

Julien Boudon

## Une doctrine juridique au service de la République? La figure d'Adhémar Esmein<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Préface – 2. La pénétration de l'idéologie républicaine dans les Facultés de droit – 3. Le républicanisme modéré d'Adhémar Esmein

### 1. Préface

Il est souvent affirmé que les professeurs de droit, une fois la République solidement installée, à la fin des années 1870 (la première victoire de 1875 a été définitive en 1879 avec la prise du Sénat et l'élection de Jules Grévy comme Président de la République en janvier), ont été des apôtres zélés de la foi républicaine. Les recherches récentes se sont focalisées sur la personne d'Adhémar Esmein, né en 1848, mort en 1913, agrégé en 1875, nommé à la Faculté de droit de Paris dès 1879, auteurs d'ouvrages réputés et notamment des *Éléments de droit constitutionnel* publiés pour la première fois en 1896. Esmein est assurément une sommité : il a écrit le premier article de la "Revue du droit public" en 1894, il est un des directeurs de la "Nouvelle revue historique de droit français et étranger" depuis 1881, il a co-fondé la "Revue trimestrielle de droit civil" en 1902, tandis qu'il enseigne, non seulement à la Faculté de droit parisienne, mais aussi à l'École libre des sciences politiques, à l'École pratique des hautes études, à l'École normale supérieure (Sèvres). Enfin, et surtout pour ce qui nous occupe aujourd'hui, il a été comblé de bienfaits par le pouvoir républicain : il occupe nombre de positions cruciales dans la technocratie administrative, il reçoit l'Ordre national du mérite, la Légion d'honneur, etc. Bref, il serait « un légiste au service de la République », pour reprendre l'expression de Guillaume Sacriste (*Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République*, in S. Pinon et P.-H. Prétot (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris 2009, pp. 9-42 ; *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris 2011). C'est cette affirmation que je voudrais discuter devant vous : elle va à rebours de la doctrine majoritaire, qui a – il est vrai – bien des arguments à faire valoir. En effet, le pouvoir républicain ne manque pas de moyens pour incruste le républicanisme dans les Facultés de droit.

### 2. La pénétration de l'idéologie républicaine dans les Facultés de droit

Les gouvernements républicains successifs, dès 1877-1878, ont mobilisé tous les moyens à leur disposition pour faire progresser l'idée républicaine dans les Facultés de droit, réputées conservatrices. On peut citer quatre armes ou instruments :

- L'organisation des études : le ministère de l'Instruction publique, notamment la direction de l'enseignement supérieur, est favorable à l'introduction de matières nouvelles, support de méthodes d'enquête nouvelles. Alors que l'enseignement était presque exclusivement composé de droit romain et de droit civil français, un cours annuel d'histoire du droit est imposé en première année par le décret du 28 décembre 1880. Mais

<sup>1</sup> Il s'agit du texte d'une conférence présentée à l'Université Rome 3 en 2011.

c'est surtout la promotion du droit constitutionnel qui est notable : le décret du 24 juillet 1889 prévoit que le cours d'histoire du droit est ramené à un semestre (le premier), pour être suivi par un cours d'éléments de droit constitutionnel. Avant d'y revenir, remarquons l'incroyable permanence des formations dispensées dans les Facultés de droit : encore aujourd'hui, l'histoire du droit, le droit constitutionnel sont, aux côtés du droit civil, les matières principales enseignées aux étudiants de première année. La République fait le choix inverse des Empires napoléoniens et des monarchies selon les Chartes : alors que les régimes autocratiques avaient condamné tout enseignement de droit constitutionnel (le cours de Pellegrino Rossi à la Faculté de droit de Paris sous la Monarchie de Juillet a été éphémère), la République décide de consolider sa légitimité, ébranlée par la crise boulangiste, sur le terrain scientifique. Ainsi que le disait Pelletan dans son rapport au Sénat, l'enseignement du droit constitutionnel doit constituer un « catéchisme républicain », il doit servir à affermir la République contestée.

