



HAL
open science

Les doctrines juridiques française et mexicaine face aux révolutions contemporaines : les réactions conservatrices contre les changements de paradigme (1789-2000)

Juan Fernando Arguijo Hoyo

► To cite this version:

Juan Fernando Arguijo Hoyo. Les doctrines juridiques française et mexicaine face aux révolutions contemporaines : les réactions conservatrices contre les changements de paradigme (1789-2000). Droit. Université de Bordeaux, 2024. Français. NNT : 2024BORD0470 . tel-04905473

HAL Id: tel-04905473

<https://theses.hal.science/tel-04905473v1>

Submitted on 22 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 41) SPÉCIALITÉ HISTOIRE DU
DROIT

Par **Juan Fernando ARGUIJO HOYO**

*Les doctrines juridiques française et mexicaine face aux révolutions
contemporaines : les réactions conservatrices contre les changements de paradigme
(1789-2000)*

Sous la codirection de **M. le Professeur Óscar Cruz Barney** et de **M. le Professeur
Nader HAKIM**

Soutenue le 13 décembre 2024

Membres du jury :

M. BONIN Pierre

Professeur des Universités, Université Panthéon-Sorbonne, *examineur*

M. CRUZ BARNEY Óscar

Professeur des Universités, Université Nationale Autonome du Mexique, *codirecteur de thèse*

M. GARNIER Florent

Professeur des Universités, Université de Toulouse, *examineur*

Mme GUERLAIN Laëtitia

Professeure des Universités, Université de Bordeaux, *présidente du jury*

M. HAKIM Nader

Professeur des Universités, Université de Bordeaux, *directeur de thèse*

M. MELLERAY Fabrice

Professeur des Universités, École de droit de Sciences Po, *rapporteur*

Mme MONTI Annamaria

Professeure des Universités, Université de Milan, *rapporteur*

Mme NEYRAT Anna

Maîtresse de conférences, Science Po Bordeaux, *examinatrice*

Mme FERNÁNDEZ CASTRO Ana Belem

Docteure, Chercheuse à la Scuola Superiore Meridionale, *membre invité*

Les doctrines juridiques française et mexicaine face aux révolutions contemporaines : les réactions conservatrices contre les changements de paradigme (1789-2000)

Résumé : L'objectif de ces travaux est de montrer comment la Révolution française de 1789 aboutit au XX^e siècle, au Mexique et en France, à un paradigme conservateur que nous appelons la « nouvelle tradition ». En effet, suite à la Révolution de 1789, un paradigme « légaliste » a vu le jour en France et au Mexique. Cependant, au tournant du siècle, cet ancien modèle fondé sur la loi s'est confronté à un nouveau paradigme « social » cherchant à adapter le droit à l'évolution sociale. Cette période de luttes dans les doctrines juridiques française et mexicaine a donné pour résultat un nouveau paradigme synthétisant les deux précédents, celui de la nouvelle tradition.

Mots clés : Histoire de la pensée juridique - Histoire des idées politiques - Doctrine française - Doctrine mexicaine

Abstract : The aim of this work is to show how the French Revolution of 1789 led in the 20th century, in Mexico and France, to a conservative paradigm that we call the “new tradition”. Indeed, following the Revolution of 1789, a “legalistic” paradigm emerged in France and Mexico. However, at the turn of the century, this old law-based model came up against a new “social” paradigm, which sought to adapt the law to social evolution. This period of struggle in French and Mexican legal doctrines resulted in a new paradigm synthesizing the two previous ones, that of the new tradition.

Keywords : History of legal thought - History of political ideas - French Legal Scholars - Mexican Legal Scholars

Unité de recherche

Institut de Recherche Montesquieu - Centre Aquitain d'Histoire du Droit, IRM - EA 7434
Université de Bordeaux, Bât. Recherche droit. Avenue Léon Duguit, 33608 Pessac Cédex

Remerciements

La rédaction d'une thèse est toujours une œuvre collective.

Tout d'abord, je tiens à exprimer ma profonde gratitude aux professeurs Nader HAKIM et Óscar CRUZ BARNEY pour avoir dirigé cette thèse.

Je souhaite particulièrement remercier le professeur Nader HAKIM, qui, depuis mon Master de Culture Juridique, n'a cessé de m'encourager et de m'éclairer par ses précieux conseils. Sans sa bienveillance et sa passion pour l'Histoire de la pensée, cette thèse n'aurait probablement pas vu le jour. Les meilleures idées que l'on trouvera ici lui doivent beaucoup. Je lui adresse mes remerciements les plus sincères et affectueux.

Je remercie également les membres du jury pour avoir accepté de relire cette étude et pour leurs suggestions précieuses qui ont permis de l'améliorer.

Je tiens aussi à exprimer ma reconnaissance envers le professeur Baudoin DUPRET pour son aide précieuse et sa générosité.

Je suis également reconnaissant envers la direction de l'Institut de Recherche Montesquieu (IRM) et la Bibliothèque de l'*Instituto de Investigaciones Jurídicas* (IIJ) de l'UNAM, dont les ressources ont été essentielles à la réalisation de ce travail.

Je remercie enfin tous mes amis qui ont eu la patience de relire attentivement ce travail : Emmanuel Bossard, Simon Gauthier, Christophe Lecœur, Nicolas Llestá Ferran, François Rafalowicz et Paul Thibaut. Toutes les erreurs qui subsistent ne peuvent être imputées qu'à l'auteur.

Enfin, je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Tania, qui a rendu la rédaction de cette thèse bien plus agréable.

A mis papás.

Для моей жены, Татьяны

Sommaire

Première partie. La normalisation de la Révolution de 1789 ou le paradigme légaliste au XIX^e siècle

Chapitre 1. La naissance du paradigme légaliste : l'encadrement de l'effervescence légaliste

Chapitre 2. Le développement du paradigme légaliste

Deuxième partie. La lutte entre l'ancien paradigme légaliste et le nouveau paradigme social au tournant du siècle

Chapitre 1. Les critiques isolées du paradigme légaliste

Chapitre 2. Les difficultés du paradigme social

Troisième partie. La conservation des apports de la Révolution de 1789 au XX^e siècle ou le paradigme de la nouvelle tradition

Chapitre 1. La réaction contre le paradigme social : la genèse de la nouvelle tradition

Chapitre 2. La synthèse des paradigmes : la réactivation de la nouvelle tradition

Introduction

« Dès que vous voyez paraître un despote, comptez que vous allez bientôt rencontrer un légiste qui vous prouvera doctement que la violence est légitime, et que les coupables sont les vaincus. Ce sont deux plantes qui croissent toujours dans le même sol », écrit Tocqueville¹. Si les tyrans arrivent souvent au pouvoir à la suite d'un coup d'État ou d'une révolution², il est tout aussi fréquent que les juristes jouent un rôle clé dans la restauration de l'ordre social. Un bon exemple est le soutien apporté par Sieyès à Napoléon lors du coup d'État du 18 Brumaire, magistralement illustré par Curzio Malaparte³. On peut également citer le rôle de Portalis, lors de la rédaction du Code civil, cet outil de propagande napoléonienne, ou encore celui des « légistes » de la III^e République, tels qu'Adhémar Esmein, dans la consolidation du régime. De même, un exemple similaire est celui d'Emilio Rabasa, juriste mexicain qui, après avoir justifié la dictature à la fin du XIX^e siècle, a dû affronter la Révolution de 1910. Une explication probable de ce conservatisme est avancée par Pierre Bourdieu : « Ainsi inscrit dans la logique de la conservation, le travail juridique est un des fondements majeurs du maintien de l'ordre symbolique »⁴. C'est peut-être pour cette raison qu'un juriste réactionnaire a pu écrire que « les révolutions ne créent jamais rien et elles peuvent détruire l'idée même du droit »⁵.

Cependant, tandis que les juristes avaient tendance à considérer la Révolution française et le « droit intermédiaire » comme une simple « parenthèse », les historiens français, quant à eux, situent généralement le début de l'Époque contemporaine en 1789. Selon François Furet, la nuit du

¹ *Œuvres complètes* (1866), Paris, vol. 8, p. 489, cité par Acollas (Émile), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1885, p. 88.

² D'après Alain Rey dans son ouvrage *Révolution. Histoire d'un mot*, le terme « révolution » fait son entrée dans le vocabulaire politique lors de la Révolution anglaise, mais il désignait alors un « retour à l'origine », une origine perçue comme ayant été altérée. Ce n'est qu'avec la Révolution française de 1789 que le concept d'un régime novateur, façonnant un nouvel homme et une nouvelle société, s'est véritablement répandu. Cf. Rey (Alain), « *Révolution* ». *Histoire d'un mot*, Paris, Gallimard, 1989. Pour des plus amples informations sur le concept de révolution, voir Koselleck (Reinhart), *Le Futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, trad. Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock, Paris, EHESS, 1990 et du même auteur *Le règne de la critique*, trad. Hans Hildenbrand, Paris, Les éditions de Minuit, 1979, p. 72 et s.

³ Malaparte (Curzio), *Technique du coup d'État*, trad. Juliette Bertrand, Paris, Bernard Grasset, 1966, p. 129 et s.

⁴ « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 16.

⁵ Ripert (Georges), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. VII.

4 au 5 août de cette année correspond à « la fin de la société aristocratique : la disparition de la dépendance hiérarchique des hommes, la naissance de l'individu moderne, et l'idée d'universalité de la loi »⁶. Cet épisode inaugure l'« ère des révolutions », selon l'expression de Hobsbawm⁷. Pour une partie de l'historiographie, la période correspond au concept des « révolutions Atlantiques » forgé par les historiens américain et français, Richard Palmer et Jacques Godechot. Pour eux, au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, les sociétés européennes et américaines connaissent des vagues révolutionnaires emportant les sociétés traditionnelles, qualifiées *a posteriori* d'anciens régimes. En outre, la « tempête » révolutionnaire, profondément marquée par celle de 1789, permet l'avènement des régimes représentatifs républicains, associés aux démocraties libérales. Inspirés par les écrits des philosophes des Lumières, les révolutionnaires tentent de fonder des nouvelles sociétés sur des bases égalitaires et dans une quête de liberté. Pour cela, ils puisent principalement leur inspiration dans les travaux de Montesquieu (la séparation des pouvoirs) et de Rousseau (le contrat social et la souveraineté populaire)⁸.

Si les connexions entre ces révolutions atlantiques ont été largement scrutées, ceci concerne principalement les révolutions américaine et française. Or, bien que la première ait été présentée globalement comme « glorieuse » ou harmonieuse, dans la lignée de la « *Glorious Revolution* » de 1688, c'est la seconde qui a frappé les esprits des révolutionnaires. Par ses niveaux de violence, par les excès de 1793, la Terreur demeure un événement mondialement connu. « Contrairement à la révolution américaine, aujourd'hui encore largement méconnue, son homologue française, s'est effectivement imposée d'emblée comme la “révolution de référence” et a marqué, par ses symboles, sa devise, le moindre de ses épisodes, l'imaginaire politique par-delà les frontières »⁹. Lors de la Révolution bolchévique, à titre d'exemple, Lénine avait en tête le déroulement de la « grande » révolution, c'est-à-dire celle de 1789¹⁰. En 1917, lors du Congrès constituant issu de la Révolution mexicaine de 1910, les députés citent et comparent leur révolution avec celle de 1789. Au lendemain de la Révolution d'Indépendance au Mexique, en 1821, qui met fin au colonialisme

⁶ *La Révolution française*, préface de Mona Ozouf, Paris, Gallimard, 2007, p. 15.

⁷ *L'ère des révolutions*, Bruxelles, Complexe, 1988.

⁸ L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». D'autre part, l'article 6 proclame : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

⁹ *Qu'est-ce qu'une révolution ? Amérique, France, Monde arabe, 1763-2015*, dir. Hamit Bozarslan et Gaëlle Demelemestre, Paris, Les Éditions du Cerf, 2016, p. 17.

¹⁰ Voir par exemple Courtois (Stéphane), *Lénine, l'inventeur du totalitarisme*, Paris, Perrin, 2017.

espagnol, bouleverse les structures sociales et politiques, et est provoquée par l'invasion napoléonienne en Espagne, les « *insurgentes* » (rebelles) prennent pour référence les philosophes des Lumières et la Révolution française¹¹. Cette révolution mexicaine, qui apparaît comme une répercussion de la Révolution française, préfigure les vagues révolutionnaires accompagnant l'Indépendance des anciennes colonies espagnoles. Bien que la Révolution d'Indépendance au Mexique ne soit pas la plus précoce (la Révolution haïtienne ayant débuté en 1791), elle se distingue par son ampleur et ses répercussions, devenant ainsi emblématique de l'émancipation des colonies espagnoles. Il est également important de noter que, tout au long du XIX^e siècle et même au XX^e siècle, la Révolution de 1789, ainsi que la doctrine française, restent des modèles de référence pour le Mexique. En outre, la Révolution mexicaine de 1910, avec ses profondes revendications sociales, anticipe les luttes latino-américaines pour la réforme agraire et la justice sociale, lesquelles continuent de se nourrir de l'héritage de la Révolution de 1789.

En revanche, l'historiographie occidentale a tendance à mettre de côté les Révolutions d'Amérique latine, préférant se concentrer sur les « grandes » révolutions : anglaise, américaine, française et russe¹². Si des travaux récents tentent de compléter ces lacunes, en essayant de construire une histoire « globale » de ces processus¹³, en dehors des schémas classiques de l'eurocentrisme, il reste encore beaucoup à faire. En effet, ces études récentes tendent à se concentrer sur l'évolution politique des « grandes » révolutions, même si elles s'intéressent de plus en plus aux révolutions « mineures » ou « secondaires ». Peu de travaux, cependant, ont tenté d'analyser la doctrine juridique face à un événement classiquement considéré par les juristes comme a-juridique et relevant de la science politique¹⁴. Pourtant, comme l'a montré Mme Cherfouh

¹¹ Selon Jacques Ellul, la Révolution française a frappé les hommes plus que toute autre, au point de devenir la « première révolution globale ». Cf. *Autopsie de la révolution*, Paris, La Table Ronde, 2008, p. 80. Dans le même sens, Victor Hugo déclare : « La révolution d'Angleterre fut une révolution anglaise ; la révolution de France fut une révolution de l'humanité. {...} La révolution anglaise n'était que la réforme ; la Révolution française, c'est la liberté. La révolution française est une révolution mère. On trouvera des dérivés de cette révolution dans toutes les langues que parlera désormais la pensée des peuples ». Cf. *Variante des Misérables*, Paris, Éditions de la Pléiade, 1951, p. 1697, cité par *Une Histoire globale des révolutions*, dir. Ludivine Bantigny et alii Paris, La Découverte, 2023, p. 48.

¹² Voir par exemple l'ouvrage classique de Brinton (Crane), *The Anatomy of Revolution*, New York, Random House, 1965.

¹³ Voir *Une Histoire globale des révolutions*, *op. cit.*

¹⁴ À titre d'exemple, Joseph-Barthélémy et Paul Duez écrivent qu'« on ne peut construire juridiquement un système de résistance à l'oppression ; le droit ne peut faire la théorie de la révolution parce que droit et révolution sont contradictoires ; mais, on est bien contraint, si on veut saisir la réalité, de connaître la place du fait ». Cf. *Traité de droit constitutionnel*, Joseph-Barthélémy et Paul Duez, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd. 1933, rééd., 2004, p. 249. Sur le droit de résistance et la doctrine juridique, voir Arguijo Hoyo (Juan Fernando), *Le droit de résistance à l'oppression dans la pensée juridique contemporaine*, Mémoire Droit, Bordeaux, 2018.

dans sa thèse intitulée *Le juriste entre science et politique*, le juriste évoluant en société¹⁵ s'interroge inévitablement sur ces phénomènes. Dans la même veine, comme le souligne Mme Kaluszynski, « s'intéresser au droit et à ses "révolutions" permet donc de souligner les rapports entre le droit, les juristes et le pouvoir politique »¹⁶. Ces auteurs de la doctrine, française ou mexicaine, ont indéniablement pris position, ce qui se reflète dans leurs écrits¹⁷.

Bien que des études analysent les juristes face au politique¹⁸ ou face à la société¹⁹, peu de recherches utilisant une analyse diachronique ont été réalisées. Ainsi, si on peut citer des travaux sur la réception de la Révolution française au Mexique, en particulier lors de l'Indépendance, des études comparatives de ces phénomènes sur le long terme n'ont pas encore été menées. En effet, s'il est facile de déterminer le début des révolutions, il est beaucoup plus difficile de savoir quand elles terminent. D'où le concept de « révolution permanente », c'est-à-dire l'idée que la révolution ne se termine pas tant que ses idéaux n'ont pas été accomplis, ou l'idée qu'« il n'existe pas plusieurs révolutions, il n'en est qu'une seule, toujours la même, perpétuelle »²⁰. Théorisé par Marx, ce concept a souvent été instrumentalisé au Mexique, par le parti qui prétendait continuer la Révolution mexicaine. En France, l'idée que la Révolution française se poursuivait resurgissait régulièrement dès qu'une insurrection prenait de l'ampleur : en 1830, en 1848 ou en 1871. « Depuis la Révolution française, il est devenu courant d'interpréter tout soulèvement violent, révolutionnaire ou contre-révolutionnaire, comme la poursuite du mouvement déclenché en 1789, et de voir dans les périodes de calme ou de restauration de simples pauses où le courant redevenait souterrain pour reprendre vigueur et resurgir à la surface. {...} À chaque fois, partisans et adversaires de ces

¹⁵ « Selon toute vraisemblance, ce n'est en effet pas toujours un juriste scientifique que l'on voit à l'œuvre dans la *Revue Générale* mais plutôt un acteur impliqué de la société, dont la vocation est politique ». Cf. Cherfouh (Fatiha), *Le juriste entre science et politique. La Revue Générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2017, p. 25.

¹⁶ Cf. « "Révolutions" intellectuelles du droit », dans *La vie intellectuelle en France 3. Le temps des crises (de 1962 à nos jours)*, dir. Christophe Charle et Laurent Jeanpierre, Paris, Seuil, 2016, p. 264. Sur les rapports entre droit et politique, voir également Bourdieu (Pierre), « La force du droit... », *op. cit.* ; Kennedy (Duncan), *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système*, trad. Thomas Déri, Marie-Eve Lamy et Claude-Catherine Lemoine, Montréal, Canada, Lux Éditeur, 2010, spécialement p. 7.

¹⁷ Il convient de rappeler la critique de M. Angenot : « l'effort demandé de neutralité axiologique est, au mieux, une illusion positiviste, au pire une imposture au service de l'ordre établi ». Cf. *L'histoire des idées. Problématiques, objets, concepts, méthodes, enjeux, débats*, PU Liège, 2014, p. 313.

¹⁸ *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, t. I, dir. Carlos Miguel Herrera, Paris, Kimé, 2003 et t. II, 2012.

¹⁹ Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975.

²⁰ Arendt (Hannah), *De la révolution*, trad. Marie Berrane, Paris, Gallimard, 1985, p. 73.

révolutions percevaient dans ces événements, les conséquences immédiates de 1789 »²¹. Le juriste français Émile Aollas (1826-1891) croyait, à titre d'exemple, que la Commune faisait partie de l'élan révolutionnaire de 1789.

Si la Révolution française a tant marqué, ce n'est pas seulement par l'idée de *tabula rasa* et de régénération de l'homme, mais aussi pour avoir provoqué une reconfiguration²² des sources à l'avantage de la loi. En s'inspirant de l'œuvre de Thomas Kuhn, en particulier de son ouvrage *La Structure des révolutions scientifiques*²³, il est possible de remarquer un changement paradigmatique vers la fin du XVIII^e siècle. Selon ce philosophe des sciences, les révolutions scientifiques conduisent à des changements de paradigme. En substance²⁴, un paradigme peut se définir, comme la vision de la communauté scientifique générée par une révolution. À l'inverse, une révolution se produit lorsqu'il y a un changement de paradigme. Cette définition a l'utilité de renvoyer aux valeurs communes aux membres d'un groupe donné²⁵. Les savants réfléchiraient alors à l'intérieur d'un paradigme ou d'un cadre théorique embrassant des valeurs et une vision du monde²⁶. La définition renvoie à « leurs incommensurables façons de voir le monde et d'y pratiquer la science », en vertu de leur entraînement et expérience (éducation)²⁷. Pour Kuhn, les révolutions scientifiques consistent dans les bouleversements de la tradition, lorsque la science « normale » est remplacée par la science « extraordinaire », même si dans certains cas deux paradigmes peuvent cohabiter²⁸. Autrement dit, quand une théorie dominante apporte plus de solutions aux problèmes « insolubles » que pose la science traditionnelle, alors un changement de paradigmes s'effectue²⁹.

²¹ *Ibid.*, p. 72-73.

²² Sur le concept de « configuration » en sociologie, voir Elias (Norbert), *Qu'est-ce que la sociologie ?*, trad. Yasmin Hoffman, Éditions de l'Aube, 1991, p. 155 et s.

²³ *The structure of scientific Revolutions* (1962), Chicago, The University of Chicago Press, 4^{ème} éd., 2012.

²⁴ « Margaret Masterman est allée jusqu'à identifier 22 emplois différents du mot {paradigme}. Ainsi, la notion clé de l'ensemble de l'analyse de Kuhn présente-t-elle une difficulté conceptuelle qui provient, en partie, des divers sens dans lesquels il est employé ». Cf. Nouvel (Pascal), *La philosophie des sciences*, Paris, PUF, 2011, p. 209. Sur les critiques de la théorie de Kuhn, voir notamment les actes du colloque international de philosophie des sciences de 1965 : *Criticism and the Growth of Knowledge*, dir. Imre Lakatos et Alan Musgrave, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, spécialement les contributions de Karl Popper, « Normal Science and its Dangers », p. 51, et Margaret Mastermind, « The Nature of a Paradigm », p. 59.

²⁵ Voir Bensaude-Vincent (Bernadette), v^o « révolution scientifique », dans *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, dir. Dominique Lecourt, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p. 979.

²⁶ Sur ce point, Fish (Stanley), *Quand lire c'est faire. L'autorité des communautés interprétatives*, trad. Étienne Obenesque, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007, p. 129.

²⁷ Kuhn (Thomas), *The structure of scientific Revolutions*, *op. cit.*, p. 4 et 112-113.

²⁸ *Ibid.*, p. 13.

²⁹ « Les paradigmes acquièrent leur statut parce qu'ils parviennent mieux que leurs concurrents à résoudre quelques problèmes que le groupe de praticiens a fini par reconnaître comme aigus ». Cf., *ibid.*, p. 24.

Par conséquent, la vision de ce monde change : « après une révolution, les scientifiques réagissent à un monde différent », comme le suggère la théorie de Gestalt³⁰. Celle-ci montre effectivement comment la perception de la réalité peut être radicalement transformée. En un mot, il suffit de changer de lunettes pour changer notre vue du monde. Et pour renvoyer à Kant, ceci « ne peut s'expliquer que par une révolution subite dans la manière de penser »³¹.

Bien que la notion de paradigme soit réductrice, la réalité étant toujours plus complexe, elle demeure utile d'un point de vue heuristique ou pédagogique. En nous inspirant également de l'*Histoire des idées politiques* de Philippe Nemo³², nous étudierons les paradigmes de la pensée juridique depuis la rupture de 1789, c'est-à-dire les cadres « dans lesquels on pense les problèmes de la société et de l'État »³³, mais sous un angle juridique. En effet, ces auteurs de la doctrine proposent des solutions juridiques aux problèmes sociaux et politiques suscités par les « grandes » révolutions.

Ainsi, après 1789, le légalisme façonne profondément le système juridique. Inspirés par les écrits de Rousseau sur la volonté générale, ainsi que par les discours et pamphlets de Sieyès sur la souveraineté nationale et le régime représentatif, les révolutionnaires croient fermement que la loi peut tout faire. En érigeant la loi en source suprême du droit, ils mettent fin au pluralisme juridique du Moyen Âge. Cette foi dans l'omnipotence du législateur aboutit à un légicentrisme, où la loi devient la norme suprême. Leur vision du droit et de la société semble désormais centrée autour de la loi et de sa « toute-puissance ». Malgré les tentatives de l'abbé Sieyès, après avoir vécu la Terreur³⁴, et de Portalis, marqué par l'exil, pour modérer cette croyance, un véritable *culte de la loi* s'installe et se propage, parfois décrié comme un « absolutisme juridique »³⁵. La codification et son acclimatation par les commentateurs, à travers une méthode exégétique, semble renforcer ce phénomène, tant en France au milieu du XIX^e siècle qu'au Mexique vers la fin de ce même siècle. Outre-Atlantique, des intellectuels mexicains tels que José María Luis Mora ou Lucas Alamán, sont confrontés à des circonstances similaires. Au lendemain de la Révolution d'Indépendance (1821),

³⁰ *Ibid.*, p. 111-113.

³¹ *Critique de la raison pure*, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris, Félix Alcan, 2^e éd., 1905, p. 20.

³² L'auteur identifie trois paradigmes pour rédiger sa monumentale *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporaines*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, spécialement p. 15 et s.

³³ *Ibid.*, p. 14.

³⁴ Par rapport à cette période, il a seulement affirmé : « J'ai vécu ». Cf. Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 69.

³⁵ Grossi (Paolo), *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1998.

ils souhaitent canaliser un légalisme poussé à son paroxysme, dans le but de consolider un État de droit stable, capable de garantir les libertés individuelles. Même si leur contexte présente des similitudes avec celui de la Restauration en France (ce qui explique la forte influence de Benjamin Constant au Mexique), il est essentiel de ne pas négliger les spécificités de chaque pays. C'est pourquoi un effort de contextualisation sera mené tout au long de ces travaux, afin de faciliter la compréhension du lecteur.

Malgré les efforts pour dénoncer l'omnipotence législative le culte de la loi se renforce en France au milieu du siècle, notamment par la méthode de l'exégèse employée par les commentateurs du Code civil. Un phénomène similaire se manifeste de l'autre côté de l'Atlantique avec la codification mexicaine, qui aboutit au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle. Cependant, alors qu'en France une réaction méthodologique contre ce paradigme légaliste se dessine au tournant du siècle, un mouvement d'une ampleur comparable ne se produit pas au Mexique. Les juristes mexicains semblent en effet restreindre l'exégèse à une « école » française, ce qui complique leur capacité à s'affranchir de cette méthode. En France, en revanche, au moment de la Révolution industrielle, un groupe de juristes mené par François Gény et Raymond Saleilles s'attaque à la « fiction » selon laquelle le Législateur aurait tout prévu, excluant ainsi toute lacune dans la loi. Ces juristes, se revendiquant désormais d'une « école scientifique », réagissent contre le paradigme légaliste vieillissant hérité de la Révolution. Ils prônent une approche scientifique et « sociale » du droit, impliquant un élargissement des sources juridiques. Apparaît alors un changement de paradigmes dans la communauté des juristes, ce qui implique une nouvelle révolution dans la science juridique. Ce changement marque une nouvelle révolution dans la science juridique, avec le passage d'un paradigme légaliste à un paradigme social. Au Mexique, où une véritable rénovation méthodologique ne voit pas le jour, la « socialisation » du droit se cristallise lors de la Révolution mexicaine. Les revendications sociales des révolutionnaires trouvent leur expression dans la Constitution dite « de Querétaro » de 1917, marquant ainsi l'avènement d'un constitutionnalisme social.

Par ailleurs, vers les années 1930, la confrontation entre les paradigmes légaliste et social semble amener l'émergence d'une nouvelle vision parmi les juristes. En France, on observe une réponse à la réaction du tournant du siècle : certains juristes, soucieux de préserver l'héritage de la Révolution, se mobilisent. Après une période de compromis et de synthèse, principalement opérée par la jurisprudence, des juristes conservateurs, menés par Georges Ripert, contestent la socialisation du droit et défendent la tradition « chrétienne », incarnée notamment par le Code civil.

Plus tard, Jean Carbonnier ravive cette défense face aux bouleversements des sources juridiques induits par l'intégration européenne. En droit public, la tradition constitutionnelle républicaine, héritée de la Révolution, est reprise, prolongée, et transformée, notamment par Raymond Carré de Malberg, puis René Capitant. Leurs idées influencent la construction de la V^e République, qui se revendique comme l'héritière de la tradition républicaine. Cette période apparaît donc comme particulièrement riche en synthèse d'un point de vue juridique, ce qui semble également être le cas au Mexique. Après la Révolution mexicaine, les juristes sont appelés à reconstruire l'État, participant à la consolidation du régime révolutionnaire et renforçant la légitimité des gouvernants. En cherchant à démontrer la supériorité du constitutionnalisme social issu de la Révolution, ils finissent par former une « nouvelle tradition ». En adoptant une interprétation historique téléologique, ils élaborent une « continuité du libéralisme » dégagée par les trois constitutions libérales et fédérales : celle de l'Indépendance de 1824, celle de la *Guerra de Reforma* de 1857, et celle de la « grande » révolution de 1917. Ce discours est réactivé et accentué à la fin du XX^e siècle, alors que le modèle et la rhétorique révolutionnaires commencent à s'affaiblir. Ainsi, la réaction de la nouvelle tradition mexicaine semble coïncider avec celle observée en France face à l'émergence de l'Union européenne.

À la lumière de ces événements, la Révolution française apparaît comme un moment fondateur. Un « changement de méthode dans la manière de penser »³⁶, centré sur la loi, s'impose alors chez les juristes ; suivi d'un élargissement des sources au tournant du siècle ; puis d'une période de synthèse au milieu du XX^e siècle. Il semble que cette évolution coïncide avec la méthode utilisée par M. Halpérin, à la lecture de Herbert Hart³⁷, pour étudier les révolutions juridiques³⁸. On pourrait constater effectivement un bouleversement des sources lors de ces moments charnières : du légalisme à la socialisation du droit au tournant du siècle, puis au constitutionnalisme au milieu du XX^e siècle. Toutefois, alors que le constitutionnalisme en France est ébranlé par l'émergence du droit européen dans la seconde moitié du XX^e siècle, le Mexique ne connaît pas de phénomène analogue. L'internationalisation des sources n'y apparaît que bien plus tard, vers les années 2000, et avec une intensité moindre que celle de l'intégration européenne. En outre, le Mexique traverse une transition à partir de 1994, marquée surtout par l'alternance politique de 2000, lorsque le parti

³⁶ Kant (Emmanuel), *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, p. 23.

³⁷ L'auteur s'inspire de la distinction classique de Hart entre les sources primaires et secondaires du droit. Voir son ouvrage *The Concept of Law*, Notthigham, Clarendon Law, 1961.

³⁸ Halpérin (Jean-Louis), *Five Legal Revolutions Since the 17th Century. An analysis of a Global Legal History*, Switzerland, Springer International Publishing, 2014.

hégémonique, qui se proclamait l'héritier de la Révolution mexicaine, perd le pouvoir. L'État de droit se renforce alors, notamment à travers le pouvoir judiciaire. La Constitution est désormais interprétée davantage d'un point de vue normatif que politique. De ce fait, alors que les années 1990 voient la création de l'Union européenne, les deux pays empruntent des chemins différents, et l'année 2000 constitue un point culminant de cette divergence.

Par conséquent, il semble plus pertinent d'adopter une méthode dialectique, inspirée de Hegel, pour analyser les doctrines juridiques française et mexicaine face aux révolutions depuis la rupture de la fin du XVIII^e siècle.

Sans prétendre faire une « vénération des grands auteurs »³⁹, nous avons choisi d'étudier la pensée d'une dizaine de figures centrales de chaque doctrine juridique : Sieyès, Portalis, Mora, Alamán, Otero, Géný, Esmein, Rabasa, etc. À cela s'ajoutent des auteurs considérés comme secondaires, mais qui apportent des éclairages précieux sur les discours juridiques et leurs contextes : Jourdan, Laurent, Bufnoir, Josserand, Molina Enríquez, Vera Estañol, etc. En d'autres termes, les auteurs retenus sont principalement les juristes *dominants* de chaque époque, ayant marqué leur discipline. Ils illustrent les courants ou tendances de la doctrine et reflètent la culture juridique dominante⁴⁰. Quoique de nombreuses études aient été consacrées à ces « grands juristes »⁴¹, pour cerner les grandes tendances des doctrines juridiques française et mexicaine en relation avec les révolutions contemporaines, certains auteurs demeurent des références incontournables, des points de comparaison entre les deux constellations de juristes⁴². « On rétorquera peut-être que l'on se remémore plus volontiers les vainqueurs que les vaincus, ou plutôt en l'espèce, ceux qui ont marqué du sceau de leur génies les théories de leur temps »⁴³. Néanmoins, si l'on souhaite véritablement comprendre les bouleversements des traditions juridiques ou les révolutions de la pensée juridique qui surviennent après des événements historiques majeurs, il est essentiel de se concentrer sur les écrits les plus influents et marquants des juristes de l'époque. Ces

³⁹ Chambost (Anne-Sophie), « “Ce n'est pas du droit !” L'utilité des idées politiques en droit », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 2015, n° 35, p. 536.

⁴⁰ Sur la notion de « culture juridique », voir Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française : entre mythes et réalités : XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS éditions, 2022. Par rapport à l'éducation chez les savants, voir Kuhn (Thomas), *The structure of scientific Revolutions*, *op. cit.*, p. 46.

⁴¹ Sur les critères pour pouvoir déterminer ce que serait un « grand juriste », voir Fontaine (Lauréline), *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Paris, Lextenso, 2012. Pour l'auteur, la capacité à dépasser la technique juridique pour réinscrire le droit dans l'espace social pourrait être un critère déterminant. Cf. p. 58-59.

⁴² Sur le choix des auteurs incontournables, voir Cherfouh (Fatima), *Le juriste entre science et politique...*, *op. cit.*, p. 14.

⁴³ *Ibid.*, p. 13-14.

ouvrages, qui façonnent et reflètent à la fois les mentalités collectives, sont des témoins privilégiés des transformations en cours. Ils ne se contentent pas d'exposer les changements de la doctrine ; ils en sont aussi souvent les moteurs. L'étude de ces auteurs, que nous considérons comme les figures emblématiques de leur temps, permet de mieux cerner les évolutions profondes qui affectent la théorie juridique après une révolution. Leur travail offre une porte d'entrée précieuse pour décrypter les tendances dominantes, les tensions idéologiques et les nouveaux courants doctrinaux qui s'établissent progressivement dans la communauté des juristes. En analysant leurs contributions, nous pouvons mieux saisir la manière dont le droit se réinvente et s'adapte face aux bouleversements politiques et sociaux. En outre, l'examen des auteurs « secondaires » permet de mieux comprendre les évolutions doctrinales. De cette façon, nous montrerons comment ces savants de la science juridique, loin d'être de simples observateurs de la réalité, sont en fait des protagonistes actifs. Pour citer M. Kennedy : « Les facultés de droit sont de véritables *arènes politiques*, malgré le fait qu'elles n'affichent pas de prétention intellectuelle, qu'elles ne cautionnent aucune théorie en particulier et qu'elles ne présentent aucune vision réaliste de ce que devrait être la vie en société »⁴⁴.

Toutefois, certains auteurs importants n'ont pas pu être étudiés en profondeur. Manuel Gómez Morín (1897-1972), par exemple, représente un cas très intéressant d'un juriste engagé d'opposition⁴⁵. Son exclusion s'explique par le fait que, étant en désaccord avec le discours officiel, son œuvre a souffert d'une relative marginalisation, ce qui rend l'accès à ses écrits difficile. Ce juriste fonde en 1939 le *Partido Acción Nacional* (PAN), un parti conservateur de droite, proche des milieux catholiques, qui se distingue par son opposition au parti dominant, le *Partido de la Revolución Institucional* (PRI), pendant presque 60 ans. Dans ses écrits juridiques, Gómez Morín cherchait à limiter le pouvoir de l'État en s'appuyant sur un jusnaturalisme fondé sur les droits de l'homme⁴⁶. Par conséquent, malgré son rôle de doyen de la faculté de droit de l'UNAM, la plus importante du pays, Gómez Morín n'a pas pu être inclus dans cette étude.

⁴⁴ *L'enseignement du droit...*, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁵ Sur ce juriste, voir Del Arenal Fenochio (Jaime), « Derecho natural versus Estado revolucionario: el iusnaturalismo en tres juristas "conservadores del siglo XX" », dans *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, t. II, dir. Erika Pani, Mexico, FCE, Conaculta, 2009, p. 648 et s. ; Urias Horcasitas (Beatriz), « Una pasión antirrevolucionaria: el conservadurismo hispanófilo mexicano (1920-1960) », *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 72, n° 4, octobre-décembre, 2010, p. 599-628.

⁴⁶ Voir Del Arenal Fenochio (Jaime), « Derecho natural versus Estado posrevolucionario... », *op. cit.*, p. 657 ; Estrada Michel (Rafael), « La alteridad de derechas », dans *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la constitución de 1917*, dir. José Ramon Cossío Díaz et Jesús Silva-Herzog Márquez, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 315.

Un autre auteur qui n'a pas pu être traité en profondeur est Manuel Herrera y Lasso (1890-1967). Ce juriste catholique, qui participa à la fondation du PAN, se remarque également par sa contestation et son adhésion au jusnaturalisme. Défenseur de l'Église catholique pendant la guerre de religion connue sous le nom de *Cristiada*, Herrera fut banni du Mexique. Bien qu'il ait pu retourner au pays après deux ans d'exil à Cuba et reprendre ses enseignements de droit constitutionnel, son œuvre a souffert d'un certain discrédit⁴⁷. Quoiqu'il en soit, sa pensée et sa vie seront évoqués pour mieux éclairer les tendances dominantes de la doctrine juridique après la Révolution mexicaine.

De même, l'œuvre de certains juristes mexicains « de gauche », tels que Vicente Lombardo Toledano (1894-1968), n'a pas pu être examinée en détail. Ce professeur à l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia*, réputé pour son marxisme-stalinisme, fut longtemps un leader syndical important. En 1916, aux côtés de Gómez Morín, il fonde une « Société de conférences et concerts » connue sous le nom de *Los Siete Sabios* (Les Sept Sages), qui avait pour objectif de propager la culture chez les étudiants universitaires de Mexico. En 1936, il fonde la *Confederación de Trabajadores Mexicanos* (CTM) et, en 1948, le *Partido Popular Socialista* (PPS). Son œuvre juridique a également été marginalisée dans la mesure où le nationalisme révolutionnaire a accaparé le discours socialiste jusqu'aux années 1950⁴⁸. Ainsi, l'étude de ce juriste, « archétype de l'intellectuel et politique de la gauche mexicaine »⁴⁹, a dû être mise de côté.

Enfin, un autre juriste prestigieux de gauche qui n'a pas pu être étudié est Alberto Trueba Urbina (1903-1984). Ce professeur de droit du travail, bien que proche du régime issu de la Révolution, fut exilé en raison de son opposition au gouvernement du Président López Mateos. Alors qu'il a été un des premiers à avoir développé le concept de « droit social » au Mexique, probablement inspiré par Duguit⁵⁰, Trueba Urbina a fait l'objet d'une mise à l'écart. En définitive, l'étude des juristes de gauche et d'opposition, outre la difficulté matérielle à recueillir leurs travaux, aurait vraisemblablement prolongé nos recherches de plusieurs années.

⁴⁷ C'est pourquoi son œuvre est plus difficile à consulter que celle des juristes les plus importants tels que Carpizo et Burgoa.

⁴⁸ Sur cette exclusion, voir Martínez Rivas (Julio M.), « Constitucionalismo de izquierda », dans *Lecturas...*, *op. cit.*, p. 373-374.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 383.

⁵⁰ Rejetant le normativisme, il préférait étudier la Constitution comme un produit historique et comme un concept sociologique. Cf. *ibid.*, p. 395.

Le choix de nos juristes pourrait être critiqué, c'est pourquoi il convient de rappeler la définition de la « doctrine ». Nous retenons la définition classique selon laquelle elle se compose des écrits des auteurs qui s'intéressent au droit. Selon le sens retenu par Marcel Planiol en 1900, « on appelle doctrine les opinions et les idées émises par les jurisconsultes dans leurs ouvrages »⁵¹, une définition reprise par le doyen Carbonnier, qui distingue d'une part « les opinions émises par leurs auteurs dans leurs ouvrages » et d'autre part « l'ensemble des ouvrages juridiques, la littérature du droit »⁵². De plus, selon le célèbre *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, la doctrine désigne « l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit, ou même par ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le droit »⁵³. Cette approche large nous permet d'étudier des auteurs qui, même s'ils n'ont pas toujours reçu une formation juridique « classique », c'est-à-dire dans une faculté de droit, ont néanmoins marqué la discipline juridique. Le meilleur exemple est peut-être celui de Sieyès : quoique abbé de formation, il a fondé le droit constitutionnel moderne. On peut également penser à Lucas Alamán et José María Luis Mora. Bien que souvent décrits comme des « intellectuels » en raison de la diversité de leurs intérêts, tous deux se sont particulièrement penchés sur le droit constitutionnel mexicain. Leurs idées et opinions ont orienté les générations de juristes qui les ont suivis, comme en témoigne le cas de Mariano Otero.

En outre, la pensée de Luis Recaséns Siches (1903-1977) impose certaines précisions. Malgré le fait qu'il ne soit pas né et formé au Mexique mais en Espagne, il s'est réfugié au Mexique en raison de la Guerre civile espagnole (1936-1939), où il a obtenu la nationalité et écrit ses ouvrages les plus importants. Son œuvre a ainsi exercé une influence indubitable sur la doctrine juridique mexicaine, notamment en ce qui concerne la théorie et la philosophie du droit, mais aussi le droit privé.

Par ailleurs, il convient de signaler que peu d'études ont été consacrées à la pensée juridique mexicaine, alors qu'en France, de nombreuses recherches ont été menées en particulier depuis les années 1980. Par conséquent, tandis que la quantité considérable d'écrits sur la doctrine française, parfois contradictoire, a pu compliquer son appréciation, l'absence d'historiographie critique au Mexique a rendu la tâche plus ardue. En effet, à part quelques écrits récents sur le droit

⁵¹ Cherfouh (Fatima) et Hakim (Nader), « L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion », dans *L'Histoire du droit en France Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, dir. Jacques Krynen et Bernard d'Alteroche, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 121.

⁵² Carbonnier (Jean), *Droit civil*, PUF, t. I, Paris, 2002, p. 237.

⁵³ V° « doctrine », dans *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige, PUF, 9^e éd., 2013, p. 360.

constitutionnel, souvent hagiographiques, il existe très peu d'études sur la pensée juridique en matière de droit privé. En ce sens, cette thèse de pensée comparée est probablement une étude pionnière. L'un de ses intérêts réside dans le fait qu'elle permet de mieux structurer et comprendre plus profondément les évolutions des doctrines juridiques française et mexicaine, en dépit (ou grâce) aux ruptures. Elle permet également d'illustrer le phénomène complexe de circulation des idées, à un moment où l'historiographie s'intéresse de plus en plus à une histoire « globale ».

Selon l'*Histoire globale des révolutions*, le XIX^e siècle fut un « âge d'intenses circulations révolutionnaires »⁵⁴. En revanche, pour François-Xavier Guerra, les révolutions hispaniques ne sont pas un « simple prolongement » de la Révolution française, elles sont un « phénomène révolutionnaire spécifique »⁵⁵. S'il est vrai que l'Europe et les Amériques appartiennent à des « constellations différentes », il est important de noter qu'elles font partie du même univers juridique. D'après M. Hespanha, « l'étude des composantes européennes est certainement une contribution très importante à la compréhension de toutes les cultures juridiques de la côte occidentale de l'Atlantique »⁵⁶. Cette idée est confirmée par le grand spécialiste libéralisme mexicain, Charles A. Hale. Dans son œuvre pionnière *Le libéralisme à l'époque de Mora*, l'auteur souligne que « la pensée et la politique libérales au Mexique ne peuvent être correctement comprises que si elles sont liées à l'expérience occidentale plus large dont elles faisaient partie »⁵⁷. En ce qui concerne le modèle fédéral du voisin du Nord, il ajoute plus loin : « Bien que les Etats-Unis aient révélé l'objectif des aspirations libérales, qu'elles soient constitutionnelles, réformistes ou utilitaires, ils n'ont pas offert de méthode ou de théorie pour atteindre cet objectif. La méthode et la théorie ne pouvaient être recherchées qu'en Europe continentale, où les traditions sociales et institutionnelles étaient plus analogues à celles du Mexique »⁵⁸. L'auteur fait ici référence à la plus grande institution du Mexique, issue des trois siècles de colonisation : l'Église catholique. En résumé, le Mexique était plus proche de l'Espagne, et par conséquent de la France, que de la pensée anglo-saxonne. La culture et la pensée mexicaines ne peuvent donc être comprises sans adopter une approche comparative qui prenne en compte l'Europe. Comme l'a montré Mme Neyrat, l'une des

⁵⁴ *Une Histoire globale des révolutions*, op. cit., p. 74.

⁵⁵ Guerra (François-Xavier), « L'Amérique Latine face à la Révolution Française », dans *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, n° 54, 1990, p. 8-9.

⁵⁶ Hespanha (Antônio Manuel), *A cultura jurídica europeia. Síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 8, cité par Suguimoto (Rafael), *Le pouvoir du droit : la doctrine à l'ère du scientisme juridique. Approches historiques et comparées entre la France et le Brésil*, Thèse Droit, Bordeaux, 2020, p. 12.

⁵⁷ *Mexican Liberalism in the Age of Mora, 1821-1853*, New Haven and London, Yale University Press, 1968, p. 6.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 302.

raisons justifiant la comparaison juridique entre la France et l'Espagne réside dans leur tradition commune, car les deux systèmes juridiques appartiennent à la même famille « romano-germanique »⁵⁹. Par extension, cela semble également s'appliquer au Mexique, ce qui permet sa comparaison avec la France. En revanche, prenant conscience des spécificités propres à la France et au Mexique, et sans percevoir les révolutions mexicaines comme de « simples prolongements » de la Révolution de 1789, il convient d'adopter une perspective comparative qui échappe à une vision linéaire. En effet, il ne s'agit pas de réaliser une comparaison statique et exhaustive des systèmes juridiques français et mexicain, mais plutôt de saisir de manière dynamique les similitudes et les différences doctrinales que la réaction face aux révolutions met en lumière. Ainsi, il faudra aussi prendre en compte la circulation des idées entre la France et le Mexique, tout en acceptant parfois un certain décalage chronologique. Cela nous permettra d'observer les points de connexion entre les trajectoires parallèles de ces deux pays.

Cependant, malgré le prestige et l'instrumentalisation fréquente de la doctrine française par les juristes mexicains, il est important de faire preuve de prudence dans l'utilisation du terme « influence » et de lui préférer celui de « circulation des idées »⁶⁰. En effet, « les idées circulent d'un individu à un autre, en se transformant un peu à chaque fois puisque chacun des individus les enrichit d'autres associations. Formulées rigoureusement, le destinataire ne comprend jamais les idées exactement de la manière dont l'expéditeur aurait voulu qu'il les comprenne ». Le terme « influence » suppose l'idée d'emprise, alors que, « après une série de telles circulations, il ne reste presque plus rien du contenu initial. À qui appartient l'idée qui continue de circuler ? Comme il s'agit d'une idée collective, elle n'appartient à aucun individu »⁶¹. C'est pourquoi il est difficile d'affirmer qu'un auteur aurait une emprise ou une « influence » sur un autre. De ce fait, la réception asymétrique France-Mexique ne permet pas de soutenir l'hypothèse d'un véritable « dialogue » entre les juristes français et mexicains. Nous verrons que les œuvres de la doctrine juridique française étaient souvent sélectionnées en fonction des intérêts nationaux et de ce qu'on pouvait leur faire dire⁶².

⁵⁹ Neyrat (Anna), *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers : les cas de la France et de l'Espagne*, Thèse Droit, Bordeaux, 2016, p. 26-28.

⁶⁰ Sur la nécessité méthodologique d'utiliser ce concept plutôt que celui d'« influence », voir Decoux (Prune), *French Readings in Law Reviews : Les lectures américaines de la doctrine juridique française (1870-1945)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2019, p. 6 et s.

⁶¹ Fleck (Ludwik), *Genèse et développement d'un fait scientifique*, trad. Nathalie Jas, Paris, Flammarion, 2008, p. 79.

⁶² Sur l'instrumentalisation nationaliste de la doctrine française, voir *ibid.*, p. 7.

Même si les élites mexicaines préféraient chercher leur inspiration dans le vieux continent, ils ne pouvaient pas ignorer le modèle émergent d'Amérique du Nord. C'est pourquoi Hale précise qu'il est nécessaire d'intégrer le Mexique dans l'expérience occidentale pour mieux le comprendre. Ainsi, nous retiendrons la définition de « l'Occident » proposée par Harold Berman dans son ouvrage *Droit et révolution*, ou plus précisément celle de la tradition juridique occidentale. L'auteur rappelle que « l'Occident ne se trouve donc pas à l'aide d'une boussole. Des frontières terrestres aident à le situer, mais elles se déplacent de temps en temps. L'Occident est plutôt un concept culturel mais avec une dimension fortement diachronique. Ce n'est pourtant pas une simple idée : c'est une communauté. Il implique à la fois une structure historique et une histoire de structures. Pendant nombre de siècles, on pouvait l'identifier tout simplement comme les peuples de la chrétienté occidentale »⁶³.

Il convient de souligner, par ailleurs, quelques difficultés inhérentes à cette étude. Cette recherche comparative s'avère ambitieuse, nécessitant l'examen d'un grand nombre d'auteurs dans des contextes spécifiques et sur une vaste période chronologique. Trente-cinq juristes, dont 20 français et 15 mexicains ayant vécu aux XIX^e et XX^e siècles, ont été sélectionnés pour cette étude. Cependant, étant donné que l'examen exhaustif de l'ensemble de leurs œuvres aurait été trop chronophage, voire inefficace, il a semblé plus judicieux de concentrer notre analyse sur les moments de rupture. Plus précisément, nous avons ciblé les écrits qui se sont révélés décisifs pour la communauté juridique et qui ont marqué les générations de juristes à venir. Parallèlement, nous nous sommes intéressés aux ouvrages qui prennent clairement position face aux bouleversements sociaux. Ce choix méthodologique a permis de constater que ces travaux étaient fréquemment liés aux grandes révolutions de leur époque, reflétant ainsi les profondes transformations de la pensée juridique.

Outre la grande quantité de lectures, cela a impliqué la déconstruction de nombreux mythes de l'histoire de la pensée juridique⁶⁴ ou de l'histoire des idées politiques. À titre illustratif, nous pouvons évoquer l'opposition entre libéraux et conservateurs mexicains, aux XIX^e et XX^e siècles, construite *a posteriori* par les vainqueurs. Alors que les conservateurs ont souvent été dénigrés, voire oubliés, cette étude permet de rapprocher ces deux courants, s'inscrivant dans la lignée des travaux les plus récents. Du côté français, il a également été nécessaire de revisiter le mythe de

⁶³ *Droit et révolution*, trad. Raoul Audoin, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 17-18.

⁶⁴ Sur les mythes en histoire du droit, voir Halpérin (Jean-Louis), « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio@Themis*, n° 5, 2012.

l'école de l'exégèse pour comprendre l'exacerbation du légalisme au XIX^e siècle. Concernant les Amériques, cette étude a contribué à démystifier la notion de « continuité » des grandes révolutions mexicaines - celle de l'Indépendance, de la Réforme et de 1910. Comme on le verra, ce récit a été imposé par le discours officiel au lendemain de la Révolution mexicaine. Dans la même veine, il a fallu analyser la construction téléologique des idées républicaines en France, principalement réalisée sous la III^e République.

En outre, étant inséré dans une université française, après un cursus entièrement français, l'accès aux sources mexicaines a souvent été difficile. Cependant, bien que cette étude ait nécessité un important travail de traduction, la maîtrise de l'espagnol et du français a grandement facilité la tâche.

De plus, beaucoup ayant été écrit à l'égard des révolutions, qu'elles soient scientifiques ou politiques, mais très peu d'un point de vue juridique⁶⁵, il a été indispensable d'adopter une démarche interdisciplinaire. Cette approche découle de la nature ambivalente des révolutions qui dépassent les cadres juridiques : « En tant que rupture de l'ordre établi, la révolution est un phénomène énigmatique qui échappe aux explications simples tout en se prêtant aux interprétations maximalistes »⁶⁶. De ce fait, l'histoire des idées politiques permet d'éclairer les ruptures, même s'il n'est pas toujours facile d'identifier l'idéologie des juristes en raison de leur style « technique ».

Une démarche interdisciplinaire, combinant l'histoire des idées politiques et l'histoire du droit⁶⁷, a dû être adoptée. Si le lien entre l'histoire des idées politiques et le droit public est évident, certaines questions sociétales soulignent la dimension éminemment politique du droit privé⁶⁸. Cela est particulièrement pertinent en histoire du droit, où la contextualisation est essentielle pour éclairer les enjeux juridiques⁶⁹. C'est pourquoi il convient d'adopter une histoire des idées *contextualisée*. Comme Mme Chambost le souligne, « par sa perspective critique, qui appréhende les énoncés comme des prises de position, l'histoire des idées politiques permet en somme de

⁶⁵ Voir par exemple la thèse de Liet-Veaux (Georges), *La continuité du Droit interne. Essai d'une Théorie Juridique des Révolutions*, Thèse Droit, Rennes, 1942.

⁶⁶ Gobille (Boris), « Comparer les révolutions », dans *Une Histoire globale des révolutions*, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁷ Pour un exemple d'une telle démarche, voir Niort (Jean-François), *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, t. I, 2004, p. 20 et s.

⁶⁸ Chambost (Anne-Sophie), « “Ce n'est pas du droit !” ... », *op. cit.*, p. 501.

⁶⁹ Sur l'importance de la contextualisation en histoire du droit, voir Halpérin (Jean-Louis), « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 2017, *Contextualiser : une pratique transdisciplinaire ?*, p. 31-48, [en ligne] URL : <https://doi.org/10.4000/rhsh.494> (généré le 23/04/2022).

comprendre non seulement ce que les juristes du passé ont fait, mais pourquoi ils l'ont fait, autrement dit sur quels principes et sur quelles valeurs ils se sont appuyés »⁷⁰. De cette manière, par exemple, l'élaboration du Code civil, dans une perspective politique visant à clore la Révolution, soulève des questions sociétales touchant au droit privé⁷¹. De même, la rénovation méthodologique de la science juridique française à la Belle Époque, en réaction aux changements sociaux liés à la Révolution industrielle, est mieux comprise à travers le prisme des idées politiques. Au XX^e siècle, les prises de position de Ripert ou de Carbonnier, que ce soit en droit public ou en droit privé, sont plus intelligibles lorsqu'on considère l'évolution des idées politiques. Cette thèse s'inscrit donc dans l'histoire de la pensée juridique ainsi que dans celle des idées politiques, les deux disciplines reposant « sur un ensemble de propositions émanant d'auteurs individualisés »⁷² ; en l'occurrence, des auteurs de la doctrine juridique s'intéressant à des questions politiques et sociales, liées aux révolutions. Les juristes, s'intéressant au gouvernement de la cité, rendent nécessaire une réévaluation de la prétendue neutralité de la technique juridique.

L'hypothèse de cette étude est que, ne pouvant pas contrôler le déroulement des faits sociaux, bousculés par les révolutions, les juristes les plus influents réagissent de manière conservatrice contre les changements de paradigme.

Certains auteurs affirment même que le conservatisme, en tant que mouvement intellectuel et politique, naît avec la Révolution française et en réaction à celle-ci⁷³. Toutefois, le conservatisme préexistait de manière latente à cet événement. Bien que ce courant soit proche du traditionalisme, de la contre-révolution, de la réaction ou de l'immobilisme⁷⁴, nous estimons, avec Karl Mannheim, que la manière la plus appropriée d'analyser le conservatisme est de le considérer comme un « *style of thought* ». Pour cet auteur, dans un contexte historique et politique qui est souvent troublé (I) ; le conservatisme se méfie plus que jamais du pouvoir, mais défend l'autorité (II) ; il fait l'apologie des coutumes et des aristocraties (III) ; il est enclin aux réformes, mais a en horreur les coups de force et les révolutions (IV) ; il puise son inspiration dans le passé, est attaché au présent et au caractère

⁷⁰ Chambost (Anne-Sophie), « “Ce n'est pas du droit !”... », *op. cit.*, p. 537.

⁷¹ Sur ce point, voir Halpérin (Jean-Louis), *L'impossible Code civil*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

⁷² Chambost (Anne-Sophie), « “Ce n'est pas du droit !”... », *op. cit.*, p. 502.

⁷³ Principalement Bénéton (Philippe), v° « conservatisme », *Dictionnaire de philosophie politique*, dir. Philippe Raynaud et Stéphane Rials, Paris, Quadrige/PUF, 3^e éd., 2003, p. 131. Voir aussi du même, *Le conservatisme*, Paris, Que sais-je, 1988.

⁷⁴ Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme ? Histoire intellectuelle d'une idée politique*, Paris, Les Belles Lettres, 2016, p. 23.

local des événements (V) et il se méfie des *avenirs radieux* et des généralisations abusives⁷⁵. Cette hypothèse semble s'appliquer à la majorité des juristes dominants.

En effet, comme l'a montré Ludwik Fleck dans le domaine de la sociologie des sciences, il est impossible de rompre totalement avec le passé. « Seules les relations qui sont expliquées conformément au style dominant s'impriment dans la mémoire sociale et possèdent la capacité de se développer »⁷⁶. Chaque collectif élabore ainsi un « *style de pensée* », une manière particulière de percevoir et d'interpréter les phénomènes. Son ouvrage fondateur, *Genèse et développement d'un fait scientifique* (1935), qui a inspiré Thomas Kuhn dans les années 1950, décrit notamment le fonctionnement des « collectifs de pensée » et la *résistance au changement* qui caractérise souvent les communautés scientifiques. Fleck montre que ces collectifs, c'est-à-dire des groupes de chercheurs partageant un ensemble de croyances, de méthodes et de pratiques, tendent à conserver et protéger leurs cadres de pensée établis. Les scientifiques ont ainsi tendance à défendre l'ordre établi contre les idées nouvelles, résistant aux découvertes susceptibles de perturber leurs paradigmes dominants. Cette dynamique peut être comparée au conservatisme dans la doctrine juridique, qui vise à protéger les institutions et les valeurs traditionnelles, en considérant le changement comme potentiellement dangereux ou perturbateur.

En définitive, nous voudrions démontrer que la réaction conservatrice des juristes se manifeste à travers la thèse selon laquelle un paradigme légaliste se développe depuis la Révolution française, en dépit de la volonté des juristes les plus conservateurs. Cela conduit, au tournant du siècle, à une réaction aboutissant à un paradigme social, suivi d'une synthèse des deux modèles, ce qui constitue le paradigme de la nouvelle tradition. En effet, à chaque fois qu'un paradigme change, la tradition se réinvente⁷⁷. Au cours du XX^e siècle, après une lutte entre le paradigme légaliste et le paradigme social, la communauté des juristes finit par absorber et synthétiser les deux modèles. C'est pourquoi un plan hégélien semble s'imposer naturellement. Dès lors, nous verrons la normalisation de la Révolution française ou le paradigme légaliste au XIX^e siècle (Première partie) ; puis la lutte entre l'ancien paradigme légaliste et le nouveau paradigme social au tournant du siècle (Deuxième partie) ; et enfin, la conservation des apports de la Révolution française au XX^e siècle ou

⁷⁵ *Essays on Sociologie and Social Psychology*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1953 et *Conservatism: a Contribution to the Sociology of Knowledge*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1986. Voir également Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme ? ...*, *op. cit.*, p. 92-93.

⁷⁶ Fleck (Ludwik), *Genèse et développement d'un fait scientifique*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁷ Sur la réinvention des traditions, voir *The invention of tradition*, dir. Eric Hobsbawm et Terence Ranger, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 1992.

le paradigme de la nouvelle tradition (Troisième partie). À ce titre, il convient d'ajouter une dernière précision : le lecteur ne doit pas s'étonner de l'absence de mention explicite des pays concernés dans le plan. Les juristes français et mexicains seront traités simultanément, en prenant le cas français comme point de départ pour le confronter au cas mexicain.

Première partie. La normalisation de la Révolution de 1789 ou le paradigme légaliste au XIX^e siècle

« Le principe de la souveraineté du peuple, qui se trouve toujours plus ou moins au fond de presque toutes les institutions humaines, y demeure d'ordinaire comme enseveli. On lui obéit sans le reconnaître, ou si parfois il arrive de le produire un moment au grand jour, on se hâte bientôt de le replonger dans les ténèbres du sanctuaire », écrit Tocqueville dans *De la démocratie en Amérique*⁷⁸. Cette citation met en évidence la diffusion croissante de la théorie de la souveraineté populaire à l'Époque contemporaine. En effet, avec la Révolution française, un principe fondateur émerge : l'idée que la loi peut tout accomplir, car la nature humaine est perfectible. La loi devient alors toute-puissante puisqu'elle émane du peuple. Ainsi, la *nomophilie*, ou amour des lois, prend racine et se propage inexorablement. Cependant, la doctrine juridique réagit de manière conservatrice à ce torrent révolutionnaire. Ambivalente à l'égard de la Révolution de 1789, elle cherche à établir un compromis pour normaliser celle-ci.

Certains principes révolutionnaires, comme la souveraineté populaire ou l'égalité juridique, vont désormais être considérés comme irréversibles. Pourtant, après la Terreur, la doctrine tentera de contenir l'omnipotence législative par crainte de la déferlante populaire. La codification sera notamment utilisée pour encadrer l'effervescence légaliste, mais aussi pour canaliser ou normaliser la Révolution. L'exégèse, quant à elle, découlera de l'instauration et de l'appropriation du Code civil. Ainsi, nous verrons que le paradigme légaliste émerge paradoxalement dans un effort de maîtrise de cette effervescence (chapitre 1). Malgré l'euphorie constitutionnelle du XIX^e siècle, le paradigme légaliste se consolide progressivement, notamment à travers la méthode exégétique (chapitre 2).

⁷⁸ t. I, Paris, Flammarion, 1981, p. 117.

Chapitre 1. La naissance du paradigme légaliste : l'encadrement de l'effervescence légaliste

Au Mexique, le XIX^e siècle est une période de formation de l'État-nation dans laquelle le libéralisme et le nationalisme s'imposent progressivement. En effet, les révolutions américaine et française introduisent des nouveaux principes qualifiés de libéraux, tels que la souveraineté populaire, le régime représentatif, les droits de l'homme et la séparation des pouvoirs. En Nouvelle Espagne (Mexique), les changements modernisateurs imposés par les réformes bourbonniennes du milieu du XVIII^e siècle, avaient déjà altéré les relations entre les colonies et la métropole. Elles avaient provoqué un malaise et un désir d'autonomie chez les colons, accentués par l'invasion des armées napoléoniennes en Espagne en 1808. C'est « l'âge des révolutions démocratiques »⁷⁹, le passage des sociétés monarchiques aux régimes démocratiques.

Le 8 juin 1808, une nouvelle circule au Mexique : l'abdication du roi Carlos IV à Bayonne en faveur de son fils Fernando VII. Pourtant, la couronne arrive entre les mains de Napoléon. Après une réaction populaire en Espagne, une régence convoque la réunion des représentants de la noblesse, le clergé et le peuple, y compris des colonies, dans des *Cortes*⁸⁰. L'objectif est de décider comment il faudrait gouverner l'empire pendant l'absence du roi. Au Mexique, les *novohispanos* (c'est-à-dire les « nouveaux-espagnols ») prêtent serment de fidélité à Fernando VII. Très vite, en revanche, ils considèrent qu'en l'absence du roi la souveraineté a été transférée. Le 16 septembre 1808, le prêtre Miguel Hidalgo appelle à la lutte contre le mauvais gouvernement, initiant la Révolution d'Indépendance. Après plusieurs victoires des armées insurrectionnelles, les *insurgentes* (« insurgés ») sont cependant battus par l'armée *realista* (espagnole) le 17 janvier 1811. Les chefs de l'insurrection, notamment Hidalgo et Allende, sont alors exécutés.

Pendant ce temps, la Constitution de Cadix est promulguée en Espagne en 1812 et reçue au Mexique. Elle met en place, principalement, une monarchie constitutionnelle avec une séparation des pouvoirs et une liberté de presse. En outre les « sujets » de l'empire sont désormais considérés comme « citoyens ». Or, suite à la campagne de France, puis l'abdication et l'exil de Napoléon dans

⁷⁹ Selon le concept développé par les historiens Jacques Godechot, Eric Hobsbawm et Robert R. Palmer. Cf. *Mexico in the Age of Democratic Revolutions, 1750-1850*, dir. Jaime E. Rodríguez O., Boulder, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1994, p. 1.

⁸⁰ Les *Cortes*, comme les États généraux en France, étaient à l'origine des parlements médiévaux qui se sont transformés en assemblée nationale.

l'île d'Elbe, Fernando VII reprend le trône en 1814 et abolit la Constitution qui restreignait ses pouvoirs.

De l'autre côté de l'Atlantique, l'insurrection dirigée maintenant par le prêtre Morelos continuait et se renforçait à mesure qu'elle arrivait à prendre des villes. Face à un congrès inauguré en 1813, dans son célèbre discours « *Sentimientos de la Nación* », Morelos déclare que l'Amérique est libre, que la souveraineté émane du peuple et que le gouvernement doit se diviser en trois branches et promulguer des lois égales pour tous. La Constitution d'Apatzingán⁸¹ est édictée en 1814, profondément inspirée par la Constitution de Cadix. Une déclaration d'Indépendance est par la suite signée par le *Siervo de la Nación* (« le serviteur de la nation ») Morelos. Celui-ci, cependant, échoue et est fusilé par les « réalistes » en 1815.

Dans la métropole, en 1820, un *pronunciamiento* du commandant Rafael de Riego oblige le roi Fernando VII à restaurer la Constitution de 1812. Le prestige de la couronne s'était effondré, à tel point qu'au Mexique, Agustín de Iturbide, un militaire créole⁸² qui était un des principaux chefs réalistes, propose aux insurgés de s'unir pour obtenir l'indépendance. En 1821, il proclame un plan « d'Iguala » fondé sur trois garanties : religion, union et indépendance. Par la signature la même année des Traités de Córdoba, entre Iturbide et Juan de O'Donojú⁸³, l'Espagne reconnaît finalement l'Indépendance et l'établissement d'un Empire Mexicain.

Le 21 juillet 1822, Iturbide est couronné premier empereur du Mexique. Le 21 octobre, face à un climat conspirationniste, il arrête des suspects et dissout le congrès. Néanmoins, après une révolte initiée par le général Santa Anna et soutenue par des loges maçonniques, Iturbide abdique en mars 1823 et s'exile en Italie. Un nouveau congrès constituant s'installe en novembre 1823, dominé par des fédéralistes. De ce fait, un acte du 31 janvier 1824 crée les États-Unis Mexicains et rédige une Constitution en octobre établissant une république représentative, populaire et fédérale.

La défaite espagnole avait provoqué l'avènement d'un constitutionnalisme libéral au Mexique, trouvant ses sources dans les idées des Lumières. Or, en réalité, la Revolution française

⁸¹ Son titre complet est : *Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.*

⁸² Au XVIII^e siècle, la Nouvelle-Espagne était constituée de castes : européens, créoles, métis, indiens, noirs et autres groupes. Voir Rodríguez O. (Jaime E.), « La Revolución francesa y la Independencia de México », dans *La Revolución francesa en México*, dir. Solange Alberro, Alicia Hernández y Elías Trabulse, Mexico, El Colegio de México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 1991, p. 139.

⁸³ Libéral, O'Donojú avait été nommé par les députés *novohispanos* dans les *Cortes de Cádiz* nouveau chef politique de la Nouvelle-Espagne.

est reçue au Mexique comme une « tempête », comme un « ouragan qui balaya ou qui submergea le commencement inoubliable et jamais totalement oublié, l'affirmation de 'la grandeur de l'homme face à la petitesse des grands' de Robespierre, ou 'la défense de l'honneur de la race humaine' de Hamilton ». Alors que la Révolution américaine avait provoqué le sentiment que « l'Homme était maître de son destin, au moins en ce qui concerne le gouvernement politique », lors de la violente prise de la Bastille le mot révolution prend le sens d'« irrésistibilité »⁸⁴. En effet, « l'idée d'un mouvement irrésistible que le XIX^e siècle allait bientôt transposer dans le concept de *nécessité historique*, résonne du début à la fin, à toutes les pages de la Révolution française »⁸⁵. L'idée résonne aussi au Mexique au moment de la Révolution d'Indépendance. Au fur et à mesure de la construction de l'État-nation mexicain, les acteurs croient de moins en moins dans leur libre arbitre. Face aux échecs successifs pour mettre en place des régimes stables, les élites mexicaines, qui avaient expérimenté un consensus général au moment de l'Indépendance⁸⁶, se divisent et réagissent de plus en plus violemment au point d'arriver à une guerre vers le milieu du XIX^e siècle. Or, très vite, dès les années 1820, lorsque la « magie » des constitutions commence à s'atténuer, on observe chez la doctrine juridique une volonté d'encadrer l'effervescence légaliste issue de ce moment fondateur qu'est la Révolution de 1789. Pour le dire autrement, l'élan révolutionnaire arrive au Nouveau Monde, provoquant le désir d'encadrer sa forme juridique : l'omnipotence législative.

En France, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avait consacré la théorie de la souveraineté populaire en prévoyant que « la loi est l'expression de la volonté générale ». Comme le signale Hanna Arendt qui observe une continuité entre l'Ancien Régime et la Révolution, « la 'volonté générale' de Rousseau ou Robespierre est toujours cette Volonté divine qui n'a qu'à vouloir pour faire une loi ». On observe pourtant une nouveauté : la volonté de régénérer l'homme et de rompre définitivement avec le passé *par la loi*, la *tabula rasa* en vertu des enseignements de Rousseau. Ceci est exacerbé sous le Comité de salut public et la Terreur. Déjà, l'abbé Sieyès, après avoir voulu mettre fin à la souveraineté royale, en percevant probablement la tempête révolutionnaire, avait déclaré qu'« il faut terminer la Révolution ». Pourtant, c'est Napoléon qui aura la lourde tâche d'arrêter la Révolutionnaire, d'où sa déclaration : « Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie ». La rédaction

⁸⁴ Arendt (Hannah), *De la révolution*, trad. Marie Berrane, Paris, Gallimard, 1985, p. 70-71. Nos italiques.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁶ Par rapport au consensus entre « libéraux » et « conservateurs », voir Andrews (Catherine), « Sobre conservadurismo e ideas conservadoras en la primera república federal (1824-1835) », dans *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, t. I et II, dir. Erika Pani, Mexico, FCE, Conaculta, 2009, p. 90 et s.

du Code civil de 1804, principalement par Portalis, rentre dans ce dessein napoléonien et relève de ce fait de la « propagande » de l'Empire.

Comme le montrent les cas de Sieyès dans le droit public ou Portalis dans le droit privé, ainsi que les écrits des intellectuels mexicains José María Luis Mora et Lucas Alamán, qui se sont largement inspirés de la pensée européenne et anglo-saxonne, le paradigme légaliste instauré par la Révolution, avec un Législateur tendant à devenir tout-puissant, marque une volonté de *maîtriser la puissance de la loi*. Autrement dit, au lendemain des excès de la Révolution, il s'agit maintenant d'encadrer la souveraineté illimitée d'origine populaire. Nous verrons par conséquent la volonté française d'encadrer la tempête révolutionnaire (section I), avant de nous pencher sur l'ambivalence mexicaine à l'égard de la Révolution française (section II).

Section I. La volonté française d'encadrer la tempête révolutionnaire

Selon l'historien de la Révolution française, François Furet : « Rousseau a probablement eu le génie le plus anticipateur qui ait paru dans l'histoire intellectuelle, tant il a inventé, ou deviné, de ce qui obsédera le XIX^e et le XX^e siècle. Sa pensée politique constitue bien par avance le cadre conceptuel de ce que seront le jacobinisme et le langage révolutionnaire »⁸⁷. Il nuance un peu plus loin : « Rousseau n'est en rien "responsable" de la Révolution française, mais il est vrai qu'il a construit sans le savoir les matériaux culturels de la conscience et de la pratique révolutionnaires »⁸⁸. Même s'il a été démontré que la « construction » des Lumières est une « quête rétrospective de légitimité », par les révolutionnaires, c'est-à-dire une récupération *a posteriori*, Voltaire et Rousseau, en étant panthéonisés par les assemblées révolutionnaires, ont été reconnus officiellement comme de « véritables précurseurs de la Révolution »⁸⁹. Autrement dit, « c'est la Révolution qui a inventé les Lumières »⁹⁰. Affirmation qui sera reprise par les républiques postérieures afin d'établir une « légitimité ininterrompue »⁹¹. Pour autant, il est possible d'affirmer que « Rousseau, comme l'a bien montré Benjamin Constant, a singulièrement facilité la tâche de ceux qui, sous la Révolution française, allaient être candidats à l'exercice d'une *dictature* au nom du peuple »⁹². L'article 6 de la Déclaration de 1789, en énonçant que « la loi est l'expression de la volonté générale »⁹³, ne permet pas le contrôle des assemblées par un organe extérieur. La souveraineté parlementaire est au-dessus de tout.

Bien que Sieyès, réagisse contre le contractualisme et la souveraineté populaire de Rousseau, il reprend une partie de l'héritage des Lumières. Selon Jean Carbonnier, il fait même partie des Idéologues, les héritiers directs des Lumières. Or « rares sont ceux qui lui consentent sa

⁸⁷ *La Révolution française*, préface de Mona Ozouf, Paris, Gallimard, 2007, p. 45.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Chartier (Roger), *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Éditions du Seuil, 2000, p. 128-130.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁹¹ Nicolet (Claude), *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 2^e éd., 1992, p. 9.

⁹² Nemo (Philippe), *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporaines*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 840.

⁹³ L'article continue : « Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

place, peut-être la première dans l'histoire de la Révolution, et qui reconnaissent le rôle immense qu'a joué dans la pensée politique celui qui fut sans doute l'inventeur du droit public moderne »⁹⁴. Pour transférer la souveraineté du roi à la nation, en 1789, il fallait penser un nouveau sujet politique : la nation⁹⁵. C'est le problème auquel Sieyès, « l'oracle de la Révolution »⁹⁶, a été confronté, le problème de la mise en forme de la volonté nationale par les représentants capables de faire la loi. Il fallait par conséquent penser l'encadrement de la puissance d'origine populaire. Nous verrons alors comment Sièyes tente de stabiliser la Révolution (§1). Quelques années plus tard, Portalis, soutenu par Napoléon Bonaparte, affronte un problème similaire, celui de canaliser la Révolution. Nous étudierons ensuite la tentative de Portalis de freiner la Révolution (§2).

§1. Sieyès ou la tentative manquée de stabiliser la Révolution

« La figure centrale, le vainqueur de la première révolution est Emmanuel Sieyès, qui, du coup d'État du 17 juin {1789} au débat sur le veto du roi, conduit le processus politique mis en mouvement par la convocation des États généraux »⁹⁷. Il est aussi l'organisateur du coup d'État du 18 brumaire de Bonaparte. Comme Curzio Malaparte l'explique dans son ouvrage sur la *Technique du coup d'État* : « Sieyès a tout prévu et tout organisé : il a même appris à monter à cheval, dans l'éventualité d'un triomphe ou d'une fuite »⁹⁸. En revanche, en dépit de ces événements, l'abbé semble prendre très vite conscience de la tempête révolutionnaire entraînée par un légicentrisme irrésistible. En effet, en scrutant ses écrits et discours, il est possible d'observer une volonté d'encadrer le légicentrisme révolutionnaire (B). De même, sa célèbre théorie de la souveraineté nationale prévoyait en réalité une fonction législative limitée (A).

⁹⁴ Bredin (Jean-Denis), *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Éditions de Fallois, 1988, p. 26.

⁹⁵ Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 61.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Technique du coup d'État*, trad. Juliette Bertrand, Paris, Bernard Grasset, 1966, p. 133.

A. La théorie de la souveraineté nationale prévoyant une fonction législative limitée

Dans la brochure *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, publiée à la veille des États généraux de 1789, Sieyès affirme que « la Nation existe avant tout, elle est à l'origine de tout »⁹⁹. Dans cet ouvrage, l'« oracle de la Révolution »¹⁰⁰ développe l'essentiel de sa théorie de la souveraineté nationale. Tout d'abord, dans son *Essai sur les privilèges* de 1788, écrit après la chute de Loménie de Brienne et le rappel de Necker, Sieyès attaque vigoureusement les « privilégiés ». Ceux-ci se sentiraient un ordre à part, une « nation choisie dans la nation »¹⁰¹. Pourtant, dans son pamphlet de 1789, il va plus loin, au point d'exclure les privilégiés, les nobles et le clergé, de la nation. « Qu'est-ce qu'une nation ? - demande Sieyès - Un corps d'associés vivant sous une loi *commune* et représentés par la même *législature* ». Pour Sieyès, le « Tiers État », c'est-à-dire tous ceux qui travaillent, tous ceux qui ne font pas partie des privilégiés, forment la Nation. Or « si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit ». De manière (relativement) prudente, sans mentionner le roi ou en réduisant le rôle de l'Église, dont il faisait partie, notre auteur incite le Tiers à prendre le pouvoir. Celui-ci « ne doit pas ignorer qu'il est aujourd'hui la réalité nationale, dont il n'était autrefois que l'ombre ; que, pendant ce long changement, la noblesse a cessé d'être cette monstrueuse réalité féodale qui pouvait opprimer impunément ; qu'elle n'en est plus que l'ombre, et que vainement cette ombre cherche-t-elle encore à épouvanter une nation entière, à moins que cette nation ne veuille être regardée comme la plus vile du globe »¹⁰². Affirmant la souveraineté de la Nation, Sieyès incite le Tiers à se constituer Assemblée nationale.

Dans cette brochure écrite dans deux mois à la campagne, Sieyès esquisse l'essentiel de sa pensée. En 1789, au moment où l'Assemblée nationale se pose la question de la forme du gouvernement, l'abbé prononce un discours, le 7 septembre, pour tenter d'y répondre. Tous les citoyens doivent concourir à la formation de la loi, conçue comme un outil de *régénération sociale*, or ce concours peut s'exercer de deux manières :

⁹⁹ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, Flammarion, 1988, p. 127.

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰² *Ibid.*, p. 40, 121 et 78-79.

Les Citoyens peuvent donner leur confiance à quelques uns d'entr'eux. Sans aliéner leurs droits, ils en commettent l'exercice. C'est pour l'utilité commune qu'ils se nomment des Représentants bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général, et d'interpréter à cet égard leur propre volonté.

L'autre manière d'exercer son Droit à la formation de la Loi, est de concourir soi même immédiatement à la faire. Ce concours immédiat est ce qui caractérise la véritable *démocratie*. Le concours médiat désigne le *Gouvernement représentatif*. La différence entre ces deux systèmes politiques est énorme¹⁰³.

Comme le remarque M. Bernard Manin, « Sieyès soulignait avec insistance la “différence énorme” entre la démocratie où les citoyens font eux-mêmes la loi et le régime représentatif dans lequel ils commettent l'exercice de leur pouvoir à des représentants élus »¹⁰⁴. À cet égard, le prêtre poursuit :

La France n'est point, ne peut pas être une *Démocratie* ; elle ne doit point devenir un État fédéral, composé d'une multitude de Républiques, unies par un lien politique quelconque. La France est et doit être *un seul tout*, soumis dans toutes ses parties à une Législation et à une Administration communes. Puisqu'il est évident que cinq à six millions de Citoyens actifs répartis sur plus de vingt-cinq mille lieues quarrées, ne peuvent point s'assembler ; il est certain qu'ils ne peuvent aspirer qu'à une Législature par *représentation*. Donc les Citoyens qui se nomment des Représentants, renoncent et doivent renoncer à faire eux-mêmes immédiatement la Loi : donc ils n'ont pas de volonté particulière à imposer. Toute influence, tout pouvoir leur appartiennent sur la personne de leurs mandataires ; mais c'est tout. S'ils dictaient des volontés, ce ne serait plus cet état représentatif ; ce serait un état démocratique¹⁰⁵.

