



La république des constitutionnalistes

Professeurs de droit et légitimation
de l'État en France (1870-1914)

Guillaume Sacriste



SciencesPo.
Les Presses

Extrait de la publication

La République des constitutionnalistes



SciencesPo.
Les Presses

Domaine Droit

Dirigé par Frédéric Audren et Daniel Jutras

La République des constitutionnalistes

Professeurs de droit et légitimation
de l'État en France (1870-1914)

Guillaume Sacriste



Catalogage Électre-Bibliographie (avec le concours de la Bibliothèque de Sciences Po)

La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914) / Guillaume Sacriste. – Paris : Presses de Sciences Po, 2011.

ISBN 978-2-7246-1234-9

RAMEAU :

- France : 1870-1940 (3^e République)
- Constitutionnalisme : France : Histoire
- Droit et politique : France : 1870-1914
- France : Histoire constitutionnelle : 1870-1914
- Professeurs de droit : France : 1870-1914
- Droit constitutionnel : Étude et enseignement (supérieur) : France : 1870-1914
- Droit et politique : France : 1900-1945
- France : Histoire constitutionnelle : 1900-1945
- Professeurs de droit : France : 1900-1945
- Droit constitutionnel : Étude et enseignement (supérieur) : France : 1900-1945

DEWEY :

- 342.44 : Droit constitutionnel et administratif - France
- 340.11 : Sujets particuliers de philosophie et de théorie du droit

Couverture : La Faculté de droit de Paris vers 1905-1906, par Adrien Barrère (1874-1931), avec l'aimable autorisation de Jean-Claude Colliard, président de l'Université Paris I-Panthéon-Sorbonne

La loi de 1957 sur la propriété intellectuelle interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit (seule la photocopie à usage privé du copiste est autorisée).

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, du présent ouvrage est interdite sans autorisation de l'éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 3, rue Hautefeuille, 75006 Paris).

La Faculté de droit de Paris vers 1905-1906 par Adrien Barrère (1874-1931).

Seize professeurs en exercice sur quarante-trois, de gauche à droite :

Ernest Glasson (doyen) (1839-1907), Charles Massigli (1851-1916), Edmond Thaller (1851-1919), Charles Gide (1847-1932), Alphonse Boistel (1836-1908), Paul-Frédéric Girard (1852-1926), Émile Chénon (1857-1927), Adhémar Esmein (1848-1913), Henry Berthélémy (1857-1943), Auguste Deschamps (1863-1935), Alfred Le Poittevin (1854-1924), Marcel Planiol (1853-1931), Edmond Cuq (1857-1927), Charles Lyon-Caen (1843-1935), Émile Jobbé-Duval (1851-1931) et Louis Renault (1843-1918).



SOMMAIRE

INTRODUCTION	9
<i>Chapitre 1</i> / L'INCONGRUITÉ DU DROIT CONSTITUTIONNEL DANS LES FACULTÉS DE DROIT	27
Discours civiliste et sauvegarde de l'esprit judiciaire	29
La création politique de cours de droit constitutionnel dans les facultés de droit	53
<i>Chapitre 2</i> / ÉTABLIR LA LÉGITIMITÉ DES PROFESSEURS DE DROIT DANS L'ÉTUDE SCIENTIFIQUE DES CONSTITUTIONS POLITIQUES	95
Investir la doctrine constitutionnelle préexistante	96
Le processus d'hybridation du rôle professoral	121
<i>Chapitre 3</i> / SÉLECTIONNER ET ENRÔLER LES PROFESSEURS PARIISIENS DE DROIT PUBLIC DANS LA CAUSE RÉPUBLICAINE	165
La gestion politico-scientifique du corps professoral	167
L'enrôlement des professeurs de droit public parisiens dans l'entreprise de légitimation de la politique républicaine	206
<i>Chapitre 4</i> / FAÇONNER LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE DE LA RÉPUBLIQUE : LES LÉGISTES PARIISIENS	249
Élaborer une théorie démocratique de l'État	252
Établir la primauté parlementaire	295
<i>Chapitre 5</i> / L'INTÉGRATION MANQUÉE DES PROFESSEURS DE DROIT PUBLIC PROVINCIAUX AU SEIN DU CHAMP SCIENTIFIQUE	331
Les dynamiques de la concurrence entre légistes parisiens et professeurs provinciaux	333
La structuration de l'action collective provinciale	381