- L'inspection académique, la notation et la nomination des professeurs de droit : une Inspection générale des écoles de droit est créée par la loi du 22 ventôse an X – 13 mars 1804, elle est organisée dans le détail par le décret du 17 mars 1808. Après bien des vicissitudes, elle est rétablie en 1852 et perdurera jusqu'en 1888. L'Inspection générale des Facultés de droit était confiée à un seul Inspecteur : Louis-Firmin Laferrière (1852-1861), Charles Giraud (1861-1881) et Calixte Accarias (1881-1888). Ces trois hommes ont joué un rôle crucial pour plusieurs raisons : ils évaluaient les professeurs de droit et faisaient leur réputation au sein du ministère ; ils présidaient et ont présidé tous les jurys d'agrégation de 1855 à 1888 ; ils étaient les interlocuteurs privilégiés du ministère de l'Instruction publique pour toutes les réformes touchant l'enseignement supérieur. Ainsi, c'est Accarias, devenu Inspecteur général honoraire, mais toujours membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique, qui sera le rapporteur du décret du 24 juillet 1889 dont on vient de parler ; c'est encore lui qui sera l'artisan de l'arrêté du 6 janvier 1891 qui modifiait le régime du concours d'agrégation et qui devait conduire au sectionnement en 1896. Or ces trois hommes étaient des libéraux, voire des républicains, y compris sous le Second Empire : c'est certain, en toute hypothèse, pour Accarias, expulsé en 1851 de l'École normale pour son républicanisme intransigeant (v. A. Laquièze, *L'Inspection générale des Facultés de droit dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle (1852-1888)* dans RHF, IX (1989), pp. 7-43).

- Le choix des professeurs par le ministère : parmi les agrégés, le ministère pouvait trier les éléments les plus favorables à deux égards. D'une part, pour les chaires vacantes, il choisissait un professeur sur une liste de présentation de deux candidats arrêtée par le Conseil de la Faculté d'accueil (« concurremment » avec le Conseil supérieur de l'Instruction publique, dispose la loi du 27 février 1880, c'est-à-dire que quatre noms étaient théoriquement soumis au ministre). À Paris, on constate que les vœux du Conseil de la Faculté sont généralement avalisés par le Conseil supérieur de l'Instruction publique et suivis par le ministère : Lyon-Caen, Cauwès et Renault en 1881, Lefebvre en 1884, Beauregard en 1888, Jobbé-Duval en 1892, Thaller, Girard et Chavegrin en 1893, Massigli en 1895, Le Poittevin et Planiol en 1896. D'autre part il était totalement libre de nommer qui il souhaitait lorsqu'une chaire nouvelle était créée. Or le pouvoir républicain ne s'est pas embarrassé de scrupules : en décembre 1878, Accarias est nommé sur une chaire des Pandectes à la Faculté de droit de Paris ; en janvier 1879, pour occuper la première chaire de droit constitutionnel à Paris, il a nommé Jalabert, le doyen de la Faculté de Nancy, protestant connu pour ses opinions républicaines tranchées, familier de Jules Ferry, alors

ministre de l'Instruction publique, et ce alors que la tradition recommandait soit de nommer le plus ancien professeur parisien, soit de désigner Charles Lefebvre qui avait assuré le cours de droit constitutionnel l'année d'avant. On relève aussi qu'Esmein était présenté en deuxième position (derrière Lainé) pour occuper la nouvelle chaire d'histoire du droit en 1891, mais que le ministère a tranché en sa faveur. Enfin, pour le choix du doyen, le décret du 28 décembre 1885 dispose que le ministère n'aura le choix qu'entre les deux noms proposés par l'Assemblée de la Faculté (qui comprend les professeurs titulaires et les agrégés). En pratique, du moins à Paris, le ministère suit toujours le vœu de la Faculté (J.-L. Halpérin (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris 2011, pp. 73-76 ; G. Sacriste, *Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République*, art. cité, pp. 13-14).