Si l'abbé croyait dans la supériorité du régime représentatif, c'est parce qu'il « voyait avant tout la représentation comme l'application à l'ordre politique du principe de la division du travail, principe qui constituait, à ses yeux, un facteur essentiel du progrès social »¹⁰⁶. Inspiré par l'école

¹⁰³ Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal, à la séance du 7 septembre 1789 », dans *Œuvres de Sieyès*, t. II, Paris, EDHIS, 1989, p. 14.

¹⁰⁴ *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 3^e éd., 2019, p. 13.

¹⁰⁵ Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Dire de l'abbé Sieyès... », *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁰⁶ Manin (Bernard), *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 13.

des physiocrates¹⁰⁷, il voyait la représentation à tous les niveaux de la société¹⁰⁸ ; c'est pourquoi le régime représentatif semblait s'imposer naturellement. Surtout, par son opposition entre les anciens et les modernes - distinction que Benjamin Constant allait reprendre -, Sieyès balayait la tradition du XVIII^e siècle qui érigeait en modèles politiques les cas d'Athènes et de Sparte : « chez Sieyès, entre les anciens et les modernes, il n'y a pas continuité »¹⁰⁹. En effet, « chez les anciens {...} les Citoyens étaient tous capables d'exercer leurs droits politiques. Tout homme libre était Citoyen actif. Chez nous, il faut s'en glorifier, la base de l'association est plus large ; les principes sont plus humains, nous sommes tous égaux par la *protection de la Loi* et c'est la bonne politique »¹¹⁰. C'est parce que, en 1789, la loi est conçue par l'abbé comme un outil de transformation sociale que le « petit Peuple » peut faire confiance aux représentants. Comme les Lumières avant lui, il croyait encore dans les vertus de la loi. Ainsi, « le petit Peuple {...} pourrait bien ne s'être pas formé une idée assez sûre des qualités nécessaires pour le représenter au Corps législatif, mais il ne se trompera pas en désignant les plus honnêtes gens de son canton pour faire, dans les Assemblées supérieures, le choix le plus important de la chose publique »¹¹¹. Dans la mesure où la démocratie pure est impossible dans une grande société, il faut « confier l'interprétation de la volonté générale, et par conséquent la confection de la Loi commune, à un Corps de Représentants »¹¹². Dans ces conditions, la loi est un moyen de changement social, car elle est « productrice d'homogénéité sociale »¹¹³ mais aussi de protection individuelle : « Le véritable législateur n'oubliera pas, sans doute, que loin de faire naître des inégalités factices parmi les citoyens, il est chargé, au contraire, d'empêcher les trop mauvais effets des inégalités naturelles ; que loin d'affaiblir la faiblesse et de

¹⁰⁷ Sur ce point, voir par exemple Larrère (Catherine), « Sieyès, lecteur des physiocrates : droit naturel ou économie ? », dans *Figures de Sieyès*, dir. Jean Salem et al., Éditions de la Sorbonne, 2008, p. 195-211. [en ligne] URL : <https://doi.org/10.4000/books.psorbonne.20055> (consulté le 19/06/2024).

¹⁰⁸ « Tout est représentation dans l'État social. Elle se trouve partout dans l'ordre privé comme dans l'ordre public ; elle est la mère de l'industrie productive et commerciale, comme des progrès libéraux et politiques. Je dis plus, elle se confond avec l'essence même de la vie sociale ». Cf. Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Opinion de Sieyès, sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 thermidor an III », dans *Œuvres...*, t. III, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁹ Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 40.

¹¹⁰ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Observations sur le rapport du comité de constitution concernant la nouvelle organisation de France*, Paris, Baudouin, 1789, p. 20-21. Nos italiques.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 17.

¹¹² *Ibid.*, p. 35 et 37.

¹¹³ Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 53.

fortifier la force, il doit garantir à la faiblesse qu'elle ne sera point dominée par la force, et assurer à chaque citoyen la liberté de disposer, à son gré, de sa personne et de sa propriété »¹¹⁴.

En revanche, par rapport à la fonction égalisatrice de la loi, Sieyès prévoyait des limites. Il ne fallait pas que la République se transforme dans une « ré-totale », c'est-à-dire un État totalitaire, comme il précise en 1792 : « Une société politique {ou une nation} ne peut être qu'une association volontaire et libre. Des hommes s'unissent pour un intérêt commun ; ce qui ne veut pas dire qu'ils mettent tous leurs intérêts en commun. {...} Tout n'est pas mis en commun par l'acte d'association politique ; on ne met en commun que ce qui est nécessaire pour parvenir au but de l'association »¹¹⁵. En effet, les représentants n'étaient pas vus comme les titulaires d'un pouvoir illimité. L'élection ne leur transférait pas un pouvoir souverain ou la volonté nationale, mais plutôt un service public : « Une fonction publique ne peut jamais devenir la propriété de celui qui l'exerce ; son exercice n'est pas un droit, mais un devoir »¹¹⁶. Il ajoutait :

Le mandataire public, quelque soit son poste, n'exerce donc pas un pouvoir qui lui appartienne en propre, c'est le pouvoir de tous ; il lui a été seulement confié ; il ne pouvait pas être aliéné, car la volonté est inaliénable, les peuples sont inaliénables ; le droit de penser, de vouloir et d'agir pour soi est inaliénable ; on peut seulement en commettre l'exercice à ceux qui ont notre confiance, et cette confiance a pour caractère essentiel d'être libre. C'est donc une grande erreur de croire qu'une fonction publique puisse jamais devenir la propriété d'un homme ; c'est une grande erreur de prendre l'exercice d'un pouvoir public pour un *droit*, c'est un *devoir*¹¹⁷.

En ce qui concerne sa célèbre distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, dont la paternité paraît remonter aux constituants américains¹¹⁸, l'objectif était de limiter le pouvoir du Législateur. Dans le cinquième chapitre de *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Sieyès ébauchait déjà cette dissociation entre le pouvoir d'établir une constitution et le pouvoir de la réviser :

¹¹⁴ *Collection des écrits d'Emmanuel Sieyès à l'usage de l'Allemagne*, vol. I, Paris, Cramer, 1796, p. 481-482, cité par *id.*

¹¹⁵ Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Contre la ré-totale » {1792}, dans *ibid.*, p. 199.

¹¹⁶ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Préliminaire de la constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Pierres, 1789, p. 42-43.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹¹⁸ Voir Klein (Claude), « La découverte de la doctrine française du pouvoir constituant en Allemagne : de l'Empire à la République fédérale », dans *La science juridique française...*, *op. cit.*, p. 140.

Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois *positives* qui ne peuvent émaner que de sa volonté {nationale}, nous voyons en première ligne les *lois constitutionnelles*, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps *législatif* ; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps *actifs*. Ces lois sont dites *fondamentales*, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi et non autrement que les lois constitutionnelles sont *fondamentales*. Les premières, celles qui établissent la législature, sont *fondées* par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative *spéciale*¹¹⁹.

Ainsi, la différence entre pouvoir constituant (ou commettant) extraordinaire, ou spécial, et pouvoirs constitués (législatif ou exécutif), a pour conséquence d'exclure l'omnipotence du pouvoir constitué. La séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués devait alors empêcher la mise en place d'une souveraineté absolue ou d'un pouvoir sans limites¹²⁰. Les pouvoirs constitués seraient donc liés par le pouvoir constituant. Sieyès a probablement perçu la tempête de la Terreur, lorsque son allié Le Chapelier suggère en 1791 le mot d'ordre « il faut terminer la Révolution »¹²¹. Toutefois, l'historiographie a retenu généralement de Sieyès l'idée d'un pouvoir illimité ou d'une révolution permanente. Elle a été déroutée par des formules telles que : « Le gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel ; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées. La volonté nationale, au contraire, n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité » ou « De quelque manière qu'un nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême »¹²². Adhémar Esmein, à titre d'exemple, écrit par rapport à sa théorie que « ce n'est pas autre chose qu'une action révolutionnaire reconnue légitime et presque en permanence »¹²³. Cette idée de

¹¹⁹ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 127-128.

¹²⁰ Voir Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 73.

¹²¹ Cf. *ibid.*, p. 77.

¹²² Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 132 et 120.

¹²³ *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2001, p. 571.

révolution permanente est reprise par Raymond Carré de Malberg : « La Constitution peut bien lier les autorités constituées, dont elle domine et limite la puissance et qui, par suite, ne peuvent y toucher, mais elle ne saurait lier la nation, de qui elle est l'ouvrage et qui demeure toujours maîtresse de reprendre et de modifier son œuvre ». Plus loin il poursuit : « Ainsi, la nation ne peut jamais se dépouiller de sa liberté de vouloir. {...} Elle ne peut être enchaînée dans sa volonté par aucune prescription constitutionnelle »¹²⁴. Or, comme nous verrons plus tard, cette conception de la volonté souveraine et illimitée du peuple en matière constituante a eu une réception très forte dans la doctrine mexicaine du XX^e siècle. Pourtant la pensée de Sieyès était plus nuancée et elle a progressivement évolué, surtout après 1794. Au lendemain de la Terreur, sa vision de la loi a changé. Dorénavant il cherche les moyens de stabiliser les excès de la Révolution.

B. La volonté d'encadrer le légicentrisme révolutionnaire

Contre le légicentrisme dominant à l'époque¹²⁵, Sieyès tente de poser des limites. Dans sa théorie de la souveraineté nationale, inspiré par le contractualisme de John Locke¹²⁶, dans une « optique jusnaturaliste, il distingue pacte social et pouvoir constituant »¹²⁷. Déjà, dans *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, sans s'attarder sur l'état de nature, l'abbé imaginait trois époques « dans la formation d'une société politique » :

Dans la première on conçoit un nombre plus ou moins considérable d'individus isolés qui veulent se réunir. Par ce seul fait ils forment déjà une nation : ils en ont tous les droits ; il ne s'agit plus que de les exercer. Cette première époque est caractérisée par le jeu des volontés *individuelles*. L'association est leur ouvrage ; elles sont à l'origine de tout pouvoir.

La seconde époque est caractérisée par l'action de la volonté *commune*. Les associés veulent donner de la consistance à leur union ; ils veulent en remplir le but. Ils confèrent donc et ils conviennent entre eux des besoins publics et des moyens d'y pourvoir. {...}

¹²⁴ *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 521 et 522.

¹²⁵ Pertué (Michel), « La notion de constitution à la fin du XVIII^e siècle », dans *Des notions-concepts en révolution. Autour de la liberté politique à la fin du XVIII^e siècle*, dir. Jacques Guilhaumou, Raymonde Monnier, Paris, Société des Études Robespierriennes, 2003, p. 46.

¹²⁶ Voir par exemple Sommerer (Erwan), *Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, Paris, Michalon, 2011, p. 19-20.

¹²⁷ Sommerer (Erwan), « De Sieyès à Carré de Malberg : les principes d'un régime sans extériorité », dans *La République et son droit...*, *op. cit.*, p. 46.

Mais franchissons les intervalles de temps. Les associés sont trop nombreux et répandus sur une surface étendue, pour exercer facilement eux-mêmes leur volonté commune. Que font-ils ? Ils en détachent tout ce qui est nécessaire, pour veiller et pourvoir aux soins publics ; et cette portion de volonté nationale et par conséquent de pouvoir, ils en confient l'exercice à quelques d'entre-eux. Nous voici à la troisième époque, c'est-à-dire à celle d'un *gouvernement exercé par procuration*¹²⁸.

Ainsi, la première étape consiste dans le passage de l'état de nature à l'état social, le moment du pacte, du contrat social ou de l'association¹²⁹. C'est le moment où la nation se forme sur le socle des droits naturels. « Placé au milieu de la *nature*, l'homme recueille ses dons » ; ce qui correspond essentiellement à la liberté et à la propriété¹³⁰. Ensuite, les volontés *individuelles* deviennent une volonté *commune* ; puis, cette volonté commune décide de former un régime représentatif. « Je distingue la troisième époque de la seconde, en ce que ce n'est plus la volonté commune *réelle* qui agit, c'est une volonté commune *représentative* »¹³¹. Or, comme le montre M. Sommerer, quand s'exprime le pouvoir constituant, deux choses ont déjà été décidées : les valeurs du régime (les droits naturels) et la forme du régime, le système représentatif¹³² puisque celui-ci est considéré comme le meilleur régime. Au moment où s'exprime le pouvoir constituant, les bases ont déjà été posées et le jusnaturalisme de Sieyès apparaît comme un garde-fou qui restreint considérablement la marge de manœuvre des constituants¹³³.

De cette manière, dès 1789¹³⁴ Sieyès concevait une théorie de la représentation où la souveraineté nationale ne serait pas illimitée. Certes, il affirme que « la Nation existe avant tout, elle est à l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même », mais il précise :

¹²⁸ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 123-124.

¹²⁹ Ces termes sont interchangeable chez lui. Cf. Sommerer (Erwan), « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/1, n° 33, p. 10.

¹³⁰ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Préliminaire de la constitution...*, *op. cit.*, p. 9-10 et 16-17.

¹³¹ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 125.

¹³² « De Sieyès à Carré de Malberg... », *op. cit.*, p. 46.

¹³³ Cf. Sommerer (Erwan), « Le contractualisme révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 15-16.

¹³⁴ Pour M. Sommerer, le Sieyès de 1789 envisageait la Nation comme une force « en permanence dans l'état de nature, en surplomb, en position d'extériorité par rapport à l'ordre positif, capable de le faire et le défaire à volonté », *ibid.*, p. 45. Cependant, il nous semble que, comme M. Sommerer lui-même le reconnaît, la pensée de Sieyès était plus nuancée et ce même depuis 1789. Comme le soutient Jean-Denis Bredin, dès 1789 « on aperçoit chez Sieyès le besoin de discipliner cette souveraineté ». Cf. Sieyès. *La clé de la Révolution française*, *op. cit.*, p. 365.

« Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le *droit naturel* »¹³⁵. Donc dans les écrits de Sieyès, par sa conception jusnaturaliste et contractualiste, la volonté de la Nation apparaissait plus nuancée, ce qui écarte l'idée d'une révolution permanente. « Si Sieyès a bien qualifié la nation de 'maître suprême de tout droit positif', il n'a jamais dit que sa volonté s'exprimait sous une forme infinie »¹³⁶. Depuis la première phase de la Révolution, l'abbé semblait conscient du danger de théoriser un pouvoir sans bornes, un pouvoir qui pouvait potentiellement être détourné par les pouvoirs constitués, et en particulier le Législateur. De même, il était conscient des risques que la majorité pouvait représenter pour la minorité. C'est pourquoi « l'association ne peut pas permettre que la majorité des volontés fasse la loi sans condition. Il faut une défense à la minorité. Donc la formation de la loi doit être organisée constitutionnellement »¹³⁷. En outre, la Constitution pour lui permet de réguler l'activité législative, mais dans le respect des droits naturels. Elle constitue le moyen de défendre la liberté individuelle, idée sous-jacente dans toute son œuvre¹³⁸. « Plus précisément, elle garantit que les représentants législatifs et les fonctionnaires de l'État respectent les valeurs de la nation et ne trahissent pas ceux qui les ont désignés »¹³⁹. Autrement dit, dans une optique libérale - qui sera reprise par Benjamin Constant -, la Constitution doit assurer que les représentants protègent la liberté et la propriété des associés. Dans la même veine, afin d'éviter les débordements de la souveraineté nationale, Sieyès distingue en 1789 le pouvoir constituant des pouvoirs constitués. Le pouvoir de modifier ou de créer une constitution est de ce fait exclu pour les représentants. Lors de son discours sur le veto royal en septembre 1789, il évoquait déjà l'hypothèse où un pouvoir de l'État empiéterait sur un autre¹⁴⁰. La solution résidait alors dans une « délégation extraordinaire du pouvoir constituant »¹⁴¹, c'est-à-dire la convocation d'une assemblée constituante. Néanmoins, à l'issue de la Terreur, notre auteur modifie son approche du pouvoir constituant. Sa

¹³⁵ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 127.

¹³⁶ Sommerer (Erwan), « Le contractualisme révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 14 ; voir Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 80.

¹³⁷ Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Des Manuscrits de Sieyès*, dir. Fauré Christine, Paris, Honoré Champion, t. I, p. 469.

¹³⁸ « Rendons cet hommage solennel à la liberté individuelle, pour laquelle tout est fait, tout existe dans l'ordre politique. J'ai souvent entendu parler de la cause finale du monde et de tout ce qu'il renferme ; il est bien plus vrai de dire que la cause finale de tout le monde social doit être la liberté individuelle ». Cf. Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Opinion », dans *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 10. Voir aussi Sommerer (Erwan), *Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁴⁰ « Puisqu'il est possible que les pouvoirs publics, quoique séparés avec soin, quoique indépendants les uns des autres dans leur organisation et dans leur prérogative, entreprennent néanmoins l'un sur l'autre, il doit se trouver dans la constitution sociale un moyen de remédier à ce désordre ». Cf. Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Dire de l'abbé Sieyès, sur la question du veto royal », dans *Œuvres*, *op. cit.*, t. II, p. 22.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 23-24.

vigilance envers le Corps législatif devient encore plus cruciale, car l'enjeu est désormais d'achever la Révolution. Pour cette raison, il propose la création d'un gardien de la constitution, le « jury constitutionnaire ».

Suite à la chute de Robespierre en 1794, la Convention thermidorienne ne veut pas terminer la Révolution, il n'est pas encore question de briser l'élan révolutionnaire. Pour montrer sa fidélité à la Révolution, elle décide de transporter au Panthéon le corps de Jean-Jacques Rousseau, auquel Robespierre avait autrefois voué un culte. En 1795, rejetant la Constitution de 1793, jugée dangereusement démocratique et sur laquelle planaient les ombres de Robespierre et de la Terreur, la Convention décide de nommer une nouvelle commission constitutionnelle¹⁴². Faisant partie du Comité de Salut Public, Sieyès ne peut pas siéger dans la Commission des Onze chargée de rédiger la Constitution de l'an III. Pourtant, il propose son projet de « jurie constitutionnaire » (qui devient « jury » par la suite). Le 20 juillet 1795, c'est-à-dire le 2 thermidor an III, « l'oracle constitutionnel » prononce un discours à la tribune. Son but est de circonscrire la souveraineté populaire, théorisée par Rousseau, dont il a vu les excès¹⁴³. Dans cette perspective, le 18 thermidor (le 5 août), l'abbé précise ses idées à l'Assemblée. Il commence en déclarant :

Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code ?¹⁴⁴.

Rappelant que les révolutionnaires ont interdit aux juges « de citer devant eux les administrateurs, pour raison de leurs fonctions », le théoricien affirme la nécessité d'établir un « frein constitutionnel », c'est-à-dire une institution capable de « recevoir la plainte contre les infractions de la constitution »¹⁴⁵. En effet, « une loi dont l'exécution n'est fondée que sur la bonne volonté, est comme une maison dont les planchers reposeraient sur les épaules de ceux qui l'habitent. Il est inutile de dire ce qui arrivera tôt ou tard »¹⁴⁶. C'est pourquoi l'abbé présente les fonctions du « gardien de la constitution » :

Je demande trois services au jury constitutionnaire : 1°. qu'il veille avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel ; 2°. qu'il s'occupe, à l'abri des passions funestes, de toutes les

¹⁴² Bredin (Jean-Denis), *Sieyès. La clé de la Révolution...*, *op. cit.*, p. 330 et 357-358.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 355 et 364-365.

¹⁴⁴ Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Opinion... », *op. cit.*, t. III, p. 3.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 8.

vues qui peuvent servir à perfectionner la constitution ; 3°. enfin, qu'il offre à la liberté civile une ressource d'équité naturelle dans des occasions graves où la loi tutélaire aura oublié sa juste garantie. En d'autres termes, je considère le jury constitutionnaire, 1°. comme tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel ; 2°. comme atelier de propositions pour les amendements que le temps pourrait exiger dans la constitution ; 3°. enfin, comme supplément de juridiction naturelle aux vides de la juridiction positive¹⁴⁷.

Par cet organe complexe, qui a dérouté la Convention, Sieyès veut maintenant « discipliner » le pouvoir constituant et de ce fait les représentants : « Il n'y a pas de loi qui ait plus besoin d'une sorte d'immutabilité qu'une constitution. {...} Ainsi, d'une part, le caractère de permanence donné au pouvoir constituant, ou même au simple pouvoir de proposition, nous paraîtrait devoir affaiblir et anéantir tout le bienfait d'une constitution ». Or il ajoute plus loin : « Mais n'y a-t-il pas un danger aussi à convoquer des assemblées constituantes avec éclat, à des époques solennelles, dans une nation immense, si prompte, si électrique {...} ? »¹⁴⁸. S'il s'agit de « domestiquer »¹⁴⁹ le pouvoir constituant, c'est parce que « l'expérience, la cruelle expérience, lui a enseigné que les Constitutions sont aisément violées, détruites, sans le concours des représentants du peuple ou avec leur concours terrorisé »¹⁵⁰. Clairement, sa pensée a évolué en ce qui concerne les assemblées constituantes extraordinaires. Désormais il s'agit de protéger les droits des citoyens face aux représentants, y compris le Législateur. Le jury aurait ainsi exercé « les fonctions de tribunal de cassation de l'ordre constitutionnel, en annulant les actes contraires à la loi fondamentale »¹⁵¹. On retrouve cette idée également par rapport à la sauvegarde de la minorité. En effet, le droit de se prononcer « sur les violations ou atteintes faites à la constitution »¹⁵² seraient accordées aux citoyens, mais aussi à la minorité des deux chambres, alors que les révolutionnaires associaient la minorité au despotisme¹⁵³. C'est donc la fonction du jury de préserver la constitution, face aux représentants, et travers elle la minorité.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 3-4.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 12-13.

¹⁴⁹ Sommerer (Erwan), *Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁰ Bredin (Jean-Denis), *Sieyès. La clé de la Révolution...*, *op. cit.*, p. 367.

¹⁵¹ Fioravanti (Marco), « Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », *Annales Historiques de la Révolution française*, n° 349, juillet-septembre, 2007, p. 92.

¹⁵² Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Opinion », dans *Œuvres*, *op. cit.*, t. III, p. 21.

Sommerer (Erwan), *Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, *op. cit.*, p. 89-90.

Même si c'est encore débattu¹⁵⁴, il paraît que Sieyès a tenté d'instaurer un contrôle de constitutionnalité. À rebours de la tradition de la Révolution française, qui refusait tout contrôle de la loi « expression de la volonté générale », Sieyès innove par sa proposition. Si « l'idée du contrôle de Constitution était dans l'air » à l'époque (notamment par les projets de Condorcet, Hérault de Séchelles et Kersaint)¹⁵⁵, la proposition de Sieyès était la plus radicale. Comme M. Fioravanti le souligne, contrairement à la proposition de l'abbé, « les institutions de contrôle de constitutionnalité - prévues par les projets présentés à la Convention - étaient fondées sur une conception rousseauiste de la souveraineté et inspirées par la crainte de donner un trop grand pouvoir à un organe sans légitimité populaire »¹⁵⁶. L'objectif de Sieyès est désormais d'encadrer le Législateur, protéger la Constitution et finir la Révolution.

Toutefois, la proposition d'un jury constitutionnaire pour contrôler la constitutionnalité des lois a échoué. Les conventionnels ont refusé d'accepter un pouvoir supérieur à l'assemblée, laquelle représentait la volonté générale selon la théorie de Rousseau. Comme l'écrit M. Morabito : « Plaidant en faveur de la prédominance de la loi, l'exaltation révolutionnaire de la représentation demeurait incompatible avec toute idée de contrôle de constitutionnalité »¹⁵⁷. Alors que le projet de Sieyès a été adopté en l'an VIII, sous la forme d'un « Collège des conservateurs » puis « Sénat conservateur », son système a été vidé de sa substance. Sous le Consulat et l'Empire, le Sénat, censé garder la Constitution, était un « instrument docile »¹⁵⁸ entre les mains de Napoléon Bonaparte.

Pourtant, on observe une réception probable du jury constitutionnaire au Mexique, sous la forme du « *Supremo poder conservador* » (« Pouvoir suprême conservateur »). Cette institution originale par rapport à l'histoire constitutionnelle mexicaine, prévue dans « *Las Siete leyes* »¹⁵⁹ semble en effet s'inspirer du jury constitutionnaire de Sieyès¹⁶⁰. Même s'il est difficile d'établir une

¹⁵⁴ Voir notamment Lucien (Jaume), « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, XVIII, 2002, n° 36, p. 115-134 et Troper (Michel), « Sieyès et la hiérarchie des normes », dans *Figures de Sieyès*, *op. cit.*, 25-42.

¹⁵⁵ Voir Fioravanti (Marco), « Sieyès et le jury constitutionnaire... », *op. cit.*, p. 89 et Lucien (Jaume), « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire... », *op. cit.*, p. 121.

¹⁵⁶ « Sieyès et le jury constitutionnaire... », *op. cit.*, p. 89.

¹⁵⁷ *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien - Lextenso, 12^e éd., 2012, p. 128.

¹⁵⁸ Ky (Ho Hio), *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, Paris, Pedone, 1926, p. 185, cité par Fioravanti (Marco), « Sieyès et le jury constitutionnaire... », *op. cit.*, p. 96.

¹⁵⁹ Constitution centraliste composée de sept lois.

¹⁶⁰ Voir Noriega Cantú (Alfonso), « El Supremo poder conservador », *Revista de la facultad de derecho de México*, 111, t. XXVIII, 1979, p. 740 et s.

connexion directe entre Sieyès et les constituants mexicains de 1836, il paraît que ces derniers ont reçu les idées de Sieyès par l'intermédiaire du manuel de Juan Wenceslao Barquera intitulé *Leçons de Politique et de Droit Public pour l'instruction du peuple mexicain*¹⁶¹. Comme l'a montré M. Pantoja, parmi les compétences attribuées au « Tribunal conservateur » de Barquera, figurent le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes de l'exécutif, la déclaration d'inconstitutionnalité en cas d'excès de pouvoir et l'intervention dans la procédure de réforme constitutionnelle. Ceci coïncide avec les fonctions imaginées par Sieyès pour son jury constitutionnaire¹⁶², en particulier celle de protéger la Constitution. Nous aurons l'occasion de confirmer l'intention de M. Pantoja : les idées de Sieyès ont circulé parmi les constitutionnalistes mexicains, en particulier via l'œuvre de Benjamin Constant.

Selon M. Pasquale Pasquino, « terminer la révolution se révélera une entreprise plus ardue que de renverser l'Ancien Régime »¹⁶³. Ce sera la tâche - énorme - de Portalis, soutenu par Napoléon. En tout cas, les rédacteurs du Code civil tenteront d'arrêter la Révolution par le compromis.

§2. Portalis ou la tentative de freiner la Révolution

Le 24 frimaire an VIII (15 décembre 1799), les Consuls de la République proclament : « Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie ». Pour les partisans du coup d'État du 18 Brumaire, il fallait terminer la Révolution et stabiliser définitivement l'ordre politique. Après plusieurs tentatives de rédiger un « Code général de lois, simples, claires, et appropriées à la Constitution » (selon les dispositions du décret du 16 août 1790), Bonaparte nomme une commission chargée d'élaborer ce projet le 24 thermidor an VIII (12 août 1800)¹⁶⁴. Présidée par Tronchet, elle comprend Portalis, Bigot-Préameneu et Maleville. Ceux-ci avaient été proposés au premier consul par Cambacérès, en raison de leur orientation traditionaliste, conservatrice et

¹⁶¹ Wenceslao Barquera (Juan), *Lecciones de Política y Derecho Público para instrucción del pueblo mexicano*, Mexico, Imprenta de Doña Herculana del Villar, 1822, p. 197-202. Sur cet intellectuel, voir Testio-Zafiroopoulos (Alexandra), « Les 'Réflexions philosophiques et politiques' de Juan Wenceslao Barquera : un intellectuel de la Nouvelle-Espagne face aux troubles du pouvoir », *Slavica Occitania*, Toulouse, 44-45, 2017, p. 59-74.

¹⁶² « Sieyès et la constitution mexicaine de 1836 », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/1, n° 33, p. 109-111.

¹⁶³ Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶⁴ Voir Niort (Jean-François), « Retour sur 'l'esprit' du Code civil des Français » dans *Les penseurs du Code civil*, dir. Claude Gauvard, Paris, Association Française pour l'Histoire de la Justice, 2009, p. 44-45.

monarchisante. Le Code civil, baptisé bientôt « Code Napoléon », devient alors un « instrument de stabilisation de la société et simultanément de consolidation du pouvoir »¹⁶⁵. Sous le Consulat, les français aspirent à la stabilisation sociale¹⁶⁶. Alors que les Constituants tels que l'abbé Sieyès, étaient attachés à la question de la souveraineté et de la séparation des pouvoirs et avaient une vision de publicistes, les rédacteurs du Code Napoléon raisonnaient en juristes de droit privé¹⁶⁷.

Le Code civil de 1804 a souvent été présenté par les juristes comme une « œuvre de génie », comme une œuvre de transaction faisant un compromis entre le meilleur de la tradition de l'Ancien Régime et l'héritage de la Révolution. Or cette volonté de « maintenir une façade légaliste » faisait partie du « grand dessein napoléonien »¹⁶⁸, d'où son projet de séduction des juristes et de ralliement de ceux-ci au régime napoléonien. Nous verrons comment, dans cette optique légaliste, le Code civil a été, pour Napoléon Bonaparte, un moyen de modeler la société par les lois, à défaut de la régénérer complètement comme le souhaitait le Législateur de 1793¹⁶⁹.

Faisant preuve de légicentrisme, Cambacérès avait déclaré à la Convention nationale lors de la séance du 23 fructidor an II (9 septembre 1794) : « C'est être libre en effet que d'être esclave des lois »¹⁷⁰. En revanche, en quelques années, la pensée des rédacteurs avait progressivement évolué par rapport à la loi¹⁷¹. Portalis, en particulier, le rédacteur du Code le plus prestigieux, a pris conscience que le légalisme des révolutionnaires était devenu inévitable (A), mais a-t-il souhaité le modérer (B).

A. La conscience d'un légalisme inévitable

Dans son célèbre *Discours préliminaire* (1801), Portalis commence en faisant allusion à la Révolution de 1789 :

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 146-147. Pour plus de détails sur les rédacteurs du Code civil, voir Llista Ferrand (Nicolas), *La doctrine du XIX^e siècle et l'individualisme juridique : discours des juristes sur l'ordre social contemporain*, Thèse Droit, Bordeaux, 2022, p. 100 et s.

¹⁶⁶ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires Françaises, 2^e éd., 2012, p. 10.

¹⁶⁷ Serrand (Pierre), « La loi dans la pensée des rédacteurs. Du Code civil », *Droits*, 2005/2, n° 42, p. 46.

¹⁶⁸ Halpérin (Jean-Louis), *L'impossible Code civil*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 263-264.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 265-267.

¹⁷⁰ Fenet (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, p. 109.

¹⁷¹ Voir Serrand (Pierre), « La loi dans la pensée des rédacteurs... », *op. cit.*, p. 33-34.

Tout à coup une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus ; on interroge toutes les institutions. À la simple voix d'un orateur, les établissements, en apparence des plus inébranlables, s'écroulent ; ils n'avaient plus de racine dans les mœurs ni dans l'opinion. Ces succès encouragent ; et bientôt la prudence qui tolérait tout, fait place au désir de tout détruire¹⁷².

Il blâme ainsi la volonté de « régénérescence » de la société, par la loi, que très vite les révolutionnaires ont poursuivi. La volonté de faire table rase du passé, de rompre avec l'« Ancien Régime », selon l'expression forgée par Alexis de Tocqueville¹⁷³. C'est l'« esprit révolutionnaire », c'est-à-dire « le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'État »¹⁷⁴. Malheureusement, « ce 'faux esprit philosophique' a été porté au pouvoir par la Révolution »¹⁷⁵. En revanche, le principal rédacteur du Code civil était conscient que le légalisme prôné par ces hommes, le « culte de la Loi », était devenu indépassable. Comme M. Gasparini l'a remarqué : « Portalis n'est pas exempt d'ambiguïtés. Alors même qu'il rejette la conception révolutionnaire de la loi, il semble faire état d'une certaine nomophilie en accordant un primat à celle-ci »¹⁷⁶.

Portalis, décrit comme « l'âme »¹⁷⁷ du Code civil, condamnait en effet la révolution-destructrice et, de manière conservatrice, inspiré par le relativisme de Montesquieu¹⁷⁸, il affirmait que « les codes des peuples *se font avec le temps* ; mais, à proprement parler, *on ne les fait pas* ». Or, il reconnaissait qu'« il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover »¹⁷⁹. « L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles, ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes ». Car

¹⁷² Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », dans *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 11-12.

¹⁷³ Voir Tocqueville (Alexis de), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967.

¹⁷⁴ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 12-13.

¹⁷⁵ Niort (Jean-François), « Retour sur 'l'esprit' du Code civil... », *op. cit.*, p. 134.

¹⁷⁶ « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête du juste milieu », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, p. 132.

¹⁷⁷ Niort (Jean-François), « Retour sur 'l'esprit' du Code civil... », *op. cit.*, p. 124.

¹⁷⁸ Carbonnier (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^e éd., 1994, p. 75.

¹⁷⁹ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 24 et 29.

l'important dans l'an VIII, après les excès de la Terreur, est de stabiliser les institutions et consolider l'État¹⁸⁰.

Il ne rejette pas les acquis de la Révolution française, tels que l'égalité juridique ou le divorce. En ce sens il écrit par exemple qu'« il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire ». De cette manière, il justifiait habilement le divorce par la tolérance des cultes : « Aujourd'hui la liberté des cultes est une loi fondamentale ; et la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce : la faculté du divorce se trouve donc liée parmi nous à la liberté de conscience »¹⁸¹. Néanmoins, le Code civil prévoyait des conditions de divorce très restrictives¹⁸². De même, en matière d'égalité, des nombreuses exceptions avaient été prévues telles que la puissance paternelle ou l'incapacité de la femme mariée. On peut soutenir alors qu'« il y a dans le Code civil des personnes *plus égales* que d'autres : les partis par rapport aux femmes, les parents par rapport aux enfants, les employeurs par rapport aux employés... ». Comme M. Halpérin l'a montré, dans la continuité du droit révolutionnaire, le Code de 1804 aboutissait malgré tout à une « rupture complète avec l'Ancien Régime et ses trois ordres », même si l'égalité s'appliquait plutôt aux pères de famille propriétaires¹⁸³.

Par rapport au droit de propriété, Portalis acceptait les principes libéraux de 1789 qui ont fait de la propriété un droit inviolable et sacré¹⁸⁴. C'était un droit fondamental sur lequel reposaient toutes les institutions. Hanté par le retour possible à la féodalité, il déclarait en ce sens :

On peut même dire que le droit propriété est le plus sacré de tous ceux pour lesquels existe la garantie sociale, il est le plus important de tous ; *il est plus essentiel à certains égards que la liberté même, puisqu'il tient de plus près à la conservation de la vie, et que, ne pouvant être appliqué qu'à des choses plus faciles à usurper que les droits incorporels, et plus*

¹⁸⁰ Comme M. Niort le souligne, « après avoir failli perdre la vie au moins deux fois sous la Terreur, il est porté vers la politique par souci de ramener l'ordre dans le pays, dont l'état l'accable sincèrement ». Cf. « Retour sur 'l'esprit' du Code civil... », *op. cit.*, p. 136.

¹⁸¹ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 29 et 38.

¹⁸² Par rapport à ces conditions, voir Halpérin (Jean-Louis), *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 281-282. Il apparaît que la part la plus *réactionnaire* du Code concerne le droit de la famille, par opposition à la part *révolutionnaire* sur les biens et les contrats. Cf. *ibid.*, p. 276.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 277.

¹⁸⁴ Gasparini (Éric), « Regards de Portalis... », *op. cit.*, p. 131.

*difficiles à défendre que la personne, il exige une protection plus particulière et plus active*¹⁸⁵.

C'est pourquoi l'article 544 du Code de 1804 définissait ce droit comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »¹⁸⁶. En effet, « la force avec laquelle est affirmé le droit de propriété dans le Code constitue aussi un héritage de la Révolution »¹⁸⁷.

Si Portalis ne condamnait pas certains acquis de la Révolution, dans ses écrits il fait preuve d'une conception pessimiste de la nature de l'homme : « Dans l'état de nature, l'homme, sans cesse exposé aux abus des autres et capable d'abuser lui-même de ses propres forces verrait donc continuellement sa vie troublée par des dangers ou souillée par des crimes »¹⁸⁸. Cette anthropologie, qui s'opposait à l'optimisme des Lumières¹⁸⁹, correspondait en réalité aux idées de l'époque, c'est-à-dire le Consulat. Le mythe du « bon sauvage » propagé notamment par Rousseau, n'était plus à l'ordre du jour. L'idée de continuité entre l'état de nature et le contrat social ne trouvait quasiment plus d'adeptes pendant la période de rédaction du Code civil des Français¹⁹⁰. Dans la même veine, Portalis écartait les théories du contractualisme. Dans son ouvrage écrit pendant son exil¹⁹¹ mais publié en 1834, il déclare en effet : « La société n'est point un pacte, mais un fait »¹⁹². Confrontant la théorie du contrat social, reprise par les révolutionnaires à l'instar de Sieyès, il écrivait :

De l'hypothèse d'un état absolu de nature, quelques philosophes ont conclu que la société ne pouvait légitimement exister que par convention. De là, ils nous parlent sans cesse du *pacte social*, comme du premier fondement de toutes les sociétés humaines. Ils supposent que ce pacte a été librement contracté, et que les associés pourraient librement le dissoudre ; ils le

¹⁸⁵ Portalis (Jean-Étienne-Marie), *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, Paris, Moutardier, Libraire-Éditeur, 1834, 3^e éd., t. II, p. 290-291.

¹⁸⁶ Selon Christian Atias, l'article 544 date du XIV^e siècle, de la définition que Bartole donnait de la propriété. Cf. « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », dans *Les penseurs*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁸⁷ Halpérin (Jean-Louis), *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁸⁸ Portalis (Jean-Étienne-Marie), *De l'usage et de l'abus...*, *op. cit.*, p. 268.

¹⁸⁹ Par rapport à l'influence sensualiste et mécaniciste dans la pensée anthropologique du Code civil et son opposition à l'optimisme des révolutionnaires, voir Llesta Ferrand (Nicolas), *La doctrine du XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 82, 72 et s.

¹⁹⁰ Niort (Jean-François), *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, t. I, 2004, p. 95.

¹⁹¹ « Fructidorisé » après le coup d'État du Directoire qui eut lieu le 4 septembre 1794 (le 18 Fructidor), Portalis trouve refuge au Holstein.

¹⁹² Portalis (Jean-Étienne-Marie), *De l'usage et de l'abus...*, *op. cit.*, p. 238.

supposent même dissous toutes les fois que l'on y porte atteinte par la plus légère injustice¹⁹³.

Affirmant pourtant l'origine naturelle de l'ordre social, qui provient en réalité de l'« ordre éternel de la création »¹⁹⁴, le « père » du Code civil continuait : « Un peuple devient donc un peuple par des relations naturelles ou fortuites, par les habitudes des individus qui le composent par une certaine succession de faits, et non par un acte unique et formel »¹⁹⁵. Son raisonnement lui permettait de contredire la théorie de la souveraineté populaire qui avait eu un fort retentissement chez les révolutionnaires. L'hypothèse de Rousseau selon laquelle le pouvoir législatif « ne peut jamais appartenir qu'au corps du peuple » est contredite par la doctrine qui affirme que « *toute puissance souveraine vient de Dieu* », à laquelle Portalis adhère. Surtout, il est physiquement « impossible que le peuple exerce par lui-même le pouvoir législatif ». Montrant son refus de la Révolution et stigmatisant la pensée legaliste de Rousseau, Portalis ajoute que « les temps de confusion et de désordre ne sauraient comporter l'idée d'un peuple délibérant et manifestant des volontés générales dans des assemblées proprement dites »¹⁹⁶. L'idée que la « loi est l'expression de volonté générale », consacrée par l'article 6 de la Déclaration de 1789, est ici dénoncée. Selon M. Niort,

en réalité, si Portalis réfute la Révolution, c'est qu'elle renverse les principes politiques traditionnels pour les remplacer par ceux issus de la philosophie politique des Lumières, en tout cas celle du contractualisme, que je rejette le juriste¹⁹⁷.

Or, notre auteur est conscient que le legalisme est devenu inévitable après 1789¹⁹⁸. C'est pourquoi il écrit dans un souci de stabilisation sociale : « Quand un gouvernement est établi, il n'y a plus dans la société d'autre pouvoir légitime que le sien, la souveraineté ne se manifeste que dans les lois qui ont établi et qui maintiennent le gouvernement »¹⁹⁹. Pour éviter l'oppression qu'on peut

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 240.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 241.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 242, 256 et 258-259.

¹⁹⁷ « Retour sur 'l'esprit' du Code civil... », *op. cit.*, p. 136.

¹⁹⁸ M. Pierre Serrand remarque que, l'élaboration du Code civil s'étalant sur une quinzaine d'années, la pensée des rédacteurs par rapport à la loi a évolué. « En quelques années, on est en effet progressivement passé d'un optimisme rationaliste à un scepticisme modéré teinté de prudence. Ce sont principalement les idées de modération et de limitation qui expriment la pensée de la loi des rédacteurs ». Cf. « La loi dans la pensée des rédacteurs... », *op. cit.*, p. 34.

¹⁹⁹ Portalis (Jean-Étienne-Marie), *De l'usage et de l'abus...*, *op. cit.*, p. 264.

retrouver dans l'état de nature et protéger nos droits, il faut « une société et des lois ». « Mais les lois ne peuvent utilement nous accorder leur protection qu'au prix de notre obéissance »²⁰⁰. Pour autant, « quelques philosophes du siècle, tels que Rousseau, pleins des idées d'un républicanisme exagéré, ne placent la liberté que dans le plus haut degré de pouvoir auquel un homme, vivant en société, puisse atteindre ». Cependant, « les idées exagérées de liberté ont conduit aux idées d'égalité extrême »²⁰¹. Après avoir refusé l'idée de perfectibilité de l'homme²⁰², Portalis finit son chapitre en insistant sur l'ordre et en écartant l'égalité naturelle. Autrement dit, tout en écartant l'idée des Lumières selon laquelle la loi permettrait l'accomplissement de l'homme, notre auteur reconnaît leur nécessité pour la conservation sociale. Il affirme :

Le but général des lois {...} est d'empêcher l'anarchie et de prévenir ou de réprimer les injustices. Le principe d'une égalité exagérée est contraire à la nature, qui ne conserve ses ouvrages que par des inégalités sagement graduées²⁰³.

Semblant reconnaître la place centrale de la loi, annonçant le légicentrisme du XIX^e siècle, Portalis admet le besoin des lois pour canaliser la Révolution. C'est ce souhait de contrôler la loi et le Législateur, dans une optique de modération, suite à l'effervescence révolutionnaire, qui donne naissance au paradigme légaliste.

B. Le souhait d'un légalisme modéré

« Tout devient droit public », lorsqu'on est saisi par l'« esprit révolutionnaire », c'est-à-dire par la volonté d'interroger et de bouleverser toutes les institutions. Comme nous l'avons suggéré, dans ses écrits et discours, Portalis n'hésite pas à fustiger la conception révolutionnaire de la loi. Dans son projet de limitation de la puissance législative, le juriconsulte reprend la distinction lois civiles-lois publiques de Montesquieu²⁰⁴. Alors que les révolutionnaires s'étaient penchés dans la régénération de l'homme par la loi dans une perspective politique, Portalis met en exergue

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 268.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 271 et 277.

²⁰² En ce sens, voir Niort (Jean-François), *Homo civilis...*, *op. cit.*, p. 67-72 et « Retour sur 'l'esprit' du Code civil... », *op. cit.*, p. 127-128 et 155-156.

²⁰³ Portalis (Jean-Étienne-Marie), *De l'usage et de l'abus...*, *op. cit.*, p. 287.

²⁰⁴ Voir par exemple Scialom (Rémy), *La distinction lois politiques-lois civiles (1748-1804)*, Thèse Droit, Aix-Marseille, 2003.

l'« apolitisme » de la loi. Celui-ci devait constituer l'idéal d'une bonne législation²⁰⁵ et permettre de freiner la Révolution²⁰⁶. Il estimait ainsi que :

De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, la palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même²⁰⁷.

Indéniablement, le jurisconsulte œuvre pour la modération de la loi. La Révolution avait entraîné la destruction des institutions car on voulait rompre tous les liens et on ne s'occupait plus des relations privées des hommes entre eux, on ne voyait que l'objet politique. Pour autant, la loi ou le Législateur ne peut pas tout prévoir, d'où le besoin de lois qui soient des « actes de sagesse ». Pour cela, dans une optique traditionaliste, le juriste formé sous l'Ancien Régime souligne l'importance pour le Législateur de « profiter de l'expérience »²⁰⁸. C'est l'empirisme de Montesquieu qui apparaît ici comme la source d'inspiration, l'idée que les codes se font avec le temps, en accord avec les mœurs. En outre, il tire directement cette idée de modération de l'art législatif de *L'Esprit des lois*²⁰⁹ et il évoque ainsi le besoin de prudence pour le Législateur :

Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois²¹⁰.

Alors que les révolutionnaires concevaient « la loi comme un absolu de perfection »²¹¹, car ils croyaient que la loi permettrait d'atteindre la perfectibilité de l'homme, et ont interdit par conséquent aux juges de l'interpréter (loi des 16-24 août 1790), Portalis rappelle l'importance de la jurisprudence. Certes, marqué par le légicentrisme de la Révolution, il assigne à la loi la tâche de

²⁰⁵ Néanmoins, Portalis a dû reconnaître que « le Code civil est sous la tutelle des lois politiques ». Voir Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 25.

²⁰⁶ Jaume (Lucien), « Terminer la Révolution par le Code civil ? », dans *Les penseurs du Code civil*, *op. cit.*, p. 187.

²⁰⁷ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 12-16.

²⁰⁹ Comme M. Serrand l'a noté, le chapitre premier du Livre XXIX de cet ouvrage indique : « Je le dis, et il me semble que je n'ai fait cet ouvrage que pour le prouver : L'esprit de modération doit être celui du Législateur ». Cf. « La loi dans la pensée des rédacteurs... », *op. cit.*, p. 34.

²¹⁰ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 14.

²¹¹ Gasparini (Éric), « Regards de Portalis... », *op. cit.*, p. 126.

fixer les maximes générales du droit²¹². La jurisprudence doit effectivement être pénétrée « de l'esprit général des lois »²¹³. Il déclare en ce sens qu'« il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une »²¹⁴. À rebours des révolutionnaires qui avaient instauré un système de référé législatif pour éviter l'interprétation judiciaire²¹⁵, Portalis réhabilite le rôle créatif des juges : « On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur ».

Pour Portalis, c'est l'« équité naturelle » qui devrait tempérer l'interprétation des juges. En cas de nouveauté, à défaut de texte précis, le juriste doit remonter « aux principes du droit naturel ». Il affirme nettement dans son *Discours préliminaire* :

Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives²¹⁶.

De même, afin d'encadrer le Législateur, le juriste conservateur et traditionaliste reconnaît implicitement la place de la coutume, bien que le Code fasse de la loi la principale source du droit civil²¹⁷ :

Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières pussent être réglée par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie.

²¹² *Id.*

²¹³ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 17.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

²¹⁵ « Le référé législatif, qui impose au juge, en cas de difficulté sérieuse d'interprétation, d'en appeler au législateur, est destiné à interdire au juge de poser des règles générales. Quant au Tribunal de cassation, conçu comme un auxiliaire du corps législatif, il est destiné à protéger la loi contre les empiètements du juge ». Cf. Serrand (Pierre), « La loi dans la pensée des rédacteurs... », *op. cit.*, p. 42.

²¹⁶ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 18, 22 et 19.

²¹⁷ Serrand (Pierre), « La loi dans la pensée des rédacteurs... », *op. cit.*, p. 40.

Contre les révolutionnaires qui ont cherché à rompre avec le passé, le principal rédacteur du Code civil prône le respect des usages : « Ne faut-il pas une certaine expérience pour faire une sage application des lois ? » Surtout, s'il estime que le Code civil est le parachèvement de la modération, c'est parce que c'est une « œuvre de transaction entre le droit écrit et les coutumes »²¹⁸. Pour Portalis, le Code n'a retenu que le meilleur de la tradition d'Ancien Régime et de l'héritage révolutionnaire, mais ce discours fait partie de la « propagande napoléonienne »²¹⁹. C'est donc l'idée du « compromis » entre l'Ancien droit et le droit révolutionnaire²²⁰, longtemps qualifié de « droit intermédiaire »²²¹, qui marque le paradigme légaliste.

Sans prétendre affirmer que « l'esprit » du Code civil des Français soit issu de la philosophie des Lumières et qu'il incarne par conséquent l'idéologie révolutionnaire²²², il faut souligner la continuité entre le Code et le droit révolutionnaire²²³. Or l'idée du « compromis » entre l'Ancien droit et le droit révolutionnaire a été reprise par des juristes tels que Ripert et Carbonnier, lorsqu'ils cherchaient à défendre la « tradition » française²²⁴. Pourtant, il semble que « le Code Civil fut bien moins le produit de l'Ancien Droit qu'on ne s'est plu à le dire tout au long du XIX^e siècle que celui du légalisme révolutionnaire »²²⁵. En réalité, cette ambivalence l'égard du légalisme révolutionnaire, qu'on retrouve dans le *Discours préliminaire*, se reflète aussi dans le Code civil. Le régime napoléonien voulait privilégier la conservation de l'« ordre » issu de la Révolution, mais également de « réaction », c'est-à-dire de retour à l'ancienne France²²⁶. En revanche, « si la “réaction” à l'égard de “l'esprit révolutionnaire” est nette {...}, il ne s'agit pas pour autant d'un rétablissement pur et simple de l'Ancien Régime »²²⁷. Il s'agit peut-être d'une synthèse, mais en

²¹⁸ Portalis (Jean-Étienne-Marie), « Discours préliminaire... », *op. cit.*, p. 29.

²¹⁹ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 13 et s.

²²⁰ Beignier (Bernard), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 1988, p. 84-85.

²²¹ Voir par exemple Halpérin (Jean-Louis), *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 9.

²²² Niort (Jean-François), « Retour sur 'l'esprit' du Code civil... », *op. cit.*, p. 121.

²²³ De même, comme le rappelle M. Halpérin, « il faut prendre garde d'expliquer le Code de 1804 uniquement à la lumière du *Discours préliminaire* ». Cf. *L'impossible Code civil*, *op. cit.*, p. 276.

²²⁴ Voir *infra* Troisième partie.

²²⁵ Beignier (Bernard), « Portalis et le droit naturel... », *op. cit.*, p. 84. Comme M. Jaume l'explique : « C'est plutôt l'esprit général de la Révolution française qui se continue, certes dans une politique clairement conservatrice (et au détriment des femmes), où la conception de l'État comme garant de la nation est centrale ». Cf. « Terminer la Révolution... », *op. cit.*, p. 194.

²²⁶ Niort (Jean-François), *Homo civilis...*, *op. cit.*, p. 47.

²²⁷ *Ibid.*, p. 57.

tout cas le Code civil reste un texte « flexible »²²⁸ : si à l'origine il incarnait l'idéologie napoléonienne autoritaire, dirigiste et bourgeoise, les juristes du XIX^e siècle vont privilégier une interprétation libérale.

Cette ambiguïté fondamentale à l'égard du légalisme des hommes de la Révolution, et plus largement de la Révolution française, se retrouve dans la pensée juridique mexicaine. Dans la mesure où la doctrine juridique mexicaine a été influencée par la Révolution de 1789 et la pensée française, elle a développé, comme par effet de miroir, une position tout aussi ambivalente.

²²⁸ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 15.

Emmanuel Joseph Sieyès



Jean-Étienne-Marie Portalis



Section II. L'ambivalence mexicaine à l'égard de la Révolution française

« Du point de vue officiel, la Révolution d'Indépendance a été exclusivement une révolution *pour l'indépendance* »²²⁹, commente M. Krauze. Néanmoins, selon José María Luis Mora, qui a observé cet événement, au Mexique le peuple cherchait *la liberté plus que l'indépendance* de l'Espagne²³⁰. La Constitution de Cadix de 1812 marquait déjà la fin de l'absolutisme, des privilèges du clergé et de l'armée, établissant une monarchie constitutionnelle en Espagne et ses colonies. En Nouvelle Espagne, elle a « accéléré la disparition des structures politiques et sociales de l'Ancien Régime », en incluant les droits de l'homme et le concept de souveraineté populaire. Elle a de ce fait établi « un nouvel ordre, inspiré du principe de légalité »²³¹. Ces « tribulations » pouvaient donner l'impression aux contemporains d'un « torrent révolutionnaire » balayant les institutions et les traditions d'Ancien Régime. C'est le dilemme auquel les élites, et en particulier les intellectuels mexicains de la première moitié du XIX^e siècle, ont été confrontés : la régénération sociale ou la conservation de l'héritage colonial. Plus précisément, c'est la question que se sont posés José María Luis Mora (1794-1850) et Lucas Alamán (1792-1853).

« Tous deux créoles, nés à la même période (1794, 1792) dans l'État de Guanajuato, leurs familles avaient gravement souffert de la violence de la révolution d'Hidalgo »²³². Mora devient prêtre et Alamán entrepreneur, mais les deux participent plus tard à la vie politique du Mexique, le premier comme « conseiller officieux du gouvernement mexicain »²³³, en particulier de celui de Gómez Farías, le second comme ministre des Affaires étrangères des gouvernements de Guadalupe Victoria et Anastasio Bustamante. Les deux ont été à l'origine des partis historiques mexicains, le parti libéral (Mora) et le parti conservateur (Alamán). Les deux estimaient que la Révolution française était *la clé pour comprendre la Révolution d'Indépendance* mexicaine. Plus globalement, la France était pour eux « un livre ouvert de l'expérience historique, un recueil non seulement d'erreurs mais aussi, littéralement, d'« horreurs » »²³⁴. En effet, si au début de la République

²²⁹ *Siglo de caudillos*, Mexico, Tusquets, 1994, p. 49.

²³⁰ « Discurso sobre la necesidad e importancia de la observancia de las leyes », dans *Sobre la necesidad e importancia de la observancia de las leyes*, Mexico, Cámara de Diputados LVII Legislatura & Pámpano Servicios Editoriales, 2015, p. 36.

²³¹ González (María del Refugio), « La Constitución política de Cádiz. 1812 », dans *México y sus constituciones*, dir. Patricia Galeana, Mexico, Fondo de Cultura Mexicana, 2003, p. 27 et 25.

²³² Krauze (Enrique), *Siglo de caudillos*, *op. cit.*, p. 144.

²³³ Hale (Charles A.), *Mexican Liberalism in the Age of Mora, 1821-1853*, New Haven and London, Yale University Press, 1968, p. 8.

²³⁴ Krauze (Enrique), *Siglo de caudillos*, *op. cit.*, p. 150.

fédérale, ils semblaient admirer les révolutionnaires français et considérer par conséquent l'Indépendance comme une *nécessité historique*, très vite ils ont condamné la Révolution de 1789 comme un « bloc monolithique ». Il convient néanmoins de dépasser l'antagonisme classique entre Mora et Alamán. Les deux intellectuels étaient imprégnés de lectures européennes, surtout françaises et anglo-saxonnes. Les deux ont puisé dans les écrits de Benjamin Constant, mais aussi d'Edmund Burke. Comme l'a démontré Charles A. Hale, au début du XIX^e siècle, leur pensée montrait des grandes similitudes. C'est la raison pour laquelle les années 1820 à 1840 peuvent être considérés comme « l'ère de Constant et le consensus libéral »²³⁵. Ce rapprochement s'inscrit plus largement dans la volonté historiographique récente de dépasser le clivage anachronique « *liberal-conservador* », qui ressemblerait à la distinction gauche-droite appliquée pour analyser la Révolution de 1789²³⁶.

Il convient, dès lors, d'étudier la réception irrésistible du modèle de la Révolution française chez ces deux intellectuels (§1), avant qu'ils rejettent ce modèle (§2).

§1. La réception irrésistible du modèle de la Révolution française

De 1808 à 1824, apparaît au Mexique une véritable révolution qui marque l'Indépendance de l'Espagne et transforme radicalement la culture politique de l'époque. Cette période correspond à l'établissement du système représentatif²³⁷. Par l'établissement de la Constitution de 1824, surgit la Première République fédérale (1824-1835), mais la Constitution effectue « un compromis entre le libéralisme et les coutumes du passé »²³⁸. Un peu à la manière du Code civil de 1804, la Charte de 1824 opère une synthèse entre les traditions et les idées libérales. Elle entérine cependant le légalisme hérité des révolutionnaires français. Ainsi, le paradigme legaliste se propage au Mexique par la consécration de la théorie de la souveraineté populaire (A) de Rousseau, qui a bénéficié d'un retentissement énorme mais éphémère. Néanmoins, ce paradigme repose également sur la construction d'un régime représentatif (B), dans la lignée des enseignements de Sieyès. Nous

²³⁵ Aguilar Rivera (José Antonio), « Tres momentos liberales en México (1820-1890) », dans *Liberalismo y poder: Latinoamérica en el siglo XIX*, dir. Iván Jaksic et Eduardo Posada Carbó, Santiago de Chile, FCE, 2011, p. 5.

²³⁶ Voir en ce sens Pani (Erika), « 'Las fuerzas oscuras': El problema del conservadurismo en la historia de México », dans *Conservadurismo y derechas...*, *op. cit.*, p. 11 et s. ; voir aussi par exemple Chateaubriand (François-René), *Mémoires d'outre-tombe*, t. I, Paris, Garnier, 1989, p. 403.

²³⁷ Ávila (Alfredo), *En nombre de la Nación. La formación del gobierno representativo en México (1808-1824)*, Mexico, CIDE, 2002, spécialement, en ce qui nous concerne, p. 14.

²³⁸ Andrews (Catherine), « Sobre conservadurismo e ideas conservadores... », *op. cit.*, p. 104 et 126.

verrons comment le régime représentatif de la souveraineté nationale apparaît comme incontournable dans l'œuvre de Mora et Alamán.

A. L'éphémère retentissement de la souveraineté populaire de Rousseau

Selon Lucas Alamán,

Le modèle {...} que l'on a pris pour constituer la nation était les Etats-Unis, mais de ce modèle il n'y avait guère de teinture, et ce que l'on avait vu pratiquer en quelque sorte, c'était la Constitution espagnole, qui n'était elle-même qu'une imitation de l'Assemblée constituante de France, et cela par suite de toutes les extravagances métaphysiques des philosophes spéculatifs du siècle dernier. {...} La Constitution que l'Assemblée constituante donna à la France, et que les *Cortes* de Cadix copièrent servilement, non seulement ne distinguait pas convenablement les pouvoirs, non seulement n'établissait pas entre eux un équilibre convenable, mais en affaiblissant excessivement l'exécutif, elle transférait toute l'autorité au législatif, créant à la place du pouvoir absolu du monarque un pouvoir aussi absolu que lui, et entièrement arbitraire, sans aucun des freins qui peuvent en aucune façon empêcher l'arbitraire des monarques. La France et l'Espagne, par de telles constitutions, n'ont fait que passer de la tyrannie d'un seul à la tyrannie infiniment plus insupportable de plusieurs, et parmi nous nous avons vu les mêmes résultats²³⁹.

Dans cette longue citation, notre auteur critiquait les constituants de 1824 pour avoir imité indirectement, par l'intermédiaire des *Cortes*, la Constitution française de 1791²⁴⁰. Pour lui, cette réception mécanique du constitutionnalisme et de la philosophie françaises étaient à l'origine des dysfonctionnements institutionnels mexicains. Il soulignait notamment le manque d'équilibre entre les pouvoirs, entraîné par la réception du légicentrisme français et générant la « tyrannie de la majorité ». En réalité, cette « omnipotence législative »²⁴¹ avait été possible par la consécration de la souveraineté populaire de Rousseau.

²³⁹ « Examen imparcial de la administración del general Bustamante con observaciones generales sobre el estado presente de la República y consecuencias que éste debe producir », dans *Documentos diversos (inéditos y muy raros)*, Mexico, Jus, 1945-1948, p. 246-247.

²⁴⁰ Voir Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano. La constitución de 1824 y la teoría constitucional*, Mexico, FCE, Senado de la República, 2017, p. 67.

²⁴¹ Alamán (Lucas), « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 249.

Déjà, la Charte de Bayonne, octroyée par Napoléon aux espagnols en 1808, mentionnait dans son préambule l'existence d'un « pacte » entre le roi et le peuple, ce qui rappelait la théorie de Rousseau ainsi que la pensée de Sieyès ou d'autres philosophes des Lumières. Ses articles 87 et 95 reconnaissaient en outre l'égalité des droits entre les colonies américaines et la métropole, ce que la Constitution de Cadix du 19 mars 1812 a repris²⁴². Les thèses de Rousseau, en effet, sont perceptibles dans le constitutionnalisme espagnol et mexicain. En dépit de la censure de l'Inquisition dont Rousseau a souffert depuis 1756, son œuvre s'est diffusée en Espagne et, par extension, dans le *virreinato*, c'est-à-dire la Nouvelle-Espagne²⁴³. Lors des deux premières assemblées constituantes du Mexique indépendant, en 1824, Rousseau est le philosophe français le plus cité²⁴⁴. Malgré le grand analphabétisme de l'époque, les théories des Lumières et les doctrines révolutionnaires avaient imprégné les classes cultivées par l'entremise de la *Constitución de Cádiz*, comme le soulignait Alamán. « Alors que l'Inquisition mexicaine condamne en 1810 la doctrine de la souveraineté du peuple comme une hérésie, les Cortès espagnoles consacrent ce principe comme la base du nouveau système social », déclarait le député constituant Lorenzo de Zavala, dans son *Essai historique des révolutions du Mexique*²⁴⁵. Néanmoins, c'est plutôt par les proclamations, libelles, pamphlets et la presse que la pensée des Lumières s'est diffusée au Nouveau Monde²⁴⁶. « Les noms de Voltaire, Volney, Rousseau, d'Alembert, etc., étaient prononcés par les instituteurs comme ceux de monstres que la Providence avait érigés pour éprouver les justes »²⁴⁷.

En ce qui concerne la Constitution fédérale de 1824, si en apparence elle ressemblait à la Constitution américaine, en substance elle rappelait plus la philosophie européenne. Charles A. Hale, au début du XIX^e siècle, soutient que le Mexique était plus proche culturellement de l'Europe

²⁴² Rabasa (Emilio Óscar), *El pensamiento político del Constituyente de 1824*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 54.

²⁴³ Avant la Révolution d'Indépendance, c'était l'Inquisition espagnole qui jouait le rôle de censeur d'idées, en particulier des Lumières. À partir de 1821, l'État devient le nouveau censeur. Cf. Staples (Anne), « El rechazo a la Revolución francesa », dans *La Revolución francesa en México*, *op. cit.*, p. 162. Selon cet auteur, depuis 1820 « des textes circulaient, qui en ont choqué plus d'un, notamment des textes français, symbolisant l'irrégiosité et la désobéissance civile ». Cf. *ibid.*, p. 163-164.

²⁴⁴ Cf. Rabasa (Emilio Óscar), *El pensamiento político del Constituyente de 1824*, *op. cit.*, p. 107.

²⁴⁵ *Ensayo histórico de las revoluciones de Méjico (desde 1808 hasta 1830)*, t. I, Mexico, Imprenta de Manuel N. de la Vega, 1845, p. 40.

²⁴⁶ Cf. Rabasa (Emilio Óscar), *El pensamiento político del Constituyente de 1824*, *op. cit.*, p. 108.

²⁴⁷ Zavala (Lorenzo de), *Ensayo histórico de las revoluciones...*, p. 32-33.

que des États-Unis, ce qui s'explique par les trois siècles de colonisation espagnole²⁴⁸. Contrairement aux États-Unis qui sont majoritairement protestants, le catholicisme a profité d'une forte réception au Mexique. D'ailleurs, la Constitution de 1824 prévoyait dans son article 3 que : « La religion de la nation mexicaine est et sera perpétuellement la religion catholique, apostolique et romaine. La nation la protège par des lois sages et justes et interdit l'exercice de toute autre religion ». Autrement dit, la religion catholique était maintenue comme religion officielle et sans tolérance pour d'autres cultes. Cela marquait une continuité avec le royaume espagnol, mais pour l'instant, cette disposition bénéficiait d'un consensus général.

Surtout, les constituants de 1824 avaient été marqués par la pensée de Rousseau, ce qui explique la diffusion du paradigme légaliste au Mexique. En effet, l'article 4 consacre la théorie de la souveraineté populaire en déclarant que : « La nation mexicaine adopte pour son gouvernement la forme d'une république fédérale populaire représentative ». Comme l'écrit Emilio Óscar Rabasa - le petit-fils du célèbre constitutionnaliste²⁴⁹ -, « ce sont les travaux du Genevois qui ont sans doute le plus influencé le Constituant mexicain de 1824 ». Selon cet auteur, le succès de Rousseau au Mexique s'explique par deux apports : l'idée que tout pouvoir provient du peuple et par conséquent celui-ci peut toujours modifier la forme du gouvernement ; puis, avoir apporté une théorie permettant d'expliquer l'Indépendance et la Constitution de 1824²⁵⁰. D'abord, ce droit populaire de réviser les institutions politiques est évoqué dans le *Contrat social* : « un peuple est toujours le maître de changer ses lois »²⁵¹. Cette thèse justifiait pour les colons la méconnaissance de la monarchie absolue. C'est pourquoi, l'idée du pacte social qui avait été rompu par la couronne et réaffirmé par l'Indépendance, est invoquée lors des débats constituants. De même, les premiers chefs de l'insurrection, Hidalgo et Morelos, avaient été accusés d'être « imbus des maximes fondamentales de l'hérétique pacte social de Rousseau »²⁵². Il est vrai qu'en 1813, avant la rédaction de la Constitution d'Apatzingán, Morelos avait déclaré au Congrès :

²⁴⁸ Comme l'a remarqué Charles A. Hale : « Bien que les États-Unis aient révélé l'objectif des aspirations libérales, qu'elles soient constitutionnelles, réformistes ou utilitaires, ils n'ont pas offert de méthode ou de théorie pour atteindre cet objectif. La méthode et la théorie ne pouvaient être recherchées qu'en Europe continentale, où les traditions sociales et institutionnelles étaient plus analogues à celles du Mexique ». Cf. *Mexican Liberalism in the Age of Mora...*, *op. cit.*, p. 302.

²⁴⁹ Voir *infra* Chapitre 1. Les critiques isolées du paradigme légaliste.

²⁵⁰ Rabasa (Emilio Óscar), *El pensamiento político del Constituyente de 1824*, *op. cit.*, p. 114.

²⁵¹ Rousseau (Jean-Jacques), *Du Contrat Social*, Genève, Marc Michel Rey, 1762, p. 117.

²⁵² Rea Spell (Jefferson), *Rousseau in the Spanish World before 1833*, Austin, The University of Texas Press, 1938, p. 249.

Que la souveraineté réside essentiellement dans les peuples. {...} Que transmise aux monarques par absence, {...} elle leur revient. Qu'ils sont libres de réformer leurs institutions politiques quand cela leur convient.

Ensuite, dans l'article 5 de la Constitution, Morelos avait inclut la disposition suivante :

La souveraineté découle immédiatement du peuple, qui ne veut que la déposer dans ses représentants en divisant ses pouvoirs en législatif, exécutif et judiciaire, les provinces élisant leurs membres, et ceux-ci les autres, qui doivent être des gens sages et honnêtes²⁵³.

Indéniablement, Morelos semblait répéter les enseignements du philosophe genevois²⁵⁴ ; mais il n'était pas le seul à avoir lu et médité les écrits de Rousseau. Le plus grand intellectuel de l'époque, c'est-à-dire la première moitié du XIX^e siècle, le prêtre José María Luis Mora, s'est aussi inspiré des Lumières et des hommes de la Révolution de 1789 pour légitimer l'Indépendance mexicaine. En 1821, dans son *Discours sur l'indépendance de l'Empire Mexicain*, Mora croyait que l'Indépendance se justifie par la « souveraineté essentielle et imprescriptible de la nation »²⁵⁵, consacrée par la Constitution de Cadix et reprise par la Constitution de 1824. Inspiré probablement par la philosophie de Rousseau, il continue : dans ces lois constitutionnelles « le droit incontestable de tous les peuples d'établir le gouvernement de leur choix, de le modifier et de l'abolir chaque fois que leur bonheur l'exige, est reconnu ». Sa vision de la Révolution de 1789 semblait positive à cette époque. Rappelant la théorie du contrat social, Mora écrivait que, pour lui, la Nation, le peuple ou la société « ne peut être rien d'autre qu'une réunion librement et volontairement formée d'hommes capables et désireux de s'établir en tant qu'État indépendant des autres sur des terres qu'ils possèdent légitimement »²⁵⁶. Ainsi, à la veille de l'Indépendance, le « pacte social » entre la métropole et ses colonies était dissous :

²⁵³ *Ibid.*, p. 248-249. Sur le concept de « Peuples », issu du jusnaturalisme catholique de la monarchie hispanique, voir Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano...*, *op. cit.*, p. 210.

²⁵⁴ Par rapport à la réception de la Révolution française dans la Constitution d'Apatzingán, voir de la Torre Villar (Ernesto), « La Revolución Francesa y Su Influencia en la Constitución de Apatzingán de 1814 », dans *La Revolución francesa en México*, *op. cit.*, p. 155-160. Selon Enrique Krauze, Morelos n'a jamais lu Rousseau. Cf. *Siglo de caudillos*, *op. cit.*, p. 88.

²⁵⁵ Comme Sieyès lui-même l'a avoué, les termes « peuple » et « nation » pouvaient être interchangeables : « Une société politique, un peuple, une nation sont des termes synonymes ». Cf. Sieyès (Joseph-Emmanuel), « Contre la rétotale », dans Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 175. Dans le même sens, Mora montre que ces concepts sont synonymes : « Qu'entendons-nous donc par cette voix, la nation, le peuple ou la société ? ». Cf. Mora (José María Luis), *Discurso sobre la Independencia del Imperio Mexicano* (1821), Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 11.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 9 et 11.

Le peuple est obligé d'obéir aux dispositions du gouvernement tant qu'elles sont profitables à la communauté et qu'elles ont leur accomplissement effectif : en l'absence de l'une ou l'autre de ces deux choses, le droit de commander dans le gouvernement, l'obligation d'obéir dans le peuple, ont pris fin, et le pacte social a été dissous. Tout acte émanant d'un gouvernement qui ne peut ou ne veut pas réaliser le bonheur du peuple qui lui a accordé sa confiance est nul, illégitime, sans valeur et donc indigne d'obéissance, et c'est précisément le cas dans lequel se trouvent les Amériques à l'égard du gouvernement espagnol²⁵⁷.

Cependant, comme un torrent révolutionnaire, « l'activité des Lumières pénétra la masse de l'armée mexicaine ; le mémorable 24 février {1821} arriva, et les champs d'Iguala répétèrent les échos de la liberté prononcée par l'immortel Iturbide ». En d'autres termes, c'est la réception et la lecture des philosophes des Lumières qui ont rendu possibles les conditions mentales pour rompre avec l'Espagne. Ce sont les Lumières « qui ont fait connaître au peuple ses véritables intérêts »²⁵⁸.

À l'aube du XIX^e siècle, le dogme de la souveraineté populaire reste incontournable, elle a été sanctionnée par la Constitution fédérale de 1824, mais aussi par la Constitution libérale de 1814, qui n'a pas été appliquée mais qui a marqué les mentalités de l'époque²⁵⁹. Au commencement de la Révolution d'Indépendance, Rousseau était extrêmement cité, or très vite il est critiqué et son prestige et son importance ont considérablement diminué. En effet, dans les années 1820, Mora faisait des éloges de la Révolution française et la théorie du contrat social. Pourtant, face à l'instabilité politique chronique, sa pensée évolue à partir des années 1830. Désormais, il rejoint Alamán en considérant que les Cortès de Cadix ont imité l'Assemblée constitutionnelle française, tout en l'aggravant :

L'Espagne, qui n'a jamais fait qu'imiter la France, malgré les déceptions que devait lui causer la révolution, adopta tous ses principes antisociaux, copiant presque à la lettre la

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 20. Selon François-Xavier Guerra, pour la génération éduquée pendant l'époque révolutionnaire, espagnols et américains, « il fallait tenter d'atteindre les buts de la Révolution française, tout en se servant de cette expérience pour ne pas tomber dans les mêmes excès. Nous avons ici l'une des clés de l'adhésion massive du monde ibérique au constitutionnalisme et de son rejet de tout ce qui peut ressembler au jacobinisme », *L'Amérique Latine face à la Révolution Française*, in *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, n° 54, 1990, p.14.

²⁵⁹ Rappelant le libéralisme de Benjamin Constant, Mora déclarait : « Prenez en main ce précieux code sanctionné au milieu du bruit et du fracas des armes dans la ville d'Apatzingán : examinez-le avec impartialité, et vous y trouverez consignés tous les principes caractéristiques du système libéral, la souveraineté du peuple, la division des pouvoirs, les attributions propres à chacun d'eux, la liberté de la presse, les obligations mutuelles entre le peuple et le gouvernement, les droits de l'homme libre, et les moyens de défense à fournir au délinquant : en un mot, les limites de chacune des autorités établies seront très exactement et ponctuellement délimitées, et la liberté du citoyen et le pouvoir suprême de la société seront parfaitement combinés ». Cf. *Discurso sobre la Independencia del Imperio Mexicano*, op. cit., p. 18-19.

Constitution de l'Assemblée constituante et l'aggravant en tout ce que les Cortès y mirent de leur propre chef²⁶⁰.

Néanmoins, selon Mora, c'est le désir d'améliorer le régime représentatif qui a conduit à l'effondrement du système.²⁶¹

B. L'affirmation libérale du régime représentatif

La pensée de Sieyès est reçue au Mexique, mais de façon inconsciente²⁶². Ses idées, principalement la souveraineté nationale représentée par une assemblée²⁶³, l'établissement d'un tribunal constitutionnel sous la forme du *Supremo poder conservador*²⁶⁴, se propagent fortement. En vérité, elles sont diffusées par l'entremise des écrits de Benjamin Constant, ami de Sieyès qui a repris et prolongé beaucoup de ses idées. Or, s'il ne le citait pas c'était pour des raisons d'opportunité²⁶⁵. Dans le contexte de la Restauration, citer celui qui a demandé aux États généraux de se constituer Assemblée nationale, puis déclaré un transfert de souveraineté de la royauté au tiers État, pouvait effectivement sembler imprudent. En outre l'œuvre de Sieyès, souvent constituée de brochures et de discours épars, a vite été oubliée en France²⁶⁶, tandis que celle de Benjamin Constant a joui d'un énorme prestige chez les élites mexicaines. Lors de la Première République fédérale, celles-ci cherchaient la construction d'un État fort, capable de propulser la nation économiquement et socialement, tout en respectant les libertés fondamentales²⁶⁷. Quoi qu'il en soit,

²⁶⁰ Mora (José María Luis), « Ensayo filosófico sobre nuestra revolución constitucional », dans *Sobre la necesidad...*, *op. cit.*, p. 13.

²⁶¹ Voir Lira (Andrés), « La recepción de la Revolución Francesa en México. 1821-1848. José María Luis Mora y Lucas Alamán », *Relaciones*, Zamora, El Colegio de Michoacán, n° 4, 1989, p. 15.

²⁶² Voir sur ce point Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano...*, *op. cit.*, p. 203.

²⁶³ Selon M. Pasquino, c'est Sieyès qui établit un lien intrinsèque entre souveraineté nationale et gouvernement représentatif. Cf. *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 60.

²⁶⁴ Voir *supra* B. La volonté d'encadrer le légicentrisme révolutionnaire.

²⁶⁵ Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 33-38.

²⁶⁶ Même si certaines de ses formules sont restées célèbres, ses écrits ont longtemps été méconnus. Ayant joui d'une réputation colossale pendant toute la Révolution, il est décédé en 1836 dans l'indifférence générale. Cf. Bredin (Jean-Denis), *Sieyès. La clé de la Révolution...*, *op. cit.*, p. 13-18.

²⁶⁷ Par rapport à la réception de Constant au Mexique, ainsi que la volonté de construction d'un État fort limité par les libertés individuelles, voir Aguilar Rivera (José Antonio), « Tres momentos liberales... », *op. cit.*, p. 5 et s. En ce qui concerne le consensus entre « libéraux » et « conservateurs » mexicains au début du XIX^e siècle, voir Hale (Charles A.), *Mexican Liberalism...*, *op. cit.*, p. 8.

on retrouve une réception ou « hybridation »²⁶⁸ très forte des idées de Sieyès, « le symbole de la Révolution », dans le constitutionnalisme mexicain.

Lors des débats constitutants de 1823-1824, les députés reprennent la distinction de Sieyès entre *régime démocratique pur* et *régime représentatif*, indiquant qu'ils avaient connaissance des discussions de l'Assemblée nationale de 1789-1791²⁶⁹. À l'instar de Sieyès, ils optent pour la représentation²⁷⁰, comme l'article 4 le montre : « La nation mexicaine adopte pour son gouvernement la forme d'une république fédérale populaire représentative »²⁷¹. Même si la Constitution mexicaine est moins explicite que la Constitution française de 1791²⁷² ou la Constitution de Cadix, qui déclare que les députés sont les représentants de la Nation (article 27)²⁷³, lors du Congrès constituant « il est apparu clairement que les députés ne représentaient pas telle ou telle province, mais qu'ils étaient les représentants de la Nation »²⁷⁴. Dans le même sens, dans son discours du 7 septembre 1789, Sieyès rappelle à l'Assemblée le principe de l'unité de la Nation et de l'indivisibilité de sa souveraineté²⁷⁵ : « Le Député d'un Bailliage est immédiatement choisi par son Bailliage ; mais immédiatement, il est élu par la totalité des Bailliages. Voilà pourquoi *tout Député est Représentant de la Nation entière*. Sans cela, il y aurait parmi les Députés une inégalité politique que rien ne pourrait justifier ; et la Minorité pourrait faire la loi à la Majorité »²⁷⁶. Sans reprendre l'anti-fédéralisme qui a dominé sous la Révolution française, les constituants mexicains

²⁶⁸ Par rapport aux « hybridations » en matière de circulation des idées, voir la théorie des « transferts culturels », par exemple : Espagne (Michel), « La notion de transfert culturel », *Revue Sciences/Lettres*, n° 1, 2013, *Transferts culturels. Problèmes et concepts*, [en ligne] <https://doi.org/10.4000/rsl.219> (généré le 04/05/2022).

²⁶⁹ Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano...*, *op. cit.*, p. 120.

²⁷⁰ Par rapport à la formation du régime représentatif au Mexique lors de la Révolution d'Indépendance, voir Ávila (Alfredo), *En nombre de la Nación...*, *op. cit.*, spécialement, en ce qui nous concerne, p. 263 et s.

²⁷¹ Même las *Siete Leyes* (1836-1841), constitution dite « *conservadora* » et centralisatrice, établit la représentation, alors que le parti conservateur qui était à l'origine de cette constitution, était réputé pour vouloir établir une monarchie dans la tradition de la colonie espagnole et invitant au trône un prince européen, ce qui s'est passé lors de l'intervention française des années 1860. Voir par exemple Aguilar Rivera (José Antonio), « Tres momentos liberales... », *op. cit.*, p. 16.

²⁷² Selon l'alinéa 2 de l'article 2 : « La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi ».