<i>Chapitre 6 /</i>	LA « RÉVOLUTION CONSERVATRICE » DES PROFESSEURS DE DROIT PUBLIC PROVINCIAUX	425
	Endossement de la cause fonctionnariste et consolidation du rôle professoral	426
	La monopolisation de la doctrine constitutionnelle par les professeurs de droit public provinciaux	477
	CONCLUSION	537
	BIBLIOGRAPHIE	545
	INDEX	571

Introduction

Les cours constitutionnelles sont progressivement devenues, tout au long du *xx*^e siècle, des institutions centrales des démocraties occidentales modernes. Apparaissant aujourd'hui comme les gardiennes de leurs valeurs fondamentales, elles constituent l'un des éléments déterminants de la légitimité des systèmes démocratiques et de l'idée de leur supériorité sur les autres régimes politiques¹.

En France même, où la tradition dominante n'a jamais été considérée comme favorable à la consécration de la justice constitutionnelle, le Conseil constitutionnel s'est aujourd'hui imposé comme un acteur décisif du régime, au point que plus personne ne remet en cause son existence. Au contraire, sa « juridiction » ne cesse de s'accroître, ce que la question prioritaire de constitutionnalité a récemment illustré. Depuis son adoption, d'éminents constitutionnalistes peuvent se féliciter de ce que « n'importe qui peut désormais être amené à côtoyer le droit constitutionnel comme, auparavant, le droit civil, le droit commercial ou, pour les moins heureux, le droit pénal. Il va donc bien falloir en faire l'apprentissage, en découvrir le contenu et les ressources, et c'est très bien ainsi puisque l'un des objectifs de la réforme était justement de favoriser une appropriation, par les Français, de leur propre constitution. Bientôt, il y aura des dizaines de millions de constitutionnalistes, autant que de sélectionneurs de l'équipe de France de football² ! »

Pour qu'une telle célébration puisse être envisagée, il aura néanmoins été nécessaire que toute une scène se mette en place³. Il aura

1. *Pour une récente synthèse relatant cette montée en puissance, voir P. Rosanvallon, La Légitimité démocratique, Paris, Seuil, 2008.*

2. *G. Carcassonne et O. Duhamel, QPC. La Question prioritaire de constitutionnalité, Paris, Dalloz, 2011, p. 44.*

3. *J. Chevallier, L'État de droit, Paris, Montchrestien, 2003 [4^e éd.]. B. François, La Cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions, thèse pour le doctorat de science politique, Paris, Université Paris I, 1992.*

par exemple fallu qu'au cours des années 1980, la notion d'État de droit devienne un véritable paradigme, qu'elle soit réactivée au cœur des champs politique, philosophique et des sciences sociales comme idéologie alternative de l'État-providence. Il aura aussi fallu que l'État ne soit plus seulement présenté « comme un instrument de promotion et de sécurisation collectives mais aussi comme un agent d'oppression⁴ » et que, par une série de transformations affectant ces champs, l'accent y soit désormais mis « sur l'individu face au pouvoir et sur la défense de ses droits et libertés fondamentales contre la dictature des majorités démocratiques⁵ ». Seuls ces éléments de contexte – encore faudrait-il les systématiser – permettent d'appréhender les mutations fondamentales du statut de la justice constitutionnelle en France depuis une trentaine d'années.

