHWARZ, A. B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », *cit.*, p. 585.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Du point de vue épistémologique, l'apport principal de la conception des *legal transplants* de A. Watson est celui de susciter un débat et une réflexion sur l'interaction entre les systèmes juridiques, entendue comme l'un des phénomènes principaux pour la compréhension de leur évolution et leurs caractéristiques. Or, les observations et les critiques à son encontre conduisent à réviser la plupart de ses conclusions. Même si l'auteur fait certaines contributions pertinentes, en examinant historiquement plusieurs cas de transfert de normes, il est nécessaire d'abandonner sa thèse selon laquelle l'existence de greffes juridiques prouve que les liens entre droit et société sont très faibles²⁵⁴². Bien au contraire, les conséquences les plus intéressantes et effectives des greffes et les conditions et les processus de leur mise en œuvre, peuvent davantage être appréciés et compris à la lumière des élaborations conceptuelles et empiriques de la sociologie juridique, de même qu'à lumière des catégories de la théorie générale du droit.

L'interaction entre les divers systèmes et cultures juridiques est le cadre où les processus de circulation, d'influence et réception se déroulent²⁵⁴³. Ceux-ci révèlent ainsi toute sa complexité et son caractère hétérogène, étant donné la multiplicité d'objets transférés, les mutations qu'ils éprouvent du fait même du déplacement et de l'adaptation dans un nouvel environnement, les diversités d'acteurs qui y participent, les difficultés à déterminer leur succès ou leur échec, etc. Le phénomène est tellement difficile à saisir que si l'on cherche à formuler une théorie de la circulation du droit, cela ne serait possible que par rapport à certains contextes sociaux, en envisageant leurs caractéristiques constitutives, en particulier

²⁵⁴² NELKEN, D., « Towards a Sociology of Legal Adaptation », *cit.*, p. 11

²⁵⁴³ En effet, « diffusion is generally considered to take place when one legal order, system or tradition influences another in some significant way. 'Influence' – a notoriously vague notion – is only one kind of interaction [...]. So it may be illuminating to conceive of diffusion of law as one aspect of interlegality » (TWINING, W., *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, *cit.*, p. 276). Qui plus est, « the processes of diffusion usually need to be viewed as just one aspect of interlegality, that is the processes of interaction between legal orders. These processes can be extremely intricate. They can, for example, include competition, conflict, complementation, and absorption as well as influence. Often any influence may be reciprocal rather than one way; interaction may result in new creations, rather than mere replication of existing phenomena and so on. Isolating borrowing and imitation from other aspects of interlegality may be quite misleading – just as it is misleading to consider historical enquiry to be solely or mainly a search for origins » (TWINING, William, *The Tilburg-Warwick lectures, 2000 General Jurisprudence. Lecture IV: Generalizing about law: the case of legal transplants*, 2000, p. 52).

leurs structures culturelles et de cohésion²⁵⁴⁴. Dans cet ordre idée, le développement du droit peut être appréhendé dans une perspective renouvelée, puisque la mondialisation requiert « une renaissance de la science juridique, et une refonte du droit comparé sous l'angle d'une perspective globale comme éléments clefs dans les études juridiques cosmopolites »²⁵⁴⁵. La globalisation juridique est ainsi une transition vers des ordres juridiques plus intégrés, de sorte que ceux-ci sont devenus interdépendants.

Il convient également de souligner la pertinence conceptuelle et méthodologique des contributions du débat sur les greffes juridiques pour l'étude de l'histoire du droit en Colombie, qui heureusement commence à susciter l'intérêt de la doctrine et l'historiographie et à se développer²⁵⁴⁶. Le fait que soient mis en cause les présupposés et les conséquences de ce que l'on peut appeler le « mythe de la copie » ne signifie pas nier la réalité de l'influence, la réception et l'adaptation de normes et d'autres composants des ordres juridiques étrangers. Elle est en effet l'un des facteurs essentiels de l'évolution du droit colombien. Il est dès lors nécessaire de surpasser l'intuitionnisme qui implique le mythe et écrire l'histoire du droit en tenant compte des nombreuses études sur les interactions entre les systèmes juridiques, que ce soit ceux développés autour de la notion de greffe ou transfert ou bien d'autres qui s'en occupent avec d'autres instruments d'analyse. Or, outre cette dimension explicative, l'étude des interactions dans le cadre des greffes ou transferts peut être un outil précieux pour l'élaboration de propositions de réforme normative et pour déterminer sa portée et ses conséquences. Cette perspective prend en considération le droit comparé et l'analyse des interactions entre des systèmes juridiques pour le développement de projets qui apprécient les éléments en provenance d'autres sociétés et, en même temps, qui comprennent la portée et les limites de cette forme de procéder et des processus d'adaptation et de réappropriation.

De toute façon, dans la mesure où la métaphore des greffes juridiques peut avoir la conséquence de poser une autonomie complète, presque une rupture, du droit face à la société, et mettre ainsi en cause tout examen des systèmes juridiques du point de vue social et culturel, il convient de réviser la portée de la métaphore, voire la remplacer par d'autres notions²⁵⁴⁷. Observer l'interaction des systèmes juridiques non plus à la manière de greffes ou copies, mais comme un processus de diffusion, réception, adaptation et imposition,

²⁵⁴⁴ COTTERRELL, R., « Is There a Logic of Legal Transplants? », *cit.*, p. 90.

²⁵⁴⁵ TWINING, William, *Globalisation and legal theory*, London, Butterworths, 2000, p. 189.

²⁵⁴⁶ « For if the main function of the discipline of law is to advance and disseminate understanding of its subject-matters, all students of law need to be sensitised to the basic conceptual and methodological problems of cross-jurisdictional and cross-cultural study, comparison and generalisation » (TWINING, William, « Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition », EDGE, Ian, *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, Transnational Publishers, 2000, p. 52).

²⁵⁴⁷ Comme l'explique D. Nelken, « it is interesting to note that we can find a range of mechanical, organic and discursive metaphors applied to the phenomenon of legal transfers. It does not require much effort to work out that each of these types of metaphor reflects and advances a different approach to the relation between law and society. What we could call "mechanical" metaphors of legal transfer, such as "export and import", "circulation", "diffusion" and "imposition", tend to accompany talking about law in the language of "impact" and "penetration" (as in the work of Lawrence Friedman). They reflect a vision of law as a working institution, as an instrument and as a technique of social engineering. Organic metaphors, on the other hand, speak of "grafts", of "viruses", and "contamination", of "the double helix", and, of course, of transplants (whether medical or botanical). On this approach legal transfers, when they succeed, blossom, are fertile and set root, fail when the body recognizes them as "incompatible" » (NELKEN, D., « Towards a Sociology of Legal Adaptation », *cit.*, p. 16).

permet de considérer tant le phénomène du déplacement de règles et d'autres données normatives que les ajustements et mutations aux conditions sociales et culturelles dans toutes les sociétés qui participent dans la démarche de la circulation.

BIBLIOGRAPHIE

I. BIBLIOGRAPHIE SUR LES RAPPORTS ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES (PARTIE I ET PARTIE II)

ABEL, Richard L., « Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law », *Michigan Law Review*, vol. 80, n° 4, 1982, pp. 785-809.

ADAL, Erhan, *Fundamentals of Turkish Private Law*, 5th ed., Istanbul, Betas, 1998.

AGOSTINI, Eric, *Droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

AJANI, Gianmaria, « By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 1, 1995, pp. 93-117.

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, éd. Francisco Cruz, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1915.

ALBROW, Martin, *Max Weber's construction of social theory*, New York, St. Martin's Press, 1990.

ALLARD, Julie, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des États-Unis. Constats et perspectives philosophique », in ALLARD, Julie, HAARSCHER, Guy, HENNEBEL, Ludovic, LEWKOWICZ, Gregory (éd.), *Juger les droits de l'homme : Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 93-137.

ALLIOT, Michel, « Acculturation juridique », in POIRIER, Jean (sous la direction de), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, pp. 1180-1246.

ALLISON, John W. F., « Transplantation and Cross-Fertilisation in European Public Law », in BEATSON, Jack, TRIDIMAS, Takis (eds.), *New directions in European public law*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 169-182.

ALTER, N., « Diffusion, Sociology of », in SMELSER, N. J., BALTES P. B. (eds.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Oxford, Pergamon, 2001, pp. 3680-3684.

ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

ALTHUSSER, Louis, *Pour Marx*, éd. Étienne Balibar, Paris, La Découverte, 2005.

AMARI, Emerico, *Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate*, ed. Giuseppe Bentivegna, Soveria Mannelli (Catanzaro), Rubbettino, 2005.

AMSELEK, Paul, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

ANCEL, Marc, « Cent ans de droit comparé en France », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée ; 1. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969): les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pp. 3-21.

ANCEL, Marc, « La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XX^{ème} siècle », in DÖLLE, Hans, RHEINSTEIN, Max, ZWEIGERT, Konrad (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel, I*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1954, pp. 17-38.

ANCEL, Marc, « Les grandes étapes de la recherche comparative au XX^e siècle », in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, A. Giuffrè, 1968, vol. I, pp. 23-32.

AQUIN, Thomas de, *Somme théologique*, dir. Albert Raulin, trad. Aimon-Marie Roguet, Paris, Les éd. du Cerf, 1984.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, J. Vrin, 1990.

ARISTOTE, *Politique*, trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 3^{ème} éd., Paris, Librairie Philosophique de Ladrage, 1874.

ARMINJON, Pierre, NOLDE, Boris, WOLFF, Martin, *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950-1951, 3 vols.

ARNAUD, André-Jean, « Droit », in ID. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, pp. 108-109.

ARNAUD, André-Jean, « Droit et Société. Un carrefour interdisciplinaire », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 21, 1988, pp. 7-32.

ARNIM, Hans F. A. von (coll.), *Stoicorum veterum fragmenta: Volumen III, Chrysippi Fragmenta Moralia, Fragmenta Successorum Chrysippi, Lipsiae*, B.G. Teubneri, 1967.

ARON, Raymond, *Les étapes de la pensée sociologique. Montesquieu, Comte, Marx, Tocqueville, Durkheim, Pareto, Weber*, Paris, Gallimard, 1967.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2000.

ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, *Marxismo y filosofía del derecho*, 2^a éd., México, Distribuciones Fontamara, 1998.

AUDIT, Bernard, « L'américanisation du droit. Introduction », *Archives de philosophie du droit*, n° 45 (L'américanisation du droit), 2001, pp. 7-11.

AUDIT, Bernard, « L'américanisation du droit. Introduction », *Archives de philosophie du droit*, n° 45 (L'américanisation du droit), 2001, pp. 7-11.

AUSTIN, John, « The uses of the study of jurisprudence », in ID., *The province of jurisprudence determined and The uses of the study of jurisprudence*, intr. by H. L. A. Hart, Indianapolis, Hackett Pub., 1998, pp. 363-392.

AUSTIN, John, *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*, ed. Robert Campbell, London, J. Murray, 1885.

BACON, Francis, *De dignitate et augmentis scientiarum*, ed. Ph. Mayer, Nuremberg, Sumptibus Riegelii et Wiessneri, 1829.

BAÏSSUS, Jean-Marc, « Le droit français, modèle du droit continental ? », in CABRILLAC, Rémy (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, Paris, Economica, 2011, pp. 11-22.

BAKER, Keith M., « Constitution », in FURET, François, OZOUF, Mona (éd.), *Dictionnaire Critique de la Révolution Française. Institutions et Créations*, Paris, Flammarion, pp. 179-205.

BARRERA, Guillaume, *Les Lois du monde. Enquête sur le dessein politique de Montesquieu*, Paris, Gallimard, 2009.

BEAUD, Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 3 (Autour de la notion de Constitution), 2009, pp. 1-29.

BEIRNE, Piers, QUINNEY, Richard (eds.), *Marxism and law*, New York, Wiley, 1982.

BELL, John, *French legal cultures*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008.

BELLOMO, Manlio, *L'Europa del diritto comune*, 8^e éd., Roma, Il Cigno Galileo Galilei, Ed. di Arte e Scienza, 1998.

BENREKASSA, Georges. *Montesquieu, la liberté et l'histoire*. Paris, Livre de poche, 1987.

BENTHAM, Jeremy, « De l'influence des temps et des lieux en matière de législation », in ID., *Traité de législation civile et pénale*, trad. Étienne Dumont, éd. M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, E. de Champs, Paris, Dalloz, 2010, pp. 448-474.

BENTHAM, Jeremy, « Place and time », ed. P. Schofield and S. G. Engelmann, in ID., *Selected Writings*, ed. S. G. Engelmann, New Haven, Yale University Press, 2011, pp. 152-219.

BENTHAM, Jeremy, « Principes de législation », in ID., *Traité de législation civile et pénale*, trad. Étienne Dumont, éd. M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, E. de Champs, Paris, Dalloz, 2010, pp. 10-64.

BENTHAM, Jeremy, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. Emmanuelle de Champs et Jean-Pierre Cléro, Paris, J. Vrin, 2011.

BERGBOHN, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Kritische Abhandlungen*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1892.

BERGEL, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012.

BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina and RICHARD, Jean-Francois, «Economic Development, Legality, and the Transplant Effect», *University of Pittsburgh, William Davidson Institute Working Paper Number 308*, 2000.

BERLIN, Isaiah, *À contre-courant : essais sur l'histoire des idées*, trad. A. Berelowitch, Paris, Albin Michel, 1988.

BERMAN, Harold J. et REID, Charles J., « Max Weber as legal historian », in TURNER, Stephen (ed.), *The Cambridge Companion to Weber*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 221-239.

BERMAN, Harold J., « The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale », *The Yale Law Journal*, vol. 103, n° 7, 1994, pp. 1651-1738.

BERMAN, Harold J., « Tradition juridique occidentale », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris : LGDJ, Story-Scientia, 1993, pp. 622-624.

BERMAN, Harold J., *Droit et révolution*, trad. Raoul Audouin, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002.

BERMAN, Harold J., *Law and revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the western legal tradition*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

BERTHELOT, Jean-Michel, HIRSCHHORN, Monique, COENEN-HUTHER, Jacques (dir.), *Durkheim et Weber : vers la fin des malentendus?*, Paris, L'Harmattan, 1994.

BESELER, Georg, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843.

BEVILÁQUA, Clóvis, « L'évolution du droit civil au Brésil de 1809 à 1919 », in *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919) : Livre du cinquantième de la Société de législation comparée*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1922, vol. II, pp. 121-148.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, Magalhães, 1897.

BIENNALE DE LA LANGUE FRANÇAISE (éd.), *L'expression du droit : le français, langue africaine et internationale, la jurisfrancité. Le Burkina Faso et la francophonie*, Paris, Biennale de la langue française, 2000.

BILL, Auguste, *La morale et la loi dans la philosophie antique*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1928.

BILLIAS, George A., *American constitutionalism heard round the world, 1776-1989: a global perspective*, New York, New York University Press, 2009.

BILLIER, Jean-Cassien, « La fondation gréco-latine », in BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001, pp. 13-83.

BINOCHE, Bertrand, « Montesquieu et la crise de la rationalité historique », in SPECTOR, Céline, HOQUET, Thierry (éd.), *Lectures de L'esprit des lois*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2004, pp. 35-64.

BIX, Brian, « Natural law theory », in PATTERSON, Dennis (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, pp. 223-240.

BIX, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, Boulder (CO), Westview Press, 1996.

BLANC-JOUVAN, Xavier, « L'influence du Code Civil sur les codifications étrangères récentes », in HALPÉRIN, Jean-Louis *et al.* (éd.), *Le code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, pp. 477-512.

BLANC-JOUVAN, Xavier, « L'influence du Code Civil sur les codifications étrangères récentes », in HALPÉRIN, Jean-Louis *et al.* (éd.), *Le code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, pp. 477-512.

BOBBIO, Norberto, « Philosophie du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 297-300.

BOBBIO, Norberto, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, G. Giappichelli, 1947.

BOBBIO, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, Torino, G. Giappichelli, 1963.

BOBBIO, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Torino, G. Giappichelli, 1958.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad. Olivier Jouanjoan, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53-76.

BODIN, Jean, « La méthode pour faciliter la connaissance de l'histoire » (1572), in *Œuvres philosophiques de Jean Bodin*, éd. et trad. Pierre Mesnard, Paris, Presses universitaires de France, 1951, pp. 271-475.

BODIN, Jean, « Tableau du droit universel » (1580), in *Œuvres philosophiques de Jean Bodin*, éd. et trad. Pierre Mesnard, Paris, Presses universitaires de France, 1951, pp. 81-97.

BODIN, Jean, *Les six livres de la République de J. Bodin angevin*, Lyon, Gabriel Cartier, 1593.

BODIN, Jean, *Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*, éd. Gérard Mairet, Paris, Librairie Générale Française, 1993.

BOLÍVAR, Simón, « Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819 el día de su instalación », in ID., *Obras Completas*, éd. Vicente Lecuona, Bogotá, Tiempo Presente, Ecoe Ediciones, vol. V, pp. 330-353.

BONINI, Francesco, *Amministrazione e Costituzione: il modello francese*, Roma, Carocci ed., 1999.

BOURDIEU, Pierre, *La noblesse d'État : grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions de Minuit, 1989.

BOZZO-REY, Malik, BRUNON-ERNST, Anne, DE CHAMPS, Emmanuelle, « Préface », in BENTHAM, Jeremy, *Traité de législation civile et pénale*, trad. Étienne Dumont, éd. M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, E. de Champs, Paris, Dalloz, 2010, pp. v-xxxiv.

BRETONE, Mario, « Il «Beruf» e la ricerca del «tempo classico» », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. IX, 1980, pp. 189-216.

BRIMO, Albert, « La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, pp. 21-31.

BRIMO, Albert, *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, A. Pedone, 1967.

BROWN, John L., *The Methodus ad facilem historiarum cognitionem of Jean Bodin. A critical study*, New York, AMS Press, 1939.

BRUNET, Pierre, « Le droit est-il dans la tête ? A propos de Karl Olivecrona, De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit », *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, N° 8, 2012 (<http://www.juspoliticum.com/Le-droit-est-il-dans-la-tete.html>).

BRUUN, Hans H., *Science, values and politics in Max Weber's methodology*, Aldershot, Ashgate, 2007.

BUCKLAND, William W., *Some Reflections on Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1945.

BURDEAU, François, MORABITO, Marcel, « Les expériences étrangères et la première constitution française », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, pp. 97-112.

BURGER, Thomas, *Max Weber's theory of concept formation: history, laws, and ideal types*, Durham (N.C.), Duke University Press, 1987.

CAIN, Maureen, « The Main Themes of Marx' and Engels' Sociology of Law », in JESSOP, Bob, MALCOLM-BROWN, Charlie (eds.), *Karl Marx's Social and Political Thought: Critical Assessments. Volume III: The State, Politics, and Revolution*, London, New York, Routledge, 1990, pp. 106-122.

CAIN, Maureen, HUNT, Alan (eds.), *Marx and Engels on law*, London, New York, Academic Press, 1979.

CALAMO SPECCHIA, Marina (a cura di), *La costituzione francese / La constitution française* (atti del convegno biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo. Bari, Università degli Studi, 22-23 maggio 2008), Torino, Giappichelli, 2009.

CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1970.

CALVIN, Jean, *Institution de la religion chrétienne*, éd. F. Baumgartner, Genève, E. Beroud, 1888.

CAPITANT, Henri, « Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, pp. 65-114.

CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

CARBONNIER, Jean, « A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger », in ID., *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, pp. 227-238.

CARBONNIER, Jean, *Sociologie Juridique* (1978), Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

CARCASSONNE, Ély, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 1927. **G**

CARUSI, Evaristo, *Il Problema del diritto comparato, sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*, Roma, Società italiana per il progresso delle scienze, 1917.

CARUSI, Evaristo, *Sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano*, Roma, Tip. Nazionale di G. Bertero e C., 1913.

CASABIANCA, Denis de, « Le droit politique dans les histoires de toutes les nations. Pourquoi “l'illustre Montesquieu” n'a pas pensé les fondements de la société politique », *Revue de métaphysique et de morale*, N° 77, 2013, pp. 33-46.

CASABIANCA, Denis de, *Montesquieu, de l'étude des sciences à l'esprit des lois*, Paris, H. Champion, 2008.

CASSIRER, Ernst, *La philosophie des Lumières*, trad. Pierre Quillet, Paris, Fayard, 1966.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, « El sistema jurídico iberoamericano », *Revista de estudios políticos*, N° 157, 1968, pp. 209-226.

CENTRE D'HISTOIRE JUDICIAIRE DE LILLE (dir.), *Influence du modèle judiciaire français en Europe sous la Révolution et l'Empire*, Lille, Espace juridique, 1999.

CERRONI, Umberto, « La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del derecho público », in CAPELLA, Juan Ramón (ed. y trad.), *Marx, el derecho y el Estado*, Barcelona, Oikos-Tau Ediciones, pp. 12-48.

CERRONI, Umberto, *Marx e il diritto moderno*, Roma, Riuniti, 1962.

CHARRAK, André, « Le sens de la nécessité selon Montesquieu. Essai sur le livre I, chapitre I de *L'Esprit des lois* », *Revue de métaphysique et de morale*, N° 77, 2013, pp. 7-17.

CHAZEL, François, « Émile Durkheim et l'élaboration d'un “programme de recherche” en sociologie du droit », in CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 27-38.

CHAZEL, François, « La « sociologie du droit » de Max Weber à la lumière de l'édition critique de la Max Weber *Gesamtausgabe* », *Droit et société*, N° 81/2, 2012, pp. 473-497.

CHÉNON, Émile, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Paris, Recueil Sirey, 1926-1929, 2 vols.

CHOUDHRY, Sujit (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

CICÉRON, *De la République. Des lois*, trad. Charles Appuhn, Paris, Flammarion, 1985.

CLAVERO, Bartolome, *Ama Llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

CLÉRO, Jean-Pierre, « Bentham et Montesquieu », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N° 35, 2012, pp. 171-182.

COHLER, Anne M., *Montesquieu's comparative politics and the spirit of American constitutionalism*, Lawrence (Kan.), University Press of Kansas, 1988.

COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, New York, De Gruyter, 1976. [v. e. *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1976].

COLLINS, Hugh, *Marxism and law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1984.

COLLIOT-THELENE, Catherine, *Max Weber et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.

CONSEIL D'ÉTAT (Section du rapport et des études), *L'influence internationale du droit français : Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 juin 2001*, Paris, La Documentation française, 2001.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome I. Introduction au droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome III, La Science des droits comparés*, Paris, Economica, 1983.

COOPER, Robert L., *Language spread: studies in diffusion and social change*, Bloomington, Indiana University Press, Washington, D.C., Center for Applied Linguistics, 1982.

COTRONEO, Girolamo, *Jean Bodin, teorico della storia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1966.

COTTERRELL, Roger, « A Legal Concept of Community », in ID., *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot (Eng.), Ashgate Publishing, 2006, pp. 65-78.

COTTERRELL, Roger, « Is There a Logic of Legal Transplants? », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*. Oxford, Hart Publishing, pp. 71-92.

COTTERRELL, Roger, « Law and Community: A New Relationship? », in FREEMAN, M. D. A. (ed.), *Current Legal Problems 1998, vol. 51. Legal Theory at the end of the millennium*, Oxford, New York, Oxford University Press, pp. 367-391.

COTTERRELL, Roger, *Emile Durkheim: law in a moral domain*, Stanford, Stanford University Press, 1999.

COTTERRELL, Roger, *The Sociology of Law: An Introduction*, London, Butterworths, Oxford University Press, 1992.

COURTNEY, C. P., « Montesquieu and Natural Law », in CARRITHERS, David W., MOSHER, Michael A., RAHE, Paul A. (eds.), *Montesquieu's Science of Politics: Essays on "The Spirit of Laws"*, Lanham (Md.), Rowman and Littlefield, 2001, pp. 41-67. [this is an expanded version of: COURTNEY, C. P., « Montesquieu and the Problem of la Diversité », in BARBER G., COURTNEY C. P. (eds.), *Enlightenment Essays in Memory of Robert Shackleton*, Oxford, Oxford University Press, 1988, pp. 61-81].