²⁷³ L'article 3 dispose que : « La souveraineté réside essentiellement dans la Nation, et donc le droit d'établir ses lois fondamentales appartient exclusivement à la Nation ».

²⁷⁴ Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano...*, *op. cit.*, p. 213-214.

²⁷⁵ Voir Carré de Malberg, p. 254 et s.

²⁷⁶ Sieyès (Emmanuel-Joseph), « Dire de l'abbé Sieyès ; sur la question du veto royal », dans *Œuvres...*, t. III, *op. cit.*, p. 6-7. Nos italiques. Comme l'a signalé Carré de Malberg, « son argumentation repose sur une des idées qui ont dominé la Révolution française : l'idée unitaire et anti-fédéraliste ». Cf. *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 254.

se sont alors inspirés de l'idée unitaire de Sieyès pour consacrer institutionnellement un régime représentatif moderne, au sens dégagé par Bernard Manin²⁷⁷.

Dans le même sens, l'élite intellectuelle reconnaissait cette forme de gouvernement, comme le révèle le cas de Lucas Alamán ou celui de José María Luis Mora. Dans les années 1820, les deux « rivaux » convergeaient dans la nécessité de consolider la représentation au Mexique. Le premier, dans une lettre à Santa Anna (23 mars 1823)²⁷⁸, le « prototype du dictateur latino-américain »²⁷⁹, reconnaît le besoin d'un gouvernement représentatif. Même en 1835, « après une série de perturbations presque ininterrompues depuis l'année 1826 »²⁸⁰, il continuait à croire dans le système républicain fondé sur la représentation nationale et la séparation des pouvoirs. Il écrivait par exemple : « Toute la force du gouvernement, tous les moyens dont il dispose pour préserver l'ordre public, pour réprimer et contenir les agités et les séditieux, pour empêcher les détournements du trésor national, bref pour remplir les fonctions nécessaires d'une autorité qui doit être active, vigilante et prévoyante, découlent de la division des pouvoirs établie par la constitution et des pouvoirs que cette division a donnés à l'exécutif »²⁸¹. De même, il défendait à cette période l'assemblée censée représenter la Nation : « un Congrès qui déclare la guerre au gouvernement général, qui entre en relation avec les congrès des autres États {fédérés}, qui condamne au bannissement ses députés au Congrès général {fédéral} parce qu'ils n'ont pas soutenu ces idées fausses, c'est tout le contraire de l'idée que toutes les théories nous amènent à nous faire d'un corps représentatif »²⁸². Comme Mora, il croyait alors dans le régime représentatif et souhaitait rééquilibrer le régime en renforçant l'Exécutif.

Pour le prêtre Mora, le système représentatif est une « nécessité universellement reconnue »²⁸³ apparue « presque dans toute sa perfection » dans les îles britanniques à la fin du XVII^e

²⁷⁷ Depuis les révolutions anglaise, américaine et française, « quatre principes ont toujours été observés dans les régimes représentatifs depuis que cette forme de gouvernement a été inventée : 1. Les gouvernants sont désignés par élection à intervalles réguliers. 2. Les gouvernants conservent, dans leurs décisions, une certaine indépendance vis-à-vis des volontés des électeurs. 3. Les gouvernés peuvent exprimer leurs opinions et leurs volontés politiques sans que celles-ci soient soumises au contrôle des gouvernants. 4. Les décisions publiques sont soumises à l'épreuve de la discussion ». Cf. *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 3^e éd., 2019, p. 17-18.

²⁷⁸ Ávila (Alfredo), *En nombre de la Nación...*, *op. cit.*, p. 299.

²⁷⁹ Krauze (Enrique), *Siglo de caudillos*, *op. cit.*, p. 144.

²⁸⁰ Alamán (Lucas), « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 241.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 244.

²⁸² *Ibid.*, p. 247.

²⁸³ *México y sus revoluciones* (1836), t. I, Mexico, Fondo de Cultura Económica, Instituto Cultural Helénico, 1986, p. 321.

siècle²⁸⁴. « Lorsque ces idées ont été popularisées en Europe par la Révolution française, les voix de l'*aristocratie*, de la *démocratie* et de la *monarchie* ont perdu toute leur force ; personne ne s'est efforcé de les défendre ou de les attaquer ; les gouvernements ont été qualifiés d'absolus et de représentatifs ». Pourtant, « si les nations qui ont tenté d'adopter ce système n'ont pas, bien entendu, produit tous les effets salutaires que l'on pouvait en attendre, cela n'a pas dépendu du système lui-même, mais des modifications substantielles qui lui ont été apportées dans la hâte de l'améliorer ». Ainsi, la France révolutionnaire, en tentant d'améliorer le système, est tombée dans « le bouleversement de tout l'ordre social et l'anarchie la plus furieuse et la plus sanguinaire » ; mais en retournant dans les « véritables bases du système », c'est-à-dire en 1830, elle avance « rapidement dans la course inédite à la grandeur et à la prospérité sociale »²⁸⁵. Or, pendant 10 ans l'Amérique latine a vécu une instabilité constitutionnelle ou une « révolution constitutionnelle » parce que les Républiques « n'ont adopté du système que ses formes et son appareil extérieur, dans lequel ils ont prétendu combiner et unir étroitement les lois et les habitudes despotiques et mesquines de l'ancien absolutisme »²⁸⁶. C'est dire que les jeunes nations, et en particulier la mexicaine, n'ont pas réussi à rompre définitivement avec les pratiques absolutistes de l'Ancien Régime espagnol. Cependant, dans la lignée du libéralisme constitutionnel de l'abbé Sieyès et Benjamin Constant, le système représentatif devrait prévoir : « la limitation du pouvoir public et sa répartition en trois branches principales, les élections périodiques et populaires, la liberté d'opinion, d'impression et d'industrie, l'inviolabilité de la propriété, le droit de lever l'impôt par les représentants de la nation et la responsabilité des fonctionnaires publics ». Néanmoins, « l'idée du pouvoir suprême qui a été défendue jusqu'à présent est celle de l'absolutisme »²⁸⁷, ce qui s'observe notamment dans la suprématie du Congrès législatif.

En considérant que l'assemblée nationale et le sénat disposaient d'une souveraineté sans bornes, selon le précédent français, les constituants avaient déséquilibré le régime. C'est pourquoi, « si dans les constitutions elle {la répartition des pouvoirs} est écrite, les congrès se croient des pouvoirs supérieurs aux constitutions elles-mêmes »²⁸⁸. Si cette conception illimitée de la

²⁸⁴ Mora (José María Luis), « Ensayo filosófico sobre nuestra revolución constitucional », dans *Sobre la necesidad e importancia de la observancia de las leyes*, Mexico, Cámara de Diputados LVII Legislatura & Pámpano Servicios Editoriales, 2015, p. 12.

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 13-14.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 14-15.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 16.

souveraineté (issue de la pensée de Rousseau) a été dénoncée par Mora et Alamán à partir des années 1830, les deux savants croyaient en revanche dans le régime représentatif²⁸⁹, mais dans une optique élitiste propre au libéralisme classique.

Face à un système électif universel (mais masculin et indirect), dans un pays qui connaissait un grand niveau d'analphabétisme, les deux penseurs demandent à reformer la Constitution pour y établir un suffrage censitaire. Pour cela, ils reprennent, sans le citer, la distinction de Sieyès entre citoyenneté active et passive, c'est-à-dire l'idée selon laquelle seuls les citoyens actifs peuvent voter²⁹⁰. Dans ses *Observations sur le rapport de comité de Constitution, concernant la nouvelle organisation de la France* (1789), l'abbé songeait à cette distinction, comme le montre cette longue citation :

Chez les anciens, l'état de servitude épurait en quelque sorte les classes libres. Les Citoyens étaient tous capables d'exercer leurs droits politiques. Tout homme libre était Citoyen actif. Chez nous, il faut s'en glorifier, la base de l'association est plus large ; les principes sont plus humains ; nous sommes tous égaux par la protection de la Loi, et c'est la bonne politique. Mais aussi par cela même que le *civiciat* ou l'ordre des Citoyens embrasse tous les étages de l'édifice social, il s'ensuit que les classes infimes, que les hommes les plus dénués, sont bien plus étrangers, par leur intelligence et par leurs sentiments, aux intérêts de l'association, que ne pouvaient l'être les Citoyens les moins estimés des anciens États libres. Il reste donc chez nous une classe d'hommes, Citoyens par le droit, et qui ne le sont jamais par le fait. Sans doute c'est à la Constitution, c'est à de bonnes Lois à réduire de plus en plus, cette dernière classe, au moindre nombre possible. Il n'est pas moins vrai qu'il est des hommes d'ailleurs valides en force physique, qui, étrangers à toute idée sociale, sont hors d'état de prendre une part active à la chose publique. On ne doit point se permettre de les distinguer personnellement : mais qui osera trouver mauvais qu'on les écarte, en quelque forme, non pas encore une fois, de la protection légale et des secours publics, mais de l'exercice de droits politiques²⁹¹.

²⁸⁹ Comme l'explique M. Ávila dans son histoire sur la représentation au Mexique, au XIX^e siècle, le terme de « souveraineté nationale » est préféré à celui de « souveraineté populaire » car le deuxième, ainsi que « la volonté générale », rappelaient trop Rousseau et les tumultes et mouvements populaires de 1808. Cf. *En nombre de la Nación...*, *op. cit.*, p. 16.

²⁹⁰ Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la constitution...*, *op. cit.*, p. 80.

²⁹¹ Sieyès (Emmanuel-Joseph), « *Observations sur le rapport de comité de Constitution, concernant la nouvelle organisation de la France* », dans *Œuvres de Sieyès*, t. II, *op. cit.*, p. 20-21.

La solution était d'établir une « condition positive », un « tribut civique »²⁹², c'est-à-dire une limite censitaire pour exercer ses droits politiques²⁹³. L'élite intellectuelle mexicaine, semble avoir tiré les enseignements de l'abbé, mais ce sont surtout les écrits de Constant et de Burke, comme nous l'approfondirons bientôt, qui ont circulé au Mexique au début du XIX^e siècle.

En ce qui concerne le « libéral » Mora, la Constitution de 1824 n'a pas fixé les (bonnes) bases du droit de citoyenneté :

Ce droit {de vote} le plus important dans toute nation qui a adopté le système représentatif pour son gouvernement, a été prodigué au Mexique avec une profusion scandaleuse, l'étendant aux classes de la société les moins capables de l'exercer : les maximes abstraites et indéfinies de l'égalité adoptées dans la constitution espagnole, qui a servi de modèle à la constitution mexicaine sur bien des points, ont été à l'origine de ce désordre. *Bien que la propriété ait été considérée comme la base indispensable de la citoyenneté dans tous les pays libres, il en a été autrement au Mexique*, et une partie très considérable des révolutions et des désordres publics qui se sont produits dans cette nation, il est hors de doute qu'on n'y reconnaît pas ce principe, mais qu'on s'y efforce trop au moyen *de la voix active et de la voix passive*. En conséquence de cette prodigalité et de ce manque de prévoyance, les sièges du Congrès et les chaises du gouvernement ont été occupés par des personnes non seulement sans éducation et sans principes, possédant l'ignorance la plus crasse, mais, qui plus est, totalement dépourvues de moralité et d'honnêteté, et les plus indignes de la moralité et du caractère moral du peuple²⁹⁴.

Bien que cet extrait paraisse un écho des écrits de Sieyès - mais moins humain -, l'élitisme de Mora et Alamán reposait sur le droit de propriété. Les « propriétaires {sont la} seule classe qui, dans la nature des choses, a un intérêt réel à l'ordre public et à la répression du crime », écrivait Mora²⁹⁵. Et le « conservateur » Alamán, rejoignait ce point : « La seule qualité positive qui puisse exister dans une démocratie et celle qui peut donner le plus de sécurité à l'exercice modéré d'un pouvoir aussi gigantesque, c'est la propriété, {...} chaque individu doit représenter dans cette

²⁹² *Id.*

²⁹³ Sommerer (Erwan), *Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, *op. cit.*, p. 40.

²⁹⁴ Mora (José María Luis), *México y sus revoluciones*, t. I, *op. cit.*, p. 323. C'est nous qui soulignons.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 321-322.

association le capital qu'il y a introduit »²⁹⁶. Afin de réduire la « prépondérance du pouvoir législatif sur les autres pouvoirs », il convenait de suivre l'exemple d'autres nations en « limitant le droit de suffrage aux propriétaires »²⁹⁷. En d'autres termes, pour éviter les troubles sociaux et politiques, selon Mora, il faudrait exclure des élections tous ceux qui ne sont pas propriétaires. C'est la condition pour établir un régime représentatif solide²⁹⁸. Comme Benjamin Constant, ils estimaient que seuls doivent avoir les droits de suffrage et d'éligibilité les citoyens « propriétaires »²⁹⁹. Celui-ci pensait en 1815 que « seule la propriété rend les hommes capables d'exercer des droits politiques »³⁰⁰. Pour canaliser les assemblées législatives, il lui semblait « désirable que les fonctions représentatives soient occupées, en général, par des hommes, sinon de la classe opulente, du moins dans l'aisance. Leur point de départ est plus avantageux, leur esprit plus libre »³⁰¹.

À mesure qu'avancait le siècle, le prestige émanant des Lumières et de la Révolution française a commencé à perdre de sa force³⁰². Les intellectuels les plus dominants de l'époque, Mora et Alamán, ont montré cette tendance en condamnant dorénavant fermement les idées de 1789.

§2. Le rejet de la Révolution française

« Un peuple qui a vécu pendant des siècles sous le régime des castes et des classes ne parvient à un état social démocratique qu'à travers une longue suite de transformations plus ou moins pénibles, à l'aide de violents efforts, et après de nombreuses vicissitudes durant lesquelles les biens, les opinions et le pouvoir changent rapidement de place », écrit Alexis de Tocqueville dans son célèbre ouvrage *De la démocratie en Amérique*³⁰³. Il ajoute : « Alors même que cette grande

²⁹⁶ Alamán (Lucas), « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 263.

²⁹⁷ *Ibid.* p. 267. Il paraît s'inspirer aussi d'Edmund Burke. Voir Andrews (Catherine), « In the Pursuit of Balance. Lucas Alamán's Proposals for Constitutional Reform (1830-1835) », *Historia Constitucional*, n° 8, 2007, p. 20.

²⁹⁸ Mora (José María Luis), « Discurso sobre la necesidad de fijar el derecho de ciudadanía de la República y hacerlo esencialmente afecto a la propiedad » (1830), Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 295.

²⁹⁹ Voir Nemo (Philippe), *Histoire des idées politiques...*, *op. cit.*, p. 633.

³⁰⁰ Constant (Benjamin), « On the conditions of property », dans *Principles of politics applicable to all representative governments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 213-215, cité par Aguilar Rivera (José Antonio), « Tres momentos liberales... », *op. cit.*, p. 38.

³⁰¹ Constant (Benjamin), *Œuvres politiques*, Paris, Charpentiers et Cie, Libraires-Éditeurs, 1874, p. 164.

³⁰² Staples (Anne), « El rechazo a la Revolución francesa », *op. cit.*, p. 167.

³⁰³ *De la démocratie en Amérique*, t. II, *op. cit.*, p. 311.

révolution est terminée, l'on voit encore subsister pendant longtemps les habitudes révolutionnaires créées par elles, et de profondes agitations lui succèdent »³⁰⁴. Si l'auteur utilisait une méthode comparative entre la France et les États-Unis, la citation pourrait s'appliquer au Mexique au lendemain de la Révolution d'Indépendance³⁰⁵. En effet, face à la fragilité des institutions mexicaines depuis l'Indépendance de l'Espagne, la croyance dans la magie des constitutions se délite. Plus précisément, « après 1827, c'est-à-dire après le coup d'Etat de Vicente Guerrero, la foi dans la magie des constitutions s'est détériorée »³⁰⁶. Désormais l'ambivalence à l'égard de la Révolution française est plus nette : « sous un aspect, elle a été une source d'erreurs et de malheurs et sous un autre, un flambeau brillant et un principe de bonheur pour tous les peuples »³⁰⁷, déclare Mora. « En 1830, la plupart des hommes politiques sont convaincus de la nécessité de réformer la constitution : réduire et contrôler les conseils municipaux, imposer un vote censitaire et renforcer le gouvernement national »³⁰⁸. Dominant la scène intellectuelle, Mora et Alamán refusent dorénavant la souveraineté populaire illimitée, dans le sillage de Sieyès et Constant (A). Pourtant, leur pensée évolue également vers les années 1830, ils se détachent graduellement du constitutionnalisme libéral français. En particulier, Lucas Alamán, au point de se déclarer « conservateur », s'inspire du « père » de la contre-révolution, l'irlandais Edmund Burke. Nous verrons alors la contre-révolution mexicaine dans la lignée du conservateur-libéral Edmund Burke (B).

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ Par rapport à la réception de Tocqueville au Mexique, voir Aguilar Rivera (José Antonio), « Los abogados mexicanos y Alexis de Tocqueville », dans *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, dir. Elisa Speckman Guerra, Óscar Cruz Barney et Héctor Fix Fierro, Mexico, UNAM, IJ, 2013 ; du même auteur « Tocqueville in Mexico », *Journal of Iberian and Latin American Studies*, 2020 [en ligne] URL : <https://doi.org/10.1080/14701847.2020.1789373> (généré le 17 octobre 2020).

³⁰⁶ Andrews (Catherine), « In the Pursuit of Balance... », *op. cit.*, p. 10.

³⁰⁷ *México y sus revoluciones*, t. I, *op. cit.*, p. 83.

³⁰⁸ Vázquez (Josefina Zoraida), « El primer liberalismo mexicano », dans *Recepción y transformación del liberalismo en México: homenaje al profesor Charles A. Hale*, dir. Josefina Zoraida Vázquez, Mexico, El Colegio de México, 1999, p. 38.

A. Le refus de la souveraineté populaire illimitée : l'héritage de Sieyès et Benjamin Constant

En 1830, Alamán publie un pamphlet pour défendre sa participation dans le gouvernement d'Anastasio Bustamante (1830-1832). Il avait été ministre des Affaires étrangères de Bustamante et, en 1833, avait été mis en accusation par le Congrès général pour son rôle dans l'exécution de l'ancien président, Vicente Guerrero³⁰⁹. Dans cette brochure, intitulée *Examen imparcial de la administración del general vicepresidente D. Anastasio Bustamante*, Alamán condamne fermement « l'esprit révolutionnaire »³¹⁰ propagé au Mexique depuis la Révolution d'Indépendance³¹¹. Dans les années 1820, s'était développée au Mexique une lutte de factions entre deux loges maçonniques. La première, la loge écossaise, introduite par l'armée espagnole en 1813, s'était diffusée largement dans les classes supérieures, c'est pourquoi les libéraux radicaux ont réagi en fondant une autre plus populaire. La deuxième, la loge de york, soutenue par les classes populaires, avait adopté une rhétorique anti-espagnole et réussi à passer des lois pour expulser les espagnols après l'Indépendance. Cette rivalité entre loges était à l'origine des luttes pour le pouvoir, des *pronunciamientos* et de l'instabilité constitutionnelle qu'a régné au Mexique dans les années 1820-1830. Elle est aussi à l'origine de la fondation des partis historiques : conservateur et libéral. En ce qui concerne Lucas Alamán, il associait la loge de york à la Terreur et aux jacobins : « Le genre d'hommes qui s'étaient généralement présentés pour s'y enrôler, firent connaître très vite ce qui allait devenir dans cette république ce que les Jacobins étaient devenus dans la Révolution française »³¹². C'est la raison pour laquelle, les *hombres de bien*³¹³ (les notables) se sont réfugiés

³⁰⁹ Andrews (Catherine), « In the Pursuit of Balance... », *op. cit.*, p. 15.

³¹⁰ Alamán (Lucas), « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 240.

³¹¹ Comme l'a noté Hannah Arendt, « Depuis la Révolution française, il est devenu courant d'interpréter tout soulèvement violent, révolutionnaire ou contre-révolutionnaire, comme la poursuite du mouvement déclenché en 1789, et de voir dans les périodes de calme ou de restauration de simples pauses où le courant redevenait souterrain pour reprendre vigueur et resurgir à la surface. {...} À chaque fois, partisans et adversaires de ces révolutions percevaient dans ces événements, les conséquences immédiates de 1789 ». Cf. *De la révolution*, *op. cit.*, p. 72-73.

³¹² Alamán (Lucas), « Defensa del Ex-ministro de Relaciones D. Lucas Alamán, en la causa formada contra él y los Ex-ministros de Guerra y de Justicia del Vicepresidente Don Anastasio Bustamante, con unas noticias preliminares que dan idea del origen de ésta » (1834), dans *Documentos diversos...*, *op. cit.*, p. 45.

³¹³ Au lendemain de l'Indépendance, « l'ancienne élite dirigeante est remplacée par une autre catégorie de personnes qui en viennent à dominer la vie politique. Parfois appelée *gente de orden*, *gente decente* ou *gente de frac*, l'épithète la plus courante est *hombre de bien*, un terme utilisé tout au long des années 1820 jusqu'à la fin des années 1840 pour décrire un type social et politique. Utilisé par tous les écrivains de l'époque dans tous les contextes et polémiques politiques, l'*hombre de bien* était présenté comme le citoyen idéal, le type de personne pour lequel l'électorat était toujours invité à voter par tous les partis lors de chaque campagne électorale ». Cf. Costeloe (Michael P.), « *Hombres de bien* in the Age of Santa Anna », dans *Mexico in the Age of Democratic Revolutions...*, *op. cit.*, p. 246.

dans la loge écossaise. Alamán défendait ainsi l'aristocratie, par opposition aux libéraux « jacobins »³¹⁴, qui ont commencé à s'appeler :

le *parti du peuple*, se distinguant par ce nom de tous ceux à qui ils donnaient celui d'*aristocrates*, voix qui dans notre révolution, comme dans la française, signifie hommes de religion, d'honneur, de fortune, d'éducation et de vertu, qu'ils ont cherché à dépouiller de leurs biens, à priver de toute influence dans les affaires publiques, enfin à bannir et à détruire, ce en quoi consistent, selon les principes des jacobins, la liberté et l'égalité³¹⁵.

Alamán était donc hanté par cet « esprit révolutionnaire » déjà évoqué par Portalis dans son Discours préliminaire. Or selon lui, « les révolutions cesseraient d'être aussi fréquentes et dangereuses s'il existait une main forte prête et toujours armée d'un pouvoir suffisant pour les réprimer »³¹⁶. Autrement dit, il faudrait rééquilibrer les institutions en renforçant le pouvoir Exécutif. Pourtant, en imitant le précédent français, le constituant mexicain avait restreint énormément l'Exécutif et provoqué l'omnipotence du Congrès législatif. On était passé d'un pouvoir monarchique absolu à un pouvoir législatif absolu :

Les institutions modernes sont presque toujours passées d'un extrême à l'autre : les abus du pouvoir absolu ont fait croire qu'il suffisait, pour assurer la liberté, de restreindre les pouvoirs de ceux qui en avaient été jusqu'alors les dépositaires, mais ces restrictions ont été poussées si loin qu'elles ont été réduites à l'impossibilité de faire le mal par des moyens indirects, tandis que, par une de ces contradictions si fréquentes chez les constructeurs de systèmes, *en même temps que l'on détruisait l'accumulation de pouvoirs qui constituait l'absolutisme entre les mains d'un individu, on transférait ce même absolutisme à des corps collégiaux, dans lesquels son exercice devenait beaucoup plus dangereux*³¹⁷.

C'est la quête de l'absolu pour Hannah Arendt. La philosophe explique, dans son essai sur la révolution, que la tâche des révolutions américaine et française était de « fonder une nouvelle autorité, privée de l'appui de la coutume et du précédent, et de l'auréole des temps immémoriaux ». Il s'agissait de « l'éternel problème » de la source de la loi. Ainsi, le principal problème des révolutionnaires était de trouver un « nouvel absolu » (à la place du souverain absolu) d'où puisse

³¹⁴ Voir Lira (Andrés), « La recepción de la Revolución Francesa en México... », p. 20.

³¹⁵ Alamán (Lucas), « Defensa del Ex-ministro de Relaciones D. Lucas Alamán... », *op. cit.*, p. 45.

³¹⁶ Alamán (Lucas), « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 257.

³¹⁷ *Id.* Nos italiques.

découler l'autorité nécessaire à la loi et au pouvoir³¹⁸. Le résultat de ces révolutions « Atlantiques »³¹⁹ est d'avoir remplacé la monarchie, règne d'un seul, par la démocratie, règne de la majorité³²⁰. C'est ce que Tocqueville appelait la « tyrannie de la majorité » et que Alamán fustigeait. Dans *De la démocratie en Amérique*, le premier critiquait l'application du dogme de la souveraineté populaire de cette manière : « Il y a des gens qui n'ont pas craint de dire qu'un peuple, dans les objets qui n'intéressaient que lui-même, et ne pouvait sortir entièrement des limites de la justice et de la raison, et qu'ainsi on ne devait pas craindre de donner tout pouvoir à la majorité qui le représente. Mais c'est là un langage d'esclave ». En effet, pour écarter « l'omnipotence de la majorité », Tocqueville ajoute : « le pouvoir de tout faire, que je refuse à un seul de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs »³²¹.

Plus tard, en 1852, Alamán continuait à comparer les premières décennies du XIX^e siècle, « l'âge de Santa Anna »³²², avec la Révolution française : « Dans la parodie de la Révolution française en cours, où le congrès voulait jouer le rôle de la convention, Santa Anna laissa au vice-président Gómez Farías le rôle de Robespierre, lui faisant porter l'odieuse de toutes les mesures qui choquaient le plus l'opinion publique »³²³. Pourtant, comparer la décennie 1830 avec les événements de la Terreur n'était pas fondé, dans la mesure où le Mexique n'a pas connu les mêmes niveaux de violence³²⁴. L'objectif d'Alamán était de discréditer ses ennemis politiques en réactivant la peur suscitée par les révoltes de 1810. Or bien qu'Alamán, à l'instar de Mora, considérait la Révolution française comme la clé pour comprendre la Révolution d'Indépendance du Mexique, selon González Navarro, il ne pouvait pas la comprendre. « Ses attaques contre la Révolution française sont parfois non seulement tendancieuses et fausses, mais le plus souvent superficielles. Dans sa conception un peu simpliste du changement social, elle devait lui apparaître comme un mouvement anarchiste et destructeur de l'ordre. Il pensait que la société ne pouvait être fondée que sur certains

³¹⁸ Arendt (Hannah), *De la révolution*, *op. cit.*, p. 241-246.

³¹⁹ Selon l'expression forgée par les historiens Jacques Godechot et Richard Palmer. Voir Godechot (Jacques), *France and the Atlantic revolution of the eighteenth century, 1770-1799*, Los Angeles, The Free Press, 1965 et Palmer (Robert), *The Age of Democratic Revolutions. A Political History of Europe and America, 1760-1800*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

³²⁰ Cf. Arendt (Hannah), *De la révolution*, *op. cit.*, p. 250.

³²¹ Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I, Paris, Flammarion, 1981, p. 348 et 349.

³²² Vázquez (Josefina Zoraida), « El primer liberalismo mexicano », *op. cit.*, p. 32.

³²³ Alamán (Lucas), *Historia de México desde los Primeros Movimientos que prepararon su Independencia en el año de 1808 hasta la Época Presente* (1852), t. V, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 863-864.

³²⁴ Voir Aguilar Rivera (José Antonio), « Lucas Alamán y la Constitución », *Isonomia, Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 33, octobre 2010, p. 107-108.

principes ancrés dans une tradition séculaire, principes sanctionnés par la coutume, soutenus par des intérêts particuliers, et inspirés par une certaine organisation hiérarchique de la religion catholique à la lumière d'un ordre immuable valable pour tous les temps »³²⁵.

Quant à Mora, il reprenait plus clairement l'héritage de Benjamin Constant et de l'abbé Sieyès. Même si les deux intellectuels mexicains ont puisé dans les mêmes sources, comme l'historiographie récente l'a montré³²⁶, Mora prolongeait plus nettement qu'Alamán le constitutionnalisme libéral français. En s'inspirant de Constant et indirectement de Sieyès, Mora partageait leur projet de limitation de la volonté populaire. En d'autres termes, à l'instar de ces auteurs, il rejetait la souveraineté populaire illimitée de Rousseau. Certes, Benjamin Constant défendait les acquis de « notre heureuse Révolution »³²⁷, principalement l'avènement du régime représentatif, mais aussi la consécration de la liberté individuelle. Il déclarait par exemple que « nous avons renversé des institutions surannées, parce que nous avons affranchi le paysan de la dîme, le protestant de l'intolérance, la pensée de la censure, le citoyen de la détention et de l'exil arbitraire, le plébéien des outrages des privilégiés »³²⁸. Cependant, d'autre part, « le sage Benjamin Constant »³²⁹ comme l'appelait Mora, réagissait en 1815 contre la Révolution et Napoléon. Sa théorie présente de ce fait une ambivalence similaire à la mexicaine à l'égard de la pensée des hommes de la Révolution, comme le suggère cette citation : « En un mot, il n'existe au monde que deux pouvoirs, l'un illégitime, c'est la force ; l'autre légitime, c'est la volonté générale. Mais en même temps que l'on reconnaît les droits de cette volonté, c'est-à-dire la souveraineté du peuple, il est nécessaire, il est urgent d'en bien concevoir la nature et d'en bien déterminer l'étendue. Sans définition exacte et précise, le triomphe de la théorie pourrait devenir une calamité dans l'application »³³⁰. Il conviendrait alors de limiter la souveraineté d'origine populaire, car « lorsqu'on établit que la souveraineté du peuple est illimitée, on crée et l'on jette au hasard dans la société humaine un degré de pouvoir trop grand par lui-même, et qui est un mal, en quelques mains qu'on le place ». Ce qui limite pour autant ce pouvoir suprême, c'est la liberté individuelle. C'est la

³²⁵ González Navarro (Moisés), *El pensamiento político de Lucas Alamán*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1952, p. 105.

³²⁶ *Id.* Voir les travaux pionniers de Hale (Charles A.), *Mexican Liberalism...*, *op. cit.*, spécialement p. 8.

³²⁷ Constant (Benjamin), *De la liberté chez les modernes*, Paris, Hachette, 1980, p. 239.

³²⁸ Constant (Benjamin), *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Paris, Alexis Eymery, 1815, avant-propos p. XI.

³²⁹ *México y sus revoluciones*, t. I, *op. cit.*, p. 42.

³³⁰ Constant (Benjamin), *Principes de politique...*, *op. cit.*, p. 14.

raison pour laquelle il précise : « La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté ». En revanche, « Rousseau a méconnu cette vérité, et son erreur a fait de son contrat social, si souvent invoqué en faveur de la liberté, le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme »³³¹. Pour Constant, enfin, la limitation de la souveraineté est possible par l'opinion et par l'équilibre des pouvoirs³³². Les citoyens doivent, par conséquent, disposer de droits individuels « indépendants de toute autorité sociale »³³³.

Ainsi, pour les élites mexicaines du XIX^e siècle, « Constant a présenté la défense moderne classique de la liberté individuelle contre les invasions du pouvoir arbitraire »³³⁴. Il cherchait en tout cas « les moyens de garantir la liberté civile dans un pays où les institutions secondaires ou intermédiaires étaient faibles »³³⁵. Ceci semblait extrêmement pertinent pour un État récemment fondé, affaibli par le soutien économique à la métropole pendant les guerres de la Révolution et de l'époque napoléonienne³³⁶, puis les guerres d'Indépendance et l'instabilité chronique³³⁷. C'était donc une théorie très séduisante pour des auteurs tels que Mora, qui souhaitaient un État puissant mais limité par les libertés individuelles. Imbu de ces lectures et exilé à Paris en 1836, celui-ci fustigeait la loi fondamentale mexicaine de 1824, qui « a laissé au congrès général une autorité illimitée, dont il a abusé sans interruption, décrétant sans cesse des pouvoirs extraordinaires et promulguant des lois d'urgence »³³⁸. Il attribuait ce phénomène au fait que les mexicains n'ayant pas eu d'autre idée de la souveraineté que celle d'un pouvoir illimité transmis par leurs pères espagnols - qui avaient imité le constituant révolutionnaire français -, n'ont pas cherché à détruire

³³¹ *Ibid.*, p. 15-18.

³³² Voir *ibid.*, p. 31.

³³³ *Ibid.*, p. 25.

³³⁴ Hale (Charles A.), *Mexican Liberalism...*, *op. cit.*, p. 56.

³³⁵ *Id.*

³³⁶ Voir Rodríguez O. (Jaime E.), « La Revolución francesa y la Independencia... », *op. cit.*, p. 144 et s.

³³⁷ Par rapport à la question de la violence politique suite à l'Indépendance et à l'ambiguïté d'Alamán et Mora à l'égard de la Révolution française, voir Hodge Dupré (Eduardo Andrés), « La violencia política tras la independencia en el pensamiento de Lucas Alamán, José María Luis Mora, Juan B. Alberdi y Domingo F. Sarmiento », *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 21, n° 43, juillet - septembre, 2023, p. 765-788 ; et Lira (Andrés), « Historia política y propiedad en escritos de José María Luis Mora y Lucas Alamán », dans *Recepción y transformación del liberalismo en México...*, *op. cit.*, p. 41-51.

³³⁸ Mora (José María Luis), *México y sus revoluciones*, t. I, *op. cit.*, p. 324.

ce colosse, mais seulement à l'arracher des mains du gouvernement pour le remettre dans celles des assemblées législatives³³⁹.

Il faut alors se demander si cette ambiguïté à l'égard de la Révolution française ne rapprocherait pas nos auteurs d'une « contre-révolution ».

B. La contre-révolution mexicaine : l'héritage de Burke ?

En 1856, dans son prologue à son *Histoire du Mexique*, celui qui s'était déclaré « conservateur »³⁴⁰ en 1846 écrit :

En conclusion, je puis vous assurer que les motifs qui m'ont guidé dans la rédaction de cet ouvrage n'ont été autres que de présenter à mes lecteurs et à la postérité les choses telles qu'elles ont été, afin que la connaissance exacte du passé et du présent serve de leçon à l'avenir, et quoiqu'il y ait trop de présomption à comparer en quoi que ce soit mes productions à celles du célèbre publiciste anglais qui a donné tant d'éclat à la tribune et au forum de son pays, et qui a annoncé si exactement, dès les premiers symptômes de la révolution en France, toutes les conséquences qu'elle devait produire, je crois qu'à la sincérité avec laquelle j'ai précédé, je puis m'appliquer à moi-même les mots par lesquels il termine ses réflexions³⁴¹.

Ce « célèbre publiciste anglais », qu'Alamán ne mentionne pas, est l'irlandais Edmund Burke, l'auteur des *Reflexions on the revolution in France*³⁴² de 1790. Déjà, dans son *Examen impartial* de 1834, lorsqu'il était plus proche intellectuellement du libéralisme mexicain, Alamán le citait à plusieurs reprises. Dès la première page, par exemple, il cite son nom et le qualifie comme « l'un des premiers publicistes de notre temps »³⁴³. Or, selon M. Aguilar Rivera, ceci est contradictoire dans la mesure où sa critique de la Constitution de 1824 n'a pas grand-chose à voir

³³⁹ Cf. Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano...*, *op. cit.*, p. 225.

³⁴⁰ L'expression est popularisée par François-René Chateaubriand lorsqu'il fonde le journal ultraroyaliste *Le Conservateur* en 1818 à Paris.

³⁴¹ Alamán (Lucas), *Historia de México...*, t. V, *op. cit.*, préface p. X.

³⁴² Burke (Edmund), *Réflexions sur la Révolution de France et sur les procédés de certaines sociétés à Londres, relatifs à cet événement*, trad. de Pierre Dupont (1790), Saint Lambert des Bois, Éditions du Franc-Dire, 1988.

³⁴³ Alamán (Lucas), « Examen impartial... », *op. cit.*, p. 239.

avec l'histoire, mais plutôt avec la théorie politique : « ce qui est remarquable dans ce texte, ce n'est pas l'histoire, mais la réflexion constitutionnelle »³⁴⁴. En effet, Alamán procède à une analyse institutionnelle pour démontrer que le pouvoir Législatif est prédominant et recommander le renforcement de l'Exécutif. Il ajoute pourtant plus loin : « Qu'il me soit également permis de m'appuyer sur l'homme qui a le mieux pénétré la tendance et les effets des mouvements politiques de notre époque. Cet homme, Edmund Burke, dans ses profondes réflexions sur la Révolution française, a annoncé dans un esprit prophétique toute la série d'événements que nous avons vus dans notre pays et dans d'autres pays, et comme ses observations sont si bien adaptées à nos circonstances, ce que je vais tirer de sa brillante plume enrichira et soutiendra ce document »³⁴⁵. Ainsi, citer le « père »³⁴⁶ de la contre-révolution pourrait sembler paradoxal dans la mesure où « la substance de l'argumentation d'Alamán semble avoir peu à voir avec les idées du conservateur britannique »³⁴⁷. Alamán apparaît alors comme un « conservateur excentrique »³⁴⁸. Il préfigure peut-être les conservateurs-libéraux mexicains de la seconde moitié du XIX^e siècle³⁴⁹, qui, ne pouvant plus se déclarer « conservateurs » après l'invasion française qu'ils ont soutenu, continuent à mobiliser les idées conservatrices.

Bien que « l'influence » ou l'attrait de Burke sur Alamán soit encore débattue par l'historiographie, on retrouve depuis 1834 des « traces » du conservatisme britannique dans la pensée d'Alamán³⁵⁰. En effet, il est possible de remarquer en filigrane les idées de cet auteur. D'abord, s'il « a annoncé avec un esprit prophétique toute la série d'événements auxquels nous

³⁴⁴ « Lucas Alamán y la Constitución », *op. cit.*, p. 90.

³⁴⁵ Alamán (Lucas), « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 243.

³⁴⁶ « L'ouvrage du libéral anglais Edmund Burke, *Considérations sur la RF* (1790), devient l'évangile de la contre-révolution ». Cf. Chartreux (Félix), Chirio (Maud), Larrère (Mathilde), Lemire (Vincent) et Palieraki (Eugénia), *Révolutions*, Paris, Belin, 2017, p. 211.

³⁴⁷ Aguilar Rivera (José Antonio), « Lucas Alamán y la Constitución », *op. cit.*, p. 106-107. Selon M. Piña, la présence de leurs textes et les références aux œuvres de ces personnalités du conservatisme européen, spécialement français, ont permis aux conservateurs mexicains de renforcer leur crédibilité auprès de l'opinion publique en les inscrivant dans un courant global. Cf. Piña (Javier Rodríguez), « Sobre la presencia del conservadurismo francés en México durante la primera mitad del siglo XIX », *Impressions du Mexique et de France*, édité par Lise Andries et Laura Suárez de la Torre, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2009, p. 277-302. {En ligne} <https://doi.org/10.4000/books.editionsmslh.9614> (consulté le 1er août 2024), n° 57.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 84.

³⁴⁹ Dont le prototype est, selon nous, Emilio Rabasa. Voir *infra* Section 2. La défense du régime par Esmein et Rabasa ou la volonté de préserver le *statu quo*.

³⁵⁰ Par rapport à la réception de la pensée conservatrice française au Mexique, lors de la première moitié du XIX^e siècle, voir Piña (Javier Rodríguez), « Sobre la presencia del conservadurismo francés en México... », *op. cit.*

avons assisté dans notre pays »³⁵¹ c'est parce qu'on aperçoit encore l'hypothèse du jeune Alamán selon laquelle la Révolution française permet de comprendre la Révolution d'Indépendance mexicaine et son évolution postérieure³⁵². Il convient de rappeler qu'Alamán écrit son *Examen impartial de la administración del general Bustamante* en cachette, pour défendre sa participation dans ce gouvernement en tant que ministre des Affaires étrangères. Il était accusé d'avoir participé dans l'exécution de l'ancien président Vicente Guerrero, nommé inconstitutionnellement par le Congrès. Comme nous l'avons vu, il comparait le gouvernement postérieur du vice-président Gómez Farías avec la Terreur des jacobins. Pour Burke, le despotisme était une conséquence logique de la Révolution française. De ce fait il n'existait pas chez lui de coupure entre un « bon » 1789 et « un mauvais » 1793, comme les libéraux du XIX^e siècle l'ont établie. Il aurait ainsi anticipé en 1790 les despotismes de la Terreur et celui de Bonaparte³⁵³. C'est la raison pour laquelle Alamán appréciait autant « l'esprit prophétique » de Burke, car il a annoncé les événements de la Révolution d'Indépendance de 1821.

Outre ses allusions et éloges envers le philosophe irlandais, on observe dans les écrits d'Alamán un traditionalisme typique du conservatisme britannique. Dès les premières pages de son *Histoire du Mexique*, il critique la Révolution mexicaine pour « changer non seulement l'État politique, mais aussi l'État civil, en s'attaquant aux croyances religieuses et aux coutumes et pratiques établies, jusqu'à ce que nous tombions dans l'abîme dans lequel nous nous trouvons aujourd'hui »³⁵⁴. De même, comme le note González Navarro, « il était dégoûté par les changements de la structure sociale, par l'introduction de 'nouveautés' »³⁵⁵ en raison du manque de respect aux « coutumes formées depuis trois cents ans, des opinions établies et des intérêts particuliers »³⁵⁶. Ainsi, il rejoint Burke dans son « traditionalisme libéral »³⁵⁷. Pour celui-ci, la liberté doit être protégée par les *corps* produits de l'histoire³⁵⁸. Alamán, qui citait la version

³⁵¹ *Loc. cit.*

³⁵² Krauze (Enrique), *Siglo de caudillos*, *op. cit.*, p. 150 et s.

³⁵³ Furet (François), *La Révolution française*, *op. cit.*, p. 912-913.

³⁵⁴ Alamán (Lucas), *Historia de México...*, t. I, *op. cit.*, p. XI.

³⁵⁵ *El pensamiento político de Lucas Alamán*, *op. cit.*, p. 113.

³⁵⁶ Alamán (Lucas), *Historia de México...*, t. I, *op. cit.*, p. 113.

³⁵⁷ Furet (François), *La Révolution française*, *op. cit.*, p. 914.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 911.

originale alors que la traduction circulait déjà au Mexique³⁵⁹, pensait de manière analogue que l'Église catholique était un facteur de régulation sociale. Dans la mesure où elle était un corps transmis par les espagnols, il affichait son respect pour l'héritage espagnol, à rebours de la rhétorique anti-espagnole de la loge de York (libérale). C'est pourquoi il a régulièrement été qualifié d'« hispanophile » et « monarchiste » par l'historiographie classique.

De manière similaire, en 1834, il commençait son texte de cette façon :

Si l'expérience du passé est en toutes choses le guide le plus sûr pour les choses à venir, en matière politique c'est presque la seule règle que l'on puisse adopter avec confiance, car la science du gouvernement étant, selon l'opinion d'un des premiers publicistes de notre temps, une science pratique par sa nature, et destinée à des objets pratiques, elle ne peut être apprise a priori, étant non seulement une matière qui demande de l'expérience, mais même plus d'expérience qu'une personne ne peut en acquérir dans tout le cours de sa vie ; c'est pourquoi l'étude de l'histoire sera toujours indispensable³⁶⁰.

Si le respect de l'expérience lui semblait « indispensable », comme pour un traditionaliste tel que Portalis, il convient de rappeler que, pour Burke, « la Constitution anglaise n'a pas besoin d'être écrite. Elle ne procède pas d'une intention, d'un accord, d'une délibération. Elle n'est pas le chef d'œuvre de la raison, la marque du progrès, l'avènement, l'acte déclaratif par excellence. Elle est *le produit de l'Histoire* »³⁶¹. De cette manière « Burke n'en cherche pas moins à démontrer qu'à vouloir faire table rase du passé, la Révolution française est par nature diabolique »³⁶². Alamán, pour sa part, finit par accepter la « Constitution historique » de Burke après la guerre désastreuse contre les États-Unis³⁶³ et par condamner fermement la guerre d'Indépendance³⁶⁴. En revanche, comme l'a signalé François Furet, dans les écrits de Burke il s'agit d'un « retour à l'empirique »

³⁵⁹ Cf. Andrews (Catherine), « In the Pursuit of Balance... », *op. cit.*, p. 17.

³⁶⁰ Alamán (Lucas), « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 239.

³⁶¹ Gengembre (Gérard), « La Contre-Révolution et le refus de la constitution », dans *1789 et l'invention de la constitution*, dir. Michel Troper et Lucien Jaume, Paris, Université de Paris-X Nanterre, LGDJ, 1994, p. 57. Nos italiques.

³⁶² Chartreux (Félix), Chirio (Maud), Larrère (Mathilde), Lemire (Vincent) et Palieraki (Eugénia), *Révolutions*, *op. cit.*, p. 112.

³⁶³ Voir Aguilar Rivera (José Antonio), « Lucas Alamán y la Constitución », *op. cit.*, p. 109.

³⁶⁴ Il décrit cette guerre comme un « mélange de processions et d'atrocités, de désordre et de bravoure ». Cf. Alamán (Lucas), « Noticias biográficas del Lic. D. Carlos Ma Bustamante y juicio crítico sobre sus obras, dans *Obras*, t. XI, Mexico, Jus, 1946, p. 293, cité par González Navarro (Moisés), *El pensamiento político de Lucas Alamán*, *op. cit.*, p. 112.

plutôt qu'un recours à l'histoire et à l'historicisme du XIX^e³⁶⁵. Il nous semble alors qu'Alamán préconise cet empirisme, ce qui renforcerait l'importance du conservateur *whig* dans l'*Examen imparcial*, bien qu'il se limite à l'étude constitutionnelle du Mexique sans se pencher sur son histoire.

En définitive, le fondateur du parti conservateur au Mexique montre de plus en plus nettement son rejet de la Révolution française et de ses idées, le rejet du légalisme révolutionnaire et de la rupture régénératrice, en particulier. Il montre la division qui jaillit entre les élites mexicaines au milieu du XIX^e siècle, entre libéraux et conservateurs, et qui aboutit à la « *Guerra de Reforma* ». Or, Alamán ne réussit pas à « sortir » du paradigme légaliste, comme les événements de la fin du XIX^e siècle le montrent. En effet, nous verrons comment ce modèle sera renforcé lorsque les libéraux s'imposeront.

La pensée de Mora et Alamán évolue progressivement à partir des années 1830 et 1840 respectivement. Face aux échecs successifs pour établir un gouvernement stable, leur vision de la Révolution française et de la Révolution d'Indépendance se transforme. Alamán, dans un contexte d'invasion imminente du Mexique par les États-Unis, en raison des tensions suscitées par la séparation du Texas, finit par se désillusionner du constitutionnalisme libéral. En réaction, il fonde le parti conservateur deux ans avant la guerre. Il convient de rappeler que, dès la fin des années 1820, la foi dans la magie se détériore. Mora quant à lui souhaitait comme Alamán la construction d'un État fort qui, en vertu du libéralisme théorisé par Benjamin Constant, soit limitée par les libertés individuelles³⁶⁶. C'est pourquoi, selon Charles A. Hale, « les premières phases de la Révolution française ont introduit le problème constitutionnel fondamental qui concerne le Mexique : comment construire un régime de limitation constitutionnelle de l'autorité dans une situation où les institutions politiques historiques étaient faibles ? »³⁶⁷. Pour cela, à partir des années 1830, Mora préconise la réforme de la Constitution de 1824 pour mettre fin aux *fueros* (privilèges) de l'Église catholique et de l'armée hérités de la colonisation espagnole. Dans un passage qui pourrait rappeler l'*Essai sur les privilèges* de Sieyès (1788), il affirme en effet :

³⁶⁵ Furet (François), *La Révolution française*, *op. cit.*, p. 906.

³⁶⁶ Comme le remarque M. Aguilar, « el liberalismo no fue una mera fachada para prácticas autoritarias y corporativas, sino una ideología de combate y de construcción nacional. El liberalismo mexicano buscó construir un Estado suficientemente poderoso para combatir los remanentes del antiguo régimen: los fueros, los privilegios y el poder político y económico de la Iglesia católica ». Cf. « Tres momentos liberales... », *op. cit.*, p. 40.

³⁶⁷ *Mexican Liberalism...*, *op. cit.*, p. 298-299.

L'article {3} sur la religion devrait donc être supprimé, ainsi que ceux sur les privilèges ecclésiastiques et militaires {154}, car sans entrer dans la question de savoir s'ils peuvent être tolérés pendant quelque temps, il est bien certain qu'ils ne doivent pas l'être perpétuellement dans une République qui tend par elle-même à détruire tous les privilèges et les classes dont les intérêts sont et doivent toujours être avec ceux du reste de la nation ; et encore moins doivent-ils faire partie de sa loi constitutive. Voilà ce qui, à notre avis, est superflu dans la Constitution mexicaine, et nous paraît digne d'être supprimé comme une entrave à la prospérité publique, et un obstacle capital au progrès de la nation³⁶⁸.

Si, dans les années 1820, la religion faisait partie d'un consensus général, ce qui explique l'intolérance religieuse prévue par la Constitution, à partir des années 1830 une polémique se développe. Les « libéraux » tels que Mora prennent conscience que pour établir un État efficace il faut supprimer les privilèges de la première institution concurrente de l'État. Dit autrement, le principal défi politique auquel les libéraux étaient confrontés était de restaurer la souveraineté de l'État, et leur principal adversaire était l'Église³⁶⁹. Ainsi, exilé à Paris, Mora considère que Ramos Arispe, le principal rédacteur de la Constitution de 1824, « a cherché à réunir dans un même corpus juridique la liberté de pensée et de la presse avec l'intolérance religieuse, l'égalité juridique avec les privilèges des classes privilégiées »³⁷⁰. Commence alors une controverse accentuant la séparation entre « libéraux » et « conservateurs », entre le « parti du progrès et celui du retour en arrière »³⁷¹. « Le premier parlait *de liberté et de progrès*, le second *d'ordre public et de religion* »³⁷². En tout cas, dans la perspective de renforcement de l'État, Mora se détache graduellement du libéralisme prôné par le « sage »³⁷³ Benjamin Constant. Désormais il questionne l'interdiction absolue des pouvoirs d'urgence voulue par Constant et confirmée par la Constitution de 1824 et puis *las Siete Leyes* de 1836³⁷⁴. Il estime ainsi, en 1834, qu'en tant que conseiller de Gómez Farías, il avait tenté de convaincre le vice-président qu'« il n'y avait pas d'autre issue à la situation qu'un *acte dictatorial* des Chambres, du président ou des deux pouvoirs à la fois, par lequel la juridiction

³⁶⁸ Mora (José María Luis), *México y sus revoluciones*, t. I, *op. cit.*, p. 320-321.

³⁶⁹ Hale (Charles A.), *Mexican Liberalism...*, *op. cit.*, p. 125.

³⁷⁰ *Obras sueltas*, t. I, Paris, Librairie de la Rose, 1837, p. VIII.

³⁷¹ *Id.*

³⁷² *Ibid.*, p. IX.

³⁷³ *Loc. cit.*

³⁷⁴ Tena Ramírez (Felipe), « La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias », *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VIII, janvier-décembre, 1945, p. 210.

ecclésiastique et militaire et l'article de la Constitution qui la garantit seraient abolis »³⁷⁵. Or le président, le général Santa Anna, selon Mora, avait utilisé ses facultés extraordinaires pour renforcer la position de l'armée³⁷⁶. À rebours du constitutionnalisme libéral français, Mora pensait qu'un coup d'état était nécessaire. Évoquant les gouvernements révolutionnaires qui ont « fréquemment prétendu qu'ils avaient le droit de violer la constitution pour la sauver », ainsi que les lois d'exception de Bonaparte, Constant écartait catégoriquement la suspension des constitutions³⁷⁷. « Je demande d'abord si, lorsqu'on viole la constitution, écrit Constant, c'est bien réellement la constitution que l'on conserve : je réponds que non ; ce que l'on conserve, c'est le pouvoir de quelques hommes qui règnent au nom d'une constitution qu'ils ont anéantie »³⁷⁸. Pour Mora, toutefois, « le problème ne consistait plus à garantir la liberté individuelle par une limitation constitutionnelle du pouvoir arbitraire, mais à réformer la société mexicaine pour que l'individualisme ait un sens »³⁷⁹. Il essayait donc de forger un système constitutionnel où les précédents historiques étaient faibles ou inexistants, où les attachements monarchiques étaient forts et où le régime des privilèges était encore intact. Pourtant, c'est un dilemme auquel Benjamin Constant, en France, n'a pas eu à faire face. Dès lors, les analyses du premier libéral mexicain deviennent plus réalistes³⁸⁰. Au début des années 1830, il avait conclu que la plupart des problèmes nationaux dérivait de l'« *espíritu de cuerpo* » (l'esprit de corps) hérité de l'Espagne. Il fallait par conséquent songer à établir des pouvoirs d'urgence dans la Constitution³⁸¹. Dans son *Examen imparcial*, le « leader du parti aristocratique »³⁸², Lucas Alamán, rejoignait son adversaire en matière de facultés extraordinaires. Bien que ces mesures « portent déjà la marque de la haine », il faudrait les prévoir dans la Constitution :

³⁷⁵ Mora (José María Luis), *Revista política*, dans *Mora legislador*, éd. Briseño Senosiain, Lillán et Suárez de la Torre, Laura, Mexico, Cámara de Diputados, 1994, p. 329, cité par Aguilar Rivera (José Antonio), *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México. 1821-1876*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 159. Nos italiques. Sur le problème entre la dictature et le libéralisme, voir Schmitt (Carl), *La Dictature*, Paris, Points, 2000, trad. Mira Köller et Dominique Ségard.

³⁷⁶ Aguilar Rivera (José Antonio), *El manto liberal...*, *op. cit.*, p. 158.

³⁷⁷ Constant (Benjamin), *Œuvres politiques*, *op. cit.*, p. 38. Par rapport aux pouvoirs extraordinaires dans l'œuvre de Sieyès, voir « Opinion de Sieyès, sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution, prononcée à la Convention le 2 thermidor de l'an troisième de la République », dans *Œuvres...*, t. III, *op. cit.*, n° 40.

³⁷⁸ *Œuvres politiques*, *op. cit.*, p. 39.

³⁷⁹ Hale (Charles A.), *Mexican Liberalism...*, *op. cit.*, p. 111.

³⁸⁰ Cf. *ibid.*, p. 125 et 112.

³⁸¹ Voir Mora, José María Luis, « Reflexiones sobre facultades extraordinarias », *Indicador de la Federación Mexicana*, 13 de noviembre de 1833, p. 39 et 388 et s.

³⁸² Aguilar Rivera (José Antonio), *El manto liberal...*, *op. cit.*, p. 160.

Si, au contraire, une règle générale avait été établie dans la Constitution {...} sur ce qu'il convient de faire dans les cas, peu rares, de troubles publics, le Gouvernement pourrait faire usage en temps utile d'une large gamme de pouvoirs qui deviendraient ordinaires, bien qu'applicables seulement à certains moments et dans certaines circonstances, et les révolutions cesseraient d'être si fréquentes et si dangereuses, une main forte étant toujours prête et dotée d'une puissance suffisante pour les réprimer³⁸³.

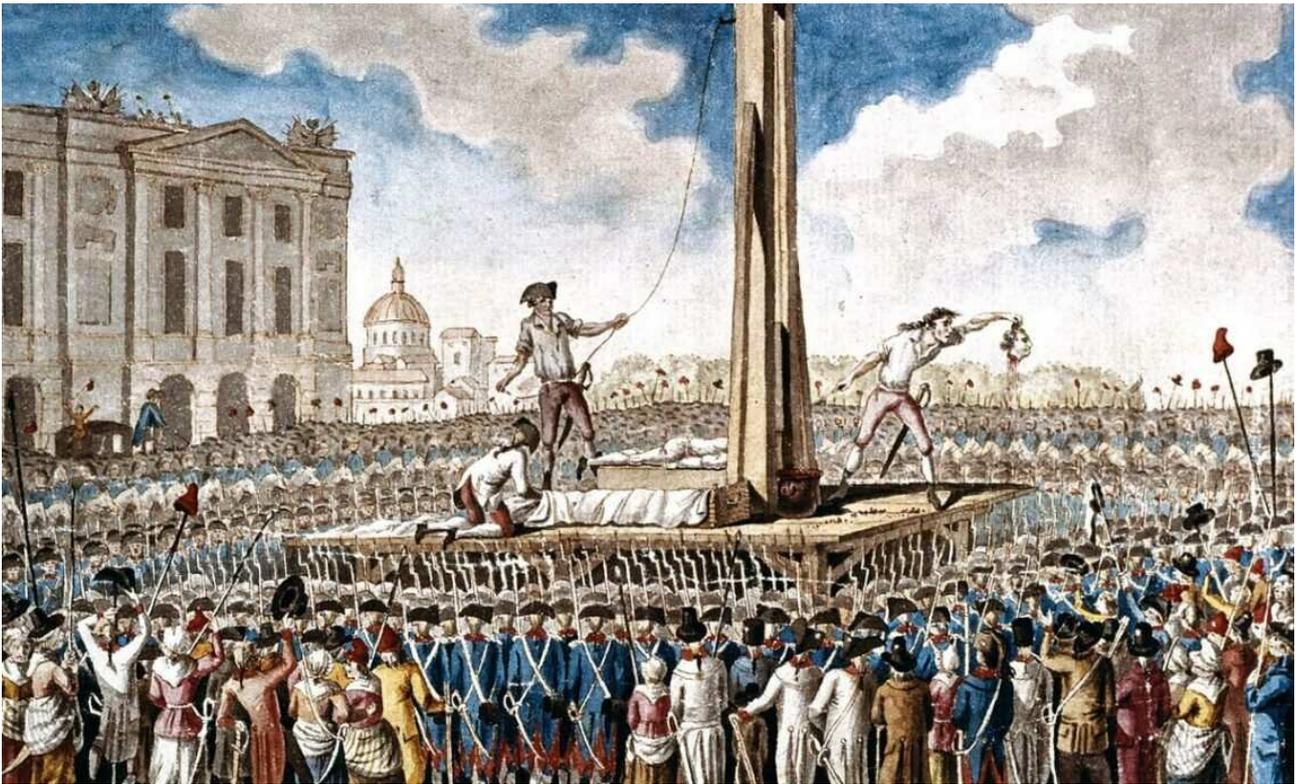
De cette façon, pour Mora et Alamán, l'instabilité constitutionnelle et politique de cette période aurait pu être évitée si la Constitution avait entériné l'utilisation des facultés extraordinaires. En effet, « l'incapacité des gouvernements à décourager les rébellions est un facteur clé pour expliquer l'instabilité politique au Mexique au début de la république »³⁸⁴.

Il est donc possible de constater un désenchantement du constitutionnalisme, de la limitation du pouvoir souverain au nom de la liberté. En revanche, malgré le refus aigu de la souveraineté populaire, le légalisme transmis par les révolutionnaires français continuera à s'implanter progressivement au Nouveau Monde pendant tout le XIX^e siècle.

³⁸³ « Examen imparcial... », *op. cit.*, p. 256-257.

³⁸⁴ Aguilar Rivera (José Antonio), *El manto liberal...*, *op. cit.*, p. 161.

La Terreur



Mural de la Révolution d'Indépendance par Juan O'Gorman, 1960, Museo Nacional de Historia, Mexico



José María Morelos



Agustín de Iturbide



José María Luis Mora



Lucas Alamán



Premier Empire Mexicain en 1822



Chapitre 2. Le développement du paradigme légaliste

Avec la codification napoléonienne, le *culte de la loi* se développe durant le XIX^e siècle. Très vite, le légicentrisme hérité de la Révolution est mis en place par les commentateurs des codes. Cherchant à les acclimater, ces derniers entreprennent une étude article par article des textes de loi. Cette attitude collective à l'égard des lois a été qualifiée d'« école de l'exégèse ». Or, il apparaît que cette « école » est une construction posthume de la seconde moitié du siècle. Il semble en effet que des juristes, tels que Julien Bonnecase, aient été à l'origine du mythe de l'école de l'exégèse, comme l'historiographie récente l'a montré. Cependant, même si la catégorie d'école peut être contestée³⁸⁵, le paradigme légaliste, c'est-à-dire la vision de la communauté des juristes centrée autour de la loi, s'est progressivement diffusée dans les facultés, impulsée par les codes. Fatigués par les tribulations politiques et par l'instabilité constitutionnelle depuis la Révolution, les juristes ont dû mettre en œuvre les codes, et spécialement *le Code Napoléon*. Ce processus, par lequel Napoléon proclamait de mettre fin à la Révolution, est devenu très rapidement un modèle que les doctrines juridiques d'autres pays ont essayé d'importer.

Au Mexique, au lendemain de la Révolution d'Indépendance (1821), après l'euphorie constitutionnelle et les échecs successifs pour établir un régime stable, les juristes cherchaient le moyen d'arrêter la tempête révolutionnaire. Dès le début du XIX^e siècle, inspirés par le modèle français, des juristes ont proposé d'effectuer une codification dans le but de rétablir l'ordre dans la société. Cependant, les premières tentatives échouent en raison de turbulences politiques. Ce n'est qu'à partir de la fin du siècle, lorsque le pays expérimente un régime autoritaire, que le processus aboutit. Pourtant, le légalisme révolutionnaire, lié à la philosophie des Lumières, s'était déjà implanté depuis la guerre d'Indépendance. Les intellectuels dénonçaient déjà l'omnipotence du législateur et cherchaient donc des moyens juridiques pour la contrer. Dans la lignée de Mora et Alamán, des juristes de la moitié du XIX^e siècle, ont continué la quête pour empêcher la toute-puissance législative. Mariano Otero, considéré comme un des juristes les plus importants de cette période et chef des libéraux modérés, reprend cette recherche. Il trouve alors un contrôle de constitutionnalité des lois connu comme le *juicio de amparo* pour mettre fin aux abus des autorités. Toutefois, cela ne met pas un terme au légalisme, puisque l'exégèse s'y introduit et se développe jusqu'à la fin du siècle.

³⁸⁵ Comme nous verrons, pour former une véritable école il faut un chef avec des disciples.

Dès lors, en prenant en compte les études les plus récentes de l'historiographie, il convient de se pencher sur la construction posthume de l'École de l'exégèse (section préliminaire). Ensuite, nous pourrions déconstruire cette École (section 1), avant de voir le rayonnement problématique du légalisme au Mexique (section 2).

Section préliminaire. La construction posthume de l'École de l'exégèse

Comme il arrive fréquemment en termes d'histoire des écoles, l'« École de l'exégèse » a été construite par opposition à « l'École scientifique », au tournant du siècle en France. Un ancien modèle a été confronté à un nouveau, pour des raisons de légitimation et de politique scientifique. De manière à consolider leur réputation et partant leur autorité, des juristes de la Belle Époque se sont attelés à ébranler l'œuvre de leurs prédécesseurs, les « exégètes », accusés d'idéaliser le texte de loi. Avant d'analyser cette pensée en termes de rupture ou cet antagonisme entre l'« École de l'exégèse » et l'« École scientifique » (§2), il conviendra de se pencher sur le débat historiographique autour de la méthode de l'exégèse (§1). Ceci nous permettra d'aborder la question de l'existence même de la soi-disant École de l'exégèse.

§1. Un débat historiographique sur la méthode de l'exégèse

Le débat historiographique sur la méthode de l'exégèse pose en effet la question de l'existence même de l'École de l'exégèse. Cependant, comme nous verrons, en dépit des critiques effectuées à l'encontre des travaux de Julien Bonnecase qui affirmaient catégoriquement l'existence d'une École de l'exégèse, il s'est avéré que les commentateurs du Code civil ont eu une fonction essentielle, celle de l'*acclimatation* du Code Napoléon. C'est dire qu'en interprétant et en commentant le Code, ces juristes ont facilité son application dans la société post-napoléonienne. Dès lors, nous questionnerons dans un premier temps l'existence même de l'École de l'exégèse (A), avant de nous pencher sur l'objectif commun des commentateurs : l'*acclimatation* du Code (B).

A. Le questionnement sur l'existence de l'École de l'exégèse

S'il faut être prudent actuellement lorsqu'on utilise l'expression « École de l'exégèse », les auteurs contemporains paraissent s'accorder sur certains traits distinctifs de la doctrine du XIX^e siècle. Le « dénominateur commun » de ces auteurs serait le respect du texte posé par le Législateur³⁸⁶, les « exégètes » seraient globalement satisfaits des choix effectués par les rédacteurs du Code civil³⁸⁷. En 1933, dans *La pensée juridique française*, Julien Bonnecase dégage les cinq traits distinctifs de cette école controversée. D'abord, le « culte du texte de loi », considéré comme « le plus fondamental »³⁸⁸. Le second, « trait intimement lié au premier », l'idée selon laquelle « *un texte ne vaut rien par lui-même, mais seulement par l'intention du législateur qu'il est censé traduire* »³⁸⁹. Puis des deux premiers traits se dégage implicitement le troisième, le caractère profondément étatiste de la doctrine exégétique³⁹⁰. Ensuite le caractère « *fait d'illogisme et même de paradoxe* » puisque, « *après avoir adhéré à la notion métaphysique du Droit, les exégètes n'en ont pas moins persisté dans leur doctrine Étatiste de la toute-puissance du législateur* »³⁹¹. Et enfin, « l'argument d'autorité »³⁹².

En substance, c'est l'idée d'*omnipotence du législateur*, héritée de la Révolution, qui subsume ces 5 traits. Néanmoins, les travaux pionniers de Philippe Rémy s'attaquent pendant les années 1980 à cette thèse selon laquelle une école aurait dominé durant presque tout le XIX^e siècle. Dans le passage suivant, le professeur de Poitiers montre très nettement cette affirmation :

S'il y a une École, on nous accordera qu'elle est singulièrement divisée contre elle-même ; nous croirions plus volontiers qu'il y a, chez les auteurs du XIX^e siècle, de trop fortes

³⁸⁶ Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, p. 52.

³⁸⁷ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires Françaises, 2^e éd., 2012, p. 73.

³⁸⁸ Bonnecase (Julien), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, Ses variations et ses traits essentiels*, t. I, Bordeaux, Delmas, 1933, n° 234, p. 524.

³⁸⁹ *Ibid.*, n° 235, p. 525-526.

³⁹⁰ *Ibid.*, n° 237, p. 530.

³⁹¹ *Ibid.*, n° 238, p. 534-535.

³⁹² *Ibid.*, n° 239, p. 540.

individualités pour former une École. Cela n'empêche pas les auteurs du XIX^e siècle d'avoir élaboré, dans leur profonde diversité, une œuvre³⁹³.

L'erreur de Bonnacase aurait été d'avoir cherché la doctrine exégétique dans les préfaces des grands commentaires du XIX^e siècle³⁹⁴. Par exemple, dans la préface du *Cours de Code Napoléon*, Demolombe déclare : « Ma devise, ma profession de foi, est aussi : *les textes avant tout !* Je publie un *Cours de Code Napoléon* ; j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code Napoléon lui-même, considéré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire ; et ma préférence pour la méthode dogmatique ne m'empêchera pas de prendre toujours pour base les articles mêmes de la loi »³⁹⁵. Ceci pose problème parce que, la Révolution française ayant imposé sa conception de la primauté de la loi et de la séparation des pouvoirs³⁹⁶, le style de l'époque poussait généralement les auteurs à proclamer une foi légaliste qui sentait encore l'ode révolutionnaire à la loi³⁹⁷. Cependant, il fallait rechercher cette doctrine « *dans le corps même des commentaires* ». Ce qui aurait permis de découvrir une méthode qui tient essentiellement en deux grands procédés. Le premier, qui consiste à aller *de la règle aux questions*, désignait pour Rémy le fait d'interroger la loi. En effet, « l'exégèse est d'abord un dialogue de l'interprète et de la loi », un « art dialectique » ; et si l'exégète interroge la loi, ce n'est point pour l'accuser, c'est pour la faire répondre³⁹⁸. Le deuxième grand procédé est d'aller *de la règle au système*. Ce qui fait des exégètes, toujours selon Rémy, « des auteurs à principes » et des faiseurs de systèmes. En bref : « L'exégèse questionne et ordonne ; l'exégète ne s'agenouille pas devant la loi, ni devant le Code ». La méthode exégétique serait par conséquent une « méthode de libre recherche »³⁹⁹. Elle révèle en tout cas, un objectif commun.

³⁹³ Rémy (Philippe), « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 119.

³⁹⁴ « L'exposé de la doctrine de l'École de l'exégèse, autrement dit de sa conception des éléments constitutifs de la science du droit civil, se trouve plus spécialement consigné dans les préfaces des œuvres de ses représentants ». Cf. Bonnacase (Julien), *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1924, p. 126.

³⁹⁵ Demolombe (Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. I, préface, p. 3, cité par *L'École de l'exégèse en droit civil...*, *op. cit.*, Paris, E. de Boccard, 1919, p. 15.

³⁹⁶ Halpérin (Jean-Louis), v° « exégèse (École) », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Lamy Presses universitaires de France, 2003, p. 683.

³⁹⁷ Rémy (Philippe), « Éloge de l'exégèse », *op. cit.*, p. 121.

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 122.

B. Un objectif commun : l'acclimatation du Code

Depuis ces travaux fondateurs⁴⁰⁰, la thèse selon laquelle il n'y aurait pas eu une véritable École de l'exégèse s'est renforcée. Or, si elle tend à atténuer la rupture opérée par l'« École scientifique » dans les années 1880⁴⁰¹ et annoncer la « libre recherche scientifique de Gény », l'histoire de l'enseignement du droit paraît maintenir la position contraire. Depuis le Consulat, s'est effectivement développé un *profond respect du Code civil* encadré par l'enseignement du droit. La loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) donne à l'État le monopole de l'enseignement juridique dont la vocation et la formation de praticiens appliquant à la lettre les codes⁴⁰². Dès lors, les professeurs des facultés de droit étant recrutés par des concours de chaire, même si en principe nommés à vie et inamovibles, dépendaient en réalité du pouvoir politique et restaient soumis à l'obligation du serment⁴⁰³. D'autre part, ce mode de recrutement était un moyen privilégié pour les « pontifes du droit »⁴⁰⁴ d'écarter les esprits novateurs, ce qui nourrissait le « conservatisme du corps professoral »⁴⁰⁵. Conservatisme reflété dans les cahiers et les notes des cours qui ont pu être conservés et qui montrent que beaucoup de professeurs se sont limités à l'explication du Code civil article par article⁴⁰⁶. Selon Arnaud, lors de cette période « le pouvoir tente donc, par tous les moyens, d'empêcher la doctrine juridique de s'épanouir »⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ 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, p. 467.

⁴⁰¹ « Je leur appliquerais volontiers le célèbre mot de Saleilles : par le Code, ils sont allés au-delà du Code ; si c'est bien cela le programme de l'École scientifique, ce programme est déjà accompli en 1880 ». Cf. Rémy (Philippe), « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, *Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, p. 92.

⁴⁰² Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁰⁴ « Pontifes : c'est bien ainsi, en effet, qu'on peut le mieux définir dans leur ensemble les juristes depuis le début du XIX^e siècle et jusqu'aux années 1880, véritables ministres d'un culte, le Droit, hauts dignitaires, personnages prestigieux et gonflés de leur importance. Il ne s'agit pas d'une quatrième catégorie de juristes. Mais nous voulons dire, en conclusion, que législateurs, magistrats, auteurs de la doctrine se conduisent alors en pontifes. S'il fallait définir cette attitude par quelques caractères précis, on pourrait la qualifier comme étant essentiellement antiscientifique, moniste, autonomiste et idéaliste ». Cf. Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 70. Le terme avait déjà été employé par Julien Bonnecase pour décrire Valette, cf. *La pensée juridique française...*, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁰⁵ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁰⁶ Halpérin (Jean-Louis), v° « exégèse (École) », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 683. Bonnecase estimait dans le même sens que l'apparition du Code civil n'était pas la seule cause de la stagnation de la science du droit, car : « Le pouvoir impérial se préoccupa, beaucoup trop souvent, dans ces nominations, du loyalisme des candidats professeurs envers les institutions et la politique du moment, plutôt que de leur capacité professionnelle. Cf. *La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1914, p. 177.

⁴⁰⁷ *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 49.

Cependant, ce qui explique que ces juristes aspirent à dissocier le Droit de « la » politique est l'inflation constitutionnelle (l'Empire, la Restauration, la Monarchie de Juillet)⁴⁰⁸. Autrement dit, les exégètes auraient voulu détacher le droit de cette « sphère politique » si tumultueuse. Il paraît toutefois que la doctrine civiliste a fait beaucoup plus que se limiter à la lettre du Code civil, elle a « *acclimaté le Code civil à la société* »⁴⁰⁹. C'est dire que les exégètes ont contribué à faire accepter le Code Napoléon ou à le *normaliser*. Enfin, s'il est possible de réduire la doctrine du XIX^e siècle à un seul trait distinctif, il semble que c'est le *culte de la loi* qui s'impose chez ces auteurs. Même si Philippe Rémy a rappelé l'implication de nombreux exégètes dans la vie politique de leur temps (comme Toullier, Merlin de Douai ou Acollass)⁴¹⁰, cela n'enlève rien au parti pris de neutralité adopté par des auteurs qui évitent de se prononcer sur le droit de la Révolution française⁴¹¹.

Au tournant du siècle, le principal reproche qui leur a été fait est d'ordre méthodologique : « l'Exégèse aurait vécu dans le culte du texte, le 'fétichisme légal', le littéralisme le plus étriqué »⁴¹². Néanmoins, même si depuis les travaux pionniers de Philippe Rémy la doctrine tend à penser qu'il y avait chez ces auteurs « de trop fortes individualités pour former une École »⁴¹³, il n'en reste pas moins qu'une méthodologie commune s'est développée. Cela a permis à l'historiographie de penser en termes de rupture et annonce l'avènement, vers la fin du XIX^e siècle, d'un nouveau paradigme « social ».

§2. Une pensée en termes de rupture : de l'École de l'exégèse à l'École scientifique

« Tous mes travaux, si nombreux soient-ils, trop nombreux même seraient-ils, ont toujours évolué autour de la même préoccupation : *retracer le mouvement juridique scientifique qui a marqué le XIX^e siècle et caractérise l'époque présente* »⁴¹⁴, écrit Julien Bonnecase dans *La pensée juridique française*. S'il a pu être qualifié d'« historien quasi-officiel de la doctrine du XIX^e

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁰⁹ Rémy (Philippe), « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement... », *op. cit.*, p. 92.

⁴¹⁰ Voir Rémy (Philippe), « Éloge de l'exégèse », *op. cit.*, p. 117.

⁴¹¹ Cf. Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 73.

⁴¹² Rémy (Philippe), « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 116.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 119.

⁴¹⁴ Bonnecase (Julien), *La pensée juridique française...*, *op. cit.*, préface, p. 2.

siècle »⁴¹⁵, sa méthode historique est critiquée notamment en raison des contradictions présentes dans son œuvre⁴¹⁶. Surtout, c'est sa conception de l'histoire de la pensée juridique en termes de rupture qui lui a été reprochée⁴¹⁷. Le « triomphe incontestable »⁴¹⁸ de la doctrine de l'École de l'Exégèse à partir de 1830, écrit-il, aurait marqué la doctrine de la moitié du XIX^e siècle, bouleversée par l'École scientifique à partir de 1880. Dans ses différents ouvrages, Bonnecase réduit en effet la pensée juridique française à une « succession » d'écoles : l'École scientifique se serait substituée à l'école traditionnelle qui pratiquait l'exégèse. La deuxième serait un véritable repoussoir intellectuel dont les membres sont simplement habiles à gloser les textes du Code civil, tandis que la première serait brillante et créative⁴¹⁹. L'École de l'exégèse semble alors une création d'outre-tombe (A) qui aurait pour autant conduit à une systématisation des écoles (B).

A. La création d'outre-tombe de l'École de l'exégèse

Ce schéma explicatif selon lequel l'École scientifique aurait triomphé sur l'École de l'exégèse, simple et séduisant⁴²⁰, a été repris par Eugène Gaudemet (1872-1933) : « aujourd'hui pas un civiliste en France ne serait ce qu'il est, si Saleilles n'avait commencé dès 1888 à secouer le sommeil exégétique de la science juridique classique »⁴²¹. Élève de Raymond Saleilles (1855-1912) et de François Géný (1861-1959) à la faculté de Dijon, Gaudemet contribue clairement à fixer le récit proposé quelques années auparavant par Julien Bonnecase. En 1935, la faculté de droit de Bâle

⁴¹⁵ Hakim (Nader), « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », dans *Histoire de l'histoire du droit* [en ligne], Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, n° 6 (généré le 13 janvier 2022). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/putc/11167>. ISBN : 9782379280931. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.putc.11167>.

⁴¹⁶ À titre d'illustration, aujourd'hui on retient de l'École de l'exégèse l'idée selon laquelle les exégètes méconnaissaient la jurisprudence, alors même que Bonnecase avait reproché à Demolombe d'être « trop servile envers la jurisprudence ». Voir Bureau (Dominique), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, dir. Yves Lequette et Laurent Leveneur, Paris, Dalloz, 2004, p. 195.

⁴¹⁷ Bonnecase s'inscrit dans le « régime moderne d'historicité » tendu vers l'avenir, qui s'est mis en place à partir de la Révolution française puis tout au long du XIX^e siècle. Cf. Bouton (Christophe), *L'accélération de l'histoire. Des Lumières à l'Anthropocène*, Paris, Éditions du Seuil, 2022, 12. Sur la question du « régime d'historicité », outil heuristique permettant de comprendre les moments de rupture et qui font basculer les rapports du passé au futur, voir Hartog (François), *Régimes d'historicité: présentisme et expériences du temps*, Paris, Éditions du Seuil, 2015, spécialement p. 38.

⁴¹⁸ Bonnecase (Julien), *La pensée juridique française...*, *op.cit.*, p. 246 et s.

⁴¹⁹ Hakim (Nader), « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », *op. cit.*, n° 6.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. n° 18.

⁴²¹ Gaudemet (Eugène), « L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Géný en méthodologie juridique et en philosophie du droit », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Paris, Sirey, 1935, t. II, p. 8.

décide de réunir, dans *L'Interprétation du Code civil en France depuis 1804*, une série de quatre conférences que Gaudemet avait prononcées à son invitation en 1923⁴²². Dans ces conférences, il contribue sans doute à façonner l'École de l'Exégèse pour mieux en dénoncer les limites et se rallier au projet « scientifique » de ses maîtres, Saleilles et Gény. Comme Bonnacase⁴²³, Eugène Gaudemet envisage l'histoire de la pensée juridique française à travers le prisme de la rupture, celui de l'opposition entre le passé et l'avenir :

Ouvrez un livre écrit pour les étudiants du 1^{er} Empire : *Les Institutes de droit civil français* de Delvincourt, par exemple, dont la première édition parut en 1808 ; et comparez avec lui les manuels dont se servent aujourd'hui nos élèves : le *Traité élémentaire* de M. Planiol (1^{re} édition, 1900) ou le *Cours élémentaire* de MM. Ambroise Colin et Capitant (1^{re} édition, 1914). Tout diffère entre eux, même quand les sujets étudiés sont identiques⁴²⁴.

Et il continue avec des exemples qui mettent en valeur son époque et méprisent le passé, tels que :

Dans le livre de Delvincourt, que trouvez-vous ? Une sèche paraphrase des articles asservie au plan du Code, sans références historiques, sans aperçus sur la portée sociale ou économique des principes de droit positif, sans discussion et sans critique. Dans les livres d'aujourd'hui au contraire le droit du Code civil nous est présenté comme préparé par une longue évolution historique, conditionné par l'économie politique et le milieu social, inséparable de l'étude du droit étranger, perfectionné enfin par la Jurisprudence, qui en est le commentaire progressif et vivant⁴²⁵.

En revanche, cette instrumentalisation de l'histoire de la pensée a été la clé de la systématisation des écoles.

⁴²² Gaudemet (Sophie), v° « GAUDEMET François-Eugène-Henri », dans *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, dir. Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, Paris, Presses Universitaires de France, p. 358.