« De club de politiques retraités et de notables locaux ou nationaux », le Conseil constitutionnel a ainsi lentement mué, soutenu en cela par une doctrine intéressée, en une véritable « cour constitutionnelle digne de ce nom⁶ ». Progressivement, « une culture de constitutionnalité⁷ » a infusé l'ensemble du monde politico-administratif. Le droit constitutionnel s'impose comme l'une des partitions les plus légitimes des acteurs du jeu politique. Ces derniers en utilisent de plus en plus souvent les théories et le vocabulaire sophistiqués pour justifier telle ou telle de leur action – quelques-uns par intérêt, d'autres par croyance dans la justice immanente de la règle constitutionnelle. Quoi qu'il en soit, la saisine du Conseil constitutionnel est ainsi devenue l'un des coups politiques routinisés du registre parlementaire. Pour témoigner de ces intrigues ésotériques, désormais liées pour une large part à l'invocation d'une jurisprudence constitutionnelle, les journalistes politiques se sont à leur tour mis à étudier leurs classiques du *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, donnant ainsi à leurs dénouements toujours plus de poids auprès de l'opinion publique. La

4. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 150.

5. Ibidem.

6. D. Schnapper, *Une Sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p. 122.

7. G. Carcassonne, « Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi », dans *Conseil constitutionnel*, Le Conseil constitutionnel a quarante ans, Paris, LGDJ, 1999, p. 84.

scène d'abord confinée à quelques spécialistes s'élargit alors à l'espace public, acculturant le profane à l'argutie constitutionnelle et donnant toujours plus de légitimité aux décisions du Conseil. À n'en pas douter, ces dernières sont aujourd'hui plus attendues qu'hier. Elles sont également plus redoutées. C'est pourquoi aucun avant-projet de loi gouvernemental n'échappe désormais à un examen de conformité à la Constitution avant son passage en Conseil des ministres. C'est en ce sens que l'on peut dire que le droit constitutionnel encadre bien le jeu politique.

L'un des principaux protagonistes de cette transformation en profondeur du champ politique est néanmoins souvent occulté. Il faut dire qu'il est prompt à se cacher derrière les textes qu'il interprète et qu'il diffuse. Certes, les théories qu'il forge parlent en son nom. De plus en plus souvent, elles sont donc invoquées dans l'espace politique, voire au-delà. Devenues des armes pour défendre toutes les causes, leur efficacité ne pose plus question. Ce protagoniste de l'ombre, souvent relégué aux seconds rôles de la *success story* du Conseil constitutionnel en France, c'est le *constitutionnaliste* lui-même, ce professeur de droit spécialisé dans l'analyse des constitutions politiques.

Un tel professeur est d'invention récente : elle date, en France, de la fin du XIX^e siècle. Bien sûr, il existait déjà un professeur de droit romain ou de droit civil. C'étaient des figures canoniques, qui avaient depuis longtemps justifié leur rôle dans la fabrication et le manie- ment des catégories du *ius commune*. Mais par rapport à ses devan- ciers, l'invention du rôle de professeur de droit constitutionnel impliquait certaines spécificités. Le droit constitutionnel touche au cœur de la définition du pouvoir politique, au point que les consti- tutions politiques ont pu être considérées comme « les règles du jeu politique⁸ ». Il semble aller de soi que les professionnels de la poli- tique aient pour ambition d'en monopoliser la fabrication. Ce sont en effet ces règles si cruciales qui non seulement les habilitent à agir

8. B. Lacroix, « *Ordre social, ordre politique* », dans M. Grawitz et J. Leca (dir.), *Traité de science politique*, vol. 1, Paris, PUF, 1985, p. 470-565. Voir aussi J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), *La Juridicisation du poli- tique*, Paris, LGDJ, 2010.

comme ils le font au nom du pouvoir d'État, mais qui contraignent leurs actions et marges de manœuvre ; elles sont du reste à ce point décisives que ce sont elles encore qui déterminent les critères de sélection des acteurs habilités à participer au jeu politique, c'est-à-dire les individus ou groupes d'individus susceptibles ou non d'occuper des positions de pouvoir au cœur de l'appareil d'État. Dans ces conditions, comment les professionnels de la politique pourraient-ils accepter de se voir privés du monopole de leur définition ? L'émergence de professeurs de droit spécialisés dans la science du droit constitutionnel signifiait pourtant que la fabrique des principes du jeu politique leur échapperait au moins pour partie. Un tel bouleversement des équilibres au cœur du politique ne pouvait aller de soi. Il y a là une première énigme car la figure du constitutionnaliste a bel et bien émergé au début de la Troisième République ! Ce livre replonge aux racines de cette histoire.