- Gratifications, récompenses, prébendes : la République dispose de toute une série de ressources qui permet d'accroître le prestige et la réputation de ses serviteurs les plus loyaux. Décorations (Ordre du mérite, Légion d'honneur), nominations dans les structures politico-administratives (Conseil supérieur de l'Instruction publique), etc. Selon Marc Milet, « près d'un membre [parmi les professeurs de la Faculté de droit de Paris] sur deux officie dans des fonctions et structures d'influence » (*Paris, capitale juridique, op. cit.*, p. 154). On va le voir dans un instant avec Adhémar Esmein.

- Ajoutons que nombre de professeurs de droit ont tenté ou suivi une carrière politique, or elle fut presque toujours du côté des partis républicains. Sept professeurs de la Faculté de droit de Paris sont devenus députés entre 1898 et 1939 : Paul Beauregard (économie politique) à Paris au nom du Comité de l'Union libérale républicaine ; Marc Sauzet (droit public) à Paris puis en Ardèche, Unioniste ; Maurice Bernard (droit privé) dans le Doubs, Gauche radicale ; Joseph Barthélemy (droit public) dans le Gers, Droite libérale modérée ; Bertrand Nogaro (économie politique) dans les Hautes-Pyrénées, Radical socialiste ; Louis Germain-Martin (économie politique) dans l'Hérault, Gauche radicale ; Louis Rolland (droit public) dans le Maine et Loire, Jeune Républicain (v. Marc Milet, *Paris, capitale juridique, op. cit.*, p. 176). — Même sentiment en province : Henri Capitant (agrégé en 1891) est conseiller municipal de Grenoble en 1896, adjoint au maire (républicain) en 1904, il briguera la députation comme radical ; l'engagement de Lévy-Ulmann (agrégé en 1899) est tout aussi net : en 1913, il présente le rapport du comité exécutif du parti radical au congrès de Pau ; Paul Pic (agrégé en 1890) est conseiller municipal radical-socialiste de Lyon en 1905-1908, il adhère en 1906 au Comité de la démocratie sociale qui rassemble des radicaux, des radicaux-socialistes et des socialistes, avec Paul-Boncour et Herriot ; Léon Duguit (agrégé en 1882) fut dreyfusard, membre du cercle Voltaire, élu en 1908 conseiller municipal de Bordeaux sur la liste d'Union républicaine démocratique, candidat en 1914 à la députation en tant que « Républicain de gauche » (il n'avait pas reçu l'investiture de la Fédération des gauches). Sur tous ces engagements politiques, v. N. Hakim et F. Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris 2009, *passim*. On ajoutera Larnaude, maire de Condom, trois fois candidat et battu à la députation en 1898, 1902 et 1905. Ou encore Paul-Albert Wahl (agrégé en 1890), dont Esmein disait en 1907 : « C'est un homme farouchement républicain, ce qui est bien aussi à considérer » (J.-L. Halpérin, « Henri Lévy-Ullmann », *Le renouveau de la doctrine française, op. cit.*, p. 98). Exemple enfin de Gaston Jèze (agrégé en 1901), proche des radicaux, candidat à la députation en Guadeloupe en 1919 sur la liste du Parti socialiste colonial : J.-L. Halpérin met cependant en garde sur l'isolement de Jèze au sein de la Faculté de droit de Paris qui

est plutôt conservatrice et hostile aux partis de gauche dans l'entre-deux-guerres (*Paris, capitale juridique, op. cit.*, p. 32-33).