⁴²³ Voir en ce sens Hakim (Nader), « Julien Bonnacase : historien de la science juridique ? », *op. cit.*, et Bureau (Dominique), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *1804-2004. Le Code civil, op. cit.*, p. 181.

⁴²⁴ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Éd. la Mémoire du droit, 2002, p. 48.

⁴²⁵ *Id.*

B. La systématisation des écoles

C'est vers le centenaire de la promulgation du Code civil que la pensée juridique a été « systématisée en écoles »⁴²⁶. C'est-à-dire que, à partir du *Livre du Centenaire*⁴²⁷, ont été publiés certains travaux consacrés à la doctrine telle qu'elle s'était développée dans le courant du XIX^e siècle et telle qu'elle semblait s'annoncer à l'aube du XX^e siècle⁴²⁸. Celle-ci opposait le passé, l'École de l'exégèse, à l'avenir, l'École scientifique. Néanmoins, cette systématisation ne s'est imposée que progressivement. Dans la préface de l'ouvrage de Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), Saleilles évoque la méthode traditionnelle et classique, la méthode d'évolution historique et la méthode proposée par Gény dans cet ouvrage. Ce qui suggère un certain pluralisme des méthodes. En 1904, Joseph Charmont et son collègue A. Chausse considèrent qu'il n'y avait « pas eu à proprement parler d'Écoles {et qu'on ne pouvait} guère noter que des variations, des préférences individuelles »⁴²⁹. Ce n'est finalement qu'avec Bonnet-Case et Gaudemet qu'apparaît cette présentation de la doctrine en termes d'écoles⁴³⁰.

Gaudemet contribue donc à « mythifier » l'opposition entre la méthode classique mobilisée par l'École de l'exégèse et le mouvement de rénovation méthodologique amorcé par l'École scientifique. Or, il écrit de manière presque paradoxale que le « progrès des méthodes {...} a pour caractéristique la continuité », mais « ce n'est pas à dire que dans cette continuité historique, il ne soit possible de déterminer des phases »⁴³¹. En effet, Gaudemet en voyait quatre :

La première s'étend de 1804 à 1838 approximativement : la doctrine de l'exégèse se constitue et s'organise, non sans hésitations et incertitudes, avec Merlin, Toullier et Proudhon, pour aboutir à une œuvre nettement classique : celle de Duranton. La seconde, de 1838 à 1880 environ, est celle de l'apogée de l'école classique, avec les deux grandes œuvres de Demolombe et d'Aubry et Rau. La troisième, de 1880 à 1900, est une phase de

⁴²⁶ Bureau (Dominique), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *1804-2004. Le Code civil, op. cit.*, p. 173.

⁴²⁷ *Le Code civil (1804-1904). Livre du Centenaire*, Paris, Rousseau, Société d'études législatives, 1904.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 180.

⁴²⁹ Charmont (Joseph) et Chausse A., « Les interprètes du Code civil, dans *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire* publié par la Société d'études législatives, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 138.

⁴³⁰ Bureau (Dominique), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *1804-2004. Le Code civil, op. cit.*, p. 181 : « À ce stade de la réflexion, la pensée juridique fut dès lors systématisée en termes d'Écoles et de rupture, opposant le passé - l'École de l'exégèse - à l'avenir - l'École scientifique ».

⁴³¹ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 51.

progrès nouveau et de transition où l'école classique élargit ses principes avec Ch. Beudant, Bufnoir et Labbé, où Saleilles, mon illustre et regretté maître, dans les dernières années, commence hardiment son œuvre novatrice. La quatrième commence en 1900, avec la publication du premier grand ouvrage de M. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, un autre de mes maîtres qui inaugure nettement l'École scientifique contemporaine⁴³².

Par conséquent Gaudemet semble lui-même être conscient que la rupture du XX^e siècle doit être relativisée, voire qu'elle n'avait eu lieu en réalité « qu'en demi-teinte »⁴³³. Curieusement, c'est donc la continuité méthodologique qui transcendait l'évolution de ces phases. Il continuait d'ailleurs par préciser que ces phases pouvaient s'entremêler dans la mesure où elles « ne sont pas séparées par des divisions nettes, on passe de l'une à l'autre insensiblement »⁴³⁴. Ainsi, le point de convergence entre l'École classique et l'École scientifique se trouve dans « la construction juridique » telle que la présomption, la fiction, les catégories et « tout cet appareil logique dont Aubry et Rau ont fait un si admirable usage ». La différence radicale entre ces deux écoles consiste dans le fait que la plus récente exerce toujours ces procédés sur des « données réelles »⁴³⁵. Ce qui compte alors ce sont les faits. À l'instar de ses maîtres, Saleilles et Gény, Gaudemet souhaite promouvoir l'étude de la jurisprudence afin de décrypter l'évolution sociale. Toutefois, comme le soulignent MM. Jestaz et Jamin, un point de convergence important entre les auteurs du XIX^e et ceux du XX^e siècles était la recherche de principes qui seraient en germe dans la législation ou la jurisprudence⁴³⁶. Or, si le début du XX^e siècle a marqué l'avènement d'une nouvelle ère, comme Gaudemet a pu le pressentir, la différence réside dans le fait que désormais les principes seront dégagés plus souvent des arrêts que de la loi⁴³⁷.

En bref, l'École de l'exégèse a été construite *a posteriori* par les membres d'une génération plus jeune cherchant à mettre en valeur leurs idées. L'opposition exégèse-scientifique apparaît dès lors comme un outil mobilisé afin de contribuer à légitimer les nouvelles théories juridiques. Cette

⁴³² *Ibid.*, p. 52.

⁴³³ *Ibid.*, p. 26.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 130.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 33.

démarche qui se prétendait innovatrice tendait à masquer alors un esprit conservateur. Ainsi, en prenant conscience de cette construction historiographique, il est possible, en s'inspirant de l'œuvre de Jacques Derrida, de tenter de déconstruire cet objet d'étude.

Section 1. La déconstruction de l'École de l'Exégèse

Selon Jacques Derrida, en matière de déconstruction,

Il ne s'agit pas {seulement} de se soulever contre les institutions mais de les transformer par des luttes contre les hégémonies, les prééminences ou les pouvoirs dominants dans chaque lieu où elles sont installées et recrées⁴³⁸.

Ceci veut dire que la déconstruction cherche, par la confrontation, à déplacer et réinventer de manière révolutionnaire les institutions et les modèles sociaux établis. Pour cela elle nécessite une connaissance approfondie et préalable des auteurs de référence, ainsi qu'un dialogue et un débat raisonné avec eux, et la connaissance du paradigme dans lequel leur théorie a été conçue⁴³⁹. D'autre part, il faut comprendre que la révolution conceptuelle apportée par la déconstruction n'implique pas nécessairement la destruction. Le processus inhérent à la déconstruction suppose plutôt l'émergence de formes, de mécanismes et de nouvelles configurations, par la révision et la réinterprétation⁴⁴⁰. Partant, en se penchant sur l'œuvre des juristes français qui ont attaqué leurs prédécesseurs, à l'aube du XX^e siècle, et en la replaçant dans le cadre de la « science normale »⁴⁴¹ légaliste, il est possible de considérer que l'École de l'exégèse a été l'objet d'un mythe.

De manière significative, Julien Bonnecase écrivait :

Qu'on le veuille ou non, il y a eu dans la science du droit civil au XIX^e siècle une grande École, une École qui sera la marque de l'histoire dans notre science pendant cette période : l'École de l'Exégèse⁴⁴².

Pour la doctrine de la fin du XIX^e siècle, l'École de l'exégèse a indéniablement existé. Or, ce qu'il faut bien comprendre c'est que, malgré le débat historiographique actuel l'existence de cette

⁴³⁸ « Una filosofía deconstructiva », *Zona Erógena*, n° 35, 1997, p. 9. URL : <https://mercaba.org/SANLUIS/Filosofia/autores/Contemporanea/Derrida/Derrida%20-%20Una%20Filosofia%20Deconstructiva.pdf> (consulté le 14 février 2023). Sur la déconstruction en histoire du droit, voir notamment Halpérin (Jean-Louis), « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio@Themis*, n° 5, 2012.

⁴³⁹ Ayala Aragón (Óscar Ranulfo), « La deconstrucción como movimiento de transformación », *Ciencia, Docencia y Tecnología*, vol. XXIV, n° 47, novembre, 2013, p. 82-83.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁴¹ Pour reprendre les termes de Thomas Kuhn. Cf. *The structure of scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 4^{ème} éd., 2012.

⁴⁴² *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 1919, n° 2, p. 2.

école, une méthode legaliste a bien existé dans la France du XIX^e siècle, et elle s'est exportée dans le monde à mesure que les codifications progressaient. Cette méthode du *culte de la loi* s'insère dans ce que Paolo Grossi nommait « l'absolutisme juridique »⁴⁴³, le processus de mythification de la loi, quand celle-ci devient l'instrument autoritaire du Législateur tout puissant, s'imposant aux autres sources et provoquant la fin du pluralisme juridique médiéval. L'« École de l'exégèse » serait donc une doctrine de l'*absolutisme juridique* : malgré le fait qu'elle ne soit pas une école unitaire, il y avait bien un groupe d'auteurs ayant adopté une position passive face à la loi⁴⁴⁴. Les traits de cette prétendue école ont en revanche été accentués, voire exagérés par une génération d'auteurs plus jeunes. Dans un objectif de conservation sociale, leur but était de montrer les failles de la méthode « ancienne » pour légitimer leurs nouvelles théories *a priori* révolutionnaires amenant à une « socialisation » du droit. Cette absolutisation de la loi par les « exégètes », en annihilant le pluralisme juridique, a provoqué donc une réduction du droit à la loi. Plus la loi adoptait un rôle totalisant, plus le droit se détachait de la société. Au contraire, la volonté de prendre en compte les faits dans l'étude du droit, par une observation « scientifique », sera un des emblèmes de la « nouvelle » École scientifique.

Afin d'apporter quelques lumières dans la mise en place du paradigme legaliste, il convient cependant de revenir sur la construction d'une légende : l'« École de l'exégèse » (§1).

§1. La construction d'une « légende »⁴⁴⁵ : l'« École » de l'exégèse

Selon le Dictionnaire *Robert*, une légende est la « représentation de faits ou de personnages réels, accréditée dans l'opinion, mais déformée ou amplifiée par l'imagination, la partialité »⁴⁴⁶. En ce sens il paraît que Julien Bonnecase a contribué à déformer la pensée juridique du XIX^e siècle, ou à amplifier l'idée du culte de la loi. Dans son ouvrage *Qu'est-ce qu'une faculté de droit ?* (1929) il simplifie considérablement la pensée de cette époque : « Jamais les juristes d'une époque n'ont fait

⁴⁴³ *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 77. Voir aussi du même auteur *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1998, spécialement p. 4-5. Pour une lecture critique de l'œuvre de Paolo Grossi, voir Petronio (Ugo), « L'École de l'exégèse, entre lumières et positivisme scientifique », dans *Traditions savantes et codifications*, dir. Claude Ophèle et Philippe Rémy, Paris, LGDJ, Université de Poitiers, 2007.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 86.

⁴⁴⁵ Le terme vient de Bureau (Dominique), « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *1804-2004. Le Code civil, op. cit.*, p. 191.

⁴⁴⁶ *Id.*

preuve de plus d'unité dans les conceptions juridiques fondamentales. Le XIX^e siècle juridique a eu la foi ; il l'a eue dans le dogme de l'exégèse. {...} L'autorité de la loi est demeurée absolue »⁴⁴⁷. Or, si l'on compare par exemple avec l'œuvre du « prince de l'exégèse » - selon le titre accordé par l'auteur à Demolombe⁴⁴⁸ - ou même avec les cas de François Laurent (A), la *Thémis* (B) ou l'œuvre de Bufnoir (C), ceci doit indéniablement être nuancé.

A. Les cas controversés du « prince de l'exégèse » et de François Laurent

Tout d'abord, Demolombe, civiliste de Caen, professeur à la Faculté de droit, est considéré comme l'un des auteurs majeurs de son époque⁴⁴⁹. Même Bonnacase croyait que « Demolombe fut de son vivant et, au lendemain de sa mort, considéré en France comme le plus grand jurisconsulte français de son temps »⁴⁵⁰. En tout cas, il est généralement pensé comme le grand représentant de l'École de l'exégèse. Quoi qu'il en soit, il écrivait à une époque « classique » et significative⁴⁵¹ de ce moment, à une époque qui correspond effectivement aux publications les plus classiques de commentaires exégétiques du Code Napoléon, lorsque le Second Empire paraît renouer avec la propagande napoléonienne⁴⁵². Or, bien qu'il ait écrit dans la préface de ses *Cours de Code Napoléon* la phrase devenue très célèbre « les textes avant tout ! », comme le souligne M. Halpérin, le « prince de l'exégèse a peut-être été mal nommé »⁴⁵³. Malgré sa posture positivo-légaliste, Demolombe n'hésitait pas à recourir soit au droit naturel, soit à la jurisprudence, démontrant que le paradigme légaliste était aussi complexe que la soi-disant École de l'exégèse.

⁴⁴⁷ *Qu'est-ce qu'une Faculté de Droit ?*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 183.

⁴⁴⁸ *Les destinées de l'œuvre de Demolombe au temps présent*, Bordeaux, Delmas, 1929, p. 7 et 23. Il apparaît que Bonnacase a repris l'expression de François Laurent. Cf. Jamin (Christophe), « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1994, p. 816.

⁴⁴⁹ Surnommé aussi « le Pothier des temps modernes » ou « le premier jurisconsulte de notre temps » par ses admirateurs. Cf. Thireau (Jean-Louis), *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 3^e éd., 2009, p. 347.

⁴⁵⁰ Bonnacase (Julien), *La pensée juridique française...*, *op.cit.*, n° 163, p. 319.

⁴⁵¹ Hakim (Nader), « L'invention juridique de la nature. Demolombe et la 'nature des choses' », dans *Des racines du droit & des contentieux. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Louis Mestre*, Le Mans, Éditions l'Épitoge, 2020, p. 2.

⁴⁵² Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française : entre mythes et réalités : XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS éditions, 2022, p. 68-69.

⁴⁵³ *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 60.

D'une part, en matière de droit propriété, Demolombe débute ses deux volumes consacrés aux biens en distinguant clairement le monde du droit et le monde naturel⁴⁵⁴. Ce droit, que notre auteur estime « au premier rang des droits réels », voire comme « l'étalon de tous les droits »⁴⁵⁵, il le présente comme naturel dans la mesure où Dieu l'a concédé : « Dieu, qui a créé l'homme sociable, lui a donné en même temps le moyen d'accomplir sa destinée ; et c'est ainsi Dieu lui-même, qui a institué le droit de propriété »⁴⁵⁶. La propriété serait donc une vérité inscrite dans la nature que le droit positif reconnaît. Dans le même sens, il écrit dans la présentation générale de son premier tome : « Il est un certain nombre de grands principes et de vérités fondamentales, sur lesquels repose la législation toute entière »⁴⁵⁷. C'est donc parce que le Code civil repose sur ces grandes « vérités fondamentales » issues de la nature, que le professeur de Caen trouve le moyen - dans une argumentation qui semble apolitique⁴⁵⁸ -, de légitimer cette législation issue de la Révolution de 1789.

En ce sens, le Code civil fournit à la bourgeoisie une « tradition nouvelle »⁴⁵⁹ permettant de maintenir le *statu quo*. « Comme l'a bien montré François Furet, le bourgeois du XIX^e siècle est l'héritier d'une révolution qui l'a porté au pouvoir, mais dont il déteste le principe et craint le retour »⁴⁶⁰. Cette classe d'hommes, qui a progressivement détruit l'ancienne société aristocratique, n'a qu'un titre fragile à la domination : la richesse. Sans tradition fixe, le bourgeois craint le recommencement du désordre, il craint de revenir en 1793⁴⁶¹. Né avec le Code civil le 22 juillet 1804, fils de notaire de la région parisienne⁴⁶², Demolombe devient donc traditionaliste par

⁴⁵⁴ Hakim (Nader), « L'invention juridique de la nature... », *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵⁵ Demolombe (Jean-Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. IX et X, *Traité de la distinction des biens ; de la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 2^e éd., Paris, A. Durand et L. Hachette et C^{ie}, 1861, n° 334, p. 201.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, n° 534, p. 479.

⁴⁵⁷ Demolombe (Jean-Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. I, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général ; de la jouissance et de la privation des droits civils ; des actes de l'état civil ; du domicile*, 2^e éd., 1860, n° 1.

⁴⁵⁸ Hakim (Nader), « L'invention juridique de la nature... », *op. cit.*, p.13.

⁴⁵⁹ Frydman (Benoît), *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁶⁰ *Id.*

⁴⁶¹ Furet (François), *Le passé d'une illusion*, Paris, Robert Laffont, 1995, p. 20-27.

⁴⁶² Hakim (Nader), « L'invention juridique de la nature... », *op. cit.*, p. 1. Pour des indices biographiques voir aussi J. Musset, v° « DEMOLOMBE Jean-Charles », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 245 ; Thireau (Jean-Louis), *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, p. 347-348.

inquiétude. Le Code civil lui fournit cette « tradition nouvelle » lui permettant de défendre le droit de propriété (consacré par l'article 544) contre la menace du « hideux communisme »⁴⁶³.

D'autre part, il est significatif de remarquer que Demolombe, le « prince de l'exégèse », préconisait déjà l'étude de la jurisprudence qu'il appelle la « *viva vox iuris civilis* », la pratique ou la vie du droit⁴⁶⁴. Dans la *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative et criminelle*, fondée en 1851 par notre auteur et Molinier, la nécessité du recours à la jurisprudence est déjà explicitée malgré la croyance du culte de la loi. Son avant-propos, qui semble avoir été rédigé par Demolombe, annonçait la prise en compte croissante de la jurisprudence comme un « fait constant et irrésistible »⁴⁶⁵. En outre, la *Revue critique* prétendait aussi d'« examiner, au point de vue doctrinal, les décisions judiciaires »⁴⁶⁶. D'ailleurs, 10 ans après lui avoir accordé le titre de « prince de l'exégèse », Bonnacase, dans *Les destinées de l'œuvre de Demolombe au temps présent*⁴⁶⁷, se rétracte « après avoir constaté, à la lecture de plusieurs volumes de son œuvre, que son commentaire du Code civil est loin d'être purement grammatical »⁴⁶⁸. Procédant « à un réel examen de conscience », il reconnaît que Demolombe n'était pas un auteur si dénué de principes, ayant su ne pas « négliger la construction doctrinale au profit des analyses purement descriptives de la jurisprudence »⁴⁶⁹. Tout ceci est révélateur du développement de l'étude de la jurisprudence après la codification, en dépit de « l'École de l'exégèse »⁴⁷⁰ et du légalisme régnant, et permet de nuancer la « rupture » de l'École scientifique.

Vers la seconde moitié du XIX^e siècle, effectivement, l'analyse de la jurisprudence se propage fortement. Dans un premier temps, grâce aux recueils périodiques d'arrêts qui faisaient

⁴⁶³ Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 71-72.

⁴⁶⁴ Cf. Barénot (Pierre-Nicolas) et Hakim (Nader), « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 41, 2012, p. 286.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 79.

⁴⁶⁶ *Id.* En revanche Bonnacase pense que si Demolombe et Marcadé ont pu paraître faire œuvre d'innovation en créant la *Revue critique de jurisprudence* et en abordant l'examen doctrinal de jurisprudence, ils ne faisaient, en réalité que suivre la trace indiquée par la *Thémis*. Cf. Bonnacase (Julien), *La Thémis (1819-1831)...* *op. cit.*, p. 17.

⁴⁶⁷ *Loc. cit.*

⁴⁶⁸ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, préface p. 20.

⁴⁶⁹ Bonnacase (Julien), *Les destinées de l'œuvre de Demolombe...*, *op. cit.*, p. 5 et 23.

⁴⁷⁰ Christophe Atias remarque que 20% des paragraphes du Cours de droit civil de Demolombe font référence à la jurisprudence. Cf. « La controverse et l'enseignement du droit », dans *Annales d'Histoire des Facultés de Droit*, n° 2, *Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, p. 109.

défaut sous l'Ancien Régime. Ils permettent notamment aux juristes de prendre connaissance des arrêts les plus importants. Dans un mouvement de « rationalisation de la jurisprudence »⁴⁷¹, des recueils sont parus depuis le début du siècle, tels que le *Journal du Palais* en 1801, le *Sirey* en 1802, le *Journal des Audiences* en 1804. Au cours du siècle, apparaissent le Bulletin des arrêts du Conseil d'État en 1821 (qui deviendra le *Recueil Lebon*) et le *recueil Dalloz* en 1845. Surtout, la diffusion des arrêts est due au fleurissement des notes d'arrêts⁴⁷², dont le pionnier est Joseph-Émile Labbé⁴⁷³. « S'il n'invente pas ce genre littéraire, il le porte à maturité et lui donne ses lettres de noblesse », son but étant de trouver « les raisons qui peuvent justifier la décision de la Cour suprême »⁴⁷⁴ ; autrement dit de donner un bref commentaire de l'arrêt tout en dégagant sa portée. Pour cela, il s'efforçait de dégager des principes abstraits des décisions jurisprudentielles⁴⁷⁵, en publiant au *Journal du Palais* et au *Recueil Sirey* essentiellement, c'est-à-dire dans les collections les plus importantes du XIX^e siècle, avec le recueil *Dalloz*⁴⁷⁶.

Ces notes d'arrêt ont par ailleurs provoqué un rapprochement entre l'École et le Palais. Les professeurs de droit, prirent conscience rapidement de l'importance de l'étude de la jurisprudence, entendue ici comme les décisions des tribunaux. En effet, dès les années 1820 les membres de la doctrine, c'est-à-dire ceux qui font science de droit, tentent de s'extraire de l'exégèse du Code pour pénétrer dans le champ de la jurisprudence⁴⁷⁷. Ils essaient alors de discréditer leurs concurrents, les arrêtiéristes, dans un contexte éditorial très concurrentiel. Cela ne fait que provoquer une réaction des praticiens, tels que Jean-Baptiste Sirey, qui, en 1821, signale les lacunes de l'enseignement « exégétique » des facultés⁴⁷⁸. Ainsi, si des luttes de pouvoir se manifestent très tôt entre les arrêtiéristes et les commentateurs du Code, il n'en demeure pas moins que ceci contribue au

⁴⁷¹ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁷² Défini comme un : « Outil de reconfiguration du droit prenant pour point de départ l'observation empirique de son application par les tribunaux, la note d'arrêt confronte en permanence pratique et théorie. À travers elle, l'arrêtiériste joue un rôle à part dans la politique scientifique de son époque. Il livre en permanence la théorie aux praticiens, et la pratique aux théoriciens ». Cf. Barénot (Pierre-Nicolas) et Hakim (Nader), « La jurisprudence et la doctrine... », *op. cit.*, p. 270.

⁴⁷³ Voir Barénot (Pierre-Nicolas) et Hakim (Nader), « La jurisprudence et la doctrine... », *op. cit.*, p. 254 ; Jamin (Christophe), « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit*, n° 37, 1992, p. 247-267 ; Barénot (Pierre-Nicolas), *Les Recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914) : entre théorie et pratique*, Paris, LGDJ, p. 179-180.

⁴⁷⁴ Hakim (Nader), v° « LABBÉ Joseph-Émile », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 442.

⁴⁷⁵ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁷⁶ Barénot (Pierre-Nicolas) et Hakim (Nader), « La jurisprudence et la doctrine... », *op. cit.*, p. 265.

⁴⁷⁷ Barénot (Pierre-Nicolas), *Les Recueils de jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁷⁸ Barénot (Pierre-Nicolas) et Hakim (Nader), « La jurisprudence et la doctrine... », *op. cit.*, p. 274 et s.

rayonnement de l'expertise en matière de jurisprudence, co-existential avec la polémique « École de l'exégèse ».

De manière révélatrice, vers la moitié du XIX^e siècle également, on observe dans l'œuvre célèbre des professeurs Aubry et Rau⁴⁷⁹ une utilisation de la jurisprudence. Malgré le discours d'Aubry affirmant en 1857 que le professeur doit expliquer « toute la loi, rien que la loi » et protestant contre « toute innovation qui tiendrait à substituer une volonté changeante à celle du législateur »⁴⁸⁰, dans leur *Cours de droit civil français*, devenu une référence incontournable pour l'historiographie⁴⁸¹, les auteurs associent des notes volumineuses consacrées à la jurisprudence aux commentaires du Code civil⁴⁸². Leur objectif était d'associer la théorie et la pratique, la jurisprudence paraissant alors le moyen de suppléer aux lacunes de la loi⁴⁸³. En outre, le plan du Code n'est plus suivi, ce qui a pu être considéré comme une sorte de « révolution logique »⁴⁸⁴, même s'ils se considéraient eux-mêmes comme des penseurs adhérant à l'exégèse. En effet, par rapport au cours du professeur allemand Zachariæ⁴⁸⁵, qu'ils traduisent dès 1839, ils déclarent : « aussi riche en détails que nourri de doctrine, allie de la manière la plus heureuse la pratique à la théorie, et réunit tous les avantages de la méthode exégétique à ceux d'un enseignement dogmatique »⁴⁸⁶. Ce qui reflète leur volonté d'associer la méthode exégétique à la méthode dogmatique et a été interprété plus tard comme la progression d'un positivisme étatique éclairé⁴⁸⁷. Cependant, en

⁴⁷⁹ Sur l'œuvre de ces derniers voir Bonnacase (Julien), *La Faculté de droit de Strasbourg (an XII-10 mai 1871). Ses maîtres, ses doctrines et sa contribution à la science juridique française du XIX^e siècle*, Toulouse, 1916 ; Gaudemet (Eugène), « Aubry et Rau », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1923, p. 65-100.

⁴⁸⁰ Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁸¹ Cf. Deroussin (David), *Se survivre à soi-même. Le Cours de droit civil d'Aubry et Rau*, à paraître. Sur leur œuvre, consulter également *Aubry et Rau. Leurs œuvres, leurs enseignements*, dir. Jean-Michel Poughon, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006.

⁴⁸² C'est probablement pour cette raison que, pour Ripert, Aubry et Rau étaient l'exception à l'École de l'exégèse. Cf. Ripert (Georges), « Henri Capitant », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1937, p. 607-II : « Depuis cent ans tous les civilistes, à l'exception d'Aubry et Rau, commentaient le Code article par article pour lui arracher ses secrets, et, si l'interprétation était souvent ingénieuse, elle ne pouvait conduire 'au-delà du Code civil' ».

⁴⁸³ Dans un sens contraire voir Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 57, selon lequel Aubry et Rau appartiennent encore à la prétendue École de l'exégèse, car la jurisprudence est mobilisée en notes.

⁴⁸⁴ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁸⁵ Professeur à l'université de Heidelberg, il avait été un des premiers en 1808 à présenter, sous la domination napoléonienne, un traité de droit civil français, cf. Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁸⁶ Aubry (Charles) et Rau (Frédéric-Charles), *Cours de droit civil*, Strasbourg, F. Lagier, 1839, t. I, préface, p. VIII. Sur ce point, cf. aussi Kanayama (Naoki), « Les civilistes français et le droit naturel au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 8, 1989, p. 146.

⁴⁸⁷ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 58.

négligeant ce fleurissement précoce de la jurisprudence, Bonnecase écrit en 1914 que, avec la première publication du *Cours* d'Aubry et Rau en 1839, « s'ouvre une nouvelle période pour notre droit, la grande période de l'exégèse pure »⁴⁸⁸. Il montre, en conséquence, une histoire de la doctrine juridique du XIX^e siècle réduite fondamentalement à l'exégèse du Code civil.

Par ailleurs, autre exemple de la simplification, voire de la construction de la légende de l'École de l'exégèse se trouve dans l'œuvre du civiliste belge François Laurent⁴⁸⁹ (1810-1887). Professeur à l'université de Gand, auteur d'un avant-projet de révision du Code civil belge (1879-1884) qui a échoué⁴⁹⁰, Laurent est réputé d'avoir fait l'exégèse du Code Napoléon dans son ouvrage en 33 volumes intitulé *Principes de droit civil*⁴⁹¹. S'il vénère la législation napoléonienne « qui, pour la clarté et la précision de la forme, est un vrai chef-d'œuvre »⁴⁹², le civiliste écrit dès la préface du premier tome qu'afin que le livre puisse être utile à ses étudiants comme aux jeunes avocats et magistrats, il a tenu « grand compte de la jurisprudence »⁴⁹³. Or le Code civil n'ayant pas posé des règles d'interprétation, pour lui l'interprète reste *l'esclave de la loi* : « On parle de servilité ; on oublie que l'interprète est réellement l'esclave de la loi ; pour mieux dire, il n'a pas de volonté en présence de la loi, il a seulement le devoir d'obéir »⁴⁹⁴. Malgré cette soumission à la loi, Laurent préconisait un recours à l'histoire pour l'interprétation des textes de loi : « Comment parvient-on à découvrir la volonté de celui qui a fait la loi ? Elle se trouve écrite dans un texte, c'est donc, avant tout, ce texte qu'il faut étudier, méditer ; c'est le texte qui en est l'expression. En revanche le texte seul ne suffit point : c'est une formule abstraite qu'il faut vivifier, en le mettant en rapport avec le développement successif du droit : l'histoire nous révèle le sens et la portée des institutions juridiques »⁴⁹⁵. Dans une optique qui peut nous rappeler la méthode historique défendue

⁴⁸⁸ Bonnecase (Julien), *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, préface, p. VIII.

⁴⁸⁹ Sur Laurent, cf. Erauw (John), *Liber memorialis François Laurent 1810-1887*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989.

⁴⁹⁰ Ancel (Baudouin), « La doctrine de droit international privé et le sort du droit privé étranger face aux changements de souveraineté (XIX^e-XX^e siècles), dans *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ?*, dir. Romain Bareau et al., Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2022, p. 409. URL : <https://www.cairn.info/que-faire-du-droit-prive-etranger---page-399.htm>

⁴⁹¹ Il convient de rappeler que l'enseignement du droit en Belgique se pratiquait d'après les mêmes méthodes qu'en France et sur le même cadre : le Code civil. Cf. Bonnecase (Julien), *La Thémis*, *op. cit.*, p. 12. Consulter également van Biervliet (Joseph), *L'interprétation belge du Code civil*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 651-652.

⁴⁹² Laurent (François), *Principes de droit civil*, t. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Comp., Paris, A. Durand & Pedone Lauriel, 1869, p. 7.

⁴⁹³ *Ibid.*, préface, p. VI.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 344.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 342.

par Saleilles⁴⁹⁶, Laurent estimait nécessaire de se servir de l'histoire : « Quelque clair que soit le texte, il faut l'animer, le vivifier, *en recourant à l'histoire*, à la discussion, *aux travaux préparatoires* ; à plus forte raison, cela est-il nécessaire quand la loi est obscure ! »⁴⁹⁷.

Au-delà de cette déclaration, les commentateurs du Code pouvaient se comporter en historiens. C'était le cas lorsque, cherchant la clé du sens dans le secret de son origine, dans le mouvement de sa production, ils traquaient la volonté historique du Législateur, jusque dans les travaux préparatoires⁴⁹⁸. Comme pour Demolombe, le Code civil était pour Laurent un outil conservateur accordant à la bourgeoisie une « tradition nouvelle » lui permettant d'asseoir sa domination. Détestant la révolution, le bourgeois a été adossé par force à celle-ci. Détestant le principe et craignant le retour, entre la tradition monarchiste et la tradition aristocratique, il a dû choisir cette nouvelle tradition⁴⁹⁹ légaliste. Cette position s'explique aussi fondamentalement par la peur du socialisme qui s'empare des juristes bourgeois, de la révolte des canuts de Lyon en 1831 au pamphlet de Proudhon *Qu'est-ce que la propriété ? C'est le vol* (1840)⁵⁰⁰. Comme l'écrivent MM. Jamin et Jestaz : « Voilà donc une École de l'exégèse qui est à son apogée sans pourtant qu'aucun de ses plus glorieux représentants puisse vraiment en être l'expression, car nul n'en respecte réellement les canons »⁵⁰¹. Par ailleurs, un autre cas controversé ayant contribué à forger la légende de l'École de l'exégèse, est celui des « précurseurs » de l'École scientifique.

B. Le mythe des précurseurs de l'École scientifique : Athanase Jourdan et la *Thémis*

C'est à Julien Bonnecase que l'on doit le mythe selon lequel Athanase Jourdan (1791-1826)⁵⁰² et ses amis de la *Thémis* seraient les précurseurs d'une supposée « École

⁴⁹⁶ Voir *infra* Deuxième partie. La difficile réaction du nouveau paradigme social à partir du tournant du siècle.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 347.

⁴⁹⁸ Frydman (Benoît), *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁹⁹ Furet (François), *Le passé d'une illusion*, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁰⁰ Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁰¹ *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁰² Pour des informations biographiques, voir Leyte (Guillaume), v° « JOURDAN Athanase-Jean-Léger », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 431-432 ; Motte (Olivier), *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle*, Bonn, Bouvier Verlag, 1989, t. I, p. 892 et s.

scientifique »⁵⁰³. C'est dire que le récit n'est quasiment plus réexaminé. En reprenant une idée qu'il répète à l'envi dans plusieurs de ses ouvrages, le professeur de l'université de Bordeaux commente :

Sans doute, quelques juristes ont fait exception {à l'exégèse} ; du coup, leur situation a été très particulière ; ils ont pris figure d'hérétiques par opposition aux orthodoxes. En un mot, le XIX^e siècle, sous le rapport de l'enseignement du Droit, a été conservateur et splendidement exégète⁵⁰⁴.

S'il écrivait cet extrait par rapport à l'enseignement du droit, Bonnecase faisait allusion aux juristes innovateurs, précurseurs selon lui de l'« École scientifique » et à rebours de l'« École de l'exégèse ». Or, comme nous l'avons vu, ceci conduit à réduire profondément la doctrine du XIX^e siècle en présentant l'histoire de la pensée juridique depuis le Code civil comme une succession d'écoles et comportant une parenthèse, celle de l'« École de la *Thémis* » regroupée autour d'Athanase Jourdan (1791-1826). Malgré le fait que Bonnecase ait été impliqué dans une affaire de trafic d'influence, révoqué et mis d'office à la retraite en 1941⁵⁰⁵, il n'en reste pas moins que ses œuvres ont connu un véritable succès. Ses idées, en effet, ont fait preuve d'une large diffusion dans les milieux académiques et certaines d'entre elles n'ont quasiment pas été remises en cause. À tel point que son histoire des doctrines juridiques est presque considérée comme l'histoire officielle de la pensée juridique⁵⁰⁶. C'est ainsi qu'en présentant la *Thémis*, dirigée par Athanase Jourdan, comme une « école » brillante à contre-courant et annonçant l'École scientifique au tournant du siècle, une légende s'est formée, au point peut-être de devenir un mythe, en ce sens que le récit n'est quasiment plus remis en cause. Sans doute ses propres termes seront plus clairs :

C'est ainsi que depuis 1819, il existe deux courants dans le monde juridique : le courant novateur et avancé de la *Thémis* et le courant conservateur en quelque sorte, dont le trait dominant est d'être entièrement consacré à l'interprétation exégétique des divers Codes⁵⁰⁷.

D'abord, dans son livre intitulé *La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan* (1914), notre auteur commence - dans une optique nationaliste, à l'aube de la Première Guerre

⁵⁰³ Xifaras (Mikhail), « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles... », *op. cit.*, p. 141.

⁵⁰⁴ Bonnecase (Julien), *Qu'est-ce qu'une Faculté de Droit ?*, *op. cit.*, p. 183.

⁵⁰⁵ Hakim (Nader), v^o « BONNECASE Joseph-Julien », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁰⁶ Jamin (Christophe), « L'oubli et la science... », *op. cit.*, 1994, p. 816.

⁵⁰⁷ Bonnecase (Julien), *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, p. 23-24.

mondiale⁵⁰⁸ - par *minimiser* l'attrait indéniable de Savigny et de l'École historique allemande en France⁵⁰⁹ :

Jourdan et ses collaborateurs n'ont pas, en effet, accepté la doctrine de l'École ; ils se sont contentés d'avoir comme elle le goût des études historiques et de leur appliquer la même méthode scientifique. À cela se borne la parenté avec l'École de Hugo et de Savigny ; en dehors de là, la *Thémis* a eu un domaine d'activité propre et de caractère exclusivement français⁵¹⁰.

Pour autant, l'énorme réseau international constitué par Jourdan, dont les auteurs allemands prédominaient, a déjà été mis en lumière⁵¹¹. En effet, après avoir échoué à intégrer les milieux universitaires - victime du concours de chaire qui permettait aux « pontifes du droit »⁵¹² d'écarter les esprits novateurs⁵¹³ -, Jourdan réussit à échanger régulièrement avec des professeurs allemands tels que Mittermaier, Warnkönig⁵¹⁴ ou Savigny lui-même⁵¹⁵. Décrit comme un des « pionniers de la comparaison juridique »⁵¹⁶, il rassemble autour de lui plusieurs jeunes juristes dans le but de « faire connaître l'état actuel de la science du droit, seconder les progrès de cette science, et contribuer au perfectionnement de la législation »⁵¹⁷. Aux côtés de Blondeau (1784-1854) et Dufrayer

⁵⁰⁸ Sur l'engagement des professeurs de Facultés de droit pendant la Première Guerre Mondiale, voir Sené (Antoine), *Dans les tranchées du droit. Les professeurs et la Grande Guerre (1914 - 1929)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2018.

⁵⁰⁹ Alors que Dupin aîné avait déjà dénoncé le cercle de la *Thémis* comme « une petite secte qui s'efforce d'introduire le germanisme en France ». Cf. Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 72.

⁵¹⁰ Bonnacase (Julien), *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, préface, p. VI.

⁵¹¹ Jouanjouan (Olivier), *Sur une réception française de Savigny (À l'occasion de la parution de la première traduction en langue française de De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit)*, *Droits*, 2007/2, n° 46, p. 159 à 182, spécialement p. 163 et s. ; Falelavaki (Yannick), *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Thèse Droit, Rennes, 2016, p. 113 et s.

⁵¹² *Loc. cit.*

⁵¹³ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 43. D'après Arnaud : « Jourdan, reconnu à l'étranger comme l'un des esprits les plus éclairés du monde juridique français, fut poursuivi sa vie durant par la hargne des exégètes, qui tenaient la Faculté de Droit de Paris », *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 65.

⁵¹⁴ Professeur à l'université de Fribourg-en-Brigau, disciple de Savigny, il fut l'un des collaborateurs les plus actifs à la *Thémis*. Cf. Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 77-78.

⁵¹⁵ Falelavaki (Yannick), *L'histoire d'une conversion...*, *op. cit.*, p. 38.

⁵¹⁶ *Id.*

⁵¹⁷ *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte ; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats*, Paris, t. I, 1819-1820, p. 5.

(1779-1842)⁵¹⁸, Jourdan fonde en 1819 la *Thémis*⁵¹⁹, revue qui a paru jusqu'en 1831, soit quelques années après la disparition de Jourdan⁵²⁰. Si Dufrayer se désintéresse rapidement de la revue⁵²¹ mais Blondeau, au contraire, s'y consacre jusqu'à en devenir « le pivot »⁵²², Jourdan, par sa curiosité intellectuelle, s'impose rapidement comme le directeur *de facto*⁵²³. C'est donc avec les grandes qualités organisationnelles de Blondeau⁵²⁴ que Jourdan a pu devenir le principal propagateur des idées de l'École historique allemande en France, mais c'est grâce à la direction de Jourdan que la *Thémis* a été considérée comme la première grande revue juridique qui a paru en France depuis le Code civil⁵²⁵. Comme le concevait Bonnecase : « nul mieux que lui ne fut instinctivement pénétré de la vraie notion de la science du droit »⁵²⁶.

Selon la légende, « les prêtres du temple de *Thémis* » et en particulier Jourdan, « ont eu la vision très nette de l'avenir ; ils ont été des véritables précurseurs ; c'est la voie tracée par eux avec un si grand talent qui a été suivie jusqu'à nos jours »⁵²⁷. En d'autres termes, ils ont tracé la voie suivie par les rénovateurs de la Belle Époque, ces « juristes inquiets »⁵²⁸ tels que Gény, Saleilles ou Lambert. Il oppose ainsi les juristes exégètes, qu'il qualifie de « conservateurs », aux juristes

⁵¹⁸ Blondeau et Dufrayer, qui avaient été, au moment de la fondation de la *Thémis*, l'un professeur de droit romain, l'autre professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris, avaient été respectivement professeurs suppléants aux Facultés de Strasbourg et de Coblenz, où ils avaient été particulièrement bien placés pour observer les premières manifestations de la renaissance du droit en Allemagne. Cf. Bonnecase (Julien), *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, p. 167.

⁵¹⁹ *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte ; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats.*

⁵²⁰ Au sujet de la fondation de la *Thémis*, une erreur courante, signalée par Bonnecase à juste titre, consistait à présenter la revue comme fondée aussi par Demante et Du Caurroy. Cf. *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, p. 166. Comparer Planiol (Marcel), *Traité de droit civil*, Paris, Pichon F. et Durand-Auzias, 1908, p. 51 ; Aubry (Charles) et Rau (Frédéric-Charles), *Cours de droit civil*, *op. cit.*, p. 121

⁵²¹ Jouanjouan (Olivier), *Sur une réception française de Savigny...*, *op. cit.*, p. 163.

⁵²² Motte (Olivier), *Lettres inédites de juristes français...*, *op. cit.*, p. 372.

⁵²³ Bonnecase n'avait pas eu tort sur ce point, en dépit de son ton acerbe : « De fait, tout ce que la *Thémis* présente de vraiment original, elle le doit à Jourdan : en dehors de son ardeur pour les doctrines de l'École historique et le droit romain, qu'il partage avec Blondeau et Du Caurroy ou que plutôt il leur communique, c'est lui qui met en avant et définit le rôle de la jurisprudence et du droit comparé », *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, p. 156.

⁵²⁴ Pour des plus amples informations sur sa vie et son œuvre, voir Hakim (Nader), « Un essai de conceptualisation des fonctions de la doctrine et des juristes : l'introduction à l'étude du droit de Hyacinthe Blondeau », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2008, p. 635-640.

⁵²⁵ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 77 ; Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 62-63.

⁵²⁶ Bonnecase (Julien), *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, p. 167.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 281 et 151.

⁵²⁸ Belleau (Marie-Claire), « 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, p. 507-544. <https://doi.org/10.7202/043560ar>

« rénovateurs » alors que ceux derniers n'ont pas pu se détacher du conservatisme, peut-être en raison de leur formation. Or Bonnacase se sert de la *Thémis* pour mieux mettre en valeur l'École scientifique de son époque. De ce fait, Jourdan semble condamné à la place de l'éternel « précurseur ». Toutefois, d'un côté la réception vigoureuse de Savigny et de l'École historique allemande, et d'un autre le développement précoce de l'étude des arrêts que nous avons évoqué *supra*, tendent à montrer que l'œuvre de la *Thémis* n'a pas été en réalité un « météore » apparu brusquement dans le paysage juridique, lié à la courte vie de Jourdan, décédé à 35 ans et emportant avec lui la fin de la revue. En conséquence, mieux situer la pensée de Jourdan dans son contexte, loin d'amoinrir son originalité, permettrait de la rendre plus intelligible tout en empêchant de produire un autre mythe de l'histoire du droit⁵²⁹.

Par ailleurs, le contexte de la *Thémis*, ce temple juridique, est marqué par les premières critiques systématiques du Code civil venues d'Allemagne⁵³⁰. C'est plus précisément en 1814 en Allemagne, que le principe de la codification est fortement contesté, lorsque l'effondrement de l'Empire napoléonien soulève la question du droit applicable à la place du français. C'est alors que Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), professeur de droit romain à l'université de Heidelberg, propose de rédiger un Code civil pour l'Allemagne sur le modèle français inspiré des conceptions juridiques des « Lumières »⁵³¹. Juriste et musicologue originaire de Hamelin, étudiant à Göttingen et à Königsberg, disciple de Kant, Thibaut publie en 1814 *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (« Sur la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne »), opuscule dans lequel il propose la codification comme moyen de permettre l'unification de l'Allemagne. En réponse, Friedrich Karl von Savigny⁵³² (1779-1861), professeur à l'université de Berlin, publie son célèbre *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (« De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit »), considéré par l'historiographie comme un « monument de la littérature allemande en général »⁵³³.

⁵²⁹ Sur ce point, voir Halpérin (Jean-Louis), « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio@Themis*, n° 5, 2012.

⁵³⁰ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 62.

⁵³¹ Thireau (Jean-Louis), *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, p. 319-320.

⁵³² Sur Savigny et son influence, voir Krystufek (Zdenek), « La querelle entre Savigny et Thibaut », *Revue historique de droit français et étranger*, 1966, p. 59-75 ; Motte (Olivier), *Savigny et la France*, Berne, 1983 ; Rucket (Joachim), v° « Friedrich Carl von Savigny », dans *Juristas universales*, dir. Rafael Domingo, Madrid, Marcial Pons, 2004, t. III, *Juristas del siglo XIX: de Savigny a Kelsen*, p. 24 et s. ; Vilches Fuentes (Hugo), « Notas biográficas y obra de Friedrich Karl von Savigny. Una mirada al fundador de la Escuela Histórica del derecho », *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina 11*, Iquique, Chile, 2011, p. 257-288.

⁵³³ Jouanjouan (Olivier), *Sur une réception française de Savigny...*, *op. cit.*, p. 159.

Malgré sa profonde admiration pour la science juridique de l'humanisme français, et spécialement pour Jacques Cujas (1522-1590)⁵³⁴, contrebalancée par sa détestation à l'égard des Lumières et de la Révolution française de 1789⁵³⁵, Savigny estimait de manière polémique qu'il existe une incompatibilité entre la vraie nature du droit et la codification. S'opposant à son collègue Thibaut, qui était comme lui un descendant des huguenots français réfugiés en Allemagne, Savigny concevait le droit comme l'expression de la *culture du peuple*. Autrement dit, le droit, secrété par la société tout comme la langue, prendrait naissance au plus profond de la conscience collective de chaque peuple⁵³⁶. Pour cet élève de Jacob et Wilhem Grimm, le droit se définit comme un produit de l'esprit du peuple, le *Volskgeist*, dont l'expression privilégiée est la coutume. Dans une optique conservatrice, les juristes deviennent donc indispensables pour interpréter la volonté du peuple et, par conséquent, l'étude de l'histoire se révèle tout autant nécessaire : « Toute la science juridique n'est rien d'autre que l'histoire du droit »⁵³⁷. La doctrine doit donc rester une création - ou une découverte plutôt - de la doctrine, que la codification étoufferait et figerait. C'est ainsi que Savigny s'affirme comme le chef de file de l'École historique⁵³⁸, qui avait débuté par Gustave Hugo (1764-1844) lorsqu'il s'oppose aux conceptions des théoriciens de l'École du droit naturel.

Passionné de droit romain à l'instar de Savigny, souhaitant renouveler l'histoire du droit romain antérieur aux compilations de Justinien, Jourdan s'est tourné vers la jurisprudence et le droit comparé, tout en insistant sur le méthode historique prônée par Savigny⁵³⁹. Néanmoins, s'il n'était pas hostile par principe à la codification, une partie de l'historiographie a retenu sa posture critique face à la codification⁵⁴⁰. Comme l'écrit Bonnecase : « la *Thémis* se garda bien de se laisser aller envers le Code civil à l'admiration aveugle de ses contemporains ; elle ne cessa, au contraire, de protester contre la tendance trop naturelle de l'époque à fondre la science du droit toute entière dans

⁵³⁴ Sur l'œuvre de Cujas, voir notamment Prévost (Xavier), *Jacques Cujas : (1522-1590) : le droit à l'épreuve de l'humanisme*, Thèse Droit, Genève, Droz, 2015.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 161.

⁵³⁶ Voir par exemple Vilches Fuentes (Hugo), « Notas biográficas y obra de Friedrich Karl von Savigny... », *op. cit.*, p. 274.

⁵³⁷ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 62.

⁵³⁸ Sur l'École historique allemande, voir Haferkamp (Hans-Peter), *Die Historische Rechtsschule*, Francfort, Vittorio Klostermann, 2018. Sur l'histoire dans la pensée de Savigny, voir Dufour (Alfred), « L'histoire dans la pensée de Savigny », dans *Cahiers d'Études Germaniques*, n° 40, 2001/1, *Historiographie Allemande au XIX^e siècle*, p. 85-103.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 62-63.

⁵⁴⁰ Voir par exemple Villard (Pierre), « L'influence de la doctrine française sur le droit civil brésilien », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1994, p. 166 ; Jouanjouan (Olivier), *Sur une réception française de Savigny...*, *op. cit.*, p. 163.

l'interprétation du Code civil »⁵⁴¹. S'il est vrai que Jourdan refusait de considérer le Code civil comme un « monument idéal et éternel de la législation »⁵⁴², il n'empêche que le jeune juriste souhaitait réaffirmer l'autorité du Code afin qu'il devienne, dans le sillage de l'École historique, l'instrument de la Nation et non plus d'un régime⁵⁴³. Ainsi, en défendant l'autorité des juristes face au pouvoir et en renvoyant à la notion de Nation, comme Savigny, Jourdan s'inscrit dans le « style de pensée » des conservateurs. Ce faisant, il nous rappelle le cas de Henri Klimrath (1807-1837), docteur en droit à Strasbourg en 1833 et auteur de l'*Essai sur l'étude historique du droit*⁵⁴⁴. Celui-ci déclarait que « l'histoire seule peut devenir la base d'une exégèse plus large, plus sûre, plus scientifique »⁵⁴⁵. Pour Jourdan, recourir à l'histoire était une autre façon de commenter le Code civil. Ces deux auteurs, après avoir rédigé des vastes commentaires du Code civil, ont donc contribué à *acclimater* le Code civil⁵⁴⁶, dans le sens dégagé par Philippe Rémy⁵⁴⁷, et restaient malgré tout insérés dans le paradigme légaliste.

Enfin, la légende de la *Thémis* érigée par Bonnacase a aussi été reprise par Gaudemet, en particulier l'idée que Jourdan a été un précurseur de l'école scientifique. Pour Gaudemet, Jourdan était un isolé qui voulait rompre en visière à la science de son temps et qui, avec la fondation de la *Thémis*, s'affirmait chef d'école⁵⁴⁸, qu'on appelle l'« École historique française »⁵⁴⁹. Il écrit : « Il {Jourdan} combat, avant tout, comme aujourd'hui M. Gény, la confusion établie par la doctrine régnante entre la science du droit et l'interprétation du Code, et c'est cette science du droit, remise à son rang, qu'il entend rénover pour l'élargissement des méthodes »⁵⁵⁰. Cette idée selon laquelle le renouvellement de la science juridique, à la charnière des XIX^e et XX^e siècles, aurait commencé

⁵⁴¹ *La Thémis (1819-1831)...*, *op. cit.*, p. 272.

⁵⁴² Villard (Pierre), « L'influence de la doctrine française sur le droit civil brésilien », *op. cit.*, p. 166.

⁵⁴³ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, préface p. 24-25.

⁵⁴⁴ Sur sa vie et son œuvre, consulter Audren (Frédéric), v^o « KLIMRATH Henri », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 439-440 ; Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 24-25 et 76-79 ; Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 64. Comme le remarque M. Halpérin, il reste à réaliser des études plus précises sur Klimrath.

⁵⁴⁵ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁴⁶ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, préface p. 24.

⁵⁴⁷ Voir *supra* p. 7 et s.

⁵⁴⁸ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁴⁹ Voir par exemple Jamin (Christophe) et Jestaz (Philippe), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 133.

⁵⁵⁰ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 77.

presque 100 ans avant, se retrouve dans l'œuvre d'historiens-juristes tels que André-Jean Arnaud⁵⁵¹. Pour ce dernier, qui se présentait plutôt comme « juriste-sociologue »⁵⁵², le « temps des trublions » de la Belle Époque remonte effectivement à la fondation de la *Thémis* en 1819⁵⁵³. Dans la même veine, Gaudemet soutenait déjà : « En résumé, Jourdan nous apparaît comme le *précurseur* de l'École scientifique contemporaine. Lorsqu'il critique l'abus de ce qu'il appelle 'les axiomes juridiques' il fait penser ainsi au chapitre de M. Gény sur l'abus des abstractions logiques dans la doctrine classique »⁵⁵⁴. S'il est certes difficile de nier les réminiscences de la *Thémis* dans la *Méthode d'interprétation* de Gény, il n'en reste pas moins que la vie et l'œuvre de Jourdan semblent réduites au rôle de l'éternel « précurseur » de l'École scientifique. On tend donc à faire abstraction de phénomènes tels que le développement de l'étude des arrêts tout au long du XIX^e siècle ou la naissance de la sociologie avec les travaux d'Auguste Comte et Émile Durkheim, ainsi que la forte attractivité de la pensée Allemagne sur la doctrine française.

Par ailleurs, en cherchant à accentuer la succession des écoles, le rôle de certains auteurs de « transition », comme Claude Bufnoir, a aussi été réduit.

C. La transition ou l'entremêlement des écoles : l'œuvre de Bufnoir

Dans *La pensée juridique française*, Bonnecase écrit : « Saleilles considère Bufnoir comme ayant perfectionné le système de l'École de l'Exégèse au point d'avoir donné la formule définitive des progrès du droit »⁵⁵⁵. Or ce n'est pas ce que semble dire Saleilles dans sa préface au *Méthode d'interprétation*. Bufnoir (1832-1898) est présenté comme le « Maître d'élite » qui aurait fait plus que quiconque « pour briser les servitudes de la logique pure, pour assouplir les textes et les mettre en contact direct avec la vie »⁵⁵⁶. Faisant sans doute référence à la méthode dite « classique »,

⁵⁵¹ Auteur notamment des *Origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969 et son fameux *Essai d'analyse structurale du Code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973.

⁵⁵² Ost (François), « In memoriam - André-Jean Arnaud (1936 - 2015) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, n° 1, vol. 76, p. 1.

⁵⁵³ *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 65 : « Tout commença en novembre 1819, lorsque fut entreprise la publication de la revue *Thémis* {...}. Les rédacteurs proposaient, contre l'exégèse pure qui s'installait dans les facultés, une étude théorique et scientifique du Droit, notamment par l'analyse comparative ».

⁵⁵⁴ Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil...*, *op. cit.*, p. 78. C'est nous qui soulignons.

⁵⁵⁵ *La pensée juridique française...*, *op. cit.*, p. 301. Nos italiques.

⁵⁵⁶ Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, préface, p. XIX.

assimilée à l'exégèse du Code civil, Saleilles insiste sur la rupture opérée par Bufnoir « qui a eu le mérite essentiel de libérer le droit civil du carcan du Code civil »⁵⁵⁷. En réalité, l'œuvre de Bufnoir lui permet de légitimer la « révolution » par laquelle il avait la prétention « sous les textes, de voir les faits »⁵⁵⁸. Si Saleilles propose d'aller « *au-delà des textes, mais par le Code civil !* »⁵⁵⁹, c'est en se présentant comme le continuateur de la pensée de son beau-père⁵⁶⁰. Il s'inscrit donc dans le sillage de Bufnoir en matière de droit comparé, en développant une méthode destinée à interpréter les textes en fonction de l'évolution historique⁵⁶¹.

C'est la raison pour laquelle l'historiographie associe classiquement Bufnoir à Saleilles, dans la mesure où le second est considéré comme le continuateur de l'œuvre du premier. Certes, Saleilles était le gendre de Bufnoir et se présentait comme son « héritier »⁵⁶². Reçu major du premier concours national d'agrégation en 1856, Bufnoir reçoit la chaire de droit civil de Bugnet en 1867, qu'il occupe pendant 31 ans jusqu'à ce qu'il la « lègue » à son gendre, Raymond Saleilles⁵⁶³. Professeur de droit civil à Paris et auteur d'une œuvre posthume⁵⁶⁴ dans laquelle il n'hésite pas à critiquer les concepts juridiques traditionnels⁵⁶⁵, Bufnoir est aussi connu pour avoir été à l'origine d'une réforme de l'enseignement du droit, question qui a pareillement préoccupé Saleilles. « Il défend également l'ouverture des facultés de droit à l'enseignement des sciences politiques, du droit administratif ou de l'économie politique, tout en souhaitant maintenir le cadre civiliste existant, notamment face au développement de la sociologie. Il se prononce, en effet, contre la spécialisation

⁵⁵⁷ Hakim (Nader), « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits*, 2008/1, vol. 47, n° 64.

⁵⁵⁸ Saleilles (Raymond), « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue Internationale de l'Enseignement*, t. 44, 1902, p. 314.

⁵⁵⁹ Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, préface, p. XXV.

⁵⁶⁰ Voir par exemple Saleilles (Raymond), *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, Pichon, 1904, p. 5.

⁵⁶¹ Jamin (Christophe), « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité... », *op. cit.*, p. 737.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 746.

⁵⁶³ Hakim (Nader), v° « BUFNOIR Claude », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 144. Par ailleurs, comme le soulignent M. Audren et M. Halpérin : « Le fait que plusieurs professeurs de droit aient accordé la main de leur fille à un plus jeune collègue témoigne de la conscience d'une spécificité intellectuelle - pour ne pas dire d'une supériorité - d'un milieu désormais soumis à des plus fortes contraintes de réussite académique et de travail scientifique », *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁶⁴ Bufnoir (Claude), *Propriété et contrat*, Paris, LGDJ-Université de Poitiers, 2005.

⁵⁶⁵ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 182.

des juristes et pour l'indivisibilité des études de droit autour du droit civil »⁵⁶⁶. Il s'agit pour lui de sauver les civilistes du déclin, car il observe que les économistes et les publicistes séduisent plus la jeunesse⁵⁶⁷.

Si Bufnoir est souvent décrit comme un « précurseur »⁵⁶⁸, Bonnacase n'hésite pas à affirmer que : « L'œuvre, sur le terrain du Droit civil, de Labbé, Bufnoir, Saleilles et Beudant représente cette tentative de rénovation qui fut vaine »⁵⁶⁹. Alors que les idées de Bufnoir ont été suivies par Saleilles et Gény, c'est-à-dire les juristes révolutionnaires de la Belle Époque⁵⁷⁰, lesquels ont reconnu leur dette à l'égard du maître. Pour Bonnacase, néanmoins, « cette œuvre servit simplement de transition entre le règne de l'École de l'Exégèse et l'avènement de l'École scientifique »⁵⁷¹. C'est pourquoi il l'a rangée dans la troisième phase de l'exégèse déjà évoquée, parmi les auteurs qui n'ont pas su se départir de leur étroitesse de vue⁵⁷². En revanche, plus qu'une « simple » œuvre de transition, l'œuvre de Bufnoir apparaît comme une porte d'entrée dans une nouvelle période. Celle de la rénovation des méthodes juridiques, centrée sur le comparatisme⁵⁷³.

Cependant, Claude Bufnoir est considéré comme « le véritable promoteur de la *méthode historique* », appliquée comme une sorte de grille de lecture comparatiste. Pour lui, « le droit comparé était de l'histoire en marche. C'était l'histoire en voie de se faire, au lieu de l'histoire immobilisée dans le passé »⁵⁷⁴. C'est en ce sens qu'il a œuvré avec Édouard de Laboulaye pour la naissance en 1869 de la Société de Législation Comparée. De 1883 à 1886, il devient le vice-président et même le président de 1889 à 1890⁵⁷⁵ et dès les premières années de la Société, il est

⁵⁶⁶ Hakim (Nader), v° « BUFNOIR Claude », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 144. Sur cette question voir : Richard (Guillaume), « L'échec du projet Bufnoir de regroupement des sciences d'État. Un révélateur de la forme disciplinaire des programmes d'enseignement supérieur en France (fin du XIX^e siècle) », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2019/1, vol. 13, n° 1, p. 91-111. DOI : 10.3917/rac.042.0091. URL : <https://www.cairn.info/revue-anthropologie-des-connaissances-2019-1-page-91.htm>

⁵⁶⁷ Jamin (Christophe) et Jestaz (Philippe), *La doctrine*, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁶⁸ Boudot (Michel), « Claude Bufnoir (1832-1898). Avec les textes pour assises mais au-dessus des textes et par-delà les textes », dans *Propriété et contrat*, Paris, LGDJ-Université de Poitiers, 2005, p. IX.

⁵⁶⁹ *La pensée juridique française...*, *op. cit.*, p. 297.

⁵⁷⁰ Voir *infra* Deuxième partie. La difficile réaction du nouveau paradigme social à partir du tournant du siècle.

⁵⁷¹ *Id.*

⁵⁷² Boudot (Michel), « Claude Bufnoir (1832-1898)... », *op. cit.*, p. III.

⁵⁷³ Compris comme l'évolution des systèmes juridiques.

⁵⁷⁴ Saleilles (Raymond), « L'enseignement du droit. Lettre de M. R. Saleilles à M. P. Desjardins », *Revue Internationale de l'Enseignement*, t. 56, 1908, p. 298.

⁵⁷⁵ Falelavaki (Yannick), *L'histoire d'une conversion...*, *op. cit.*, p. 333.

chargé d'y préparer des communications relatives au droit allemand et aux travaux préparatoires du Code. Il disparaît pourtant avant d'achever la traduction du Code civil allemand et de voir naître en 1900 à Paris le premier Congrès international de droit comparé organisé par Lambert et Saleilles⁵⁷⁶. Sur le plan méthodologique, l'important pour lui était de déplacer le curseur : « ce n'est plus le Code civil qui sert de point d'appui à l'édification des principes, mais les *mouvements de la vie*, seuls susceptibles de nous faire comprendre le fondement des règles »⁵⁷⁷. Cela permet à Saleilles et à Lambert de se tourner vers la jurisprudence afin d'étudier ces « *mouvements de la vie* ».

Outre la question du comparatisme, la rupture entre Bufnoir et l'exégèse du Code civil, annonçant l'introduction d'un paradigme social, est révélée en matière d'enseignement. En effet, en tant que président de la section droit de la Société pour l'étude des questions d'enseignement supérieur, Bufnoir rédige en 1881 un rapport sur l'organisation de l'enseignement. Son objectif était de permettre à l'enseignant d'organiser librement le contenu de son cours. Ceci impliquait de rompre avec l'exposition du droit civil en fonction du plan du Code et ne pouvait être réalisé pleinement que par la liberté de modifier complètement l'ordre du cours⁵⁷⁸. C'est donc grâce à l'action de Bufnoir, professeur de droit civil à Paris, que les enseignants de cette matière sont affranchis de l'obligation de suivre dans leurs cours le plan du Code civil (décret du 30 avril 1895)⁵⁷⁹. C'est d'ailleurs ce programme d'enseignement de Bufnoir qui est l'objet de louanges dans la préface du *Traité élémentaire de droit civil* (1901) de Planiol, ainsi que son style d'enseignement :

En outre j'y ai maintenu dans la mesure du possible, ce qui faisait le mérite et l'honneur de la conception de M. Bufnoir : les idées élémentaires et générales, sans lesquelles il est impossible de comprendre la moindre question de droit⁵⁸⁰.

In fine, si le rôle complexe de transition entre la prétendue École de l'exégèse et l'École scientifique a déjà été montré par M. Hakim, il reste encore intéressant d'approfondir quelques aspects négligés par Bonnacase, afin d'observer le passage d'un paradigme légaliste à un autre plus « social ». C'est la question de l'enchevêtrement des écoles qui a été écartée par le professeur

⁵⁷⁶ Boudot (Michel), « Claude Bufnoir (1832-1898)... », *op. cit.*, p. X.

⁵⁷⁷ Jamin (Christophe) et Jestaz (Philippe), *La doctrine*, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. IV-V.

⁵⁷⁹ Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p.175.

⁵⁸⁰ Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 11^e éd., 1928, préface p. VII.

bordelais, qui tendait à concevoir l'histoire de la pensée juridique de manière linéaire, réduite à une simple succession d'écoles. Par conséquent, en approfondissant cette transition, il est possible de rendre plus intelligible le projet « révolutionnaire » des juristes de la Belle Époque.

§2. La volonté de refondation du légalisme par Acollas

Le cas d'Émile Acollas (1826-1891), ce « juriste atypique »⁵⁸¹ du XIX^e siècle, représente celui d'un juriste évoluant à contre-courant du légalisme et de l'exégèse ambiants. Comme le signale M. Granjard, « dans cette doctrine du siècle dominée par la tradition de l'Exégèse, Acollas fait pourtant figure d'intrus »⁵⁸². Républicain individualiste, juriste militant, « il est condamné en 1867 pour avoir participé au Congrès de la Ligue de la paix et de la liberté pour essayer de faire triompher 'l'idée républicaine' »⁵⁸³. « Acollas en tant que juriste de combat s'inscrit dans la lignée des contestataires du système juridique. Sans doute cela lui valu, en partie, d'être peu cité par la doctrine »⁵⁸⁴. Combattant activement le Second Empire, il a été écarté des facultés de droit⁵⁸⁵. Or, bien qu'il adhère aux idées de la Révolution de 1789 et qu'il prône leur retour, « l'avènement de la III^e République suscite chez lui des déceptions innombrables »⁵⁸⁶. Au nom de la liberté individuelle, ce juriste singulier, souhaite la reconstruction du droit, de la codification et spécialement du Code Napoléon. La priorité est donnée à la famille, dans laquelle l'autonomie doit régner, et qui symbolise l'assise de la société⁵⁸⁷.

Il convient de revenir sur son projet de refondation du droit par les idées de 1789 (A), avant d'analyser son rejet de la codification (B).

⁵⁸¹ Schneider (Élisabeth), « Emile Acollas, un juriste atypique », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 1999, p. 287-325.

⁵⁸² « L'idéal républicain sur les traces de l'innovation juridique : l'exemple d'un juriste fondateur du XIX^e siècle, Émile Acollas », dans *Droit et Innovation* dir. Jacques Mestre et Laure Merland, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 656. Voir aussi de cet auteur *Un juriste républicain, Emile Acollas. Une « refondation » du droit et de la famille*, Thèse Droit, Aix-Marseille, 2011.

⁵⁸³ Deroussin (David) et Garnier (Florent), « Émile Acollas et la codification napoléonienne », dans *Passé et présent du droit, n° 5. Compilations et codifications juridiques. 2-Autour du Code Napoléon*, dir. David Deroussin et Florent Garnier, Paris, Le Manuscrit, 2008, p. 224.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 250.

⁵⁸⁵ Voir Halpérin (Jean-Louis), *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004, p. 188.

⁵⁸⁶ Audren (Frédéric), « Emile Acollas, libertarien de la République », dans *La République et son droit (1870-1930)*, dir. Annie Stora-Lamarre, Jean-Louis Halpérin et Frédéric Audren, Presses Universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2011, p. 242.

⁵⁸⁷ Voir Granjard (Benoit), « L'idéal républicain... », *op. cit.*, p. 656.

A. La refondation du droit par les idées de 1789

Si Acollas préconise une refondation radicale du droit, c'est parce qu'il y aurait un mouvement dans l'Histoire d'« émancipation humaine ». Utilisant des termes qui pourraient rappeler la « marche vers l'égalité des conditions » théorisée par Tocqueville (qu'il a lu et qu'il conseille à ses étudiants⁵⁸⁸), Acollas croyait que l'Histoire repose dans une marche inéluctable vers la liberté. C'est la raison pour laquelle, pour ce « libertarien de la République »⁵⁸⁹, le droit doit être fondé dans l'autonomie individuelle. Dans son *Introduction à l'étude du droit*, il affirme en effet qu'« il existe une Idée du Droit ; cette Idée est dans l'Histoire, elle s'y développe, elle y progresse ! Il est un Idéal du Droit ». Plus loin, il ajoute : « La formule du Droit est celle-ci : Respecte la liberté des autres. Le Droit est donc fondé tout entier sur la liberté »⁵⁹⁰. Ce juriste républicain, qui condamnait catégoriquement le Second Empire, en associant république et démocratie écrit en 1866 : « C'est dans le droit de l'Individu, seule Unité vraiment vivante, qu'est la base de l'édifice démocratique, et vous ne construirez point sans cette base »⁵⁹¹.

Il faut donc retourner aux principes de « la Révolution française, ce fait humain, le plus grand de l'Histoire »⁵⁹² et au « grand XVIII^e siècle »⁵⁹³, c'est-à-dire à la philosophie des Lumières. Bien que les révolutionnaires français aient créé la filiation entre les Lumières et la Révolution⁵⁹⁴, Acollas qualifiait ces philosophes d'« immortels précurseurs, les grands Encyclopédistes »⁵⁹⁵. Il estimait en ce sens qu'il fallait appliquer au droit une « méthode rationnelle et inductive d'observation de la nature »⁵⁹⁶. Inspiré par la philosophie des Lumières, il précisait notamment que « cette méthode doit être rationnelle, car l'homme n'a qu'un seul instrument pour découvrir la

⁵⁸⁸ Voir la « Bibliothèque choisie de l'étudiant en droit », dans Acollas (Émile), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1885, p. 88

⁵⁸⁹ Audren (Frédéric), « Emile Acollas, libertarien de la République », *op. cit.*

⁵⁹⁰ Acollas (Émile), *Introduction...*, *op. cit.*, p. II et 2.

⁵⁹¹ Acollas (Émile), *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, Paris, Librairie Centrale, 1866, p. 15.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 13.

⁵⁹³ Acollas (Émile), *Introduction...*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁹⁴ Voir sur ce point, Chartier (Roger), *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Éditions du Seuil, 2000, p. 128-130.

⁵⁹⁵ Acollas (Émile), *Nécessité...*, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁹⁶ Acollas (Émile), *L'Idée du droit*, Paris et Genève, Germer-Raillière et Desrois Libraire, 1871, p. 19.

vérité, et c'est instrument, c'est la raison »⁵⁹⁷. Souhaitant rénover le droit et la science juridique, il écartait la méthode expérimentale d'observation de la nature d'Auguste Comte et la méthode historique de Savigny⁵⁹⁸. Si la Révolution française a été un grand événement de l'Histoire, c'est parce qu'elle a proclamé la *démocratie* qu'il associe, inspiré peut-être par Tocqueville⁵⁹⁹, à la *liberté* : « Il y a près d'un siècle que la Révolution française a proclamé l'avènement de la Démocratie dans le monde ». C'est la raison pour laquelle « la conception du Droit ne date que du XVIII^e siècle, car cette conception est liée à celle de la liberté, et l'antiquité et le Moyen Âge ne connurent que la licence de quelqu'uns et l'oppression du plus grand nombre »⁶⁰⁰. Or, « élevés à leur plus haute généralité, les principes du XVIII^e siècle et de la Révolution française se résument dans la formule : liberté, égalité, fraternité »⁶⁰¹. Cependant, ces principes ont échoué car « la Démocratie, tenue en échec, n'a pas encore réalisé nulle part l'immortelle formule »⁶⁰². Ne distinguant pas entre militantisme et droit, Acollas préconise en outre d'établir le suffrage universel :

Que, dans l'ordre gouvernemental, le suffrage universel soit la conséquence du principe d'autonomie de la personne humaine ; c'est ce qui est par soi-même évident, et, aussi longtemps y aura-t-il des questions qui ne pourront être résolues que par l'intervention de la collectivité sociale tout entière, aussi longtemps le suffrage universel demeurera-t-il la base indéniable du gouvernement démocratique⁶⁰³.

Or la condition fondamentale du suffrage universel est l'instruction primaire, selon lui. Puis, que la Presse se fasse l'éducatrice des masses, à tel point que « le journaliste devienne le vulgarisateur de la vérité »⁶⁰⁴.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁹⁹ Même s'il précise que la « grande Démocratie américaine » est « éloignée de l'idéal démocratique », Acollas paraît avoir lu et médité *De la démocratie en Amérique* de Tocqueville.

⁶⁰⁰ Acollas (Émile), *Introduction...*, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 72.

⁶⁰² Acollas (Émile), *Nécessité...*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰³ Acollas (Émile), *La République et la contre-révolution (lettre au Journal de Genève)*, Genève, F. Richard, 1871, p. 26.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 29.

En revanche, alors même qu'il prône le retour aux principes de la Révolution française ainsi qu'à la philosophie des Lumières, il dénonce le dogme de la souveraineté populaire de Rousseau. Dans l'ouvrage *Philosophie de la science politique et commentaire de la Déclaration des droits de 1793*, consacré au « vieux maître Jean Jacques »⁶⁰⁵, il précise son argumentation. Commentant l'article 25 de cette déclaration selon lequel « La souveraineté réside dans le peuple ; elle est une et indivisible », Acollas conteste la théorie de la volonté générale. Comparant la monarchie et la tyrannie de la majorité⁶⁰⁶, le juriste arrive à la conclusion que : « Le principe prétendu de la souveraineté du peuple n'est, en réalité, que la généralisation du principe monarchique, et voilà pourquoi il est foncièrement exact de dire que les partisans de la souveraineté du peuple sont des adhérents, conscients ou non, du principe monarchique »⁶⁰⁷. La théorie serait en plus dangereuse pour les citoyens : « La souveraineté reconnue à une nation en tant que personnalité propre, c'est donc la suppression de toutes garanties de droit et de fait pour les individus qui composent cette nation ». Pour Acollas, la souveraineté ne peut être qu'individuelle. C'est pourquoi la théorie de « Jean-Jacques, l'inspirateur direct de notre texte », écrit-il, comporte une « hérésie », « c'est que la souveraineté serait une et indivisible ». Appliquer l'idée de l'unité et de l'indivisibilité à la collectivité est une idée « insensée » : « la collectivité n'est pas un être, la collectivité est un agrégat d'individualités distinctes »⁶⁰⁸.

Ainsi, par la critique ferme du dogme de la souveraineté populaire, Acollas juge un des piliers sur lesquels repose le paradigme légaliste. En outre, il dénonce la conséquence principale de cette théorie, l'omnipotence du Législateur. À titre d'exemple, lors de ses cours à l'université de Berne, dès la première leçon il commente par rapport à nos législations qu'elles sont « toutes, corrompues par ce double dogme que le droit social prime le droit individuel et que le législateur est omnipotent »⁶⁰⁹. Puis, pendant la deuxième leçon, il enfonce le clou : « Le législateur n'est donc pas libre de faire la loi à sa fantaisie et il ne saurait y avoir d'erreur plus grosse, soit en elle-même, soit par les périls qu'elle entraîne, que la foi à l'omnipotence du législateur ». Visant l'auteur de cette

⁶⁰⁵ Acollas (Émile), *Philosophie de la science politique et commentaire de la Déclaration des droits de 1793*, Paris, A. Marescq Ainé Libraire-Éditeur, 1877, p. II.

⁶⁰⁶ « Qu'est-ce que la monarchie, pour qui va au fond des choses ? Est-ce uniquement la volonté d'un seul s'imposant à tous, ou ne serait-ce pas tout aussi bien, au point de vue de chaque dissident, la volonté de tous - moins un seul - s'imposant au seul individu qu'elle ne comprend pas ? {...} Et n'est-il pas possible, n'est-il pas vraisemblable même que souvent je pourrais préférer être sous le joug d'un seul que sous celui de quarante millions ? ». Cf. *ibid.*, p. 303.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 304.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 303-308.

⁶⁰⁹ Acollas (Émile), *L'Idée du droit*, *op. cit.*, p. 16.

théorie il déclare : « Et que de personnes cependant admettent encore cette fausse parole de Rousseau : ‘*La loi est l’expression de la volonté générale*’, comme si la volonté générale pouvait changer l’ordre des choses »⁶¹⁰.

Tout ceci explique que notre auteur ait naturellement sympathisé avec la Commune, contrairement à la grande majorité des professeurs de la faculté de droit de Paris⁶¹¹. Nommé doyen de cette faculté par les communards⁶¹², il voyait probablement dans cette insurrection le prolongement de la Révolution française. Contre l’historien de la Révolution, Edgar Quinet, qui « revient sans cesse sur l’échec de la Révolution »⁶¹³ en raison de la Terreur, il soutient : « Non, elle n’a point échoué, car elle dure, cette Révolution. Qu’est-ce que 1815, 1830, 1848 ? Que sont toutes ces revanches du droit ? Que sont toutes ces explosions de la Liberté ? »⁶¹⁴. Dans une lettre au Journal de Genève de 1871, intitulée *La République et la contre-révolution*, il prend position pour la Commune :

Et si, à l’heure présente, la guerre civile est dans nos murs, qui l’a provoquée, qui la voulue, cette guerre atroce ? Quelles revendications furent jamais plus légitimes jamais, plus nécessaires jamais que celles de Paris réclamant le droit de n’avoir d’autre milice dans ses murs que la garde citoyenne, le droit d’élire tous ses fonctionnaires, le droit de s’administrer lui-même ? Quelle revendications furent jamais plus conformes à la doctrine de l’autonomie ?⁶¹⁵.

Plus loin, il ajoute :

N’en doutez donc pas, mon collègue {le professeur Dameth}, la majorité de Paris a été complice, complice de vouloir son droit, complice de vouloir le maintien de la République, complice de vouloir, à tout prix, un gouvernement de justice, de raison, un gouvernement d’autonomie⁶¹⁶.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁶¹¹ Sur ce point, voir Danos (Frédéric), « La Faculté de droit de Paris, la Commune et Émile Acollas », *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2011, spécialement p. 246.

⁶¹² Résidant en Suisse pendant la Commune, Acollas ne se rendit pas à Paris par crainte d’être arrêté. Cf. *ibid.*, p. 255.

⁶¹³ Acollas (Émile), *Nécessité...*, *op. cit.*, p. 96.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 97.

⁶¹⁵ Acollas (Émile), *La République et la contre-révolution...*, *op. cit.*, p. 24.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 25.

Pour Émile Acollas, en effet, l'idée juridique du siècle est l'idée d'autonomie de la personne humaine⁶¹⁷. « Le XVIII^e siècle et son metteur en œuvre, la Révolution française, ont voulu affranchir l'homme ». Or la réaction est venue depuis le Consulat et l'Empire⁶¹⁸. La lutte entre la révolution et la réaction se serait alors prolongée pendant tout le XIX^e siècle, au point d'exploser en 1830, 1848 et 1871. En conclusion, affirme-t-il, « ce qui nous perd c'est la lutte acharnée contre le droit de la Révolution française »⁶¹⁹, le droit qui consacre la liberté individuelle. De ce fait, il estimait que les codes oppriment cette liberté.

B. Le rejet de la codification

Pour cet « électron libre dans la doctrine juridique de son temps »⁶²⁰, il faut définitivement refonder le droit pour qu'il repose sur l'autonomie individuelle. Ceci s'applique aux codes et spécialement au Code Napoléon⁶²¹. Voulant rénover le droit pour y instaurer la liberté des personnes, ce « républicain combatif »⁶²² souhaite « la Réforme de la Famille, de la Propriété, de la Cité »⁶²³. Pour cela il convient de refondre les codes. En particulier, il dénonce que « le sentiment de la Démocratie manque à tout cet ensemble, et, avec ce sentiment, l'ombre même du génie législatif »⁶²⁴. Comme le souligne M. Niort, alors que le Code civil a été plébiscité tout au long du XIX^e siècle par l'idéologie dominante, conservatrice, libérale et religieuse, ses premiers grands critiques, parmi les juristes, ont été les républicains de gauche⁶²⁵. De cette manière, Émile Acollas assimile le Code civil à la contre-révolution et à l'oppression : « Le principal caractère de la législation napoléonienne est sa profonde antipathie contre la liberté ; en ce point, elle restaure, le plus qu'elle peut, les formules du Droit ancien, et ne se fait même pas faute, lorsqu'elle le peut, de

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 16 et 22.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁶²⁰ Vachet (Claire), *Le droit saisi par l'anarchisme. Étude du discours des militants libertaires (1870-1926)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2000, p. 10.

⁶²¹ Comme son ouvrage l'indique : *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, Paris, Librairie Centrale, 1866.

⁶²² Danos (Frédéric), « La Faculté de droit de Paris... », *op. cit.*, p. 255.