COUTU, Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, Presses de l'Université Laval, 1995.

COUZINET, Marie-Dominique, « La *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* : histoire cosmographie et méthode », in ZARKA, Yves Charles (éd.), *Jean Bodin : nature, histoire, droit et politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 23-42.

COVER, Robert M., « Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, vol. 97, n° 1, 1983, pp. 4-68.

COX, Iris, *Montesquieu and the history of French laws*, Oxford, Voltaire Foundation, 1983.

CROCE, Benedetto, *La philosophie de Jean-Baptiste Vico*, Paris, M. Giard & É. Brière, 1913.

D'AMBRA, Dominique *et. al.* (dir.), *Code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique : réflexions sur la circulation des modèles juridiques*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006.

DANZIG, Richard, « A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code », *Stanford Law Review*, vol. 27, n° 3, 1975, pp. 621-636.

DAVID, René, « Lévy-Ullmann et le Droit comparé », in *L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann : contribution à la doctrine moderne sur la science de droit et le droit comparé*, Paris, Centre français de droit comparé, 1955, pp. 75-84.

DAVID, René, « Réflexions sur le colloque d'Istanbul », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 239-251.

DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd. Paris, Dalloz, 2002.

DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd. Paris, Dalloz, 2002.

DAVRAN, Bülent, « Bericht ober die Änderungen im türkischen ZGB gegenüber dem schweizerischen, verbunden mit einigen Bemerkungen über den Sinn der Rezeption », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 131-143.

DE LA GRASSERIE, Raoul, « Concept général et définition de la science du Droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 198-226.

DE LA GRASSERIE, Raoul, « Concept général et définition de la science du Droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, p. 211-212.

DECLAREUIL, Joseph, *Histoire générale du droit français, des origines à 1789 : à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, Paris, Recueil Sirey, 1925.

DEL VECCHIO, Giorgio, « La communicabilité du droit et les doctrines de G.-B. Vico », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, vol. II, § 111, pp. 591-601.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Philosophie du droit*, trad. J. Alexis d'Aynac, Paris, Dalloz, 1953 (réimpression : Paris, Dalloz, 2004).

DELLA VOLPE, Galvano, *Rousseau e Marx e altri saggi di critica materialistica*, Roma, Editori Riuniti, 1964.

DELPEUCH, Thierry et VASSILEVA, M., « Contribution à une sociologie politique des entrepreneurs internationaux de transferts de réformes judiciaires », *L'Année sociologique*, vol. 59, 2009, pp. 371-402.

DELPEUCH, Thierry, « Comprendre la circulation internationale des solutions d'action publique : panorama des *policy transfer studies* », *Critique internationale*, n° 43, 2009, p. 153-165.

DELPEUCH, Thierry, *L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques : un état de l'art*, Questions de Recherche / Research in Question, n° 27, Paris, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales Sciences Po, 2008.

DESCARTES, René, *Discours de la méthode : suivi des Méditations métaphysiques*, Paris, E. Flammarion, 1908.

DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., « The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 241-255.

DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G., *La Internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los estados Latinoamericanos*, trad. Antonio Barreto, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, ILSA, 2005.

DEZALAY, Yves, GARTH, Bryant G., « Legitimizing the New Legal Orthodoxy », in ID. (eds.), *Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002, pp. 306-334.

DIAS, Reginald W., *Jurisprudence*, 2nd ed., London, Butterworth, 1964.

DIDRY, Claude, « Droit, histoire et politique dans la sociologie de Max Weber », in COUTOU, Michel, ROCHER, Guy (dir.), *La légitimité de l'état et du droit : autour de Max Weber*, Paris, LGDJ, Presses de l'Université Laval, 2006, pp. 91-114.

DÖLEMEYER, Barbara, MOHNHAUPT, Heinz, SOMMA, Alessandro (hrsg.) *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006.

DOLOWITZ, David P., *Policy Transfer and British Social Policy. Learning from the USA?*, Buckingham, Philadelphia, Open University Press, 2000.

DONAHUE, Charles, « Comparative law before the Code Napoléon », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard, (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 3-32.

DONAHUE, Charles, « Comparative Legal History in North America », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, vol. 65, n° 1-2, 1997, pp. 1-18.

DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean (dir.), *La Révolution française et son influence sur les institutions publiques et privées contemporaines*, Lejona, Universidad del País Vasco, 1990.

DUFOUR, Alfred, « Droit historique (École du) », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 109-114.

DUFOUR, Alfred, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de philosophie du droit : Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, tome 29, 1984, pp. 209-249.

DUFOUR, Alfred, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 29, 1984, pp. 209-249.

DUFOUR, Alfred, « La théorie des sources du droit dans l'École du droit historique », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 27, 1982, pp. 85-119.

DUFOUR, Alfred, « Rationnel et irrationnel dans l'École du Droit Historique », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 23, 1978, p. 147-174.

DUFOUR, Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire. Droit, individu et pouvoir de l'École du Droit naturel à l'École du Droit historique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

DUMONT, Hugues, BAILLEUX, Antoine, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, n° 75, 2010, pp. 275-293.

DUNAND, Jean-Philippe, WINIGER, Bénédicte (éd.), *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

DUPRET, Baudouin, *Droit et sciences sociales*, Paris, A. Colin, 2006.

DUPRET, Baudouin, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 2006. [

DURKHEIM, Emile, « La contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale », in *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1966, pp. 25-114.

DURKHEIM, Émile, « La science positive de la morale en Allemagne », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, tome 24, 1887, pp. 33-58.

DURKHEIM, Émile, *De la division du travail social*, 2^e éd. (1902), Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

DURKHEIM, Émile, *Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950.

DURKHEIM, Émile, *Les règles et la méthode sociologique*, 14^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1960.

EDELMAN, Bernar, *Le Droit saisi par la photographie : éléments pour une théorie marxiste du droit*, Paris, C. Bourgois, 1980.

EHRlich, Eugen, « Entgegnung », in Kelsen, Hans, EHRlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, pp. 57-65.

EHRlich, Eugen, « Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects », in *Science of Legal Method: Select Essays by Various Authors*, trans. Ernest Bruncken and Layton B. Register, Boston, Boston Book Company, 1917, pp. 47-84.

EHRlich, Eugen, « The Sociology of Law », trans. Nathan Isaacs, *Harvard Law Review*, vol. 36, n° 2, 1922, pp. 130-145.

EHRlich, Eugen, *Die juristische logik*, Aalen, Scientia, 1966.

EHRlich, Eugen, *Fundamental principles of the sociology of law*, trans. Walter L. Moll, New Brunswick, Transaction Publishers, 2002.

EHRlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.

EISENMANN, Charles, « L'esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1933, pp. 163-192.

EISENMANN, Charles, « L'esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », en *Mélanges Carré de Malberg*, Paris: Librairie du recueil Sirey, 1933, pp. 163-192.

ELKINS, Zachary, SIMMONS, Beth, « On Waves, Clusters, and Diffusion: A Conceptual Framework », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, 2005, pp. 33-51.

ELLIOTT, E. Donald, « The Evolutionary Tradition in Jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 85, n° 1, 1985, pp. 38-94.

ELSTER, Jon, *Making sense of Marx*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 1985.

ENGELS, Friedrich, « Sur la conception matérialiste de l'histoire », *Le Devenir social : revue internationale d'économie, d'histoire et de philosophie*, Tome III, n° 3, 1897, p. 228-261.

ENGELS, Friedrich, *Ludwig Feuerbach et la fin de la philosophie classique allemande*, trad. L. Lafargue, éd. É. Bottigelli, Paris, Éd. Sociales, 1980.

ESMEIN, Adhémar, *Cours élémentaire d'histoire du droit français, à l'usage des étudiants de première année*, 15^{ème} éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925.

EVANS-PRITCHARD, Edward, *A history of anthropological thought*, ed. Andrei Singer, London, Boston, Faber and Faber, 1981.

EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, pp. 1889-2149.

EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, pp. 1889-2149.

EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat? », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, n° 6, 1995, pp. 1889-2149.

EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants », *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4, 1995, pp. 489-510.

EWALD, William, « Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants », *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4, 1995, pp. 489-510.

EWALD, William, « The jurisprudential approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats” », *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n° 4, 1998, pp. 701-707.

FAGUET, Émile, *La politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire*, Paris, Société Française d’Imprimerie et de Librairie, 1902.

FAIRGRIEVE, Duncan (ed.), *The influence of the French civil code on the common law and beyond*, London, British institute of international and comparative Law, 2007.

FAIRGRIEVE, Duncan (ed.), *The influence of the French Civil Code on the common law and beyond*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007.

FARIÑAS DULCE, María José, *La sociología del derecho de Max Weber*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

FASSÒ, Guido, *Histoire de la philosophie du droit : XIX^e et XX^e siècles*, trad. Catherine Rouffet, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, PATRIS-GODECHOT, Sara, *Le Code civil face à son destin*, Paris, La Documentation française, 2006.

FEDTKE, Jörg, « Legal transplants », in SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham (UK), Elgar, 2006, pp. 343-437.

FERRANTE, Riccardo, *Dans l’ordre établi par le Code civil: la scienza del diritto al tramonto dell’illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002.

FETSCHER, Iring, « La Ilustración en Francia, la Enciclopedia, Montesquieu, Rousseau », in VALLESPÍN OÑA, Fernando (éd.), *Historia de la teoría política, 3: Ilustración, liberalismo y nacionalismo*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 104-174.

FEUERBACH, Paul J. A., « Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft », in ID., *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg, Berlag von T. Otto, 1833, pp. 152-177.

FIKENTSCHER, Wolfgang, « La concepción de la historia y del sistema en Savigny », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18 y 19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, pp. 49-82.

FLEURY, Laurent, *Max Weber*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009. [

FOELIX, Jean-Jacques, « Du système et de l’objet du Journal », *Revue étrangère de législation et d’économie politique*, tome 1, I^{er} année, 1834, pp. 1-7.

FOURNOL, Etienne Maurice, *Bodin, prédécesseur de Montesquieu. Étude sur quelques théories politiques de la République et de l'Esprit des lois*, Paris, A. Rousseau, 1896.

FRANKLIN, Julian H., *Jean Bodin and the Sixteenth-century Revolution in the Methodology of Law and History*, New York, Columbia University Press, 1963.

FREEMAN, Michael D. A., *Lloyd's Introduction to jurisprudence*, 6th ed. London, Sweet & Maxwell, 1994.

FREUND, Julien, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *Archives de philosophie du droit*, vol. 23, 1978, pp. 69-92.

FREUND, Julien, *Sociologie de Max Weber*, Paris, Presses Universitaires de France, 1966.

FRIEDMAN, Lawrence M., *A History of American Law*, 2nd ed., New York, Simon and Schuster, 1985

FRIEDMAN, Lawrence, « Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 93-98.

FRIEDMAN, Lawrence, « Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 93-98.

FRIEDMANN, Wolfgang Gaston, *Théorie générale du Droit*, Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, 1965.

FURET, François, *La révolution française, I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Paris, Hachette Littératures, 1988.

GALANTER, Marc, « The Aborted Restoration of "Indigenous" Law in India », *Comparative Studies in Society and History*, vol. 14, n° 1, 1972, pp. 53-70.

GALILÉE, Galileo, *Dialogue sur les deux grands systèmes du monde*, trad. René Fréreau et François de Gandt, Paris, Seuil, 2000.

GALILÉE, Galileo, *L'Essayeur de Galilée (Il Saggiatore)*, éd. et trad. Christiane Chauviré, Paris, Les Belles Lettres, 1980.

GAMBARO, Antonio, SACCO, Rodolfo, VOGEL, Louis, *Traité de droit comparé : Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 2011.

GAMBARO, Antonio, SACCO, Rodolfo, VOGEL, Louis, *Traité de droit comparé : Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 2011.

GARAPON, Antoine, PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juger en Amérique et en France : culture juridique française et common law*, Paris, O. Jacob, 2003.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux Etats-Unis », *L'Année sociologique*, vol. 59, n° 1, 2009, pp. 29-62.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, Bogotá, Debate, Universidad Nacional, 2014.

GARCIA VILLEGAS, Mauricio, LEJEUNE, Aude, « La sociologie du droit en France : De deux sociologies à la création d'un projet pluridisciplinaire ? », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol. 66, 2011, pp. 1-39.

GAUDEMET, Jean, « Codes, collections, compilations », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°24 (La codification I), 1997, pp. 4-16.

GAUDEMET, Jean, « Les persistances du droit romain dans les traditions juridiques occidentales », in MAYALI, Laurent, DURAND, Bernard (ed.), *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley, Robbins Collection Publications 2000, pp. 227-260.

GAUDEMET, Jean, « Les transferts de Droit », *L'année sociologique*, n° 27 (Sociologie du Droit et de la Justice), 1976, pp. 29-59.

GAUDEMET, Yves, « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », in BORGETTO, Michel (dir.), *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 431-441.

GENÊT, Jean-Philippe, RUGGIU, François-Joseph (dir.), *Les idées passent-elles la Manche? Savoirs, représentations, pratiques (France-Angleterre, Xe-XXe siècles)*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2007.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1932, 2 vol.

GEPHART, Werner, « Einleitung », in WEBER, Max, *Max Weber-Gesamtausgabe. Band I/22,3: Wirtschaft und Gesellschaft. Recht*, Hrsg. v. Werner Gephart u. Siegfried Hermes, Tübingen, Mohr, 2010, pp. 1-133.

GIANFORMAGGIO, Laetizia, « Droit naturel », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 116-118.

GIERKE, Otto von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin, Schade, 1903.

GILLET, Jean-Louis, « La Cour de cassation : un modèle pertinent de cour suprême ? », in CABRILLAC, Rémy (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, Paris, Economica, 2011, pp. 53-60.

GILMORE, Grant, « In Memoriam: Karl Llewellyn », *Yale Law Journal*, vol. 71, n° 5, 1962, pp. 813-815.

GINOCCHI, David *et al.* (dir.), *Les modèles juridiques français et américain : influences croisées*, Paris, l'Harmattan, 2009.

GLENN, H. Patrick., *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, 3rd ed., Oxford, New York, Oxford University Press, 2007.

GLENN, Patrick, « La tradition juridique nationale », *Revue internationale droit comparé*, Vol. 55, No. 2, pp. 2003, pp. 263-278.

GLENN, Patrick, « On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants », *Journal of Comparative Law*, vol. 1, n° 2, 2006, pp. 358-364.

GLENN, Patrick, « On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants », *Journal of Comparative Law*, vol. 1, n° 2, 2006, pp. 358-364.

GONTHIER, Ursula H., *Montesquieu and England: enlightened exchanges, 1689-1755*, London, Brookfield (Vt.), Pickering & Chatto, 2010.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, « La Escuela Histórica del Derecho », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18-19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, pp. 1-48.

GORDLEY, James, « Comparative Law and Legal History », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 753-773.

GORDON, Robert W., « Some Critical Theories Of Law And Their Critics », in KAIRYS, David (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3rd ed., New York, Basic Books, 1998, pp. 641-661.

GOYARD-FABRE, Simone, *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

GOYARD-FABRE, Simone, *La philosophie du droit de Montesquieu*, 2^e éd., Paris, C. Klincksieck, 1979.

GOYARD-FABRE, Simone, *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

GOYARD-FABRE, Simone, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

GRAZIADEI, Michele, « Comparative Law as the Study of transplants and reception », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 441-475.

GRAZIADEI, Michele, « Comparative Law as the Study of transplants and reception », in REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 441-475.

GREWE, Constance, « Les enseignements du droit comparé », in D'AMBRA, Dominique et al (éd.), *Le Code civil français en Alsace, en Allemagne et en Belgique. Réflexions sur la circulation des modèles juridiques*, Strasbourg, Colmar, Presses universitaires de Strasbourg, 2006, pp. 171-182.

GRIMALDI, Michel, « L'exportation du code civil », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 107 (Le Code civil), 2003, pp. 80-96.

GROSCLAUDE, Jacques, « Introduction », in WEBER, Max, *Sociologie du droit*, trad. Jacques Grosclaude, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, pp. 9-23.

GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. M. P. Pradier-Fodéré, Paris, Guillaumin, 1867, 3 vols.

GUTTERIDGE, Harold C., *Le Droit comparé : introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, trad. René David, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Pamplona, Thomson, Ed. Aranzadi, 2006.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica: siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

HABERMAS, Jürgen, « Aspects of the Rationality of Action », in GADAMER, Hans-Georg, GERAETS, Théodore F. et al., *Rationality to-day / La rationalité aujourd'hui*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1979, pp. 185-212.

HAGERSTRAND, Torsten, *Innovation diffusion as a spatial process*, trad. Allan Pred. Chicago, University of Chicago Press, 1967.

HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

HALL, Peter A., « Policy Paradigm, Social Learning and the State – The Case of Economic Policy Making », *Comparative Politics*, vol.25, n°3, 1993, p. 275-296.

HALPÉRIN, Jean-Louis, « Histoire du droit », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 783-787.

HALPÉRIN, Jean-Louis, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, *Le Fédéraliste (commentaire de la Constitution des États-Unis)*, trad. G. Jèze, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902.

HAMSON, G. J. « The Istanbul Conference: Preliminary Report », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 3-10.

HANNERZ, Ulf, *Cultural Complexity: Studies in the Social Organization of Meaning*, New York, Columbia University Press, 1992.

HARO, Ricardo, « Juan Bautista Alberdi: ideas fundamentales de su obra “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina” », *Revista de derecho político*, N° 81, 2011, pp. 413-440. [

HART, H. L. A., « Introduction », in AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined: and The uses of the study of jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Pub., 1998, pp. vii-xviii.

HART, H. L. A., *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*, Oxford University Press, 1982.

HART, H. L. A., *Le concept de droit*, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976.

HASKINS GONTHIER, Ursula, *Montesquieu and England: Enlightened Exchanges, 1689-1755*, London, Brookfield, Pickering & Chatto, 2010.

HAUTEBERT, Joël, SOLEIL, Sylvain, (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Paris, Éditions Juridiques Techniques, 2008, 2 vols.

HAZELTINE, H. D., «The Renaissance and the Laws of Europe», ALEXANDER, G. G. (ed.), *Cambridge legal essays: Written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny*, Cambridge, W. Heffer & Sons, 1926, pp. 139-171.

HAZELTINE, Harold D., «Selden as Legal Historian: A Comment in Criticism and Appreciation. IV », *Harvard Law Review*, vol. 24, n° 3, 1911, pp. 205-219.

HECKER, Hellmuth, *Staatsangehörigkeit im Code Napoléon als europäisches Recht. Die Rezeption der französischen Code civil von 1804 in Deutschland und Italien in Beziehung zum Staatsangehörigkeitsrecht*, Hamburg, Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg, 1980.

HEINE-GELDERN, Robert, « Cultural Diffusion », in SILLS, David L. (ed.), *International encyclopedia of the social sciences*, New York, Macmillan, 1968, vol. 4, pp. 169-173.

HEKMAN, Susan J., *Weber, the ideal type, and contemporary social theory*, Notre Dame (Ind.), University of Notre Dame Press, 1983.

HERGET, James E., WALLACE, Stephen, «The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism », *Virginia Law Review*, vol. 73, n° 2, 1987, pp. 399-456.

HERMAN, Sahel, « Historique et destinée de la codification américaine », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 47, n° 3, 1995, pp. 707-735.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1989.

HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, «La idea del sistema en Savigny », *Anales de la real academia de Jurisprudencia y Legislación*, n° 9 (Especial dedicado al II Centenario del nacimiento de Federico Carlos Von Savigny), 1981, pp. 107-246.

HERRERO, Alejandro, « Juan Bautista Alberdi y las ideas políticas francesas: en busca de un proyecto alternativo al orden rosista (1835-1852) », *Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, N° 48, 2010, pp. 75-85.

HERTOGH, Marc, «From 'Men of Files' to 'Men of the Senses': A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich's Sociology of Law », in ID., (ed.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, Portland, Hart Pub., 2009, pp. 1-17.

HEYDEBRAND, Wolf, « From Globalisation of Law to Law under Globalisation », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (ed.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 117-137.

HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1981.

HILL, Jonathan, « Comparative Law, Law Reform and Legal Theory », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 1, 1989, pp. 101-115.

HIRSCHL, Ran, « Montesquieu and the Renaissance of Comparative Public Law », in KINGSTON, Rebecca E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, Albany, State University of New York Press, 2009, pp. 199-220.

HIRSCHL, Ran, « The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, n° 1, 2005, pp. 125-155.

HOBBS, Thomas, *Le citoyen ou les fondements de la politique*, trad. Samuel Sorbière, éd. Simone Goyard-Fabre, Paris, Flammarion, 1982.

HOBBS, Thomas, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. Gérard Mairet, Paris, Gallimard, 2000.

HODGEN, Margaret T., *Early anthropology in the sixteenth and seventeenth centuries*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1964.

HOEFELICH, Michael H., « Translation and the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States », *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, pp. 753-775.

HOFMANN, Hasso, « From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism », in CANALE, D., GROSSI, P., HOFMANN, H. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 301-354.

HOLMES, Oliver Wendell, « The Path of the Law » (1897), in *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, pp. 167-202.

HOLZINGER, Katharina, KNILL, Christoph, « Causes and Conditions of Cross-national Policy Convergence », *Journal of European Public Policy*, vol. 12, n° 5, 2005, pp. 775-796.

HOOKE, Michael Barry, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

HOTMAN, François, *Antitribonian, ou Discours d'un grand et renommé jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix*, ed. Henri Duranton, Saint-Étienne, Éditions de l'Université de Saint-Étienne, 1980.

HOVENKAMP, Herbert, « Evolutionary Models in Jurisprudence », *Texas Law Review*, vol. 64, n° 4, 1985, pp. 645-686.

HUG, Walther, « History of Comparative Law », *Harvard Law Review*, vol. 45, n° 6, 1932, pp. 1027-1070.

HUME, David, *Enquête sur les principes de la morale*, trad. Philippe Baranger et Philippe Saltel, Paris, Flammarion, 1991.

HUNT, Alan, « Approche marxiste du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 240-243.

HUNT, Alan, « Marxist theory of law », in PATTERSON, Dennis (ed.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Cambridge: Blackwell Publishers, 1996, pp. 355-366.

HUNT, Alan, *The sociological movement in law*, Philadelphia, Temple University Press, 1978.

HURTADO BAUTISTA, Mariano, « Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny », *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XVII, n° 1, 1958-1959, pp. 53-78.

HYDEN, T. M., « A Critique of Marxist Legal Theoretical Constructs », in JESSOP, Bob, WHEATLEY, Russell (eds.), *Karl Marx's social and political thought. Volume VII: The State, Politics, and Civil Society*, London, New York, Routledge, 1999, pp. 36-314.

IKENBERRY, John, « The International Spread of Privatization Policies: Inducements, Learning and 'Policy Bandwagoning' », in SULEIMAN, Ezra, WATERBURY, John N. (eds.), *The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview, 1990, pp. 88-110.

JACOBS, Beatrix, KUBBEN, Raymond, LESAFFER, Randall (eds.), *In the embrace of France: the law of nations and constitutional law in the French satellite states of the revolutionary and Napoleonic age (1789-1815)*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

JAKOBS, Horst H., *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Zürich, Schöningh, 1992.

JAMIN, Christophe, « Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n° 4, 2002, pp. 701-718.

JAUME, Lucien, *La liberté et la loi : les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000.

JESTAZ, Philippe, JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

JHERING, Rudolf von, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1992.

JONES, J. Walter, *The law and legal theory of the Greeks: an introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1956.

JOSSERAND, Louis, « Conception générale du droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 237-243.

JOUANJAN, Olivier, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 571-578.