Bref, nombre d'éléments invitent à penser que les professeurs de droit furent des partisans de la République et qu'ils la servirent avec diligence. Cette thèse est au cœur des travaux érudits de Marc Milet et Guillaume Sacriste, jeunes représentants de la science politique en France. Il est indéniable que la République a trouvé des relais utiles parmi les professeurs de droit, mais je voudrais nuancer le tableau. D'une part le corps des professeurs de droit n'a jamais été homogène : si on a compté des partisans résolus de la République, il faut aussi noter que certains furent neutres, voire critiques, notamment en raison de leur engagement catholique. G. Sacriste lui-même souligne qu'il y a un fort contraste entre la minorité parisienne, très prononcée en faveur de la République, et la majorité provinciale, plus réservée, voire franchement réactionnaire (« Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », art. cité, p. 28-29). D'un côté Larnaude (agrégé en 1878, à Paris dès 1882, fondateur de la RDP en 1894), Henry Berthélemy (agrégé en 1884, à Paris en 1896), Chavegrin et Esmein. De l'autre Deslandres (agrégé en 1891, professeur à Dijon toute sa carrière), Gény (agrégé en 1887, à Alger, Dijon puis Nancy), Hauriou (agrégé en 1882, professeur à Toulouse toute sa carrière) – on pourrait ajouter Michoud (agrégé en 1882, professeur à Grenoble. Saleilles, Gény et Deslandres se sont connus à la Faculté de droit de Dijon : le recteur écrivit de Deslandres qu'il était « comme une doublure » de Gény, qu'il est « un professeur actif et zélé dont la tenue est correcte, mais dont les opinions et les relations sont rétrogrades » (AN, F/17/24243, fiche individuelle de 1897 ; cité par G. Sacriste, *Droit, histoire et politique en 1900*, dans RSHS, 2001, p. 70, note 6). L'appréciation du recteur se fait plus acerbe en 1901 : « complètement détaché de l'Université de France à laquelle il est ouvertement hostile » (cité par G. Sacriste, p. 73, note 23). Dès 1891, Jules Léveillé, Inspecteur général délégué des Facultés de droit, indiquait que la Faculté de Dijon était composée surtout de « conservateurs » et qu'elle « ne paraît pas en majorité partager les opinions démocratiques de la Bourgogne. Sans froisser ou léser aucun de ses membres, je pense que le ministère pourrait profiter de toutes les occasions à l'effet d'introduire des éléments nouveaux et surtout un courant nouveau dans ce lac fermé et tranquille. M. Gény désire être appelé à Nancy pour se rapprocher de sa famille. Le frère de M. Mouchet, qui est actuellement à Lille, pourrait remplacer M. Gény à Dijon. Ce serait un premier mouvement qui renforcerait déjà et consoliderait tout au moins le petit groupe libéral » (cité par G. Sacriste, p. 90, note 96). De son côté, Hauriou dénonce « le parti républicain radical » qui, depuis 1875, n'a eu de cesse de « subalterniser » le pouvoir exécutif au profit du Parlement (*Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, p. 173). — N.B. : la plupart de ces professeurs furent doyens : Larnaude et Berthélemy à Paris, Deslandres à Dijon, Gény à Nancy, Hauriou à Toulouse, Michoud à Grenoble.

D'autre part, et j'en viens enfin au sous-titre de mon intervention, le républicanisme des professeurs de droit les plus honorés par les gouvernements de l'époque doit être, selon moi, relativisé. La figure d'Adhémar Esmein est ici symptomatique.

### 3. Le républicanisme modéré d'Adhémar Esmein

On a toutes les raisons de faire d'Esmein un républicain convaincu. Les preuves ne manquent pas (je ne parle pas ici de l'activité scientifique) : Esmein, né en 1848, agrégé deuxième en 1875 à sa troisième tentative, est nommé à Douai où il ne reste que quatre

ans – sans doute grâce à Charles Giraud, qui présidait son jury d'agrégation, à Paul Gide, son directeur de thèse et à Accarias, qui était membre de son jury d'agrégation, il est rapatrié à Paris en 1879. Dès 1881, il prend en charge le nouveau cours d'histoire du droit, puis celui de droit constitutionnel en 1889. Enseignant à l'École libre des sciences politiques, il est nommé maître de conférences à l'École pratique des hautes études en 1886, avant de prendre la direction de la section des études religieuses, ce qui est loin d'être anodin après que la République a cessé d'abonder le budget de la Faculté catholique. Membre suppléant du Tribunal des conflits en 1893, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique, il sera chargé de deux importantes réformes, celle sur le sectionnement du concours d'agrégation en 1896 et celle sur la réforme de la Licence en 1905. Membre de l'Académie des sciences morales et politiques en 1904, chevalier en 1897 puis officier de la Légion d'honneur, il est fait président du jury d'agrégation d'histoire du droit en 1897, 1906, 1908 et 1910. Son réseau social est très solide : il a épousé en 1880 Valérie Le Blant, fille d'un directeur de l'École française de Rome et académicien ; il est très lié à Louis Liard, le directeur de l'enseignement supérieur et à Joseph Chaumié, ministre de l'Instruction publique sous Combes, ainsi qu'à Combes lui-même. Il meurt en pleine gloire en 1913.