⁶²³ Acollas (Émile), *Nécessité...*, *op. cit.*, p. 15.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 47.

⁶²⁵ Niort (Jean-François), « Retour sur 'l'esprit' du Code civil des Français » dans *Les penseurs du Code civil*, dir. Claude Gauvard, Paris, Association Française pour l'Histoire de la Justice, 2009, p. 159.

les exagérer ». En outre, la codification se caractérise par l'absence d'« idée générale » : « L'autorité, l'absence de doctrine, l'anarchie des idées sous une unité superficielle, voilà, pour le fond, les traits caractéristiques de la législation napoléonienne »⁶²⁶.

Quant à Napoléon, « ce monstrueux despote »⁶²⁷, « l'œuvre en elle-même lui était tout aussi indifférente qu'à ses comparses ; mais il y vit un moyen de gouvernement, et l'occasion lui paraissant bonne, il s'empressa de la saisir »⁶²⁸. Bien qu'il reconnaisse le compromis des codificateurs entre le droit de l'Ancien régime et le droit de la Révolution, il les fustige aussi de manière acerbe : « Rédacteurs inattentifs et inhabiles, légistes vulgaires, fermés à l'idée du Progrès non moins qu'à celle du Droit véritable, cœurs vides et consciences mortes, les Cambacérés, les Portalis, les Tronchet, les Bigot n'apportèrent dans leur œuvre que l'unique pensée de réagir contre l'esprit de la Révolution ». En effet, Acollas avait pourtant compris l'œuvre de transaction effectuée par les rédacteurs, dans la mesure où « ils n'ont pu parvenir à purger entièrement ce Code des principes de la Révolution »⁶²⁹.

Parallèlement à sa volonté d'abolir et de refaire les Codes, le juriste de gauche désapprouve l'enseignement de l'exégèse et « l'esprit légiste de l'époque »⁶³⁰. D'abord, en ce qui concerne les facultés, il déclare : « L'enseignement du Droit a un vice propre, un vice énorme, qui a contribué pour sa part à arrêter le progrès scientifique, et à produire un des plus actifs dissolvants de l'époque présente ; l'enseignement officiel du Droit ramène toute la science à l'art d'interpréter grammaticalement les textes, de les combiner, de les opposer, d'en faire surgir des controverses ; il encense les textes, parce qu'ils sont les textes ; il ne s'enquiert ni des principes ni des fins du Droit ». Ensuite, il considère que depuis « il y a quatre-vingts ans que, sous tous les régimes qui se sont succédé en France, l'esprit légiste corrompt et dissout le corps social »⁶³¹. Pour ces raisons il se prononce pour l'abolition du monopole universitaire, condition pour rénover la science juridique. Pour ce juriste proche des milieux socialiste et anarchiste⁶³², le monopole universitaire, tout en

⁶²⁶ Acollas (Émile), *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, Paris, Ernest Thorin, Libraire-Éditeur, 1869, p. XXXI-XXXII.

⁶²⁷ Acollas (Émile), *L'Idée du droit*, *op. cit.*, p. 34.

⁶²⁸ Acollas (Émile), *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. LXIV.

⁶²⁹ Acollas (Émile), *L'Idée du droit*, *op. cit.*, p. 34-35.

⁶³⁰ Acollas (Émile), *Introduction...*, *op. cit.*, p. 88.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 85 et 88.

⁶³² Vachet (Claire), *Le droit saisi par l'anarchisme...*, *op. cit.*, p. 9 et s.

« paralysant l'essor du Droit », présente un danger. « Il place l'enseignement sous la discipline de l'État. En matière d'enseignement professionnel, ce point risque d'être extrêmement grave. Devenu fonctionnaire, le professeur ne conserve pas son indépendance intacte ; il est à la discrétion de l'État qui a le droit de l'élire, et qui a celui de le révoquer ». Pour Acollas, qui n'a pas intégré les facultés de droit en raison de la radicalité de ses thèses, cela conduit à l'esprit légiste, alors que, « en principe, tout enseignement doit être exclusivement abandonné à la libre initiative des individus »⁶³³. De même, l'avènement de la Démocratie suppose une science de la Liberté⁶³⁴.

Cependant, malgré ces critiques à l'encontre de l'exégèse et de la codification, malgré sa volonté atypique de rénovation juridique, Acollas est resté emprisonné par le paradigme légaliste. Il n'est pas anodin de remarquer que sa définition du droit se résume à un « ensemble des lois »⁶³⁵, révélant que sa vision du droit tourne autour de la loi. Acollas n'arrive pas à se libérer du légalisme de l'exégèse. Lors de ses leçons à l'université de Berne, par exemple, il déclare aux étudiants venir « étudier avec vous les lois à la lumière de la philosophie »⁶³⁶. Après avoir critiqué cette méthode exégétique qui régnait dans les facultés de droit, il annonce à ses étudiants que « nous ferons donc aussi de l'exégèse, mais nous nous garderons de rester dans les broussailles et dans les marécages de l'interprétation littérale ». Pourtant, bien qu'il essaye de nuancer, son cours de Droit civil suit le Code Napoléon article par article⁶³⁷. Comme le remarque M. Halpérin, « parmi ses nombreux ouvrages, le plus complet et le plus didactique est son *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants {contenant l'exégèse du Code Napoléon}* où, sous couvert d'exégèse du Code Napoléon', il combat les idées dominantes et développe, à partir d'une étude minutieuse des textes, des thèses hétérodoxes en matière de droit civil »⁶³⁸. Ceci s'explique parce que, en dépit de sa réflexion critique, Acollas ne renie pas sa foi dans le légalisme et dans le législateur. « Persuadons-nous donc bien que la loi en elle-même échappe absolument à l'empire de l'arbitraire et que ce qui peut seul y introduire cette détestable semence, ce sont les mauvaises institutions et les esprits incapables ou pervers », écrit-il⁶³⁹.

⁶³³ Acollas (Émile), *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 83-84.

⁶³⁴ Acollas (Émile), *Nécessité...*, *op. cit.*, p. 22.

⁶³⁵ Acollas (Émile), *Introduction...*, *op. cit.*, p. 2.

⁶³⁶ Acollas (Émile), *L'Idée du droit*, *op. cit.*, p. 9.

⁶³⁷ Voir *ibid.*, p. 12.

⁶³⁸ *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires Françaises, 2^e éd., 2012, p. 70.

⁶³⁹ Acollas (Émile), *L'Idée du droit*, *op. cit.*, p. 22.

D'un autre côté, bien que le Mexique se soit longtemps inspiré du modèle français, nous verrons comment la doctrine juridique a largement adopté le paradigme légaliste, au cours du XIX^e siècle, au point de s'y enraciner profondément.



Émile Acollas



Section 2. Un rayonnement problématique du légalisme au Mexique

Au lendemain de la Révolution d'Indépendance (1821), de manière similaire aux libéraux français de la Restauration, les juristes mexicains tentent de maîtriser la souveraineté populaire illimitée. Après quelques décennies de turbulences, l'omnipotence législative, dénoncée par les premiers libéraux mexicains, continue. Les échecs pour instaurer un gouvernement stable se poursuivent, malgré le rétablissement du centralisme par les constitutions connues comme les *Siete Leyes* de 1836 et les *Bases Orgánicas* de 1843. Pire, l'Indépendance du Texas en 1845 plonge le pays dans l'incertitude. La crise est aggravée par la menace d'une guerre avec les États-Unis. Face à ce contexte d'urgence, des projets constitutionnels surgissent. Des juristes tels que Mariano Otero proposent des moyens constitutionnels pour protéger les citoyens du Législateur et de l'Exécutif. Après une succession de régimes autoritaires, des juristes imaginent des mécanismes pour gérer notamment l'omnipotence législative. C'est alors qu'apparaît un recours constitutionnel pour contrôler les lois et protéger les citoyens, le *juicio d'amparo*. Cependant, ceci n'empêche pas le renforcement du légalisme dans la mesure où le paradigme légaliste se consolide par l'exégèse.

Classiquement, l'« École de l'exégèse » a été envisagée au Mexique comme un phénomène typiquement français. En revanche, l'« absolutisme juridique » ou la puissance de la loi se développe parallèlement au processus de codification. À mesure que les codes ont été promulgués, vers la seconde moitié du XIX^e siècle, le légalisme et les méthodes de l'exégèse se sont profondément implantés au Mexique. En effet, ces méthodes⁶⁴⁰ ont irrigué le Mexique par le biais de traductions qui ont connu une large diffusion, telle que les 33 volumes des *Principes de droit civil*⁶⁴¹ de François Laurent, perçu comme son représentant « le plus intransigeant »⁶⁴², ou *L'École de l'exégèse en droit civil* de Julien Bonnecase⁶⁴³, qui a contribué à ériger le mythe de l'École. Cette « influence » ou ce transfert apparaît, dès lors, comme déterminante. Au niveau pratique comme académique, nous observons une forte et pérenne emprise des commentateurs du Code civil. Elle perdure jusqu'au milieu du XX^e siècle, dans la mesure où les praticiens et la doctrine paraissent se consacrer infatigablement à chercher cette fameuse *volonté législative*, en se focalisant

⁶⁴⁰ En somme, comme nous l'avons déjà évoqué, ces méthodes reposent dans le fait de se limiter au texte de loi pour interpréter la volonté du Législateur, en utilisant la déduction et l'analogie.

⁶⁴¹ Œuvre publiée respectivement à La Havane, Puebla et Mexico.

⁶⁴² Husson (Léon), « Un débat révélateur : la discussion de l'article 4 du Code Napoléon », dans *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, dir. Rodríguez García (Fausto E.), Mexico, UNAM, 1980, p. 543.

⁶⁴³ Publiée aussi à Puebla en 1944 ; traduction de José M. Cajica Jr.

principalement sur la loi. C'est la raison pour laquelle il faudra aborder d'abord la volonté de contrer l'omnipotence dans l'œuvre de Mariano Otero (§1), puis la diffusion pérenne de l'exégèse au Mexique (§2).

§1. La volonté de contrer l'omnipotence législative dans l'œuvre d'Otero

Dans les écrits de Mariano Otero y Mestas (1817-1850), on retrouve une critique de l'instabilité constitutionnelle suscitée par le « torrent des révolutions »⁶⁴⁴. Largement reconnu comme un des juristes mexicains les plus importants du XIXe siècle, Otero fait une analyse des « forces en lutte »⁶⁴⁵ depuis la Révolution d'Indépendance. Au-delà de ses observations historiques, sociologiques et économiques, notre auteur préconise le libéralisme modéré afin de permettre le progrès de la nation mexicaine. Dans son célèbre « *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana* »⁶⁴⁶ de 1842, il était « essentiel que les 'grandes questions sociales' soient identifiées et traitées pour que les révoltes et les révolutions cessent complètement »⁶⁴⁷. Dès cette époque, le juriste et politicien⁶⁴⁸ fait une ébauche de ce qui est devenu son apport majeur à la culture juridique mexicaine, le recours d'amparo. Il apparaît que dans un environnement d'instabilité politique et de guerre imminente contre les États-Unis, son objectif était de canaliser l'omnipotence des assemblées législatives, pour la protection des droits de l'homme. Dans la lignée des intellectuels José María Luis Mora et Lucas Alamán qui, au lendemain de l'Indépendance, cherchaient à restaurer l'ordre, Otero continue l'effort pour canaliser l'effervescence révolutionnaire évoquée par Hannah Arendt. Nous verrons que sa source d'inspiration était probablement triangulaire, dans la mesure où l'étude d'Alexis de Tocqueville du système fédéral américain semble avoir marqué sa pensée.

Dès lors, il convient de revenir sur la pensée libérale modérée de Mariano Otero (A) pour comprendre que son plaidoyer pour le fameux *amparo* n'était pas anodin (B). Il s'insérait dans sa

⁶⁴⁴ Otero (Mariano), « Voto particular de Mariano Otero donde se fundamentan sus aportaciones para la instrumentación del Juicio de Amparo » (1847), dans *Obras completas de Mariano Otero. Legado jurídico, político y diplomático*, Mexico, Cámara de Diputados, Consejo Editorial, LXIV Legislatura, 2019, p. 422.

⁶⁴⁵ Voir Reyes Heróles (Jésus), *El liberalismo mexicano*, t. II, *La Sociedad Fluctuante*, Mexico, UNAM, 1957, p. 87.

⁶⁴⁶ « Essai sur l'état réel de la question sociale et politique qui agite la République mexicaine ».

⁶⁴⁷ Boyd (Melissa), *The Political Career and Ideology of Mariano Otero, Mexican Politician (1817-1850)*, St Andrews, University of St. Andrews, 2012, p. 107.

⁶⁴⁸ Député constituant (1842-1846), sénateur (1847-1849), ministre des affaires étrangères (1848) et maire de Mexico (1844).

quête de protection des droits et libertés individuelles, dans un climat turbulent et un paradigme légaliste.

A. Une défense du libéralisme modéré

Dans l'œuvre de Mariano Otero, on retrouve effectivement une défense des valeurs libérales. Dans les années 1840, à un moment où le terme de « démocratie » devient synonyme de « souveraineté populaire », mais aussi « république », « libéralisme » et « civilisation »⁶⁴⁹, Otero n'hésite pas à distinguer à contre-courant la démocratie et la souveraineté populaire. Pour lui, lors de l'Indépendance, la République était indispensable et le pouvoir « n'a pas pu rester dans ces classes faibles et s'est naturellement retrouvée entre les mains de la majorité de la population »⁶⁵⁰. La démocratie était donc nécessaire. Lors du Congrès constituant de 1842, bien qu'il s'est opposé au courant majoritaire qui confondait la démocratie et la souveraineté populaire, Otero a pu être considéré probablement comme « le plus grand rédempteur de la démocratie au Mexique dans les années 1840 »⁶⁵¹. En effet, depuis la Révolution française, l'idée de démocratie était mal vue car elle était associée à la Terreur et aux jacobins. Pourtant, cela commence à changer à partir des années 1840. Alors qu'on retrouve peu d'utilisations du terme lors du Congrès constituant de 1823, le terme devient plus fréquent au milieu du XIX^e siècle. On observe un changement sémantique qui s'explique principalement par les idées de Tocqueville. Dans son ouvrage *De la démocratie en Amérique* (1835), l'auteur soutient qu'une « grande révolution démocratique s'opère parmi nous », c'est-à-dire dans « tout l'univers chrétien ». Cette révolution consiste dans la marche vers « l'égalité des conditions »⁶⁵². Appartenant au « monde vaincu par la Révolution française », Tocqueville « tire, comme toute sa génération, le sentiment de la marche irréversible de l'histoire ». C'est « la victoire du principe démocratique sur le principe aristocratique »⁶⁵³ que François Furet évoque. Ses

⁶⁴⁹ Aguilar Rivera (José Antonio), « La redención democrática », *Historia Mexicana*, vol. 69, n° 1, juillet-septembre 2019, p. 9-11.

⁶⁵⁰ Otero (Mariano), « Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana » (1842), dans *Obras completas...*, *op. cit.*, p. 114 et 123.

⁶⁵¹ Aguilar Rivera (José Antonio), « La redención democrática », *op. cit.*, p. 12.

⁶⁵² Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I, Paris, Flammarion, 1981, p. 57-58.

⁶⁵³ *Ibid.*, préface, p. 9-10.

écrits, qui connaissent un grand et rapide retentissement au Mexicain⁶⁵⁴, contribuent à populariser le prestige de la « démocratie ». De même, la révolution française de 1848 contribue à re-conceptualiser la démocratie⁶⁵⁵. Néanmoins, durant les débats de l'Assemblée constituante française, Sieyès avait déjà rappelé la différence entre la « démocratie pure » des anciens et le régime représentatif des modernes. En raison de la taille de la France, il n'était pas possible d'adopter la démocratie pure, il convenait plutôt d'établir le gouvernement représentatif⁶⁵⁶.

En 1842, lors du Congrès constituant, Otero critique l'avis de la majorité centraliste. Le 3 octobre, il publie dans le journal *El Siglo Diez y Nueve*, son « Examen analítico del sistema constitucional » dans lequel il expose la confusion entre démocratie et souveraineté populaire. Pour la commission dominée par les centralistes, la souveraineté « réside radicalement et essentiellement dans la nation {...} et c'était proclamer le règne de la démocratie »⁶⁵⁷. En revanche Otero cite des auteurs français tels que Destutt de Tracy, Montesquieu et Rousseau pour exposer la confusion entre l'origine de la légitimité (la souveraineté populaire) et la forme du gouvernement (la démocratie)⁶⁵⁸. À titre d'exemple, il signale un passage de Rousseau : « que *le pouvoir de faire des lois*, en prenant le mot loi dans son sens le plus strict et le plus rigoureux, constitue le pouvoir souverain et que ce pouvoir réside essentiellement dans le peuple, qu'il est inaliénable et indivisible et qu'il est le fondement de tout gouvernement légitime »⁶⁵⁹. Ainsi, précise Otero, « la souveraineté en droit politique a sa propre acceptation, dans laquelle elle signifie le droit de la société à établir ses lois »⁶⁶⁰.

Mariano Otero plaide toutefois pour la démocratie et les valeurs libérales. Un peu dans la lignée de Mora et Alamán, s'inscrivant dans le paradigme légaliste, ces valeurs inspirées du constitutionnalisme libéral étaient le moyen de protéger les individus des autorités, c'est-à-dire des

⁶⁵⁴ La première traduction de *De la démocratie en Amérique*, de Sánchez de Bustamante, arrive au Mexique en 1837. Cf. Fernández Segado (Francisco), « El voto particular de Don Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México. Nota introductoria sobre los antecedentes del juicio de amparo », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, 2000, p. 585.

⁶⁵⁵ Voir Lida (Clara E.), « The Democratic and Social Republic of 1848 and its Repercussions in the Hispanic World », dans *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, dir. Guy Thomson, Londres, Institute of Latin American Studies, 2002, p. 46-75.

⁶⁵⁶ Voir *supra* Chapitre 1. La naissance du paradigme légaliste : l'encadrement de l'effervescence légaliste.

⁶⁵⁷ Otero (Mariano), « Examen analítico del sistema constitucional », dans *Obras completas...*, *op. cit.*, p. 353.

⁶⁵⁸ Voir Aguilar Rivera (José Antonio), « La redención democrática », *op. cit.*, p. 14.

⁶⁵⁹ *Id.* Nos italiques.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 358.

pouvoirs Exécutif et Législatif. Cependant, contrairement à ces deux auteurs qui préconisaient de limiter le suffrage aux propriétaires afin de canaliser la souveraineté populaire illimitée et établir un régime représentatif solide, Otero défendait le suffrage universel (masculin). Il pourfendait en effet les « exclusions odieuses et privilèges immérités »⁶⁶¹. Dans le sillage des libéraux tels que John Locke, il estimait que la propriété était la base de la société : « Les éléments constitutifs des sociétés sont sans doute nombreux et multiples ; mais si l'on cherche parmi eux un principe générateur, un fait qui modifie et comprenne tous les autres, et d'où sortent comme d'une origine commune tous les phénomènes sociaux qui paraissent isolés, ce ne peut être que l'organisation de la propriété. C'est elle qui a constitué le despotisme chez les peuples de l'Asie ; elle a constitué la féodalité qui a dominé l'Europe pendant tant d'années ; elle a constitué les aristocraties de l'antiquité, et elle seule a fondé la démocratie »⁶⁶². Dans des écrits qui pourraient faire écho au libéralisme de Benjamin Constant, il n'hésite pas à une liberté de pensée absolue qui permettra la « *garantía* », c'est-à-dire la protection des autres droits humains⁶⁶³.

Par rapport au débat entre fédéralisme et centralisme, Otero prenait partie pour la fédération. Il estimait que la république ne peut s'installer sans le fédéralisme : « un gouvernement républicain ne peut être établi sur un vaste territoire que sous des formes fédérales »⁶⁶⁴. Contre la majorité centraliste qui citait Tocqueville, « l'apôtre des démocraties », pour démontrer que le fédéralisme reposait sur le centralisme, Otero mobilisait le même auteur. Alors que les centralistes soutenaient que pour Tocqueville la centralisation était une nécessité dans les démocraties⁶⁶⁵, Otero évoquait la thèse selon laquelle les colons d'Amérique du Nord étaient un peuple qui connaissait l'égalité des conditions :

Au Nord, la population commença par une véritable colonisation ; de nombreuses réunions de secrétaires de la Réforme, allèrent chercher un asile contre le malheur qui les poursuivait, et sans aucun titre qui les rendît supérieurs les uns aux autres, ils furent tous forcés de se consacrer à l'agriculture, appliquant leur travail personnel aux travaux de la culture ; et de là

⁶⁶¹ Otero (Mariano), « Voto particular de Mariano Otero donde se fundamentan sus aportaciones para la instrumentación del Juicio de Amparo » (1847), dans *Obras completas...*, *op. cit.*, p. 436.

⁶⁶² Otero (Mariano), « Ensayo... », *op. cit.*, p. 96.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 142.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 168.

⁶⁶⁵ Aguilar Rivera (José Antonio), « La redención democrática », *op. cit.*, p. 15-16.

naquit cette population profondément démocratique qui, par la suite, a été présentée au monde comme la réalisation la plus étonnante de l'égalité sociale.

Pourtant,

Il n'en fut pas de même dans l'Amérique espagnole. Leurs conquérants étaient des aventuriers à la recherche d'or et de dangers ; et dès qu'ils eurent accompli leur tâche, ils voulurent se faire grands seigneurs et amasser de grandes richesses, pour lesquelles ils les divisèrent en grandes portions, et ils durent trouver ceux qui les exploiteraient pour eux, avec tous les inconvénients qu'ils désiraient⁶⁶⁶.

Les conditions n'étaient donc pas les mêmes au Mexique, c'est pourquoi les constituants mexicains de 1824 n'ont pas imité les américains, ils ont suivi une loi universelle, naturelle : la marche de la République et de la civilisation⁶⁶⁷, ce qui peut évoquer « la marche de l'égalité des conditions » de Tocqueville. De cette façon, Otero cherchait à « naturaliser » le fédéralisme, tout en le distinguant du système américain. « Faire le contraire, croire qu'une République aurait pu s'établir sur l'immense étendue de notre territoire avec un centre unique pour recevoir l'action de toutes les parties et la communiquer, à la manière des rayons qui, dans un cercle, partent de la circonférence vers le centre et reviennent du centre vers la circonférence, c'eût été méconnaître toutes nos relations physiques et morales et oublier à la fois le passé et l'avenir »⁶⁶⁸. C'était donc un « acte d'intelligence que de choisir un tel modèle, le meilleur et le plus sublime de tous ceux que l'on connaît. Honneur et gratitude à ceux qui l'ont fait ! »⁶⁶⁹.

Dans les années 1840, les fédéralistes et centralistes utilisent Tocqueville, qui jouissait d'un grand prestige, pour justifier leurs projets politiques. Néanmoins, il s'agissait d'une instrumentalisation à double tranchant. À rebours de la thèse des centralistes selon laquelle le fédéralisme repose sur la centralisation, Tocqueville distinguait la « centralisation administrative »

⁶⁶⁶ Otero (Mariano), « Ensayo... », *op. cit.*, p. 107-108.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 108, 131 et 173.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 168.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 169.

et la « centralisation politique » ou « gouvernementale »⁶⁷⁰. Et à rebours de ce que pensait Otero, Tocqueville soulignait que le système fédéral « n'est pas donné à tous les peuples de jouir de ses bienfaits »⁶⁷¹. Il ajoute :

La constitution des États-Unis ressemble à ces belles créations de l'industrie moderne qui comblent de gloire et de biens ceux qui les inventent, mais qui restent stériles en d'autres mains.

C'est ce que le Mexique a fait voir de nos jours.

Les habitants du Mexique, voulant établir le système fédératif, prirent pour modèle et copièrent presque entièrement la constitution fédérale des Anglo-américains leurs voisins. Mais en transportant chez eux la lettre de la loi, ils ne purent transporter en même temps l'esprit qui la vivifie. On les vit donc s'embrasser sans cesse partie les rouages de leur double gouvernement. La souveraineté des États et celle de l'Union, sortant du cercle que la constitution avait tracé, pénétrèrent chaque jour l'une dans l'autre. Actuellement encore, le Mexique est sans cesse entraîné de l'anarchie au despotisme militaire, et du despotisme militaire à l'anarchie⁶⁷².

Cette défense du libéralisme et du fédéralisme a permis à l'historiographie classique d'associer ces deux systèmes. En effet, selon le récit presque officiel de Jesús Reyes Heróles, Otero était un libéral fédéraliste à l'origine de la tradition juridique mexicaine, ce qui lui a permis d'établir une « continuité libérale » entre la Constitution de 1857, qui récupère une partie des idées d'Otero, et la Constitution de 1917⁶⁷³. Pourtant, cette conception binaire classique entre factions libérales (fédéralistes) et conservatrices (centralistes) écartait un troisième courant, celui des modérés. Dans les écrits d'Otero il est possible de trouver une critique des deux partis dominants, libéral et conservateur : « La Révolution {1839-1841} a proclamé la fusion des partis, parce qu'elle a jugé

⁶⁷⁰ Voir Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I, *op. cit.*, p. 361 et s. « La centralisation politique ou gouvernementale consiste à 'concentrer dans un même lieu ou dans une même main' le pouvoir de diriger les "intérêts communs à toutes les parties de la nation, tels que la formation des lois générales et les rapports du peuple avec les étrangers" ; la "centralisation administrative" étend cette pratique aux "intérêts spéciaux à certaines parties de la nation, tels, par exemple, que les entreprises communales", pour les confier aussi au gouvernement central ». Cf. Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2023, p. 278-279.

⁶⁷¹ Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 244.

⁶⁷³ Cf. Hale (Charles), « The Liberal Impulse: Daniel Cosío Villegas and the *Historia Moderna de México* », *The Hispanic American Historical Review*, vol. 54, n° 3, août 1974, p. 494 ; du même « Los mitos políticos de la nación mexicana: el liberalismo y la Revolución », *HMex*, vol. XLVI, n° 4, 1996, p. 824. Voir aussi Boyd (Melissa), *The Political Career...*, *op. cit.*, p. 20-21.

sagement qu'aucun d'eux n'était capable de faire le bonheur national, et cette vérité si intéressante est si bien reconnue qu'il est impossible qu'aucune de ces factions domine les autres. En effet, si l'on considère les deux grandes classifications dans lesquelles les deux partis politiques se sont affrontés, l'un connu pour son amour de la régression et l'autre pour la fureur de la démagogie, il est certain que ni l'un ni l'autre ne peut dominer la société d'aujourd'hui »⁶⁷⁴. On retrouve parallèlement une position de progressisme modéré, par exemple : « Les institutions humaines sont toujours défectueuses dans leurs principes, et ne peuvent se perfectionner que par les lentes améliorations de l'expérience. Ainsi, quelles que soient les circonstances favorables, le futur code peut très bien être défectueux ; mais ses défauts ne seront pas graves et il ne causera aucun trouble si, remplissant fidèlement les promesses de la dernière révolution, la nouvelle charte est dûment respectée et si aucun autre moyen n'est employé pour la réformer et l'améliorer que les moyens pacifiques et légaux qu'elle peut elle-même prévoir »⁶⁷⁵. Bien que le terme n'apparaisse qu'en 1838, Otero a vite été considéré comme « le chef idéologique des nouveaux modérés »⁶⁷⁶. Accusés par nombre de leurs contemporains d'être des renégats opportunistes sans idées originales, les *moderados* étaient souvent identifiés comme partageant les objectifs politiques des « *liberales puros* » (radicaux), mais ayant un point de vue différent sur la manière de les atteindre. En effet, ils souhaitaient mettre en œuvre une réforme modérée qui, sans heurter les coutumes et les traditions du pays, permette une modernisation lente et progressive de la vie politique mexicaine, en évitant à tout prix les changements importants et brusques⁶⁷⁷.

Otero rejetait effectivement le libéralisme radical et le centralisme conservateur, tout en recommandant la modération. Or, cette simplification servait au discours officiel du Parti dominant (dont Reyes Heróles faisait partie) selon lequel les libéraux, les vainqueurs, auraient fondé la tradition mexicaine tandis que les conservateurs auraient été des traîtres rétrogrades. Mariano Otero, en revanche, conseillait la pondération. C'est la raison pour laquelle il a pu être décrit comme « le plus grand théoricien et législateur *moderado* »⁶⁷⁸. Beaucoup de ses idées individualistes et libérales (modérées) ont été consacrées par la Constitution de 1857, même si Otero est décédé en 1850, à 33 ans. Celle-ci entérine le fédéralisme et s'inspire également de la Déclaration de 1789 pour

⁶⁷⁴ Otero (Mariano), « Ensayo... », *op. cit.*, p. 153.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁷⁶ Cf. Medina Peña (Luis), *Invencción del sistema político mexicano. Forma de gobierno y gobernabilidad en el siglo XIX*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 259.

⁶⁷⁷ Cf. Boyd (Melissa), *The Political Career...*, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 35.

reconnaître les droits naturels de l'homme⁶⁷⁹. Suivant le libéralisme de la Révolution française, elle indique en effet : « Le peuple mexicain reconnaît que les droits de l'homme sont la base et l'objet des institutions sociales. Déclare en conséquence que toutes les lois et toutes les autorités du pays doivent respecter et faire respecter les garanties accordées par la présente Constitution ».

Cette ratification des idées individualistes et libérales, insérée dans le paradigme légaliste, a été accentuée par le recours d'amparo.

B. Un plaidoyer pour le *juicio de amparo*

En 1846, confronté à la guerre contre les États-Unis suite à l'annexion du Texas par les américains, le gouvernement mexicain fait face à un nouveau *pronunciamento*. Le Président Mariano Paredes y Arrillaga est désavoué, et la Constitution fédérale de 1824 est rétablie. Face à ce climat d'urgence, alors que la moitié du territoire est occupée, un Congrès constituant se réunit. Contre la majorité, qui souhaitait maintenir la Constitution de 1824 telle quelle, Otero publie le 5 avril 1847 un « *Voto particular* » (avis individuel). Il propose notamment un contrôle de constitutionnalité des lois, le célèbre *juicio de amparo*.

Si la paternité de l'amparo est encore discutée par la doctrine, il est généralement considéré que Manuel Crescencio Rejón, ainsi que Mariano Otero, sont les « pères »⁶⁸⁰ de ce recours. En réalité, comme il est admis actuellement, la création de l'amparo provient de la Constitution de l'État du Yucatán du 16 mai 1841. « Comme l'admet presque unanimement la doctrine, l'intervention la plus décisive a été celle de Rejón »⁶⁸¹. En revanche, la doctrine débat encore par rapport aux précédents de l'amparo⁶⁸². Comme l'a signalé M. Arroyo Moreno, tout au long du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle, « l'idée la plus répandue était que le procès d'amparo trouvait son origine dans le droit des États-Unis, influencé par l'*habeas corpus* anglais, les

⁶⁷⁹ Voir Burgoa (Ignacio), *El juicio de amparo*, Mexico, Porrúa, 20^e éd., 1983, p. 73.

⁶⁸⁰ Voir par exemple Fernández Segado (Francisco), « El voto particular... », *op. cit.*, p. 585.

⁶⁸¹ *Id.*

⁶⁸² Sur ce point, voir Soberanes Fernández (José Luis) et Martínez (Faustino José), *Apuntes para la historia del juicio de Amparo*, Mexico, Porrúa, 2002, p. 159-202 ; Garay Garzón (Víctor Manuel), « El juicio de amparo en la historia constitucional de México », dans *Derecho procesal constitucional*, dir. Armando Soto Flores, Mexico, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INHERM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 96-106 ; Burgoa (Ignacio), *El juicio de amparo*, *op. cit.*, p. 93-136.

procédures forales d'Aragon et la Révolution française »⁶⁸³. Pourtant, le droit en vigueur au Mexique pendant la colonisation était le droit de Castille, à partir duquel surgit le « *derecho indiano* », le droit appliqué dans les colonies. L'amparo trouverait ainsi ses origines lointains dans le *Fuero Juzgo*, les *Siete Partidas* et les *Leyes de Toro* du royaume de Castille⁶⁸⁴. Il trouverait également ses origines dans l'« *amparo colonial* » étudié par Andrés Lira⁶⁸⁵. En tout cas, Tocqueville a ici aussi été une source d'inspiration très nette pour les constituants mexicains.

Cet « admirateur critique »⁶⁸⁶ de la démocratie américaine écrivait que les Anglo-américains ont fait du pouvoir judiciaire un grand pouvoir politique, ce qui était inédit chez toutes les autres nations du monde⁶⁸⁷. Ils l'ont revêtu d'un immense pouvoir politique parce qu'ils « ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois. En d'autres termes, ils leur ont permis de ne point appliquer les lois qui leur paraîtraient inconstitutionnelles ». Contrairement au cas français, Tocqueville constate que « en Amérique, les théories politiques sont plus simples rationnelles. Une constitution américaine n'est point censée immuable comme en France ; elle ne saurait être modifiée par les pouvoirs ordinaires de la société, comme en Angleterre. Elle forme une œuvre à part, qui, représentant la volonté de tout le peuple, oblige les législateurs comme les simples citoyens, mais qui peut être changée par la volonté du peuple, suivant des formes qu'on a établies, et dans des cas qu'on a prévus ». La volonté de soumettre le pouvoir Législatif à une norme supérieure est ici évidente. « Aux États-Unis, la constitution domine les législateurs comme les simples citoyens »⁶⁸⁸. Alors qu'en France les juges ont été interdits par les révolutionnaires d'interpréter la loi⁶⁸⁹, car elle est censée représenter la volonté générale. Aux États-Unis, cependant, lorsqu'on invoque devant les tribunaux une loi que le juge estime contraire à la constitution, il peut donc refuser de l'appliquer⁶⁹⁰. L'auteur précise toutefois que « la loi ainsi censurée n'est pas détruite : sa force morale est diminuée, mais son effet matériel n'est point

⁶⁸³ « El origen del juicio de amparo », dans *La génesis de los derechos humanos en México*, dir. María del Refugio González Domínguez et Margarita Moreno-Bonett, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 47.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 46 et s.

⁶⁸⁵ Voir Lira González (Andrés), *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1972.

⁶⁸⁶ Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I, *op. cit.*, préface de François Furet, p. 28.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 167.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 169-170.

⁶⁸⁹ Sur ce point, voir *infra* 2. *Le logos du raisonnable ou le prolongement de la libre recherche scientifique ?*

⁶⁹⁰ Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I, *op. cit.*, p. 171.

suspendu. Ce n'est que peu à peu, et sous les coups répétés de la jurisprudence, qu'enfin elle succombe »⁶⁹¹.

Rejón et Otero ont voulu suivre cet exemple du *judicial review*. Même si on peut retrouver des sources d'inspiration lointaines, les deux juristes citent Tocqueville. D'abord, Rejón avait exposé ses motivations :

Ainsi, même si selon le projet l'on donne au pouvoir judiciaire le droit de censurer la législation, on l'oblige aussi à l'exercer d'une manière obscure et dans des cas particuliers, en cachant l'importance de l'attaque aux vues passionnées des factions. Ses jugements, alors, comme le dit justement Tocqueville, n'auront d'autre objet que de frapper un intérêt personnel, et la loi ne sera offensée que par hasard. En tout cas, la loi ainsi censurée ne sera pas détruite : sa force morale sera diminuée, mais son effet matériel ne sera pas suspendu. Elle ne périra que peu à peu et sous les coups redoublés de la jurisprudence.

Ceci permettrait de « de maintenir intact le Code fondamental, par un rempart le plus fort qui se soit dressé contre la tyrannie des assemblées législatives ». Pour sa part, Otero fondait son avis en renvoyant à Tocqueville, qu'il citait déjà dans ses écrits antérieurs :

Un grand écrivain a observé que l'étendue et la respectabilité du pouvoir judiciaire étaient le signe le plus sûr de la liberté d'un peuple, et c'est pourquoi je n'ai pas hésité à proposer au Congrès d'élever le pouvoir judiciaire de la Fédération à de grandes hauteurs, en lui donnant le droit de protéger tous les habitants de la République dans la jouissance des droits qui leur sont garantis par la Constitution et les lois constitutionnelles, contre tous les assauts de l'exécutif ou de la législature, soit des États, soit de l'Union. En Amérique du Nord, ce pouvoir de sauvegarde est venu de la Constitution et a produit les meilleurs effets. Là, le juge doit soumettre ses jugements avant tout à la Constitution ; et il s'ensuit que, lorsqu'il la trouve en conflit avec une loi secondaire, il applique la première et non la seconde, de sorte que, sans se rendre supérieur à la loi, sans se mettre en opposition avec le pouvoir législatif, sans déroger à ses dispositions, dans tous les cas particuliers où elle pourrait nuire, il la rend impuissante⁶⁹².

⁶⁹¹ *Id.*

⁶⁹² Montiel y Duarte (Isidro), *Derecho Público Mexicano*, t. II, Mexico, Imprenta del Gobierno Federal, 1882, p. 407-408, cité par Arroyo Moreno (Jesús Ángel), « La fórmula de Otero y el amparo contra leyes », *Revista Jurídica*, n° 20, 1990, p. 502-503.

Suivant l'exemple de la Révolution française, la Constitution de 1824 avait réduit le Pouvoir judiciaire. Plus précisément, selon les précédents de la Déclaration de 1789 et de la Constitution de 1791, les constituants mexicains avaient établi la suprématie du pouvoir Législatif. Comme le souligne M. Pantoja Morán, « l'idée était claire : si le pouvoir Législatif, et en particulier la Chambre des députés, étaient les représentants de la nation souveraine, aucun autre pouvoir ou autorité ne pouvait prétendre effectuer le contrôle de la légitimité de leurs mandats, ce qui, en dernière analyse, revenait à consacrer la suprématie du Congrès »⁶⁹³. Cette suprématie avait été critiquée par Alamán et Mora, qui était un ami d'Otero⁶⁹⁴, et qu'ils avaient appelé à reformer. D'autre part, en vertu de *L'Esprit des lois*, les constituants de 1824 et ceux de Cadix de 1812, avaient appliqué la doctrine de Montesquieu selon laquelle les juges de la Nation « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui ne peuvent en modérer ni la force ni la vigueur »⁶⁹⁵. Par conséquent, la Constitution interdisait implicitement l'interprétation judiciaire. L'article 165 disposait que « Seul le Congrès général peut lever les doutes sur l'interprétation des articles de la Constitution et de l'*Acta constitutiva* ».

Otero propose alors de rompre avec le modèle français. C'est pour cela qu'il rédige l'article 19, qui sera repris dans la Constitution de 1857 et puis celle de 1917 :

Les tribunaux de la Fédération protègent tout habitant de la République dans l'exercice et la préservation des droits qui lui sont reconnus par la présente Constitution et les lois constitutionnelles, contre toute atteinte des pouvoirs législatif et exécutif, qu'il s'agisse de la Fédération ou des États, lesdits tribunaux se limitant à accorder leur protection générale à l'égard de la loi ou de l'acte qui la motive⁶⁹⁶.

Dans une optique libérale, son objectif était donc de protéger les droits de l'homme face aux abus des autorités, Exécutive ou Législative. S'inspirant du système fédéral américain et des écrits d'Alexis de Tocqueville, il souhaitait canaliser le légalisme par un contrôle de constitutionnalité. La consécration de l'amparo et des idées d'Otero par la Constitution de 1857, donne le départ d'une tradition juridique mexicaine, qui s'insère malgré tout dans un paradigme légaliste.

⁶⁹³ Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano...*, *op. cit.*, p. 215.

⁶⁹⁴ Krauze (Enrique), *Siglo de caudillos*, *op. cit.*, p. 170.

⁶⁹⁵ Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano...*, *op. cit.*, p. 217.

⁶⁹⁶ Otero (Mariano), « El Proyecto de Acta de Reformas de Mariano Otero », dans *Obras completas...*, *op. cit.*, p. 417.

En effet, l'introduction de l'exégèse au Mexique renforce l'hypothèse que les juristes mexicains ne parviennent pas à sortir d'un paradigme légaliste.

§2. La diffusion pérenne de l'exégèse au Mexique

Malgré la volonté d'encadrement du légalisme, issu du dogme de la souveraineté populaire illimitée, le paradigme légaliste s'accroît à travers la codification. En effet, même si les juristes et intellectuels mexicains tâchaient de réduire la légitimité populaire du Législateur depuis la Révolution d'Indépendance, le Code Napoléon est érigé en modèle pendant tout le XIX^e siècle. L'« euphorie constitutionnelle »⁶⁹⁷ des années 1820 est accompagnée par le désir d'instaurer un code, afin de mettre fin à l'instabilité et restaurer l'ordre. En revanche, en raison d'incessants coups d'État, révoltes et révolutions, les premiers projets de codification échouent lors de la première moitié du XIX^e siècle. Autrement dit, les codes sont emportés par l'« irrésistibilité » des tempêtes révolutionnaires. Néanmoins, ce processus réussit vers le crépuscule du siècle, dans un contexte autoritaire connu comme le *porfiriato*.

Suivant le modèle légaliste français lié à la codification, les professeurs mexicains se sont généralement limités à commenter la loi. Cette méthode d'analyse et d'enseignement du droit, représentée par « l'École de l'exégèse » française, s'est propagée au Mexique de manière durable, surtout lorsque le processus de codification s'intensifie à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. Il faut alors analyser l'exportation du Code Napoléon (A), avant d'aborder son acclimatation par les juristes (B).

A. L'exportation du Code Napoléon

Tout d'abord, selon M. Grimaldi, le Code Napoléon a été exporté par la « force de l'esprit, ou celle du cœur ». C'est-à-dire que, « au XIX^e siècle, certains pays ont importé le Code civil par sympathie, par admiration, par amour même pour la France : pour ses idéaux, pour sa culture, et pas seulement sa culture juridique. La France qui, après la Révolution de 1789, venait de s'en offrir une seconde, avec celle de 1848, tenait lieu de refuge et de modèle à certains qui luttèrent pour

⁶⁹⁷ Reyes Heróles (Jésus), *El liberalismo mexicano*, t. I, *Los Orígenes*, op. cit., p. 37.

l'indépendance ou la construction de leur pays »⁶⁹⁸. Ainsi, même si la Révolution française et ses excès ont été condamnés par une partie des élites mexicaines, la codification napoléonienne est restée un modèle. De nombreux exemples de diffusion, et plus précisément d'*hybridation*, ont été donnés par l'Amérique latine. Une fois leur indépendance de l'Espagne conquise, ces jeunes nations se sont détournées de l'ancienne puissance coloniale pour se tourner vers le Code civil français. C'est le cas de la Bolivie, par exemple, qui se dote en 1831 d'un code jugé comme une simple traduction du Code français⁶⁹⁹. Au Mexique, tout au long du XIX^e siècle, la codification était considérée comme nécessaire⁷⁰⁰ et le modèle principal était le Code Napoléon. Après l'Indépendance de 1821, la Constitution fédérale mexicaine de 1824 donne l'initiative de la codification aux États fédérés⁷⁰¹. C'est ainsi que, entre 1827 et 1829, le *Code civil de l'État Libre et Souverain de Oaxaca* est promulgué, considéré comme le premier d'Amérique latine, étant donné que ceux d'Haïti (1825) et de la République dominicaine (1804) étaient le Code civil sans être traduit⁷⁰². Ce Code de l'État de Oaxaca est une autre illustration de l'adoption du Code civil français en Amérique latine : « Ses auteurs n'ont fait que traduire, très fidèlement et littéralement, le texte français, dont ils ont d'ailleurs conservé exactement le système et la distribution »⁷⁰³. La structure reprend effectivement celle du Code français : le premier livre s'intitule *Des personnes*, le deuxième *Des biens et des différentes modifications à la propriété* et le dernier *Des différentes façons d'acquérir la propriété*. Ce code est resté en vigueur jusqu'en 1837, un an après l'abolition du fédéralisme.

Par la suite, le rayonnement du Code civil français au Mexique a été très vigoureux, même si son prestige a progressivement décliné. En 1829, le Code civil de l'État (fédéré) du Zacatecas est promulgué ; et en 1833 à Jalisco, un projet de la première partie du Code civil aussi. Bien que seul

⁶⁹⁸ Grimaldi (Michel), « L'exportation du code civil », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 83. DOI : 10.3917/pouv.107.0080. URL : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2003-4-page-80.htm>

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 83-84.

⁷⁰⁰ Sur ce point, voir Cruz Barney (Óscar), « La codificación civil en México: aspectos generales », [en ligne] URL: www.juridicas.unam.com.mx, consulté le 28 novembre 2023, p. 1. Sur la codification au Mexique, voir du même auteur, *La codificación en México*, Mexico, Porrúa, 2010 ; « La codificación en México », dans *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, dir. José Antonio Caballero Juárez et Óscar Cruz Barney, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

⁷⁰¹ Guzmán Brito (Alejandro), *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2006, p. 198.

⁷⁰² Narváez Hernández (José Ramón), « La crisis de la codificación y la historia del derecho », *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n° 15, 2003, p. 205.

⁷⁰³ Guzmán Brito (Alejandro), *Historia de la codificación civil...*, *op. cit.*, p. 198-199.

le Code de Jalisco indiquait ses sources, les deux ont eu pour modèle *le Code civil*⁷⁰⁴. Le droit de propriété notamment reprenait la conception française absolutiste : le Code de Oaxaca prévoyait le « droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » et celui du Zacatecas le « droit de disposer librement de quelque chose, de la manière la plus absolue » dans le cadre de la loi⁷⁰⁵. Néanmoins, en raison de l'instabilité politique du pays, la codification civile n'avança pas au milieu du XIX^e siècle. En 1836, le Mexique adopte une forme unitaire avec *Les Siete Leyes* avant de revenir au fédéralisme en 1846. Dès lors, c'est en 1858 que le gouvernement du Président Benito Juárez charge Justo Sierra de rédiger un code civil. Le projet Sierra prévoyait 2124 articles organisés dans un plan tripartite reprenant celui du Code civil français. En revanche, seulement 50 articles étaient issus de ce Code, tandis que 1887 provenaient de manière littérale du projet espagnol de García Goyena de 1851⁷⁰⁶. Ce projet incarne pour autant les idées libérales et la méthode suivie pour l'élaboration du projet correspond à celle du Code français, comme indiquait l'auteur⁷⁰⁷. En 1861, le projet Sierra est promulgué comme Code dans l'État de Veracruz.

Ensuite, lors de l'invasion française au Mexique (1862-1866), Maximilien von Habsbourg couronné empereur demande la poursuite de ce projet et, à l'occasion, préside les séances⁷⁰⁸. Il réussit dès lors à publier le *Code Civil de l'Empire Mexicain* en 1866. Ce Code s'inspire du projet Justo Sierra et donc indirectement du projet espagnol de García Goyena, du Code civil français, mais aussi, fait significatif, de la doctrine française incluant des « exégètes » ou commentateurs du Code civil tels que : Delvincourt, Toullier, Demolombe et Troplong⁷⁰⁹. Après l'expulsion des Français, Benito Juárez retourne au pouvoir et promulgue en 1870 le *Código Civil del distrito federal y territorio de la Baja California*. Cela marque le triomphe de la codification dans la mesure où tous les États fédérés adoptent le code fédéral. Néanmoins, le modèle français diminue légèrement, car les trois quarts du Code reprennent le Code de l'Empire et secondairement le Code portugais de 1867, considéré comme le plus avancé à l'époque.

⁷⁰⁴ González (María del Refugio), « Notas para el estudio del proceso de codificación civil en México », dans *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, dir. Jorge A. Sánchez-Cordero Dávila, Mexico, UNAM, 1978, p. 116-118.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 118-119.

⁷⁰⁶ Guzmán Brito (Alejandro), *Historia de la codificación civil...*, *op. cit.*, p. 288.

⁷⁰⁷ González (María del Refugio), « Notas para el estudio del proceso de codificación... », *op. cit.*, p. 127.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 128.

⁷⁰⁹ Guzmán Brito (Alejandro), *Historia de la codificación civil...*, *op. cit.*, p. 290.

Plusieurs raisons expliquent ce « transfert culturel »⁷¹⁰ ou cette « transplantation du Code civil français »⁷¹¹. D’abord, avant l’Indépendance de 1821, la pensée des Lumières avait pénétré en Nouvelle-Espagne (Mexique) ainsi que quelques postulats du jusnaturalisme rationaliste⁷¹² favorisant l’idée de codification. De même, les principes de la Déclaration des droits de l’homme de 1789 ont été exportés en dehors de France dans l’esprit du messianisme révolutionnaire⁷¹³. La diffusion de principes comme la séparation des pouvoirs, la souveraineté populaire, l’égalité face à la loi, le légicentrisme permettent le « triomphe du libéralisme »⁷¹⁴. Sans doute, cette diffusion a conditionné la réussite de la codification, mais encore fallait-il que le code soit acclimaté.

B. L’acclimatation du code par les juristes

En bref, si la codification réussit au Mexique à partir des années 1870, le premier code mexicain date de 1829. La période d’« acclimatation » ou de normalisation du Code, commence très tôt dans l’histoire de la jeune nation, mais elle souffre de moments d’interruption, avant de s’intensifier vers la fin du XIX^e siècle, lorsque la stabilité politique est imposée par l’autoritarisme de Don Porfirio, période connue comme le *porfiriato* (1860-1910).

Ce qui est important pour nous est que la codification a inéluctablement véhiculé l’exégèse de la loi et, partant, le légalisme révolutionnaire. L’« absolutisme juridique »⁷¹⁵ de la loi s’est amplifié au Mexique comme en France et les juristes mexicains ont intégré une « culture du code »⁷¹⁶ enseignée dans les facultés de droit⁷¹⁷. Autour du monopole de la loi et de la fonction passive des juristes, la

⁷¹⁰ Sur la théorie des transferts culturels, voir Espagne (Michel) et Werner (Michael), « La Construction d’une référence culturelle allemande en France : Genèse et histoire (1750-1914) », *Annales ESC*, 1987, p. 969-992 ; repris dans *Transferts. Les relations interculturelles dans l’espace franco-allemand (XVIII^e-XIX^e siècle)*, dir. Michel Espagne et Michael Werner, Paris, 1988.

⁷¹¹ Halpérin (Jean-Louis), « L’origine politique des codes, de l’Europe à l’Amérique latine », dans *L’avenir de la codification en France en Amérique latine*, dir. Christian Larroumet et Mauricio Tapia, Paris, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2004, 26.

⁷¹² González (María del Refugio), « Notas para el estudio del proceso de codificación... », *op. cit.*, p. 103.

⁷¹³ Halpérin (Jean-Louis), « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, avril-juin, *La Révolution et le droit*, 2002, n° 16.

⁷¹⁴ González (María del Refugio), « Notas para el estudio del proceso de codificación... », *op. cit.*, p. 103.

⁷¹⁵ *Loc. cit.*

⁷¹⁶ Anzoategui (Tau), « La cultura del Código », *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n° 26, 1998.

⁷¹⁷ Sur l’histoire de la Faculté de droit de l’UNAM, voir Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, Mexico, UNAM, 1997.

« mythologie juridique de la modernité »⁷¹⁸ arrive au Mexique. En déployant cet *absolutisme*, l'enseignement du droit devient rapidement l'enseignement centré sur la loi codifiée. Faute d'une doctrine propre face au processus de codification, les juristes mexicains ont dû recourir à la doctrine française pour pallier cette absence. Les œuvres des juristes français de l'« École de l'exégèse » deviennent dès lors prépondérantes. Dans les Facultés de droit mexicaines, on étudie les travaux de Le Bon, Laurent, Demolombe, Mourlon, Beauregard, Baudry, Leroy Beaulieu, Ortolan, etc⁷¹⁹. Quand la codification est définitivement implantée, vers 1870, le droit espagnol est lui aussi abandonné pour toujours⁷²⁰. Le positivisme jaillit ensuite dans l'orientation de l'enseignement juridique, outre une préférence claire pour les auteurs français⁷²¹, et ce malgré le début d'une littérature juridique mexicaine⁷²². Comme nous verrons au prochain chapitre, des auteurs positivistes tels que Comte et Spencer jouissent alors d'une grande réputation. De même, une « pauvreté doctrinale » en droit civil a été signalée par le professeur Mendieta y Nuñez, dans la mesure où les manuels indiquaient uniquement les codes⁷²³. Puis, un fait hautement révélateur de l'absolutisme juridique de la loi est dévoilé par le terme de « *leyes* » (lois) qui a longtemps été un synonyme pour « *derecho* » (droit) au Mexique. On parlait, par exemple, de l'*Escuela de Leyes* au XIX^e siècle⁷²⁴ et encore aujourd'hui on parle communément de « *Facultad de leyes* » et de « *carrera de leyes* »⁷²⁵ (carrière de lois). Malgré le déclin de la supposée École de l'exégèse et le développement de l'étude de la jurisprudence en France, vers la fin du XIX^e siècle, ce déclin du légalisme commence à se faire sentir dans quelques pays d'Amérique latine qu'au début du XX^e siècle⁷²⁶. Au Mexique, l'étude de la jurisprudence stagne jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle. Les répertoires de jurisprudence n'apparaissent qu'avec quelques mois, voire quelques années de

⁷¹⁸ Grossi (Paolo), *Mitología jurídica de la modernidad*, *op. cit.*

⁷¹⁹ Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, *op. cit.*, p. 317-318.

⁷²⁰ Sur la persistance du droit espagnol au Mexique après l'Indépendance voir : *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, dir. Lydia Molinero Mondragón, Mexico, UNAM, 1998 ; spécialement l'article de González (María del Refugio), « La presencia del derecho indiano en México a través de las fuentes legales del *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Escriche, anotadas por Juan N. Rodríguez* ».

⁷²¹ Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, *op. cit.*, p. 138-139.

⁷²² González A. Carrancá (Juan Luis), « Comentarios sobre la evolución de la enseñanza del derecho en México », dans *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. I, Mexico, UNAM, 1998.

⁷²³ *Historia de la Facultad de derecho*, *op. cit.*, p. 138-139.

⁷²⁴ Voir *ibid.*, p. 97, 103 et 107.

⁷²⁵ Voir par exemple González A. Carrancá (Juan Luis), « Comentarios sobre la evolución de la enseñanza... », p. 729 ; Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, *op. cit.*, p. 114-115 et 315.

⁷²⁶ Tels que l'Argentine et l'Uruguay, qui ont été les seuls à publier des recueils de jurisprudence à cette époque.

retard. Qui plus est, à titre illustratif, en matière de droit procédural du célèbre *juicio de amparo* (recours devant la Cour suprême protégeant les droits fondamentaux) l'exégèse prédominait⁷²⁷. L'analyse purement formelle et descriptive des dispositions légales qui ont successivement réglementé le *juicio de amparo* a prévalu en effet dans l'œuvre des juristes⁷²⁸. Ce courant exégétique l'emporte jusqu'au milieu du XX^e siècle, lorsque le juriste Ignacio Burgoa s'attèle à étudier systématiquement le *juicio de amparo*.

Enfin, la critique de l'exégèse a été ponctuelle et même timide au Mexique. En dépit de la forte propagation de la philosophie positiviste dans les milieux académiques et intellectuels, qui voulait une vision plus « culturelle » du droit⁷²⁹, l'étude des codes a prévalu. Une des raisons qui explique probablement cette situation est que l'exégèse a été largement associée à la France. Lorsque les professeurs mexicains invoquaient l'exégèse, c'était la fameuse « École de l'exégèse » française qui était mobilisée. Comme si c'était un phénomène typiquement - voire uniquement - français. C'est le cas du philosophe du droit Eduardo García Máynez lorsqu'il analyse la méthode exégétique. En réalité il étudie l'histoire de la doctrine française du XIX^e siècle en se focalisant sur la *Méthode d'interprétation* de Gény⁷³⁰. En reprenant les idées de ce dernier, il estime que les conclusions de cette école découlent d'une conception erronée de l'importance et de la signification de la législation et des codifications :

le législateur ne peut prétendre au monopole de la formulation du droit, car son activité se heurte à une série de barrières infranchissables, qui découlent de la nature même des choses⁷³¹.

De ce fait, bien que la méthode exégétique ait commencé à être critiquée par García Máynez, celui-ci s'est concentré sur la doctrine française. Par conséquent, il n'a pas directement fustigé l'exégèse au Mexique. Il faudra attendre vers la seconde moitié du XX^e siècle la critique isolée, ancrée sur un style de pensée conservateur, du professeur Recaséns Siches, qui a tenté

⁷²⁷ Fix-Zamudio (Héctor), *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 14^e éd., 2007, p. 136-137.

⁷²⁸ Cf. *ibid.*, p. 178. Par exemple : Fernando Vega, *La nueva ley de amparo*, Mexico, 1883 ; Manuel Ruiz Sandoval, *Manual de procedimientos en el juicio de amparo*, Mexico, 1968 ; Federico M. del Castillo Velasco, *Manual sobre procedencia y sustanciación de los juicios de amparo*, Mexico, 1899 ; Francisco Cortés, *El juicio de amparo al alcance de todos*, Mexico, 1907 ; Demetrio Sodi *Procedimientos federales*, Mexico, 1912.

⁷²⁹ Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, *op. cit.*, p. 115.

⁷³⁰ García Máynez (Eduardo), *Introducción al estudio del derecho*, Mexico, Porrúa, 53^e éd., 2002, p. 333 et s.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 337-338.

d'ébranler à la manière de Gény les mentalités juridiques. En effet, au milieu du XX^e siècle, l'œuvre du professeur espagnol à l'Université Nationale Autonome du Mexique (UNAM), exilé au Mexique en raison de la guerre civile, conteste de manière acerbe cette méthode exégétique. Comme nous verrons au prochain chapitre, il condamnera la « logique traditionnelle » pour proposer une nouvelle méthode d'interprétation, incarnée par le « *logos* du raisonnable ». En s'inspirant de la lutte de Jhering contre la jurisprudence des concepts, la démarche de Recaséns apparaît alors comme un écho à la *Méthode d'interprétation* de Gény et annonce la fin du paradigme légaliste. Sa démarche rappelle effectivement la critique de Gény contre la « méthode traditionnelle » et son palliatif, la libre recherche scientifique. Elle présente en outre un autre parallélisme avec l'œuvre de Gény, dans la mesure où, au fond, cette démarche à première vue révolutionnaire, semble également incarner une volonté de conservatisme social. Ainsi, le cas de Recaséns mettra en exergue la difficile réaction du nouveau paradigme social, à partir du tournant du siècle.

La chute de Mexico pendant la guerre entre le Mexique et les États-Unis, peinture par Carl Nebel,
1851



Mariano Otero



Deuxième partie. La lutte entre l'ancien paradigme légaliste et le nouveau paradigme social au tournant du siècle

« Le droit résulte donc d'une lutte permanente où, à côté des facteurs politiques, économiques et sociaux, les valeurs morales ont leur rôle, mais elles sont extérieures au droit », écrit Georges Ripert dans *Les forces créatrices*. Plus loin, il poursuit : « Le droit naît dans la lutte et par le triomphe des plus forts... Jhering avait raison de dire qu'il faut combattre pour réaliser le droit. Il voulait marquer par là que le droit n'est pas imposé par une autorité divine ou par la raison humaine, mais qu'il a été conquis par les plus forts »⁷³².

Ripert avait peut-être raison en affirmant que le droit résulte d'une lutte constante, et cette lutte est particulièrement visible au tournant du siècle. En France et au Mexique, on observe un affrontement entre l'ancien paradigme légaliste, hérité de la Révolution française, et une nouvelle conception sociale du droit. Des juristes s'opposent aux dogmes de leurs prédécesseurs, fondés sur la suprématie de la loi, et préconisent une observation scientifique du droit, l'intégrant ainsi à la société. Face à un Code civil désormais perçu comme déconnecté des évolutions sociales, en raison notamment de la Révolution industrielle, il devient nécessaire de rénover la méthodologie juridique et d'élargir les sources du droit. Cependant, au Mexique, le paradigme légaliste sera bouleversé par l'éclatement de la révolution de 1910. Nous verrons, d'une part, comment les révolutionnaires tenteront d'imposer une nouvelle vision sociale du droit, et d'autre part, comment la doctrine juridique s'efforcera de résister à ce bouleversement. De manière similaire, les juristes français auront du mal à « se libérer » de l'ancienne conception légaliste du droit. Certaines valeurs de l'ancien paradigme les inciteront à s'y accrocher. C'est pourquoi il est nécessaire d'aborder d'abord les critiques isolées du paradigme légaliste (chapitre 1), avant d'examiner les difficultés rencontrées dans l'instauration du paradigme social (chapitre 2).

⁷³² *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, n° 25, cité par Malaurie (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, p. 259.

Chapitre 1. Les critiques isolées du paradigme légaliste

Au moment du vieillissement du Code civil vers la fin du XIX^e siècle, le modèle dominant en France de l'exégèse, c'est-à-dire le paradigme légaliste, modèle de l'*absolutisme de la loi*, connaît de très fortes critiques. Une jeune génération de juristes ambitieux, désireux de légitimer leurs travaux innovateurs, est à l'origine de la contestation. Face aux profonds changements sociaux et économiques, que le Code Napoléon n'avait pas prévus, ces juristes tendent à se soulever pour exposer les « défauts » de la méthode traditionnelle. Ainsi, ils donnent naissance à un nouveau paradigme « social » cherchant à dépasser le « culte de la loi ». Les raisons de leurs réactions sont diverses. Ces juristes, en effet, étaient confrontés à plusieurs « défis ». Ils ont vu leur monopole d'observation du droit menacés par le développement des nouvelles sciences sociales, notamment la sociologie. De même, ils craignaient la propagation du socialisme en Europe et certains d'entre eux, catholiques pratiquants, s'inquiétaient des réformes républicaines de laïcisation.

La Belle Époque des juristes est généralement considérée en France comme une période de transition. Les facultés de droit seraient passées de « l'École de l'exégèse » à « l'École scientifique », reflétant ainsi une période très riche de changements sociaux, politiques et économiques. Surtout, cette période correspond à la transition entre le paradigme légaliste et le paradigme social. Dans la mesure où le vieux modèle ne proposait plus des solutions satisfaisantes à des nouveaux problèmes occasionnés par l'industrialisation, les juristes ont cherché des nouvelles manières d'interpréter le droit. Bien que la prétendue École de l'exégèse soit vraisemblablement une création *a posteriori*, bâtie principalement par Bonnetant et reprise par Gaudemet, il n'en demeure pas moins que l'opposition École de l'exégèse-École scientifique semble, à première vue, avoir permis d'ouvrir la porte au paradigme social. Déclenchée par Saleilles et Gény, poursuivie par Lambert, Duguit et Hauriou - pour ne citer que quelques-uns -, la quête pour un nouveau modèle paraît en effet avoir entraîné un changement de paradigme dans la science juridique. En particulier, la nouvelle théorie des sources proposée par Gény⁷³³ va s'implanter au XX^e siècle dans la mentalité des juristes. Force est de constater, en revanche, que cette volonté d'ébranler le modèle

⁷³³ Voir notamment Gény, (François), *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, I, *Introduction, Première Partie - Position actuelle du problème de droit positif et éléments de sa solution*, Paris, Sirey 1914 ; II, *Seconde partie - Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Paris, Sirey, 1915 ; III, *Troisième partie - Élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1922 ; 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, Sirey, 1924.

prépondérant de l'exégèse est l'œuvre d'une révolution conservatrice. Effectivement, nous verrons comment François Géný, à première vue subversif, face aux changements sociaux radicaux du tournant du siècle, réagit en construisant une théorie juridique qui cherche à préserver un certain *statu quo*. Au Mexique, si les juristes intègrent sans résistance la méthode exégétique au fur et à mesure du progrès de la codification, ils ne prennent pas totalement conscience du phénomène. Ils ont estimé qu'il s'agissait du cas particulier de la doctrine juridique française. D'autant plus que la consolidation de la Révolution mexicaine au XX^e siècle n'a pas permis aux juristes beaucoup de liberté pour le développement de modèles juridiques différents, comme ce fut le cas en France. Tout simplement, il n'y a pas eu de rénovation de la méthodologie juridique au Mexique ni de critique de l'École de l'exégèse au Mexique. Pourtant, un juriste d'origine espagnole, exilé au Mexique en raison de la guerre civile espagnole, a essayé une critique tout aussi conservatrice, inspirée par François Géný. Nous verrons donc comment le modèle dominant de l'exégèse, qui s'est propagé intensivement outre-Atlantique, a suscité quelques critiques acerbes inspirées par la pensée juridique européenne.

Cela dit, il convient d'analyser dans un premier temps la fustigation de l'ancien modèle légaliste par François Géný et Luis Recaséns Siches (section 1). Ceci nous permettra de comprendre comment les juristes français de la Belle Époque ont introduit un nouveau paradigme social. De même, nous étudierons pourquoi l'opposition à l'exégèse au Mexique a souffert d'un grand décalage temporaire. Ce faisant, nous verrons comment cette nouvelle vision « sociale » du monde s'est propagée en France comme au Mexique, tout en soulevant des résistances. Ce qui nous conduira à analyser les résistances du paradigme légaliste face au paradigme social. Plus précisément, nous nous pencherons sur la défense du régime par Adhémar Esmein et Emilio Rabasa (section 2).

Section 1. La fustigation de l'ancien modèle par GénY et Recaséns

Gény et Recaséns fustigent l'ancien modèle légaliste pour rompre avec la méthode traditionnelle d'interprétation du droit qui leur semble erronée ou obsolète. À l'époque du scientisme, il s'agit pour GénY d'adopter une nouvelle méthode juridique permettant d'observer scientifiquement la société. L'historiographie considère, dès lors, qu'il est à l'origine de l'École scientifique, par opposition à l'École de l'exégèse. Par conséquent, il paraît que la lutte des « scientifiques » contre la méthode traditionnelle (§1) constitue la transition entre le paradigme légaliste et le paradigme social. Néanmoins, au Mexique, cette critique de la méthode traditionnelle de l'exégèse arrive plus tard, vers le milieu du XX^e siècle. Tout au long du XIX^e siècle et pendant la première moitié du XX^e siècle, les juristes mexicains adoptent ce paradigme légaliste et cette méthode exégétique un peu à leur insu. Ce qui explique probablement le décalage ainsi que l'isolement de cette entreprise critique. Nous verrons que cette critique isolée de l'exégèse au Mexique (§2) est principalement l'œuvre du juriste Luis Recaséns Siches.

§1. La lutte des « scientifiques » contre la méthode traditionnelle

Les juristes « scientifiques » ont déclenché une lutte contre la méthode traditionnelle d'interprétation de la loi, ce qui a abouti, comme nous allons le voir, à la construction d'un nouveau paradigme « social ». De cette manière, en attaquant leurs illustres prédécesseurs, ils ont contribué à ériger une légende ou même un mythe de l'École de l'exégèse. Classiquement, l'historiographie considère que l'année 1899 sonne le glas de l'École de l'exégèse, lorsque paraît le très célèbre ouvrage de François GénY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Influencé par la pensée allemande⁷³⁴, le professeur de Dijon déclenche « le combat pour la méthode du droit »⁷³⁵, en cherchant dans un premier temps à rompre avec la méthode exégétique qu'il appelle encore prudemment « la méthode traditionnelle ». En réalité, s'il a été retenu pour marquer une rupture dans l'histoire de la pensée juridique française - ou la transition vers le paradigme social -, « cet

⁷³⁴ Parmi ses sources d'inspiration, on retrouve le mouvement allemand du droit libre, Jhering, Stammler, Victor Cousin, Fouillée, Tarde, Durkheim, Maurice Blondel, Henri Poincaré et Henri Bergson. Voir Hakim (Nader), v° « GÉNY François », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 361. Sur la question de la circulation des idées allemandes dans les milieux universitaires français, voir également Falélavaki (Yannick), *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Thèse Droit, Rennes, 2016, p. 301 et s.

⁷³⁵ Villey (Michel), *Seize essais de philosophie du droit. Dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, p. 126.

ouvrage est connu non pas pour son aspect critique mais plutôt pour le projet de reconstruction qu'il propose pour remplacer le classicisme juridique »⁷³⁶. L'œuvre de reconstruction a été malgré tout un projet collectif. Gény a en effet été à l'origine de la rénovation méthodologique du droit à la Belle Époque, aux côtés de son ami et mentor⁷³⁷ Raymond Saleilles⁷³⁸, mais aussi de juristes très différents tels que Édouard Lambert, Léon Duguit, Maurice Hauriou et Louis Josserand principalement.

A. Saleilles et la critique de la fiction traditionnelle

« Ce livre n'a pas besoin de préface. Il se suffit à lui-même », écrit Raymond Saleilles dans la préface du *Méthode d'interprétation*. Il continue : « Ce livre est avant tout une œuvre de franchise », il nous a délivré d'une « équivoque qui entravait les progrès de la science » puisque nous vivions depuis une siècle sur le malentendu d'une fiction⁷³⁹. En effet, pour interpréter la loi, la jurisprudence et la doctrine du XIX^e siècle recherchaient la volonté du Législateur, elles faisaient *comme si*⁷⁴⁰ elles n'avaient que tiré les solutions logiques que le Législateur avait accepté. Par cet artifice qui consiste à prendre le faux pour le vrai (*falsitas pro veritate accepta*), on travestissait donc les faits en déclarant ce qu'ils ne sont pas, et on tirait de cette adultération des conséquences de droit⁷⁴¹. On en fait de ce Législateur idéal, poursuit Saleilles, « une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente, qui viendrait rectifier en 1900 ses décisions de 1804 »⁷⁴². Cette « interprétation de volonté »⁷⁴³ est le fondement de la méthode exégétique : rechercher la volonté du Législateur. Ce qui consiste à présenter par voie de déductions une série de constructions abstraites

⁷³⁶ Belleau (Marie-Claire), « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *Les Cahiers de droit*, vol. 40 n^o 3, p. 510. <https://doi.org/10.7202/043560ar>

⁷³⁷ Cf. Hakim (Nader), v^o « GÉNY François », dans *Dictionnaire historique des juristes...*, *op. cit.*, p. 361.

⁷³⁸ Par rapport à la rénovation méthodologique souhaitée par Saleilles, voir Cherfouh (Fatiha), « Portrait d'un activiste : Raymond Saleilles au service de la science juridique », dans *Raymond Saleilles et au-delà...*, dir. Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013.

⁷³⁹ Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, préface, p. XIV-XVI.

⁷⁴⁰ Il faut noter que selon le grand spécialiste du droit romain, Yan Thomas, les fictions juridiques sont le règne du « comme si ». Voir *Les opérations du droit*, Paris, Seuil/Gallimard, 2011, p. 136.

⁷⁴¹ Cf. Thomas (Yan), *Les opérations du droit*, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁴² Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, préface, p. XVI.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. XVIII.

en montrant une allure très scientifique⁷⁴⁴. Le défaut capital est donc d'enfermer dans un réseau d'abstractions, qui n'existent que dans la pensée pure, une science qui est avant tout une science sociale⁷⁴⁵ ; en somme, de séparer le droit des faits.

À l'instar de GénY, Saleilles a un projet de restauration du pouvoir des juristes, sur la production du droit et surtout son orientation⁷⁴⁶. Effectivement, l'objectif est de rétablir l'autonomie des juristes, dans le sillage des pandectistes allemands, comme il sera vu plus tard. Il s'agit de restaurer l'autorité des juristes, dans un contexte troublé ; autrement dit, défendre l'autorité en se méfiant du pouvoir⁷⁴⁷. Le moyen déterminant pour Saleilles est alors l'étude de l'œuvre des tribunaux, permettant de cette manière de rénover l'autorité de la jurisprudence⁷⁴⁸. En particulier, il faudrait désormais interpréter les textes en fonction de l'évolution historique⁷⁴⁹. C'est en ce sens qu'il convient d'interpréter la phrase par laquelle il conclut la préface : « *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil !* », qui est une clé pour éclairer sa pensée. Ce n'est pas tant le légicentrisme qu'il reproche aux grands commentateurs du Code civil, mais plutôt le fait qu'ils aient limité leur vision au Code - GénY dira qu'ils en ont été éblouis⁷⁵⁰ - sans être allés au-delà, c'est-à-dire sans avoir élevé la jurisprudence au rang de source du droit⁷⁵¹. En effet, le premier pas de François GénY sera de condamner le fétichisme de la loi, avant l'abstraction de la loi.

B. Le fétichisme de la loi ou le procès du légicentrisme

Bien que GénY prétende dans un premier temps ne pas vouloir rechercher « si la *législation* doit procéder par formules générales et abstraites, plutôt que par solutions concrètes et

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. XVI-XVII.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. XVIII.

⁷⁴⁶ Cf. 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 juridique*, n° 47, 2008, p. 122.

⁷⁴⁷ Voir sur cette allusion à l'univers conservateur Mannheim (Karl), *Essays on Sociology and Social Psychology*, Routledge and Kegan Paul, 1953 et *Conservatism: a Contribution to the Sociology of Knowledge*, Routledge and Kegan Paul, 1986.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 123 et s.

⁷⁴⁹ Jamin (Christophe), « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 737.

⁷⁵⁰ GénY (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, n°12, p. 29.

⁷⁵¹ Xifaras (Mikhail), « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles... », *op. cit.*, p. 125.

individuelles » ou si « la codification moderne a mission de prévoir toutes les difficultés »⁷⁵², il est vrai qu'il parvient à critiquer sévèrement ces deux aspects de la méthode traditionnelle. Celle-ci serait caractérisée premièrement par un « fétichisme de la loi écrite et codifiée »⁷⁵³. En effet, la *Codification*, à laquelle on attribue le caractère d'une « rénovation, totale et profonde du système juridique lui-même », aurait entraîné « une sorte d'immobilisation de tous ses éléments ». La méthode traditionnelle aurait ainsi exagéré l'élément légal⁷⁵⁴. L'idée se serait imposée que « la *Législation* suffirait à donner à l'interprétation, par ses formules abstraites, toutes les directions nécessaires à la solution des problèmes du droit »⁷⁵⁵. En d'autres termes, en reprenant Stuart Mill⁷⁵⁶, Gény explique que « toute règle juridique aurait aujourd'hui sa source, nécessaire et exclusive, dans la volonté souveraine du législateur, synthétisée par les Codes. L'interprète, magistrat, praticien ou savant, devrait se borner à constater ou à déduire la solution légale, pour l'appliquer, en quelque façon mathématiquement, aux hypothèses concrètes »⁷⁵⁷.

Sans le reconnaître, Gény lutte contre le postulat de la plénitude législative. Il part ainsi des travaux préliminaires de Portalis, qu'il cite longuement : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre » ; « il est impossible au législateur de pourvoir à tout » ; « un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat »⁷⁵⁸. Or la loi serait forcément incomplète, comme toute œuvre humaine⁷⁵⁹, conclut Gény. « Par son origine même, la législation, codifiée ou non, reste impuissante à fournir, à elle seule, toutes les solutions que requiert l'ordre juridique »⁷⁶⁰. Timidement, il attaque les juristes

⁷⁵² Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, t. I, n° 31, p. 61.

⁷⁵³ *Ibid.*, n° 35, p. 70.

⁷⁵⁴ Rolland (Louis), « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit », *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, dir. Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden et Philippe Jestaz, Montréal, Yvon Blais, 2000, p. 161.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, n° 36, p. 71.

⁷⁵⁶ Voir *supra* Chapitre 2. Le développement du paradigme légaliste

⁷⁵⁷ Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, n°36, p. 71.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, n° 47, p. 98 et n° 47, p. 99.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, n° 57, p. 117.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, n°57, p. 118.

exégètes, « ceux qui professent ce culte excessif et aveugle des formules légales »⁷⁶¹ afin de convaincre de la nécessité d'avouer les lacunes de la loi et ainsi ne pas la déformer⁷⁶².

De cette façon, le maître de Dijon parvient à critiquer un des mythes de la modernité dégagés par Paolo Grossi, le mythe de la complétude de la loi⁷⁶³. Il organise ainsi un « procès du légicentrisme » en récusant le mythe révolutionnaire selon lequel la loi est la seule source du droit. Le Législateur étant dans l'impossibilité de tout prévoir, d'autres sources doivent nécessairement prendre le relais⁷⁶⁴. Néanmoins, ceci correspond à la première branche de sa critique « qui visait l'excès de l'influence attribuée à l'élément légal dans l'œuvre de l'interprétation juridique »⁷⁶⁵, c'est-à-dire le « règne de la littéralité »⁷⁶⁶. Il continue par condamner un autre aspect fondamental de la loi : son caractère abstrait ou le « règne de la logique déductive »⁷⁶⁷.

C. L'abstraction de la loi ou le procès du conceptualisme

Dans le deuxième chapitre de l'ouvrage *Méthode et interprétation*, intitulé « Abus des abstractions logiques dans la méthode traditionnelle », Gény affirme avoir discerné, à côté du « fétichisme de la loi écrite et codifiée », une autre tendance qui contribue « à pervertir les résultats de l'interprétation du droit : l'emploi des *conceptions pures, développées par une logique toute abstraite* ». L'emprise de cette abstraction se serait « fondue et comme absorbée dans le vice, primordial et dominant, de toute notre interprétation : *la considération exclusive de la loi* »⁷⁶⁸. C'est pourquoi, pour encadrer des solutions positives, on accepte des constructions théoriques édifiées par

⁷⁶¹ *Ibid.*, n° 59, p. 122.

⁷⁶² *Ibid.*, n° 59, p. 123.

⁷⁶³ Dans la société médiévale, en effet, l'ordre juridique était une « réalité ontique », c'est-à-dire qu'elle s'inscrivait dans la nature des choses et était identifiée à la coutume. Dès lors le pouvoir politique pouvait être considéré comme incomplet en ce sens qu'il n'avait pas des prétentions excessives et respectait le pluralisme juridique. Ce qui commence à changer progressivement à partir du XIV^e siècle, lorsque le Prince subit un processus et se défait des anciennes contraintes médiévales. Alors il se rapproche de plus en plus au « pouvoir absolu et perpétuel » théorisé à la fin du XVI^e siècle dans *Les six livres de la République* (1576) de Bodin. Cf. Grossi (Paolo), *Mitología jurídica de la modernidad*, *op. cit.*, p. 29-30.

⁷⁶⁴ Dissaux (Nicolas), « L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény », *RTD Civ.*, 2008, p. 417-429.

⁷⁶⁵ Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, n° 59, p. 123.

⁷⁶⁶ Rolland (Louis), « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques... », dans *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, p. 162.

⁷⁶⁷ *Id.*

⁷⁶⁸ *Ibid.*, n° 60, p. 124.

l'interprète⁷⁶⁹. Il y aurait donc des institutions qui seraient en réalité des constructions artificielles, telles que la personnalité morale⁷⁷⁰ ou le patrimoine⁷⁷¹, imputables à la méthode traditionnelle⁷⁷².

Grand connaisseur de la littérature allemande⁷⁷³, Gény s'inspire de Rudolf von Jhering (1818-1892) pour mettre en cause l'autosuffisance de ce système d'abstractions logiques idéalisées⁷⁷⁴. Le professeur allemand écrit dans ses *Études complémentaires de l'esprit du droit romain* que « le juriste compte avec ses abstractions comme le mathématicien avec ses quantités; pourvu que la solution soit logiquement correcte, il n'a plus à s'inquiéter de rien d'autre »⁷⁷⁵. Les deux juristes reprochent donc l'emprunt de la *logique mathématique* pour saisir les phénomènes juridiques. Le problème est qu'elle a comme caractéristique d'être autoréférentielle, voire autarcique⁷⁷⁶. C'est ainsi que le professeur de Dijon⁷⁷⁷ opère un « procès du conceptualisme », en vertu de l'idée que « les concepts ne doivent rester que des instruments ; ils ne sauraient figer l'appréhension du réel »⁷⁷⁸. En d'autres termes, comme l'explique M. Frydman, le fondement de la méthode traditionnelle serait le postulat de la plénitude législative, ses moyens le recours à

⁷⁶⁹ *Ibid.*, n° 60, p. 126.