KAHN-FREUND, Otto, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *Modern Law Review*, vol. 37, n° 1, 1974, pp. 1-27.

KANTOROWICZ, Hermann, « Savigny and the Historical School of Law », *Law Quarterly Review*, vol. 53, n° 3, 1937, pp. 326-343.

KELEMEN, R. Daniel, SIBBITT, Eric C., « The Globalization of American Law », *International Organization*, vol. 58, n° 1, 2004, pp. 103-136.

KELLEY, Donald R., « The Rise of Legal History in the Renaissance », *History and Theory*, vol. 9, n° 2, 1970, pp. 174-194.

KELLEY, Donald R., *François Hotman; a revolutionary's ordeal*, Princeton, Princeton University Press, 1973.

KELLEY, Donald R., *The human measure: social thought in the western legal tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

KELLY, Elizabeth S. (ed.), *Uniform Commercial Code: Drafts*, Littleton, F.B. Rothman, 1984.

KELLY, John M., *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1992.

KELSEN, Hans, « Eine Grundlegung der Soziologie des Rechts », in KELSEN, Hans, EHRLICH, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, pp. 3-54.

KELSEN, Hans, *The Communist Theory of Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1955.

KELSEN, Hans, *Théorie générale du droit et de l'État : suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. Béatrice Laroche et Valérie Faure, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bruylant, 1997.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

KENNEDY, Duncan, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in TRUBEK, David K., SANTOS, Alvaro (Eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.

KENNEDY, Duncan, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », in TRUBEK, David K. et SANTOS, Alvaro (Eds.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.

KENNEDY, Duncan, « Two Globalization of Law & Legal Thought: 1850-1968 », *Suffolk University Law Review*, Vol. 36, No. 3, 2003, pp. 631-680.

KLENNER, Hermann, « Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18 y 19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, pp. 133-141.

KLINK, Bart V., « Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen », in HERTOOGH, Marc (ed.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, Portland, Hart Pub., 2009, pp. 127-155.

KLUG, Heinz, « Model and Anti-Model: The United States Constitution and the "Rise of World Constitutionalism" » *Wisconsin Law Review*, vol. 2000, n° 3, 2000, pp. 597-616.

KNILL, Christoph, « Cross-national Policy Convergence: Concepts, Approaches and Explanatory Factors », *Journal of European Public Policy*, vol. 12, n° 5, 2005, pp. 764-774.

KOCOUREK, Albert, « Factors in the Reception of Law », *Tulane Law Review*, vol. 10, n° 2, 1935-1936, pp. 209-230.

KOCOUREK, Albert, WIGMORE, John H. (eds.), *Evolution of law: select readings on the origin and development of legal institutions*, Boston, Little, Brown, and co., 1915-1918, 3 vols.

KOHLER, J. « De la méthode du Droit comparé », trad. M A. Kammerer, in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 : procès-verbaux des séances et des documents*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1905-1907, tome 1, pp. 227-237.

KOHLER, J., « De la méthode du Droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 227-237.

KOKOTT, Juliane, « From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models in the Age of Globalization », in STARCK, C. (ed.), *Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 71-134.

KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, C. H. Beck, 1958.

KRIEGER, Leonard, *The politics of discretion: Pufendorf and the acceptance of natural law*, Chicago, University of Chicago Press, 1965.

KRONMAN, Anthony T., *Max Weber*, Stanford, Stanford University Press, 1983.

KUHN, A.-K., « La fonction de la méthode comparative dans l'histoire et la philosophie du droit », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, vol. I, pp. 315-324.

KUNKEL, M. « Prefazione », in *L'Europa e il diritto romano: studi in memoria di Paolo Koschaker*, Milano, Giuffrè, 1954, vol. I, pp. IV-XVI.

LACAPRA, Dominick, *Emile Durkheim: sociologist and philosopher*, Aurora (CO), Davies Group, Publishers, 2001.

LADEUR, Karl-Heinz, « Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law? », in VAN HOECKE, Mark (ed.), *Epistemology and methodology of comparative law*, Oxford, Portland (Or.): Hart Pub., 2004, pp. 91-121.

LAFORGE, Lorne, MCCONNELL, Grant D. (dir.), *Diffusion des langues et changement social : dynamique et mesure*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1990.

LAHOZ FINESTRES, José María, *El humanismo jurídico en Europa*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2002.

LAMBERT, Édouard, *Études de droit commun législatif: Introduction. La fonction du droit civil comparé*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1903.

LANDMAN, Jacob H., « Primitive Law, Evolution, and Sir Henry Sumner Maine », *Michigan Law Review*, vol. 28, n° 4, 1930, pp. 404-425.

LARRÈRE, Catherine, « Le pluralisme de Montesquieu ou le savoir de la liberté », *Revue de métaphysique et de morale*, N° 77, 2013, pp. 19-32.

LARRÈRE, Catherine, « Montesquieu and Liberalism: The Question of Pluralism », in KINGSTON, Rebecca E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, Albany, State University of New York Press, 2009, pp. 279-301.

LARRÈRE, Catherine, « Montesquieu et le républicanisme », *Bulletin de la Société Montesquieu*, N° 5, 1993, pp. 12-28.

LARROUMET, Christian (dir.), *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine*, Paris, Sénat, 2004.

LASCOUMES, Pierre, « Le droit comme science sociale. La place d'E. Durkheim dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux derniers siècles (1870-1914) », in CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 39-50.

LASCOUMES, Pierre, SERVERIN, Évelyne, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », in LASCOUMES, Pierre (éd.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1995, pp. 155-177.

LASCOUMES, Pierre, SERVERIN, Evelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et Société*, n° 2, 1986, pp. 127-150.

LAUNAY, Robert, « Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law », in RILES, Annelise (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 22-39.

LAURENT, Pierre, *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, J. Vrin, 1982.

LAWSON, F. H., « Réflexions d'un juriste anglais sur le cent-cinquantième du Code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n° 4, 1954, pp. 665-677.

LE QUINIO, Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011.

LEGRAND, Pierre, « Au lieu de soi », in ID. (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, pp. 11-37.

LEGRAND, Pierre, « The impossibility of “legal transplants” », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, n° 2, 1997, pp. 111-124.

LEGRAND, Pierre, « What “Legal Transplant”? », in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 55-70.

LEIBNIZ, Gottfried W., « Nova Methodus Discendæ Docendæque Jurisprudentiæ », in *Opera omnia*, éd. L. Duten, Genève, Fratres de Tournes, 1768, t. IV.

LEITER, Brian, « American Legal Realism », in Golding, Martin P., Edmundson, William A. (eds.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Malden (MA), Blackwell Pub., 2005, pp. 50-66.

LEITER, Brian, « Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence », in *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 15-58.

LEPAULLE, Pierre, « Lévy-Ullmann et le Droit mondial », in *L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann : contribution à la doctrine moderne sur la science de droit et le droit comparé*, Paris, Centre français de droit comparé, 1955, pp. 111-118.

LESAFFER, Randall, *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, trad. Jan Arriens, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009.

LESSAY, Franck, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

LÉVY-ULLMANN, Henri, *Vers le droit mondial du XX^e siècle*, Paris, Rousseau, 1923.

LIPSTEIN, K., « The reception of western law in turkey », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 11-27.

LLEWELLYN, Karl N., « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », *Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930, pp. 431-465.

LLEWELLYN, Karl N., « Legal Tradition and Social Science Method », in *Jurisprudence: realism in theory and practice*, New Brunswick, Transaction publishers, 2008, pp. 77-100.

LLEWELLYN, Karl N., « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », *Harvard Law Review*, vol. 44, n° 8, 1931, pp. 1222-1264.

LLEWELLYN, Karl N., « The Effect of Legal Institutions Upon Economics », *The American Economic Review*, vol. 15, n° 4, 1925, pp. 665-683.

LLEWELLYN, Karl N., « What Price Contract--An Essay in Perspective », *Yale Law Journal*, vol. 40, n° 5, 1931, pp. 704-751.

LLEWELLYN, Karl N., HOEBEL, E. Adamson, *La voie cheyenne : conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, trad. Louis Assier-Andrieu, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1999. V. O. *The Cheyenne way: conflict and case law in primitive jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941.

LLEWELLYN, Karl N., *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, Leipzig, T. Weicher, 1933.

LLEWELLYN, Karl N., *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*, Hrsg. Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker und Humblot, 1977.

LLEWELLYN, Karl N., *The Bramble Bush: on our law and its study* (1930), ed. S. Macaulay, New Orleans, Quid Pro Books, 2012.

LLEWELLYN, Karl N., *The case law system in America*, ed. Paul Gewirtz, trans. Michael Ansaldi, Chicago, University of Chicago Press, 1989.

LOCKE, John, *Essai sur l'entendement humain, Livres I et II*, trad. J.-M. Vienne, Paris, J. Vrin, 2001.

LOCKE, John, *Le second traité du gouvernement: essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. Jean-Fabien Spitz, Paris Presses Universitaires de France, 1994.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

LOVE, John R., *Antiquity and capitalism: Max Weber and the sociological foundations of Roman civilization*, London, New York, Routledge, 1991.

LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993.

LUKES, Steven, *Emile Durkheim, his life and work: a historical and critical study*, Stanford, Stanford University Press, 1985.

LUKES, Steven, SCULL, Andrew, « Introduction », in LUKES, Steven, SCULL, Andrew (eds.), *Durkheim and the law*, New York, St. Martin's Press, 1983.

LUKIĆ, Radomir, *Théorie de l'État et du droit*, trad. Marc Gjidara, Paris, Dalloz, 1974.

MACCORMICK, Neil, « Approche analytique du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 12-14.

MAINE, Henry S., *Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, intr. and notes Frederic Pollock, London, J. Murray, 1930.

MAINE, Henry S., *Essais sur le gouvernement populaire*, trad. René de Kérallain, Paris, Thorin, 1887.

MAINE, Henry S., *Études sur l'histoire du droit*, trad. René de Kérallain, Paris, E. Thorin, 1889. [

MAINE, Henry S., *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, trad. René de Kérallain, Paris, E. Thorin, 1884.

MAINE, Henry S., *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, trad. M. Jh. Durieu de Leyritz, Paris, E. Thorin, 1880.

MAINE, Henry S., *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, trad. J.-G. Courcelle-Seneuil, Paris, Guillaumin, 1874.

MAINE, Henry S., *Le droit international, la guerre*, trad. René de Kérallain, Paris, E. Thorin, 1890.

MÁIZ, Ramón, « Karl Marx: de la superación del Estado a la dictadura del proletariado », en VALLESPÍN OÑA, Fernando (ed.), *Historia de la teoría política, 4: Historia, progreso y emancipación*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 101-165.

MALAURIE, Jean, « Droit et logique colonial », in DOUCET, Michel, VANDERLINDEN, Jacques (dir.), *La réception des systèmes juridiques : Implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, pp. 449-457.

MALHERBE, Michel, *Thomas Hobbes ou l'œuvre de la raison*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1984.

MAMUT, L. S., « Questions of Law in Marx's Capital », in JESSOP, Bob, MALCOLM-BROWN, Charlie (eds.), *Karl Marx's Social and Political Thought: Critical Assessments. Volume III: The State, Politics, and Revolution*, London, New York, Routledge, 1990, pp. 95-105.

MANIGK, Alfred, « Savigny und die Kritik der Rezeption », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 61, n° 1, 1941, pp. 187-229.

MARINI, Giuliano, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966.

MARKOVITS, Francine, « Le paradoxe de l'amour des lois. Une lecture de Montesquieu », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 10 (La volonté générale), 2013, pp. 1-24 (<http://www.juspoliticum.com/Le-paradoxe-de-l-amour-des-lois.html>).

MARKOVITS, Francine, *Montesquieu : le droit et l'histoire*, Paris, J. Vrin, 2008.

MARTINAGE, Renée (dir.), *Justice et institutions françaises en Belgique, 1795-1815 : traditions et innovations autour de l'annexion*, Hellemmes, ESTER, Centre d'histoire judiciaire de l'Université de Lille II, 1996.

MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, Córdoba (R.A.), Impr. de la Universidad, 1934.

MARTINO, Pierre, « De quelques résidus métaphysiques dans *L'Esprit des lois* », *Revue d'histoire de la philosophie et d'histoire générale de la civilisation*, Université de Lille, Faculté des lettres et sciences humaines, n° 43, 1946, pp. 235-243.

MARTINY, Dieter, « Sociologie juridique comparative », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 383-387.

MARX, Karl, *Contribution à la critique de l'économie politique*, éd. Karl Kautsky, trad. Laura Lafargue, Paris, V. Giard et E. Brière, 1909.

MARX, Karl, *Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel*, trad. M. Simon, Paris, Aubier-Montaigne, 1971.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *L'Idéologie allemande : critique de la philosophie allemande la plus récente dans la personne de ses représentants Feuerbach, B. Bauer et Stirner, et du socialisme allemand dans celle de ses différents prophètes*, trad. H. Auger, G. Badia, J. Baudrillard et R. Cartelle, Paris, Éditions sociales, 1968.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Manifeste du Parti communiste*, trad. L. Lafargue, Paris, Éditions Champ libre, 1983.

MARX, Karl, *Le Capital : critique de l'économie politique. Livre premier, Le procès de production du capital*, éd. Jean-Pierre Lefebvre, trad. 4^{ème} éd. allemande par E. Balibar *et al.*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

MARX, Karl, *Le dix-huit brumaire de Louis Bonaparte*, éd. D. Franche, Paris, Éd. Mille et une nuits, 1997.

MARYIOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX siècle », in BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001, pp. 141-319.

MASTERTON, M. P., « Montesquieu's Grand Design: The Political Sociology of "Esprit des Lois" », *British Journal of Political Science*, vol. 2, n° 3, 1972, pp. 283-318.

MCRAE, Kenneth D., « Ramist Tendencies in the Thought of Jean Bodin », *Journal of the History of Ideas*, vol. 16, n° 3, 1955, pp. 306-323.

MEHREN, Arthur T. von, « An Academic Tradition for Comparative Law? », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19, n° 4, 1971, pp. 624-632.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, WEISSE-MARCHAL, Claude, TOUVET, Laurent, « Les règles du découpage cantonal : Le dialogue des juges et le contrôle du principe d'égalité. Le contrôle du juge administratif sur les opérations de remodelage des circonscriptions cantonales », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 4, 1999, pp. 815-840

MÉNY, Ives, « La greffe et le rejet », in ID., (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, L'Harmattan, 1993, pp. 7-33.

MERKEL, Adolf, « Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft », in HOLTZENDORFF, Franz von (éd.), *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, 5^{ème} éd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1890, pp. 5-91.

MERKEL, Adolf, « Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben », in ID., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, I*, Straßburg, Trübner 1899, pp. 291-323.

MERRYMAN, John Henry, CLARK, David S., FRIEDMAN, Lawrence M., *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America: a handbook of legal and social indicators for comparative study*, Stanford, Calif.: Stanford Law School, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1979.

MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 3rd ed., Stanford: Stanford University Press, 2007.

MESNARD, Pierre, *L'essor de la philosophie politique au XVIe siècle. De Pétrarque à Descartes*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1952.

MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris, F. Maspero, 1982.

MICHAUT, Françoise, « Etats-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 661-667.

MICHAUT, Françoise, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, N°2, 1987, pp. 343-371.

MICHAUT, Françoise, « Réalisme – I. Réalisme juridique américain », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 341-343.

MILLARD, Éric, « Réalisme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1297-1299.

MILLER, Jonathan M., « A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No. 4, 2003, pp. 839-885.

MILLIOT, Louis, « Le premier congrès international de droit comparé de l'Association internationale des sciences juridiques (Barcelone, 10-17 septembre 1956) » (compte rendu), *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n° 1, 1957, pp. 77-92.

MILOVANOVIC, Dragan, *Weberian and Marxian analysis of law: development and functions of law in a capitalist mode of production*, Brookfield, Avebury, 1989.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris, « De l'« Esprit des lois » au constitutionnalisme moderne », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 4, N° 2, 1952, pp. 205-216.

MOMMSEN, Wolfgang J., *The political and social theory of Max Weber*, Chicago, University of Chicago Press, 1989.

MONATERI, P. G., « Everybody's Talking: The Future of Comparative Law », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, n° 4, 1998, pp. 825-846.

MONATERI, Pier Giuseppe, « La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione Europea », in PETRONI, A. M. (éd.), *Modelli giuridici ed economici per la costituzione europea*, Bologne, Il Mulino, 2001, pp. 87-122.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, éd. Robert Derathé, Paris, Garnier frères, 1973.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Œuvres complètes de Montesquieu*, éd. André Masson, Paris, Nagel, 1950-1955, 3 vols.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Œuvres complètes*, éd. Roger Caillois, Paris, Gallimard, 1949-1951, 2 vols.

MOREAU-REIBEL, Jean, *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1933.

MORETEAU, Olivier, « Boissonade revisité : de la codification doctrinale à une langue juridique commune », in *De tous horizons : mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 103-127.

MORSE, Bradford W., « Indigenous law and State System: Conflict and Compatibility », in MORSE, Bradford W., WOODMAN, Gordon R. (eds.), *Indigenous law and the state*, Dordrecht (Holland), Foris, 1988, pp. 101-120.

MUIR WATT, Horatia, «La fonction subversive du droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 3, 2000, pp. 500-527.

MURDOCK, James Oliver, «Le Code civil français vu par un Américain», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n° 4, 1954, pp. 678-680.

NAMMOUR, Fady, «Le modèle juridique français et le Moyen-Orient», in CABRILLAC, Rémy (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, Paris, Economica, 2011, pp. 71-82.

NELKEN, David (ed.), *Comparing legal cultures*, Aldershot, Brookfield, Dartmouth, 1997.

NELKEN, David, «Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law?», in HERTOUGH, Marc (ed.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, Portland, Hart Pub., 2009, pp. 237-272.

NELKEN, David, «Is There a Crisis in Law and Legal Ideology?», *Journal of Law and Society*, vol. 9, n° 2, 1982, pp. 177-189.

NELKEN, David, «Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law», *Legal Studies*, vol. 4, 1984, pp. 157-174.

NELKEN, David, «Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law», *Legal Studies*, vol. 4, n° 2, 1984, pp. 157-174.

NELKEN, David, «Towards a Sociology of Legal Adaptation», in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 7-54.

NELKEN, David, «Towards a Sociology of Legal Adaptation», in NELKEN, David, FEEST, Johannes (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 7-54.

NIMAGA, Salif, «Pounding on Ehrlich, Again?», in HERTOUGH, Marc (ed.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, Portland, Hart Pub., 2009, pp. 157-175.

NINO, Calos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1995.

NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

OLIVECRONA, Karl, «Law as Fact», in SAYRE, Paul (ed.), *Interpretations of modern legal philosophies: essays in honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947, pp. 542-557.

OLIVECRONA, Karl, «Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy», *New York University Law Review*, vol. 26, n° 1, 1951, pp. 120-131.

OLIVECRONA, Karl, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. Patricia B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011.

OLIVECRONA, Karl, *Law as fact*, 2nd ed., London, Stevens, 1971.

OLIVECRONA, Karl, *The acquisition of possession in Roman law*, Lund, C.W.K. Gleerup, 1938.

OPALEK, Kazimierz, «Law as Social Phenomenon», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LVII, 1971, pp. 37-55.

ÖRÜCÜ, Esin, « Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition », *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 4.1, June 2000.

ÖRÜCÜ, Esin, « Developing Comparative Law », in ÖRÜCÜ, Esin, NELKEN, David (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 43-65.

ÖRÜCÜ, Esin, « Law as Transposition », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n° 2, 2002, pp. 205-223.

ÖRÜCÜ, Esin, « Law as Transposition », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n° 2, 2002, pp. 205-223.

ÖRÜCÜ, Esin, « Law as Transposition », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, No. 2, 2002, pp. 205-223.

OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

OSTWALD, Martin, *From popular sovereignty to the sovereignty of law: law, society, and politics in fifth-century Athens*, Berkeley, University of California Press, 1986.

PANGLE, Thomas L., *Montesquieu's Philosophy of Liberalism*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.

PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975.

PARDOS, Julio A., « Juan Bodino: soberanía y guerra civil confesional », in VALLESPÍN OÑA, Fernando (comp.), *Historia de la teoría política, 2: Estado y teoría política moderna*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 216-263.

PASCAL, Blaise, *Pensées et opuscules*, éd. L. Brunschvicg, Paris, Hachette, 1909.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro, *La notion de l'État*, trad. Jean R. Weiland, Paris, Ed. Sirey, 1969.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, London, Hutchinson University Library, 1951.

PAŠUKANIS, Evgeny B., *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. Jean-Marie Brohm, Paris, Études et documentation internationales, 1970.

PATTARO, Enrico, « Réalisme – II. Réalisme juridique scandinave », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 343-346.

PATTARO, Enrico, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 1985.

PERJU, Vlad, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, Boston College Law School Faculty Papers, Paper 360, 2012.

PFERSMANN, Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, N° 2, 2001, pp. 275-288.

PFERSMANN, Otto, « Norme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1079-1083.

PHILLIPS, Paul, *Marx and Engels on law and laws*, Oxford, M. Robertson, 1980.

PICARD, Etienne, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n°4, 1999, pp. 885-915.

PISTOR, Katharina, WELLONS, Philip A., *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1999.

PITTS, Jennifer, « “Great and Distant Crimes”: Empire in Bentham’s Thought », in BENTHAM, Jeremy, *Selected Writings*, ed. S. G. Engelmann, New Haven, Yale University Press, 2011, pp. 478-499.

PLATON, *Œuvres complètes. Tome 4. La République*, trad. Robert Baccou, Paris, Garnier frères, 1936.

PLATON, *Œuvres complètes. Tome XII. 1^{ère} partie : Les Lois, Livres VII-X*, trad. Auguste Diès, Paris, Les Belles Lettres, 1956.

POCOCK, J. G. A., *Le moment machiavélien : la pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique*, trad. L. Borot, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

POLLAK, Michael, « Die Rezeption Max Webers in Frankreich : Fallstudie eines Theorietransfers in den Sozialwissenschaften », *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, n° 38, 1986, pp. 670-684.

POLLOCK, Frédéric, « Le Droit comparé : Prolégomènes de son histoire », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 248-261.

POLLOCK, Frederick, « Sir Henry Maine and His Work », in *Oxford Lectures and Other Discourses*, London, MacMillan, 1890, pp. 147-168.

POLLOCK, Frederick, « The History of Comparative Jurisprudence », *Journal of the Society of Comparative Legislation*, New Series, vol. 5, n° 1, 1903, pp. 74-89.

PONTHOREAU, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.

POSTACIOĞLU, İlhan E., « Quelques observations sur la technique des codes étrangers à la lumière de l'expérience turque », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 63-74.

POSTEMA, Gerald J., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Dordrecht, Springer, 2011.

POULANTZAS, Nicos, « A propos de la théorie marxiste du droit », *Archives de philosophie du droit*, tome 12 (Marx et le droit moderne), 1967, pp. 145-162.

POUND, Roscoe, « Fifty Years of Jurisprudence » [part III], *Harvard Law Review*, vol. 51, n° 5, 1938, pp. 777-812.

POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, St. Paul (Minn.), West Pub., 1959, 5 vols.

PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, éd. Paul Krueger, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893.

PUCHTA, Georg Friedrich, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1852.

PUFENDORF, Samuel von, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Jean Barbeyrac (1732), Caen, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1987, 2 t.

RADBRUCH, Gustav, « Über die Methode der Rechtsvergleichung », *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, vol. 2, 1906, pp. 422-425.

RAHE, Paul A. *Montesquieu and the Logic of Liberty: War, Religion, Commerce, Climate, Terrain, Technology, Uneasiness of Mind, the Spirit of Political Vigilance, and the Foundations of the Modern Republic*, New Haven, Yale University Press, 2009.

RAYNAUD, Philippe, « « Autour du livre XIX » La France, l'Angleterre et la politesse », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N° 35, 2012, pp. 159-169.