Les constitutionnalistes dans le processus de démocratisation politique

À l'origine de ce récit, on trouve une date : 1879. L'ensemble des institutions politiques de la France bascule alors dans le camp républicain ; mais c'est également la création de la première chaire de droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris. L'organisation d'un enseignement de droit constitutionnel en France apparaît donc étroitement liée à l'instauration de la République. Il convenait d'explorer le rôle du droit constitutionnel et de ses premiers enseignants dans une configuration de transition politique marquée par l'installation délicate et progressive de la république démocratique.

Or, si les théories de la transition démocratique insistent généralement sur la place du droit constitutionnel et des constitutions dans les processus de stabilisation de la démocratie, elles ont également en commun d'évacuer le rôle social que jouent les constitutionnalistes au sein de ces configurations. Les théories constitutionnelles y semblent en quelque sorte déjà là, à disposition des hommes politiques ou de « la société civile ». Ceux

qui les produisent semblent en revanche sans incidence propre sur ces processus⁹.

Sans doute une telle occultation tient-elle pour une part au fait que la production de théories constitutionnelles peut apparaître comme relativement autonome par rapport aux luttes proprement politiques ou, plus largement, aux mobilisations collectives, quant à leurs rythmes et enjeux. Les professeurs de droit constitutionnel produisent leurs théories, insérés dans un univers social – le monde des facultés de droit – qui possède, dans une certaine mesure au moins, ses propres règles. Néanmoins, cet univers est traversé par certains clivages spécifiques, n'est pas fait d'un bloc. Il n'est pas complètement imperméable non plus à l'extérieur, les murs des facultés de droit du tournant du XIX^e siècle n'étant pas totalement étanches aux tumultes du monde¹⁰. D'autres 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 – mais ce ne sont pas les seules. Ces influences pèsent donc sur leur manière de produire des théories constitutionnelles. Et ces univers 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.

9. *Sur le droit constitutionnel des transitions démocratiques*, J.-P. Massias, Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1999. *Pour une application des théories de la transition démocratique au cas de la Troisième République*, P. Nord, « Les origines de la Troisième République en France (1860-1885) », Actes de la recherche en sciences sociales, 116/117, 1997, p. 53-68. *Et parmi une littérature abondante*, G. O'Donnell et P. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore (Md.), Johns Hopkins University Press, 1986. G. Hermet, *Le Passage à la démocratie*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996.

10. *C'est ce que montre plus largement la thèse érudite de M. Milet*, 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 pour le doctorat de science politique, Paris, Université Paris II, 2000, qui, de ce point de vue, fait en quelque sorte système avec la nôtre : G. Sacriste, *Le Droit de la République (1870-1914). Légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la Troisième République*, thèse pour le doctorat de science politique, Paris, Université Paris I, 2002. Voir aussi le petit ouvrage séminal d'A.-J. Arnaud, *Les Juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.