C'est pour cette raison qu'une doctrine majoritaire représente Esmein comme un serviteur zélé de la République. Jean-Claude Colliard affirme que sa pensée allie « scientisme et foi républicaine » (« Portrait d'Adhémar Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.*, p. 7-8) ; il aurait été convaincu, toujours selon J.-C. Colliard, que « la République était la forme la plus naturelle de l'organisation politique » (p. 8), et que « la liberté de pensée amène tout naturellement à l'amour de la liberté et de la République » (*ibid.*). Même son de cloche chez G. Sacriste, qui a préparé sa thèse sous la direction du président Colliard : « Adhémar Esmein était l'une des figures idéal-typiques de ces légistes de l'État républicain » (« Adhémar Esmein en son époque », art. cité, p. 11), un « républicain convaincu » (p. 27), tandis que « les positions et les argumentations définies par Esmein étaient des positions de défense républicaine » (p. 35). Pourtant, une première nuance est apportée par G. Sacriste lui-même : il est contraint de reconnaître que le républicanisme d'Esmein était assez discret en 1879 ou 1881, mais qu'il s'est accentué en 1886 ou 1889 (p. 22). Jean-Louis Halpérin semble hésitant. D'une part « il n'y a toutefois pas de doute possible sur la fibre républicaine d'un universitaire qui préféra une étude sur le parti républicain sous la monarchie de Juillet en exaltant un idéal dont il vantait l'actualité » (*Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, dans RHD, (1997), p. 416), on relève un « profond attachement aux valeurs républicaines » (p. 417). D'autre part, il faut bien admettre que « les sentiments républicains d'Esmein ne sont pas affichés avec militantisme dans tel ou tel de ses ouvrages ; ils apparaissent discrètement au fil des pages de ses travaux successifs, tissant une toile assez serrée pour aboutir à une œuvre de conviction, sinon de combat » (p. 417).

À contre-courant de cette doctrine majoritaire, je voudrais défendre l'idée qu'Esmein n'était pas un républicain fervent, encore moins un républicain furieux, sans que cela signifie qu'il ne partageait pas les valeurs de la République. Entendons-nous ! Il est incontestable qu'Esmein était un authentique républicain : son *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, publié en 1892, critique la monarchie d'ancien régime avec vigueur. Esmein dénonce son « œuvre incomplète et exagérée » : incomplète car elle n'a pas mis fin à la féodalité, exagérée car ayant conduit à « l'absolutisme le plus complet » (p. 176, 327, 336, cité par J.-L. Halpérin, RHD, 1997, p. 418). En sens inverse, la République est parée de

toutes les vertus, la Révolution française célébrée, la Constitution de 1875 défendue dans tous ses aspects (p. 420). Esmein est donc sans aucun doute attaché au régime républicain : je ne tente pas d'en faire un crypto-monarchiste, voire un légitimiste déguisé ! Mais le républicanisme d'Esmein est second par rapport à son libéralisme : pour le dire d'un mot, Esmein est un modéré qui met au-dessus de tout la préservation des libertés individuelles. Au fond, mais c'est la conclusion que je soumettrai à la discussion, Esmein s'accommoderait de n'importe quel type de régime, pourvu que celui-ci respecte et garantisse la Liberté et les libertés. Voilà d'ailleurs le commun dénominateur aux professeurs de droit français de la Belle Époque : tous ne sont pas républicains, tous ne sont pas républicains avec la même ferveur, mais tous sont des libéraux, attachés au régime représentatif, au gouvernement parlementaire (avec un crédit en baisse dès 1900 – on pense à Émile de Marcère et Charles Benoist – et encore plus dans l'entre-deux-guerres) et à la défense des libertés individuelles.