RAYNAUD, Philippe, « Anciens et modernes », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 47-52.

RAYNAUD, Philippe, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

REHBINDER, Manfred, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967.

REICH, Norbert (éd.), *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

REICH, Norbert, *Sociological jurisprudence und legal realism im Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg, C. Winter, 1967.

REIMANN, Mathias, « Nineteenth Century German Legal Science », *Boston College Law Review*, vol. 31, n° 4, 1990, pp. 837-897.

RENAULT, Emmanuel, « Marxistes (Doctrines du droit) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1000-1005.

REVERSO, Laurent, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIIIe siècle : influence française et spécificité*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

RENET, Thierry (dir.), *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005.

RHEINSTEIN, Max, « Review: Sociology of Law. Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's *Grundlegung der Soziologie des Rechts* », in RHEINSTEIN, Max, *Gesammelte Schriften. Collected works. Vol. 1*, Hrsg. Hans G. Leser, Tübingen, Mohr, 1979, pp. 151-158.

RHEINSTEIN, Max, « Types of reception », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol 5, n° 6 (Le Colloque d'Istanbul), 1956, pp. 31-40.

RHEINSTEIN, Max, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, Beck, 1987.

RIALS, Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, pp. 81-95.

RICHTER, Melvin, « An Introduction to Montesquieu's "An Essay on the Causes That May Affect Men's Minds and Characters" », *Political Theory*, vol. 4, n° 2, 1976, pp. 132-138.

RICHTER, Melvin, « Introduction », in MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Selected political writings*, ed. Melvin Richter, Indianapolis, Hackett Pub., 1990, pp. 1-53.

RICHTER, Melvin, « Two Eighteenth-Century Senses of "Comparison" in Locke and Montesquieu », *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 8, 2000, pp. 385-406.

RICHTER, Melvin, « Comparative Political Analysis in Montesquieu and Tocqueville », *Comparative Politics*, vol. 1, n° 2, 1969, pp. 129-160.

RICHTER, Melvin, « Montesquieu's theory and practice of the comparative method », *History of the Human Sciences*, vol. 15, n° 2, 2002, pp. 21-33.

RIESENFELD, Stefan, « The impact of German Legal Ideas and Institutions on Legal Thought and Institutions in the United States », in REIMANN, Mathias (ed.), *The reception of continental ideas in the common law world, 1820-1920*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 89-98.

RIESENFELD, Stefan, « The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and his Disciples », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n° 1, 1989, pp. 1-7.

RÍOS RODRÍGUEZ, Jacobo, *L'influence internationale du droit français*, Paris, Connaissances et savoirs, 2008.

RIVERO, Jean, « Droit administratif français et droits administratifs étrangers », in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, t. II, pp. 475-485.

ROBERTSON, Dave, « Political Conflict and Lesson Drawing », *Journal of Public Policy*, vol. 11, n° 1, 1991, pp. 55-78.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, PORTES, Alejandro (dir.), *Las instituciones en Colombia. Un análisis sociológico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho administrativo: general y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1995.

RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, « ¿Es necesaria una norma por encima del sistema jurídico?: Las teorías de la norma básica de Kelsen y Hart », *Revista Pensamiento Jurídico*, n° 16, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, junio-julio 2006, pp. 149-170.

RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, *La validité des systèmes juridiques : les théories de la norme basique*, Mémoire de DEA Philosophie du droit / Paris II, 2000 (publié dans *Revista electrónica Via inveniendi et iudicandi*, n° 12, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, 2011).

ROGERS, Everett M., *Diffusion of Innovations*, 4^e éd., New York, Free Press, 1995.

ROMERO, José Luis, *Las ideas políticas en la Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1975.

ROMMEN, Heinrich A., *Le droit naturel : histoire, doctrine*, trad. Émile Marmy, Paris, Egloff, 1945.

ROSS, Alf, *Directives and norms*, Clark (NJ), Lawbook Exchange, 2009.

ROSS, Alf, *On law and justice*, London, Stevens, Berkeley, University of California Press, 1974.

ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1929.

ROSSO, Corrado, *Montesquieu moraliste : des lois au bonheur*, trad. Marc Régaldo, Bordeaux, Ducros, 1971.

ROTH, Guenther, « Introduction », in WEBER, Max, *Economy and society: an outline of interpretive sociology*, ed. Guenther Roth and Claus Wittich, trans. Ephraim Fischhoff, et al., Berkeley, University of California Press, 1978.

ROULAND, Norbert, « Acculturation juridique », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 4-6.

ROULAND, Norbert, « Acculturation juridique », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 4-6.

ROUSSEAUX, Xavier et al. (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe : modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, l'Harmattan, 1999.

RÜCKERT, Joachim, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, R. Gremer, 1984.

RUMBLE, Wilfrid E., « Divine Law, Utilitarian Ethics, and Positivist Jurisprudence: A Study of the Legal Philosophy of John Austin », *American Journal of Jurisprudence*, vol. 24, 1979, pp. 139-180.

RUMBLE, Wilfrid E., « Introduction », in AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1995, pp. vii-xxiv.

SABBIONETTI, Marco, *Democrazia sociale e diritto privato: la Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010.

SABINE, George H., *A History of Political Theory*, 3rd ed., New York, Holt Rinehart and Winston, 1961.

SACCO, Rodolfo, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 1991, pp. 1-34.

SACCO, Rodolfo, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 2, 1991, pp. 343-401.

SALEILLES, Raymond, « Conception et objet de la science du droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 167-189.

SALEILLES, Raymond, « La fonction juridique du droit comparé », in BEROLZHEIMER, F. (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Beiträge : Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60. Geburtstag 9. März 1909*, Stuttgart, F. Enke, 1909, vol. I, pp. 165-175.

SALEILLES, Raymond, « Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du congrès », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 9-17.

SAMUEL, Ana J., « The Design of Montesquieu's "The Spirit of the Laws": The Triumph of Freedom over Determinism », *The American Political Science Review*, vol. 103, n° 2, 2009, pp. 305-321.

SANDERSON, J., « Marx and Engels on the State », in JESSOP, Bob, MALCOLM-BROWN, Charlie (eds.), *Karl Marx's Social and Political Thought: Critical Assessments. Volume III: The State, Politics, and Revolution*. London, New York, Routledge, 1990, pp. 1-13.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, London: Routledge, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a new legal common sense: law, globalization, and emancipation*, 2nd ed., London, Butterworths LexisNexis, 2002.

SARFATTI, Mario, *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1933.

SARTORETTI, Claudia, *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale: riflessioni sul modello francese*, Torino, G. Giappichelli, 2008.

SAUTER, Johann, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechtes: Untersuchungen zur Geschichte der rechts- und Staatslehre*, Wien, Springer, 1932.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, « Sur le but de la présente revue », in JOUANJAN, Olivier (éd.), *L'esprit de l'École historique du droit : textes inédits en français de F. C. von Savigny et G. F. Puchta*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 25-32.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. Alfred Dufour, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Traité de droit romain. Tome premier*, trad. par Charles Guenoux, Paris, F. Didot frères, 1855.

SCHAUER, Frederick, « Foreword », in TWINING, William L., *Karl Llewellyn and the realist movement*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. ix-xxiv.

SCHAUER, Frederick, « The Politics and Incentives of Legal Transplantation », in NYE, Joseph D., DONAHUE, John D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington, Brookings Institution Press, 2000, pp. 253-268. (CID Working Paper No. 44, April 2000, *Law and Development Paper No. 2*).

SCHIELD, Wolfgang, « Savigny und Hegel », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 18 y 19 (Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX), 1978-1979, pp. 271-320.

SCHLEGEL, John Henry, *American legal realism and empirical social science*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995.

SCHLUCHTER, Wolfgang, « La sociologie du droit comme théorie empirique de la validité », in COUTOU, Michel, ROCHER, Guy (dir.), *La légitimité de l'état et du droit : autour de Max Weber*, Paris, LGDJ, Presses de l'Université Laval, 2006, pp. 63-89.

SCHLUCHTER, Wolfgang, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1979.

SCHLUCHTER, Wolfgang, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus: eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1979.

SCHMILL O. Ulises, « El positivismo jurídico », in GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 65-76.

SCHNADER, William A., « A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code », *University of Miami Law Review*, vol. 22, n° 1, 1967, pp. 1-12.

SCHNITZER, Adolf F., *De la diversité et de l'unification du droit : aspects juridiques et sociologiques*, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1946.

SCHNITZER, Adolf F., *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1961.

SCHOETTL, J.-E. « Un exemple concret de “ dialogue des juges ” : les partenariats public-privé », in *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, pp. 925-955.

SCHOFIELD, Philip, « Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence », *Journal of Legal History*, vol. 12, n° 1, 1991, pp. 58-88.

SCHULZE, Reiner (hrsg.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

SCHWARZ-LIEBERMANN, H. A., *Droit comparé – Théorie générale et Principes*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978.

SCHWARZ, Andreas B., « La réception et l'assimilation des droits étrangers », in *Introduction au droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, Recueil Sirey, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, vol. II, § 110, pp. 581-590.

SCHWARZ, Andreas B., « Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte », in THIEME, Hans, WIEACKER, Franz (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Gegenwart, Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe, Müller, 1960, p. 581 et s.

SELDEN, John, *The works of John Selden. Vol. III. Containing his English tracts*, London, Typis Guil. Bowyer, 1726.

SERVERIN, Évelyne, « Jurisprudence », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 209-211.

SERVERIN, Évelyne, « Sens et portée de la distinction entre dogmatique et sociologie du droit chez Max Weber », in COUTOU, Michel, ROCHER, Guy (dir.), *La légitimité de l'état et du droit : autour de Max Weber*, Paris, LGDJ, Presses de l'Université Laval, 2006, pp. 155-171.

SHANNON, Thomas R., *An Introduction to the World-System Perspectives*, 2th ed., Boulder, Westview Press, 1996.

SHKLAR, Judith N., *Montesquieu*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1987.

SHKLAR, Judith, « Montesquieu and the new republicanism », in BOCK, Gisela, SKINNER, Quentin, VIROLI, Maurizio (éd.), *Machiavelli and republicanism*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1990, pp. 265-279.

SINCLAIR, Michael B. W., « The Use of Evolution Theory in Law », *University of Detroit Law Review*, vol. 64, n° 3, 1987, pp. 451-480.

SKINNER, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought. Vol. 2, The Age of Reformation*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1978.

SMELSER, Neil J., *Comparative methods in the social sciences*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1976.

SMITH, Constance I., « Jean Bodin and Comparative Law », *Journal of the History of Ideas*, vol. 25, n° 3, 1964, pp. 417-422.

SNOW, D., BENFORD, R. D., « Alternative Types of Cross-national Diffusion in the Social Movement Arena », in DELLA PORTA, Donatella, KRIESI, Hanspeter, RUCHT, Dieter (eds.), *Social movements in a globalizing world*, New York, St. Martin's Press, 1999.

SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES (éd.), *Code civil : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, 2 vols.

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (éd.), *Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris, 1950 : L'Influence du code civil dans le monde*, Paris, A. Pédone, 1954.

SOLARI, Gioele, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, Torino, G. Giappichelli 1971.

SOLEIL, Sylvain, « “ Ces sages lois que les autres peuples s'empressent à l'envie d'adopter... ”. Le recours à l'étranger dans la formation du concept de “ modèle juridique français ” », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 86, n° 2, 2008, pp. 225-244.

SOLEIL, Sylvain, « La formación del derecho francés como modelo jurídico », *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 28, 2006, pp. 387-398.

SOLEIL, Sylvain, « La réception du modèle juridique français à l'étranger. Affaire de puissance ou de qualité technique ? », in COPPEIN, Bart, STEVENS, Fred, WAEKENS, Laurent (éd.), *Modernisme, Tradition et acculturation juridique*, Brussel, VWK, 2011, pp. 269-284.

SOLEIL, Sylvain, « Le Modèle juridique français : recherches sur l'origine d'un discours », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 38, 2003, pp. 83-95.

SOLEIL, Sylvain, « Le succès des modèles juridiques français dans le monde au XIX^e siècle. Retour sur quatre clefs d'explication », in Wojtyczek, K. (dir.), *Journées juridiques franco-polonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & Martin, 2013, pp. 557-594.

SOLEIL, Sylvain, « Lex Imperat : Creation and Exportation of the French Model of the Legality Principle (18th-19th C.) », in MARTYN, G., DUBBER, M. D., PIHLAJAMÄKI, H. (ed.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle – Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker et Humblot, 2013, pp. 145-168.

SOLEIL, Sylvain, « Manéga en Bessarabie, Bello au Chili et Boissonade au Japon. Trois réformateurs du XIX^e siècle face au modèle juridique français », *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, N° 3, 2013.

SOLEIL, Sylvain, « Modèles, réseaux et fonds juridique commun. Les ambitions de la doctrine comparatiste française (1900-1950) », in LE YONCOURT, Tiphaine, MERGEY, Anthony, SOLEIL, Sylvain (dir.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, pp. 305-324.

SOLEIL, Sylvain, « Une étape dans la construction des droits fondamentaux : l'universalisme révolutionnaire français (1789-1790) », in HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (dir.), *Humanisme et droit. Mélanges Jean Dhommeaux*, Paris, Pédone, 2013, pp. 115-134.

SOLEIL, Sylvain, *Le modèle juridique français dans le monde : une ambition, une expansion, XVI^e-XIX^e siècle*, Paris, IRJS éd., 2014.

SPECTOR, Céline, « L'Esprit des lois de Montesquieu : entre libéralisme et humanisme civique », *Revue Montesquieu*, N° 2, 1998, pp. 139-161.

SPECTOR, Céline, *Montesquieu: Liberté, droit et histoire*, Paris, Michalon, 2010.

SPURLIN, Paul M., *Montesquieu in America, 1760-1801*, University (La.), Louisiana State University Press, 1940.

STAMMLER, Rudolf, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Charlottenburg, Pan Verlag R. Heise, 1925.

STEIN, Peter, *Legal evolution: the story of an idea*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1980.

STEIN, Peter, *Roman law in European history*, New York, Cambridge University Press, 1999.

STONE, Alan, « The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype », *Law & Society Review*, vol. 19, n° 1, 1985, pp. 39-68.

STONE, Julius, *Social dimensions of law and justice*, Stanford, Stanford University Press, 1966.

STRANG, David, SOULE, Sarah A., « Diffusion in Organizations and Social Movements: From Hybrid Corn to Poison Pills », *Annual Review of Sociology*, Vol. 24, No. 1, 1998, pp. 265-290.

STRÖMHOLM, Stig, VOGEL, Hans-Heinrich, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

SUMMERS, Robert S., *Instrumentalism and American legal theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982.

SWIDLER, Ann, « The Concept of Rationality in the Work of Max Weber », *Sociological Inquiry*, vol. 43, n° 1, 1973, pp. 35-42.

TAMANAH, Brian Z., « A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from "Living Law" », *Law & Social Inquiry*, vol. 36, n° 1, 2011, pp. 297-318.

TAMANAH, Brian Z., *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2010.

TAMANAH, Brian Z., *Realistic socio-legal theory: pragmatism and a social theory of law*, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1997.

TAPIA R., Mauricio, « Le modèle juridique français et l'Amérique latine », in CABRILLAC, Rémy (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, Paris, Economica, 2011, pp. 111-137.

TARDE, Gabriel, *Les Lois de l'imitation, étude sociologique*, Paris, Alcan, 1895.

TARDE, Gabriel, *Les transformations du droit : étude sociologique*, 5^e éd., Paris, Alcan, 1906.

TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il mulino, 1974.

TASCÓN, Tulio Enrique, « La reforma constitucional », in ID., *Historia del Derecho Constitucional Colombiano: Lecciones de historia política dictadas en el Externado de Derecho y en la Universidad Libre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 15-26.

TAY, Alice, KAMENKA, Eugene, « Marxism, Socialism and the Theory of Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 23, 1984-1985, pp. 217-249.

TEUBNER, Gunther, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », *The Modern Law Review*, Vol. 61, No. 1, 1998, pp. 11-32.

THIEMANN, Ronald F., « Montesquieu and the Future of Liberalism », in KINGSTON, Rebecca E. (ed.), *Montesquieu and His Legacy*, Albany, State University of New York Press, 2009, pp. 271-278.

THIEME, Hans, « Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, vol. 56, n° 1, 1936, pp. 202-263.

THIREAU, Jean-Louis, « Humanisme (jurisprudence) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 795-800.

THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 2003.

THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 2003.

TILLET, Edouard, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

TREIBER, Hubert, « La place de Max Weber dans la sociologie du droit allemande contemporaine », *Droit et Société*, n° 9, 1988, pp. 203-253.

TREIBER, Hubert, « Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Weber's Ideal Type in the Sociology of Law », *Max Weber Studies*, vol. 8, n° 2, 2008, pp. 225-246.

TROPER, Michel, « Normativisme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1074-1079.

TROPER, Michel, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

TWINING, William L., *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

TWINING, William, « Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition », in EDGE, Ian, *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, Transnational Publishers, 2000, pp. 21-76.

TWINING, William, « Diffusion and Globalization Discourse », *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n° 2, 2006, pp. 507-151.

TWINING, William, « General and particular Jurisprudence: three chapters in a story », in ID., *Globalisation and legal theory*, London, Butterworths, 2000, pp. 15-49.

TWINING, William, « Social Science and Diffusion of Law », *Journal of Law and Society*, vol. 32, n° 2, 2005, pp. 203-240.

TWINING, William, *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009.

TWINING, William, *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009.

TWINING, William, *Globalisation and legal theory*, London, Butterworths, 2000.

TWINING, William, *The Tilburg-Warwick lectures, 2000 General Jurisprudence. Lecture IV: Generalizing about law: the case of legal transplants*, 2000.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Universidad Nacional de Colombia, 2006.

VALCKE, Catherine, « “Droit” : réflexion sur une définition aux fins de comparaison », in LEGRAND, Pierre (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, pp. 99-121.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil: Parte General y Personas (tomo I)*, 13ª edición, Bogotá, Temis, 1994.

VAN DE KERCHOVE, Michel, « Bentham et Kelsen », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 69, n° 2, 2012, 106-120.

VAN HOECKE, Mark, « Théorie général du droit », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 416-419.

VAN HOECKE, Mark, *What is legal theory?*, Leuven, Acco, 1985.

VERGARA LACALLE, Oscar, « La noción de “orden” o “mandato” en la teoría general del derecho del realismo escandinavo. Una nota sobre las limitaciones del análisis psicologista del lenguaje normativo », *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 7, 2003, pp. 815-830.

VERGARA LACALLE, Oscar, *El Derecho como fenómeno psicológico-social y la posibilidad de una ciencia jurídica avalorativa. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Thèse de doctorat, dir. P. Serna Bermúdez, Universidade da Coruña (España), 2002.

VERGOTTINI, Guiseppe de, *Au-delà du dialogue entre les cours : Juges, droit étranger, comparaison*, trad. Jean-Jacques Pardini, Paris, Dalloz, 2013.

VICO, Giambattista, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, trad. Ariel Doubine, éd. Benedetto Croce, Paris, Nagel, 1953.

VIGOUR, Cécile, *La Comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, Paris, La Découverte, 2005.

VILE, M. J. C., *Constitutionalism and the separation of powers*, 2nd ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1998.

VILE, Malcom, « Custom, Combat, and the Comparative Study of Laws: Montesquieu Revisited », in DRESCH, Paul, SKODA, Hannah (eds.), *Legalism: anthropology and history*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 261-278.

VILLEY, Michel, « Ce qu'on entend par "sociologisme juridique" », in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, pp. 333-337.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, éd. S. Rials, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

VILLEY, Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1961.

VINCENT, Andrew, «Marx and Law», *Journal of Law and Society*, vol. 20, N° 4, 1993, pp. 371-397.

VOLG, W. Paul, « Durkheim's Sociology of Law: Morality and the cult of the individual », in TURNER, Stephen P. (ed.), *Emile Durkheim: sociologist and moralist*, London, New York, Routledge, 1993, pp. 69-91.

WALLACH, Frederick, *Introduction to European commercial law*, New York, Oceana Publications, 1953.

WALSH, Philip W., « Jefferson's Vacant Lands and Bolívar's "Desierto": Two Applications of Montesquieu's Thought to the Americas », *Confluencia: Revista hispánica de cultura y literatura*, vol. 21, N° 1, 2005, pp. 42-55.

WATSON, Alan, « Aspects of Reception of Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, n° 2, 1996, pp. 335-351.

WATSON, Alan, « Comparative Law and Legal Change », *Cambridge Law Journal*, vol. 37, n° 2, 1978, pp. 313-336.

WATSON, Alan, « Comparative Law and Legal Change », *Cambridge Law Journal*, vol. 37, n° 2, 1978, pp. 313-336.

WATSON, Alan, « Comparative Law and Legal Change », *Cambridge Law Journal*, vol. 37, n° 2, 1978, pp. 313-336.

WATSON, Alan, « Evolution of Law: Continued », *Law and History Review*, vol. 5, n° 2, 1987, pp. 537-570.

WATSON, Alan, « Legal Change: Sources of Law and Legal Culture », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131, n° 5, 1983, pp. 1121-1157.

WATSON, Alan, « Legal Transplants and European Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 4, 2000.

WATSON, Alan, « Legal Transplants and law reform », in WATSON, Alan, *Legal Origins and Legal Change*, Londres, Hambledon Press, 1991, pp. 293-298.

WATSON, Alan, « Legal Transplants and Law Reform », *Law Quarterly Review*, n° 92, 1976, pp. 79-88.

WATSON, Alan, *Comparative law: law, reality and society*, Lake Mary (FL): Vandeplas Pub., 2007.

WATSON, Alan, *Law out of context*, Athens, University of Georgia Press, 2000.

WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Georgia, University of Georgia Press, 1993 (1st ed., 1974).

WATSON, Alan, *Roman law and comparative law*, Athens, University of Georgia Press, 1991.

WATSON, Alan, *Society and legal change*, Philadelphia, Temple University Press, 2001.

WATSON, Alan, *The evolution of law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1985.

WEBER, Max, « Agrarverhältnisse im Altertum », in WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, hrsg. Marianne Weber, Tübingen, Mohr, 1988, pp. 1-288.

WEBER, Max, *Économie et société. Vol. 1, Les catégories de la sociologie*, trad. Julien Freund *et. al.*, sous la dir. de Jacques Chavy et d'Éric de Dampierre, Paris, Plon/Pocket, 1995.

WEBER, Max, *Économie et société. Vol. 2, L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, trad. Julien Freund *et. al.*, sous la dir. de Jacques Chavy et d'Éric de Dampierre, Paris, Plon/Pocket, 1995.

WEBER, Max, *Essais sur la théorie de la science*, trad. Julien Freund, Paris, Plon, 1965.

WEBER, Max, *Max Weber-Gesamtausgabe. Band I/22,3: Wirtschaft und Gesellschaft. Recht*, Hrsg. v. Werner Gephart u. Siegfried Hermes, Tübingen, Mohr, 2010.

WEBER, Max, *Sociologie du droit*, trad. Jacques Grosclaude, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

WEINREB, Lloyd L., *Natural law and justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.

WESTNEY, Eleanor, *Imitation and Innovation: The Transfer of Western Organizational Patterns to Meiji Japan*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

WHITE, Ahmed A., « Max Weber and the Uncertainties of Categorical Comparative Law », in RILES, Annelise, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 40-57.

WHITMAN, James Q., *The legacy of Roman law in the German romantic era: historical vision and legal change*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

WHITMAN, James, « Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code », *Yale Law Journal*, vol. 97, n° 1, 1987, pp. 156-176.

WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957; Comares, 2000.

WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957; Comares, 2000.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

WIEGAND, Wolfgang, « The Reception of American Law in Europe », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 2, 1991, pp. 229-248.

WIGMORE, John H., *Problems of law, its past, present, and future: three lectures*, New York, C. Scribner's Sons, 1920.

WIJFFELS, Alain, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010.