Analyser le rôle des théories constitutionnelles en situation – tout particulièrement dans les moments de changement de régime –, c'est donc les comprendre non pas seulement comme des œuvres académiques mais aussi comme des théories politiques participant de la légitimation des ordres politiques¹¹. En ce sens, les théories constitutionnelles formalisées par les premiers constitutionnalistes de la Troisième République sont bien ce que Peter Berger et Thomas Luckmann nomment des *univers symboliques* : elles proposent des cadres de référence intégrant de vastes pans des expériences humaines (ici, au moins la totalité des expériences politiques des individus). C'est dans ces univers symboliques, qui intègrent et articulent l'ensemble des institutions politiques, que sont notamment justifiés les rapports de domination et de dépossession au principe de la société politique. Ces univers entendent d'abord distinguer gouvernants et gouvernés. Les théories constitutionnelles proposent, justifient et objectivent donc des solutions sophistiquées de distribution du pouvoir politique. Pour cela, elles prennent la forme de *sociodécées*, racontant l'histoire d'une communauté politique et « reliant les hommes à leurs prédécesseurs et à leurs successeurs dans une totalité signifiante¹² ». Elles organisent des liens logiques qui racontent le groupe, définissent les critères permettant d'être membre de la communauté politique et assignent des rôles institutionnels – « citoyen », « représentant », « ministre », « fonctionnaire », etc. – aux uns et aux autres selon les modalités qu'elles systématisent et qui ont une influence directe sur les groupes sociaux susceptibles d'accéder pratiquement aux différentes positions qu'elles codifient. De ce point de vue, les controverses constitutionnelles, qui prennent souvent des allures techniques, sont toujours des controverses sur la distribution du pouvoir politique. Plus précisément, elles portent *de facto* sur la distribution du pouvoir en faveur de telle ou telle fraction d'élites sociales. Au demeurant, les théories constitutionnelles s'appuient toujours sur un postulat qui monte en généralité

11. Sur la fonction de légitimation de la doctrine, voir P. Jestaz et C. Jamin, *La Doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 245 sq. Et plus généralement sur la doctrine, J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in CURAPP, *La Doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 260 sq.

12. P. Berger et T. Luckmann, *La Construction sociale de la réalité*, Paris, Klincksieck, 1994, p. 142.

une forme de vie particulière à partir de laquelle est construite une définition du bien commun. Ce sont *in fine*, pour une part au moins, des entreprises de hiérarchisation sociale. 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.

Dans ces conditions, on comprend que, pour les républicains de 1879, le droit constitutionnel doit servir à justifier les principes du nouvel ordre politique républicain et devenir ainsi un volet essentiel de sa légitimation. C'est pourquoi il apparaît comme très peu distinct des arguments proprement politiques. En somme, c'est une discipline qui demeure *encastrée* dans le politique, et le processus d'autonomisation d'un savoir scolastique n'est pas encore abouti, loin de là.

Ainsi, pour les fractions politico-administratives républicaines au pouvoir, des enseignants sélectionnés pour leur républicanisme avéré – ou tout au moins pour leur neutralité politique – et une définition politisée des enseignements devaient contribuer à consolider le nouvel ordre politique républicain. Ils avaient vocation à devenir les *légistes* de la république démocratique, ses théoriciens. L'ancrage de la République naissante devait se trouver facilité par leur travail de mise en forme symbolique. Néanmoins, l'une des difficultés que les fractions politico-administratives républicaines rencontreront dans la mise en place de ce projet tient au fait que, progressivement, certains professeurs de droit constitutionnel s'écarteront sinon de la lettre, du moins de l'esprit de la mission qui leur avait été confiée. Au tournant du siècle, ces derniers proposeront des organisations constitutionnelles de l'État alternatives, sinon opposées, à celles des républicains. Or, si l'on s'accorde avec Juan Linz, pour considérer que « la légitimité démocratique repose bien sur la croyance que dans un pays donné, à une époque donnée, aucun autre type de régime ne saurait mieux assurer la poursuite et la réalisation des fins collectives¹³ », produire et diffuser des théories constitutionnelles alternatives à cette forme de régime politique

13. J. Linz, « Crisis, Breakdown, and Reequilibration », dans J. Linz et A. Stepan (eds), *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore (Md.) et Londres, Johns Hopkins University Press, 1978, p. 3-124.