Quels sont les indices d'une telle hiérarchisation dans les *Éléments de droit constitutionnel*, publiés pour la première fois en 1896 et qui connaîtront un immense succès puisque sept autres éditions suivront (la dernière date de 1927) ? Je citerai la sixième édition, posthume, Paris, Sirey, 1914, rééditée en 2001 par les Éditions Panthéon-Assas : depuis la deuxième édition de 1899, le titre est *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*.

L'accent est mis d'emblée sur ce qui unit les peuples occidentaux : leur attachement à la liberté. C'est pourquoi la première édition se focalise sur « le droit constitutionnel des peuples libres de l'Occident » (p. XVII). L'expression est explicitée dans la préface à la deuxième édition (1898) : Esmein doit répondre à la critique selon laquelle il serait resté sourd à la doctrine publiciste allemande – « J'ai voulu étudier les Constitutions, et celles-là seulement, qui "ont la liberté politique pour objet direct", selon le mot de Montesquieu » (p. XX). Par voie de conséquence, Esmein le souligne lui-même, la première partie de l'ouvrage est consacrée à « La liberté moderne » (p. XX et p. 61).

Précision capitale, la ligne de fracture majeure entre les régimes politiques ne sépare par les régimes républicains et les régimes monarchiques, mais les régimes respectueux de la liberté et ceux qui la violent. S'inspirant là encore de Montesquieu, Esmein oppose le « gouvernement légal » et le « gouvernement despotique ». Il le fait dès l'introduction et il faut citer ici un passage un peu long : « En prenant le gouvernement à sa base, on conçoit, comme possibles, deux modes d'exercice de la souveraineté : ou bien le souverain (roi ou assemblée populaire) exercera la souveraineté arbitrairement et d'après sa seule volonté, prenant chaque décision et émettant chaque commandement en s'inspirant des circonstances ; ou bien, au contraire, il y aura des règles fixes, connues d'avance, qui, dans tel cas donné, dicteront au souverain sa décision. [...] La première forme de gouvernement, c'est le *gouvernement despotique* ou *arbitraire* ; la seconde, c'est l'essence même de la liberté politique : on peut l'appeler le *gouvernement légal* » (p. 19-20 ; souligné dans le texte). On retrouve ici la fameuse distinction de Montesquieu, dans *L'Esprit des lois*, entre la république, la monarchie et le despotisme – les deux premiers sont des gouvernements réglés par les lois, tandis que le troisième se confond avec les caprices du prince.

S'ajoute un deuxième trait distinctif et une deuxième préférence d'Esmein : les gouvernements se distinguent encore selon qu'ils sont directs ou représentatifs. Dans les premiers, « le souverain exerce par lui-même l'autorité publique » ; dans les seconds, « il délègue cet exercice à des représentants ». Or, ici aussi, on peut faire converger la république et la monarchie : l'une suppose et l'autre s'accommode facilement du système représentatif, seule la « monarchie pure » s'incarne dans le gouvernement direct – le roi

exerce lui-même le pouvoir législatif, il a recours à des ministres mais ceux-ci ne décident rien sans son aval en matière exécutive, il peut toujours se substituer aux juges (p. 24-26). En réalité, Esmein a besoin de l'adjectif « pure » pour distinguer parmi les monarchies : la monarchie pure à laquelle il pense est la monarchie capétienne d'ancien régime, mais il y a des monarchies « impures » qui ont droit à son admiration. Cette interprétation est confirmée un peu plus loin : « La Constitution de l'Angleterre s'est formée à peu près des mêmes éléments qui ont produit celle de notre ancienne monarchie. Cependant, tandis que chez nous le résultat a été la monarchie pure et absolue, en Angleterre, le développement aboutit à un gouvernement représentatif » (p. 71).