⁷⁷⁰ « Quant à la théorie des personnes morales, imaginée pour répondre à la même exigence logique, son caractère tout artificiel n'est-il pas, à lui seul, la meilleure preuve qu'elle n'était imposée par aucune nécessité objective, surtout si l'on considère que les situations, auxquelles elle est venu procurer une forme nouvelle, étaient reconnues, comme situations juridiques, dès avant l'invention de la personnification civile ? En présence des difficultés de toutes sortes qu'elle soulève, sans presque en résoudre aucune, il devient bien douteux aujourd'hui que cette institution ait apporté un sérieux élément de progrès à la jurisprudence positive », Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, n° 65, p. 137.

⁷⁷¹ « Pourtant, je ne puis m'empêcher de penser que le *substratum* de cet édifice {le patrimoine}, si laborieusement et si ingénieusement bâti, n'est autre chose qu'une pure conception de l'esprit, empruntant à la réalité un élément tout à fait simple, que le travail subjectif des interprètes a déformé et dénaturé, comme à plaisir », *ibid.*, n° 67, p. 142-143.

⁷⁷² Frydman (Benoît), *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011, p. 482-483.

⁷⁷³ Sur ce thème, voir l'article de Christian Baldus « Les lectures de François Gény : la doctrine française et l'École des Pandectes », dans *La pensée de François Gény*, dir. Cachard (Olivier), Licari (François-Xavier), Lormant (François), actes du colloque international de l'Institut François Gény, à Nancy-Metz les 21-22 octobre 2011, Paris, Dalloz, 2013.

⁷⁷⁴ Rolland (Louis), « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques... », *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, p. 166.

⁷⁷⁵ *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, t. IV, Paris, Librairie Marescq, 1902, p. 14.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 164-165.

⁷⁷⁷ Il convient de signaler que, au moment de la publication du *Méthode d'interprétation* (1899), Gény est professeur à l'université de Dijon (1890-1900), puis professeur à Nancy (1901-1931).

⁷⁷⁸ Dissaux (Nicolas), « L'influence de Bergson... », *op. cit.*, p. 421.

l'abstraction et à la logique déductive, et enfin, les conséquences l'inadaptation aux besoins de la vie⁷⁷⁹.

Par ailleurs, ce qui semble particulièrement gêner Gény, c'est le fait que, contrairement aux apparences, la « fixité » de la loi (provoquée par l'abus d'abstractions) conduirait paradoxalement à donner trop de pouvoir au juge. Édouard Lambert le remarque également en 1900 : le Législateur ne pouvant pas embrasser la complexité de la vie juridique, autrement dit ne pouvant pas suivre l'évolution des faits, « la vérité est qu'il {le juriste} est obligé de faire acte d'initiative et de découverte, pour donner la réponse qu'on lui réclame »⁷⁸⁰. Ainsi, comme M. Cayla le souligne : « le mythe positiviste et subjectiviste de la loi souveraine, au lieu de contraindre le juge à un modeste et humble travail d'exégèse littérale, l'affranchit en réalité de toute détermination et favorise tous les excès, comme ceux du fameux « phénomène Magnaud » »⁷⁸¹. Il est vrai que Gény associait celui-ci⁷⁸² à l'« anarchie juridique » et retrouvait en analysant ses décisions un « mépris de la loi » et des « solutions franchement arbitraires »⁷⁸³. « L'indépendance, disait Gény, laissée à l'interprète, conduit à la perversion du droit positif »⁷⁸⁴.

Il résulte que François Gény reste *attaché* à la loi, il l'« aime », selon les termes de M. Jestaz⁷⁸⁵ et reste un « légaliste convaincu »⁷⁸⁶. En faisant de la loi la source principale dans l'ordonnement juridique, on retrouve le « culte de la loi » qu'il prétendait condamner. D'où son projet de « révolution conservatrice ». Le juriste doit rester soumis à la loi ; d'après le professeur de Dijon : « L'interprétation de la loi écrite ne laisse aucune place à la liberté mais, au contraire, exige de la part de l'interprète une soumission entière »⁷⁸⁷. Ce qui veut dire que le juge doit se comporter

⁷⁷⁹ Frydman (Benoît), *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 483. Voir aussi, pour des travaux plus synthétiques, l'article du même auteur « Le projet scientifique de François Gény », dans *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, p. 214-230.

⁷⁸⁰ Lambert (Édouard), *Le droit civil et la législation ouvrière*, Paris, Dalloz, 2013, p. 26.

⁷⁸¹ Cayla (Olivier), « L'indicible droit naturel de François Gény », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 6, 1988, p. 106.

⁷⁸² À titre illustratif, le juge Magnaud reconnaît « avant même la loi, la responsabilité du patron envers l'ouvrier, indépendamment de toute faute prouvée, en invoquant le contrat de travail et les articles 1135 et 1156 C. civ. franç. », Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, t. II, n° 198, p. 295.

⁷⁸³ *Ibid.*, n° 97, p. 292.

⁷⁸⁴ 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 positif (L'irréductible droit naturel)*, Paris, Sirey, 1915, n° 196, p. 288.

⁷⁸⁵ « Une image française de la loi et du juge », dans *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 44.

⁷⁸⁷ *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. II, n° 35, p. 70.

en exégète fidèle de la loi. Or, si la loi n'est pas claire, si elle n'apporte pas la solution, alors le recours à la libre recherche scientifique sera le moyen proposé par GénY pour compléter l'interprétation de la loi. Dit autrement, l'interprète reste enchaîné au texte, en revanche si la volonté du Législateur ne s'est pas exprimée, alors il faudra, par exception, recourir à la libre recherche scientifique. Ce qui ouvre la porte aux juristes rénovateurs, aux juristes qui s'inspireront de sa théorie pour « rénover » le droit et introduire ainsi un nouveau paradigme. Néanmoins, il est intéressant de noter qu'en se méfiant des abstractions et du déductivisme, GénY adopte une démarche typique des penseurs conservateurs. Comme l'écrit M. Vincent : « Le conservateur est l'homme du concret, du local et de la conscience du possible, pas celui des abstractions ou des généralisations utopiques, romantiques ou systématiques »⁷⁸⁸.

En assaillant la « méthode traditionnelle » GénY tente en réalité de sauver le Code civil⁷⁸⁹, mais la lecture individualiste et libérale du XIX^e siècle⁷⁹⁰. N'ayant pas pour cible la législation elle-même⁷⁹¹, son but est de rompre avec le *modèle géométrique*. Dès lors, « le problème n'est pas de trouver une nouvelle méthode d'interprétation, mais bien une alternative scientifique à l'interprétation »⁷⁹². À travers la méthode traditionnelle, ce que GénY critique n'est pas tant les règles d'interprétation de l'exégèse que la conception du droit comme système de règles abstraites cohérent et complet. Il met plutôt en cause le modèle géométrique hérité de la révolution scientifique des XVI^e-XVIII^e siècles, auquel il cherche à substituer sa vision sociologique du droit⁷⁹³. C'est-à-dire une vision fondée sur l'observation de la réalité, à laquelle il faut mettre en relation les travaux d'Auguste Comte et d'Émile Durkheim⁷⁹⁴.

⁷⁸⁸ *Qu'est-ce que le conservatisme ? Histoire intellectuelle d'une idée politique*, Paris, Les Belles Lettres, 2016, p. 96-97.

⁷⁸⁹ Voir Boulaire (Jérémy), « François GénY et le législateur », dans *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, dir. Nader Hakim et Fabrice Melleray, Paris, Dalloz, 2013, p. 75.

⁷⁹⁰ Voir Auberger (Michel), « De Méthode... à Ultima Verba... et au delà », dans *La pensée de François GénY, op. cit.*, p. 230. Sur l'interprétation individualiste et libérale du Code civil voir Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 35 à 166 ; Arnaud (André-Jean), *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.

⁷⁹¹ « En face de ce matériel législatif, *tel quel*, je voudrais principalement me demander si l'on ne conçoit pas, de la part du juriconsulte, interprète du droit, une activité souple et féconde, qui, se gardant de jamais atteindre l'autorité des solutions légales, sache s'y appuyer sans s'y livrer totalement, et satisfaire à sa mission, sans abdiquer l'indépendance de jugement, ni la liberté de recherche, qui sont, pour la science juridique positive, comme pour toutes autres disciplines de l'esprit, les conditions essentielles de la fécondité et du progrès », GénY (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, n° 31, p. 63.

⁷⁹² Frydman (Benoît), *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 470.

⁷⁹³ *Id.*

⁷⁹⁴ Cf. Frydman (Benoît), « Le projet scientifique de François GénY », dans *François GénY, mythe et réalités, op. cit.*, p. 216 et 222-226.

Dans cette optique conservatrice de réhabilitation de la loi, Gény propose une nouvelle théorie des sources, en considérant la loi comme une « source formelle ». Celle-ci ne sera plus vue comme la norme centrale du système juridique et son ouvrage *Méthode d'interprétation* marquera néanmoins « le déclin de l'idolâtrie de la loi, de l'école de l'exégèse »⁷⁹⁵. Il s'agit donc d'un changement de paradigme, du paradigme légaliste au paradigme social. Désormais, avec la « libre recherche scientifique » prônée par Gény, les juristes devraient retrouver un certain pouvoir d'interprétation, face à la loi républicaine en pleine mutation. Comme le cas de Saleilles le montre, dans un contexte troublé, il s'agit de restaurer l'autorité des juristes.

Par conséquent, dans la mesure où Gény désirait bouleverser la méthodologie juridique traditionnelle pour préserver l'autorité de la loi, cette tentative devrait être considérée comme une sorte de révolution conservatrice⁷⁹⁶. Comme une « stratégie révolutionnaire visant à faire basculer un ordre social à tendance progressiste vers un ordre social plus conservateur, tout en usant des atouts de la modernité »⁷⁹⁷. Il y aurait donc une « image du retour »⁷⁹⁸ au centre de cette stratégie⁷⁹⁹. François Gény tente de convaincre ses contemporains qu'une rupture avec la science « normale », exégétique, est possible dès lors qu'elle se fonderait sur une neutralité technique.

Le maître de Dijon ne s'est pas retrouvé isolé dans son combat pour la méthode car, de manière similaire, malgré leurs divergences méthodologiques et politiques, Édouard Lambert s'est retrouvé insatisfait par le dogme du légalisme.

⁷⁹⁵ Villey (Michel), *Seize essais de philosophie du droit...*, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁹⁶ Dans un sens proche voir Rolland (Louis), « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit », *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, p. 161: « S'il est l'auteur d'une révolution, il ne peut s'agir que d'une révolution tranquille, de celles qui, sans perdre en profondeur peut-être, gagnent en manières, égards et respect, en mesure, équilibré et stabilité ».

⁷⁹⁷ Bien que cette expression ait déjà été utilisée par Guillaume Sacriste pour qualifier l'attitude des professeurs de droit constitutionnel sous la III^e République, nous l'empruntons plutôt à Pierre Bourdieu, pour l'appliquer dans un champ plus large. Cf. Sacriste (Guillaume), *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences Politiques, 2011, p. 426 ; Bourdieu (Pierre), *L'ontologie politique de Martin Heidegger*, Paris, Éditions de Minuit, 1988.

⁷⁹⁸ Breuer (Stefan), *Anatomie de la Révolution conservatrice*, trad. Olivier Mannoni, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1996, p. 2.

⁷⁹⁹ Sans tomber dans la réaction, dans la mesure où Gény est conscient de l'impossibilité de retourner au passé et de la nécessité de réformer pour que la tradition puisse survivre.

D. Édouard Lambert et le dogme de l'immobilité de la loi

Malgré certaines divergences politiques⁸⁰⁰, Lambert rejoint Gény dans le combat pour la méthode du droit. Bien qu'il rejette la méthode de la libre recherche scientifique pour deux raisons (« parce qu'elle ne remédie pas suffisamment aux vices de la méthode traditionnelle ; parce qu'elle sacrifie trop la sécurité des relations juridiques »⁸⁰¹), comme Gény, Lambert retient un défaut essentiel de la méthode traditionnelle : le « dogme de l'immobilité de la loi, sa croyance à la rigidité indéfinie du système juridique du code »⁸⁰². Il apparaît donc urgent d'abandonner les procédés d'étude de *l'école des interprètes du Code civil*⁸⁰³. Or la nouvelle méthode censée apporter un gage de scientificité pour les juristes ne serait pas suffisante, elle serait même impuissante à arrêter complètement cette école d'interprétation. La rigidité des lois s'expliquerait parce qu'elles ne sauraient tomber en désuétude et, en outre, elles échapperaient à toute transformation par voie d'interprétation. C'est la raison pour laquelle, dans la lignée de Saleilles, Lambert propose en 1900 d'abandonner l'étude du Code civil au profit de la jurisprudence⁸⁰⁴. Il faudrait alors systématiser cet ensemble très complexe des règles jurisprudentielles qui se renouvellent perpétuellement en même temps que la société. De cette manière, en s'adressant à la jurisprudence les juristes auront plus de chances d'être écoutés « que les interprètes du Code civil qui s'adressent au législateur »⁸⁰⁵, ce qui reflète l'angoisse ou le sentiment de déclin qui traverse les facultés de droit à la fin du siècle. Pour Lambert, il s'agirait de sortir du modèle légaliste. Pour cela la jurisprudence aurait un rôle dynamique de « guide », au lieu de fixer la jurisprudence comme l'a fait l'école des interprètes du Code civil⁸⁰⁶. Dans un deuxième volet, comme on verra plus bas, Lambert proposera d'étudier

⁸⁰⁰ Alors que Lambert était proche des radicaux-socialistes, Gény avait milité dans un groupement politique régional, le Rassemblement National Lorrain (RNL), contre le Front populaire de 1936 à 1939. En somme, Lambert était beaucoup plus réformiste que Gény.

⁸⁰¹ Lambert (Édouard), « Une réforme nécessaire des études de droit civil », dans *Revue internationale de l'enseignement*, t. IV, juillet-décembre, 1900, p. 237. URL : https://www.persee.fr/doc/revin_1775-6014_1900_num_40_2_4366

⁸⁰² *Ibid.*, p. 229.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 237.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 238. Ainsi : « l'étudiant qui dans nos facultés, dont les programmes sont encore sous l'influence tyrannique de la méthode des interprètes du Code civil, ne reçoit pas, ou tout au moins ne reçoit que très insuffisamment l'initiation à la jurisprudence », *ibid.*, p. 221.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 238-239.

⁸⁰⁶ Les termes du professeur lyonnais sont plus clairs : « L'intérêt public demande que loin d'entraver la fixation de la jurisprudence comme l'a fait l'école des interprètes du Code civil, nous nous efforcions de hâter cette fixation en guidant la jurisprudence, dans la découverte de la solution satisfaisante », *id.*

chaque législation dans son dernier état de jurisprudence, afin d'obtenir un « très grand nombre de maximes incontestables de droit commun législatif »⁸⁰⁷. L'étude du droit comparé a donc été mobilisée par Lambert, mais aussi par Saleilles, pour révolutionner la méthode du droit. Ce qui a contribué à façonner la nouvelle théorie des sources que Gény s'attelait à construire. Toutefois, pour gagner plus de légitimité, ce bouleversement méthodologique avait besoin de détruire la crédibilité de l'ancienne école des commentateurs du Code civil.

En 1904, par une série d'articles publiés à la *Revue générale du droit*, le professeur Lambert nous somme de choisir entre la dogmatique classique et la science nouvelle qu'il appelle de ses vœux⁸⁰⁸. Si en 1900 le professeur de Lyon souhaitait réformer l'enseignement du droit, maintenant il s'agit de rompre radicalement avec l'école précédente. Avouant s'être trompé quant à la perfectibilité de la méthode classique⁸⁰⁹, maintenant il souhaite en finir avec elle. L'enjeu est que la doctrine perde son rôle d'orientation du droit. Pour cela, il s'inspire comme Gény des ouvrages de Rudolf von Jhering *La lutte pour le droit* (1872) et *Le but dans le droit* (1877) selon lesquels le droit est créé par le Législateur suite à un perpétuel combat inspiré de la lutte pour le droit⁸¹⁰ ; par voie de conséquence le but de la norme détermine sa juridicité⁸¹¹. Idée qui provoqua en Allemagne le surgissement de l'École de la jurisprudence des intérêts⁸¹². Celle-ci défendait une méthode qui cherchait à libérer le juge d'une soumission radicale à la loi, en lui donnant la possibilité de décider en fonction de l'intérêt social dominant exprimé par la volonté du Législateur⁸¹³. Imbu de ces lectures, Lambert préconise fortement aux juristes de se tourner vers la jurisprudence, laquelle devrait adopter un rôle politique d'orientation du droit. Son projet de réhabilitation du juridisme reste congruent : « L'obstination de la doctrine civilistique française à s'enfermer dans l'étude exclusive des textes législatifs, son entêtement à n'utiliser que des instruments de pure logique, l'ont condamnée à voir décroître constamment la part d'influence exercée par elle sur la direction

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 242.

⁸⁰⁸ Lambert (Édouard) et Hakim (Nader), *Le droit civil et la législation ouvrière*, *op. cit.*, p. 3-7.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁸¹⁰ Halpérin (Jean-Louis), v° « RIPERT Georges », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 877.

⁸¹¹ Del Arenal Fenochio (Jaime), *Historia mínima del derecho en occidente*, México, El Colegio de México, 2016, p. 217.

⁸¹² Sur cette école, voir spécialement Jouanjan (Olivier), *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes*, Paris, PUF, 2005 ; Gaillet (Aurore), « Contre la jurisprudence des concepts : Philipp Heck et la jurisprudence des intérêts », dans *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, dir. Olivier Jouanjan, Elisabeth Zoller, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2015, p. 195-221.

⁸¹³ Del Arenal Fenochio (Jaime), *Historia mínima...*, *op. cit.*, p. 217.

du mouvement du droit »⁸¹⁴. La doctrine doit, dès lors, récupérer la direction du mouvement du droit en faisant œuvre de science et de politique. Autrement dit, ces textes de 1900 et de 1904 (auxquels il est possible d'ajouter son ouvrage de 1903, *La fonction du droit civil comparé*) témoignent de la volonté d'Édouard Lambert de promouvoir l'« autorité doctrinale » au sein de la III^e République⁸¹⁵.

In fine, le point de convergence de ces trois auteurs étudiés réside notamment dans la critique du dogme de complétude du système juridique, lequel serait construit sur le mythe de l'omnipotence de la loi (paradigme légaliste). Toute la méthode d'interprétation des civilistes reposerait sur cette fiction selon laquelle le Législateur aurait tout prévu et, par conséquent, la loi n'aurait pas de lacunes. C'est la raison pour laquelle, pour pouvoir introduire des projets alternatifs, ces juristes se sont concentrés sur les failles de la méthode ancienne. Au Mexique, ces attaques contre la méthode traditionnelle d'interprétation du droit ont inspiré une critique de l'exégèse qui s'avéra, au contraire du cas français, isolée.

§2. Une critique isolée de l'exégèse au Mexique

Cette critique isolée de l'exégèse au Mexique est l'œuvre d'un juriste d'origine espagnole : Luis Recaséns Siches (1903-1977). Ces travaux, qui datent du milieu du XX^e siècle, montrent comment l'exégèse a pénétré l'esprit des juristes mexicains sans que ceux-ci en prennent totalement conscience. Ce qui explique probablement pourquoi la critique recasienne a été si isolée. Pour comprendre cette œuvre et ses similarités avec la théorie de Gény, il convient de se pencher sur la vie et l'œuvre de *Don* Luis Recaséns (§1), avant de voir sa condamnation de la « logique traditionnelle » (§2).

A. Vie et œuvre de *Don* Luis Recaséns

Luis Recaséns Siches, fils d'Espagnols, né par hasard au Guatemala en 1903 et décédé au Mexique en 1978, est régulièrement considéré comme « le plus illustre philosophe du droit

⁸¹⁴ Lambert (Édouard), *Le droit civil et la législation ouvrière*, *op. cit.*, p. 48.

⁸¹⁵ Lambert (Édouard) et Hakim (Nader), *Le droit civil et la législation ouvrière*, *op. cit.*, p. 25.

espagnol du XX^e siècle »⁸¹⁶. Après avoir effectué des licences en Philosophie, Lettres et Droit au cours des années 1918-1924 à l'université de Barcelone, celui qui est communément connu comme « *Don Luis* »⁸¹⁷ en Espagne obtient deux thèses de doctorat (Droit et Philosophie - Lettres) à l'université de Madrid en 1925. Élève, et puis ami, du célèbre philosophe espagnol José Ortega y Gasset, Luis Recaséns a suivi les cours de plusieurs juristes généralement considérés comme les plus influents de leur temps. Pendant un séjour à Rome à la fin de l'année 1925, Recaséns assiste aux cours du professeur Giorgio del Vecchio, professeur qu'il a estimé comme l'une des plus grandes influences sur sa pensée et comme le plus important philosophe du droit d'Europe, et dont il a traduit l'œuvre en espagnol⁸¹⁸. Avec lui aussi il a cultivé une étroite amitié⁸¹⁹. Il se rend ensuite à Berlin pour suivre l'enseignement de Rudolf Stammler, Rudolf Smend et Herman Heller. Puis, malgré l'opposition non dissimulée de Stammler⁸²⁰, il se déplace à Vienne et travaille pendant une demi-année sous la direction de Hans Kelsen, avec Adolf Merkl, Joseph L. Kunz et Alfred Verdross.

En 1927, Recaséns Siches obtient la chaire de Philosophie du droit à l'université de *Santiago de Compostela*, par décision unanime du jury. Deux ans après il est nommé professeur de Droit naturel à la Faculté de droit de *Salamanca*, puis professeur à l'université de Valladolid et enfin à l'université de Madrid en 1932. Dans un contexte d'instabilité politique, il exerce plusieurs charges politiques en tant que directeur général de l'administration locale (1931), député aux *Cortes constituyentes* (1931) et aux premières *Cortes ordinarias* (1933) et sous-secrétaire à l'industrie et au commerce⁸²¹.

Lorsque la Guerre civile espagnole éclate en 1936, Recaséns Siches est envoyé à Paris par le gouvernement républicain en tant que membre d'une commission chargée d'expliquer à son homologue français « le problème espagnol » et de recueillir des soutiens pour aider la cause

⁸¹⁶ de Castro (Benito), v^o « Luis Recaséns Siches », dans *Juristas universales, op. cit.*, p. 283. Sur la vie de ce juriste, voir également González A. Alpuche (Juan), « Luis Recaséns siches », dans *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches, op. cit.*, p. 435-444.

⁸¹⁷ Comme nous l'appris le professeur Rafael Ramis Barceló.

⁸¹⁸ Cuadros Aguilera (Pol), *Recaséns Siches y la teoría de la argumentación jurídica*, Mémoire Droit, Barcelone, 2015, p. 9.

⁸¹⁹ del Vecchio (Giorgio), *Filosofía del Derecho*, Barcelone, Bosch, t. I, 1929, préface p. XIII.

⁸²⁰ Selon une anecdote, quand Recaséns a annoncé à ses professeurs berlinois qu'il avait l'intention de terminer ses études à Vienne, Stammler s'est montré mécontent en disant : « Ne me dites pas que vous avez l'intention d'aller apprendre quelque chose d'utile auprès d'un Autrichien », cf. De Castro (Cid), *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974, p. 22.

⁸²¹ de Castro (Benito), v^o « Luis Recaséns Siches », dans *Juristas universales, op. cit.*, p. 283.

républicaine⁸²². Néanmoins, il décide de ne pas retourner en Espagne. C'est donc à Paris qu'il reçoit plusieurs offres d'enseignement, optant finalement pour la proposition mexicaine. Ce faisant, il rentre au Mexique en 1937 où il obtient la chaire de Philosophie de droit à l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia* (qui devient la Faculté de Droit de l'UNAM en 1951⁸²³). En 1939, il devient également professeur de Sociologie à la même université. C'est lors d'un séjour aux États-Unis en tant que professeur invité à la *Graduate Faculty of the New School for Social Research* de New York qu'il accepte l'offre du secrétaire général des Nations unies de rejoindre l'organisation en sa qualité de haut fonctionnaire dans les départements des Droits de l'homme et de la protection sociale.

Après avoir travaillé pendant cinq ans à l'ONU, Recaséns Siches revient au Mexique en tant que chercheur à plein temps à l'Institut de recherches philosophiques de l'UNAM. Au sein de cette institution il travaille sans interruption comme professeur de Philosophie du droit et de sociologie, jusqu'à son décès en 1978⁸²⁴. Son œuvre a été indéniablement influencée par ce séjour aux États-Unis. Il y est entré en contact avec les principales orientations de la pensée juridique américaine : la jurisprudence sociologique et le réalisme juridique⁸²⁵. On verra que les juristes qui formèrent ces mouvements doctrinaux, tels que Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis et Roscoe Pound⁸²⁶ ont été abondamment mobilisés par *Don Luis* dans sa quête révolutionnaire en philosophie du droit.

⁸²² Cuadros Aguilera (Pol), *Recaséns Siches y la teoría...*, *op. cit.*, p. 18.

⁸²³ Voir sur ce point Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, *op. cit.*

⁸²⁴ de Castro (Benito), v° « Luis Recaséns Siches », dans *Juristas universales*, *op. cit.*, p. 283-284.

⁸²⁵ Cuadros Aguilera (Pol), *Recaséns Siches y la teoría...*, *op. cit.*, p. 19.

⁸²⁶ Sur ces mouvements et la confusion suscitée par la théorie de la prédiction, voir Michaut (Françoise), « L'École de la "sociological jurisprudence", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1986 n° 2, vol. 17, p. 33-75.

1. Les professeurs espagnols exilés au Mexique

Lors de la Guerre civile en Espagne (1936-1939) qui provoqua le déplacement de plus de 500 000 personnes⁸²⁷, environ 40 000 d'entre eux ont trouvé refuge au Mexique⁸²⁸. Une génération d'artistes, intellectuels et professeurs universitaires arrive dans ce pays⁸²⁹, attirée certainement par une culture commune ou tout au moins similaire. Parmi ces professeurs, des juristes connus au Mexique tels que Rafael Altamira, Javier Malagón, Felipe Sánchez Román y Gallifa et Constancio Bernaldo de Quirós ont été reçus par l'UNAM. L'accueil a été organisé par l'intellectuel mexicain Daniel Cosío Villegas, qui a écrit une lettre au directeur de la Banque du Mexique, Luis Montes de Oca, lequel était proche du Président Lázaro Cárdenas⁸³⁰. C'est ainsi qu'il réussit à convaincre indirectement le Président de la République mexicaine de l'importance de cette solidarité⁸³¹.

L'œuvre de ces juristes s'est avérée fondamentale pour l'enseignement du droit au Mexique. À titre illustratif, Rafael Altamira y était vu comme le « patriarche de l'histoire du droit », Felipe Sánchez Román préside à la création de l'Institut de Droit comparé de l'UNAM en 1940 (l'actuel *Instituto de Investigaciones Jurídicas*), Niceto Alcalá-Zamora, fils du premier Président de la République Espagnole, crée le doctorat en droit (1949) et Constancio Bernaldo de Quirós fonde la criminologie au Mexique⁸³². De même, certains de ses professeurs ont collaboré en particulier à la création de la plus grande maison éditoriale d'Ibéroamérique, le *Fondo de Cultura Económica*

⁸²⁷ Arroyo Zapatero (Luis), « Entre México y España. Una solidaridad bien trenzada », dans *80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México*, dir. Luis Arroyo Zapatero, Francisco Javier Díaz Revorio, Sergio García Ramírez et Fernando Serrano Migallón, Valence, Espagne, Tirant lo Blanch, 2020, p. 17-18.

⁸²⁸ Cf. Consuelo (Sirvent), « Francisco Javier Ella Fernández », dans *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, Mexico, UNAM, Facultad de Derecho-Porrúa, 2003, p. 139, cité par García Ramírez (Sergio), « A 80 años de la migración republicana: los juristas », dans *80 años del exilio de los juristas españoles...*, *op. cit.*, p. 69.

⁸²⁹ Parmi les plus célèbres ont compte : le réalisateur Luis Buñuel, la peintre Remedios Varo, le philosophe José Gaos, les poètes León Felipe, Luis Cernuda, Juan Rejano, les professeurs Carlos Bosch García, Óscar de Buen, Francisco Giral González, Eduardo Nicol, Juan Antonio Ortega y Medina, Wenceslao Roces et Adolfo Sánchez Vázquez.

⁸³⁰ Arroyo Zapatero (Luis), « Entre México y España... », *op. cit.*, p. 20.

⁸³¹ Selon Cárdenas : « Le gouvernement mexicain est moralement et politiquement obligé de soutenir le gouvernement républicain d'Espagne. », *Obras*, t. I, *Apuntes*, 1913-1940, Mexico, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1986, p. 355 cité par García Ramírez (Sergio), « A 80 años de la migración... », dans *80 años del exilio de los juristas españoles...*, *op. cit.*, p. 71.

⁸³² Voir sur la création de ces institutions Floris Margadant (Floris), *Introducción al estudio del derecho*, Mexico, UNAM, 1971, p. 242-243.

(FCE)⁸³³ ou l'université la *Casa de España* (devenue le célèbre *Colegio de México* en 1940)⁸³⁴. D'autres institutions d'enseignement ont aussi été créées par ces exilés comme : l'*Ateneo Español*, la *Benéfica Hispana*, les lycées *Madrid* et *Vives* et l'Académie *Hispano Mexicana*, à titre d'exemple. L'enseignement sous forme de séminaire à l'UNAM, héritage allemand, a été développé par ces professeurs⁸³⁵. Sur le plan des publications, la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, encore en vigueur sous le nom de *Revista de la Facultad de Derecho*, commence à paraître depuis 1939 grâce à leur impulsion⁸³⁶.

2. L'état de la philosophie du droit au Mexique

Si l'arrivée de ces professeurs européens a été décisive pour l'enseignement du droit au Mexique, tissant un pont entre les deux continents, ceci s'est manifesté *a fortiori* dans la philosophie du droit. En effet, les professeurs expatriés ont propulsé le développement des sciences juridiques mexicaines au milieu du XX^e siècle. Quand Luis Recaséns Siches arrive à Mexico, il est soutenu par les juristes Antonio Martínez Báez (1901-2000) et Eduardo García Máynez (1908-1993)⁸³⁷. Le premier était un illustre professeur de droit constitutionnel à l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia* de 1929 à 1953, mais aussi membre du Parti - hégémonique - Révolutionnaire Institutionnel (PRI). Comme Recaséns Siches, il a occupé plusieurs postes politiques : ministre de l'économie de 1948 à 1952, sénateur de l'État fédéral du Michoacán entre 1982 et 1988 et député fédéral de 1988 à 1991⁸³⁸. Le second est classiquement considéré comme un des fondateurs de la

⁸³³ Arroyo Zapatero (Luis), « Entre México y España... », dans *80 años del exilio de los juristas españoles...*, *op. cit.*, p. 21-24. Voir également Martínez Chávez (Eva Elizabeth), « Movimiento de juristas, circulación del derecho: Republicanos españoles en América », dans *Clio@Themis*, vol. 22, 2022, *Les juristes en voyageurs*, p. 5 [en ligne] URL: <http://journals.openedition.org/cliiothemis/2227> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/cliiothemis.2227>

⁸³⁴ Cf. García Ramírez (Sergio), « A 80 años de la migración... », dans *80 años del exilio de los juristas españoles...*, *op. cit.*, p. 71.

⁸³⁵ Ramos García (Jacqueline Alejandra), « Evocación de las aportaciones académicas de los juristas del exilio español a 80 años de su incorporación a la Escuela Nacional de jurisprudencia », *InterNaciones*, n° 20, janvier-juin 2021, p. 105.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 110.

⁸³⁷ García Ramírez (Sergio), « A 80 años de la migración... », dans *80 años del exilio de los juristas españoles...*, *op. cit.*, p. 77.

⁸³⁸ González (María del Refugio), « Antonio Martínez Báez: constitucionalista revolucionario », dans *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la constitución de 1917*, dir. José Ramon Cossío Díaz et Jesús Silva-Herzog Márquez, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 270-272.

philosophie du droit au Mexique⁸³⁹. Professeur lui aussi à l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia*, fondateur (1946) et doyen (1946-1952) de l'*Instituto Tecnológico Autónomo de México* (ITAM)⁸⁴⁰, université privée et laïque, García Máynez s'est distingué par la création du cours d'Introduction à l'étude du droit à l'UNAM, aux côtés du juriste Antonio Carrillo Flores⁸⁴¹.

C'est ainsi que, depuis le milieu du XX^e siècle, la philosophie du droit au Mexique tournait autour de quatre personnalités : d'une part Luis Recaséns Siches et Eduardo García Máynez, reconnus internationalement, et d'autre part Guillermo Rodríguez Hernández (1910-1988) et Rafael Preciado Hernández (1908-1991), plus locaux⁸⁴². En guise d'exemple, jusqu'au crépuscule du siècle, le juriste J. L. Moreno (1925-1981), ayant la chaire de Philosophie du droit et Théorie générale du droit à l'Université de la République d'Uruguay, enseignait la théorie pure de Kelsen selon l'interprétation de Recaséns et García Máynez⁸⁴³. Dans la même veine, jusqu'au milieu des années 1990 les manuels de ces juristes tels que le *Tratado general de filosofía del derecho* (1959), réédité 21 fois, la *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1956) de Recaséns ou l'*Introducción al estudio del derecho* de García Máynez (1940), réédité plus de 50 fois, étaient encore très utilisés par les étudiants en droit⁸⁴⁴. C'est dire que l'intégration de *Don Luis* dans la faculté de droit de Mexico a été propice au développement de la théorie, de la philosophie et de la sociologie du droit. Comme le souligne M. Díaz Revorio lors de la commémoration des 80 ans de la migration espagnole, ces juristes exilés ont définitivement contribué à une symbiose culturelle particulière⁸⁴⁵. Leur intégration a donc déterminé l'intégration des doctrines juridiques européennes au Mexique et la visibilité des sciences juridiques mexicaines sur la scène internationale.

Une fois incorporé dans le paysage juridique mexicain, *Don Luis* s'est consacré à écrire. De cette manière, la partie la plus prolifique de sa vie s'est déroulée au Mexique. C'est dans ce pays qu'il condamne, dans la lignée de Jhering et Gény, ce qu'il dénommait la « logique traditionnelle ».

⁸³⁹ Cruz Parceró (Juan Antonio), « La filosofía del derecho en México », *Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho en México*, n° 2, avril 1995, Mexico, ITAM, p. 208-209.

⁸⁴⁰ Flores (Imer B.), *Eduardo García Máynez (1908-1993)*, Mexico, UNAM, 2007, p. 10.

⁸⁴¹ Cruz Parceró (Juan Antonio), « La filosofía del derecho en México », *op. cit.*, p. 209.

⁸⁴² Vazquez (Rodolfo), « Filosofía del derecho en Latinoamérica », *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 35, 2012, p. 844-845.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 851.

⁸⁴⁴ Cruz Parceró (Juan Antonio), « La filosofía del derecho en México », *op. cit.*, p. 214.

⁸⁴⁵ Díaz Revorio (Francisco Javier), « Sobre viajes de ida y vuelta entre México y España, ayer, hoy y mañana », dans *80 años del exilio de los juristas españoles...*, *op. cit.*, p. 31.

B. La condamnation de la « logique traditionnelle »

Quand Recaséns retourne en Espagne en 1927, après son séjour fructifère en Allemagne et en Autriche, il se propose de diffuser l'œuvre des auteurs germaniques dans le monde hispanique. Surtout, conscient des limitations du normativisme entraînant un réductionnisme de la fonction du juriste, Recaséns souhaitait le « dépasser », ce que M. Benjamín Riva qualifie de « projet Recaséns ». *Don Luis* l'affirme nettement dès la présentation de son célèbre *Tratado general de filosofía del derecho* : « En somme, j'essaie de combler le fossé entre les spéculations purement théoriques et les besoins de la vie de notre temps »⁸⁴⁶. Avec cette démarche, il intègre le mouvement juridique anti-formaliste. Contre un formalisme extrême d'un positivisme légaliste sans connexion avec la réalité, il fustige à l'instar de Gény ce qu'il appelle la « logique traditionnelle ». Pour lui, la logique traditionnelle renvoie à la logique d'Aristote, Bacon, Stuart Mill, Sigwart, Husserl, etc. « C'est dire qu'on pense à la logique pure, de type mathématique »⁸⁴⁷. Comme Jhering, Saleilles, Lambert et Gény qui cherchaient à rompre radicalement avec les excès de l'abstraction pour rapprocher le droit des faits, *Don Luis* cherchait dans un même élan à construire « ce pont » entre formalisme et réalité.

1. Les erreurs de l'interprétation traditionnelle, les erreurs de l'exégèse

Selon le professeur expatrié, la logique traditionnelle s'est propagée dans l'interprétation juridique, conduisant à des excès et des erreurs. « Il ne peut y avoir d'interprétation abstraite des normes juridiques, mais l'interprétation doit toujours se faire sur la base de l'étude des réalités concrètes auxquelles les normes doivent être appliquées ». Cette citation de Recaséns n'est pas sans rappeler *Le but dans le droit* (1877), œuvre dans laquelle Jhering affirme catégoriquement que « la fin est créatrice de tout le droit ; il n'y a pas de règle de droit qui ne doive son origine à une fin, à un but, c'est-à-dire à un motif pratique »⁸⁴⁸. Dans la pensée de Recaséns, en raison de la logique pure de type mathématique, transposée dans le domaine de l'interprétation, une série d'erreurs fatales ont

⁸⁴⁶ Recaséns Siches (Luis), *Tratado general de filosofía del derecho*, Mexico, Porrúa, 1959, p. XVIII.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 642.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 633.

été commises, surtout au XIX^e siècle et dans les premières années du XX^e siècle⁸⁴⁹. Blâmant cette méthode traditionnelle d'interprétation issue de la pensée de Descartes, il attaque le syllogisme et la déduction pratiqués par la doctrine française du XIX^e siècle, la prétendue École de l'exégèse. Sans rentrer dans les détails, sous le vocable de « logique traditionnelle » il n'hésite pas à contester cette méthode déjà vivement critiquée au tournant du siècle par Gény en France et Jhering en Allemagne.

« Les juristes du XIX^e siècle ont pris les articles des codes comme s'il s'agissait de vérités définitives »⁸⁵⁰. Pire encore, ils se sont mis à élaborer des constructions doctrinales et à construire des concepts à partir de diverses institutions. Néanmoins ces concepts (comme l'achat et la vente, l'hypothèque, la représentation politique) ont été indûment absolutisés. Ces juristes ont oublié que les concepts ne sont que des *étiquettes classificatoires* pour un bon ordonnancement des connaissances juridiques, comme l'ont rappelé les jurisconsultes allemands de la jurisprudence d'intérêts et américains de la jurisprudence sociologique⁸⁵¹. Cela dit, Recaséns reprend les reproches acerbes de Jhering, Gény, Eugen Ehrlich (1861-1922), Hermann Kantorowicz (1877-1940) initiant le mouvement du Droit libre, Philip von Heck (1858-1943) et Max von Rümelin (1861-1931) et la jurisprudence des intérêts, les magistrats américains Oliver Wendell Holmes (1809-1894) et Benjamin Cardozo (1870-1938) de l'École de la jurisprudence sociologique. Ce qui rapprochait ces auteurs si divers, c'était la condamnation de la méthode conventionnelle du XIX^e siècle, le déductivisme et la prolifération des constructions abstraites déconnectées de la réalité. Partant, Luis Recaséns s'inscrit dans un mouvement très large de contestation contre l'abstraction poussée à son paroxysme et véhiculée par le formalisme. Seulement, ici aussi, si le juriste stigmatise les méthodes précédentes, c'est pour mieux justifier sa théorie et se présenter comme un *théoricien révolutionnaire*. C'est le schéma que nous avons déjà observé dans le contexte de la « rénovation » à la Belle Époque et en particulier dans l'œuvre de Gény : les juristes réagissent face à une société mouvementée par des profonds changements sociaux en adoptant une stratégie de condamnation du paradigme finissant, pour y mettre fin définitivement et apparaître comme des apôtres de nouveau modèle. Autrement dit, craignant une révolution sociale *imminente*, ils préfèrent

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 644. Cependant, comme le souligne M. Cabra Apalategui : « si l'on présuppose les dogmes de l'exhaustivité et de la cohérence du système juridique, la justification des décisions juridiques devient artificielle si l'on est confronté à un cas un tant soit peu complexe ». Cf. « Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y *logos* de lo razonable », *AFD*, n° XVII, 2011, p. 53.

⁸⁵¹ *Id.*

provoquer leur propre révolution dans la science juridique, mais fondée sur une vision conservatrice de la société, d'où l'oxymore « révolution conservatrice ».

En somme, l'utilisation de la logique traditionnelle dans l'interprétation du droit conduit à des erreurs judiciaires considérables et même à des injustices monstrueuses⁸⁵². Néanmoins, si de nombreux facteurs sont à l'origine de ces graves erreurs, dans la même veine que Gény, pour Recaséns c'est surtout l'invasion du domaine juridique par l'esprit cartésien, c'est-à-dire par l'esprit mathématico-géométrique, par le désir d'exactitude⁸⁵³. Par conséquent, c'est cet « impérialisme mathématique indu dans le domaine des problèmes pratiques de l'homme, et, parmi ceux-ci, dans le domaine des jugements » que Recaséns souhaite combattre. En revanche, force est de constater que les principaux coupables, voire « vilains », à avoir reproduit la logique mathématique dans le droit sont : l'école française d'exégèse ; les pandectistes allemands ; et la jurisprudence des concepts⁸⁵⁴. Si les premiers se sont évertués à déduire toutes les solutions de la loi, les deux derniers ont conduit les ordonnancements juridiques dans la voie de l'extrême rationalisation et de l'abstractionnisme radical. La solution proposée par Recaséns, afin de dépasser cette application erronée de la logique traditionnelle, est le « *logos* du raisonnable ».

2. *Le logos du raisonnable ou le prolongement de la libre recherche scientifique ?*

Ce que écrit *el profesor* Recaséns est un discours qui confronte indirectement l'« École » de l'exégèse du XIX^e siècle. À l'interdiction d'interprétation souhaitée par les révolutionnaires français, Recaséns répond que l'interprétation est inévitable et nécessaire. À leur logique mathématique héritée de la pensée de Descartes, il rappelle que la réalité est concrète et son observation fondamentale pour appliquer le droit. La clé pour cette interprétation, à rebours de l'exégèse, est le « *logos* du raisonnable ».

⁸⁵² *Id.*

⁸⁵³ Recaséns Siches (Luis), *Nueva filosofía de la técnica jurídica*, Mexico, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 11-12.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 13.

Tout d'abord, en s'inspirant de la célèbre métaphore de Montesquieu selon laquelle « le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁸⁵⁵, les révolutionnaires ont cherché à réduire la « fonction » juridictionnelle. Pour cela ils ont interdit les arrêts de règlement, c'est-à-dire les sentences de portée générale, par la loi des 16 et 24 août 1790 sur la réforme judiciaire. Ce faisant ils ont créé le référé législatif afin d'empêcher l'interprétation de la loi par les juges⁸⁵⁶. Avec cette institution, les juges devaient se remettre au Législateur lorsqu'ils avaient un doute sur la loi ou lorsque apparaissait une lacune dans le système de la loi⁸⁵⁷. Pour Gény ceci a manifesté « très clairement la pensée que, désormais, tous les éléments des solutions juridiques devaient être fournis par la loi ». Or la même idée a été reprise lors de la création du Tribunal de cassation⁸⁵⁸ par la même loi des 16 et 24 août. L'article 1^{er} dispose : « Il y aurait un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif », comme s'il ne faisait pas partie du pouvoir judiciaire et qu'il s'agissait plutôt d'une émanation du pouvoir législatif⁸⁵⁹. Son rôle était de contrôler l'application mécanique de la loi, en revanche toute interprétation générale lui était interdite. Le tribunal était tenu de se référer au Corps législatif chaque fois que les termes de la loi nécessitaient d'être expliqués ou interprétés⁸⁶⁰.

C'est avec ces mesures que les révolutionnaires ont posé les bases permettant à l'exégèse de s'épanouir. Surtout, l'idée de la complétude de l'ordre juridique, l'idée que toutes les solutions se trouvent dans la loi et qu'il suffit de trouver la *volonté du législateur* pour résoudre le litige. Toutefois, pour Recaséns l'interprétation est indispensable pour que le système juridique puisse exister⁸⁶¹ : « Toute règle juridique - même la plus simple et apparemment la plus claire - doit

⁸⁵⁵ Pour une explication du sens de la métaphore, voir Dauchy (Serge), « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, n° 256, p. 335-336. Selon Michael Stolleis : « La célèbre description par Montesquieu du pouvoir judiciaire comme la bouche de la loi est souvent mal comprise, de même que les liens qu'elle implique pour la séparation des pouvoirs. Elle ne signifie pas que l'interprétation judiciaire n'est pas utile, mais seulement que la loi - au sens mécanique - contient des solutions pour tout, et que le juge joue le rôle de la bouche qui la prononce à haute voix ». Cf. « Judicial Interpretation in Transition from the *Ancien Régime* to Constitutionalism », dans *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of the Law*, dir. Y. Morigiwa, M. Stolleis et J.-L. Halpérin, Dordrecht, Springer « Law and Philosophy Library 95 », 2011, p. 6-7, cité *ibid.*, p. 336.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 329.

⁸⁵⁷ Gény (François), *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, n° 40, p. 78.

⁸⁵⁸ Sur la création du Tribunal de cassation voir Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, n° 40-41, p. 78-80.

⁸⁶⁰ Dauchy (Serge), « Le juge, bouche de la loi... », *op. cit.*, p. 330.

⁸⁶¹ Sur la question des faits et du droit, voir Léon Husson, *Les transformations de la responsabilité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1947, p. 55-56, qui s'attaque à la prétendue différence. Selon lui : « En tout cas, l'interprétation d'un texte et l'interprétation des faits ne sont pas et ne peuvent pas être indépendantes : le texte est interprété en vue de sa projection sur les faits ; de même que les faits sont analysés en vue de leur relation avec les textes normatifs », p. 57.

nécessairement, inéluctablement, être interprétée ». Contrairement aux règles juridiques, la vie humaine est toujours particulière et concrète. « Par conséquent, pour respecter ou appliquer une loi ou un règlement, il est nécessaire inévitablement de convertir la règle générale en une norme individualisée, de transformer les termes abstraits en préceptes concrets. Et c'est précisément ce que l'on appelle l'interprétation »⁸⁶². Recaséns fait même allusion aux révolutionnaires français qui, dans l'effervescence des événements, ont tenté de barrer la route à l'interprétation judiciaire :

Sans interprétation, il n'y a pas d'ordre juridique possible. Il est vrai qu'il y a eu parfois des législateurs qui ont interdit l'interprétation des règles qu'ils édictaient ; mais il est évident que ces législateurs ou bien ne savaient pas ce qu'ils disaient - ce qui est une énorme bêtise - ou bien voulaient dire autre chose, ils voulaient probablement dire qu'ils ordonnaient une application stricte et sévère (ce qui, après tout, est aussi une énorme bêtise)⁸⁶³.

Cependant, « toutes les difficultés, confusions et hésitations dans l'interprétation de la loi sont apparues parce que la méthode correcte et adéquate n'avait pas été trouvée »⁸⁶⁴. Recaséns propose dès lors une méthode « révolutionnaire » permettant selon lui de résoudre les difficultés d'interprétation : le « *logos* du raisonnable ». Ceci suppose d'écarter véritablement une fois pour toutes la référence à une pluralité de méthodes d'interprétation (littérale, subjective, subjective-objective, objective, coutumière, historique, analogique, équitable, etc.)⁸⁶⁵. L'exercice du *logos* du raisonnable, appliqué à l'interprétation juridique, va au-delà de cette pluralité de méthodes. « Dans tous les cas, faciles ou difficiles, il faut procéder *raisonnablement*, en tenant compte de la réalité et de la signification des faits, des appréciations sur lesquelles repose l'ordre juridique positif, ou des appréciations complémentaires produites par le juge en harmonie avec ce système positif, et, en combinant l'une avec l'autre, et l'autre avec l'une, parvenir à une solution satisfaisante »⁸⁶⁶. Bref, le droit ayant une finalité pratique (Jhering), il convient d'interpréter la norme en fonction de la réalité, autrement dit en fonction du *logos* du raisonnable.

En revanche, la forte imprécision de cette nouvelle méthode d'interprétation pose problème. Comme le remarque M. Atienza, dans l'œuvre de Recaséns Siches le concept de « raisonnable »

⁸⁶² *Tratado general de filosofía del derecho, op. cit.*, p. 628.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 627.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 631.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 661.

⁸⁶⁶ *Id.* C'est nous qui soulignons.

n'atteint pas un haut degré d'élaboration théorique. La caractérisation qu'il en propose tourne autour d'une série d'affirmations extrêmement vagues telles que : le *logos* du raisonnable « est limité, conditionné et influencé par la réalité concrète du monde dans lequel il opère » ; « il est imprégné d'évaluations » ; « ces évaluations sont concrètes » ; « les évaluations constituent la base ou le support de la formulation des finalités »⁸⁶⁷. En tout cas, pour Recaséns « le juge doit procéder à une étude sociologique des éléments du litige »⁸⁶⁸, ce qu'il déclare sans rentrer dans les détails. Pourtant, il est intéressant de noter les précisions de Chaïm Perelman⁸⁶⁹, spécialiste en matière d'argumentation juridique et fondateur de la « Nouvelle Rhétorique », qui se rapproche parfois de Recaséns⁸⁷⁰. En partant de la distinction homme rationnel-homme raisonnable, Perelman nous apporte quelques lumières⁸⁷¹. Si, en général, l'homme rationnel désigne un être froid, calculateur, dépourvu d'humanité, l'homme raisonnable se laisse influencer par le *sens commun*, considéré comme le bon sens⁸⁷². En droit, le rationnel correspond à l'esprit de système, au raisonnement logique, alors que le raisonnable « caractérise la décision elle-même, le fait qu'elle est ou n'est pas acceptable par l'opinion publique, que ses conséquences sont socialement utiles ou nuisibles, ressenties comme iniques ou équitables »⁸⁷³. C'est ainsi que l'idée du raisonnable correspond juridiquement à la solution *équitable*, en l'absence de toute règle précise de solution. Comme c'était le cas de la jurisprudence développée autour de l'article 1382 du Code civil au début du XX^e siècle, sous l'impulsion notamment de Josserand et Saleilles. La recherche d'une solution raisonnable incite, par conséquent, à faire progresser la théorie du droit⁸⁷⁴.

Pour Recaséns, si le *logos* du raisonnable doit remplacer les méthodes traditionnelles, c'est parce qu'elles sont utilisées pour justifier *a posteriori* les décisions judiciaires. Il mobilise

⁸⁶⁷ Atienza (Manuel), « Para una razonable definición de "razonable" », *Doxa*, n° 4, 1987, p. 190.

⁸⁶⁸ Recaséns Siches (Luis), *Tratado general de filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 663.

⁸⁶⁹ Auteur notamment, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, du *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1958 ; *Le Raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984 ; *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999. Sur la vie et l'oeuvre de Perelman, voir *Chaïm Perelman (1912-2012) : de la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012.

⁸⁷⁰ Cabra Apalategui (José Manuel), « Claves de la argumentación jurídica... », *op. cit.*, p. 39.

⁸⁷¹ Il est intéressant de remarquer que Perelman cite Recaséns comme un continuateur de l'oeuvre du professeur J. Esser, de Tübingen, auteur principalement de *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956. Pourtant Recaséns publie aussi son ouvrage *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* en 1956. Cf. *Logique juridique...*, *op. cit.*, p. 81-83.

⁸⁷² Perelman (Chaïm), « Le rationnel et le raisonnable », dans *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, *op. cit.*, p. 700-702.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 702.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 702-704.

l'anecdote de Benjamin Cardozo pour illustrer cette idée. Le célèbre magistrat de la Cour suprême des États-Unis a posé ce problème en termes d'une « entière sincérité ». Analysant ses expériences judiciaires il a réalisé que, pour interpréter le droit, il alternait entre différentes méthodes. Parfois il utilisait la méthode logique ou philosophique, parfois la méthode historique ou la méthode sociologique. Puis il a compris que l'important était de trouver la *décision juste*, indépendamment des méthodes. Partant, le célèbre magistrat appuyait son argumentation sur la méthode qui lui permettait d'arriver à la solution souhaitée⁸⁷⁵.

Recaséns Siches paraît donc justifier sa théorie en s'appuyant fortement sur la rhétorique. Cette vague conception du raisonnable, en effet, serait peut-être liée aux excès rhétoriques des auteurs anti-formalistes⁸⁷⁶. En n'abordant pas les arguments traditionnels des formes d'argumentation propres au raisonnement juridique, il révèle une conception simpliste des décisions judiciaires. En tout cas, pour lui la *sécurité juridique* est une valeur secondaire subordonnée à la valeur de la *justice*⁸⁷⁷ : « Ce que le Droit doit apporter, c'est précisément la *sécurité dans ce qui est juste*. {...} Toutefois, cette observation ne doit pas être exagérée au-delà de ses limites. Les fonctions de certitude et de sécurité que nous attendons du Droit ne doivent pas être interprétées en termes absolus. Ce que le droit peut nous offrir n'est qu'un *degré relatif* de certitude et de sécurité, un *minimum indispensable de certitude et de sécurité* pour la vie sociale »⁸⁷⁸. C'est parce que la *justice* constitue la finalité de tout ordre juridique, que le juriste doit respecter ce but⁸⁷⁹. Cependant tout ceci explique que son projet « révolutionnaire » soit en réalité conservateur car le juriste doit respecter avant tout l'ordre (juridique). En outre, son projet se révèle un échec. Comme García Máynez, Recaséns ne s'est pas intéressé à former des disciples ni une école⁸⁸⁰, ce qui suggère pourquoi son œuvre souffre d'un certain oubli, malgré le fait qu'il soit actuellement considéré

⁸⁷⁵ Recaséns Siches (Luis), *Tratado general de filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 628.

⁸⁷⁶ Cabra Apalategui (José Manuel), « Claves de la argumentación jurídica... », *op. cit.*, p. 40.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 58.

⁸⁷⁸ Recaséns Siches (Luis), *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Mexico, Porrúa, 3^e éd., 1980, p. 15.

⁸⁷⁹ « Il s'ensuit que le juriste, dans ses fonctions d'interprétation, doit être guidé par la même finalité que celle qui anime le droit positif qu'il traite et, par conséquent, il en résulte également que la ligne directrice suprême de son travail d'interprétation doit être la recherche de la meilleure réalisation de la justice, et des valeurs qu'elle englobe, dans le cadre et par les voies établies par l'ordre juridique positif », cf. Recaséns Siches (Luis), *Tratado general de filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁸⁰ Cruz Parcero (Juan Antonio), « La filosofía del derecho en México », *op. cit.*, p. 211.

comme un précurseur de l'argumentation juridique. Le *logos* du raisonnable semble avoir tombé dans l'oubli, comme la pluridisciplinarité qu'impliquait la libre recherche scientifique⁸⁸¹.

Le *logos* du raisonnable peut en effet être rapproché de la libre recherche scientifique prônée par GénY. Celui-ci soutient en substance qu'en l'absence de solution fournie par une interprétation restrictive des textes, l'interprète doit s'en affranchir pour aller chercher cette solution ailleurs que dans le droit⁸⁸². La liberté revendiquée par GénY - mais seulement en l'absence de loi - est reprise Recaséns lorsqu'il affirme que le juriste doit interpréter *raisonnablement* pour arriver à une solution équitable. Pour le premier, le juriste a à rechercher la « nature des choses » qui s'impose à lui dans l'établissement de la norme. Plus précisément, cette « nature des choses » est constituée par ce qu'il appelle « les données fondamentales du droit », à savoir : les données réelles, les données historiques, les données naturelles et les données idéales. Si les deux premières données s'appuient sur les faits, les deux autres sont des données normatives qui nous sont connues par la *raison* et par l'« intuition ». Aussi, de manière significative, GénY estime que le donné rationnel contient une valeur prépondérante par rapport aux autres données car il dicte la direction pour l'élaboration scientifique du droit⁸⁸³. Et d'affirmer :

En réalité, ce donné rationnel représente le fonds essentiel du droit naturel classique {...}. Il est en effet des règles de conduite (notamment dans l'ordre juridique) que *la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent pour lui aux exigences les plus évidentes des choses* - avec les signes qui distinguent les préceptes du droit - elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immuabilité qui les mets à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques⁸⁸⁴.

Ce qui veut dire que ce droit rationnel est découvert essentiellement par la *raison* et constitue la base du « droit naturel irréductible »⁸⁸⁵. Comme pour Recaséns, la *raison* joue un rôle fondamental dans l'élaboration du droit positif. En effet, dans la hiérarchie des données de GénY, le

⁸⁸¹ Jamin (Christophe), *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012, p. 59.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 46.

⁸⁸³ Brimo (Albert), *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, rééd. de la troisième éd. publiée en 1978, Paris, Éditions A. Pedone, 2018, p. 334-336.

⁸⁸⁴ GénY (François), *Science et technique...*, t. II, *op. cit.*, p. 380. Ce nous qui soulignons.

⁸⁸⁵ Brimo (Albert), *Les grands courants...*, *op. cit.*, p. 335.

donné rationnel occupe le degré le plus élevé. Ce qui s'explique par le fait que, pour lui, le droit est un ensemble de règles que la *raison* dégage de la « nature des choses » et le donné rationnel renvoie en définitive à la découverte de la *justice* :

Que doit fournir ce donné rationnel exactement compris, demande Géný ; j'ai déjà laissé entendre qu'on risque de l'épuiser, de le dépouiller de sa propre substance à vouloir en tirer des solutions trop nombreuses ou trop précises. Mais encore, que peut-on légitimement lui demander ? essentiellement une chose, la notion de justice qui permet seule d'établir l'ordre et la paix dans la vie sociale⁸⁸⁶.

Pour Géný, donc, le juriste doit avant tout être le gardien de l'ordre social, ce qui relève de la justice. En adoptant le langage de prédilection des auteurs conservateurs (ordre et paix)⁸⁸⁷, Géný dévoile le conservatisme au centre de sa théorie « révolutionnaire ». Or, de manière semblable, Recaséns imaginait le juriste lié à un idéal de justice posé par le système juridique, comme nous l'avons évoqué. Cependant, c'est ici que les deux juristes divergent. Ce même idéal de justice les renvoie à des conclusions différentes. Pour Géný, en cas de lois injustes cet idéal concéderait un « extrême et ultime recours »⁸⁸⁸ : le droit de résistance à l'oppression. Alors que pour Recaséns la justice serait sous-entendue, ou du moins globalement poursuivie par l'ordonnement juridique et, par conséquent, le juriste serait tenu de le respecter⁸⁸⁹. « Le juriste est avant tout le prêtre des lois en vigueur, le gardien et l'exécuteur du droit positif en vigueur »⁸⁹⁰. Si Recaséns semble sur ce point plus conservateur que Géný, c'est parce que pour ce dernier reconnaître le droit de résistance à l'oppression est une conséquence logique de sa théorie, comme pour Duguit (ce que nous verrons au prochain chapitre). Nos deux auteurs, au-delà de cette divergence, ont fondé leurs théories, qui étaient censées révolutionner la pensée juridique, dans une vision conservatrice du droit et de la société, une vision dans laquelle le juriste est « le prêtre des lois en vigueur », le gardien de l'ordre

⁸⁸⁶ *Science et technique...*, t. I, *op. cit.*, p. 390.

⁸⁸⁷ Comme l'affirme M. Vincent : « Ordre, liberté, paix et honneur, ce sont là certainement des mots clés du langage conservateur ». Cf. *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁸⁸ Géný (François), *Science et technique...*, t. IV, *op. cit.*, p. 87. Cf. Boulaire (Jérémy), « François Géný et le législateur », *op. cit.*, p. 89.

⁸⁸⁹ « Tout ordre juridique positif vise à la réalisation de la justice. {...} Il s'ensuit que le juriste, dans ses fonctions d'interprétation, doit être guidé par la même finalité que celle qui anime le droit positif qu'il traite et, par conséquent, il s'ensuit également que la ligne directrice suprême de son travail d'interprétation doit être la recherche de la meilleure réalisation de la justice, et des valeurs qu'elle englobe, dans le cadre et par les voies établies par l'ordre juridique positif ». Cf. Recaséns Siches (Luis), *Tratado general de filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 5.

social. Néanmoins, malgré la dose conservatrice de projet de Gény, il n'empêche que sa théorie des sources a sonné le glas de l'ancien paradigme légaliste, ouvrant la porte à un paradigme social. Autrement dit, si la théorie de Gény a contribué à élargir les sources en matière d'interprétation, le *logos* du raisonnable de Recaséns s'est avéré un échec.

Il est possible d'affirmer que la démarche de Gény et Recaséns relève d'une révolution conservatrice. Que ce soit par rapport à la hiérarchie de la loi ou par rapport au respect de l'ordonnancement juridique, leur projet cache une volonté de maintien du *statu quo*, un *statu quo* dans lequel les juristes préserveraient leur autorité fondée sur l'interprétation de la loi. Ils auraient ainsi à l'esprit une « image du retour »⁸⁹¹, c'est-à-dire une vision du droit qui correspondrait à un « âge d'or » des juristes en tant que gardiens de la cité. Pourtant, en proposant une méthode scientifique d'interprétation du droit fondée sur l'observation sociale, Gény a ouvert la porte à un nouveau paradigme social. En revanche, à contre-courant de cette nouvelle vision du droit, il y avait des juristes attachés à l'ancien modèle légaliste. En effet, des juristes tels que Adhémar Esmein en France et Emilio Rabasa au Mexique ont défendu leur régime politique et, par extension, l'ancien paradigme légaliste.

⁸⁹¹ *Loc. cit.*

François Gény



Luis Recaséns Siches



Section 2. La défense du régime par Esmein et Rabasa ou la volonté de préserver le *statu quo*

Dans l'histoire constitutionnelle française et mexicaine, deux juristes se distinguent pour avoir joué le rôle de « légistes »⁸⁹². À l'instar des juristes français du XIII^e siècle, ces spécialistes se sont attelés à défendre leur régime politique. Partant, ils ont indirectement défendu l'ancien modèle : le paradigme légaliste. En cherchant à justifier cet ordre politique, en cherchant à expliquer que cette organisation politique était la meilleure en fonction des circonstances, ils ont pu être vus comme les « juristes officiels » par l'historiographie classique. Plus précisément, en adhérant à l'idéologie⁸⁹³ « officielle » ils ont mobilisé l'histoire constitutionnelle et le droit comparé pour participer à la consolidation de l'ordre politique. En ce sens, en rehaussant l'autorité du régime politique, ils ont adopté un rôle conservateur. Autrement dit, en visant la stabilité du régime plus que la justice sociale, ils ont fait preuve d'un style de pensée conservateur. En effet, ils ont montré un système théorique dans lequel l'autorité et l'ordre sont les concepts premiers⁸⁹⁴. En France, face à l'avènement de la III^e République, le républicain Adhémar Esmein cherche à fournir au pouvoir les « instruments symboliques d'intelligibilité »⁸⁹⁵. C'est dire qu'il a construit une théorie constitutionnelle - devenue très rapidement « classique » dans l'enseignement du droit - qui a contribué à légitimer idéologiquement la domination des républicains, pour la stabilité sociale. Par ses théories et définitions, telle que « l'État est la personnification d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique »⁸⁹⁶, il semble avoir aidé à renforcer l'autorité républicaine. Au Mexique à la même époque, confronté au vieillissement du régime connu comme le *porfiriato* (1876-1911), Emilio Rabasa tente de démontrer l'inévitabilité de l'autoritarisme, ce qu'il justifie par les faiblesses constitutionnelles et l'histoire constitutionnelle. Cette posture lui vaut, en revanche, d'être condamné par les révolutionnaires au début du XX^e siècle, malgré son énorme autorité⁸⁹⁷ lors de l'Assemblée constituante de Querétaro (1917). Par conséquent, évoluant au sein de contextes diamétralement opposés - la naissance de la III^e République et la fin du *porfiriato* - qui

⁸⁹² Nous reprenons l'expression de M. Guillaume Sacriste. Cf. *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁹³ Il faut comprendre idéologie ici comme *représentation* ou opinion du monde. Sur l'idéologie, voir Capdevila (Nestor), *Le concept d'idéologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

⁸⁹⁴ Sur ce point, voir Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁹⁵ Capdevila (Nestor), *Le concept d'idéologie*, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁹⁶ Esmein (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1914, p. 1.

⁸⁹⁷ Son nom est à plusieurs reprises invoqué par les constituants, comme nous le verrons *infra*. Surtout, la Constitution est reformée pour donner plus de pouvoir à l'Exécutif, au détriment du Législatif, comme le souhaitait Rabasa. Voir par exemple Medina (Hilario), « Emilio Rabasa y la Constitución de 1917 », *Historia Mexicana*, vol. 10, n^o 2, *En el Cincuentenario de la Revolución*, oct.-déc., 1960, p. 177-195.

correspondent à des périodes de changement de paradigme, ces deux auteurs paraissent jouer des rôles similaires, celui des conseillers du prince et garants de l'ordre, avant d'être condamnés par leurs pairs. En particulier, ils représentent la défense de l'ancien paradigme légaliste et la résistance face au nouveau paradigme social.

Il faudra, par voie de conséquence, voir cette légitimation « scientifique » du régime (§1), avant de comprendre que leur défense était, de manière complexe, limitée axiologiquement (§2).

§1. Une légitimation « scientifique » du régime

Certainement, nos deux auteurs ont fait partie de l'élite de leur époque, ils occupaient effectivement des postes importants dans des moments cruciaux pour leur régime. Sur le plan des idées, les deux sont tombés - comme beaucoup d'intellectuels de cette période -, dans la séduction du positivisme et de l'évolutionnisme. À travers ces outils intellectuels, ils ont dégagé une méthode historique et dogmatique pour l'édification et la solidification de leur régime. Au-delà de leur méthode positiviste, gage de scientificité à l'époque, ils laissent paraître une certaine instrumentalisation de l'histoire du droit constitutionnel pour contribuer, de manière conservatrice, à l'idéologie dominante et, surtout, à l'ordre. Ainsi, avant de nous pencher sur cette utilisation de la méthode positiviste-évolutionniste (B), nous analyserons l'idéologie qui cherchait à consolider l'ordre politique (A).

A. Une idéologie pour consolider l'ordre politique

Pour apporter quelques lumières à la pensée d'Emilio Rabasa et Adhémar Esmein, il faudrait préalablement étudier le contexte dans lequel ils s'inséraient. Pour cela, il apparaît nécessaire de faire un détour au sein de leurs régimes respectifs. Nous verrons par conséquent le porfiriato, la « dictature libérale » (1) et ensuite la consolidation de la III^e République (2). De cette façon, nous comprendrons mieux effectivement pourquoi nos auteurs se sentent incités à plaider pour l'ordre politique.

1. *Le porfiriato, la « dictature libérale »*⁸⁹⁸

Porfirio Díaz⁸⁹⁹, dit communément *Don Porfirio*, a gouverné le Mexique de 1876 à 1910⁹⁰⁰. C'est-à-dire entre la Restauration de la République, suite à l'invasion française et l'établissement du Second Empire Mexicain, et le début de la Révolution madériste. Lorsque le Président Sebastián Lerdo de Tejada veut se réélire en 1876, le « *caudillo* » Díaz se soulève en publiant le « *Plan de Tuxtepec* ». À travers ce document il déclare vouloir respecter la Constitution libérale de 1857⁹⁰¹ sous la devise « suffrage effectif, non réélection »⁹⁰². Considéré comme un héros lors de l'intervention française, le général Díaz a largement été soutenu par l'armée. De ce fait, après son triomphe militaire en 1877, Lerdo est exilé et Díaz devient le Président de la République. À partir de ce moment il se maintient au pouvoir en manipulant les élections, tout en préservant un semblant de légalité. Dans la mesure où la Constitution de 1857 interdisait de se réélire, il octroie en 1880 le pouvoir à son ami, le militaire Manuel González. En 1884, étant le seul candidat, il redevient Président et organise une révision constitutionnelle afin de permettre la réélection immédiate. Puis, en 1890, il élimine toute restriction à la réélection prévue par la Constitution et le mandat présidentiel est étendu à 6 ans en 1903.

Le *porfiriato* correspond à une période de consolidation de l'État-Nation mexicain. C'est un moment où l'unification nationale est favorisée par la médiation de Porfirio Díaz. En effet, habile négociateur, le général réussit à créer une « pyramide de loyautés »⁹⁰³ en plaçant à la tête des États fédérés des *caciques* qui lui sont loyaux. En jouant le rôle d'arbitre, il permet à divers groupes représentant des intérêts différents à maintenir de zones d'influence et de pouvoir dans la fédération. Adoptant les idées positivistes, son gouvernement fait de l'adage comtien « *orden y*

⁸⁹⁸ Selon Emilio Rabasa, le *porfiriato* est le type achevé des dictatures libérales et progressistes, « comme doivent être les dictatures dans notre hémisphère ». Cf. *L'évolution historique du Mexique*, trad. Carlos Docteur, Paris, Librairie Félix-Alcan, 1924, p. 226.

⁸⁹⁹ Sur sa vie voir Garner (Paul), *Porfirio Díaz*, New York, Routledge, 2014.

⁹⁰⁰ Sur le *porfiriato*, consulter spécialement Guerra (François-Xavier), *Le Mexique. De l'Ancien Régime à la Révolution*, Paris, L'Harmattan, 1985.

⁹⁰¹ Cette Constitution s'inspire profondément de la philosophie libérale des Lumières en établissant la représentation et la séparation des pouvoirs qui garantissent la sécurité, l'égalité et la propriété. Cf. Manent (Pierre), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Fayard, 2012, p. 139.

⁹⁰² Devise qui est reprise par Madero en 1910.

⁹⁰³ Escalante Gonzalbo (Pablo), García Martínez (Bernardo), Jáuregui (Luis), Zoraida Vázquez (Josefina), Speckman Guerra (Elisa), Garcadiago (Javier) et Aboites Aguilar (Luis), *Nueva Historia mínima de México*, Mexico, El Colegio de México, 2004, p. 199.

progreso »⁹⁰⁴ sa devise. Il fallait donc un gouvernement fort, fondé sur les faits et non sur les principes abstraits, qui puisse emmener le pays à la modernité. Celle-ci se traduisait pour les positivistes dans le développement économique et la réformation de la société, passant par l'enseignement⁹⁰⁵ et des programmes de santé. De cette manière, l'idée que le progrès serait atteint par la science et l'éducation s'est enracinée de manière puissante dans les mentalités.

Cette période de paix se caractérise par l'industrialisation et un développement économique sans précédents. Lorsque Díaz arrive au pouvoir, les finances publiques sont en faillite. Les dettes étrangères sont considérables et le système fiscal peu performant. Les ministres de *Hacienda*, c'est-à-dire de l'économie, décident de favoriser le commerce en adoptant des politiques libérales. Pour cela des impôts impopulaires, les *alcabalas*, sont supprimés. Puis un Code de commerce est rédigé (1889)⁹⁰⁶, ce qui permet d'avoir une réglementation claire, cohérente et unifiée en matière commerciale. Des concessions sont offertes attirant un grand nombre d'investisseurs étrangers, en particulier des États-Unis. De cette façon les chemins de fer se sont développés exponentiellement, favorisant les échanges. Ce qui a contribué au développement des exportations : des produits agricoles tels que le café, ou des minéraux (comme par exemple de l'or, argent, cuir, zinc ou plomb) ont connu à partir de cette époque une nette augmentation. À ceci s'ajoute la naissance et le développement de l'industrie pétrolière⁹⁰⁷. Cependant, malgré cette révolution industrielle, le progrès a été inégal, certaines régions (en particulier le Nord du pays) et certains groupes (notamment urbains) en ont bénéficié plus que d'autres. En outre les inégalités ont été accentuées par le fort développement démographique et les migrations des paysans vers les villes. Le fossé économique et social entre les élites et les masses s'est exacerbé au début du XX^e siècle, au point de générer des tensions qui exploseraient en 1910.

Par ailleurs, vers la fin du XIX^e siècle, la paix n'est pas totalement garantie, plusieurs menaces planent sur la scène politique. D'abord, puisque l'ordre politique était né de la Révolution

⁹⁰⁴ « Ordre et progrès ».

⁹⁰⁵ Ce fut le cas notamment de la réforme de l'éducation présidée par le positiviste Gabino Barreda de 1867 et 1869. Sa réforme fut considérée comme un succès. Elle rénova les établissements secondaires et supérieurs de Mexico, qui formèrent l'élite positiviste du porfiriat. Voir Guerra (François-Xavier), *Le Mexique...*, *op. cit.*, p. 346 et s.

⁹⁰⁶ Voir par exemple Ovalle Favela (José), « Derecho Procesal Mercantil », dans *Porfirio Díaz y el Derecho. Balance crítico*, dir. Raúl Ávila Ortiz, Eduardo de Jesús Castellanos Hernández et María del Pilar Hernández, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 309-314.

⁹⁰⁷ Sur ce point très important de l'histoire mexicaine, voir Auzanneau (Matthieu), *Or noir. La grande histoire du pétrole*, Paris, La Découverte, 2015.

de Tuxtepec (1876), le régime avait besoin d'obtenir une légitimité sur le plan national mais aussi d'une reconnaissance internationale. En outre, après la guerre avec les États-Unis (1846-1848) l'expansion américaine était encore une menace latente pour le Mexique. Plus gravement, à mesure que le *porfiriato* se pérennisait, les critiques du régime se développaient à leur tour. À tel point qu'une véritable opposition systématique s'est implantée⁹⁰⁸, malgré les tentatives de répression étatique et de contrôle de la presse. Des nombreuses rebellions agraires ont eu lieu et ont été implacablement réprimées. En particulier celle des mayas au Yucatan et celle des yaquis au Sonora. Certaines communautés ont lutté pour préserver leur identité, leurs traditions et leur langue face à la volonté des gouvernements d'homogénéiser la population depuis l'Indépendance de l'Espagne (1821). De même, des nombreuses grèves - qui étaient interdites par la loi - ont éclaté et se sont multipliées à partir des années 1900. En 1906, en particulier, des mineurs de la ville de Cananea dans le Nord du Sonora se sont rebellés en exigeant un horaire maximal de travail ainsi qu'un salaire minimal. Leurs demandes, par contre, ont été refusées et la grève féroce réprimée par l'armée des États-Unis, soutenue par celle du Mexique.

Bien que Porfirio Díaz ne respectait pas les élections ni la Constitution de 1857, il encourageait le développement du droit⁹⁰⁹ : la codification⁹¹⁰, la régulation du *juicio de amparo*⁹¹¹

⁹⁰⁸ En particulier, la création du *Partido Liberal Mexicano* en 1906 apporta des demandes et des critiques au système juridique, telles que la suppression de la réélection du Président et des gouverneurs, l'extension de la liberté de presse, l'amélioration de la justice, etc. Voir « Programa del Partido Liberal », punto 34, dans Tena Ramírez (Felipe), *Leyes fundamentales de México (1808-1975)*, Mexico, 6^e éd., Porrúa, 1975 ; González (María del Refugio) et Caballero Juárez (José Antonio), « El proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado en la Constitución de 1917 », *Estado de derecho y transición jurídica*, dir. José María Serna de la Garza et José Antonio Caballero Juárez, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 64-63.

⁹⁰⁹ Selon M. Fix-Fierro la période correspond à la « première grande modernisation juridique du pays ». Il continue : « La *paix porfirienne*, qui dura près de 30 ans, permit d'achever l'œuvre de construction d'un ordre juridique national que le chaos politique et social des deux premiers tiers du XIX^e siècle avait empêché d'aboutir jusqu'alors ». Cf. « Porfirio Díaz y la modernización del Derecho mexicano », dans *Porfirio Díaz y el Derecho...*, *op. cit.*, p. 20 et 17.

⁹¹⁰ Voir notamment González (María del Refugio), « Notas para el estudio del proceso de codificación... », dans *Libro...*, *op. cit.*, spécialement p. 129-32 ; Cruz Barney (Óscar), « Porfirio Díaz y el Derecho privado », dans *Porfirio Díaz y el Derecho...*, *op. cit.* ; et du même auteur « La codificación en México », dans *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, dir. José Antonio Caballero Juárez et Óscar Cruz Barney, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

⁹¹¹ Voir Cossío Díaz (José Ramón), « El juicio de amparo en el Porfiriato », dans *Porfirio Díaz y el Derecho...*, *op. cit.*, p. 335-362.

(permettant de suspendre les procès fin de protéger les droits de l'homme⁹¹²) ont été parachevés lors de son gouvernement. En effet, même si la Constitution de 1857 posait les bases formelles de l'État de droit au Mexique, lequel peut être qualifié de « libéral » dans la mesure où il a été fondé sur la représentation et la séparation des pouvoirs, garantissant la sécurité, l'égalité des droits et la propriété⁹¹³, la centralisation et l'autoritarisme s'accroissent depuis la fin des années 1880⁹¹⁴. À titre d'exemple, les sénateurs, députés et magistrats, de la fédération ou des États fédérés, étaient pratiquement nommés par le Président puis sans cesse réélus⁹¹⁵. Le Congrès se limitait à approuver les initiatives de l'Exécutif et la Cour suprême s'abstenait de participer dans la politique et de s'ériger en tribunal constitutionnel. Se déclarant incompétente pour juger de la régularité des élections, la *Corte Suprema* s'est cantonnée dans un rôle de tribunal de dernière instance, « créateur de jurisprudence pour des causes ne touchant pas aux affaires politiques qui relevaient de ce que nous pourrions appeler le « domaine réservé » du président »⁹¹⁶.

En ce qui concerne Emilio Rabasa, il appartient à la seconde génération des porfiristes, lorsque les hommes qui accompagnaient Díaz dans son ascension au pouvoir sont décédés. C'est l'époque où arrivent au pouvoir d'excellents administrateurs à la tête desquels figurent Joaquín Baranda (ministre de la justice depuis 1882), José Yves Limantour (ministre d'économie entre 1893 et 1911) et Bernardo Reyes (ministre de la guerre entre 1900 et 1902). Les trois représentaient différents groupes politiques et régions : le premier les libéraux de la Guerre de *Reforma* (1857-1861), le second - proche de notre auteur - la philosophie positiviste et le groupe appelé « *los científicos* » ; le dernier les porfiristes classiques, c'est-à-dire les militaires issus des classes moyennes provinciales, soutenus par la petite bourgeoisie et les travailleurs.

⁹¹² « Originalité de la constitution de 1857, la création du *juicio de amparo* qui appartient à ces tribunaux fédéraux. Par ce jugement, ils protègent les individus de toute loi qui violerait les garanties individuelles, de toute invasion de l'autorité fédérale dans les domaines des États ou réciproquement (art. 101). La sentence porte toujours sur un cas concret « sans faire aucune déclaration générale sur la loi ou la mesure qui l'a provoquée » (art. 102) ». Cf. Guerra (François-Xavier), *Le Mexique...*, *op. cit.*, p. 59. Sur cette question voir Martínez Andreu (Ernesto), *Los principios fundamentales del juicio de amparo. Una visión hacia el futuro*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2009.

⁹¹³ González (María del Refugio) et Caballero Juárez (José Antonio), « El proceso de formación... », *Estado de derecho y transición jurídica*, *op. cit.*, p. 55-56.

⁹¹⁴ Voir par exemple Marván Laborde (Ignacio), *Cómo hicieron la Constitución de 1917*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 165.

⁹¹⁵ Comme l'écrit François-Xavier Guerra : « il n'y a pas, à l'époque, de suffrage véritable, mais un choix par les gouverneurs des députés qui vont être ensuite « élus » ». Cf. *Le Mexique...*, *op. cit.*, p. 57. Les gouverneurs, à leur tour, étaient nommés par Porfirio Díaz.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 61.