est une manière de saper la légitimité démocratique. Pour le dire selon la célèbre formule d'Adam Przeworski, c'est attester que « la démocratie n'est pas le seul jeu en ville » et donner des armes cognitives pour le démontrer. Ces professeurs de droit constitutionnel vont rendre pensables d'autres régimes politiques que celui de la république démocratique. Ils fournissent des ressources intellectuelles et statutaires (celles des professeurs de droit d'État) à tous ceux – partis politiques conservateurs, intellectuels critiques, hiérarchie de l'Église catholique, syndicats patronaux, ouvriers ou de fonctionnaires, etc. – qui, dans le monde social, souhaitent remettre en cause le compromis des lois constitutionnelles de 1875. Dans les moments de crise traversés par le régime naissant, leurs théories sont en effet tout particulièrement investies par ceux qui entendent remplacer l'ordre politique existant par un autre¹⁴. Selon une hypothèse faible, ils seront ainsi les alliés objectifs de certaines entreprises de délégitimation de la République ; selon une hypothèse forte, ils en seront les premiers militants. L'enseignement du droit constitutionnel au début de la Troisième République aura donc constitué l'un des laboratoires où seront fabriquées et diffusées des architectures constitutionnelles cohérentes, se présentant comme des alternatives crédibles à la république démocratique, certains constitutionnalistes apparaissant comme leurs démiurges et leurs desservants.

On voit combien cette approche politiste de l'analyse du droit¹⁵ est différente de celle adoptée dans l'ouvrage de Marie-Joëlle Redor, *De l'État légal à l'État de droit*¹⁶, qui demeure l'exemple le plus abouti visant à mettre en perspective le travail de la doctrine publiciste de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle. L'auteure y montre que les

14. F. G. Bailey, *Les Règles du jeu politique*, Paris, PUF, 1971 ; M. Dobry, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 1986.

15. Sur cette dernière, cf. B. Lacroix, « Le politiste et l'analyse des institutions », dans B. Lacroix et J. Lagroye (dir.), *Le Président de la République. Usages et genèses d'une institution*, Paris, Presses de Sciences Po, 1992, p. 13-77, et tout particulièrement « Pour une histoire sociale du droit constitutionnel », p. 37 sq, ainsi que B. Lacroix, « Quelques observations avant de dire droit », dans L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez et L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit*, Paris, CURAPP/PUF, 2005, p. 19-28. Voir aussi l'article séminal de P. Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 3-19.

16. M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

représentations de l'État se sont radicalement transformées entre 1879 et 1914, notamment sous le coup de la concurrence à laquelle se livrent hommes politiques et spécialistes de droit public pour dire ce qu'est l'État. Mais ce travail porte essentiellement sur des lectures internes de la doctrine et ne rend pas compte du rôle proprement sociopolitique des constitutionnalistes et du droit constitutionnel de la fin du XIX^e siècle. Notre approche politiste se distingue également des travaux d'historiens, dont certains ont ausculté les facultés de droit de la fin du XIX^e siècle dans une perspective d'histoire de l'enseignement supérieur. Les travaux de Christophe Charle¹⁷ ou la thèse sur l'économie politique de Lucette Levan-Lemesle¹⁸ insistent par exemple sur la place qu'occupaient les professeurs de droit dans l'enseignement supérieur¹⁹. De ce point de vue, ils possèdent l'insigne vertu de faire réapparaître les professeurs de droit en tant qu'acteurs sociaux, bien que cette démarche se réalise souvent au détriment – puisque là n'est pas leur propos – de l'analyse de leurs productions, *i.e.* du corpus doctrinal. Notre travail a pour ambition de faire tenir ensemble l'analyse des usages que les constitutionnalistes font de leur rôle social et l'exploration des logiques de leurs théories constitutionnelles.

Les constitutionnalistes comme légistes de l'État sous la Troisième République

Ce récit est également traversé par une autre idée. Le droit constitutionnel, souvent pensé comme institution libérale ayant partie liée avec l'idée de la limitation du pouvoir d'État, a été pris en charge,

17. Notamment C. Charle, *Les Élités de la République, 1880-1900*, Paris, Fayard, 1987 ; C. Charle, *La République des universitaires, 1870-1940*, Paris, Seuil, 1994 ; et spécifiquement sur les professeurs de droit, C. Charle, « La toge ou la robe ? Les professeurs de la faculté de droit de Paris à la Belle époque », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 7, 1988, p. 167-175. Plus généralement, C. Charle, « Le champ universitaire parisien à la fin du XIX^e siècle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 47/48, 1983, p. 77-89. C. Charle, « Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 76/77, 1989, p. 117-119.