WISAN, Winifred L., « Galileo's Scientific Method: A Reexamination », in BUTTS, Robert E., PITT, Joseph C. (eds.), *New perspectives on Galileo*, Dordrecht, Boston, D. Reidel, 1978, pp. 1-57.

WISEMAN, Zipporah B., « The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules », *Harvard Law Review*, vol. 100, n° 3, 1987, pp. 465-545.

WOLF, Erik, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1963.

ZACHARIÄ, Karl S., « Über den Zweck dieser Zeitschrift : Statt einer Vorrede », *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. 1, 1829, pp. 1-43.

ZAGREBELSKY, G., *Historia y constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 1995.

ZAJTAY, Imre, « Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung », *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 156, 1957, pp. 361 et s.

ZAJTAY, Imre, « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, n° 4, 1957, pp. 686-713.

ZAJTAY, Imre, « Les destinées du Code civil », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 6, n° 4, 1954, pp. 792-810.

ZAMBONI, Mauro, « From “Evolutionary Theory and Law” to a “Legal Evolutionary Theory” », *German Law Journal*, vol. 9, n° 4, 2008, pp. 514-546.

ZIEGERT, Klaus A., « Introduction to the Transaction Edition », in EHRlich, Eugen, *Fundamental principles of the sociology of law*, trans. Walter L. Moll, New Brunswick, Transaction Publishers, 2002, pp. xix-l.

ZIEGERT, Klaus A., « The Sociology behind Eugen Ehrlich’s Sociology of Law », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 7, 1979, pp. 225-273.

ZIMMERMANN, Reinhard, « Foreword », in WIEACKER, Franz, *A history of private law in Europe with particular reference to Germany*, trans. Tony Weir, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1995, pp. v-iii.

ZITELMANN, E., « Des différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, tome I, pp. 189-198.

ZUCCA, Lorenzo, « Montesquieu, Methodological Pluralism and Comparative Constitutional Law », *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n° 3, 2009, pp. 481-500.

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, translation Tony Weir, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

II. BIBLIOGRAPHIE SUR LA RÉCEPTION DU CONSTITUTIONNALISME FRANÇAIS DANS LA DISCUSSION DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE (PARTIE II)

ACHIN, Catherine, LÉVÊQUE, Sandrine, *Femmes en politique*, Paris, La Découverte, 2006.

AGERON, Charles-Robert, « Gambetta et la reprise de l’expansion coloniale », *Revue française d’histoire d’outre-mer*, tome 59, N° 215, 1972, pp. 165-204.

AGERON, Charles-Robert, *L’anticolonialisme en France de 1871 à 1914*, Paris, Presses Universitaires de France, 1973.

AGOSTINO, M., GUILLAUME, S., DROUIN, J.-Cl., HERPIN, J. (dir.), *Textes d’histoire contemporaine. 1, Le XIXe siècle*, 4^e éd., Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1995.

AGUILERA P., Rafael, ESPINO T., Diana R., « Repensar A León Duguit Ante La Actual Crisis Del Estado Social », *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 12, 2010, pp. 49-71.

AGULHON, Maurice, *La République. Tome I, l’élan fondateur et la grande blessure, 1880-1932*, Paris, Hachette Littératures, 1999.

ALVIAR GARCÍA, Helena, « Leon Duguit’s influence in Colombia: the lost opportunity of a potentially progressive reform », in FRANKENBERG, Günter (ed.), *Order from transfer:*

comparative constitutional design and legal culture, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2013, pp. 306-321.

ANDERSON, Robert D., *France 1870-1914: politics and society*, London, Henley, Boston, Routledge and K. Paul, 1977.

ANDRADE, Margot, *L'influence française en Colombie*, Thèse de doctorat, Histoire des relations internationales, dir. Bertrand Joly, Université de Nantes, 2009.

ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de León Duguit*, Madrid, Dykinson, 2006.

ARCHILA NEIRA, Mauricio, *Cultura e identidad obrera: Colombia 1910-1945*, Bogotá, CINEP, 1991.

ARCINIEGAS, Germán, « Aspectos de Olaya Herrera y su gobierno », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 299-304.

ARDANT, Philippe, « Le contenu des Constitutions : variables et constantes », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, N° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, pp. 31-42.

ARDANT, Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2000.

ARIAS, Ricardo, « Estado laico y catolicismo integral en Colombia: la reforma religiosa de López Pumarejo », *Historia crítica*, n° 19, 1999, pp. 69-96.

ARIZMENDI POSADA, Ignacio, *Presidentes de Colombia (1810-1990)*, Bogotá, Planeta, 1989.

ARNAUD, André-Jean, *Critique de la raison juridique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

ARNAUD, André-Jean, *Les Juristes face à la société : du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975.

ASIWAJU, Anthony I., « Control Through Coercion; A Study of the Indigenat Regime in French West African Administration, 1887-1946 », *Journal of the Historical Society of Nigeria*, vol. 9, n° 3, 1978, pp. 91-124.

ATIAS, Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002.

AUDIER, Serge, *Les théories de la république*, Paris, La Découverte, 2004.

AUDREN, Frédéric, « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs lyonnais et les traditions de la science sociale (1875-1930) », in DEROUSSIN, D. (dir.), *La Faculté de droit de Lyon et le renouvellement de la science juridique sous la III^e République*, Paris, La Mémoire du Droit, 2007, pp. 3-50.

AUDREN, Frédéric, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France : deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, Thèse de doctorat en droit, dir. Jean-Louis Halpérin, Université de Bourgogne, 2005.

- AUMAÎTRE, Théophile, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, F. Pichon, 1890.
- AVRIL, Pierre, GICQUEL, Jean, *Lexique droit constitutionnel*, 4^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2013.
- AYALA DIAGO, César Augusto, *El porvenir del pasado: Gilberto Alzate Avendaño, sensibilidad leoparda y democracia. La derecha colombiana en los años treinta*, Bogotá, Fundación Gilberto Alzate Avendaño, Universidad Nacional de Colombia, 2007.
- AYALA MORA, Enrique, « Ecuador desde 1930 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 16. Los países andinos desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 2002, pp. 259-300.
- AZÉMA, Jean-Pierre, WINOCK, Michel, *La III^e République*, Paris, Calmann-Lévy, 1976.
- BACOT, Guillaume, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éditions du CNRS, 1985.
- BAGOLINI, Luigi, *Il metodo di Léon Duguit*, Siena, Circolo Giuridico Dell'Università, 1951.
- BANCEL, Nicolas, BLANCHARD, Pascal, VERGÈS, Françoise, *La République coloniale : essai sur une utopie*, Paris, A. Michel, 2003.
- BARRETO MORENO, Antonio A., « La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta », *Opinión Jurídica*, vol. 10, n° 20, 2011, pp. 65-84.
- BARTHÉLEMY, Joseph, « Compte rendu de Léon Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel, première édition », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 25, 1908, pp. 152-163.
- BARTHÉLEMY, Joseph, DUEZ, Paul, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1933 (réimpression : Paris, Economica, 1985 ; Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004).
- BARTHÉLEMY, Joseph, MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Le droit public de la Révolution*, Paris, Recueil Sirey, 1937.
- BATISTA PEREIRA, Eliécer, CORAL LUCERO, James I., « La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia », *Criterio Jurídico*, vol. 10, n° 1, 2010, pp. 59-90.
- BAUMERT, Renaud, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : aspects d'une conversion », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 139-189.
- BAUMERT, Renaud, *La découverte du juge constitutionnel entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, 2009.
- BAYART, Jean-François, *Les études postcoloniales : un carnaval académique*, Paris, Éd. Karthala, 2010.
- BEAUD, Olivier, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick

(dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 219-253.

BEAUD, Olivier, « Doctrine », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 384-388.

BEAUD, Olivier, « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 29-55.

BEAUD, Olivier, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 14 (Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?), 2015, pp. 1-77.

BEAUD, Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 3 (Autour de la notion de Constitution), 2009, pp. 1-29.

BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick, « Préface », ID. (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 5-6.

BECKER, Jean-Jacques, BERSTEIN, Serge, *Victoire et frustrations, 1914-1929*, Paris, Éditions du Seuil, 1990.

BELLEAU, Marie-Claude, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 3, 1999, pp. 507-544.

BENEYTO, Juan, « La sustitución de los estamentos tradicionales en España y en Hispanoamérica », *Revista de Estudios Americanos*, vol. 20 n° 103, 1960, pp. 1-13.

BENOIST, Charles, « Parlement et parlementarisme », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905-1907, tome II, pp. 292-313.

BENOIST, Charles, *De l'Organisation du suffrage universel. La crise de l'État moderne*, Paris, Firmin-Didot, 1895.

BENOIST, Charles, *L'organisation de la démocratie*, Paris, Perrin, 1900.

BENOIST, Charles, *La réforme parlementaire*, Paris, Plon-Nourrit, 1902.

BERNARD, Stéphan, « Considération sur la théorie sociologique de l'État dans le système de Duguit », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1954, n° 3, pp. 607-636.

BERSTEIN, Serge, *La France des années 30*, 4^e éd., Paris, A. Colin, 2002.

BERTRAM, Geoffrey, « Pérou, 1930-1960 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 16. Los países andinos desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 2002, pp. 3-58.

BIRNBAUM, Pierre (dir.), *La France de l'affaire Dreyfus*, Paris, Gallimard, 1994.

BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité : Histoire d'une idée*, Paris, Éd. Gallimard, 2007.

BLANCHARD, Pascal, BANCEL, Nicolas, « La fondation du républicanisme colonial. Retour sur une généalogie politique », *Mouvements*, n° 38, 2005, pp. 26-33.

BLANCHARD, Pascal, LEMAIRE, Sandrine, BANCEL, Nicolas (dir.), *Culture coloniale en France : de la Révolution française à nos jours*, Paris, CNRS éd., Autrement, 2008.

BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

BLANQUER, Jean-Michel, « Léon Duguit et le lien social », in DECRETON, Séverine (dir.), *Service public et lien social*, Paris, l'Harmattan, 1999, pp. 77-92. BLANQUER, Jean-Michel, MILET, Marc, « Les idées politiques de Léon Duguit. Un prisme contextuel et biographique », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-28.

BLANQUER, Jean-Michel, MILET, Marc, *L'Invention de l'État : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015.

BLUCHE, Frédéric, *Manuel d'histoire politique de la France contemporaine*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

BLUM, Léon, *La Réforme gouvernementale*, Paris, B. Grasset, 1936.

BOCK, Fabienne, *Un parlementarisme de guerre : 1914-1919*, Paris, Belin, 2002.

BODINEAU, Pierre, VERPEAUX, Michel, *Histoire constitutionnelle de la France*, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

BONNARD, Roger, « De la responsabilité des fonctionnaires devant le Parlement », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 29, 1912, pp. 73-94.

BONNARD, Roger, « La doctrine de Duguit sur le droit et l'État », *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, I^e année, 1926-1927, pp. 18-40.

BONNARD, Roger, « Léon Duguit 1859-1928 », *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III^e année, 1928-1929, pp. 58-70.

BONNARD, Roger, « Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec des inédits de Duguit) », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 7-19.

BONNARD, Roger, *À la mémoire de Léon Duguit, 1859-1928, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux (1919-1928)*, Bordeaux, Impr. de Cadoret, 1929.

BONNARD, Roger, *Léon Duguit, ses œuvres, sa doctrine* (Extrait de la Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, janvier-février-mars, 1929), Paris, Marcel Giard, 1929.

BONNEFOUS, Georges, *Histoire politique de la Troisième République 1906-1940*, Presses Universitaires de France, 1956-1967, 7 vol.

BORGETTO, Michel, « Solidarité », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1427-1430.

BORGETTO, Michel, *La notion de fraternité en droit public français : Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

BORNE, Dominique, DUBIEF, Henri, *La crise des années 30 : 1929-1938*, Paris, Éditions du Seuil, 1989.

BOTERO, Sandra, «La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia», *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, No. 33, 2006, pp. 85-109.

BOUDON, Julien, « Introduction », in ROSSI, Pellegrino, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012.

BOUDON, Julien, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », in HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 263-279.

BOUGLÉ, Célestin, *Le solidarisme*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1907.

BOULAIRE, Jérémie, « François Gény et le législateur », in HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 69-94.

BOURDEAU, Michel, « La réception du positivisme (1843-1928) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 8, 2003, pp. 3-8.

BOURGEOIS, Léon, CROISSET, Alfred, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, Paris, F. Alcan, 1902.

BOURGEOIS, Léon, *Les applications de la solidarité sociale*, Paris, Bureaux de la Revue Politique et Parlementaire, 1902.

BOURGEOIS, Léon, *Solidarité*, 5^e éd., Paris, A. Colin, 1906.

BOUTMY, Émile, *Études de droit constitutionnel. France, Angleterre, États-Unis*, Paris, A. Colin, 2^e éd., 1895.

BOYÉ, A. J., « Souvenirs personnels sur Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 115-128.

BOYÉ, A. J., « Souvenirs personnels sur Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 115-128.

BREDIN, Jean-Denis, *L'Affaire*, Paris, Fayard, 1995.

BRIMO, Albert, *Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, A. Pedone, 1967.

BROUÉ, Pierre, *La Révolution espagnole : 1931-1939*, Paris, Flammarion, 1977

BRUGMAN, Catalina, « El fracaso del republicanismo en Colombia: 1910-1914 », *Historia Crítica*, n° 21, 2001, pp. 91-110.

BRUNET, Jean-Paul, *Histoire du Front populaire : 1934-1938*, 2^e éd. Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

BUJADOUX, Jean-Félix de, *La « Constitution de la III^e République »*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2014.

BURDEAU, François, « Droit administratif », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 423-431.

BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

BURDEAU, Georges, « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 52, 1935, 354-381.

BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique. Tome II, L'État*, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

BUREAU, D., « Les regards doctrinaux sur le Code civil », in LEQUETTE, Yves, LEVENEUR, Laurent (dir.), *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, Université Panthéon-Assas, 2004, pp. 171-210.

BUSHNELL, David, *Colombia una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*, trad. Claudia Montilla V., Bogotá, Planeta, 1994.

CAHEN, Michel, « À propos d'un débat contemporain : du postcolonial et du post-colonial », *Revue historique*, N° 660, 2011, pp. 899-913.

CAPITANT, René, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tome 3, Les sources des diverses branches du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1934, pp. 1-8.

CAPORAL, Stéphane, « Qu'appelle-t-on doctrine(s) ? Quelques observations du côté de la philosophie », in KOUBI, Geneviève (dir.), *Doctrines et doctrine en droit public*, 1997, pp. 11-32.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil : introduction*, 27^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

CARBONNIER, Jean, *Sociologie Juridique* (1978), Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 48, 1931, pp. 225-244.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920-1922, 2 vols. (réimpression : Paris, Dalloz, 2004).

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931 (réimpression : Paris, Economica, 1984).

CASTRO FARIAS, José Fernando de, *La reformulation de l'état et du droit à la fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle : les énoncés de Léon Duguit et de Maurice Hauriou*, Thèse de doctorat, Science politique, dir. Michel Miaille, Montpellier I, 1992.

CEPEDA, Manuel José, « La reforma de 1936 y las libertades públicas: ¿Qué ha hecho la Corte Suprema? », in TIRADO MEJÍA, Alvaro (comp.), *Estado y economía: 50 años de la Reforma del 36*. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986, pp. 61-109.

CHAGNOLLAUD, Dominique, *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1, Théorie générale, les régimes étrangers*, 3^e éd., Paris, A. Colin, 2003.

CHAMPEAU, Edmond, URIBE, Antonio José, *Tratado de derecho civil colombiano. Tomo Primero. De las personas*, Paris, L. Larose, 1899.

CHARLTON, Donald G., *Positivist thought in France during the Second Empire, 1852-1870*, Oxford, Clarendon Press, 1959.

CHASTENET, Jacques, *Histoire de la Troisième République*, Hachette, 1952-1963, 7 vol.

CHATRIOT, Alain, « Réformer le social sous la Troisième République », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, N° 56-4bis, 2009, pp. 40-53.

CHEVALIER, François, *L'Amérique Latine de l'indépendance à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

CHEVALLIER, Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, N° 50, 2002, pp. 103-120.

CHEVALLIER, Jacques, « La résurgence du thème de la solidarité », in CHEVALLIER, Jacques, COCHART, Dominique (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 111-135.

CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1994.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, 9^e éd., Paris, A. Colin, 2001.

CHOPPLET, Antoine, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Thèse de doctorat, Droit public, dir. Julien Boudon, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012.

CIMAMONTI, Sylvie, « Doctrine juridique », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^{ère} éd., Paris, LGDJ, Story-Scientia, 1988, pp. 103-105.

CINTURA, Paul, « La pensée politique de Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest (série juridique)*, 1968, n° 1-2, pp. 67-98, n° 3-4, pp. 153-193.

COLLIARD, Jean-Claude, « Portrait d'Adhémar Esmein », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 38-43.

COLMENARES, Germán, « Ospina y Abadía: la política en el decenio de los veinte », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 243-268.

COMBES DE LESTRADE, Gaëtan, *Droit politique contemporain*, Paris, Guillaumin, 1900.

COMTE, Auguste, *Système de politique positive : ou Traité de sociologie instituant la religion de l'humanité*, Paris, L. Mathias, 1851, 4 vols.

CONAC, Georges, « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », in FRAISSEIX, Patrick (éd.), *Mélanges Patrice Gélard : droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 13-23.

CONKLIN, Alice L., « Faire Naître v. Faire du Noir: Race Regeneration in France and French West Africa, 1895–1940 », in CHAFER, Tony, SACKUR, Amanda (ed.), *Promoting the Colonial Idea: Propaganda and Visions of Empire in France*, New York, Palgrave, 2002, pp. 143-155.

CONKLIN, Alice L., *A Mission to Civilize: The Republican Idea of Empire in France and West Africa, 1895-1930*, Stanford, Stanford University Press, 1997.

COSTANTINI, Dino, *Mission civilisatrice : Le rôle de l'histoire coloniale dans la construction de l'identité politique française*, Paris, La Découverte, 2008.

COUDERC-MORANDEAU, Stéphanie, *Philosophie républicaine et colonialisme : origines, contradictions et échecs sous la Troisième République*, Paris, l'Harmattan, 2008.

COUSIN, Cyrille, « La doctrine solidariste de Léon Duguit », *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 26^e année, n° 90, 2001, pp. 1931-1989.

CUMBERLAND, Charles C., *La revolución mexicana: los años constitucionalistas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

CUVELIER, Claire, HUET, Delphine, JANSSEN-BENNYNCK, Clémence, « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkin-Guetzévitch », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 130, n° 6, 2014, pp. 1534-1577.

DALBIAN, Denyse, *Dom Pedro, empereur du Brésil*, Paris, Plon, 1959.

DANSETTE, Adrien, *Le boulangisme*, Paris, Fayard, 1946.

DARESTE, Pierre-Rodolphe, *Traité de droit colonial*, Paris, Robaudy, 1931, 2 vols.

DAVID, Marcel, « Solidarité et fraternité en droit public français », in BEGUIN, Jean-Claude, CHARLOT, Patrick, LAIDIÉ, Yan (dir.), *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 11-31.

DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés, BOTERO JARAMILLO, Felipe, « La compleja Modernización de los partidos más antiguos de América Latina », in CAVAROZZI, Marcelo, ABAL MEDINA, Juan Manuel (comp.), *El asedio a la política los partidos latinoamericanos en la era neoliberal*, Rosario, Homo Sapiens, 2002, pp. 259-292.

DE BUJADOUX, Jean-Félix, « Jaurès, aux origines du modèle français de parlementarisme rationalisé », *Jus Politicum: Revue de droit politique*, n° 11 (Mutations du droit public), 2013, pp. 1-49.

DE VILLIERS, Michel, LE DIVELLE, Armel, « Parlementarisme rationalisé », in ID., *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 8^e éd., Paris, Sirey, 2011, pp. 261-263.

DEAS, Malcom, « Algunas notas sobre la historia del caciquismo en Colombia », *Revista de Occidente*, n° 127, 1973, pp. 118-140.

DECOUFLÉ, André, *La Commune de Paris, 1871 : révolution populaire et pouvoir révolutionnaire*, Paris, Éditions Cujas, 1969.

DELABROUSSE, Lucien (éd.), *Discours politiques et judiciaires, rapports et messages de Jules Grévy*, Paris, Quantin, 1888, 2 vols.

DÉLOYE, Yves, « La construction politique d'une " science électorale " en France sous la III^e République. Facteurs et acteurs d'un métissage politico-scientifique », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 19, n° 3, 2012, pp. 37-66.

DELVOLVÉ, Pierre, « Service public et libertés publiques », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 1, 1985, pp. 1-11.

DÉMIER, Francis, *La France du XIX^e siècle, 1814-1914*, Paris, Éditions du Seuil, 2000.

DENQUIN, Jean-Marie, « Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 137-147.

DIDRY, Claude, « De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et É. Durkheim au tournant du siècle (1880-1900) », *Genèses*, n° 2, 1990, pp. 5-27.

DIDRY, Claude, « Léon Duguit, ou le service public en action », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 52-53, 2005, pp. 88-97.

DIMIER, Véronique, *Le gouvernement des colonies : regards croisés franco-britanniques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

DONZELOT, Jacques, *L'Invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Éd. du Seuil, 1994.

DORADO MONTERO, Pedro, « Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 12, 1899, pp. 1-51, 219-251.

DRAKE, Paul, « Chile, 1930-1958 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 15. El cono sur desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 2002, pp. 219-254.

DROIN, Nathalie, « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 80, 2009, pp. 725-747.

DUBIEF, Henri, *Le syndicalisme révolutionnaire*, Paris, A. Colin, 1969.

DUBOUCHET, Paul, *La pensée juridique avant et après le code civil*, 4^e éd., Lyon, L'Hermès, 1998.

DUCLERT, Vincent, *L'affaire Dreyfus*, Paris, La Découverte, 2012.

DUGUIT, Léon, « De la situation du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 251-284.

DUGUIT, Léon, « Des fonctions de l'État moderne », *Revue internationale de sociologie*, 2^e année, n° 3, 1894, 161-197.

DUGUIT, Léon, « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 35, 1918, pp. 173-211 et 325-377.

DUGUIT, Léon, « L'élection des sénateurs. (À propos de la proposition de MM. Maurice Faure et Guillemet) », *Revue Politique et Parlementaire*, 1895, pp. 300-323, 453-473.

DUGUIT, Léon, « La doctrine allemande de l'autolimitation », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 36, 1919, pp. 161-190.

DUGUIT, Léon, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 7^e année, 1893, pp. 99-132, 336-372, 567-615.

DUGUIT, Léon, « Le conseil d'État et l'affaire du Gaz de Bordeaux », *Revue politique et parlementaire*, tome LXXX, 1916, pp. 264-266.

DUGUIT, Léon, « Le Sénat et la responsabilité politique du Ministère », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 5, 1896, pp. 426-433.

DUGUIT, Léon, « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875 », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905-1907, tome II, pp. 313-325.

DUGUIT, Léon, « The Law and the State », *Harvard Law Review*, vol. 31, n° 1, 1917, pp. 1-185.

DUGUIT, Léon, « Théorie générale de l'acte juridique », *Revue du droit public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 36, 1919, pp. 313-337.

DUGUIT, Léon, *El pragmatismo jurídico* (Conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid), trad. Agustín de Lázaro Álvarez et al., Madrid, Francisco Beltrán, 1924.

DUGUIT, Léon, et MONNIER, Henri, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, F. Pichon, 1898.

DUGUIT, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive (Études de droit public, I)*, Paris, Fontemoing, 1901, 2 vol. (réimpression : Paris, Dalloz, 2003).

DUGUIT, Léon, *L'État, les gouvernants et les agents (Études de droit public, II)*, Paris, Fontemoing, 1903 (réimpression : Paris, Dalloz, 2005).

DUGUIT, Léon, *La transformación del Estado*, trad. Adolfo Posada, 1^a ed. española, Madrid, José Blass y Cia., 1909 ; 2^a ed. española, Madrid, Francisco Beltrán, s. f.