Comment pourrait-il en aller autrement pour un auteur qui ne cesse de louer l'Angleterre ? Le droit constitutionnel occidental a « deux sources uniques » : la Constitution anglaise et la Révolution française (préface à la première édition, p. XVII). Ces Constitutions qui ont pour objet la liberté politique « me paraissent facile à distinguer : ce sont celles qui ont proclamé et pris pour base le principe de la souveraineté nationale [...] et celles des monarchies, qui, sans proclamer ce principe, ont adopté et pratiquent le gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet » (préface à la deuxième édition, p. XX). Tout est dit ! Esmein ne donne pas absolument la préférence aux républiques (ces régimes qui reposent sur la souveraineté nationale) parce que des monarchies peuvent être libres – c'est même l'Angleterre qui a montré la voie (p. 60). Le titre premier de la première partie porte « Institutions et principes fournis par le droit de l'Angleterre » (p. 63). La Constitution anglaise a légué quatre « institutions-types » à l'Occident, et notamment à la France : le gouvernement représentatif, le bicamérisme, la responsabilité ministérielle et le gouvernement parlementaire (p. 70), ce dernier étant « la responsabilité ministérielle poussée à ses dernières limites » (p. 151). [Les quatre institutions se ramènent en réalité à une seule : le gouvernement représentatif – le bicamérisme en découle (p. 98), le gouvernement parlementaire en est une variété (p. 152).] Les détails importent peu ici : l'essentiel est que la III<sup>e</sup> République est l'héritière directe de la Constitution anglaise en tant qu'elle pratique et le gouvernement représentatif et le bicamérisme et la responsabilité ministérielle et le gouvernement parlementaire (lequel a fait son apparition en France, doit avouer Esmein, dans la Charte de 1814 : p. 224 et 227). Quatre institutions qui convergent dans le même sens : préserver la liberté (p. 84, p. 118, p. 138-139, p. 241). Autrement dit, une monarchie constitutionnelle et une république sont également acceptables car l'une et l'autre assurent le respect de la liberté. Esmein l'indique de la manière la plus nette : « Bien entendu, je n'examine pas ici la question de savoir si *la pleine liberté politique* peut se concilier et se maintenir avec la forme monarchique. L'équivalence possible à cet égard de la monarchie et de la république est un fait attesté par l'histoire contemporaine : on n'est pas moins libre en Angleterre qu'aux États-Unis, bien qu'on le soit par des procédés différents » (p. 296 ; nous soulignons).

C'est tellement vrai que la souveraineté nationale peut s'épanouir tant dans une république que dans une monarchie. La souveraineté nationale signifie que « la souveraineté, chez un peuple, réside dans le corps entier de la nation et ne saurait résider ailleurs » (p. 272). Elle s'harmonise parfaitement avec la république, ici qualifiée de « démocratique » (p. 289). Elle est en revanche inconciliable avec la « monarchie absolue et héréditaire » qui postule que la souveraineté appartient entièrement au monarque (p. 289) ; on sait que la formule vise la France d'ancien régime. Mais il existe une troisième voie, celle de l'Angleterre précisément : « Les Anglais, on le sait, ont effectivement

organisé le gouvernement de la nation par la nation, tout en gardant la forme monarchique. Ils savent bien qu'au fond c'est la volonté nationale qui s'impose souverainement, et que la royauté ne subsiste que par elle. Mais jamais ils n'ont reconnu et proclamé en droit, dans leur droit public, le principe de la souveraineté nationale » (p. 295-296). Mais cette conciliation est par définition temporaire ; elle associe des « principes antinomiques », l'équilibre sera forcément « instable » (p. 296). Seule l'Angleterre – « où l'esprit conservateur et traditionnaliste est très puissant » – peut réaliser la quadrature du cercle. Dans tous les autres milieux, un principe l'emportera sur l'autre. Voilà comment Esmein sauve sa préférence, indiscutable, pour la république : elle seule réalise sans effort la souveraineté nationale – les monarchies sont incompatibles avec ce principe, sauf un temps, sauf l'exemple embarrassant et magnifique de l'Angleterre.