18. L. Levan-Lemesle, *L'Enseignement de l'économie politique en France (1860-1939), thèse pour le doctorat d'histoire*, Paris, Université Paris I, 1995.
19. C'est également le cas de J. Gatti-Montain, *Le Système d'enseignement du droit en France*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1987.

historiquement, par le pouvoir d'État lui-même et ses agents bureaucratiques. Ce sont des professeurs d'État qui ont façonné et systématisé ses principales théories, qu'elles soient hostiles ou favorables à l'État républicain. L'hypothèse au cœur de ce livre est que la position des professeurs de droit constitutionnel peut être pensée par analogie avec celle que les légistes du Moyen Âge et de la Renaissance avaient occupée bien avant eux au sein de l'État naissant²⁰. Les historiens du droit aussi bien que les médiévistes ont toujours accordé une place décisive, dans l'histoire de l'État, aux légistes qui ont mis en forme le pouvoir royal²¹. Ils ont montré comment ces derniers ont fabriqué les concepts – tels *l'imperium*, la *majestas*, le *lit de justice*, etc. – qui ont permis d'autonomiser l'État, en tant qu'institution ayant ses logiques propres, de la personne physique du roi. Ils ont en outre insisté sur les liens ambigus qu'entretenaient ces lettrés avec le pouvoir princier, occupant des positions sociales d'absolue dépendance tout en construisant des théories limitant (et justifiant) l'étendue de son pouvoir.

À quelques exceptions près, les périodes plus récentes n'ont que rarement donné lieu à des recherches insistant sur le rôle de légistes modernes dans la production des formalisations symboliques du pouvoir d'État. Dans son *Histoire de l'administration*, Pierre Legendre avait pourtant ouvert la voie en soulignant le parallèle que l'on pouvait établir entre légistes de l'État moderne et administrativistes du XIX^e siècle²². Mais

20. Pour une récente et suggestive synthèse sur la genèse de l'État moderne et le rôle des légistes, B. Lacroix, « Genèse et constructions de l'État moderne », dans A. Cohen, B. Lacroix et P. Riutort, Nouveau manuel de science politique, Paris, La Découverte, 2009, p. 52-70.

21. E. Kantorowicz, Les Deux corps du roi, Paris, Gallimard, 1989 ; R. Giesey, « The Juristic Basis of Dynastic Right to the French Throne », Transactions of the American Philosophical Society, 51 (5), 1961, p. 1-47 ; S. Hanley, Le Lit de justice des rois de France, Paris, Aubier, 1991 ; J.-Ph. Genet, L'État moderne : le droit, l'espace et les formes de l'État, Paris, N. Coulet et J.-P. Genet éd., 1990. Pour les historiens du droit, voir J. Krynen et A. Rigaudière, Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI-XV^e siècles), Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1992 ; J. Krynen, L'Empire du roi, Paris, Gallimard, 1993 ; J. Krynen (dir.), Droit romain, Jus civile et droit français, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1999 ; J. Krynen, « L'encombrante figure du légiste », Le Débat, 74, 1993, p. 45-53 ; P. Legendre, « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir. Entretien avec P. Legendre », Politix, 32, 1995, p. 23-44.