DUGUIT, Léon, *Las transformaciones del Derecho Público*, trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Madrid, Francisco Beltrán, 1915.

DUGUIT, Léon, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, trad. Carlos Gonzáles Posada, 1ª ed., Madrid, Blass y Cª, 1920 [?]; 2ª ed., Madrid, Librería Francisco Beltrán, 1921.

DUGUIT, Léon, *Le Conflit de la souveraineté fédérale et de la souveraineté locale aux États-Unis d'Amérique* (extrait de la *Revue d'Économie Politique*, t. VIII, 1894), Paris, L. Larose, 1894.

DUGUIT, Léon, *Le Droit constitutionnel et la sociologie* (extrait de la *Revue Internationale de l'Enseignement*, 15 novembre, 1889, p. 484-505), Paris, A. Colin, 1889.

DUGUIT, Léon, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, 1ª ed., Paris, F. Alcan, 1908 (2ª ed., 1911; 3ª ed., 1921).

DUGUIT, Léon, *Le pragmatisme juridique : conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre, 1923*, trad. Simon Gilbert, Paris, Éd. La Mémoire du Droit, 2008.

DUGUIT, Léon, *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, Paris, E. de Boccard, 1926 (réimpression : Paris, Éd. La Mémoire du Droit, 2000).

DUGUIT, Léon, *Les Doctrines juridiques objectivistes* (extrait de la *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*), Paris, Marcel Giard, 1927.

DUGUIT, Léon, *Les transformations du Droit public*, Paris, Armand Colin, 1913 (réimpression : Paris, Éd. La Mémoire du Droit, 1999).

DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1ª ed., Paris, Félix Alcan, 1912 ; 2ª ed., 1920 (réimpression, Paris, Éd. la Mémoire du droit, 1999).

DUGUIT, Léon, *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña, 1ª ed., Madrid, Jiménez y Molina, 1921; 2ª ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1926 (reimpresión, Granada: Comares, 2005).

DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, organisation politique*, 1ª ed., Paris, Fontemoing, 1907 ; 2ª ed., Paris, Fontemoing, 1911 ; 3ª ed., Paris, E. de Boccard, 1918 ; 4ª ed., Paris, E. de Boccard, 1923 (réimpression : Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007).

DUGUIT, Léon, *Soberanía y libertad: lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York)*, trad. José G. Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1924.

DUGUIT, Léon, *Souveraineté et liberté : leçons faites à l'Université Columbia (New-York), 1920-1921*, Paris, Félix Alcan, 1922 (réimpression : Paris, Éd. La Mémoire du Droit, 2002).

DUGUIT, Léon, *Teoría general del acto jurídico*, trad. de G. S. M. O., México, Cultura, 1922.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel* (réimpression 2^e éd., 1923-1925), Paris, Éditions Cujas, 1979.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 1^e éd., Paris, Fontemoing, 1911, 2 vols.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome I, La règle de droit - Le problème de l'État*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1921.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome I, La règle de droit - Le problème de l'État*, 3^e éd., Paris, E. Boccard, 1927.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome II, La théorie générale de l'État : éléments, fonctions, et organes de l'État*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1923.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome II, La théorie générale de l'État*, 3^e éd., Paris, E. Boccard, 1928.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome III, La théorie générale de l'État : suite et fin*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1923.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome IV, L'organisation politique de la France*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome V, Les libertés publiques*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1925.

DUMONS, Bruno, POLLET, Gilles, « Universitaires et construction juridique de l'État-Providence : la formation économique et juridique des élites françaises (1890-1914) », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 1999, n° 20, pp. 179-195.

DUPEUX, Georges, « L'échec du premier gouvernement Léon Blum », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome X, n° 1, 1963, pp. 35-44.

DUPEUX, Georges, *Le Front populaire et les élections de 1936*, Paris, A. Colin, 1959.

DURAND, Bernard, « La Constitution de 1875 et les Colonies françaises : de la perplexité républicaine aux soupçons d'Empire », *Journal of Constitutional History / Giornale di Storia Costituzionale*, n° 25, 2013, pp. 79-116.

DURAND, Bernard, *Introduction historique au droit colonial*, Paris, Economica, 2015.

ÉCOLE LIBRE DES HAUTES ÉTUDES, *Hommage à Boris Mirkine-Guetzévitch, 1892-1955*, New York, École libre des hautes études, 1955.

EISENMANN, Charles, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou » (1930), in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Charles Leben, Paris, Éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2002, pp. 13-47.

EISENMANN, Charles, « La théorie des “bases constitutionnelles du droit administratif” », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 88, n° 6, 1972, pp. 1345-1441.

ELLIOTT, W. Y., « The metaphysics of Duguit's pragmatic conception of law », *Political Science Quarterly*, vol. XXXVII, n° 4, 1922, pp. 639-654.

ELLUL, Jacques, *Histoire des institutions, Tome 5 : Le XIX^e siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, «La reforma constitucional de 1910», in Vidal Perdomo, Jaime (dir.), *Historia constitucional de Colombia. Siglo XX*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, pp. 83-113.

ESMEIN, Adhémar, « Deux formes de gouvernement », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome I, 1894, pp. 15-41.

ESMEIN, Adhémar, « Le Droit comparé et l'Enseignement du Droit », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905-1907, tome I, pp. 445-454.

ESMEIN, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1914 (réimpression : Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001).

ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Les trois mondes de l'État-providence : essai sur le capitalisme moderne*, 2^e éd., trad. François-Xavier Merrien, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

EWELL, Judith, « Venezuela, 1930-c. 1990 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 16. Los países andinos desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 2002. pp. 301-356.

FABRE, Martine, « Stratégie coloniale et organisation de la justice sous la III^{ème} République. Étude quantitative des textes », in DURAND, Bernard, *La justice et le droit : Instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, Université de Montpellier, 2001

FATH-KURKDJIAN, Mélina, *La pensée constitutionnelle du Doyen Maurice Hauriou et la Cinquième République* Thèse de doctorat, Droit public, dir. Stéphane Pierre-Caps, Université Nancy 2, 2001.

FAUSTO, Boris, *A revolução de 1930*, São Paulo, Editora Brasiliense 1972.

FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo, *Las constituciones colombianas comparadas*. Medellín, Universidad de Antioquia, 1964.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, « Duguit lu : l'Espagne », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 255-275.

FERRO, Marc, *Histoire des colonisations : des conquêtes aux indépendances, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1996.

FOIGNET, René, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, à l'usage des étudiants en droit de première année*, Paris, A. Rousseau, 1895.

FONBAUSTIER, Laurent, « Léon Duguit et la mission du juge administratif (à propos de la hiérarchie entre ordres et normes juridiques) », in BIGOT, Grégoire, BOUVET, Marc (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006, pp. 277-288.

FONBAUSTIER, Laurent, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 6, 2004, pp. 1053-1061.

FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe, « Introduction », in FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, Paris, La Découverte, 2013, pp. 5-9.

FORERO N., Juan Francisco, *Crítica del derecho Constitucional (exposición sistemática del derecho Constitucional de León Duguit)*, Bogotá, Editorial Minerva, 1935.

FOULQUIER, Norbert, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste 1856-1929 », in HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 281-306.

FOULQUIER, Norbert, SACRISTE, Guillaume, « Avant-propos. Un constitutionnaliste oublié, le privatiste Raymond Saleilles », in SALEILLES, Raymond, *Le droit constitutionnel de la Troisième République*, trad. Norbert Foulquier et Guillaume Sacriste, Paris, Dalloz, 2010, pp. 9-54.

FRANÇOIS, Bastien, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in POIRMEUR, Yves, BERNARD, Alain (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 210-229.

FRICK, Jean-Paul, *Auguste Comte ou la République positive*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1990.

FRIEDMANN, Wolfgang G., *Théorie générale du Droit*, Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, 1965.

FULTON, Bruce, « The Boulanger Affair Revisited: The Preservation of the Third Republic, 1889 », *French Historical Studies*, vol. 17, n° 2, 1991, p. 310-329.

FURET, François, *La révolution française, II. Terminer la révolution : de Louis XVIII à Jules Ferry (1814-1880)*, Paris, Hachette Littératures, 1988.

GABORIAUX, Chloé, *La République en quête de citoyens : les républicains français face au bonapartisme rural, 1848-1880*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2010.

GAITÁN BOHÓRQUEZ, Julio, *Huestes de Estado: la formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, « Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano », *Opinión Jurídica*, vol. 4, n° 8, 2005, pp. 53-71.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, « El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia », en GARCÍA V., Mauricio, UPRIMNY Y., Rodrigo y RODRÍGUEZ G., Cesar A., *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 201-233.

GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2005.

GARRIGUES, Jean (éd.), *Les grands discours parlementaires de la Troisième République : de Victor Hugo à Clemenceau*, Paris, Assemblée Nationale, Armand Colin, 2006.

GARRIGUES, Jean, « Boulanger, ou la fabrique de l'homme providentiel », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 13, 2010, pp. 8-23.

GARRIGUES, Jean, « Le boulangisme est-il antiparlementaire ? », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° HS 9, 2013, pp. 49-58.

GARRIGUES, Jean, *Le boulangisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

GAUDEMET, Yves-Henri, *Les Juristes et la vie politique de la IIIe République*, Paris, Presses Universitaires de France, 1970.

GAUDEMET, Yves, *Droit administratif*, 18^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, LGDJ, 1919 (réimpression : Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995).

GÉNY, François, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. II Seconde partie : Élaboration scientifique du droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1915.

GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. IV. Quatrième et dernière partie : Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (Le Conflit du droit naturel et de la loi positive)*, Paris, Recueil Sirey, 1924.

GÉRARD, Alice, *La Révolution française, mythes et interprétations, 1789-1970*, Paris, Flammarion, 1970 .

GIANFORMAGGIO, Laetizia, « Droit naturel », in ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Story-Scientia, 1988, pp. 116-118.

GICQUEL, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 16^e éd., Paris, Montchrestien, 1999.

GICQUEL, Jean, SFEZ, Lucien, *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965.

GILBERT, Simon, « Présentation », in DUGUIT, Léon, *Le pragmatisme juridique : conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre, 1923*, trad. Simon Gilbert, Paris, Éd. La Mémoire du Droit, 2008, pp. 1-114.

GILLY, Adolfo, *La révolution mexicaine : 1910-1920. Une révolution interrompue, une guerre paysanne pour la terre et le pouvoir*, trad. P.-L. Abramson et J.-P. Paute, Paris, Éd. Syllepse, 1995.

GIMENO, Ana, *Una tentativa monárquica en América. El caso ecuatoriano*, Quito, Centro de Investigación y Cultura, Banco Central del Ecuador, 1988.

GIRAULT, Arthur, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 2^e éd., Paris, L. Larose, 1904, 2 vols.

GNECCO MOZO, José, *La reforma constitucional de 1936: comentario jurídico al acto reformativo de la constitución*, Bogotá, A. B. C., 1938.

GNECCO MOZO, José, *La reforma constitucional de 1936: comentario jurídico al acto reformativo de la constitución*. Bogotá, A. B. C., 1938.

GOGUEL, François, *La Politique des partis sous la III^e République*, Paris, Éditions du Seuil, 1946.

GONOD, Pascale, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

GONZÁLEZ, Fernán, *Poderes enfrentados. Iglesia y Estado en Colombia*, Bogotá, Cinep, 1997.

GOURDON, Hubert, *La conception du pouvoir et du gouvernement chez L. Duguit*, Thèse de doctorat, Science Politique, dir. J. L. Seurin, Université de Bordeaux, 1971.

GRANERO, Aurore, « Les révisions constitutionnelles non abouties sous la Troisième République », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 96, 2013, pp. 835-856.

GRIMM, Dieter, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

GRONDEUX, Jérôme, *Histoire des idées politiques en France au XIX^e siècle*, Paris, La Découverte, 1998.

GROS, Damien, *Naissance de la III^e République*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014.

GUERRA, François-Xavier, *Le Mexique : de l'Ancien régime à la Révolution*, Paris, l'Harmattan, 1985.

GUERRERO BARÓN, Javier, *El proceso político de las derechas en Colombia y los imaginarios sobre las guerras internacionales 1930-1945*, Tunja, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2014.

GUGGENHEIM, Paul, « Duguit et le droit international public », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, p. 221-228.

GUILLÉN KALLE, Gabriel, « Estudio preliminar. *Ius Gentium pacis* ¿Un nuevo derecho internacional ? », in MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Derecho constitucional internacional*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Reus, 2009, pp. 5-91.

GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando, *El poder político en Colombia*, Bogotá, Planeta, 1996.

GUISLIN Jean-Marc, « L'éloquence parlementaire aux débuts de la III^e République », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, N° 3, 2005, pp. 39-60.

GUISLIN, Jean-Marc, « L'éloquence parlementaire aux débuts de la III^e République », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, N° 3, 2005, pp. 39-60.

GURVITCH, Georges, « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie de droit et de sociologie juridique*, n° 1-2, 1931, pp. 155-194.

GURVITCH, Georges, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940 (réimpression : Paris, Dalloz, 2010)

GURVITCH, Georges, *L'idée du droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

GUSY, Christoph, « Les idées démocratiques dans la République de Weimar », in HERRERA, Carlos Miguel (dir.), *Les juristes de gauche sous la république de Weimar*, Paris, Éd. Kimé, 2002, pp. 13-26.

HAKIM, Nader, « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 27, 2007, pp. 459-477.

HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice, « La Belle Époque de la pensée juridique française », in ID. (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1-12.

HALPERIN, Jean-Louis, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, tome 75, n° 3, 1997, pp. 415-433.

HALPERIN, Jean-Louis, « De l'histoire au droit constitutionnel », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 45-53.

HALPÉRIN, Jean-Louis, « Exégèse (École) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 681-685.

HALPÉRIN, Jean-Louis, « Jean-Paul-Hippolyte-Emmanuel, dit Adhémar Esmein », in ARABEYRE, Patrick, HALPÉRIN, Jean-Louis, KRYNEN, Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e - XX^e siècle)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, pp. 311-312.

HALPERIN, Jean-Louis, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 4, 2001, pp. 9-32.

HALPÉRIN, Jean-Louis, « Manuels, traités et autres livre (période contemporaine) », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 990-992.

HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

HALRERIH DONGHI, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, Madrid, Alianza Editorial, 1969.

HAMON, Francis, TROPER, Michel, *Droit constitutionnel*, 29^e éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

HANOTAUX, Gabriel (dir.), *Histoire des colonies françaises et de l'expansion de la France dans le monde*, Paris, Société de l'Histoire nationale, Plon, 1930-1934, 6 vols.

HARMAND, Jules, *Domination et colonisation*, Paris, E. Flammarion, 1910.

HAURIOU, Maurice, « Les idées de M. Duguit », *Recueil de L'Académie de Législation de Toulouse*, 2^e série, tome VII, 1911, pp. 1-40.

HAURIOU, Maurice, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, La Mémoire du droit, 2000.

HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1921.

HAURIOU, Maurice, *Précis de droit Constitutionnel*, 1^{er} éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1923 ; 2^e éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929 (réimpression : Paris, Dalloz, 2015).

HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910 (réimpression : Paris, Dalloz, 2010) ; 2^e éd., Paris, Sirey, 1916.

HAUUY, Cédric, « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la III^e République », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 93, 2013, pp. 67-82.

HAYWARD, J. E. S., « Solidarist syndicalism: Durkheim and Duguit », *The Sociological Review*, vol. 8, 1960, n° 1, pp. 17-36, n° 2, pp. 185-202.

HAZAREESINGH, Sudhir, « La fondation de la République : histoire, mythe et contre-histoire », in FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, Paris, La Découverte, 2013, pp. 243-256.

HAZAREESINGH, Sudhir, *Intellectual founders of the Republic: five studies in nineteenth-century French Republican political thought*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

HENAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 9^a ed., Bogotá, Temis, 1994.

HÉRAUD, Guy, « Regards sur la philosophie du droit française contemporaine », in DAVID, René (dir.), *Le droit français. Tome II, Principes et tendances du droit français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, pp. 517-554.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario, *La salud fragmentada en Colombia, 1910-1946*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Salud Pública, 2002.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 1989.

HERRERA, Carlos Miguel, « Constitution et social-démocratie à Weimar. Pour une périodisation », in ID. (dir.), *Les juristes de gauche sous la république de Weimar*, Paris, Éd. Kimé, 2002, pp. 27-48.

HERRERA, Carlos Miguel, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 325-345.

HOBBSBAWM, Eric J., *L'âge des extrêmes : le court vingtième siècle, 1914-1991*, Bruxelles, Éd. Complexe, Paris, « Le Monde diplomatique », 2003.

HUSSON, Léon, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit : L'interprétation dans le droit*, tome 17, 1972, pp. 115-133.

IONESCO, Octavian, « Léon Duguit et le droit subjectif : Quelques remarques sur les écrits récents consacrés à la question », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 269-277.

IRVINE, William D., *The Boulanger Affair Reconsidered: Royalism, Boulangism, and the Origins of the Radical Right in France*, New York, Oxford University Press, 1989.

JAMIN, Christophe, « Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 380-384.

JAMIN, Christophe, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, n° 4, p. 815-827.

JAMIN, Christophe, VERKINDT, Pierre-Yves, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX^e siècle », in KASIRER, Nicholas (éd.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, pp. 101-120.

JANKOWSKI, Paul, *Cette vilaine affaire Stavisky : Histoire d'un scandale politique*, Paris, Fayard, 2000.

JARDÓN, Alberto, *Las teorías políticas de Duguit*, Madrid, Editorial Reus, 1919.

JESTAZ, Philippe, JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

JÈZE, Gaston, « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 135-151.

JÈZE, Gaston, « Pouvoir et devoir des tribunaux français en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 29, 1912, pp. 138-156.

JOUANJAN, Olivier, « Duguit et les Allemands », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 195-224.

JOUANJAN, Olivier, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 11-63.

KALINOWSKI, Jerzy, *La Théorie Duguitienne des règles sociale et juridique, étude de philosophie du droit*, Lublin, [s. e.], 1949.

KALMANOVITZ, Salomón, *Nueva historia económica de Colombia*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Taurus, 2010.

KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », trad. Charles Eisenmann, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 45, 1928, pp. 197-257.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

KERGOAT, Jacques, *La France du Front populaire*, Paris, La Découverte, 2006.

KNIGHT, Alan, « México, c. 1930-1946 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 13. México y el Caribe desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 1998, pp. 219-254.

KNIGHT, Alan, *The Mexican revolution*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1986.

KODJO-GRANDVAUX, Séverine, « Discours coloniaux et réception des droits africains : entre négation et (re)-construction », in KODJO-GRANDVAUX, Séverine, KOUBI, Geneviève (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 53-78.

KOUBI, Geneviève, « Droits(s) et colonisation(s). Un essai d'introduction », in KODJO-GRANDVAUX, Séverine, KOUBI, Geneviève (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 7-28.

LABORDE-LACOSTE, Marcel, « L'influence des idées de L. Duguit sur la doctrine du droit administratif », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 171-180.

LABORDE-LACOSTE, Marcel, « La vie et la personnalité de Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 93-114.

LABORDE, Cécile, « Pluralism, syndicalism and corporatism: Léon Duguit and the Crisis of the State (1900-1925) », in *History of European Ideas*, vol. 22, n° 3, 1996, pp. 227-244.

LAFAILLE, Franck, « Le “présidentialisme parlementaire” sous la III^e République : les “descentes de fauteuil” de Gambetta et d'Herriot », *Revue française de droit constitutionnel*, N° 76, 2008, pp. 733-760.

LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887-1888 ; 2^e éd., 1896.

LAFON, Jacques, « Histoire des droits coloniaux », in ID., *Itinéraires : de l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 287-344.

LALOUETTE, Jacqueline, *L'État et les cultes 1789-1905-2005*, Paris, La Découverte, 2005.

LAMBERT, Édouard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie., 1921.

LANGROD, Georges, « In memoriam : Boris Mirkine-Guetzévitch, 1892-1955 », *Revue Politique et Parlementaire*, vol. 57, n° 648, 1955, pp. 169-178.

LANGROD, Georges, « L'Influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, pp. 129-155.

LARCHER, Émile, *Traité élémentaire de législation algérienne*, 3^e éd., Paris, Rousseau, 1923, 3 vols.

LASKI, Harold J., « La conception de l'État de Léon Duguit », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 121-134.

LASSALLE, Ferdinand, *Qu'est-ce qu'une constitution ?*, éd. Louis Janover, Arles, Éd. Sulliver, 1999.

LATORRE RUEDA, Mario, « 1930-1934. Olaya Herrera : un nuevo régimen », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro, *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 269-297.

LATORRE RUEDA, Mario, « 1930-1934. Olaya Herrera: un nuevo régimen », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 269-304.

LAUBADÈRE, André de, « Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », in MARTY, Gabriel (dir.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éd. A. Pédone, 1969, pp. 209-228.

LAURENT, Alain, VALENTIN, Vincent, *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles lettres, 2012.

LAVAUX, Philippe, *Le parlementarisme*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

LAVIGNE, Pierre, « Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français : 1834-1845 », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éd. Cujas, 1977, p. 173-178.

LE COUR GRANDMAISON, Olivier, « L'exception et la règle : sur le droit colonial français », *Diogenes*, N° 212, 2005, pp. 42-64.

LE COUR GRANDMAISON, Olivier, *Coloniser, exterminer : sur la guerre et l'État colonial*, Paris, Fayard, 2005.

LE COUR GRANDMAISON, Olivier, *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre » juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, Zones, La Découverte, 2010.

LE FUR, Louis, « Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 175-212.

LE GOFF, Jacques, « Juristes de gauche et Droit social dans les années 1880-1920 », in HERRERA, Carlos-Miguel (dir.), *Les juristes face au politique. Le Droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris, Kimé, 2003, tome I, pp. 13-33.

LEFÈBVRE, Charles, *Étude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1882.

LEFRANC, Georges, *Histoire du Front populaire : 1934-1938*, 2^e éd., Paris, Payot, 1974.

LEGEAIS, Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Litec, 2008.

LEGENDRE, Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968.

LEMAITRE, Eduardo, *Rafael Reyes. Biografía de un gran colombiano*, Bogotá, Ediciones Espiral, 1967.

LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio, *Rafael Núñez*, Bogotá, Intermedio, 2002.

LINDITCH, Florian, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 179-217.

LLANO ISAZA, Rodrigo, *Los draconianos : origen popular del liberalismo colombiano*, Bogotá, Planeta, 2005.

LLERAS CAMARGO, Alberto, *Mi gente*, Bogotá, Banco de la República, 1975.

LLERAS CAMARGO, Alberto, *Mi gente*, Bogotá, Banco de la República, 1975.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

LÓPEZ OLIVA, José O., « La constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud », *Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. XIII, n° 26, 2010, pp. 233-243.

LÓPEZ PUMAREJO, Alfonso, *López Pumarejo: obras selectas*, ed. Jorge M. Eastman, Bogotá, Imprenta Nacional, 1979, 2 vols.

LOUIS, Paul, « Le rôle historique du parlementarisme », *Revue politique et littéraire (Revue bleue)*, 48^e année, N°s 1-6, 1910, pp. 660-663.

MACHELON, Jean-Pierre, « Parlementarisme absolu, État de droit relatif : À propos du contrôle de la constitutionnalité des lois en France sous la Troisième République (positions et controverses) », *Revue Administrative*, 1995, n° 288, pp. 628-634.

MACHELON, Jean-Pierre, *La République contre les libertés ? : Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1976.

MAETZU, Ramiro de, *La crisis del humanismo. Los principios de autoridad, libertad y función a la luz de la guerra* (1^a ed. en inglés, 1916), Salamanca, Ediciones Almar, 2001.

MALHERBE, Marc, *La faculté de droit de Bordeaux (1870-1970)*, Talence, Presses Universitaires de Bordeaux, 1996.