Considéré comme un membre des *científicos*, nommé gouverneur du Chiapas par Díaz lui-même, José Emilio Rabasa Estebanell fut avant tout un juriste. Né en 1856 dans une famille d'*hacendados* à Ocozocuatla dans le Chiapas (c'est-à-dire de grands propriétaires), il devient un « brillant intellectuel »⁹¹⁷ réputé parfois d'avoir été le plus grand constitutionnaliste de son époque⁹¹⁸. Bien qu'il soit l'auteur de 4 romans à succès⁹¹⁹ et un pionnier du réalisme mexicain, ce sont ses œuvres juridiques qui ont marqué son époque et continuent de nos jours à être étudiées. Sur le plan juridique, son aura a été décisive lors du Congrès constituant de Querétaro, mais aussi lorsqu'il fonde l'*Escuela Libre de Derecho* en 1912⁹²⁰, par opposition à l'université officielle du régime révolutionnaire, l'Université Nationale du Mexique (ancêtre de l'UNAM). Après avoir reçu son diplôme à la Faculté de droit de Oaxaca (1878), il accède très tôt à des postes publics : député local du Chiapas en 1881, directeur de l'Institut de l'État en 1882 et secrétaire du gouvernement de Oaxaca en 1884. Nommé professeur d'économie politique à Mexico en 1886, il revient dans son État natal comme gouverneur, qu'il contrôle de fait jusqu'à la Révolution. C'est ainsi que, inspiré par la philosophie positiviste de Saint-Simon et d'Auguste Comte⁹²¹, « le Chiapas reculé et archaïque commence sous son administration à s'intégrer au Mexique ». Rabasa est donc un juriste très bien inséré, que ce soit socialement, économiquement ou politiquement. Il appartient sans doute aux groupes privilégiés, « à ces mêmes groupes que jusqu'alors Porfirio Díaz avait systématiquement écartés des postes où s'exerce le pouvoir réel »⁹²² pendant la première partie de son gouvernement. Désormais, le régime ayant été stabilisé, il s'agit d'intégrer les élites sociales et intellectuelles dans la machine étatique afin de rendre l'administration plus efficace.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 115.

⁹¹⁸ Sur sa vie voir notamment Hale (Charles), *Emilio Rabasa and the Survival of Porfirian Liberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2008 ; Stratton (Lorum H.), *Emilio Rabasa: Life and Works*, Texas, Texas Tech Press, 1974.

⁹¹⁹ *La Bola* (1887), *La gran ciencia* (1887), *El Cuarto Poder* (1888) et *Moneda falsa* (1888). Ces 4 romans sont réputés d'apologétiques pour le système porfirien. Cf. Hale (Charles), « Emilio Rabasa: liberalismo, conservadurismo y revolución », dans *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, t. II, dir. Erika Pani, Mexico, FCE, Conaculta, 2009, p. 404.

⁹²⁰ Sur son rôle lors de la rédaction de la Constitution de Querétaro, voir par exemple Marván Laborde (Ignacio), *Cómo hicieron la Constitución de 1917*, *op. cit.* Sur la fondation de l'*Escuela libre de derecho* voir del Arrenal Fenocho (Jaime), « Un rector y una escuela liberales: Emilio Rabasa y la Escuela libre de derecho », dans *Recepción y transformación del liberalismo en México: homenaje al profesor Charles A. Hale*, dir. Josefina Vázquez Zoraida, Mexico, El Colegio de México, 1999. Bien qu'il ait fondé l'école aux côtés de Francisco León de la Barra, Demetrio Sodi, Miguel S. Macedo et Jorge Vera Estañol, il est considéré comme le fondateur principal.

⁹²¹ Sur la réception de Saint-Simon et de Comte au Mexique voir Soberanes Fernández (José Luis), « El positivismo, paradigma del régimen porfirista », dans *Porfirio Díaz y el Derecho...*, *op. cit.*, p. 33 et s.

⁹²² Guerra (François-Xavier), *Le Mexique...*, *op. cit.*, p. 117-118.

Au même moment en France, la république cherche à se (re)construire.

2. La consolidation de la III^e République

Devant redresser la situation militaire catastrophique héritée du Second Empire, la République s'installe sur un fondement précaire⁹²³. Si l'écrasement de la Commune en 1871 permet, à terme, d'instaurer la République en France, les républicains devaient trouver des moyens de légitimation pour s'enraciner de façon pérenne. « La République sera conservatrice ou elle ne sera pas », déclare Adolphe Thiers en 1872, chargé de négocier avec le *Reich* allemand et de lutter contre l'insurrection de la Commune de Paris. En se montrant impitoyable face aux révolutionnaires, il réussit à réconcilier beaucoup de modérés et de changer la crainte qu'inspirait la République depuis 1793. Essentiellement, c'est la profonde division entre monarchistes légitimistes (partisans du comte de Chambord) et orléanistes (partisans du comte de Paris, petit-fils de Louis-Philippe) ce qui explique que la Restauration ait échoué. En effet, lorsque Thiers démissionne en 1873 et le royaliste Mac Mahon arrive au pouvoir, la Restauration semble inéluctable. Toutefois les royalistes ne réussissent pas à s'entendre sur la personne royale.

Le régime républicain cesse d'être provisoire lorsque la « Constitution » de la III^e République est adoptée. Plus précisément, les trois lois constitutionnelles de 1875⁹²⁴ organisent la nouvelle République. Par la suite, les années 1879-1885 sont marquées par la très forte personnalité de Jules Ferry et la République est « républicanisée » en profondeur. C'est dire que la République « opportuniste »⁹²⁵ (comme les républicains s'étaient définis eux-mêmes, au sens de pragmatiques) se consolide. D'abord, le triomphe de la République se traduit par des mesures symboliques : la *Marseillaise* devient l'hymne national, la fête de la Fédération du 14 juillet devient la fête nationale et les communards sont amnistiés. De même les républicains essayent d'ancrer le régime dans la lignée de la Révolution de 1789 et de 1793, sans évoquer pourtant la Terreur. Ensuite, l'affirmation du régime républicain se fait par la laïcisation. « Le cléricalisme, voilà l'ennemi » disait Gambetta

⁹²³ Morabito (Marcel), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien - Lextenso, 12^e éd., 2012, p. 297.

⁹²⁴ Du 24 février sur le Sénat, du 25 février sur l'organisation des pouvoirs publics et du 16 juillet sur les rapports des pouvoirs publics.

⁹²⁵ Bluche (Frédéric), *Manuel d'histoire politique de la France contemporaine*, Paris, Presses Universitaires de France, 2^e éd., 2006, p. 211.

dès 1877⁹²⁶. Indéniablement, l'Église catholique s'était souvent compromise avec les adversaires de l'idée républicaine, les réactionnaires, les bonapartistes, les royalistes... Comme au Mexique, où l'Église s'était compromise de manière similaire avec les *conservadores* (conservateurs) et l'invasion française. Dans un mouvement qui rappelle la *Reforma* au Mexique, suite à la réforme de laïcisation adoptée par Benito Juárez, les républicains français ont laïcisé toute la vie publique, politique et judiciaire. Ainsi, le divorce, qui avait été restreint par Napoléon et aboli sous la Restauration, est rétabli par la loi Naquet du 27 juillet 1884. Quant à l'enseignement primaire, les lois de Jules Ferry du 16 juin 1881 et du 28 mars 1882 établissent la gratuité de l'enseignement primaire public et rendent l'instruction primaire obligatoire.

En matière économique, si les républicains se montrent plutôt libéraux, à l'instar des *científicos* au Mexique, la France connaît une dépression. L'euphorie économique connue sous le Second Empire prend fin en 1873 et la crise se prolonge jusqu'en 1896. Apparaît une déflation monétaire provoquée par les progrès rapides d'une seconde révolution industrielle. Néanmoins l'extension des chemins de fer entreprise par le ministre des travaux publics Freycinet, favorise les idées républicaines en intégrant les campagnes les plus reculées. Par ailleurs, souhaitant restaurer le prestige français, Jules Ferry décide de relancer la politique coloniale. Ce qui aboutit au protectorat de la Tunisie en 1881 sur l'Annam et le Tonkin (Vietnam) en 1885. L'économie avait besoin de matières premières pour l'industrialisation. Or, pour justifier idéologiquement l'aventure coloniale, les républicains invoquent la volonté de répandre les principes universels de 1789.

Toutefois, dès 1885, lorsque Jules Ferry est renversé, le climat politique se détériore. Un temps de crises commence. La III^e République fait face à un sentiment de corruption, lié aux scandales retentissants. Jules Grévy, notamment, est poussé à la démission par le trafic de décorations que son gendre, le député Wilson, effectuait. L'instabilité ministérielle génère un antiparlementarisme qui s'installe durablement dans le paysage politique. En outre, le mouvement boulangiste vers la fin des années 1880 fait trembler la République. Il reflète la crise de légitimité dont souffre le régime. Puis, peu après cette crise boulangiste, le scandale de Panama de 1892 intensifie l'antiparlementarisme. Les répercussions sont énormes. Outre l'antiparlementarisme, le scandale renforce la méfiance des épargnants, ainsi que l'antisémitisme, et provoque le renouvellement politique. À ceci s'ajoute le déchirement national occasionné par l'affaire Dreyfus.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 212.

Divisées entre dreyfusards et anti-dreyfusards, les passions se libèrent, déclenchées par l'essor de la presse⁹²⁷.

C'est dans ce contexte de crise qu'Adhémar Esmein, légiste républicain, débute sa carrière à la faculté de droit. Jean-Paul-Hippolyte-Emmanuel Esmein dit Adhémar Esmein (par référence à son ancêtre le plus ancien connu⁹²⁸) est né en 1848 à Touvérac en Charente et décédé en 1913 à Paris. Fils d'un notable, maire de Touvérac, juge de paix élu conseiller général en 1848, c'est-à-dire sous la Seconde République⁹²⁹, Adhémar Esmein est issu d'un milieu bourgeois. Il fait ses études de droit à Paris en suivant parallèlement des cours à l'École des Beaux-Arts où il suit les enseignements du conservateur Hyppolite Taine. Docteur et avocat en 1872, il est agrégé en 1875 et attaché à la Faculté de Douai où il enseigne le droit criminel et l'histoire du droit⁹³⁰ au moment de la consolidation républicaine. Présenté en deuxième position pour occuper la nouvelle chaire d'histoire du droit en 1891, le ministère tranche en sa faveur⁹³¹. En 1889, lorsque l'ensemble des institutions politiques de la France bascule dans le camp républicain, on crée la première chaire de droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris. C'est Adhémar Esmein qui l'occupera⁹³². En faisant le choix inverse des Empires napoléoniens et des monarchies, lesquels avaient condamné tout enseignement de droit constitutionnel, la République décide de renforcer sa légitimité sur le terrain scientifique. Dès lors l'enseignement du droit constitutionnel doit constituer un « catéchisme républicain » et affermir la République contestée⁹³³. Comme l'a montré Jacques Poumarède : « Pour pénétrer les jeunes juristes de l'excellence du droit et de l'État républicain, on fait appel à l'histoire prolongée par le droit constitutionnel »⁹³⁴. C'est donc, en pleine crise boulangiste, que le premier

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 213-227.

⁹²⁸ Colliard (Jean-Claude), « Portrait d'Adhémar Esmein », dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, dir. Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prélôt, Paris, Montchrestien, Extenso, 2009, p. 5.

⁹²⁹ Ce qui fait dire à M. Colliard qu'il hérite le « gène républicain ». Cf., *id.*

⁹³⁰ Halpérin (Jean-Louis), v° « ESMEIN Adhémar », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 311.

⁹³¹ Boudon (Julien), « Une doctrine juridique au service de la République ? La figure d'Adhémar Esmein », *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2/2012, p. 3.

⁹³² Sacriste (Guillaume), *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 12.

⁹³³ Boudon (Julien), « Une doctrine juridique au service de la République ?... », *op. cit.*, p. 2.

⁹³⁴ « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », dans *Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011, p. 8, [en ligne] URL : <https://doi.org/10.4000/books.pumi.29623> (généré le 24 juillet 2023).

cours de droit constitutionnel est « tout naturellement » confié à Esmein⁹³⁵. Or s'il est difficile de soutenir qu'Esmein a été « sélectionné » par le ministère de l'Instruction pour ses convictions républicaines, comme le remarque M. Sacriste, il est assez probable qu'un jeune professeur monarchiste ou réactionnaire n'aurait pas été choisi pour ce cours⁹³⁶. Néanmoins, Esmein était réputé pour son agnosticisme et son militantisme républicain, s'ajoutant à son capital scientifique⁹³⁷. Ce qui a vraisemblablement joué en sa faveur. Qui plus est, il semble qu'Esmein était conscient des enjeux de la mission qui lui a été confiée, celle de « *naturaliser* la République en France alors qu'elle demeurait contestée »⁹³⁸. C'est ce que paraissent dégager ses *Éléments de droit constitutionnel* (1896), ouvrage considéré comme le premier traité républicain de droit constitutionnel⁹³⁹. Comme on verra, son positionnement épistémologique est clair : la République est le meilleur régime parce qu'il représente l'aboutissement de l'histoire dans la mesure où il a été accepté par la majorité des français⁹⁴⁰. C'est la raison pour laquelle il a été décrit comme le « fondateur droit constitutionnel républicain »⁹⁴¹ mais aussi de l'histoire du droit en France⁹⁴², voire comme un « légiste » au service de la République, en faisant allusion aux juristes du Moyen Âge⁹⁴³. Outre ses activités pédagogiques, il occupe plusieurs positions stratégiques au sein des institutions de la III^e République. En tant que membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique, il soutient le sectionnement de l'agrégation de droit en 1896. Puis, remplaçant Bufnoir dans la fonction de

⁹³⁵ Sacriste (Guillaume), « Adhémar Esmein et son époque. Un légiste au service de la République », dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.*, p. 12.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁹³⁷ Sacriste (Guillaume), *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 221.

⁹³⁸ Sacriste (Guillaume), « Sur le républicanisme d'Adhémar Esmein », *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones políticas*, n° 6, 2013, p. 126.

⁹³⁹ Voir par exemple Halpérin (Jean-Louis), « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique du droit français et étranger*, vol. 75, n° 3, juillet - septembre, 1997, p. 419.

⁹⁴⁰ Voir en ce sens Sacriste (Guillaume), « Sur le républicanisme d'Adhémar Esmein », *op. cit.*, p. 123-140. Au contraire, M. Boudon estime qu'au delà de la forme républicaine ou monarchique, le meilleur régime pour Esmein est celui qui consacre la liberté. Ainsi, une monarchie constitutionnelle devient acceptable si elle respecte les libertés individuelles. Cf. « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 273 et s.

⁹⁴¹ Pinon (Stéphane) et Prélot (Pierre-Henri), « Présentation générale », dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.*, p. X.

⁹⁴² Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 177.

⁹⁴³ En revanche, ces conseillers des princes du XIII^e siècle, tout en les aidant à légitimer idéologiquement leur pouvoir, ont contribué paradoxalement à imposer des limites à celui-ci, comme le démontrent les travaux de Kantorowicz, en particulier « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, vol. 8, n° 32, Quatrième trimestre, 1995, *Le pouvoir des légistes*, p. 5-22.

conseiller du gouvernement, considéré plus timoré politiquement, il est à l'origine du décret du 1^{er} août 1905 réformant la licence de droit⁹⁴⁴.

Sous la III^e République, le lien entre la République et la Révolution française de 1789 n'était pas évident. Les acquis de la Révolution étaient susceptibles d'être revendiqués par différentes factions politiques, comme les libéraux, les bonapartistes ou les orléanistes⁹⁴⁵. Le régime républicain, tout comme le porfiriat, avait donc besoin d'outils « scientifiques » qui rendent normal, c'est-à-dire conforme aux valeurs dominantes, leur pouvoir. Par conséquent, ils avaient besoin de renforcer l'autorité du régime. Confrontés dès leur naissance à des menaces multiples (comme par exemple le retour des « conservateurs » au Mexique ou des « royalistes » en France), les deux régimes devaient trouver des bases assez solides pour résister aux tourmentes ultérieures. Sur le plan intellectuel, ils les ont trouvés dans la philosophie positiviste de leur époque.

B. L'instrumentalisation de la méthode positiviste-évolutionniste

En s'inspirant de la méthode positiviste d'Auguste Comte et évolutionniste d'Herbert Spencer, nos auteurs ont dégagé des « lois » à partir de l'observation sociale. Croyant étudier scientifiquement⁹⁴⁶ l'évolution de la société, pensée comme un organisme biologique, ils ont trouvé des lois « naturelles » justifiant l'ordre politique. À partir d'une méthode empirique ayant un fort recours à l'histoire et la comparaison⁹⁴⁷, qu'on pourrait qualifier d'« historico-comparatiste », nos auteurs déduisaient des conclusions. Or, ces conclusions qui ont été reprises par le pouvoir politique, ne distinguaient pas nettement l'explication de la justification, l'histoire du droit constitutionnel, ce qui est la condition nécessaire pour une science du droit constitutionnel. Pour Rabasa, l'histoire du Mexique au XIX^e siècle démontrait la nécessité du porfiriat. Esmein, pour sa part, estimait la République comme l'aboutissement de l'histoire. Faisant de ces institutions des

⁹⁴⁴ Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 177.

⁹⁴⁵ Comme le remarque M. Claude Nicolet : « Les républicains en effet ne sont pas les seuls à se savoir fils de la Révolution ». Les libéraux, les légitimistes originaux et les bonapartistes se recommandaient aussi de la Révolution. Cf. *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 2^e éd., 1992, p. 84 ; Maulin (Éric), « Le Gouverneur Morris d'Adhémar Esmein et l'Histoire politique de la Révolution française d'Alphonse Aulard », dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.*, p. 67.

⁹⁴⁶ Pour Esmein, « l'observation des faits est le granit sur lequel doit se fonder une science ». Cf. Barthélémy (Joseph), « Préface de la 6^e éd. », dans Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. X.

⁹⁴⁷ Pourtant, ces pionniers de conceptions scientifiques, tombant dans le piège de l'évolutionnisme, ne se sont pas intéressés à la sociologie naissante. Ils ont en effet ignoré les travaux de Durkheim et Tarde.

« réalités historiques éprouvées »⁹⁴⁸, ils adhèrent au système de pensée conservateur. Pour ces auteurs, le recours à l'histoire n'était pas seulement un argument idéologique, c'était aussi une contrainte méthodologique⁹⁴⁹.

1. Nécessité de la République pour Esmein

En ce qui concerne Esmein, tout d'abord, il distinguait deux méthodes afin d'étudier scientifiquement le droit : « L'une aussi vieille que le droit lui-même procède par l'analyse abstraite et par la déduction : c'est la méthode dogmatique. L'autre est une méthode d'observation : elle procède par l'histoire du droit et par le droit comparé ; elle est appelée à renouveler toutes les sciences juridiques »⁹⁵⁰. C'est dire que, même si la doctrine actuelle ne trouve pas un accord pour savoir si la méthode préférée par Esmein était dogmatique ou historique⁹⁵¹, et même si ce passage semble révéler sa préférence pour la méthode historique, pour nous l'important est son instrumentalisation de l'histoire à des fins idéologiques. Comment il présente, alliant scientisme et foi républicaine, l'histoire du droit français comme une marche vers le progrès, « comme un vaste mouvement pluriséculaire de rationalisation des sources, guidé et soutenu par la renaissance et le progrès continu de la notion d'État »⁹⁵². C'est en ce sens que, à contre-courant de la plupart des juristes, Esmein a le courage de ne pas réduire la Révolution de 1789 à une « parenthèse » de l'histoire du droit français⁹⁵³. Comme il écrit en 1900 dans son article « Le droit comparé et l'enseignement du droit » :

Dans aucun des pays qui ont des assemblées représentatives participant à l'exercice de la souveraineté, il n'est possible d'étudier le droit constitutionnel national sans tenir compte, dans une mesure plus ou moins large, de la Constitution anglaise et des principes qu'ont

⁹⁴⁸ Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 97.

⁹⁴⁹ Voir Troper (Michel), compte rendu de *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.*, dans *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 1, n° 33, 2011, p. 196.

⁹⁵⁰ Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁵¹ Comparer notamment Boudon (Julien), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 267 ; Halpérin (Jean-Louis), « Adhémar Esmein et les ambitions... », *op. cit.*, p. 422.

⁹⁵² Poumarède (Jacques), « Pavane pour une histoire... », *op. cit.*, p. 628.

⁹⁵³ Voir en ce sens Halpérin (Jean-Louis), « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio@Themis*, n° 5, 2012.

proclamés, vers la fin du XVIII^e siècle, la Révolution d'Amérique et le Révolution française⁹⁵⁴.

À rebours des juristes historiens au tournant du siècle, à l'instar d'un François Olivier-Martin⁹⁵⁵, mais aussi des juristes rénovateurs tels que Duguit, Hauriou, Saleilles, Gény qui au fond détestaient le chaos engendré par la Révolution ainsi que la philosophie des Lumières, Esmein assume la posture d'un *défenseur* de la Révolution, mais aussi de la philosophie des Lumières, sanctionnée par les révolutionnaires⁹⁵⁶. Il paraît ainsi constituer le prototype du conservateur ayant été absorbé par la *tradition républicaine*. Il semble de ce fait adhérer au paradigme légaliste issu de la Révolution de 1789. En outre, on voit ici que pour lui le droit anglais, même en étant une monarchie constitutionnelle, constitue un modèle indépassable pour l'étude scientifique du droit constitutionnel. Ce faisant, aux côtés de l'historien républicain Alphonse Aulard, qui avait commencé dès la fin des années 1880 une « captation républicaine » de l'héritage de la Révolution française⁹⁵⁷, Esmein participe dans cette construction intellectuelle. En effet, le professeur parisien aide le régime dans son œuvre de légitimation en faisant le lien entre les principes consacrés - voire révélés⁹⁵⁸ - par la Révolution et la République qui les consacre (même si la Déclaration de 1789 n'avait à l'époque qu'une valeur symbolique). En vrai républicain, Esmein donnait véritablement une place de premier plan à l'apport révolutionnaire⁹⁵⁹, c'est-à-dire le paradigme légaliste. Or, s'il souhaite poser sa pierre dans l'édifice républicain, c'est parce que celui-ci garantit l'ordre social, condition indispensable pour assurer les libertés individuelles.

⁹⁵⁴ Esmein (Adhémar), « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, n° XXV, p. 497.

⁹⁵⁵ Considéré comme la grande figure de l'histoire du droit de l'entre-deux-guerres, Olivier Martin affiche une certaine nostalgie pour les institutions de l'Ancien Régime, en mettant l'accent sur les forces sociales et l'équilibre entre le roi et la nation organisée. Il reprend ainsi le mythe maurrassien entre le roi et la nation. Olivier-Martin (François), *Précis d'histoire du droit français*, Paris, Dalloz, 1932 ; *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, (1948) Paris, Éditions du CNRS, 1984. Cf. Poumarède (Jacques), « Pavane pour une histoire... », *op. cit.*, p. 631.

⁹⁵⁶ Pour lui, les principes qui forment la « base de la conscience politique des peuples modernes » sont dus à la Révolution française, c'est-à-dire : la souveraineté nationale, la séparation des pouvoirs et la théorie des droits individuels. Cf. Barthélémy (Joseph), « Préface de la 6^e éd. », dans Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. IX.

⁹⁵⁷ Maulin (Éric), v° « CARRÉ DE MALBERG Raymond », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 213.

⁹⁵⁸ Boudon (Julien), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 267. Voir Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. 262 et s.

⁹⁵⁹ Halpérin (Jean-Louis), « Est-il temps de déconstruire... », *op. cit.*, p. 8.

D'un point de vue de l'histoire générale du droit, Adhémar Esmein s'est concentré sur la description de l'État français⁹⁶⁰. C'est-à-dire qu'il s'est intéressé à l'histoire longue, l'apanage des historiens conservateurs, qui pourrait être qualifiée de « *civilisationnelle* »⁹⁶¹. En revanche, on observe sur ce point le biais du *continuisme* mais aussi l'adoption de l'évolutionnisme spencérien. Bien que pour Esmein la Révolution a été une césure dans l'histoire (dans la mesure où les principes de la philosophie des Lumières sont devenus des principes communs ou universels⁹⁶²), sur le plan étatique il emprunte à Tocqueville, auteur conservateur et libéral, la thèse de continuité entre l'Ancien Régime et la Révolution. Selon ce dernier, la monarchie commence l'œuvre de centralisation étatique et les révolutionnaires la parachèvent⁹⁶³. L'État monarchique aurait de cette manière réussi et achevé l'unification nationale. Donc si Esmein ne refusait pas la rupture de 1789, il a pourtant contribué involontairement à l'idée de continuité de l'État français. On peut le voir dans son choix de périodisation dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit*⁹⁶⁴ qui correspond à la succession de trois dynasties : mérovingienne, carolingienne et capétienne. « Comme si le droit français était apparu et avait été transmis à travers une souveraineté, royale puis nationale, ininterrompue »⁹⁶⁵. Admirateur d'Henry Sumner Maine, il est vrai que notre auteur républicain partageait avec nombre de ses collègues et contemporains, comme Emilio Rabasa, des conceptions évolutionnistes⁹⁶⁶. De l'observation il serait possible de générer des lois considérées comme naturelles, inéluctables et explicatives des sociétés⁹⁶⁷. À titre d'exemple, pour s'acclimater en France, notre auteur estime que la République a dû emprunter une partie de ses règles à la monarchie, selon une loi de succession qui s'applique en matière de transition⁹⁶⁸. C'est la raison pour laquelle la Constitution de 1875 « paraît bien avoir en elle la logique de l'histoire » et « c'est

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁶¹ Cf. Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁶² Boudon (Julien), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 267.

⁹⁶³ Tocqueville (Alexis de), *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967. Voir aussi Leca (Antoine), *Lecture critique d'Alexis de Tocqueville*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

⁹⁶⁴ Esmein (Adhémar), *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, L. Larose & Forcel, 1892.

⁹⁶⁵ Halpérin (Jean-Louis), « Est-il temps de déconstruire... », *op. cit.*, p. 11-12.

⁹⁶⁶ Halpérin (Jean-Louis), « Adhémar Esmein et les ambitions... », *op. cit.*, p. 428.

⁹⁶⁷ Pour Comte, pour solutionner les crises sociales il est nécessaire de découvrir ses lois. Cf. Soberanes Fernández (José Luis), « El positivismo... », dans *Porfirio Díaz y el Derecho...*, *op. cit.*, p. 42 et s.

⁹⁶⁸ Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. 462.

peut-être pour cette raison qu'elle s'est montrée la plus résistante des Constitutions françaises depuis 1791 »⁹⁶⁹.

Pour revenir à sa conceptualisation de l'État, sa célèbre définition de l'État et de la souveraineté révèle à quel point Esmein avait un projet « scientifique » et conservateur de légitimation républicaine. Selon sa définition, qui a connu un grand retentissement :

L'État est la personnification juridique de la nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la *souveraineté*⁹⁷⁰.

Pour Esmein, qui adopte le langage typique des conservateurs (l'autorité notamment), l'État devient une fiction légitime associant souveraineté et nation. Il faut comprendre que le concept de « souveraineté nationale » est placé au centre de sa théorie de droit constitutionnel pour démontrer que la République est le meilleur régime, le seul qui puisse la garantir. En effet, en estimant que l'*opinion publique* correspond à la nation et que la souveraineté (de droit ou « légale ») doit la sanctionner, Esmein voulait affirmer l'inéluctabilité de la forme républicaine de l'État⁹⁷¹. Il expliquait que si le fait et le droit ne coïncident pas, alors s'ensuit une émeute ou une révolution⁹⁷². En d'autres termes, il faut que la « souveraineté de droit » soit en harmonie avec la « souveraineté de fait » issue de l'opinion publique. En revanche, en se demandant si « en proclamant dans la même constitution la souveraineté nationale et le gouvernement monarchique on n'y introduit pas, quoi qu'on fasse, des principes antinomiques »⁹⁷³, Esmein arrive à la conclusion que la conciliation de la souveraineté et la monarchie entraîne un « vice ». Puisque la souveraineté implique la responsabilité des gouvernants, tout au moins « celle qui résulte de la durée limitée de leurs pouvoirs », cela supposerait d'exclure la monarchie élective. Il y aurait par voie de conséquence une « incompatibilité logique de la souveraineté nationale et de l'aristocratie »⁹⁷⁴. La république

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 463-464.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, p. 1.

⁹⁷¹ Sacriste (Guillaume), *La République...*, *op. cit.*, p. 269 et s.

⁹⁷² Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. 288.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 206.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 296-297.

(conservatrice) partant, serait le meilleur régime car il permettrait d'assurer l'ordre social, éviter les révolutions et assurer les libertés individuelles.

Spécialement, d'un point de vue méthodologique, le professeur parisien mobilise l'histoire et la sociologie afin de justifier sa théorie constitutionnelle. Les définitions des artisans historiques de la justification du pouvoir d'État, tels que Jean Bodin ou Charles Loyseau, sont ainsi reprises par Esmein dans ses *Éléments* afin de bâtir sa théorie républicaine de l'État et de la souveraineté. Selon Loyseau, qui était un des légistes de la monarchie absolue les plus influencés par Bodin⁹⁷⁵ : « la souveraineté est la forme qui donne l'estre à l'Etat, même l'Etat et la souveraineté prise *in concreto* sont synonymes ». Alors que pour Esmein l'État se confond avec la souveraineté. Il continue : « Mais cette abstraction puissante et féconde est un produit lentement dégagé de la civilisation : souvent et longtemps les hommes ont confondu la souveraineté avec le chef ou l'assemblée qui l'exerçait »⁹⁷⁶. Par conséquent, il fait de l'histoire de l'État une *téléologie* : une longue marche vers l'aboutissement étatique incarné par la République. De même, la nécessité se révèle très importante dans la pensée de Rabasa.

2. Nécessité du porfiriato pour Rabasa

De 8 ans le cadet d'Esmein, Emilio Rabasa, comme la plupart des intellectuels de son époque, croyait dans le positivisme et dans l'évolutionnisme. Il pensait comme Esmein qu'à partir de l'observation de l'évolution sociale il était possible de déduire des lois inéluctables de développement et que cette méthode positive, cette quête de résultats objectivement prouvables, était la condition pour apporter du progrès dans la science juridique. « Rabasa savait de droit et d'histoire »⁹⁷⁷, ce qui était rare au Mexique. Comme Esmein, toutefois, il semble avoir instrumentalisé l'histoire pour construire une théorie juridique justifiant l'ordre politique, ce qui relève du conservatisme. C'est la volonté de conserver l'ancien paradigme légaliste. Or il convient de préciser dans un souci d'intelligibilité, que la philosophie positiviste, plus qu'en France, a imprégné de manière radicale l'élite porfirienne. Ensuite, à la différence d'Esmein, Rabasa détestait

⁹⁷⁵ Sacriste (Guillaume), « Adhémar Esmein et son époque... », dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁷⁶ Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁷⁷ Cosío Villegas (Daniel), *La Constitución de 1857 y sus críticos (selección)*, Mexico, Biblioteca del pensamiento legislativo y político mexicano, 1^o éd., 2014, p. 58.

la philosophie des Lumières et les idées de la Révolution française, conformément aux idées positivistes de son milieu. Il était plus conservateur qu'Esmein, certes, pourtant, on verra que s'il justifiait le porfiriat c'était aussi parce que le régime avait parvenu à consolider l'ordre social, ce que la plupart des régimes mexicains du XIX^e siècle avaient manqué.

Emilio Rabasa écrit *La Constitución y la dictadura* à la veille de la Révolution de 1910. Même si l'ouvrage est publié en 1912, lorsque le porfiriat a déjà pris fin sous la Révolution *madériste*⁹⁷⁸, il n'empêche que le professeur et gouverneur du Chiapas l'a rédigé dans les années 1900⁹⁷⁹. On peut dire que cet ouvrage lui assure sa place dans le « Panthéon des juristes »⁹⁸⁰ mexicains. Bien que l'auteur soit considéré comme apologétique du porfiriat et qu'il soit condamné de « réactionnaire » par les révolutionnaires, *La Constitución y la dictadura* reste l'ouvrage le plus important du plus célèbre constitutionnaliste de son époque. Pour ce « membre de l'*establishment* porfirien »⁹⁸¹, si *Don Porfirio* est devenu un dictateur c'est par *nécessité*⁹⁸². Parce que les faiblesses de la Constitution de 1857 étaient trop importantes, le général Díaz a dû prendre des mesures en dehors du cadre constitutionnel. En effet, Rabasa a justifié et légitimé la dictature en soutenant dans le passage probablement le plus connu de son ouvrage que :

La Constitution de 57 n'a jamais été respectée dans l'organisation des pouvoirs publics, car si elle l'était, elle rendrait impossible la *stabilité* du gouvernement, et le gouvernement, bon ou mauvais, est une condition première et nécessaire à la vie d'un peuple. L'existence du gouvernement et le respect de la Constitution étant incompatibles, la loi supérieure l'emporte et la Constitution est subordonnée à la nécessité suprême de l'existence⁹⁸³.

⁹⁷⁸ Voir *infra* Chapitre 2. Les difficultés du paradigme social

⁹⁷⁹ En 1917, dans une lettre écrite à l'ancien ministre porfirien de l'économie Limantour de 1917, Rabasa raconte une conversation qu'il a eue avec Díaz en 1909 au sujet du livre qu'il préparait depuis quelques années. Il lui a dit : « J'allais montrer que sa dictature était une émanation de la Constitution et du peuple et que nous étions dans le cas forcé d'amender la Constitution pour faire un gouvernement stable ». Cf. Aguilar Rivera (José Antonio), « Emilio Rabasa y la Constitución de 1917 », dans *Lecturas de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁸⁰ Colliard (Jean-Claude), « Portrait d'Adhémar Esmein », dans *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁸¹ Hale (Charles), « Emilio Rabasa: liberalismo... », *op. cit.*, p. 403.

⁹⁸² Il dit à Díaz lui-même, dans la même lettre à Limantour citée *supra*, que son livre serait une justification pérenne de son régime. Cf. *ibid.*, p. 412.

⁹⁸³ Rabasa (Emilio), *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, Mexico, Cámara de diputados, Comité de Asuntos Editoriales, 1999, p. 50. Nos italiques.

Ce qui revient à dire que, affaibli constitutionnellement, l'Exécutif a eu besoin de recourir à des ressources inconstitutionnelles afin d'affirmer son pouvoir. En insistant sur la *stabilité*, en bon conservateur, et en faisant des récurrentes allusions à la III^e République pour critiquer le « régime d'assemblée »⁹⁸⁴, Rabasa cherchait à démontrer le besoin pour le gouvernement mexicain de ne pas respecter la Constitution. Il citait Walter Bagehot selon lequel « le Congrès est un despote qui dispose d'un temps illimité, qui a une vanité illimitée, qui a ou croit avoir une capacité illimitée, dont le plaisir est dans l'action et dont la vie est le travail »⁹⁸⁵ pour condamner l'exemple français :

La Constitution française de 1875 a été votée par un Congrès de tendances monarchistes dans la perspective d'une restauration, et visait à réserver au Président de la République les prérogatives qu'il ne devait pas refuser au monarque, elle était fondée sur la division des pouvoirs et sur les limites de l'équilibre ; et pourtant, en respectant ses textes, elle a permis le passage au régime parlementaire le plus complet, avec une quasi-annulation de l'Exécutif sous la souveraineté illimitée de l'Assemblée populaire⁹⁸⁶.

Pour Rabasa, c'est cette « *anarquía congresional* », c'est-à-dire cette « anarchie du congrès »⁹⁸⁷, que *Don Porfirio* a évité au Mexique. L'*ordre* était ainsi la valeur suprême pour ce juriste conservateur. Il est vrai que la Constitution libérale de 1857 avait concédé d'énormes prérogatives au Législatif au détriment de l'Exécutif. Plus d'un quart de la Constitution concernait l'Assemblée législative. Celle-ci avait en particulier une prédominance certaine sur le président car elle était maîtresse de son ordre du jour, décidait de sa propre initiative de ses sessions extraordinaires, jusqu'au point de pouvoir être réunie en permanence (art. 74, II). Elle pouvait passer outre le veto présidentiel (art. 70, VI) et même condamner le président à la majorité absolue des voix (art. 103). Elle disposait surtout de compétences extrêmement vastes qui allaient de son rôle législatif et budgétaire classique à l'approbation des emprunts publics, à l'octroi des décorations, à la confirmation des grades militaires et des postes diplomatiques, etc.⁹⁸⁸ Rabasa

⁹⁸⁴ Sur cette notion voir Le Pillouer (Arnaud), « La notion de "régime d'assemblée" et les origines de la classification des régimes politiques, Presses Universitaires de droit, *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2 n° 58, p. 305-333.

⁹⁸⁵ Il reprend ainsi la célèbre thèse attribuée à Bagehot selon laquelle que le régime parlementaire est un système de confusion des pouvoirs. Voir Bagehot (Walter), *La Constitution anglaise*, trad. Gaulhiac, Paris, Germer Barillière, 1869.

⁹⁸⁶ Rabasa (Emilio), *La Constitución y la dictadura*, *op. cit.*, p. 109.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁹⁸⁸ Guerra (François-Xavier), *Le Mexique...*, *op. cit.*, p. 57.

n'avait pas tort en soutenant que le défaut majeur de la Constitution était le déséquilibre des pouvoirs, dans la mesure où elle avait concédé au Législatif un éventail très grand de pouvoirs. Or, il convient de faire plusieurs remarques.

D'abord, la puissance du Législatif s'explique par l'histoire politique du pays. Après les péripéties du *santanisme*, qui correspondent aux multiples dictatures d'Antonio López de Santa Anna (1794-1876), les constituants de 1857 décident d'encadrer fortement le pouvoir Exécutif afin d'éviter une nouvelle dictature. Surtout, la faction politique qui s'est imposée lors des débats, *los liberales puros* (le « libéraux purs »), étaient conscients que la Constitution de 1857 n'apporterait pas la transformation politique du pays, la « révolution sociale » qu'ils appelaient de leurs vœux. Ils ont alors fait confiance à un pouvoir Législatif qui, doté de pouvoirs très étendus, devait fonctionner comme une convention révolutionnaire à la française⁹⁸⁹. Ensuite, alors que pour Rabasa la Constitution de 1857 n'a jamais été vraiment appliquée, le célèbre historien mexicain Cosío Villegas a démontré le contraire. Le texte de 57 a véritablement fonctionné pendant presque 10 ans, c'est-à-dire de 1867 jusqu'à 1876, voire jusqu'en 1880. S'il n'a pas pu fonctionner avant, c'est parce que la guerre de Trois ans (*la Reforma*), l'invasion française et le Second Empire mexicain l'ont empêché. Et s'il n'a pas pu fonctionner après 1876 ou 1880, c'est parce que, lorsque Porfirio Díaz s'est senti en sécurité au pouvoir, il l'a mis de côté jusqu'à ce qu'il devienne un mot vain et vide de sens⁹⁹⁰. Seulement Rabasa ne se réfère jamais à ce fait historique décisif, aveuglé par ses convictions antidémocratiques⁹⁹¹ et conservatrices. D'ailleurs, cette période correspond, d'après Cosío Villegas, à une période de liberté et de démocratie, unique dans l'histoire du pays⁹⁹². D'autre part, pour Rabasa la III^e République est devenue une « anarchie du Congrès » dans le respect de la « Constitution » de 1875. Néanmoins, il est bien connu actuellement en France que l'Exécutif s'est affaibli depuis la célèbre « constitution Grévy », lorsque le président Jules Grévy décide qu'il

⁹⁸⁹ Cosío Villegas (Daniel), *La Constitución de 1857...*, *op. cit.*, p. 79-80.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p 87-89.

⁹⁹¹ On décèle cet antidémocratisme par exemple lorsqu'il explique que la grande majorité de la population au Mexique au XIX^e siècle était « incapable d'avoir des idées politiques » et par conséquent incapable de décider par elle-même. Cf. Rabasa (Emilio), *El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, Mexico, Editorial Porrúa, 1955, p. 173. Voir aussi Rabasa (Emilio), *L'évolution historique...*, *op. cit.*, p. 66-67.

⁹⁹² Cosío Villegas (Daniel), *La Constitución de 1857...*, *op. cit.*, p. 89.

« n'entrerais jamais en lutte contre la volonté nationale »⁹⁹³. Ce qui signifie que l'effacement présidentiel s'explique plutôt par la non-application volontaire des pouvoirs présidentiels et non pas par l'interprétation « respectueuse » des textes, comme notre auteur l'affirme.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que pour acquitter la dictature de Porfirio Díaz, en vertu de la méthode expérimentale positiviste, Rabasa recourt sans cesse à l'histoire et à la sociologie. Il affirme en ce sens que « le gouvernement de fait dans notre pays n'est pas une infraction aux lois sociologiques, c'est leur réalisation inévitable »⁹⁹⁴. Pourtant, il sélectionne soigneusement ses exemples. À titre d'exemple, il n'hésite pas à comparer les « grandes dictatures » de Benito Juárez (qui a vaincu l'armée française) et de Porfirio Díaz pour mettre en valeur la deuxième :

{La dictature} de Juárez, appelée à opérer une transformation sociale et politique et à rompre avec la tradition séculaire pour fonder le gouvernement sur une nouvelle conscience {...}. Celle de Juárez, qui n'avait aucune limite de pouvoir ou de retenue dans l'audace héroïque, qui a accompli ses exploits grâce à la coopération de la nation, qui l'a applaudi dans sa vie et qui, dans sa mort, a exalté sa mémoire. Celle du général Díaz, qui s'est chargé de développer toutes les forces du pays et de protéger leur action pour créer un travail oublié et une richesse inconnue ; d'établir la vie de la nation sur les principes économiques qui soutiennent les peuples civilisés de la terre, en l'arrachant à la simple lutte politique qui constitue les États anarchiques ; de fonder à l'intérieur, par l'intérêt et le sentiment, l'unité de tous les peuples dans la communion de la République⁹⁹⁵.

Cependant, alors que Juárez a demandé à l'Assemblée des pouvoirs extraordinaires pour combattre l'invasion française et l'Empire soutenu par Napoléon III, Díaz n'a pas été confronté à une situation si extrême. « Il a simplement estimé qu'il était plus confortable et plus rapide de gouverner sans la Constitution, et il n'a demandé à personne la permission de gouverner sans elle »⁹⁹⁶. Ce qui tend à dévoiler le conservatisme rabasien, sa volonté de justifier la dictature

⁹⁹³ « Soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerais jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels ». Par cette déclaration du 6 février 1879, la III^e République « prend le contre-pied de la lecture orléaniste de la constitution ». Cf. Morabito (Marcel), *Histoire constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 323.

⁹⁹⁴ Rabasa (Emilio), *La Constitución y la dictadura*, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁹⁶ Cosío Villegas (Daniel), *La Constitución de 1857...*, *op. cit.*, p. 97.

capable d'assurer avant tout l'ordre social. En revanche, si en 1920 le juriste porfirien nuançait son propos⁹⁹⁷, en 1912 il écrivait : « Les deux grandes dictatures qui ont rempli l'ère constitutionnelle ont eu l'assentiment et le soutien de la Nation, qui a senti leur utilité »⁹⁹⁸. Il révèle par cette phrase sa conception évolutionniste de l'histoire. Dans *L'évolution historique du Mexique*, ouvrage dans lequel l'auteur ne tarit pas d'éloges le Président Díaz⁹⁹⁹, il soutient qu'il y a eu deux phases évolutives au Mexique¹⁰⁰⁰ : la violente (correspondant à l'époque métaphysique) depuis l'Indépendance jusqu'au *santanisme* et la pacifique (ou positive) de Juárez à Díaz¹⁰⁰¹. Force est de constater que le positivisme-évolutionniste de Rabasa s'insérait parfaitement dans les croyances de l'élite porfirienne. Comme l'écrit l'intellectuel Octavio Paz, prix Nobel de littérature (1990) :

L'ère de la paix avait besoin d'une *philosophie de l'ordre*. Les intellectuels de l'époque l'ont trouvée dans le positivisme de Comte, avec sa loi des états, et plus tard, dans celui de Spencer et dans l'évolutionnisme de Darwin. Le principe primitif, abstrait et révolutionnaire de l'égalité de tous les hommes a cessé de gouverner les consciences, remplacé par la théorie de la lutte pour la vie et de la survie des plus aptes. *Le positivisme offre une nouvelle justification aux hiérarchies sociales*. Mais ce n'est plus le sang, l'hérédité ou Dieu qui expliquent les inégalités, c'est la science¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ Il écrit effectivement : « C'est pendant cette période présidentielle de 1884 à 1888 que se constitua le gouvernement absolument personnel du général Díaz. Ceux de Juárez et de Lerdo avaient été personnels aussi, puisqu'ils avaient été des dictatures, en vertu des pouvoirs extraordinaires dont ils furent toujours investis ; mais outre qu'ils étaient couverts par la loi, qui transitoirement octroyait les pouvoirs, ils gouvernèrent en des temps plus ou moins troubles et trouvaient une excuse dans l'état où se trouvait la nation ; au contraire, le gouvernement personnel de Díaz s'étalait au milieu de la tranquillité du pays, et il ne pouvait aux yeux du public trouver d'excuse dans la crainte des troubles qu'il s'agissait de prévenir ». Cf. Rabasa (Emilio), *L'évolution historique...*, *op. cit.*, p. 128.

⁹⁹⁸ Rabasa (Emilio), *La Constitución y la dictadura*, *op. cit.*, p. 180.

⁹⁹⁹ Comme par exemple : « Voici les traits saillants qui caractérisent la dictature du général Díaz : ses énergies personnelles employées d'une façon constante et exclusive au service du pays ; une bienveillance supérieure qui épargnait les moyens violents ; la moralité administrative portée aussi loin que possible dans tous les organes gouvernementaux ; l'intégrité du chef ainsi que la simplicité et la dignité de la vie privée de l'homme ; mais surtout le respect aux formes légales, dont il ne se départit jamais, et qui servit à maintenir vivant dans le peuple le sentiment que, si les lois n'étaient pas observées, elles étaient du moins respectables ». *Ibid.*, p. 183.

¹⁰⁰⁰ Rabasa utilise le terme « *etapa* » que nous pouvons aussi traduire par « état ». Il renvoie de ce fait à la célèbre théorie des trois états de Comte.

¹⁰⁰¹ Cf. Valadés ((Diego), « La visión histórica de un jurista », dans *Constitución y política*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2^e éd., p. 223 ; Guerra (François-Xavier), *Le Mexique...*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁰² *El laberinto de la soledad, Postdata y Vuelta a El laberinto de la soledad*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 6^e éd., 2019, p. 152. C'est nous qui soulignons.

Comme les républicains en France, l'élite porfirienne s'est laissée séduire par « la plus grande philosophie du siècle »¹⁰⁰³, à savoir le positivisme d'Auguste Comte, mais aussi l'évolutionnisme de Spencer. C'est ainsi que *los científicos* se sont positionnés contre les principes abstraits de la « métaphysique révolutionnaire » issue de la pensée des Lumières, en particulier le principe « jacobin » d'égalité et la souveraineté du peuple de Rousseau. De ce fait, ils ont rejeté les constitutions libérales de 1824 et celle de 1857, qui consacraient ces principes. Ils pensaient ainsi régénérer la société mexicaine pour qu'elle puisse intégrer la modernité occidentale. Ce faisant, ils ont apporté l'idéologie nécessaire au porfiriat pour se légitimer, en croyant dans *l'ordre et le progrès*. Or, il convient de préciser que cette philosophie positiviste a irrigué plus radicalement le Mexique que la France. Il paraît effectivement que le positivisme y a eu plus d'ampleur parce que le milieu étudiant était très restreint par rapport à la France (environ 5500 étudiants en 1878), ce qui a facilité l'unanimité idéologique¹⁰⁰⁴.

Le professeur chiapanèque conclut *La Constitución y la dictadura* en affirmant qu'après la phase positive « la phase constitutionnelle doit suivre »¹⁰⁰⁵. Comme on verra effectivement, notre auteur, à l'instar d'Esmein, n'était pas totalement un « apôtre zélé »¹⁰⁰⁶ du régime.

§2. Une défense limitée axiologiquement

Esmein et Rabasa n'étaient pas totalement des fervents défenseurs de l'ordre politique. Leur pensée est plus complexe qu'une première lecture pourrait le laisser penser. Prenant position par rapport à une partie de la doctrine, française ou mexicaine, trop fragmentée en ce qui concerne la pensée de ces auteurs, il est possible d'affirmer qu'Esmein était un « *républicain-libéral* » - mais aussi conservateur - et Rabasa un « *libéral-conservateur* ». En revanche, ce n'est pas évidemment ce que leurs successeurs immédiats ont retenu. S'ils ont classé le premier comme un auteur « classique », ils ont été beaucoup plus intransigeants avec le second en le qualifiant de « réactionnaire », malgré son rayonnement retentissant dans le nouvel ordre révolutionnaire.

¹⁰⁰³ Nicolet (Claude), *L'idée républicaine en France...*, *op. cit.*, p. 187-188.

¹⁰⁰⁴ Guerra (François-Xavier), *Le Mexique...*, *op. cit.*, n° 27.

¹⁰⁰⁵ Rabasa (Emilio), *La Constitución y la dictadura*, *op. cit.*, p. 181.

¹⁰⁰⁶ Boudon (Julien), « Une doctrine juridique au service de la République ?... », *op. cit.*, p. 2.

Malgré l'apparence de contradiction, on peut d'ores et déjà dire qu'Esmein était un « républicain-libéral » et Rabasa un « conservateur-libéral ». C'étaient des *juristes-hommes politiques* relativement pragmatiques (A) et, pour cette raison, condamnés peut-être injustement (B). Ce re-positionnement intellectuel nous permettra d'éclairer leur rôle de « légistes » mais aussi de mieux comprendre leur pensée face aux Révolutions française et mexicaine.

A. Des auteurs pragmatiques ?

Il est possible que Rabasa et Esmein aient été des juristes pragmatiques. En revanche, ils ont fait le choix de soutenir (ou de sauver) la III^e République et de justifier le porfiriato, la dictature libérale. Si on peut trouver quelques explications grâce à une contextualisation, leurs écrits relèvent leur adhésion à des courants très forts de leur époque : le républicanisme-libéralisme et le conservatisme-libéralisme. Il faut, dès lors, se pencher sur la pensée d'Adhémar Esmein, républicain-libéral (1) et d'Emilio Rabasa, conservateur-libéral (2).

1. Adhémar Esmein, républicain-libéral

Alors que pour M. Sacriste, Esmein est un « légiste » républicain, des travaux plus récents ont tenté de démontrer qu'il était avant tout un libéral¹⁰⁰⁷. Partant de son idéalisation de la monarchie anglaise, ces derniers donnent l'impression qu'Esmein était un juriste « pragmatique »¹⁰⁰⁸, quasiment indifférent de la forme du régime tant que celui-ci consacre la liberté individuelle. Cependant, afin de prouver qu'il était républicain-libéral et conservateur, il convient, dans un premier temps, de revenir sur les définitions. Selon M. Jardin :

Le programme commun des libéraux tourne autour de deux préoccupations. Tout d'abord, respect de l'individu et garantie des droits de l'homme, droits antérieurs à toute organisation

¹⁰⁰⁷ Voir Boudon (Julien), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine...*, *op. cit.*, du même « Une doctrine juridique au service de la République ?... », *op. cit.* ; Chopplet (Antoine), *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Thèse Droit, Reims, 2012 ; Prélôt (Pierre-Henri), « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.* Sur le libéralisme voir Laski (Harold), *Le libéralisme du Moyen Âge à nos jours. Essai d'interprétation*, trad. Simone Martin Chauffier et Solange Fournier, Paris, Emile-Paul, 1950, selon lequel le libéralisme correspond à la transposition idéologique du capitalisme ; Manent (Pierre), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, *op. cit.*

¹⁰⁰⁸ Voir en ce sens Sacriste (Guillaume), « Sur le républicanisme d'Adhémar Esmein », *op. cit.*, p. 125.

sociale et que celle-ci doit respecter : liberté de conscience, de parole, d'écriture, de propriété, grandes libertés qui doivent s'appliquer aux hommes¹⁰⁰⁹.

D'autre part, reprenant le concept romain de *res publica* (la « chose publique » ou l'affaire de tous, retranscrit comme *Commonwealth* en anglais) pour théoriser la souveraineté, Jean Bodin assimile l'État à la république¹⁰¹⁰. À ce titre, la monarchie peut être considérée comme une des formes des républiques possibles. Pourtant, le changement capital se produit lorsque au cours de l'année 1791 apparaît un courant cristallisé par le « parti républicain » et illustré principalement par Condorcet. Aujourd'hui le mot contient une « véritable sédimentation de significations historiques diverses », il n'y aurait pas eu effectivement seulement cinq républiques :

Nous avons eu des Républiques girondine, montagnarde, thermidorienne, directoriale, césarienne, impériale. Une République des ducs, mais aussi (pour égrener les titres de livres célèbres) une République des camarades, des comités, des professeurs, des députés; nous avons la République au village, la République rurale, celle de la Commune de Paris; des Républiques conservatrices, opportunistes, libérales, radicales, démocratiques; une République bourgeoise, mais aussi d'autres, sociales ou socialistes¹⁰¹¹.

Néanmoins, selon M. Nicolet il y a eu une « idée » républicaine en France qui révèle une idéologie ou une opinion et justifie que l'on puisse parler d'une « philosophie républicaine », d'une « morale républicaine » ou d'un « esprit républicain »¹⁰¹². Il faudrait, en réalité, parler *des* doctrines républicaines qui se rejoignent autour de plusieurs fondements : les fondements du lien *social* (le contrat, la Déclaration des droits, le Code civil) et les fondements du lien *politique* (la souveraineté, la représentation, la laïcité). Ces principes posés par la Révolution de 1789, auxquels Esmein adhère, constituent le socle idéologique du régime républicain. En revanche, comme le remarquait déjà Joseph Barthélémy dans la préface des *Éléments* : « M. Esmein professait une foi profonde,

¹⁰⁰⁹ *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Paris, Hachette, 1985, p. III. Nous pouvons aussi rappeler la thèse de Pierre Manent d'après laquelle le libéralisme repose sur la philosophie des Lumières, la représentation, la séparation des pouvoirs et garantit la sécurité, l'égalité et la propriété. Cf. Manent (Pierre), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, *op. cit.*, p. 139 ; voir également la définition de Holmes (Stephen), *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 3-4.

¹⁰¹⁰ « République est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine ». Cf. Bodin (Jean), *Les six livres de la République*, (1576), Paris, Fayard, 1986, t. I.

¹⁰¹¹ Nicolet (Claude), *L'idée républicaine en France...*, *op. cit.*, p. 28 et 10.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 11.

j'ose dire enthousiaste, dans la liberté démocratique et dans les principes de la Révolution »¹⁰¹³. On commence ainsi à déceler le républicanisme et le libéralisme affichés dans sa pensée. Le système représentatif, dans la même veine, à la base du régime républicain, était pour le professeur « l'idéal de la liberté politique »¹⁰¹⁴. En établissant solidement la légitimité du nouveau régime politique, il plaçait la liberté parmi les fondements de l'ordre politique et social. Selon Louis Favoreu :

Il fait de la III^e République l'heureux aboutissement d'une longue évolution, qu'il décrit avec érudition et foi dans le progrès : *le nouveau régime assure la liberté*, en combinant l'apport de l'Angleterre – le régime parlementaire – et celui de la Révolution française, imprégnée des conceptions philosophiques du Siècle des Lumières, dont celles de Montesquieu¹⁰¹⁵.

C'est pourquoi Esmein était intellectuellement proche des « Idéologues »¹⁰¹⁶ de la République. Considérés comme les véritables héritiers des philosophes des Lumières, ces savants disciples de Condorcet tels que Volney¹⁰¹⁷, Destutt de Tracy¹⁰¹⁸, Daunou¹⁰¹⁹, Cabanis¹⁰²⁰ ou J.-B. Say¹⁰²¹ estimaient que l'encyclopédisme était à la base de leur Idéologie. C'est-à-dire qu'ils avaient des curiosités à prétention universelles. À ce titre ils pensaient que si la République voulait durer, elle devait être éducatrice et scientifique. Le droit et la politique sont devenus pour eux objets de science et d'enseignement¹⁰²². Surtout, ces « Encyclopédistes » concevaient la liberté comme *attribut* de la volonté individuelle et désacralisaient et laïcisaient les droits naturels (liberté, égalité, sûreté, propriété). De même la notion de *progrès*, exprimée par Condorcet et reprise par Esmein, est

¹⁰¹³ Préface des *Éléments...*, *op. cit.*, p. XIV

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. XIII.

¹⁰¹⁵ Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick), Ghévantian (Richard), Mestre (Jean-Louis), Pfersmann (Otto) et Roux (André), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 25^e éd., 2023, n°22, p. 24. C'est nous qui soulignons.

¹⁰¹⁶ Le mot a été donné par dérision par Bonaparte durant le Directoire. Cf. Gusdorf (Georges), *La conscience révolutionnaire : les Idéologues*, Paris, Payot, 1978, p. 322.

¹⁰¹⁷ Il écrit notamment *La Loi naturelle. Leçons d'histoire*, (1793-1795) Paris, Garnier, 1980.

¹⁰¹⁸ Auteur des *Éléments d'Idéologie* (1815) et du *Commentaire sur l'Esprit des Lois* (1816).

¹⁰¹⁹ Il publie principalement le *Cours d'études historiques*, professé au Collège de France entre 1819 et 1830.

¹⁰²⁰ Auteur des *Rapports sur le physique et le moral de l'homme* (1796-1802).

¹⁰²¹ Son ouvrage le plus célèbre est le *Traité d'économie politique* (1803).

¹⁰²² Pour Volney, la Loi naturelle est « une science aussi précise et aussi exacte que la géométrie et les mathématiques ». Cf. *La Loi naturelle. Leçons d'histoire*, *op. cit.*, p. 45.

pensée comme le moteur de l'histoire. La pensée de ces matérialistes, sceptiques et agnostiques a marqué intensément les différentes tendances républicaines, au point de devenir « la base de la philosophie officielle de la III^e République »¹⁰²³. Elle montre en particulier que la République est elle-même libérale¹⁰²⁴.

Donc, si Esmein est républicain, c'est parce qu'il professe parallèlement le libéralisme. Dans la lignée des libéraux-conservateurs tels que Constant ou Tocqueville¹⁰²⁵, il ne veut certainement pas la République à tout prix, il s'accommoderait de la monarchie pourvu qu'elle fût libérale, la preuve en est son idéalisation du modèle anglais. En effet, « que l'Angleterre soit une monarchie n'affecte pas ses vertus ; l'essentiel est que la liberté règne »¹⁰²⁶. Malgré cela, le principe pour lui est la République, le meilleur régime qui peut assurer la liberté, tout en garantissant l'*ordre*, et la monarchie (anglaise) l'exception. Comme ces Idéologues qui ont été fondamentaux pour la construction idéologique de la III^e République, il est libéral et républicain¹⁰²⁷. Or il est également conservateur. Si l'idéologie conservatrice accorde une importance primordiale à la liberté (ainsi qu'à l'ordre et l'autorité), pour les conservateurs la liberté est une suite d'affranchissements (*freedoms*) obtenus au cours de l'histoire aux dépens du pouvoir¹⁰²⁸. Ainsi, les droits et libertés consacrés par la Révolution française auraient été obtenus aux dépens du pouvoir monarchique. Ils constitueraient alors la « nouvelle » tradition républicaine capable d'assurer l'ordre social. Néanmoins, Esmein est sans doute beaucoup moins conservateur et beaucoup plus libéral qu'une

¹⁰²³ Nicolet (Claude), *L'idée républicaine en France...*, op. cit., p. 57-59 et 340. Voir Gaulmier (Jean), *L'Idéologue Volney (1751-1820). Contribution à l'histoire de l'Orientalisme en France*, Beyrouth, 1951.

¹⁰²⁴ M. Jean-Fabien Spitz a démontré que le républicanisme consacre la liberté au cœur de son modèle, même s'il est possible de distinguer la tradition libérale de la républicaine. Cf. *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005. Sur la question de savoir si les Idéologues peuvent être qualifiés de libéraux, voir Takeda (Chinatsu), « Deux origines du courant libéral en France », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2003/2, n° 18, p. 233 à 257.

¹⁰²⁵ Pour Constant, comme pour Mme de Staël, le régime républicain du Directoire avait des chances à durer ; Tocqueville pour sa part accepta de faire partie de la République de 1848 en tant que député. Cf. Nicolet (Claude), *L'idée républicaine en France...*, op. cit., p. 84.

¹⁰²⁶ Boudon (Julien), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine...*, op. cit., p. 273.

¹⁰²⁷ On peut, *in fine*, rappeler ses références théoriques : Tocqueville, le duc de Broglie, Prévost-Paradol ou Laboulaye. Et un peu à la manière de ce dernier, pour Esmein le problème n'est pas tant d'affaiblir l'État que de fortifier l'individu, en lui accordant autant de libertés qu'il est possible. Il soutient ainsi la loi d'accidents du travail (1898) et le droit d'association (1908). Voir J.-J. Clère, v° « LABOULAYE Édouard-René Lefebvre de », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 445 ; Deroussin (David), v° « Adhémar Esmein », dans *Juristas universales*, op. cit., p. 349.

¹⁰²⁸ Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, op. cit., p. 42.

grande partie des juristes. Si pour Esmein la liberté républicaine prime, pour Rabasa elle doit être sacrifiée pour l'*orden y el progreso*.

2. Emilio Rabasa, conservateur-libéral

Le peuple {mexicain} avait obéi à une loi psychologique, et en cela il ne différait d'aucun autre peuple. Comme dit Bryce, « ce n'est pas qu'il eut cessé d'aimer la liberté ; mais, comprenant qu'il ne pouvait avoir tout à la fois, la liberté et la sécurité, il préférait avoir un de ces biens à n'en avoir aucun »¹⁰²⁹.

Selon Charles A. Hale, le grand spécialiste du libéralisme au Mexique, le cas d'Emilio Rabasa est particulièrement intéressant « parce que ses idées et sa carrière représentent une continuité intellectuelle et une survivance de l'Ancien Régime dans le nouveau »¹⁰³⁰. Quand Rabasa publie *La Constitución y la dictadura* en 1912, effectivement, le régime de Díaz a déjà basculé et celui-ci se trouve exilé et bientôt inhumé au cimetière Montparnasse à Paris. Francisco I. Madero gouverne en tant que Président du nouveau régime. Rabasa pour sa part occupe encore son poste de sénateur à Mexico. Au milieu de cette tourmente politique, bientôt aggravée lorsque Madero est assassiné¹⁰³¹, déclenchant le « Mouvement constitutionnaliste » et transformant la révolution politique dans une révolution sociale¹⁰³², Rabasa représente la *continuité intellectuelle* de l'Ancien Régime. Ou la résistance du paradigme légaliste face au nouveau paradigme social. Ce juriste

¹⁰²⁹ Rabasa (Emilio), *L'évolution historique...*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁰³⁰ Emilio Rabasa y la supervivencia del liberalismo porfiriano. *El hombre, su carrera y sus ideas (1856-1930)*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 18.

¹⁰³¹ Cet épisode, connu au Mexique comme la « *Decena Trágica* », marque un tournant dans la dégradation politique et la violence sous la Révolution. Le Sénat, avec Rabasa, reconnaît par la suite le gouvernement du Président provisoire Victoriano Huerta, à l'origine du coup d'État et généralement considéré comme l'auteur du meurtre. Voir Hale (Charles), « Emilio Rabasa: liberalismo... », *op. cit.*, p. 413 ; Meyer (Jean), *La Revolución mexicana*, trad. Héctor Pérez-Rincón, Mexico, Maxi Tusquets, 2016, p. 62 et s.

¹⁰³² Comme l'écrit Rabasa lui-même : « la succession de Madero au pouvoir semblait être une rénovation normale du personnel qui constituait le gouvernement, plutôt qu'une main-mise par les armes sur ce gouvernement ». Cf. *L'évolution historique...*, *op. cit.*, p. 224. Sur la distinction révolution sociale-politique, voir Arendt (Hannah), *Essai sur la Révolution*, trad. Michel Chrestien, Paris, Gallimard, 1967.

élitiste¹⁰³³, conservateur et positiviste, restait attaché au libéralisme classique. Il ne croyait pas dans le « problème agraire »¹⁰³⁴ comme la plupart des révolutionnaires, et, comme on verra plus tard, il professait même sa foi dans le droit individuel de propriété par essence absolu¹⁰³⁵. Il symbolisait, en réalité, un mouvement intellectuel plus grand que le Mexique a expérimenté sous le *porfiriat* : la *transformation* du libéralisme réformiste dans le positivisme conservateur¹⁰³⁶. Après l'intervention française, les conservateurs ont été associés à la trahison pour avoir soutenu l'invasion. C'est la raison pour laquelle les conservateurs ont dû transiger avec les libéraux. Ils ont été incités à la prudence, à tel point qu'ils dissimulaient leur « conservatisme » en se présentant comme des « nouveaux libéraux ». Pourtant, ils véhiculaient encore, comme le cas de Rabasa l'atteste, une vision conservatrice de la société.

Bien que la question historiographique de savoir s'il a véritablement existé un libéralisme dans ce pays reste ouverte¹⁰³⁷, nous croyons avec M. Aguilar¹⁰³⁸ que si les « libéraux » mexicains ne voulaient pas restreindre à tout prix le pouvoir de l'État, c'est par *réalisme*. Ils étaient conscients qu'il fallait d'abord construire un État fort, capable de maintenir l'ordre, afin de protéger la liberté individuelle et les droits de l'homme dans un deuxième temps. C'est ce qui poussait Rabasa, comme d'autres *científicos*, à concevoir l'ordre comme prioritaire ; celui-ci apporterait le progrès et permettrait *in fine* de protéger les droits et libertés. Ceci dans la lignée du « libéral » José María

¹⁰³³ Il écrit à titre d'exemple que lors de la guerre de *Reforma* : « C'est aux classes supérieure et moyenne, *seules capables d'opinion*, et que la lutte intéressait au plus haut point, qu'appartenait de résoudre le conflit ; la classe inférieure, c'est-à-dire la majorité, n'avait *aucune opinion*, mais elle fournissait des soldats qui combattaient tantôt pour un parti, tantôt pour l'autre, avec autant d'indifférence envers le danger et la mort qu'envers les principes que les deux partis {libéral et conservateur} proclamaient ». Cf. *ibid.*, p. 53-54. Nos italiques.

¹⁰³⁴ Voir par exemple Rabasa (Emilio), *L'évolution historique...*, *op. cit.*, p. 277 et s. ; Hale (Charles), « Emilio Rabasa: liberalismo... », *op. cit.*, p. 421 ; Díaz y Díaz (Martín), « Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución », dans *Ensayos sobre la propiedad*, dir. Antonio Azuela, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 213.

¹⁰³⁵ Cf. Rabasa (Emilio), *El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, édition électronique, 2017.

¹⁰³⁶ Fix-Fierro (Héctor), « Porfirio Díaz... », dans *Porfirio Díaz y el Derecho...*, *op. cit.*, p. 28. Roberto Gargarella, quant à lui, parle de « constitutionnalisme fusionnel » pour désigner l'alliance entre libéraux et conservateurs qui a caractérisé plusieurs pays d'Amérique latine dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Cf. *Latin American constitutionalism, 1810-2010. The Engine room of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 20 et s.

¹⁰³⁷ Voir par exemple Escalante (Fernando), « La imposibilidad del liberalismo en México », dans *Recepción y transformación...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰³⁸ Aguilar Rivera (José Antonio), « Tres momentos liberales en México (1820-1890) », dans *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX*, dir. Iván Jaksic et Eduardo Posada Carbó, Santiago de Chile, FCE, 2011, p. 142 et s.

Luis Mora (1794-1850), un des grands intellectuels mexicains de la première moitié du XIX^e siècle, qui a compris qu'au lieu de restreindre davantage l'État, il fallait le renforcer pour que l'égalité devant la loi et l'individualisme aient un sens¹⁰³⁹. C'est pourquoi, les « nouveaux libéraux » (comme ils se présentaient par opposition aux « vieux libéraux ») imbus de positivisme, ont rejeté véhémentement la Constitution libérale de 1857, en particulier le principe « jacobin » d'égalité et la souveraineté populaire théorisée par Rousseau¹⁰⁴⁰. Rabasa pour sa part, soutient qu'au lendemain de la Révolution d'Indépendance les « théories abstraites » de la Révolution française ont été propagées facilement au Mexique en raison du manque d'éducation des masses¹⁰⁴¹.

Certes, depuis la chute du Second Empire mexicain (1867) le terme « *conservador* »¹⁰⁴² est associé à l'invasion française et à la trahison, tandis que celui de « libéral » à la nation¹⁰⁴³. C'est la raison pour laquelle Rabasa ne s'est jamais qualifié lui-même de conservateur, bien qu'il fût antidémocratique et élitiste. Il considérait, à titre illustratif, que le fait que la Constitution de 1857 ait octroyé le suffrage universel a été « une véritable folie » qui a créé un « système vicieux »¹⁰⁴⁴. Dans *L'évolution historique du Mexique*, en associant le suffrage universel à l'« esprit populiste ou au jacobinisme », il n'hésitait pas à le blâmer de l'anarchie et la dictature que le pays a connus. En effet, le suffrage universel a entraîné selon lui :

la dictature, à laquelle pousse la perpétuité du gouvernement ; la révolution qui couve sous la dictature ; l'anarchie à laquelle donne libre issue la révolution ; puis de nouveau la dictature, pour mettre un frein à l'anarchie. Après quoi c'est le retour du cycle des peuples auxquels manque un régime légal¹⁰⁴⁵.

¹⁰³⁹ Cf. *ibid.*, p. 158.

¹⁰⁴⁰ Cristallisant cette transformation du libéralisme au positivisme, le grand intellectuel Justo Sierra (l'auteur de l'expression « *política científica* ») considère que la Constitution de 1857 était une « utopie libérale ». Cf. Cosío Villegas (Daniel), *La Constitución de 1857...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁴¹ Rabasa (Emilio), *El juicio constitucional...*, *op. cit.*, p. 173. Il concevait en outre la Révolution française comme génératrice de chaos et d'anarchie.

¹⁰⁴² Sur le courant conservateur au milieu du XIX^e siècle, voir par exemple Cruz Barney (Óscar), *La república central de Félix Zuloaga y el Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1858*, UNAM-IJJ, Mexico, 2009.

¹⁰⁴³ Comme le remarque Rabasa : « Pendant les cinq années qu'avait duré la guerre de l'intervention, le peuple mexicain identifia dans son esprit la liberté nationale, la Constitution de 1857, les lois réformistes de Juárez, et, par conséquent, le parti qui les avait soutenues ». Cf. *L'évolution historique...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 69 et 74.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 69.

Et comme beaucoup d'intellectuels au tournant du siècle, il a été influencé par le darwinisme social et l'évolutionnisme, comme le suggère l'extrait suivant sur la Révolution mexicaine :

Quoique la société en général, et spécialement les gens cultivés répandus dans tout le pays, vissent avec méfiance et effroi cette révolution faite par des hommes inconnus, d'une étrange moralité, à esprit de destruction, ils ne pouvaient cependant pas éprouver d'enthousiasme à défendre un gouvernement {le porfiriat} auquel ils n'avaient part malgré les lois qui la leur assuraient. Cette situation est naturelle chez les peuples qui, par le fait de la malheureuse composition de leurs masses populaires, ne sont pas arrivés aux hautes idées collectives des communautés homogènes et avancées¹⁰⁴⁶.

En réalité, comme le rappelle M. Aguilar, la transformation du libéralisme en positivisme au Mexique vers la fin du XIX^e siècle, est un phénomène complexe. À mesure que les libéraux gagnent la guerre d'intervention, ils arrivent à s'imposer comme le groupe politique et intellectuel hégémonique¹⁰⁴⁷. Or la brèche apparaît au tournant du siècle lorsque se pose la question de réformer le gouvernement personnel de Díaz. D'un côté les libéraux « purs » ou « doctrinaires » prônent le respect de la Constitution de 1857 et des *Leyes de Reforma*¹⁰⁴⁸, et d'un autre les « nouveaux libéraux » ou « conservateurs libéraux », influencés par le positivisme et l'expérience de la III^e République « conservatrice »¹⁰⁴⁹, souhaitent modifier les préceptes constitutionnels qu'ils estiment abstraits et irréalisables au Mexique. Progressivement, les libéraux purs ont été évincés du centre politique et intellectuel porfirien par les « nouveaux libéraux ». En fait, la victoire des libéraux en 1867 n'a pas empêché la résurgence d'un autre courant conservateur au sein même du libéralisme¹⁰⁵⁰. Autrement dit, dans la mesure où les libéraux gagnent la guerre contre le Second Empire de Maximilien von Habsbourg, soutenu par les conservateurs et les troupes de Napoléon III,

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 225-226.

¹⁰⁴⁷ Voir notamment Hale (Charles), *La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 15. Selon cet auteur il y a eu un « consensus » autour du constitutionnalisme qui allait perdurer tout au long du siècle et qui se renforcerait avec la rébellion de Madero et, plus tard, avec le projet politique de Venustiano Carranza.

¹⁰⁴⁸ Les lois du 12 juillet 1859 prévoyaient la nationalisation des biens du clergé, la séparation de l'Église et de l'État, la suppression des ordres religieux, la sécularisation des mariages, du registre civil, des cimetières et la liberté de culte. Elles sont à l'origine de la guerre de *Reforma*. Sur les idées des libéraux purs voir Covo (Jacqueline), *Las ideas de la Reforma en México (1855-1861)*, trad. María Francisca Mourier-Martínez, Mexico, 1983.

¹⁰⁴⁹ Alors que les « purs » ont été influencés par le modèle français de 1848.

¹⁰⁵⁰ Aguilar Rivera (José Antonio), « Tres momentos liberales... », *op. cit.*, p. 33.

le courant conservateur est écarté du pouvoir et désormais associé à la trahison nationale. Néanmoins, il réapparaît des années plus tard sur la scène politique, en se métamorphosant dans un « nouveau libéralisme », à savoir le positivisme conservateur ou la *política científica*. Ces « nouveaux conservateurs » (ou nouveaux libéraux) les *científicos* comme Justo Sierra¹⁰⁵¹ ou Rabasa, se présentent donc comme les adversaires des « vieux » libéraux accusés de défendre des croyances métaphysiques. Sous le porfiriat, tous ceux qui avaient des aspirations politiques devaient être des « libéraux »¹⁰⁵². C'est ici qu'on commence à déceler le pragmatisme des « nouveaux libéraux » (conservateurs) dans la mesure où ils ont dû transiger avec le courant intellectuel prééminent pour pouvoir peser sur l'échiquier politique et, à terme, s'imposer. À cela s'ajoute la conscience de Rabasa dans la fin du *porfiriato* et le début de la nouvelle « étape constitutionnelle »¹⁰⁵³. En outre, le pragmatisme rabasien s'est manifesté également lors de la consolidation révolutionnaire, lorsqu'il décide de retourner de son exil au Mexique et de se consacrer à l'enseignement du nouveau droit révolutionnaire. Ce que nous approfondirons plus loin.

Si Rabasa et Esmein étaient indéniablement des « légistes » de l'ordre politique et, partant, du paradigme légaliste, il semble également qu'ils ont fait preuve d'une certaine prudence et d'un pragmatisme, certes, un peu difficile à cerner. En revanche les deux juristes ont été condamnés par la postérité.

B. Des juristes condamnés

Bien que nos deux auteurs n'aient pas été des fervents défenseurs de l'ordre politique, ils ont été des juristes critiqués, voire détestés par leurs pairs. Comme nous le verrons au prochain chapitre, les théories rénovatrices de Duguit et d'Hauriou ont été construites par opposition à la pensée « classique » du droit constitutionnel, représentée par le « légiste » républicain Adhémar Esmein. C'est la raison pour laquelle ce dernier décide de réagir contre la publication de l'ouvrage qui lui semble le plus important : *L'État, le droit objectif et la loi positive* de Duguit. Dans la préface de la

¹⁰⁵¹ Sur la comparaison Sierra-Rabasa voir Cosío Villegas (Daniel), *La Constitución de 1857...*, *op. cit.*

¹⁰⁵² Aguilar Rivera (José Antonio), « Tres momentos liberales... », *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁵³ Voir *supra* B. L'instrumentalisation de la méthode positiviste-évolutionniste. Il est probable que Rabasa a écrit *La Constitución y la dictadura* en réaction à l'entretien entre Porfirio Díaz et le journaliste Creelman de 1908. Il y déclarait qu'il ne participerait pas aux prochaines élections et qu'il les laisserait se dérouler en toute liberté, estimant que le Mexique était prêt pour la démocratie. Ce qu'il n'a pas tenu. On estime généralement que ces déclarations sont à l'origine de la Révolution.

troisième édition des *Éléments*, Esmein reconnaît avoir rajouté une partie à l'ouvrage pour combattre ces idées nouvelles qui « doivent au talent de l'auteur une séduction qui me paraît dangereuse »¹⁰⁵⁴. Outre le fait de les trouver imprégnées de la pensée allemande, il les trouve inexactes et dangereuses¹⁰⁵⁵. Dans la cinquième édition, il compare même Duguit à Proudhon, le « père de l'anarchisme », en ce sens qu'il soutient le « syndicalisme intégral »¹⁰⁵⁶. Autrement dit, deux axes sont analysés au fil des éditions : la théorie de l'État de Duguit et le syndicalisme qu'il appelle de ses vœux, mais il aurait très bien pu y ajouter la théorie de l'institution d'Hauriou et ses prises de position radicales en faveur du syndicalisme des fonctionnaires¹⁰⁵⁷. D'abord, refusant toute application de la sociologie à l'analyse du droit constitutionnel, il s'oppose aux théories de Duguit comme celles d'Hauriou :

Le droit constitutionnel, quelque portée qu'on lui donne, est distinct d'une autre science que notre temps a vu naître, et qui porte en partie sur les mêmes objets, mais envisagés à un point de vue différent : je veux dire la sociologie. La sociologie, qui est une science naturelle, a pour but de découvrir et de dégager les lois naturelles d'après lesquelles se forment, s'organisent, se développent et se décomposent les sociétés humaines. Elle comprend nécessairement la formation des États et des Gouvernements, non dans leurs incidents historiques, mais dans leur évolution organique ; et, bien que jeune encore, elle a déjà donné des résultats importants. Le droit constitutionnel, qui est une science juridique, a un tout autre but. Il prend un État et un Gouvernement arrivés à une forme déterminée, qu'a fixée 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 Gouvernements¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁴ Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. XXIII.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 34.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. XXVII.

¹⁰⁵⁷ Sacriste (Guillaume), *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 435 et s.

¹⁰⁵⁸ Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. 31-32.

Contre Duguit qui s'attaque en particulier à la personnalité de l'État, « qui lui apparaît comme une pure fiction »¹⁰⁵⁹, Esmein mobilise le besoin impérieux des fictions : « les fictions légales traduisent parfois les réalités les plus hautes, qui, pour ne pas tomber sous les sens, n'en existent pas moins. La Nation, la Patrie sont aussi des fictions »¹⁰⁶⁰. Surtout, la conséquence des idées de Duguit serait de repousser ou condamner « un certain nombre de principes capitaux sur lesquels repose, depuis la Révolution américaine et la Révolution française, le droit public de la France et celui d'une grande partie du monde civilisé : de ce nombre sont la souveraineté nationale, l'égalité devant la loi, le suffrage universel pur et simple »¹⁰⁶¹. En d'autres termes, les principes sur lesquels repose la III^e République selon Adhémar Esmein. Comme on l'a vu, Esmein construit sa théorie autour des principes dégagés par ces révolutions, notamment la souveraineté nationale, ce qui correspond au paradigme légaliste. Or la négation du droit de souveraineté n'aurait qu'un résultat bien clair : c'est d'affirmer le règne de la force »¹⁰⁶². Le lecteur des *Éléments* ne peut que se rappeler à ce moment là de l'accusation d'anarchisme dont a fait l'objet Duguit¹⁰⁶³, ce que semble suggérer Esmein. Qui plus est, Duguit aurait fait adhésion « à d'autres doctrines qui {...} tendent à détruire l'État en fait aussi bien qu'en droit »¹⁰⁶⁴. C'est alors que le professeur parisien rapproche la pensée de Duguit sur le syndicalisme au fédéralisme proposé par Proudhon. Pour Esmein, le seul garant possible de l'ordre social est l'État, pleinement souverain. C'est la raison pour laquelle si les groupes sociaux n'étaient plus protégés par la puissance publique « supérieure et commune à tous », « ce serait une nouvelle féodalité qui se formerait encore », telle que la « féodalité occidentale dans l'anarchie des IX^e et X^e siècles »¹⁰⁶⁵.