22. P. Legendre, Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Paris, PUF, 1968, p. 466 sq.

au total, la faiblesse historiographique sur ceux que l'on peut appeler les légistes modernes ne cesse de surprendre. Elle tient sans doute essentiellement aux aléas des découpages académiques entre le droit, l'histoire et la science politique, dessinant un angle mort dans l'interstice où se trouvaient les producteurs de théories de l'État. Elle tient aussi sans doute aux coûts d'entrée prohibitifs que représente la maîtrise de cet univers ésotérique qu'est le droit de l'État. C'est ainsi qu'en France tout particulièrement, les juristes publicistes n'ont quasiment jamais été étudiés en tant que groupe social ayant participé à la construction de l'État des XIX^e et XX^e siècles. La naissance du parlementarisme au cours du XIX^e siècle et la consécration de la forme républicaine de l'État en France en 1875 ont donné lieu à de nouvelles justifications du pouvoir politique, qui ont contribué à redessiner les jeux de pouvoir entre élites. L'avènement de la république parlementaire et démocratique en France a constitué une telle innovation institutionnelle qu'il fallait en fournir les instruments *symboliques* d'intelligibilité²³, ceux-là même qui expliquaient les nouvelles formes prises par le pouvoir politique. C'était là une condition de la stabilisation et de la pérennisation du nouveau régime. Il est donc revenu aux légistes modernes de systématiser les théories justifiant cette nouvelle organisation du pouvoir politique, fournissant les instruments cognitifs pour se repérer dans l'ordre politique nouveau : dans une certaine mesure au moins, les professeurs de droit constitutionnel de la Troisième République auront joué ce rôle, systématisant en France l'attirail symbolique formalisant l'État. Ce livre entend donc lever un premier voile sur ces producteurs de théories constitutionnelles en resituant les conditions sociales et historiques de leur travail au tournant du XX^e siècle.

Les constitutionnalistes dans l'accroissement du pouvoir d'État

De même que les légistes de l'État du Moyen Âge et de la Renaissance étaient directement stipendiés par le pouvoir qu'ils contribuaient à faire

23. On renvoie ici d'une part à B. Lacroix, « Genèses et construction de l'État moderne », op. cit., et d'autre part à la philosophie des formes symboliques d'E. Cassirer, *La Philosophie des formes symboliques*, Paris, Éditions de Minuit, 1991.

advenir, il faut relever que les professeurs de droit constitutionnel du début de la Troisième République se trouvaient dans une position particulière par rapport à l'objet dont ils devaient définir les règles de fonctionnement dans leurs cours et leurs ouvrages. À titre personnel, ils apparaissaient assez directement intéressés à leurs propres théorisations constitutionnelles de l'État. En effet, enseignant au nom de l'État républicain les principes d'un droit le définissant et l'encadrant, c'est de fait leur propre statut de fonctionnaires d'État, au moins indirectement, qu'ils contribuaient à définir quand ils définissaient les cadres du pouvoir d'État. De ce point de vue, leur capacité collective à définir l'identité et le fonctionnement des pouvoirs publics constitutifs de l'État et leur dépendance directe vis-à-vis de lui étaient inédites dans l'histoire de la construction de l'État moderne. Les professeurs de droit constitutionnel du début de la Troisième République étaient des *alliés objectifs* de la rationalisation de l'État.

Ainsi, bien qu'ils se définissent tous comme libéraux – et ils l'étaient quasiment tous, chacun à leur sens, républicain ou conservateur –, les professeurs enseignant le droit constitutionnel de la Troisième République étaient également tous enclins, pour certains sans le vouloir, à définir la substance de l'État. Se mettant en effet au service de l'intérêt général en tant que fonctionnaires d'État, ils visaient à façonner par leur théorie, quelle qu'elle soit, cet intérêt général comme expression de la volonté de l'État transcendant les intérêts particuliers. Par là, ils contribuaient à faire tenir – telle est l'étymologie du mot – un État, qui les faisait à son tour tenir de par l'état qu'il leur fournissait²⁴. C'est donc d'abord au moyen de leur pouvoir d'énonciation de ce qu'était l'État qu'ils le renforçaient, puisqu'ils contribuaient de manière décisive à son objectivation. Par obligation professionnelle, leur tâche était de le décrire, l'inventorier, le définir et le justifier. Dans leurs théories, « l'État » était une institution que l'on pourrait appeler de second degré, c'est-à-dire intégrant un ensemble d'institutions politiques existantes. Maurice Hauriou le qualifiait pour cela d'« institution des institutions » : l'État encadrait et englobait un ensemble d'institutions, de rôles et

24. Cf. P. Legendre, *Le Désir politique de Dieu. Étude sur le montage de l'État et du droit*, Paris, Fayard, 1988.