MANN, Gregory, « What was the Indigénat? The Empire of Law in French West Africa », *The Journal of African History*, vol. 50, n° 03, 2009, pp. 331-353.

MARGAIRAZ, Michel, TARTAKOWSKY, Danielle, « *L'avenir nous appartient* » : une histoire du Front populaire, Paris, Larousse, 2006.

MARTINEZ, Gilles, « Joseph Barthélemy et la crise de la démocratie libérale », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 59, 1998, pp. 28-47.

MARTY, Gabriel (dir), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éd. A. Pédone, 1969.

MARTY, Thomas, *Une histoire sociale de la réforme électorale sous la Troisième République. Mobilisations politiques et expertise électorale : la question de la représentation proportionnelle*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2012.

MARYIOLI, Aglaé, « La crise du droit au XX siècle », in BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, A. Colin, 2001, pp. 141-319.

MATER, André, « Le socialisme juridique », *La Revue socialiste*, tome XL, n° 235, 1904, pp. 1-28.

MATHEWS, John M., « A Recent Development in Political Theory », *Political Science Quarterly*, vol. 24, n° 2, 1909, pp. 284-295.

MATTHIEU, Gilles, *Une Ambition Sud-Américaine. Politique Culturelle de la France 1914-1940*, Paris, L'Harmattan, 1991.

MAULIN, Éric, « Positivisme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1171-1177.

MAULIN, Éric, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République, Charles Benoist et Jacques Bardoux », in CHAGNOLLAUD, Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, pp. 57-82.

MAULIN, Éric, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

MAUS, Didier, « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France », in *L'Esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 713-745.

MAYEUR, Jean-Marie, CORBIN, Alain (dir.), *Les immortels du Sénat, 1875-1918 : les cent seize inamovibles de la Troisième République*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1995. [Google livres](#)

MAYEUR, Jean-Marie, *La vie politique sous la Troisième République : 1870-1940*, Paris, Éditions du Seuil, 1984.

MAYEUR, Jean-Marie, *Les Débuts de la Troisième République : 1871-1898*, Paris, Éditions du Seuil, 1973.

MAZERES, Jean-Arnaud, « Duguit et Hauriou », in MELLERAY, Fabrice (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 115-138.

MEDINA, Medófilo, « La historiografía política del siglo XX en Colombia », en TOVAR ZAMBRANO, Bernardo (dir.), *La historia al final del milenio: Ensayos de historiografía*

colombiana y latinoamericana, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995, tome II, pp. 433-532.

MELLERAY, Fabrice, « Léon Duguit. L'État détrôné », in HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 215-262.

MELO, Jorge Orlando, « Algunas consideraciones globales sobre “modernidad” y “modernización” en el caso colombiano », *Análisis político*, n° 10, 1990, pp. 23-35.

MELO, Jorge Orlando, « De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez. Republicanismo y gobiernos conservadores », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 215-242.

MELO, Jorge Orlando, « La Constitución de 1886 », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 43-64.

MERCADO G., Ana Carolina, *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.

MERLE, Isabelle, « De la « légalisation » de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 17, N° 66, 2004, pp. 137-162.

MERLE, Isabelle, « Retour sur le régime de l'indigénat. Genèse et contradictions des principes répressifs dans l'Empire français », *French Politics, Culture & Society*, vol. 20, n° 2, 2002, pp. 77-97.

MERLE, Marcel, « L'anticolonialisme », in FERRO, Marc (dir.), *Le livre noir du colonialisme : XVI^e-XXI^e siècle, de l'extermination à la repentance*, Paris, R. Laffont, 2003, pp. 611-645.

MERRIEN, François-Xavier, *L'État-providence*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

MEYER, Jean *et al.*, *Histoire de la France coloniale : Vol. 1, Des origines à 1914*, Paris, Armand Colin, 1991.

MEYER, Jean *et al.*, *Histoire de la France coloniale : Vol. 2, 1914-1990*, Paris, Armand Colin, 1990.

MEYER, Jean-André, *La révolution mexicaine : 1910-1940*, Paris, Calmann-Lévy, 1972.

MICHOUD, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. Première partie, Notion de personnalité morale, Classification et création des personnes morales*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1906.

MILACIC, Slodoban, « Léon Duguit entre modernité et actualité », in BOCKEL, Alain (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Istanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, pp. 29-54.

MILET, Marc, « L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique (1889-1929). Essai d'analyse socio-rhétorique », in HERRERA, Carlos-Miguel (dir.), *Les*

juristes face au politique. Le Droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République, Paris, Kimé, 2003, tome I, pp. 85-121.

MILET, Marc, « Léon Duguit », in ARABEYRE, Patrick, HALPÉRIN, Jean-Louis, KRYNEN, Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e - XX^e siècle)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, pp. 272-274.

MILET, Marc, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Thèse de doctorat, Science politique, dir. Hugues Portelli, Université Panthéon-Assas Paris II, 2000.

MILLARD, Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30/31, pp. 381-412.

MILLARD, Éric, « Réalisme », in ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 1297-1299.

MILZA, Pierre, « Culture et relations internationales », *Relations internationales*, n° 24, 1980, pp. 361-379.

MIQUEL, Pierre, *L'affaire Dreyfus*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « De l'étude du contentieux administratif du Gouvernement révolutionnaire », in CASSIN, René (dir.), *Le Conseil d'État: livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 57-76.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « El Estado corporativo y el régimen representativo », *Revista de Derecho Público*, III^e année, n° 36, 1934, pp. 354-369.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Ius Gentium pacis », *Revista de Derecho Público*, I^{er} année, n° 7-8, 1932, pp. 259-275.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « L'échec du parlementarisme " rationalisé " », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n°4, 1954, pp. 97-118.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « L'étude comparative de la technique parlementaire », *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, vol. I, 1934, pp. 169-183.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « L'exécutif dans le régime parlementaire », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 148, n° 440, 1931, pp. 155-163.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « L'Histoire constitutionnelle comparée », *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, vol. III, 1938, pp. 85-98.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « L'influence de la révolution française sur le développement du droit international dans l'Europe orientale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 22, 1928, pp. 295-458.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La Révolution française et l'idée de renonciation à la guerre », *La Révolution française : revue historique*, tome 82, 1929, pp. 255-268.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen (Esquisse d'histoire constitutionnelle comparée) », in *Introduction au*

droit comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert, Paris, Recueil Sirey, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, vol. II, § 84, pp. 211-219.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La nouvelle Constitution Espagnole », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 150, n° 446, 1932, pp. 127-142.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La révision constitutionnelle », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 155, n° 462, 1933, pp. 337-349.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La révision constitutionnelle », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 155, n° 462, 1933, pp. 337-349.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La révision de la Constitution française », *L'Année politique française et étrangère*, 9^e année, n° 1, 1934, pp. 1-30.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La révision de la Constitution française », *L'Année politique française et étrangère*, 9^e année, n° 1, 1934, pp. 1-30.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La Révolution française et les projets d'union européenne », *La Révolution française : revue historique*, tome 84, 1931, pp. 322-335.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « La Théorie générale de l'État soviétique », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 42, 1925, pp. 509-519.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix (droit constitutionnel de la paix) », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 45, 1933, pp. 665-773.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Le parlementarisme sous la Constituante », *Revue d'Histoire politique et constitutionnelle*, vol. 3, 1939, pp. 311-321.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Le parlementarisme sous la IV^e République », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 191, n° 567, 1947, pp. 225-234 ; tome 194, n° 574, 1948, p. 118-125.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Le référendum et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1931, vol. II, pp. 285-334.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1936, Paris, Sirey, 1937, pp. 39-85.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 2, n° 4, 1950, pp. 605-638.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 47, 1930, pp. 490-529.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 1, n° 4, 1949, pp. 397-417.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Les nouvelles tendances des Déclarations des droits », in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1930, pp. 265-281.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 45, n° 1, 1928, pp. 5-53.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Les problèmes constitutionnels », *Revue Politique et Parlementaire*, tome 186, n° 552, 1946, pp. 1-19.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Les tendances internationales des nouvelles constitutions », *Revue Générale de Droit international public*, n° 3-4, 1948, pp. 375-386.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, « Los principios constitucionales del Estado dictatorial », *Revista de Derecho Público*, III^e année, n° 30, 1934, pp. 161-169.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Droit constitutionnel international*, Paris, Recueil Sirey, 1933.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *La Constitution de l'Union des Républiques Soviétiques Socialistes (U.R.S.S.)*, Paris, M. Giard, 1925.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *La Théorie générale de l'État soviétique*, préface Gaston Jèze, Paris, M. Giard, 1928.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1928 ; 2^e éd., 1930 ; 10^e éd., 1938.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions des nations américaines*, Paris, Delagrave, 1932.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les constitutions européennes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1951, 2 vols.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, M. Giard, 1931 ; 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1936.

MODERNE, Franck, « Préface », in DUGUIT, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, pp. V-XII.

MODERNE, Franck, « Préface », in DUGUIT, Léon, *L'État, les gouvernants et les agents (Études de droit public, II)* (réimpression éd. Fontemoing, 1903), Paris, Dalloz, 2005, pp. V-XV.

MOLINA, Gerardo, «Criterio para el estudio de la legislación social», n° 239-240, 1936, pp. 435-436.

MOLINA, Gerardo, *Conferencias de derecho social*, [Bogotá: s. n.], 1938.

MOLINA, Gerardo, *Las ideas liberales en Colombia 1849-1959* (1^a ed. 1970), Bogotá, Universidad Libre, 2006.

MOLLIER, Jean-Yves, GEORGE, Jocelyne, *La plus longue des républiques*, Paris, Fayard, 1994.

MONEREO PÉREZ, José Luis, CALVO GONZÁLEZ, José, « Estudio Preliminar: “La teoría jurídica de León Duguit” », in DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña, 2ª ed., Granada, Comares, 2005, pp. XIII-L.

MONEREO PÉREZ, José Luis, CALVO GONZÁLEZ, José, «Estudio Preliminar: “La teoría jurídica de León Duguit”», en DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*, 2^a ed., trad. José G. Acuña, Granada, Comares, 2005, pp. XIII-L

MONIER, Frédéric, *Le Front populaire*, Paris, La Découverte, 2002.

MONNET, François, *Refaire la République. André Tardieu, une dérive réactionnaire : 1876-1945*, Paris, Fayard, 1993.

MONTOYA, Antonio José, *Tratado de derecho constitucional: (curso elemental)*, Bogotá, Tipografía Colón, 1938.

MORABITO, Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2004.

MOREAU DE BELLAING, Louis, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in CHEVALLIER, Jacques, COCHART, Dominique (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 85-99.

MOREAU, Félix, *Précis élémentaire de droit constitutionnel (organisation des pouvoirs publics)*, Paris, L. Larose et Forcel, 1892.

MORIN, Gaston, « L'œuvre de Duguit et le droit privé », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 153-162.

MORIN, Gilles, RICHARD, Gilles (dir.), *Les deux France du Front populaire : chocs et contre-chocs*, Paris, l'Harmattan, 2008.

MOTULSKY, Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948 (réimpression : Paris, Dalloz, 2002).

MOURALIS, Bernard, « Logique coloniale et logique d'empire : le cas de la France », in KODJO-GRANDVAUX, Séverine, KOUBI, Geneviève (dir.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 29-52.

MULLER QUOY, Isabelle, « Que reste-t-il des transformations du droit public de Léon Duguit ? », en KOUBI, Geneviève, MULLER QUOY, Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 135-150.

NARANJO LÓPEZ, Marco, « Las teorías de León Duguit », *Revista jurídica* (Bogotá), n° 200, 1927, p. 157-160.

NARANJO LÓPEZ, Marco, « León Duguit », *Universidad* (Bogotá), n° 127, 1929, p. 355.

NÉZARD, Henry, *Éléments de droit public : à l'usage des étudiants en droit*, Paris, F. Juven, 1911.

NICOLET, Claude, *L'idée républicaine en France (1789-1924) : essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1995.

NORD, Philip, « Les origines de la Troisième République en France (1860-1885) » in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 116-117, 1997, pp. 53-68.

NÚÑEZ, Rafael, « Exposición del Presidente de la República al Consejo de Delegados », in *Antecedentes de la constitución de Colombia de 1886 y debates del proyecto en el Consejo Nacional Constituyente*, Bogotá, Librería Americana, 1913, pp. 2-15.

O'GORMAN, Edmundo, *La supervivencia política novo-hispana. Reflexiones sobre el monarquismo mexicano*, México, Universidad Iberoamericana, 1969.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Constitucionalismo histórico*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

OLIVECRONA, Karl, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, trad. Patricia B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011.

OLLÉ-LAPRUNE, Jacques, *La Stabilité des ministres sous la Troisième République, 1879-1940*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962.

PACTEAU, Bernard, « Duguit, la loi, le droit et le juge. Quant et comment Léon Duguit revendiquait la répression par le juge des lois contraires au droit », in BOCKEL, Alain (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Istambul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, pp. 57-82.

PAGANO, Antonio, « La dottrina del Duguit sulla volontà giuridica », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno III, fascicolo I, 1923, pp. 33-50.

PAJARES, Hexiquio, *Ideas políticas: el concepto del derecho, según M. León Duguit, el pragmatismo jurídico de M. León Duguit, la representación por clases*, El Escorial, Imp. del Real Monasterio, 1925.

PALACIOS, Marco, *¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, Universidad de los Andes, 2011.

PALACIOS, Marco, *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*, Bogotá, Norma, 1995.

PALACIOS, Marco, *Parábola del Liberalismo*, Bogotá, Norma, 1999.

PALACIOS, Marco, SAFFORD, Frank, *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Bogotá, Norma, 2002.

PALMER, Vernon V., « Essai sur les origines et les auteurs du Code Noir », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, N° 1, 1998, pp. 111-140.

PARRA PÉREZ, Caracciolo, *La monarquía de la Gran Colombia*, Madrid, Ediciones Cultura hispánica, 1957.

PAULIAT, Hélène, « Les prolongements jurisprudentiels et doctrinaux de la théorie de la constitution sociale de Maurice Hauriou », in KOUBI, Geneviève (dir.), *Doctrines et doctrine en droit public*, 1997, pp. 121-130.

PÉCAUT, Daniel, *L'Ordre et la violence : évolution socio-politique de la Colombie entre 1930 et 1953*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1987.

PELLETIER, Willy, « La crise de mai 1877. La construction de la place et de la compétence présidentielles », in LACROIX, Bernard, LAGROYE, Jacques (dir.), *Le président*

de la République : usages et genèses d'une institution, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1992, pp. 79-108.

PEÑA PORRAS, Diego Isaías, *La construcción del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Temis, 2008.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Temis, 1997.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución Española: 9 diciembre 1931: antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

PERRIN, Jean-François, « Duguit et la “ science du droit ” », in CHAZEL, François, COMMAILLE, Jacques (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 87-94.

PESET REIG, Mariano, « Philosophie et science dans l'œuvre de Léon Duguit », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 87, n° 2, 1971, pp. 353- 386.

PETOT, Jean, *Les Grandes Étapes du régime républicain français, 1792-1969 : études d'histoire politique et constitutionnelle*, Paris : Éd. Cujas, 1970.

PICARD, Étienne, « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 119-171.

PINON, Stéphane, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 209-227.

PINON, Stéphane, « Boris Mirkin-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 46, 2007, pp. 183-212.

PINON, Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 67, 2011, pp. 69-93.

PINON, Stéphane, « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou (1856-1929) », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, pp. 119-163.

PINON, Stéphane, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, tome 126, n° 2, 2010, pp. 523-548.

PINON, Stéphane, « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkin-Guetzévitch », in HERRERA, Carlos-Miguel (dir.), *Les juristes face au politique. Le Droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris, Kimé, 2003, tome II, pp. 61-123.

PINON, Stéphane, « Regard critique sur les leçons d'un “ maître ” du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, tome 123, n° 1, 2007, pp. 193-230.

PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri, « Présentation générale », in ID. (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. VII-XI.

PIROU, Gaëtan, « Léon Duguit et l'économie politique », *Revue d'économie politique*, 47^e année, 1933, pp. 55-90.

PISANI-FERRY, Fresnette, *Jules Ferry et le partage du monde*, Paris, B. Grasset, 1962.

PISIER, Évelyne, « La sociologie durkheimienne dans l'œuvre de Duguit », *L'Année sociologique*, 3, 28, 1977, pp. 95-114.

PISIER, Évelyne, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », in COLAS, Dominique, EMERI, Claude (dir.), *Droit, institutions et systèmes politiques : mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 189-202.

PISIER, Évelyne, « Service public et libertés publiques », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 36, 1986, pp. 143-154.

PISIER, Évelyne, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

POLITIS, Nicolas, « L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 69-81.

POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín, *Constituciones de Colombia*, estudio preliminar Carlos Restrepo Piedrahita, 4^a ed., Bogotá, Fondo de Promoción de la Cultura del Banco Popular, 1986, 5 vols.

PONTIER, Jean-Marie, « La conception française du service public », in BOCKEL, Alain (dir.), *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Istanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, pp. 105-130.

POSADA, Adolfo, « La nueva orientación del derecho político », in DUGUIT, Léon, *La transformación del Estado*, 2^a ed. española, Madrid: Francisco Beltrán, s. f.

PRÉLOT, Pierre-Henri, « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 111-133.

PROCHASSON, Christophe, « Le président de la République : un prince républicain ? », in FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, Paris, La Découverte, 2013, pp. 26-39.

PUGET, Henry, « Mirkine-Guetzévitch et le droit public », *Revue Politique et Parlementaire*, vol. 59, n° 667, 1957, pp. 79-84.

RABASA, Emilio O., *Historia de las constituciones mexicanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

RAMBAUD, Thierry, « Adhémar Esmein et le droit comparé », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 71-83.

RAYNAUD, Philippe, « Des droits de l'homme à l'État de droit : Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public », in ID., *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2009, pp. 46-61.

RAYNAUD, Philippe, « Le juge, la politique et la philosophie », in ID., *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2008, pp. 103-116.

RAYNAUD, Philippe, « Léon Duguit et le droit naturel », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, n° 4, 1987, pp. 169-180.

REBÉRIOUX, Madeleine, *La République radicale ? : 1898-1914*, Paris, Éditions du Seuil, 1975.

REDOR, Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

RÉGLADE, Marc, « Théorie générale du droit dans l'œuvre de L. Duguit », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 21-67.

RÉMOND, René, *La vie politique en France 1879-1939. La République souveraine*, Paris, Fayard, 2002.

RÉMY, Philippe, « Éloge de l'exégèse », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 1, 1985, pp. 115-123.

REMY, Philippe, « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, n° 1, pp. 31-46.

RENARD, Didier, « Les trois naissances de l'État-providence », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 94, 2000, pp. 19-29.

RENOUVIN, Pierre, *Les Formes du gouvernement de guerre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1925.

RESTREPO, Carlos Eugenio, *Orientación republicana* (2^a ed. 1930), Bogotá, Banco Popular, 1972, 2 vols.

RESTREPO, Carlos Eugenio, *Orientación republicana* (2^a ed. 1930), Bogotá, Banco Popular, 1972.

RIALS, Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 50 (1789-1989 Histoire constitutionnelle), 1989, pp. 81-95.

RICHARD, Guillaume, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Thèse de doctorat, Droit Public, dir. Jean-Louis Halpérin et Éric Millard, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013.

RIHS, Charles, *La Commune de Paris : 1871, sa structure et ses doctrines*, Paris, Éditions du Seuil, 1973.

RIVERO, Jean, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 461-471.

RIVERO, Jean, « Les libertés », in ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, Economica, 1990, pp. 153-160.

RIVERO, Jean, « Maurice Hauriou et le droit administratif », in MARTY, Gabriel (dir.), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Éd. A. Pédone, 1969, pp. 141-155.

ROBIQUET, Paul (éd.), *Discours et opinions de Jules Ferry*, Paris, A. Colin, 1893-1898, 7 vols.

ROCHA OCHOA, Cesáreo, «La reforma a la carta política de 1936», in Vidal Perdomo, Jaime (dir.), *Historia constitucional de Colombia. Siglo XX*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, pp. 115-160.

ROCK, David, « Argentina, 1930-1946 », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 15. El cono sur desde 1930*, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 2002, pp. 3-59.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, Alfonso, «La negación del derecho subjetivo en L. Duguib», *Anuario de filosofía del derecho*, n° 1, 1984, pp. 301-330.

ROLLAND, Denis, *La crise du modèle français. Marianne et l'Amérique latine : culture, politique et identité*, Paris, l'Harmattan, 2011.

ROLLAND, Louis, LAMPUÉ, Pierre, *Précis de législation coloniale (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 1931.

ROSANVALLON, Pierre, *La démocratie inachevée : histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000.

ROSANVALLON, Pierre, *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992.

ROUGERIE, Jacques, *La Commune de 1871*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014.

ROUGERIE, Jacques, *Paris libre, 1871*, Paris, Éditions du Seuil, 2004. 

ROULHAC, Cédric, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014 (<http://revdh.revues.org>).

ROUSSEAU, Dominique, « La question du contrôle de la constitutionnalité des lois sous la III^e République », *Revue belge de droit constitutionnel*, n° 3-4, 1994, pp. 311-318.

ROUSSELLIER, Nicolas, « La plus longue des Républiques », in FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, Paris, La Découverte, 2013, pp. 13-25.

ROUSSELLIER, Nicolas, *Le parlement de l'éloquence : la souveraineté de la délibération au lendemain de la Grande guerre*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997.

ROVAN, Joseph, *Histoire de la social-démocratie allemande*, Paris, Éd. du Seuil, 1978. 

ROZENBERG, Danielle, « Espagne : l'invention de la laïcité », *Sociétés contemporaines*, vol. 37, n° 1, 2000, pp. 35-51.

RUDELLE, Odile, *La République absolue : aux origines de l'instabilité constitutionnelle de la France républicaine, 1870-1889*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1982.

SAADA, Emmanuelle, *Les enfants de la colonie : les métis de l'Empire français, entre sujétion et citoyenneté*, Paris, Éd. la Découverte, 2007.

SACRISTE, Guillaume, « “ Le droit constitutionnel garantit le fonctionnement de la République ” », in FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, Paris, La Découverte, 2013, pp. 69-82.

SACRISTE, Guillaume, « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », in PINON, Stéphane, PRÉLOT, Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, pp. 9-44.

SACRISTE, Guillaume, « 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*, 2001, n° 4, pp. 69-94.

SACRISTE, Guillaume, « Sur le républicanisme d'Adhémar Esmein », *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, N° 6, 2013, pp. 123-140.

SACRISTE, Guillaume, *La République des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011.

SACRISTE, Guillaume, *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début du siècle*, Thèse de doctorat, Science politique, dir. Jean-Claude Colliard, Université Panthéon-Sorbonne Paris I, 2002.

SAFFORD, Frank, « Política, ideología y sociedad », in BETHELL, Leslie (éd.), *Historia de América Latina. 6. América Latina independiente, 1820-1870*, trad. Àngels Solà, Barcelona, Crítica, Cambridge University Press, 1991. pp. 42-104.

SAFFORD, Frank, *Aspectos del siglo XIX en Colombia*, Medellín, Ed. Hombre Nuevo, 1977.

SAINT-GIRONS, Antoine, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885.

SALA-MOLINS, Louis, *Le Code noir ou Le calvaire de Canaan*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012.

SALAS, Denis, « Droit et Institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », en BOURETZ, Pierre (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporaines*, Paris, Esprit, 1991, pp. 193-214.

SALDAÑA, Quintiliano, « El pragmatismo jurídico de M. Duguit », in DUGUIT, Léon, *El pragmatismo jurídico (Conferencias pronunciadas en la Universidad de Madrid)*, trad. Agustín de Lázaro Álvarez et al., Madrid, Francisco Beltrán, 1924, pp. 4-28.

SALEILLES, Raymond, « Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès sur la question du parlementarisme », in *Congrès International de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905-1907, tome I, pp. 69-85.