On peut parler d'une obsession anglaise d'Esmein : des centaines de pages de l'ouvrage lui sont consacrées (tout le titre premier de la première partie : p. 63-260), la Constitution anglaise est louée sans interruption. La réflexion du professeur parisien tourne autour de deux pôles : l'Angleterre et la France. Dans cette situation, il y a un exclu et un gêneur : l'exclu est l'Allemagne en tant que sa Constitution n'est pas libérale, le gêneur est l'Amérique du Nord, bien que les États-Unis aient adopté la forme républicaine – pour deux raisons : d'une part c'est une Fédération, forme de l'État avec laquelle Esmein n'est pas à l'aise, d'autre part et surtout c'est un régime « présidentiel ». Or Esmein n'a cessé de marteler combien la liberté avait partie liée avec le gouvernement parlementaire. L'auteur est conduit à privilégier l'Angleterre, terre d'élection de la liberté politique, malgré son caractère monarchique.

La principale qualité d'un régime tient à la liberté qu'il offre à ses membres, or la souveraineté nationale peut déboucher sur le despotisme (ainsi que l'a prouvé la Terreur jacobine), tandis que l'Angleterre démontre qu'une monarchie a été historiquement le berceau de la liberté politique. On comprend qu'Esmein soit à la peine. Et qu'au fond la question de la nature du régime ou de la forme du gouvernement soit *secondaire* (et non pas indifférente). Est en revanche *première* la préservation de la liberté ou des libertés, ce qu'Esmein appelle « les droits individuels » (p. 538), le meilleur obstacle à la toute-puissance de l'État (p. 538 et 543). Les droits individuels, dont le souvenir a été conservé par les seuls Anglo-Saxons à l'époque moderne (p. 538-539), se confondent avec la « liberté individuelle », laquelle a été proclamée par l'article 4 de la Déclaration de 1789 (p. 544). On note au passage que l'attachement d'Esmein à la Révolution de 1789 n'est pas un vain mot : bien qu'elle ne soit pas dotée de valeur juridique (et encore moins constitutionnelle) mais dogmatique (p. 554-555), la Déclaration de 1789 est célébrée à maintes reprises. Or il convient de faire une remarque toute simple : cette Déclaration n'est pas républicaine, elle précède de trois ans la République, elle servait de chapitre introductif à la Constitution de 1791. Esmein est d'abord un libéral, ensuite un républicain.

D'ailleurs, son républicanisme est très typé : il n'est pas radical ou socialiste, il est profondément modéré (ou « opportuniste ») et prolonge l'orléanisme libéral du début du siècle. Jean-Louis Halpérin (*RHD*, 1997, p. 420-422) et Guillaume Sacriste (« Adhémar Esmein en son époque », p. 28-41) l'ont souligné : Esmein défend la Constitution de 1875 et refuse qu'elle fût altérée en son entier (p. 1074-1084) ; il se méfie des interventions directes du peuple (droit de pétition, référendum : p. 401 et s., notamment p. 432-437) ; il est frileux quant à l'extension du droit de suffrage (p. 857-861) ; il ne veut pas que les droits-libertés se transforment en droits-créances (p. 548-549) ; il est attaché au



bicamérisme (p. 98). Bref, son républicanisme n'est pas celui de 1793 ou même de 1848 : le coup d'État du 2 décembre 1851 est passé par là. Ce républicanisme là est très raisonné. Plus que jamais, je crois à ce mot d'André Weiss dans la notice nécrologique qu'il consacra à Esmein en 1917 : « Mon maître et mon ami, vous avez cru à la liberté, vous avez enseigné la justice » (*Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, p. 267). On sait qu'Esmein fut lié à Laboulaye et inspiré par lui, ce Laboulaye qui affirmait le 28 février 1873 à l'Assemblée nationale que la forme du gouvernement lui était indifférente, pourvu qu'elle ne fût pas despotique. Je crois que c'était également le sentiment intime d'Adhémar Esmein.