SALEILLES, Raymond, *Le droit constitutionnel de la Troisième République*, trad. Norbert Foulquier et Guillaume Sacriste, Paris, Dalloz, 2010.

SALON, Albert, *L'action culturelle de la France dans le Monde*, Paris, F. Nathan, 1983.

SAMPER, José María, *Derecho Público Interno* (1881), Bogotá, Temis, 1982.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, « León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público », *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No 5, 2011, pp. 43-86.

SAULNIER, Frédéric, *Joseph-Barthélemy 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.

SAYEG HELÚ, Jorg, *Introducción a la historia constitucional de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

SCELLE, Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit de gens », *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, n° 1-2, Paris, Sirey, 1932, pp. 83-119.

SCHNAPPER, Dominique, *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994.

SCHÖNBERGER, Christoph, « Penser l'État dans l'Empire et la République : Critique et réception de la conception juridique de l'État de Laband chez Carré de Malberg », in BEAUD, Olivier, WACHSMANN, Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 255-271.

SEGOVIA, Lisandro, *Historia de las leyes: acto legislativo número 3 de 1910*, Bogotá, Impresora nacional, 1953.

SEIGNOBOS, Charles, *L'Évolution de la troisième République (1875-1914)*, Paris, Hachette, 1921.

SÉRIAUX, Alain « La notion de doctrine juridique », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, N° 20 (« Doctrine et recherche en droit »), 1994, pp. 65-74.

SFEZ, Lucien, « Duguit et la théorie de l'État. Représentation et communication », *Archives de Philosophie du Droit*, tome 21 (Genèse et déclin de l'État), 1976, pp. 111-130.

SFEZ, Lucien, *La contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

SICART, Gilles, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, Thèse de doctorat, Droit public, dir. Jacques Chevallier, Université Panthéon-Assas Paris II, 2000.

SILVA ROMERO, Marcel, *Flujos y reflujos: Reseña histórica de la autonomía del sindicalismo colombiano*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.

SIMON, Jules, *Le gouvernement de Monsieur Thiers : 8. févr. 1871 - 24 mai 1873*, vol. 1, Paris, Calman Lévy, 1878.

SIMON, Walter M., *European positivism in the nineteenth Century: an essay in intellectual history*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press 1963.

SINGARAVÉLOU, Pierre (dir.), *Les empires coloniaux (XIX^e-XX^e siècle)*, Paris, Points, 2013.

SINGARAVÉLOU, Pierre, « De la “ mission civilisatrice ” à la “ République coloniale ” : d’une légende l’autre », in FONTAINE, Marion, MONIER, Frédéric, PROCHASSON, Christophe (dir.), *Une contre-histoire de la III^e République*, Paris, La Découverte, 2013, pp. 176-188.

SOULIER, Auguste, *L’instabilité ministérielle sous la Troisième République : 1871-1938*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939.

SPITZ, Jean-Fabien, *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005.

SUNSTEIN, Cass R., « Constitutions and democracies: an epilogue », in ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune (ed.), *Constitutionalism and democracy*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1988, pp. 327-356.

TASCÓN, Tulio Enrique, «La reforma constitucional», in ID., *Historia del Derecho Constitucional Colombiano: Lecciones de historia política dictadas en el Externado de Derecho y en la Universidad Libre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 15-26.

TASCÓN, Tulio Enrique, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Editorial Minerva, 1934.

TASSITSCH, Georg, « Die Theorie des sozialen Rechtes des Prof. Léon Duguit als Anarchismus », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 21, 1927-1928, pp. 424-433.

TERUEL GREGORIO DE TEJADA, Manuel, «Monarquías en América», *Espacio, tiempo y forma. Serie IV, Historia moderna*, n° 18-19, 2005-2006, pp. 247-270.

THIREAU, Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 2003.

THOMASSET, Claude, VANDERLINDEN, Jacques, JESTAZ, Philippe (dir.), *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, Centenaire de Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Cowansville, (Québec), Éd. Blais, Dalloz, Bruylant, 2000.

THOMSON, David, *La Démocratie en France, la Troisième République*, trad. Maurice Beerblock, Bruxelles, la Renaissance du livre, 1956.

TIMSIT, Gérard, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

TIRADO MEJÍA, Alvaro (comp.), *Estado y economía: 50 años de la Reforma del 36*. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986.

TIRADO MEJÍA, Álvaro, « López Pumarejo: La revolución en marcha », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 305-348.

TIRADO MEJÍA, Álvaro, *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo, 1934-1938*. Bogotá, Procultura, 1981.

TIRADO MEJÍA, Alvaro, *Introducción a la historia económica de Colombia*, Bogotá, El Ancora Editores, 2000.

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

TOPALOV, Christian (dir.), *Laboratoires du nouveau siècle : la nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France, 1880-1914*, Paris, Éd. de L'École des hautes études en sciences sociales, 1999.

TROPER, Michel, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in ID., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 203-221.

TROPER, Michel, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in ID., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 203-221.

ULLOA, Berta, *La Constitución de 1917*, México, D.F., Colegio de México, 1983.

URBAN, Yerri, *L'Indigène dans le droit colonial français, 1865-1955*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2010.

URIBE VARGAS, Diego, *Evolución política y constitucional de Colombia*, Madrid, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Complutense de Madrid, 1996.

URIBE, Antonio José, *La evolución del Derecho Civil*, Bogotá, Arboleda & Valencia, 1916.

URRUTIA MONTOYA, Miguel, *Historia del sindicalismo en Colombia*, Bogotá, Ediciones Universidad de los Andes, 1969.

VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial, 2010.

VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil. Tomo II, Derechos reales*, Bogotá, Temis, 1983.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, « L'histoire constitutionnelle comparée : étapes et modèles », *Historia Constitucional*, n° 12, 2011, pp. 31-43

VAVASSEUR-DESPERRIERS, Jean, *Les droites en France*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006.

VEDEL, Georges, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, 1954.

VELÁSQUEZ TORO, Magdala TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Cámara de Representantes, 1986, 2 vols.

VELÁSQUEZ TORO, Magdala, « La República Liberal y la lucha por los derechos civiles y políticos de las mujeres », in ID. (dir.), *Las mujeres en la historia de Colombia. Tomo I, Mujeres, historia y política*, Bogotá, Norma, 1995, pp. 183-228.

VELÁSQUEZ TORO, Magdala, TIRADO MEJÍA, Álvaro, « Introducción », en ID. (ed.), *Reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Cámara de Representantes, 1986, tome I, pp. 1-58.

VÉLEZ, Fernando, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª ed. corregida y aumentada por el autor y por Luis Angel Arango, Paris, Ed. Paris-America, 1926.

VÉLEZ, Humberto, « Rafael reyes: Quinquenio, régimen político y capitalismo (1904-1910) », in JARAMILLO URIBE, Jaime, TIRADO MEJÍA, Álvaro (ed.), *Nueva historia de Colombia. Vol. I, Historia política 1886-1946*, Bogotá, Planeta, 1989, pp. 187-214.

VERPEAUX, Michel, « Le contrôle de la loi par la voie de l'exception dans les propositions parlementaires de la IIIe République », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 4, 1990, pp. 688-698.

VIGREUX, Jean, *Le front populaire 1934-1938*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

VILLEGAS, Silvio, *No hay enemigos a la derecha*, Manizales, Arturo Zapata, 1937.

WALINE, Marcel, « Influence de Duguit sur le droit constitutionnel et la science politique », *Revue juridique et économique du Sud-ouest*, n° 3-4, 1959, 157-170.

WALINE, Marcel, « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les Facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX^e siècle », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éd. Cujas, 1977, p. 259-269.

WALINE, Marcel, « Les idées maitresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'Année Politique française et étrangère*, n° 16, 1929, pp. 385-409, n° 17, mars 1930, pp. 39-63.

WEBER, Eugen, *L'Action française*, trad. Michel Chrestien, Paris, Le Grand livre du mois, 1997.

WEISS, André, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, tome LXXXVII, 1917, p. 437-474.

WILLIFORD, Thomas J., « Aspectos del debate sobre la “cuestión religiosa” en Colombia, 1930-1935 », *Revista de Estudios Sociales*, n° 41, 2011, pp. 28-43.

WINOCK, Michel, « Le mythe fondateur : l'affaire Dreyfus », in BERSTEIN, Serge, RUDELLE, Odile (dir.), *Le modèle républicain*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 131-145.

WINOCK, Michel, *Clemenceau*, Paris, Perrin, 2007.

WINOCK, Michel, NIKEL, Séverine, *La gauche au pouvoir : l'héritage du Front populaire*, Paris, Bayard, 2006.

XIFARAS, Mikhail, « La “ Veritas Iuris ” selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 47, 2008, pp. 77-148.

ZÉRAFFA-DRAY, Danièle, *Histoire de la France : D'une République à l'autre, 1918-1958*, Paris, Hachette, 1992.

ZILBERMAN VAINER, Bruno, « Breve histórico acerca das constituições do brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro », *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n° 16, 2010, pp. 161-191.

ZULETA ÁNGEL, Eduardo, *El presidente López Pumarejo*, Bogotá, Ediciones Gamma, 1986.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	9
I. <i>Le déplacement du droit</i>	13
II. <i>Le droit qui se déplace</i>	19
III. <i>L'influence du droit public français en Colombie</i>	21
IV. <i>Présupposés méthodologiques</i>	23
V. <i>Annonce du plan</i>	26
PARTIE I. LES RAPPORTS ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES : LE DROIT QUI VOYAGE ET SES LIENS AVEC LA SOCIÉTÉ	27
TITRE I. LES CONCEPTIONS TRADITIONNELLES SUR LA CIRCULATION DU DROIT.....	29
CHAPITRE I. LA TRADITION DU DÉTERMINISME SOCIAL SUR LE DROIT	31
Section 1. <i>Les tendances relativistes dans la pensée politico-juridique du XVI^e siècle</i>	34
Section 2. <i>La difficile circulation dans la pensée de Montesquieu</i>	41
I. <i>L'approche comparative</i>	42
II. <i>Relativisme juridique et déterminisme social</i>	50
III. <i>L'influence du relativisme juridique de Montesquieu en Amérique Latine : l'exemple de Bolívar et d'Alberdi</i>	56
Section 3. <i>Le « Droit populaire » dans l'École historique du droit</i>	58
Section 4. <i>Le droit comme réalité empirique</i>	67
I. <i>La réception des « normes juridiques » chez Ehrlich</i>	68
II. <i>Karl N. Llewellyn et le modèle du droit commercial allemand aux États-Unis</i>	75
III. <i>Le droit comme réalité sociopsychologique chez Karl Olivecrona</i>	81
CHAPITRE II. LA SUBORDINATION DU DROIT À L'ORGANISATION SOCIALE	86
Section 1. <i>Théories sociologiques modernes du droit</i>	86
I. <i>Théories évolutionnistes du droit : l'exemple de Henry S. Maine</i>	87
II. <i>La solidarité sociale et le droit chez Durkheim</i>	91
III. <i>Max Weber, la rationalisation du droit et sa circulation</i>	96
Section 2. <i>Déterminisme économique sur le droit</i>	106
I. <i>La place du droit dans le matérialisme dialectique de Marx</i>	106
II. <i>Les conditions socio-économiques de la circulation du droit</i>	110
CHAPITRE III. L'UNIVERSALISME DE LA PHILOSOPHIE ET DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ET LA CIRCULATION DE MODÈLES JURIDIQUES.....	113
Section 1. <i>La tradition du droit naturel</i>	114
I. <i>Universalisme et adaptation locale</i>	114
II. <i>Méthode déductive et méthode inductive dans l'école du droit naturel</i>	124
Section 2. <i>La théorie générale du droit entre le XIX^e et le XX^e siècles</i>	129
I. <i>Universalisme et circulation du droit dans la <i>Analytical Jurisprudence</i> anglaise du XIX^e siècle</i>	131
A. <i>La « transplantation des lois » chez Bentham</i>	132
B. <i>La <i>General Jurisprudence</i> de Austin et le déplacement du droit</i>	137
II. <i>Le caractère transnational de la théorie générale du droit</i>	139
CONCLUSION DU TITRE I	144

TITRE II. LES GREFFES OU TRANSPLANTATIONS JURIDIQUES : LES TERMES D'UN DÉBAT.....	147
CHAPITRE I. LES ANTÉCÉDENTS : LA CIRCULATION DU DROIT DANS LES ÉTUDES D'HISTOIRE DU DROIT ET DE DROIT COMPARÉ PENDANT LE XX ^E SIÈCLE.....	149
Section 1. <i>Histoire du droit : la réception du droit romain</i>	150
I. Préliminaires d'une théorie générale de la réception du droit dans l'historiographie juridique allemande du milieu du XX ^e siècle.....	150
II. Le désintérêt de l'histoire du droit française pour le phénomène de la réception	154
Section 2. <i>La circulation du droit dans les études de droit comparé de la première moitié du XX^e siècle</i>	158
I. De la présentation d'un cas concret à l'élaboration d'un cadre théorique sur la réception du droit..	161
II. Réceptions et transplantations dans les études de droit comparé.....	166
III. La progressive reconnaissance des transplantations comme un sujet autonome du droit comparé	173
CHAPITRE II. LE DÉBAT AUTOUR DE LA THÉORIE DES <i>LEGAL TRANSPLANTS</i>	178
Section 1. <i>Le modèle des legal transplants de A. Watson</i>	179
I. L'objet des greffes juridiques.....	180
II. Les agents des greffes juridiques.....	182
III. Le caractère inévitable des greffes juridiques.....	183
IV. L'autonomie du droit et les greffes juridiques	185
V. Le droit comparé et la théorie du droit face aux greffes juridiques.....	187
Section 2. <i>La critique des legal transplants : droit, société et langage</i>	188
I. L'inévitable concordance entre la société et son droit.....	189
II. L'analyse du langage des normes juridiques dans le cadre du droit comparé	191
III. Critiques du modèle théorique et de la méthode d'analyse de Watson.....	193
CONCLUSION DU TITRE II.....	195
CONCLUSION DE LA PARTIE I	197
PARTIE II. LA RÉCEPTION DU CONSTITUTIONNALISME FRANÇAIS DANS LA DISCUSSION DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE	201
TITRE I. LES DÉBATS CONSTITUTIONNELS EN FRANCE AU TOURNANT DU XX^E SIÈCLE.....	203
CHAPITRE I. LES CONTEXTES : LE RÉGIME POLITICO-CONSTITUTIONNEL DE LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE	205
Section 1. <i>Politique et droit constitutionnel pendant la Troisième République : les principaux événements</i>	208
I. L'avènement de la Troisième République (1870-1879)	209
A. La république conservatrice de Thiers (1871-1873).....	211
B. Le régime de l'« ordre moral » (1873-1879) et les lois constitutionnelles de 1875.....	213
C. La transition de la « République des Républicains »	216
II. La progressive consolidation du parlementarisme républicain (1879-1920).....	218
A. La période des « républicains de gouvernement » (1879-1899)	218
B. La République radicale (1899-1914) et la Grande guerre.....	221
III. L'instabilité du régime et son impossible réforme (1920-1932).....	225
IV. La crise finale (1932-1940)	228
Section 2. <i>Les débats politico-constitutionnels : les vicissitudes de la Troisième République</i>	233
I. République, démocratie et parlementarisme	234
II. Constitution.....	239
III. État de droit	244
IV. Contexte socio-économique et intellectuel.....	249
V. Colonisation et circulation du droit.....	256
A. République, empire et colonisation	256

B.	Le droit colonial.....	260
C.	Doctrines, empire et droit colonial	267
CHAPITRE II. LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE AU TOURNANT DU XX ^E		
SIÈCLE.....		273
Section 1. Les débuts difficiles de la doctrine constitutionnelle.....		275
I.	Le renouveau général de la doctrine juridique	277
II.	Doctrines publicistes et doctrine en droit constitutionnel.....	280
III.	Les grandes tendances de la doctrine constitutionnelle	287
Section 2. Les professeurs de droit constitutionnel : l'exemple d'Esmein, Duguit et		
Mirkin-Guetzévitch.....		289
I.	Les précurseurs : Adhémar Esmein.....	291
A.	Entre libéralisme et républicanisme	294
B.	Approche historique et méthode comparative dans l'étude du droit constitutionnel.....	297
C.	Le droit constitutionnel comme fondement du droit public.....	301
D.	Les libertés dans le centre des droits individuels.....	301
E.	État, souveraineté nationale et gouvernement représentatif	304
II.	Le développement de la doctrine constitutionnelle : Léon Duguit.....	308
A.	Solidarisme et droit objectif.....	311
B.	Méthode positiviste, déterminisme social et réception du droit	319
C.	La soumission de l'État au droit et le rôle de la constitution	324
D.	La critique des droits subjectifs et la notion de fonction sociale	332
E.	État et service public.....	336
III.	La diffusion du droit constitutionnel : Mirkin-Guetzévitch	340
A.	Le républicanisme de Mirkin-Guetzévitch.....	343
B.	L'étude historique et comparative du droit constitutionnel et sa capacité à circuler.....	345
C.	D'une conception normative à une conception politico-empirique de la constitution.....	351
D.	La garantie des droits et libertés et leur caractère social.....	354
E.	La redéfinition du parlementarisme.....	357
CONCLUSION DU TITRE I.		363
TITRE II. LES INFLUENCES JURIDIQUES ET DOCTRINALES SUR LA		
RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936 EN COLOMBIE		367
CHAPITRE I. LES CONTEXTES : DROIT, POLITIQUE ET SOCIÉTÉ EN COLOMBIE À LA		
CHARNIÈRE DES XIX ^E ET XX ^E SIÈCLES.....		370
Section 1. Les antécédents des réformes des années trente : la liberté écrasée par l'ordre		
.....		371
I.	De l'« Olympe » à la « Régénération »	374
A.	La république radicale (1858-1885)	376
B.	La régénération conservatrice dans la Constitution de 1886.....	379
II.	La « république conservatrice »	383
A.	De la dictature au compromis républicain	384
B.	L'hégémonie du conservatisme.....	387
C.	Une société changeante.....	390
Section 2. La république libérale.....		393
I.	La fin de l'hégémonie conservatrice : le gouvernement Olaya.....	395
II.	La « Révolution en marche » : le premier gouvernement de López Pumarejo	399
A.	Le débat politico-idéologique.....	400
1.	Le parti libéral et le gouvernement López Pumarejo.....	400
2.	L'opposition de la droite	405
3.	Les conflits avec l'Église	409
4.	Les mouvements et partis politiques de gauche et les syndicats.....	410
B.	La réforme constitutionnelle de 1936	415
1.	La démarche de la réforme	416
2.	Les principaux contenus.....	425
C.	La « révolution », entre marche et pause	431
CHAPITRE II. RÉCEPTION ET ADAPTATION DES MODÈLES JURIDIQUES ÉTRANGERS À		
PROPOS DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1936		434

<i>Section 1. Les emprunts juridiques et politiques à la Colombie des années trente</i>	<i>436</i>
I. Les conditions de la réception.....	437
A. Le contexte international.....	437
B. Les relations internationales et les conditions socio-politiques internes	441
II. Les influences constitutionnelles	445
A. La doctrine constitutionnelle française	446
B. Les modèles étrangers de droit constitutionnel.....	447
1. La constitution allemande de 1919.....	448
2. La constitution de la République espagnole de 1931.....	450
3. La constitution mexicaine de 1917.....	454
<i>Section 2. La doctrine et le droit constitutionnel français dans la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie.....</i>	<i>456</i>
I. Le transfert par l'Espagne de la doctrine constitutionnelle française.....	456
II. La doctrine constitutionnelle française dans les débats parlementaires portant sur la réforme de 1936 en Colombie	461
CONCLUSION DU TITRE II.....	467
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	469
PARTIE III. LA DIFFUSION DU DROIT : ÉLÉMENTS POUR UN MODÈLE EXPLICATIF	472
TITRE I. LA DIFFUSION DU DROIT ET LES RAPPORTS ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES.....	477
CHAPITRE I. LA CAPACITÉ DU DROIT DE SE DÉPLACER ET SES LIENS AVEC LA SOCIÉTÉ.....	479
<i>Section 1. Au-delà et en deçà des legal transplants.....</i>	<i>480</i>
I. Dépasser la dichotomie entre déterminisme social sur le droit et autonomisme juridique	480
II. Le droit qui voyage et les sociétés qui interagissent.....	483
<i>Section 2. Le droit comparé et la circulation du droit.....</i>	<i>485</i>
I. Le statut du droit comparé.....	486
II. La démarche comparative et l'analyse de la circulation du droit.....	489
<i>Section 3. Les apports des études en sciences sociales à l'analyse de la circulation du droit</i>	<i>490</i>
I. La diffusion dans les sciences sociales	491
II. La circulation du droit comme un cas spécifique de diffusion de produits culturels	492
CHAPITRE II. LES CONDITIONS DE RÉALISATION DE LA DIFFUSION DU DROIT : ENTRE INFLUENCE UNIVERSELLE ET MUTATION PARTICULIÈRE	495
<i>Section 1. Les conditions de réalisation.....</i>	<i>496</i>
I. Des greffes juridiques à la circulation du droit	497
II. La vérification du processus de circulation	498
A. La notion du droit qui circule.....	498
B. Les conditions sociales pour la diffusion du droit	501
C. La circulation de modèles juridiques et la transformation du droit.....	503
D. La constatation du processus de diffusion	505
<i>Section 2. Types de circulation du droit.....</i>	<i>506</i>
I. Réceptions forcées et réceptions volontaires	507
II. Les objets du transfert	509
III. Les rapports entre le modèle de son imitation	510
CONCLUSION DU TITRE I.	511
TITRE II. LE PROCESSUS DE DIFFUSION DU DROIT.....	513
CHAPITRE I. LA MULTIPLICITÉ D'OBJETS DE DIFFUSION	515
<i>Section 1. La diffusion de conceptions générales du droit et la culture juridique</i>	<i>516</i>
I. Le substrat commun entre systèmes juridiques	517
II. La diffusion des conceptions intégrales du droit.....	518
<i>Section 2. La diffusion des éléments concrets des systèmes juridiques.....</i>	<i>520</i>
I. La transplantation d'énoncés normatifs.....	521

II.	L'influence doctrinale	523
III.	La circulation de décisions de justice	524
IV.	Le droit coutumier et la possibilité de son déplacement.....	525
CHAPITRE II. LA RÉALISATION DU PROCESSUS DE CIRCULATION		527
<i>Section 1. Diffusion du droit et transformation de l'objet transféré</i>		<i>527</i>
I.	Le contexte de transformation	528
A.	Volonté et contexte.....	528
B.	Contextes divers	529
II.	Les modalités de transformation.....	530
A.	Les déviations	530
B.	La reconstruction des mosaïques (tesserae)	531
C.	Diffusion locale d'une doctrine et subordination intellectuelle	532
D.	Dépersonnalisation de la doctrine	533
E.	Les temps du transfert.....	533
F.	L'influence négative ou réactive.....	534
III.	Les relations de pouvoir dans le domaine transnational et le domaine local.....	535
IV.	La question du succès et de l'échec	537
<i>Section 2. Les acteurs du processus de diffusion.....</i>		<i>538</i>
I.	Le constituant.....	539
II.	Le législateur.....	540
III.	Les juges.....	542
<i>Section 3. Les lieux et les temps de la diffusion du droit.....</i>		<i>543</i>
I.	Le cadre géographique.....	543
II.	Les rythmes temporels.....	545
CONCLUSION DU TITRE II.....		547
CONCLUSION DE LA PARTIE III		548
CONCLUSION GÉNÉRALE		550
BIBLIOGRAPHIE.....		553
I.	<i>Bibliographie sur les rapports entre systèmes juridiques (partie I et partie II).....</i>	<i>553</i>
II.	<i>Bibliographie sur la réception du constitutionnalisme français dans la discussion de la réforme constitutionnelle de 1936 en Colombie (partie II).....</i>	<i>597</i>
TABLE DES MATIÈRES.....		638