Enfin, il convient de rappeler qu'Édouard Lambert a accusé Esmein de « nationalisme juridique »¹⁰⁶⁶ alors que ce dernier était un fin comparatiste, fasciné par le droit anglais. Il rajoute même à la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel « français et comparé »* (1914).

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 39-40.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 41.

¹⁰⁶³ Voir *infra* Chapitre 2. Les difficultés du paradigme social, B. La propriété-fonction sociale, rupture du droit de propriété classique

¹⁰⁶⁴ Esmein (Adhémar), *Éléments...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰⁶⁶ Lambert (Édouard), *La fonction du droit civil comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, p. 910.

Pour Lambert, toutefois, il s'agissait avant tout de défendre une méthode comparatiste moins tournée vers l'histoire et plus axée sur l'étude pratique de la jurisprudence¹⁰⁶⁷. Cependant, Esmein n'a pas été le seul juriste injustement désavoué par ses contemporains et successeurs.

Rabasa publie *La Constitución y la dictadura* en 1912, deux ans après la rébellion madériste. En pleine Révolution, il est accusé d'être un réactionnaire, en particulier pour avoir reconnu le coup d'État de Victoriano Huerta « l'usurpateur » à l'encontre du gouvernement de Madero, comme tous les autres sénateurs. En revanche son impact sur la Constitution révolutionnaire de 1917, la « Constitution de Querétaro », a été déterminante par rapport à la prédominance du pouvoir Exécutif et le système présidentieliste mexicain. Bien que renié par l'Assemblée constituante, Rabasa n'était pas pour autant un défenseur acharné du porfiriato, pas plus qu'il ne condamnait totalement l'œuvre de la Révolution de 1910. Plusieurs indices soutiennent cette hypothèse. D'abord, après s'être exilé aux États-Unis en 1914, il accepte de retourner au Mexique en 1920 et devenir professeur sous le régime révolutionnaire¹⁰⁶⁸. Ensuite, dès son retour, Rabasa défend plusieurs acquis de la Révolution, notamment la liberté du travail et l'inamovibilité des juges¹⁰⁶⁹. Il s'inspire pour cela du système juridictionnel américain qu'il étudie pendant son exil. Or, contrairement à ce que pense M. Aguilar¹⁰⁷⁰, il nous semble que si Rabasa cherchait à protéger l'autonomie du pouvoir juridictionnel, ce n'est pas par ambivalence mais parce que celui-ci était censé être un véritable contre-pouvoir au gouvernement des révolutionnaires¹⁰⁷¹. En d'autres termes, Rabasa décide de protéger un apport de la Révolution, certes, mais il décide de le faire pour *canaliser* le gouvernement révolutionnaire et non pas par adhésion au nouveau régime. C'est effectivement son séjour aux États-Unis et son étude du droit américain qui lui donnent l'idée selon laquelle les tribunaux forment un troisième pouvoir¹⁰⁷², à l'opposé du droit français inspiré de la

¹⁰⁶⁷ Halpérin (Jean-Louis), « L'Histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001/1, n° 4, p. 26.

¹⁰⁶⁸ Nous reviendrons sur cette partie tumultueuse de sa vie.

¹⁰⁶⁹ Sur ce point, voir Aguilar Rivera (José Antonio), « Emilio Rabasa y la Constitución de 1917 », dans *Lecturas de la Constitución...*, *op. cit.*

¹⁰⁷⁰ *Id.*

¹⁰⁷¹ Rabasa écrit : « La Cour suprême a été instituée pour limiter les pouvoirs nationaux », c'est-à-dire le pouvoir des révolutionnaires. Cf. « Organización de la Suprema Corte de Justicia y juicio de amparo », dans *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Querétaro, 1987, p. 349. Dans le même sens, voir Hale (Charles), « La tradición del Derecho Continental Europeo y el Constitucionalismo en el México del siglo XX: el legado de Emilio Rabasa », *Historia Mexicana*, vol. 48, no. 1, 1998, p. 119-120.

¹⁰⁷² Il affirme ainsi : « La Cour suprême de la Nation n'est pas un tribunal : c'est un Pouvoir national suprême », *id.*

théorie de Montesquieu et la peur du « gouvernement des juges ». Pour ce dernier, en effet, les deux seuls pouvoirs étaient l'Exécutif et le Législatif, l'ordre judiciaire étant une simple « autorité ». Donc si Rabasa adhère initialement à cette conception de la séparation des pouvoirs, sa pensée évolue quand il retourne au Mexique et se retrouve confronté frontalement au nouveau modèle révolutionnaire. En effet, à partir des années 1920, un nouveau paradigme social sera progressivement introduit par le projet révolutionnaire. Influencé par Duguit et Hauriou, Felipe Tena Ramírez (1905-1994), élève de Rabasa et un des juristes le plus importants de son époque, représente ce changement. Par rapport à la question de la légitimation de la Révolution, il prend ses distances avec son maître¹⁰⁷³.

Au-delà de leurs divergences évidentes (qui s'expliquent surtout par leurs milieux autoritaire et républicain), nos deux pionniers des conceptions « scientifiques » de l'histoire et du droit constitutionnel se rapprochaient par leur fonction de légistes. Par leur rôle de défenseurs de la République et la dictature, dans le but de garantir l'ordre social. Ils représentent, dès lors, les résistances de l'ancien paradigme legaliste face au développement du paradigme social. Au fond, les deux convergeaient par leur conservatisme et élitisme qui s'exprimait par une méfiance de la démocratie¹⁰⁷⁴. Membres de l'*establishment* porfirien et républicain, ils deviennent rapidement des auteurs « classiques » dans les facultés de droit. En revanche, à mesure que leur succès s'accélère, leurs écrits sont de plus en plus contestés par leurs successeurs.

À l'inverse des juristes « officiels » du régime, face aux transformations radicales de la société, certains juristes se mobilisent dans la lignée de Gény et Saleilles. Ils proposent alors de refonder les bases du système juridique. C'est le cas de Léon Duguit et Maurice Hauriou. Toutefois, s'ils continuent l'œuvre de démolition de l'École scientifique, tout en contribuant à l'adoption du paradigme social, nous verrons que cette nouvelle vision du monde a fait face à des nombreuses difficultés, que ce soit en France ou au Mexique.

¹⁰⁷³ Nous y reviendrons.

¹⁰⁷⁴ Si Esmein défendait le suffrage universel, il prônait un vote discipliné. Il semble sur ce point avoir rejoint l'idée l'idée de Thiers selon laquelle « la République sera conservatrice ». Sur le suffrage universel discipliné, voir Sacriste (Guillaume), *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 276 et s.

Adhémar Esmein



Emilio Rabasa Estebanell



Porfirio Díaz



Chapitre 2. Les difficultés du paradigme social

En France, l'ébranlement provoqué par le projet révolutionnaire de Gén y au tournant du siècle, permet d'ouvrir la porte à une génération de « juristes inquiets »¹⁰⁷⁵, désireux d'ajouter leur pierre à l'édifice juridique traditionnel. Qualifiés de manière moqueuse de « grands prophètes »¹⁰⁷⁶ par Ripert, ces juristes étaient à la recherche de modèles alternatifs, de systèmes juridiques différents des modèles dominants. Insatisfaits par rapport aux défauts de la méthode traditionnelle signalées par Saleilles et Gén y, ils se sont attachés à construire des théories alternatives et réformistes¹⁰⁷⁷, qui modifieraient les systèmes juridiques traditionnels fondés sur une conception légaliste. Confrontés à la hantise du socialisme et des nouvelles sciences sociales s'immisçant dans l'étude du droit, des juristes tels que Léon Duguit ou Maurice Hauriou, ces bâtisseurs de « cathédrales doctrinales »¹⁰⁷⁸, ont développé des théories innovantes du droit et de l'État. En revanche, ils ont symétriquement fait œuvre de « démolition ». À mesure qu'ils érigeaient leurs théories, en effet, ils paraissent révéler une volonté de destruction de la pensée classique, illustrée par un des pères de l'histoire du droit et du droit constitutionnel en France, Adhémar Esmein. C'est dire qu'ils ont forgé leurs théories par opposition à ce juriste quasi officiel de la III^e République. Néanmoins, celui-ci n'a pas baissé les bras, comme nous l'avons vu, il a accepté le défi en contestant ces nouvelles théories « dangereuses » pouvant conduire à l'anarchie. Or, si Esmein a été l'objet de leurs critiques, c'est probablement parce qu'il a clairement défendu le nouveau régime républicain, à une époque où celui-ci cherchait des fondements idéologiques de légitimation. Les travaux d'Esmein apportaient aux institutions républicaines le discours scientifique dont elles avaient besoin pour asseoir leur domination.

En même temps, de l'autre côté de l'Atlantique, de manière très intéressante le père du droit constitutionnel au Mexique, Emilio Rabasa Estebanell, utilisant fortement une méthode historique et positiviste, a affronté une situation similaire. Face aux critiques naissantes du régime autoritaire vieillissant, il mobilise ses ressources scientifiques pour analyser et défendre l'ordre politique. Cependant, sa position privilégiée dans l'élite intellectuelle et politique a été fragilisée par la

¹⁰⁷⁵ *Loc. cit.*

¹⁰⁷⁶ *Le Régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 64.

¹⁰⁷⁷ Il est possible également de décrire ces théories de « révolution intellectuelle entre bourgeois ».

¹⁰⁷⁸ Burdeau (François), *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 323.

Révolution mexicaine de 1910. Rabasa paraît alors représenter un pont idéologique entre l’Ancien Régime et la Révolution. Entre le paradigme légaliste du XIX^e siècle et le paradigme social de la première moitié du XX^e siècle. Si les révolutionnaires l’ont condamné, les juristes postérieurs lui ont rendu hommage, tout en marquant une distance avec leur « maître ». Ces juristes, tels que Felipe Tena Ramírez, Antonio Martínez Báez et Miguel Lanz Duret, ont lu et cité les publicistes français les plus connus comme Adhémar Esmein. Ils ont reconnu le caractère révolutionnaire de l’œuvre de Duguit, par exemple. Cependant, plongés dans un environnement autoritaire, ils n’ont pas eu assez de liberté pour construire des théories juridiques alternatives. C’est la raison pour laquelle il n’y a pas eu de rénovation méthodologique au Mexique. Dès lors, avant d’aborder plus en détails le cas de la Révolution mexicaine, il convient d’ores et déjà de faire une remarque importante. Certes, la construction au Mexique d’un régime de type corporatiste et autoritaire, qui dure tout au moins jusqu’au troisième quart du XX^e siècle, a laissé peu de place à la recherche de modèles alternatifs, contrairement au cas français de la Belle Époque. La formation d’un système juridique « homogène » dominé par un parti hégémonique, vers le milieu du XX^e siècle, a engendré une « culture autoritaire »¹⁰⁷⁹ qui s’est reflétée dans l’enseignement du droit et la pensée juridique. Par conséquent, les juristes mexicains ont dû s’adapter. Ils ont décidé d’interpréter le nouveau droit de manière idéologique, afin de gérer la Révolution et de pouvoir avoir des carrières juridico-politiques réussies. De manière analogue aux bourgeois au lendemain de la Révolution de 1789¹⁰⁸⁰, les juristes de la Révolution mexicaine se sont ralliés à la « nouvelle tradition ». En effet, vers le milieu du XX^e siècle, cette tradition canalisée par les révolutionnaires est devenue le socle idéologique pour nos juristes conservateurs. C’est dire que, pendant que les juristes français tentaient encore de « digérer » la Révolution de 1789 au tournant du siècle, les juristes mexicains ont dû se résigner à celle de 1910. En d’autres termes, alors que les juristes français, vers la fin du XIX^e siècle, essayaient d’adapter le paradigme légaliste aux nouveaux besoins sociaux provoquant ainsi un nouveau paradigme « social », au Mexique, vers le milieu du XX^e siècle, les juristes ont créé une « nouvelle tradition ». Effectivement, nous verrons comment, lors de la première moitié du XX^e siècle, les deux modèles, légaliste et social, se sont confrontés au Mexique comme en France, avant de mener à une nouvelle tradition.

¹⁰⁷⁹ Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social y cambio jurídico*, Mexico, Instituto Tecnológico de México & Miguel Ángel Porrúa, 2008, p. 72-73.

¹⁰⁸⁰ Voir *supra* chapitre I. Les critiques juridico-politiques du modèle dominant

Cette interaction entre les modèles légaliste et social se retrouve très nettement par rapport à la question du droit de propriété. Représentant ces paradigmes, des juristes tels que Duguit, Rabasa et Lévy ont soit défendu cette institution classique soit proposé de secouer cette conception. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il convient de se pencher dans un premier temps sur la tentative de rénovation méthodologique de Duguit et Hauriou (section 1), avant d'étudier l'attachement de Rabasa et Lévy à l'ancien paradigme légaliste (section 2).

Section 1. La tentative de rénovation méthodologique de Duguit et Hauriou

Selon le grand spécialiste de la Révolution française, François Furet (1927-1997) : « Tard dans le XIX^e siècle, la Révolution dure toujours, tiraillée entre ceux qui veulent l'effacer, la terminer ou la recommencer »¹⁰⁸¹. En l'occurrence, Léon Duguit et Maurice Hauriou, ces « frères-ennemis »¹⁰⁸² communément associés par l'historiographie en raison de leurs controverses, se rejoignent pour *ébranler* le modèle prépondérant issu de la Révolution française de 1789, le paradigme légaliste. À l'instar de Gény, ils s'attaquent aux « abstractions » et au modèle géométrique consacré par les révolutionnaires ainsi qu'aux principes véhiculés par la Révolution tels que l'individualisme et le légicentrisme. Malgré leur célèbre antagonisme¹⁰⁸³, dans un contexte de « rénovation » de la pensée juridique lors de la Belle Époque, voire de « révolution scientifique »¹⁰⁸⁴ déclenchée par Gény, Duguit et Hauriou déploient un projet similaire. En réaction aux grandes transformations de la fin du XIX^e siècle, ils s'opposent à la pensée dominante représentée par des auteurs classiques tels que Adhémar Esmein ou Carré de Malberg. Ils font face à

¹⁰⁸¹ Furet (François), « Réflexions sur l'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIX^e siècle », dans *Pouvoirs*, n° 50, 1789-1989 *Histoire constitutionnelle*, septembre 1989, p. 12.

¹⁰⁸² Milet (Marc), « L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique (1889-1929). Essai d'analyse socio-rhétorique », dans *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, t. I, dir. Carlos Miguel Herrera, Paris, Kimé, 2003, p. 99.

¹⁰⁸³ Sur la chronologie de la controverse consulter notamment Milet (Marc), « L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique... », *op. cit.*

¹⁰⁸⁴ Audren (Frédéric), « Fragilité et robustesse de la pensée juridique. Deux professeurs de droit au travail dans la France de la Belle Époque », dans *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 36, 2018/1, p. 17.

plusieurs craintes : la montée du socialisme¹⁰⁸⁵, la naissance de la sociologie provoquant un risque pour la science juridique d'être déclassée en tant que science explicative du social et un vieillissement des codes, décrit comme une « crise de l'interprétation »¹⁰⁸⁶ par M. Jamin. C'est donc pour confronter ces nouveaux défis sociaux qu'ils semblent œuvrer pour un « triple projet commun » : promouvoir l'autonomie du droit public face aux autres branches du droit (et en particulier du droit civil) ; limiter l'État par le droit ; établir une véritable « science juridique » en rupture avec la dogmatique juridique¹⁰⁸⁷, mais tout en participant dans l'avènement de la sociologie. En somme, ils songent à un modèle radicalement différent au modèle vieillissant au tournant du siècle. Plutôt que laisser les faits évoluer librement, ils tentent de passer à l'action, doctrinalement, afin de lutter contre l'ancien paradigme légaliste. De ce fait, en tentant de modifier cette conception du droit, ils contribuent à prolonger la « révolution conservatrice »¹⁰⁸⁸ initiée par Gény et Saleilles. Malgré les résistances de la doctrine, ils participent dans l'introduction du nouveau paradigme social.

Au Mexique, bien que la doctrine juridique ait été essentiellement nationaliste¹⁰⁸⁹ depuis le début du XX^e siècle, les juristes ont lu et cité les auteurs européens. Plus précisément, les travaux des juristes allemands, français et italiens ont souvent été invoqués comme des « autorités »¹⁰⁹⁰. Peut-être pour des raisons politiques la doctrine mexicaine était eurocentrique, ignorant paradoxalement la doctrine états-unienne¹⁰⁹¹, alors que celle-ci avait été un modèle juridique au

¹⁰⁸⁵ « Il faut rappeler que l'avènement de la Révolution russe en 1917, avait marqué un point de rupture dans la théorie juridique », cf. Herrera (Carlos Miguel), « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », dans *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, dir. Olivier Beaud et Patrick Wachsmann, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 341. Sur la crainte d'Hauriou face au socialisme voir par exemple Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, préface de Frédéric Audren et Marc Milet, Paris, Dalloz, 2008, p. XX-XXI.

¹⁰⁸⁶ *La cuisine du droit...*, *op. cit.*, p. 42 et s.

¹⁰⁸⁷ Milet (Marc), « *L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique...* », *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁸⁸ Voir *supra* chapitre I. Les critiques isolées du paradigme légaliste

¹⁰⁸⁹ Cortez Salinas (Josafat), « Los cambios en las ideas jurídicas en México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, année L, n° 153, septembre - décembre 2018, p. 837.

¹⁰⁹⁰ Sur ce point, voir Keiser (Thorsten), « Social conceptions of Property and Labour - Private Law in the aftermath of the Mexican Revolution and European Legal Science », *Rechtsgeschichte Legal History*, 2012, p. 271. Sur la question de l'autorité dans la doctrine juridique voir Hakim (Nader), *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

¹⁰⁹¹ Ce qui s'explique peut-être parce que le discours révolutionnaire était nationaliste et particulièrement anti-américain, par conséquent, les juristes devaient se conformer au discours officiel du parti « révolutionnaire ».

XIX^e siècle en matières de fédéralisme, pouvoir judiciaire et présidentielisme. En ce qui nous concerne, les juristes mexicains du XX^e siècle ont étudié consciencieusement les œuvres de Duguit et Hauriou, mais aussi d'Esmein et de Carré de Malberg. Dans une optique utilitaire, ils cherchaient à apporter de la scientificité ou du prestige à leurs discours. Or, bien qu'ils aient reconnu leur volonté « révolutionnaire »¹⁰⁹², ils n'ont pas exploité les théories des publicistes français. Que ce soit sous le paradigme social ou, plus tard, sous le paradigme de la nouvelle tradition. Ce qui s'explique probablement par le contexte autoritaire dans lequel les juristes mexicains étaient soumis. Autrement dit, en raison de la « culture autoritaire »¹⁰⁹³ générée dans les facultés de droit, les juristes mexicains n'ont pas eu une marge de liberté assez grande pour proposer des théories juridiques alternatives. Par conséquent, même s'ils ont étudié les auteurs de la rénovation méthodologique en France, au Mexique une telle rénovation juridique n'a pas pu avoir lieu. Dans une perspective de conservatisme social, ces juristes ont eu un rôle idéologique important. Pour gérer les effets, les turbulences de la Révolution de 1910, ils ont exploité leur culture juridique afin de justifier idéologiquement la Constitution de 1917 et, partant, le parti qui se prétendait l'héritier et le continuateur de la Révolution, le futur Parti Révolutionnaire Institutionnel (PRI). Ils ont tenté d'adapter le paradigme légaliste à l'issue de la Révolution de 1910, mais surtout, ils ont défendu la « nouvelle tradition » incarnée par le parti révolutionnaire vers le milieu du XX^e siècle. Dans ce cadre, la lecture de la doctrine européenne semble avoir eu une fonction utilitaire dans la mesure où mobiliser des auteurs de la taille de Duguit et Hauriou relevait d'un argument d'autorité.

Cela dit, afin de comprendre la fonction idéologique de la doctrine mexicaine par rapport à la stabilisation, ou l'« institutionnalisation » de la révolution, il faut partir des théories « révolutionnaires » des juristes français.

Dès lors, nous pouvons nous demander, d'un côté, si face à la peur de la sociologie naissante, indépendante de la science juridique, se superpose la tentative de renouvellement épistémologique de Duguit et Hauriou. D'un autre côté, nous pouvons nous demander si leur théorie de la limitation de l'État par le droit est une réponse à la hantise du socialisme¹⁰⁹⁴. Nous verrons donc comment leur projet semble s'inspirer de la sociologie pour aboutir au renouvellement

¹⁰⁹² À titre d'exemple, Miguel Lanz Duret reconnaît les « réformes révolutionnaires » de Duguit dans le droit public. Cf. « El Estado y la Iglesia », dans *Doctrina Constitucional mexicana*, p. 495. De même pour Felipe Tena Ramírez, voir *Derecho constitucional mexicano*, Mexico, Porrúa, 1984, p. 76.

¹⁰⁹³ *Loc. cit.*

¹⁰⁹⁴ Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 75.

épistémologique (§1) et que la hantise du socialisme a peut-être pour conséquence la théorie de la limitation de l'État (§2).

§1. De la sociologie au renouvellement épistémologique

Brillamment reçus à l'agrégation de droit en 1883, Léon Duguit (1859-1928) et Maurice Hauriou (1856-1929), devenus amis à la Faculté de droit de Bordeaux¹⁰⁹⁵, profitent particulièrement d'un climat d'effervescence intellectuelle favorable au nouveau juridique par la sociologie¹⁰⁹⁶. Très tôt, ils souhaitent « révolutionner » la méthode des juristes. Pour cela Duguit s'inspire des travaux de son collègue Émile Durkheim (1858-1917), nommé professeur de sociologie à la Faculté des lettres de Bordeaux dès 1888. Il a, en effet, été influencé par lui avant même que ce dernier soit véritablement influent¹⁰⁹⁷. Or c'est d'abord aux côtés de son condisciple, Maurice Hauriou, qu'il entreprend de promouvoir une nouvelle méthode juridique qui s'appuie sur la sociologie. Très vite cependant ils divergent sur le rôle de l'enseignement de la sociologie dans les Facultés de droit. Au tournant des années 1890, lors d'une période de « différenciation »¹⁰⁹⁸, Hauriou s'oriente vers la pensée de Gabriel Tarde (1843-1904) tandis que Duguit rejoint le camp du solidarisme dans la lignée de Léon Bourgeois et de celui qui sera considéré au XX^e siècle comme le « père de la sociologie » en France : Émile Durkheim. Pour le professeur de droit à Bordeaux, afin de rompre avec la méthode « hypothético-déductive et métaphysique de la dogmatique juridique » il fallait introduire la sociologie dans les Facultés de droit, alors que pour Hauriou, devenu professeur à Toulouse, la sociologie devait rester une simple science « auxiliaire » du droit et de la philosophie¹⁰⁹⁹. C'est de cette façon que débute leur première grande divergence, qui est bien connue. Principalement, cette première confrontation reflète la question controversée de

¹⁰⁹⁵ Pour une biographie croisée de Léon Duguit et Maurice Hauriou, voir Blanquer (Jean-Michel) et Marc Milet, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015.

¹⁰⁹⁶ Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. VIII-IX.

¹⁰⁹⁷ Fonbaustier (Laurent), « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *RFDA*, 2004, p. 1053.

¹⁰⁹⁸ Milet (Marc), « *L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique...* », *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁹⁹ Hauriou l'écrit sans ambages : « Le droit utilisera la sociologie comme il a utilisé l'économie politique, elle sera pour lui une science auxiliaire, elle ne le dirigera pas », « Les Facultés de droit et la sociologie », *op. cit.*, p. 8.

l'intégration de la sociologie dans les Facultés de droit¹¹⁰⁰. À titre d'exemple, la Faculté de Paris rejette en 1894 l'idée d'une création d'un cours de sociologie « au motif que cette jeune discipline est trop fortement marquée de l'empreinte de Herbert Spencer et de l'organicisme »¹¹⁰¹.

A. La démolition des droits subjectifs

Dès la parution de son ouvrage *L'État, le droit objectif et la loi positive* en 1901, Duguit affirme vouloir « briser les cadres étroits et artificiels dans lesquels s'enferme, depuis des siècles, la pensée juridique »¹¹⁰². À contresens de la pensée majoritaire, il s'attelle à détruire la théorie classique des droits subjectifs¹¹⁰³. Il écrit ainsi dans le premier tome de son célèbre *Traité de droit constitutionnel* :

C'est que dans le siècle par excellence des sciences positives, le domaine du droit est resté encombré de notions d'ordre purement métaphysique ; c'est qu'on n'a pas su apporter à l'étude du problème juridique une méthode véritablement et exclusivement réaliste. Éliminer tout ce qui n'est pas un fait véritablement constaté, éliminer notamment la notion purement métaphysique de droit subjectif, c'est-à-dire de pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit. C'est l'effort que je tente¹¹⁰⁴.

L'idée est que, pour construire une science véritablement « réaliste » ou « objective » reposant sur une observation effective de la société, les droits subjectifs réduits à des « fictions » ne

¹¹⁰⁰ Voir sur cette question notamment 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 Droit, Bourgogne, 2005.

¹¹⁰¹ Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. VI.

¹¹⁰² *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing, 1901, p. 3. Ainsi, selon Joseph-Barthélémy et Paul Duez, « Duguit est le grand remueur d'idées de la génération à laquelle nous avons appartenu ; il a secoué le joug du verbalisme traditionnel ; il a fouillé jusqu'au tréfonds des problèmes ; il a atteint la substance juridique sur laquelle il a appuyé ses théories élégantes et fortes ». Cf. *Traité de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd. 1933, rééd., 2004, p. VII.

¹¹⁰³ Sur les définitions classiques des droits subjectifs voir Melleray (Fabrice), « Léon Duguit. L'État détrôné », dans *Le renouveau de la doctrine*, *op. cit.*, p. 236.

¹¹⁰⁴ *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit - Le problème de l'État*, Paris, Boccard, 2^e éd., 1921, p. 3.

peuvent pas subsister. Reprenant les enseignements de Comte et Durkheim¹¹⁰⁵ selon lesquels la société est un fait pouvant être étudié sociologiquement¹¹⁰⁶, Duguit considère que le droit est un fait et non une abstraction et, par conséquent, il faut lui appliquer les méthodes empiriques des sciences sociales¹¹⁰⁷. Autrement dit les faits peuvent être analysés objectivement et un raisonnement déductif peut leur être appliqué, mais pour cela tous les concepts *a priori* doivent être rejetés. C'est la condition pour construire une véritable science positive du droit. Avec cette méthode jugée « réaliste » ou « objective », il entend s'attaquer à l'ensemble des dogmes « artificiels »¹¹⁰⁸. Il s'agit en effet de :

constater les faits, n'affirmer comme vrai que ce que l'on constate par l'observation directe et bannir du domaine juridique tous les concepts *a priori*, objets de croyance métaphysique ou religieuse, qui prêtent à des développements littéraires, mais qui n'ont rien de scientifique¹¹⁰⁹.

Cette méthode sociologique censée réécrire le droit, s'inscrit dans un « réalisme juridique » excluant tout idéalisme. Fustigeant tous les concepts « métaphysiques », toutes les notions « *a priori* », la méthode devait donc conduire à écarter la théorie traditionnelle des droits subjectifs. Ce faisant, séduit par la sociologie d'Emile Durkheim, Duguit se rapproche sur ce point de la pensée de Hans Kelsen. En effet, pour Duguit, un droit subjectif n'est qu'« un simple produit de l'esprit qui ne correspond en rien à la réalité, il est un mythe, une fiction, une entité, produit de l'imagination métaphysique de l'homme, survivance des entités substantielles »¹¹¹⁰. Kelsen, pour sa part, concevait le droit subjectif tout simplement comme un droit objectif avec un contenu individuel dictée par l'État¹¹¹¹. Cette convergence se manifeste particulièrement dans leur critique sur le dogme classique de souveraineté. Pour le professeur bordelais la souveraineté n'était réellement

¹¹⁰⁵ Seiller (Bertrand), *Droit administratif, 1. Les sources et le juge*, Paris, Flammarion, 4^e éd., 2011, p. 293.

¹¹⁰⁶ Durkheim (Émile), *Les règles de la méthode sociologique*, Flammarion, 1988, p. 108-139 (chap. III).

¹¹⁰⁷ En revanche, comme le souligne Olivier Jouanjan : « Mais Hauriou comme Duguit ne peuvent être dits, au sens propre, « sociologues ». L'un comme l'autre sont tout au plus des sociologues de cabinet qui n'envisagent pas les travaux empiriques ». Cf. *Le « moment 1900 »...*, *op. cit.*, avant-propos, p. 16.

¹¹⁰⁸ Milet (Marc), « *L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique...* », *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁰⁹ Duguit (Léon), « Préface » de la troisième édition du *Traité de droit constitutionnel*, cité par Chazal (Jean-Pascal), « Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, 2010/2, p. 87.

¹¹¹⁰ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. I, p. 253.

¹¹¹¹ Herrera (Carlos Miguel), « Duguit et Kelsen... », *op. cit.*, p. 333.

qu'« une pure fiction, sans valeur scientifique » ; de même pour le professeur autrichien, ce concept ne pouvait pas fonder une *théorie pure* du droit, c'est-à-dire écartant tous les éléments extra-juridiques. La doctrine de la souveraineté serait en réalité « un masque, un masque vraiment tragique, derrière lequel se cachent des revendications {...} de différentes natures »¹¹¹². Ce que la doctrine mexicaine a compris, mais sans que la conception « classique » de la souveraineté soit remise en question. En effet, les théories de la souveraineté de Duguit et Kelsen étaient souvent citées par les juristes mexicains, mais aussi les théories de Rousseau, Esmein et Carré de Malberg. C'était donc une preuve d'érudition permettant de renforcer la scientificité de leur discours. Ce que l'on trouve, par exemple, dans l'ouvrage de droit constitutionnel le plus ambitieux de son époque, celui de Felipe Tena Ramírez, président de la Cour suprême mexicaine et disciple de Rabasa¹¹¹³.

Par ailleurs, pensant observer positivement la société, Duguit a cru trouver une règle d'« interdépendance sociale » inscrite dans les transformations solidaristes que connaissait la société française à la fin du XIX^e siècle. Pour le dire autrement, le droit serait un phénomène social exprimant la solidarité entre les individus. Comme il écrit :

Je suis de ceux qui pensent que la science sociale positive n'est point impuissante à définir un idéal et à formuler les règles de conduite pour le réaliser ; mais cet idéal, il est sur terre, il est humain, pleinement et exclusivement humain [...] il se résume en un mot : solidarité sociale¹¹¹⁴.

Puisque l'homme isolé n'existe pas, l'homme étant toujours encadré par des groupes plus ou moins cohérents (famille, cité, nation...) - ce qui correspond à la pensée conservatrice qui tend à penser la société en tant que communautés¹¹¹⁵ -, une loi s'imposerait aux hommes qui les obligerait

¹¹¹² « Der Wandel des Souveränitätsbegriffes », *Studi filosofico giuridici dedicati al Prof. Giorgio del Vechio*, t. II, Modène, 1931, p. 1, cité par Beaud (Olivier), *La puissance de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 19. D'ailleurs, intéressé très tôt par le travail de Kelsen, Duguit contribua à diffuser ses idées en France. Dans son *Traité de droit constitutionnel* (1^e éd. de 1911) en effet, il est possible de trouver des nombreuses références à Kelsen. Voir Pina (Sandrina), « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015/1, p. 376.

¹¹¹³ Cf. *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 3-11. Il convient de préciser que l'article 39 de la Constitution de 1917 dispose : « La souveraineté nationale réside essentiellement et originellement dans le peuple. Toute sorte de pouvoir public émane du peuple, pour être ensuite institutionnalisé au bénéfice de celui-ci. Le peuple détient, en permanence, un droit inaliénable de faire modifier ou altérer sa forme de gouvernement ».

¹¹¹⁴ Duguit (Léon), *Leçons de droit public général*, Paris, Boccard, 1926, p. 36.

¹¹¹⁵ Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 42-43.

à vivre ensemble¹¹¹⁶. En un mot, une loi sociale fondamentale contraint les hommes à cohabiter. Elle interdit « tout acte ou toute abstention susceptible de produire un désordre social, de sorte que, un tel agissement étant accompli, il y a une tendance du milieu social à rétablir l'ordre »¹¹¹⁷. Le droit devient ainsi l'expression de la solidarité. En revanche, il faut noter qu'après la Première Guerre mondiale Duguit ajoute au sentiment de socialité celui de justice¹¹¹⁸, ce qui a été critiqué à de nombreuses reprises. Gény, en particulier, lui reprochait de vouloir construire une méthode scientifique tout en admettant les sentiments de « socialité » et de « justice »¹¹¹⁹, se rapprochant ainsi du jusnaturalisme.

Enfin, la démolition des droits subjectifs a été accentuée par la rupture du droit de propriété classique.

B. La propriété-fonction sociale, rupture du droit de propriété classique

Cette conception radicale de la formation du droit, amène Duguit à des résultats tout aussi originaux. Si les droits proviennent de la règle de la solidarité et de l'interdépendance sociales, la conséquence logique est que les droits sont constitués de « fonctions sociales ». C'est dire qu'en vertu de la solidarité sociale, les individus ne sont pas dotés de droits (subjectifs) mais de devoirs sociaux. Le modèle pour lui est la propriété : elle cesse d'être le droit subjectif du propriétaire, « le plus individualiste des droits individuels »¹¹²⁰ pour devenir une « fonction sociale » du détenteur de la richesse¹¹²¹. Duguit semble sur ce point s'opposer à la pensée conservatrice, laquelle pense que la propriété et la liberté sont intimement liés. Toute tentative pour limiter la propriété conduirait à une diminution de liberté. Classiquement considérée comme le droit subjectif type, pour Duguit la

¹¹¹⁶ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. I, p. 9-12. C'est pourquoi il affirme : « Robinson dans son île n'a pas de droits », *Souveraineté et liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 138.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

¹¹¹⁸ Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 228.

¹¹¹⁹ Gény (François), « Les bases fondamentales du droit civil face aux théories de L. Duguit », *RTD civ.*, 1922, p. 789. Voir aussi Chazal (Jean-Pascal), « Léon Duguit et François Gény... », *op. cit.*, p. 87 ; Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 230.

¹¹²⁰ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 38.

¹¹²¹ Sur ce point, voir également Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 236.

propriété ne peut pas être un droit absolu, comme les révolutionnaires de 1789¹¹²² et puis le Code civil¹¹²³ de 1804 le disposaient. Alors que les rédacteurs du Code civil ont cru que le seul moyen de protéger l'affectation de la richesse « c'était de donner au détenteur de la chose un droit subjectif absolu, absolu dans sa durée, absolu dans ses effets »¹¹²⁴. Or, les conséquences de cette conception, pour Duguit, sont graves pour la collectivité :

D'abord le propriétaire ayant le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose a par là même le droit de ne pas en user, de ne pas en jouir, de ne pas en disposer, et par conséquent de laisser ses terres sans culture, ses emplacements urbains sans construction, ses maisons sans location et sans entretien, ses capitaux mobiliers improductifs¹¹²⁵.

Si les droits subjectifs sont une question métaphysique insoluble¹¹²⁶ et doivent être anéantis de la pensée juridique, ceci suppose que « la propriété-droit subjectif est une conception d'ordre purement métaphysique en contradiction radicale avec le positivisme moderne »¹¹²⁷ devant aussi être écartée. Cette évolution annonce en effet une « révolution du droit de propriété »¹¹²⁸ encadrée par les articles 544 et 545 du Code civil. Selon Duguit, « le système civiliste de la propriété disparaît parce qu'il n'avait été établi que pour protéger l'affectation d'une chose à un intérêt individuel et qu'il ne peut servir à protéger l'affectation d'une chose à un but collectif »¹¹²⁹. Le but du célèbre professeur était en fait de réinscrire le droit individualiste de la propriété, hérité de la Révolution de 1789, dans un cadre social¹¹³⁰. Et d'affirmer : « Dans les sociétés modernes où la conscience nette et profonde de l'interdépendance sociale est devenue dominante, {...} la propriété est pour tout détenteur d'une richesse le devoir, l'obligation d'ordre objectif, d'employer la richesse

¹¹²² L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose : « La propriété est un droit inviolable et sacré... ».

¹¹²³ Selon l'article 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue »

¹¹²⁴ Duguit (Léon), *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912, p. 151-152.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 153.

¹¹²⁶ *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, t. I.

¹¹²⁷ Duguit (Léon), *Les Transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 156.

¹¹²⁸ Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société, op. cit.*, p. 95.

¹¹²⁹ Duguit (Léon), *Les Transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 157.

¹¹³⁰ Voir sur ce point Boccon-Gibod (Thomas), « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVIII, 2014/3, p. 285 à 300.

qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale »¹¹³¹. Il s'agissait donc d'inscrire le droit de propriété, un des fondements du paradigme légaliste, dans un cadre social, c'est-à-dire le paradigme social.

Pourtant, les réactions dans la doctrine ont été fortes et diverses. En suivant la voie tracée par Duguit, Louis Josserand considère en 1905 que l'exercice d'un droit n'est pas permis -partiellement ou totalement- et constitue même une faute lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui¹¹³². Hauriou, pour sa part, accuse son ancien ami d'« anarchisme de la chaire »¹¹³³ en raison de sa conception révolutionnaire du droit de propriété, mais aussi parce qu'il avait reconnu le droit de résistance à l'oppression comme une conséquence de son système¹¹³⁴. Comme il sera abordé *infra*, le Législateur qui ne respecte pas le droit objectif, qui devient tyrannique, ne serait pas légitime.

Au Mexique, cette théorie de la fonction sociale de la propriété paraît avoir eu un grand retentissement. L'article 27 de la Constitution dite « de Querétaro », en effet, rédigé par une assemblée constituante révolutionnaire¹¹³⁵, reconnaît implicitement la fonction sociale de la propriété :

La Nation détient un droit originaire de propriété sur les terres et sur les eaux qui se situent à l'intérieur du territoire national. La Nation a exercé et exercera son droit de transmission légale de tels biens en faveur des personnes privées, constituant ainsi le droit de propriété.

Toute expropriation devra être achevée sur la base de considérations d'utilité publique et par l'intermédiaire d'une compensation. La Nation détiendra, à tout moment, le droit d'imposer des modalités au droit de propriété, dans la mesure où celles-ci seront stipulées en termes de l'intérêt public. Par ailleurs, la Nation exercera le droit de réguler les conditions d'exploitation des éléments naturelles susceptibles d'appropriation.

¹¹³¹ Duguit (Léon), *Les Transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 157-158.

¹¹³² Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 95.

¹¹³³ C'est en réalité Hauriou et son disciple Achille Mestre qui seront à l'origine de l'expression, reprise par Léon Michoud et Esmein. Cf. Milet (Marc), « *L. Duguit et M. Hauriou, quarante ans de controverse juridico-politique...* », *op. cit.*, p. 102.

¹¹³⁴ Sur cette problématique voir Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 232 et s.

¹¹³⁵ Principalement par Andrés Molina Enríquez et Pastor Rouaix. Voir *infra a. La conception révolutionnaire de Molina Enríquez*.

Désormais l'origine de la propriété individuelle résidant dans la Nation, l'article permet d'exproprier ou de nationaliser les biens qui ne poursuivaient pas un but d'utilité collective, comme Duguit le souhaitait¹¹³⁶. Ceci opère dans le droit mexicain contemporain une rupture juridique majeure, similaire peut-être à l'abolition de la féodalité lors de la Révolution française et la proclamation d'un droit de propriété absolu par le Code Napoléon. L'article marque en effet le début du « constitutionnalisme social »¹¹³⁷. Qui plus est, cette conception nouvelle du droit de propriété est généralement considérée comme une des clés de la Révolution mexicaine, dans la mesure où elle permet d'exaucer la répartition des terres dans les années 1940, ce qui constituait une des principales demandes des révolutionnaires, en particulier zapatistes.

En revanche, lors de la rédaction de l'article, il ne semble pas y avoir eu des références à Duguit. Bien que le professeur bordelais ait exposé cette théorie lors de ses conférences à Buenos Aires en 1911¹¹³⁸ et que ses idées aient ainsi largement circulé en Amérique latine¹¹³⁹, il semble que la « réception » de Duguit ait été postérieure¹¹⁴⁰. En effet, les juristes mexicains paraissent avoir véritablement pris conscience de l'importance de l'auteur vers le milieu du XX^e siècle. Un article du professeur Francisco H. Ruiz (1946), de manière révélatrice, discute excessivement les idées de Duguit de solidarité et d'interdépendance sociale, comme si l'objectif était de légitimer la fonction sociale de la propriété consacrée par l'article 27 de la Constitution et le Code civil fédéral de 1928¹¹⁴¹. Pourtant, le terme « fonction sociale », avec la montée du socialisme, était à la mode au début du XX^e siècle. Comme l'explique M. Keiser, « la Constitution mexicaine de 1917 était le

¹¹³⁶ Voir Duguit (Léon), *Les Transformations générales du droit privé...*, *op. cit.*, p. 166.

¹¹³⁷ Voir *infra* Section 2. L'attachement de Rabasa et Lévy à l'ancien paradigme

¹¹³⁸ Pour plus de détails sur ces conférences, voir Herrera (Carlos Miguel), « Léon Duguit à Buenos Aires : Sociabilité et politique dans la réception d'une théorie juridique », dans *Duguit et les Amériques. Historicités et circulations transatlantiques d'une pensée juridique*, actes du colloque international à La Havane, Cuba, les 5 et 6 avril 2018 (à paraître).

¹¹³⁹ Keiser (Thorsten), « Social conceptions of Property and Labour... », *op. cit.*, p. 269.

¹¹⁴⁰ Duguit est pourtant généralement considéré comme l'auteur de la doctrine moderne de la fonction sociale. Voir p. Ankersen (T. Thomas) et Ruppert (Thomas), « *Tierra y Libertad: The Social Function Doctrine and Land Reform in Latin America* », dans *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property*, dir. Paul Babie et Jessica Viven-Wilksch, Springer, 2019, p. 227.

¹¹⁴¹ Le Code civil de l'État fédéral de Mexico dispose dans son article 830 : « Le propriétaire d'une chose peut en jouir et en disposer dans les limites et modalités fixées par la loi » et dans son article 840 : « Il n'est pas légal d'exercer le droit de propriété de telle manière que son exercice n'ait d'autre résultat que de causer un préjudice à un tiers, sans bénéfice pour le propriétaire ».

produit d'une élaboration législative autonome »¹¹⁴². Or les juristes mexicains, légistes du régime révolutionnaire, pour justifier postérieurement la Constitution de Querétaro, ont presque systématiquement invoqué les auteurs européens, tels que Duguit, comme s'il s'agissait d'autorités. Dans leurs ouvrages, qui étaient en réalité des manuels scolaires, « documents fermés invoquant l'autorité professorale »¹¹⁴³, ils mobilisaient effectivement les théories des juristes français comme arguments d'autorité issus d'un système juridique considéré comme supérieur¹¹⁴⁴ ou, en tout cas, comme un système qu'il fallait suivre pour ne pas apparaître comme « retardataire » sur une scène internationale en pleine mutation¹¹⁴⁵. À titre illustratif, dans les écrits d'Antonio Martínez Báez on voit clairement qu'il fallait s'inspirer de la pensée française. Il écrivait par exemple que « notre système constitutionnel {avait été} copié du système français », spécialement la théorie révolutionnaire française. C'est la raison pour laquelle il considérait qu'il fallait étudier les œuvres de Rousseau et Duguit¹¹⁴⁶. En somme, les juristes mexicains utilisaient les écrits de la doctrine française afin de justifier *a posteriori* l'introduction du paradigme social par les révolutionnaires.

D'autre part, en ce qui concerne la sociologie de Maurice Hauriou, il faut d'abord noter que, chargé d'un cours « d'histoire générale du droit français » comme Duguit, il se pose très tôt la question de la scientificité de l'histoire du droit « classique ». C'est alors qu'il récuse le choix de Duguit de commencer le cours par une « introduction sociologique » en raison de l'incapacité à recourir à des lois de causalité¹¹⁴⁷. Après quelques années de silence, il décide de sortir de sa réserve à l'égard de la sociologie. Dans un article intitulé « Les Facultés de droit et la sociologie » (1893), il se positionne de manière très critique vis-à-vis de la nouvelle discipline. Selon lui, les sciences

¹¹⁴² Bien qu'elle ait été décrite comme une constitution « *mestiza* », c'est-à-dire « métisse ». Cf. Keiser (Thorsten), « Social conceptions of Property and Labour... », *op. cit.*, p. 271.

¹¹⁴³ Cossío Díaz (José Ramón) et Silva Herzog (Jesús), *Lecturas de la Constitución...*, présentation, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁴⁴ Voir par exemple l'ouvrage le plus important en matière de droit constitutionnel mexicain, celui de Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, spécialement p. 189. Par rapport à l'article 27 de la Constitution et la « propriété de la Nation », l'auteur considère la doctrine française comme « la plus acceptable de toutes ». Voir aussi dans le même sens, Keiser (Thorsten), « Social conceptions of Property and Labour... », *op. cit.*, p. 269.

¹¹⁴⁵ Cf. Audren (Frédéric), compte rendu de *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 dans RTD civ., 2014, p. 735. L'auteur apporte des précisions par rapport au concept de « modèle juridique ».

¹¹⁴⁶ « Comme je l'ai dit au début de ce cours, la pensée de Rousseau est intéressante car elle a beaucoup influencé les hommes de la Révolution française et donc les constitutions françaises créées par ladite révolution et qui avec l'invasion napoléonienne se sont répandues dans toute l'Europe et ont été imitées en Amérique ». Selon l'auteur, la théorie de Rousseau fut rectifiée par Duguit. Cf. *Obras, t. III Obra jurídica diversa*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 515 et 571.

¹¹⁴⁷ Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. IX-XI.

sociales ne devraient pas seulement être auxiliaires de la science juridique, mais aussi, la recherche empirique sur le droit dans son contexte social - en particulier sur son histoire - devrait constituer une méthode légitime de la science juridique¹¹⁴⁸. En clair, « la sociologie doit purement et simplement se mettre au service du droit »¹¹⁴⁹. En revanche les Facultés de droit, « gardiennes du droit » et « instrument de conservation sociale », seraient tenues à une prudence incompatible avec les préceptes de la sociologie tels qu'ils ont été exposés par Durkheim¹¹⁵⁰. Ainsi, pour Duguit comme Hauriou, il s'agit avant tout de proclamer la suprématie de la science juridique¹¹⁵¹ afin de renforcer l'autorité des juristes. Ce dernier écrit pourtant « un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup de sociologie y ramène »¹¹⁵², dans son ouvrage *La Science sociale traditionnelle* (1896). Or si l'objectif de l'ouvrage est de construire une science sociale « traditionnelle »¹¹⁵³, comme le titre l'indique, l'auteur dévoile pourtant la dimension catholique de sa sociologie¹¹⁵⁴. En effet, il s'agit de « tenter l'organisation de cette synthèse des affirmations traditionnelles acceptables pour la science », c'est-à-dire de la morale issue de la foi et du dogme chrétiens, celle-ci fournissant « une réponse satisfaisante à la question sociale »¹¹⁵⁵. Par ailleurs, posée dans ses grandes lignes dès 1905

¹¹⁴⁸ Weglinski (Cezary), « Maurice Hauriou's Theory of the Institution: Legal Institutionalism and the Science of the State », *Archiwum filozofii prawa i filozofii społecznej*, 2022/3, p. 89.

¹¹⁴⁹ Barroche (Julien), « L'argument sociologique chez Maurice Hauriou », dans *La pensée du doyen Hauriou...*, *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁵⁰ Hauriou (Maurice), « Les Facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, t. XVII, n° juillet-août 1893, dans *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, p. 4. Il affirme ainsi : « La plupart {des} conclusions auxquelles aboutit {Durkheim} dans l'esquisse de cette morale sont inquiétantes par leurs tendances socialistes », cf. Hauriou, « La crise de la science sociale », *Revue de droit public*, 1894, t. I, p. 319. Voir également Chevallier (Jacques), « Les linéaments d'une théorie sociologique de l'administration », dans *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s) ?*, dir. C. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 622.

¹¹⁵¹ Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. XVII.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ Il écrit dès la préface : « Si la science sociale doit prendre à un degré quelconque la responsabilité de la conduite humaine, il semble qu'elle soit obligée d'appeler à son aide la tradition », Hauriou (Maurice), « La science sociale traditionnelle », dans *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. IX.

¹¹⁵⁴ Sur les liens entre catholicisme et rénovation méthodologique voir : Audren (Frédéric), « La Belle époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 28, 2008/2, p. 233 à 271. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-histoire-des-idees-politiques1-2008-2-page-233.htm>, consulté le 10 juin 2023. Plus précisément, sur les liens entre Hauriou et le catholicisme, voir dans le même numéro : Barroche (Julien), « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 28, 2008/2, p. 307-335. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-histoire-des-idees-politiques1-2008-2-page-233.htm>, consulté le 10 juin 2023.

¹¹⁵⁵ Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. X-XI.

et parachevée en 1925¹¹⁵⁶, la très connue théorie de l'institution d'Hauriou, théorie conservatrice, s'inspire aussi de la pensée chrétienne, ou du moins celle-ci permet de comprendre sa théorie.

C. La théorie de l'institution, miroir d'une pensée catholique conservatrice

Dans un contexte de forte laïcisation de la société¹¹⁵⁷, dans lequel la combativité des juristes catholiques (tels que Saleilles, Gény, Charmont, Demogue ou encore Deslandres) se réactive symétriquement¹¹⁵⁸, Hauriou élabore sa théorie de l'institution. Autrement dit, dans un contexte de forte laïcisation, la méfiance face au pouvoir républicain des juristes catholiques s'accroît. Parallèlement, la doctrine tente de résister. Ainsi, lors que *La Science sociale traditionnelle* (1896) et les *Leçons sur le mouvement social*¹¹⁵⁹ (1899) montrent les premiers linéaments de la théorie, Hauriou affine principalement ses idées dans la première édition des *Principes de droit public*¹¹⁶⁰ (1910). Or c'est en 1925 que la thèse est définitivement exposée sous le titre « La théorie de l'institution et de la fondation »¹¹⁶¹. Dans cette dernière œuvre, il présente un résumé final de sa théorie. Tout d'abord, pour ce « *sociologue catholique* »¹¹⁶² :

L'institution est une organisation sociale créée par un pouvoir qui dure parce qu'elle contient une idée fondamentale acceptée par la majorité des membres du groupe¹¹⁶³.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p. XXIX.

¹¹⁵⁷ Il faut peut-être rappeler la loi concernant la séparation des Églises de l'État du 9 décembre 1905 fondant la sécularisation de l'État.

¹¹⁵⁸ Audren (Frédéric), « La Belle époque des juristes catholiques... », *op. cit.*, p. 243. Comme l'écrit M. Foulquier : « face à une société en voie de sécularisation, Maurice Hauriou s'engagea pleinement dans une œuvre d'évangélisation du droit public français », « Maurice Hauriou, constitutionnaliste. 1856-1929 », dans *Le renouveau de la doctrine*, *op. cit.*, p. 282.

¹¹⁵⁹ Textes repris dans Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*

¹¹⁶⁰ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1^e éd., 1910.

¹¹⁶¹ Hauriou (Maurice), « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », dans *La Cité moderne et les transformations du droit. Cahiers de la Nouvelle Journée*, Paris, Bloud et Gay, 1925/4. Texte repris dans *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté. Cahiers de la Nouvelle Journée*, Paris, Bloud et Gay, 1933/23, p. 89-128.

¹¹⁶² Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. XXXIII.

¹¹⁶³ Hauriou (Maurice), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1930, p. 73, cité par Laronze (Fleur), « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 68, 2012/1, p. 183.

C'est dire que par l'inscription d'une « idée d'œuvre », d'entreprise dans le temps, on passe des « organisations sociales provisoires » à la formation d'institutions. L'important, c'est l'« adhésion » : il y a un « phénomène de reconnaissance »¹¹⁶⁴ nécessaire. Parce qu'elle intéresse la collectivité et a une existence propre due à son organisation, l'institution dépasse l'individu humain¹¹⁶⁵. Ainsi, Hauriou paraît s'inscrire pleinement dans l'univers conservateur. En estimant que l'institution dépasse l'individu et que l'institution permet d'assurer la liberté, Hauriou rejoint la pensée des conservateurs.

D'autre part, un élément essentiel pour comprendre l'idée de passage d'une organisation sociale à une institution, c'est le fait que la première « a réalisé dans son sein une situation juridique »¹¹⁶⁶. C'est la raison pour laquelle l'institution permet de comprendre le droit, selon Hauriou. L'institutionnalisme serait une théorie qui permet d'expliquer la formation du droit et du pouvoir, mais aussi une méthode pour analyser la société :

Il suffit de regarder autour de soi pour se rendre compte que c'est un phénomène social fondamental. Les institutions sont la société elle-même; la famille, le mariage, la propriété, le suffrage universel, la république, autant d'institutions. L'histoire sérieuse est devenue l'histoire des institutions. Or ces institutions ont été au début des organisations provisoires, fondées le plus souvent sur la violence; le mariage et la famille fondés sur le rapt de la femme et le despotisme du mâle, la propriété sur le vol, le suffrage universel et la république sur des multiples révolutions, comme la royauté d'ailleurs¹¹⁶⁷.

Par définition, l'institution est une « chose sociale » omniprésente. Or cette ubiquité a duré dans le temps : « Une organisation, quelle qu'elle soit, ne peut aspirer à la dignité d'institution que si elle se perpétue avec un mouvement uniforme ». Globalement, un état de fait, pour qu'il puisse se transformer dans un état de droit, exige une « permanence »¹¹⁶⁸. En d'autres termes le critère de *continuité* dans la création des institutions est fondamental : les organisations sociales doivent s'enraciner dans la société pendant des générations pour se métamorphoser dans des institutions¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁴ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public, op. cit.*, p. 130.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 129.

¹¹⁶⁶ *Id.*

¹¹⁶⁷ Hauriou (Maurice), « La science sociale traditionnelle », *op. cit.*, p. 194.

¹¹⁶⁸ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public, op. cit.*, p. 131-132.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 132.

L'idée de *répétition* se profile ainsi, comme un écho de la « loi d'imitation » de Gabriel Tarde¹¹⁷⁰. Celle-ci se caractérisait essentiellement par une continuité des interactions sociales¹¹⁷¹. Plus précisément, les inventions, découvertes ou innovations se propageraient par l'imitation. Ce qui veut dire que, contrairement à la thèse de Durkheim, l'évolution sociale ne serait pas déterminée par des lois extérieures transcendantes qui s'imposent aux individus, mais par ce que Tarde appelle des « initiatives rénovatrices individuelles »¹¹⁷², les inventions qui se propagent par l'imitation. « Hauriou s'inspire alors des démonstrations de Tarde pour montrer combien le lien social demeure fondé sur des ressemblances spontanées »¹¹⁷³.

Il convient de préciser toutefois que pour Hauriou, « une organisation qui, à ses débuts, paraît antisociale, peut avec le temps devenir très sociale et se mettre en relation avec l'ensemble des choses, si autour d'elle les choses ont changé ». La raison réside dans le fait que « l'institution est une organisation sociale établie avec l'*ordre général des choses* ». L'exemple se trouve dans l'Église chrétienne, puisque si « elle paraissait antisociale aux Romains du temps de Marc-Aurèle et, pour les contemporains de Constantin, elle devint une institution fondamentale de l'État ». C'est dire que pour Hauriou, il y aurait des « communautés naturelles » dégagées par le temps (telles que la famille, les paroisses, les églises, les associations, les entreprises, etc.) qui assureraient « l'ordre naturel des choses ». Outre l'idée de communautarisme, le Maître de Toulouse continue par dévoiler une autre caractéristique déterminante du conservatisme, la *stabilité* :

Cette exigence de relations avec l'ensemble des choses existant, cache au fond une condition d'équilibre. Pour être une institution, une organisation doit avoir trouvé son point d'équilibre avec le monde extérieur¹¹⁷⁴.

L'idée d'« équilibre » est effectivement très importante dans la conceptualisation de l'institution. Elle se trouve même au cœur de la pensée d'Hauriou dans la mesure où il place cette

¹¹⁷⁰ Auteur de l'ouvrage *Les Lois de l'imitation*, Paris, Félix Alcan, 1890.

¹¹⁷¹ Voir Barroche (Julien), « L'argument sociologique chez Maurice Hauriou », dans *La pensée du doyen Hauriou...*, *op. cit.*, p. 58-59.

¹¹⁷² Djellal (Farida) et Gallouj (Faïz), « Les lois de l'imitation et de l'invention : Gabriel Tarde et l'économie évolutionniste de l'innovation », *Revue économique*, n° 68, 2017/4, p. 645.

¹¹⁷³ Barroche (Julien), « L'argument sociologique chez Maurice Hauriou », dans *La pensée du doyen Hauriou...*, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁷⁴ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 130-131. C'est nous qui soulignons.

notion dans la définition de « l'institution des institutions »¹¹⁷⁵, l'État. Contrairement à ce que soutient le Maître de Bordeaux selon lequel « le mot État désigne toute société humaine dans laquelle existe une différenciation politique, c'est-à-dire une différenciation entre gouvernants et gouvernés », Hauriou indique que « la différenciation politique ne suffit pas pour évoquer l'idée d'État, il faut aller jusqu'à celui de la stabilité obtenue par des équilibres de pouvoir »¹¹⁷⁶. Cet équilibre suppose dès lors une séparation des pouvoirs parmi les institutions¹¹⁷⁷. C'est parce que l'État est une institution qu'une séparation des pouvoirs s'impose. Celle-ci constitue véritablement le « signe extérieur des institutions »¹¹⁷⁸. En bref, l'institution peut être définie comme un système d'équilibre des pouvoirs et du consentement¹¹⁷⁹.

D. Le vitalisme en amont de l'institutionnalisme

Pour comprendre la « grande affaire de sa vie »¹¹⁸⁰, l'institutionnalisme, il faut noter que le *vitalisme* se trouve en amont de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou¹¹⁸¹. Comme l'indique le titre de son étude « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social » (1925), la théorie renvoie à la philosophie vitaliste de Henri Bergson (1859-1941). Si les ouvrages de ce dernier sont communément considérés comme une remise en cause du kantisme et du positivisme scientifique, le vitalisme considère en essence que la nature humaine ne peut pas être réduite aux lois physico-chimiques (transcendantalisme). Dans *L'Évolution créatrice* (1907) Bergson expose sa théorie de l'élan vital selon laquelle il est indispensable de se représenter la vie

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 126. Sur ce point : Chambost (Anne-Sophie), « Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch). La théorie de l'institution contre l'omnipotence de la loi », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2012, n° 32, p. 373-387.

¹¹⁷⁶ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁷⁷ « L'équilibre des forces en présence dans une institution n'est pas celui de la balance dont les plateaux oscillent sous des poids égaux; il est plutôt celui des organismes vivants, dans lesquels les énergies sont maintenues dans leur état de combinaison par la suprématie de l'une d'elles. En d'autres termes, l'équilibre de l'institution est une synthèse pratique à base de pouvoir », cf. Hauriou (Maurice), *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁷⁸ *Id.*

¹¹⁷⁹ Brimo (Albert), *Les grands courants...*, *op. cit.*, p. 319.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 313.

¹¹⁸¹ Mazères (Jean-Arnaud), « Le vitalisme social de Maurice Hauriou (ou le sous-titre oublié) », dans *La pensée du doyen Hauriou...*, *op. cit.*, p. 230. Sur le vitalisme social du doyen Hauriou voir aussi Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution du doyen Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 60.

comme un seul et même élan. L'élan vital se définit donc fondamentalement comme un courant d'énergie créatrice opposé à la matière¹¹⁸². L'institution serait conséquemment l'organisation sociale capable d'encadrer cet élan vital. Cet élément de transcendance renvoie clairement à la pensée conservatrice, selon laquelle « il y a dans la vie humaine quelque chose qui la dépasse, qui ne se résume pas et qui tient du divin »¹¹⁸³.

Par rapport à la durée, Hauriou reprend l'idée de Bergson que *la durée est créatrice*. En l'occurrence la durée créerait le droit par l'intermédiaire des institutions. Dans la mesure où les institutions se sont formés avec le temps¹¹⁸⁴, le droit doit se conformer à elles. Ce n'est pas le droit qui crée les institutions, elles préexistent au droit et en conséquence elles s'y imposent. Le vitalisme est de cette manière une certaine posture qui lui permet de définir l'institution¹¹⁸⁵, en saisissant la vie comme mouvement. L'évolution créatrice se manifesterait alors dans les idées directrices de l'institution. Il écrit dans ce sens :

Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans le milieu social¹¹⁸⁶.

Enfin, l'institution est le moyen pour le professeur toulousain de rétablir le lien entre le social et l'individu¹¹⁸⁷. C'est le moyen de trouver l'équilibre entre deux tensions : l'ordre social et le respect de la liberté individuelle. Inspiré par Saint Thomas, Hauriou considère que la liberté rationnelle est inhérente à l'homme¹¹⁸⁸. Ce qui l'amène à distinguer entre la constitution sociale (les libertés individuelles essentiellement) et la constitution politique (l'organisation politique de l'État) pour mettre en évidence la primauté de la première¹¹⁸⁹. Cette constitution sociale, qui a pour base les droits individuels, peut affronter naturellement l'État. Les droits individuels des sujets et des citoyens qui sont membres de la communauté nationale sont aussi naturels dans l'État que les

¹¹⁸² Bergson (Henri), *L'évolution créatrice*, Paris, Presses Universitaires de France, 1941, p. 88 et s.

¹¹⁸³ Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 29. Voir également Kirk (Russell), *The Conservative Mind : from Burke to Santayana*, Hery Regnery, 1953.

¹¹⁸⁴ Pour une distinction entre durée et temps, consulter Bergson (Henri), *L'évolution créatrice*, *op. cit.*, p. 1 et s.

¹¹⁸⁵ Mazères (Jean-Arnaud), « Le vitalisme social de Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 231.

¹¹⁸⁶ Hauriou (Maurice), « La théorie de l'institution et de la fondation... », *op. cit.*, p. 96.

¹¹⁸⁷ Chambost (Anne-Sophie), « Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch)... », *op. cit.*, p. 377.

¹¹⁸⁸ Barroche (Julien), « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *op. cit.*, p. 309.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 330.

pouvoirs du gouvernement de l'État lui-même¹¹⁹⁰. Nous pouvons donc rejoindre M. Barroche pour dire que la pensée d'Hauriou est une recherche d'équilibre entre l'État et l'individu, entre l'ordre et le mouvement¹¹⁹¹. Dès lors, le signe distinctif de sa méthode, la coïncidence entre le fait et le droit¹¹⁹², se traduit par une conciliation entre la liberté individuelle et l'autorité de l'État. Comme l'écrit M. Vincent : « pour les conservateurs, la liberté n'est pas seulement celle des individus ou des personnes morales, c'est également la liberté du système politique, celle des institutions »¹¹⁹³. En se présentant comme un auteur « révolutionnaire », Hauriou reprend les thématiques classiques des penseurs conservateurs (communautarisme, transcendantalisme, ordre, liberté).

Toutefois, si les juristes mexicains ont lu Hauriou, ils n'ont pas retenu le côté subversif de son œuvre. Un des juristes les plus importants de la seconde moitié du XX^e siècle, Ignacio Burgoa, rapprochait par exemple la théorie de la constitution sociale de Hauriou des travaux du juriste mexicain Trueba Urbina¹¹⁹⁴, alors que ce dernier, dans l'ouvrage *La primera Constitución político-social del mundo* (1972), justifiait de manière idéologique la Constitution de Querétaro. Or le rapprochement s'explique parce que la doctrine mexicaine du XX^e siècle n'était pas véritablement intéressée par la limitation de l'État, mais plutôt par sa consolidation. Les auteurs français étaient utilisés par les juristes pour apporter plus de poids et de prestige à leurs ouvrages politiques¹¹⁹⁵.

En définitive, le projet commun des doyens de Bordeaux et de Toulouse se reflète par le souhait de rompre avec le strict positivisme juridique, en pensant le droit *comme une science sociale*¹¹⁹⁶. Face à la menace que représentent les nouvelles sciences sociales, dans un contexte de changement de paradigme, ils suggèrent de finir avec la méthode classique d'observation du droit. Malgré leurs divergences et confrontations successives, les deux professeurs convergent sur ce point. En effet, « si Hauriou reproche à Duguit d'interpréter le droit comme une création du milieu social, lui-même considère pourtant que les institutions, au premier rang desquelles l'État,

¹¹⁹⁰ Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 622-623.

¹¹⁹¹ Barroche (Julien), « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *op. cit.*, p. 334.

¹¹⁹² Brimo (Albert), *Les grands courants...*, *op. cit.*, p. 327.

¹¹⁹³ *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 43-44.

¹¹⁹⁴ *Derecho constitucional mexicano*, Mexico, Porrúa, 5^e éd., 1984, p. 316.

¹¹⁹⁵ Nous approfondirons ce point *infra*, voir D. La construction de conceptions révolutionnaires

¹¹⁹⁶ Hauriou (Maurice), *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, préface p. IX.

« institution des institutions », sont également un produit du milieu social »¹¹⁹⁷. Ainsi, les deux juristes se sont consacrés à limiter la puissance de l'État, ce que les juristes mexicains ont remarqué, mais sans tirer les conséquences de cette limitation.

§2. De la hantise du socialisme à la limitation de l'État

Une fois que les professeurs de Bordeaux et de Toulouse ont élaboré une nouvelle méthode de décryptage du droit, ils se sont attelés à limiter la puissance de l'État. Pour cela, ils ont construit des théories qui semblent véritablement révolutionnaires par rapport aux théories classiques de l'État, des théories qui se heurtent diamétralement aux principales théories de l'époque. Comme l'affirme Duguit dans son premier ouvrage : « nous voulons faire avant tout une œuvre négative »¹¹⁹⁸. Il s'agit de « briser les cadres étroits et artificiels dans lesquels s'enferme depuis des siècles la pensée juridique »¹¹⁹⁹. Pour cela il fallait critiquer de manière acharnée les doctrines française et allemande de l'État. Que ce soit par la théorie du droit objectif ou celle de l'institution, les deux auteurs s'attachent à bouleverser la doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État (*Herrschaft*) théorisée notamment par Jellinek¹²⁰⁰ et la doctrine française de la souveraineté, défendue par Adhémar Esmein et plus tard Raymond Carré de Malberg. De ce fait, en refondant la définition de l'État et de la souveraineté, les deux auteurs aboutissent à des révolutions conceptuelles. Leur nouvelle vision du droit et de l'État conduit à réduire le rôle du Législateur, en contrecarrant la conception légicentriste héritée de la pensée des Lumières et de la Révolution française. C'est dire que dans un contexte troublé, ces juristes cherchent à encadrer le pouvoir politique. En outre, se dégage aussi de leur théorie une tentative d'ébranler le volontarisme juridique hérité de la Révolution. C'est dire qu'ils s'opposent au paradigme légaliste tout en insérant un nouveau paradigme social.

¹¹⁹⁷ Barroche (Julien), « L'argument sociologique chez Maurice Hauriou », dans *La pensée du doyen Hauriou...*, *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁹⁸ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁹⁹ *Loc. cit.*

¹²⁰⁰ Selon lequel « De même que l'État a la faculté d'*auto-détermination*, de même il a la faculté d'*auto-limitation*... En vertu de l'*auto-limitation*, de force force physique, l'État devient force morale; sa volonté s'élève d'une puissance sans limite à une puissance juridiquement limitée à l'égard d'autres personnalités », Jellinek (Georg), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, p. 331, cité par Duguit (Léon), *L'État...*, *op. cit.*, p. 11.

Cela dit, nous verrons au fur et à mesure comment les juristes mexicains ont repris ces théories de l'État, alors qu'ils travaillaient pour stabiliser la Révolution mexicaine de 1910.

A. La limitation de l'État par le droit objectif

En ce qui concerne Duguit, tout d'abord, sa grande ambition était de limiter l'État au « droit objectif ». Or, il convient de préciser que, contrairement à la conception actuelle de la majorité des juristes¹²⁰¹, pour le Maître bordelais, le droit objectif n'était pas le droit produit par l'État mais correspondait au droit issu de la « masse des consciences individuelles ». Plus précisément, comme nous l'avons vu *supra*, le droit se définirait comme une règle à l'intersection entre la solidarité et l'interdépendance sociale à laquelle tous les individus sont tenus d'obéir. En conséquence la « loi positive » se limiterait à constater le droit objectif issu de cette masse des consciences¹²⁰². Pour le dire autrement, en refusant la conception durkheimienne de « conscience collective »¹²⁰³, le droit serait créé par la « masse des consciences collectives » lorsqu'elle a l'idée que tel acte doit être sanctionné. En clair, ce qui fait qu'une norme sociale devienne une norme juridique, c'est la prise de conscience par la masse des consciences individuelles qu'un tel acte suppose une réaction organisée¹²⁰⁴. La source créatrice du droit n'est donc pas un acte de l'État telle qu'une loi ou un règlement, mais la conscience de la masse des esprits influencés par les sentiments de solidarité et de justice :

Dans tout groupement social, il y a toujours eu et il y aura toujours, à un moment donné, une certaine conception générale de la justice¹²⁰⁵.

Le rôle de l'État devient de sanctionner cet acte et non pas de créer le droit. L'État n'est plus une « personnification » ou sujet de droit détenteur de la souveraineté telle qu'elle a été conçue par

¹²⁰¹ Sur ce point voir Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 230-231.

¹²⁰² *Ibid.*, p. 218.

¹²⁰³ Selon Duguit, il rejette l'idée de conscience collective de Durkheim parce que ce serait une « affirmation d'ordre métaphysique », *Les Transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 45

¹²⁰⁴ Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 228.

¹²⁰⁵ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. I, p. 123.

Jean Bodin au XVI^e siècle¹²⁰⁶. Duguit commence son ouvrage de 1901 en commentant la définition de son « savant collègue » Adhémar Esmein : « L'État est la personnification juridique d'une nation », définition « classique » selon lui qui confondait l'État et la souveraineté. D'autant plus que toutes ces doctrines de la souveraineté ne sont que des « hypothèses et fictions, quand elles n'aboutissent pas à un cercle vicieux ». Il ne s'agit que de créer des hypostases, « c'est-à-dire donner la personnalité à ce qui n'est que la manifestation d'une force ». Or il faut rester dans le monde de la réalité si on veut faire de l'étude du droit une science. Duguit suggère alors une définition matérielle de l'État fondée sur la distinction entre gouvernants et gouvernés. Dans les faits il y a toujours des hommes plus forts que les autres qui imposent une contrainte aux plus faibles : « il n'y a que les organes, c'est-à-dire des individus qui imposent aux autres individus leur volonté, et cela sous la sanction de la contrainte matérielle »¹²⁰⁷. L'État ne serait donc pas un sujet de droit titulaire de droits subjectifs, ceux-ci étant une notion *a priori* qu'il faut absolument bannir si l'on veut construire une véritable science juridique¹²⁰⁸. En réalité, ces doctrines classiques de l'État ne sont qu'une « fiction imaginée pour justifier ce pouvoir des plus forts ». Or la « puissance politique {qui} est simplement le pouvoir des plus forts » se voit soumise à une règle qui s'impose à tous, cette règle est la règle de droit¹²⁰⁹.

Plusieurs remarques se dégagent de cette théorie de l'État. D'abord, en adoptant cette nouvelle posture, Duguit se positionne contre les théories de l'auto-limitation et du contrat social de Rousseau¹²¹⁰, le « pontife de la souveraineté nationale »¹²¹¹ :

¹²⁰⁶ Face au massacre de la Saint-Barthélemy (1572), Bodin tente de répondre à la question de la séparation de la religion et de l'État. Dans *Les Six Livres de la République* (1576) il définit la souveraineté comme : « la puissance absolue et perpétuelle d'une République ». Confronté à la construction de l'État moderne, il produit une « révolution » conceptuelle avec sa théorie de la souveraineté. Cf. Beaud (Olivier), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 48-50. Sur l'œuvre de Bodin, voir notamment Goyard-Fabre (Simone), *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, PUF, 1987.

¹²⁰⁷ Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 5-9. Il est probable que Duguit ait emprunté au théoricien allemand Lorenz von Stein (1815-1890) l'idée que l'État n'est que le produit historique de la différenciation sociale entre les forts et les faibles. Cf. Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif...*, *op. cit.*, préface de Franck Moderne, p. X.

¹²⁰⁸ Voir *supra* §1. De la sociologie au renouvellement épistémologique

¹²⁰⁹ Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif...*, *op. cit.*, p. 10-11.

¹²¹⁰ Pour une approche critique et générale des théories contractualistes, voir Foucault (Michel), *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France* (1975-1976), Paris, Gallimard, 1997.

¹²¹¹ Duguit (Léon), *Souveraineté et liberté*, *op. cit.*, p. 195.

Qu'on appelle État un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé, où les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles, nous le voulons bien. Qu'on appelle souveraineté politique ce pouvoir des plus forts sur les plus faibles ; nous y donnons les mains. Aller au-delà, c'est entrer dans l'hypothèse. Dire que cette volonté de ceux qui commandent ne s'impose aux individus que parce qu'elle est la volonté collective, c'est fiction ingénieuse, inventée par les détenteurs de la force pour légitimer cette force, mais pas autre chose¹²¹².

L'idée qu'un État tout puissant décide de poser ses propres limites est en fait « purement illusoire » et partant inefficace et dangereuse. Tandis qu'il existe une règle plus efficace pour limiter l'État, c'est la « règle de droit {objectif} supérieure à l'individu et à l'État, supérieure aux gouvernants et aux gouvernés ». Il s'agit dès lors d'une théorie réaliste de l'État - qui soutient que « ce qu'on appelle la volonté de l'État n'est au fond que la volonté d'un certain nombre de personnes »¹²¹³ -, contrastant frontalement les doctrines allemandes, probablement pour des raisons patriotiques. Comme le souligne M. Melleray : « toute la doctrine de Duguit est articulée sur la base d'une remise en cause, toujours très documentée mais parfois injuste, des théories allemandes »¹²¹⁴. Ce qui s'explique par le contexte géopolitique¹²¹⁵ et probablement par le fait que le professeur bordelais a perdu l'un de ses deux fils lors de la Grande Guerre¹²¹⁶.

Si les théories allemandes font l'objet d'attaques acerbes de la part de Duguit, les théories françaises de la souveraineté ne sont pas moins épargnées. En particulier la théorie du contrat social de Rousseau, laquelle implique que la société provient d'un pacte, tandis que pour Duguit l'homme est un être social et pour qu'il y ait contrat il faut que la société existe déjà. C'est pourquoi Duguit qualifie la théorie d'« antinomie » : « le contrat est né de la vie sociale et non la vie sociale du contrat »¹²¹⁷. L'idée sous-jacente du contrat social est dès lors réfutée : « L'idée d'une puissance matérielle, légitime parce qu'elle appartient à l'unanimité, est une fiction ; car si tous voulaient une

¹²¹² *Ibid.*, p. 9-10.

¹²¹³ *Ibid.*, p. 12.

¹²¹⁴ Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 218.

¹²¹⁵ Sur l'engagement des professeurs de droit dans la Grande Guerre voir Sené (Antoine), *Dans les tranchées du droit...*, *op. cit.*

¹²¹⁶ Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 219.

¹²¹⁷ Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 12. Il évoque en outre la contradiction entre souveraineté et contrat social : « Or si l'État est souverain, il ne peut pas être lié contractuellement parce que sa volonté serait déterminée autrement que par elle-même; ou s'il est lié par le contrat, il n'est plus souverain ». Cf. Duguit (Léon), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 136.

même chose, il n’y aurait pas lieu de la commander et de l’imposer par la contrainte »¹²¹⁸. Pour Duguit, Rousseau n’est que « le père du jacobinisme sectaire et tyrannique »¹²¹⁹ car ses théories légitimeraient l’omnipotence du souverain. Cependant sa théorie est passée dans la législation politique de la France : dans l’article 3 de la Déclaration de 1789 qui consacre le principe de la souveraineté nationale et indivisible et dans l’article 6 de la même charte qui définit la loi comme « l’expression de la volonté générale »¹²²⁰. Or, c’est à la lecture de son ami Durkheim qu’il trouve l’élément lui permettant de combattre Rousseau : la théorie de *l’interdépendance sociale*¹²²¹. Pour le professeur bordelais, le contrat social est une dangereuse croyance métaphysique erronée dans la mesure où l’homme n’est pas libre :

Un homme isolé, sans relations avec ses semblables, n’a pas, ne peut pas avoir des droits. Robinson dans son île n’a pas de droits. L’homme ne peut avoir de droits que lorsqu’il entre en relations avec d’autres hommes, c’est-à-dire lorsqu’il vit en société. Les droits de l’homme ne peuvent donc pas être antérieurs à la société ; mais au contraire ils naissent de la société¹²²².

Dans son entreprise de « destruction-édification »¹²²³, le but suprême de Duguit est de « détrôner »¹²²⁴ l’État, c’est-à-dire de le limiter. Ce qu’il fait en extrayant du droit objectif un ensemble d’obligations négatives et positives qui s’imposent à l’État¹²²⁵. Plus nettement, les gouvernants ont selon lui des devoirs négatifs d’abstention et sont ainsi tenus de « ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale ». Ensuite il ont également des devoirs positifs les obligeant « à employer la plus grande force qu’ils monopolisent à la réalisation sociale »¹²²⁶. Enfin, c’est l’accomplissement de ces obligations ce qui légitime ou non un État :

¹²¹⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹²¹⁹ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. III, *La théorie générale de l’État (suite et fin)*, Paris, Boccard, 2^e éd., 1923, p. 572.

¹²²⁰ *Id.*

¹²²¹ Cf. Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 225.

¹²²² Duguit (Léon), *Souveraineté et liberté*, *op. cit.*, p. 138.

¹²²³ Fonbaustier (Laurent), « Une tentative de refondation... », *op. cit.*, p. 1058.

¹²²⁴ Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*

¹²²⁵ Duguit (Léon), *L’État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 14.

¹²²⁶ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *La théorie générale de l’État*, Paris, Boccard, 2^e éd., 1923, p. 60-61.

L'État, c'est la force matérielle quelle que soit son origine; elle est et reste un simple fait; mais elle devient légitime si ceux qui la retiennent l'emploient à l'accomplissement des obligations négatives et positives que leur impose la règle de droit, c'est-à-dire l'emploient à la réalisation du droit¹²²⁷.

Comme nous l'avons déjà évoqué, dans un contexte agité, le professeur bordelais veut limiter le pouvoir politique républicain. En outre, dans la mesure où l'interprète du droit objectif limitant l'État est le juriste, il souhaite également restaurer l'autorité des juristes. Ce qui relève du conservatisme, malgré l'apparence révolutionnaire de sa théorie.

Plus tard dans sa carrière, Duguit trouve un outil permettant de justifier cette limitation de l'État.

B. L'apparition tardive du service public

Si les administratifs contemporains ont retenu la notion du service public comme critère fondamental de limitation de l'État dans la pensée de Duguit, il n'en demeure pas moins que la notion est apparue tardivement dans son œuvre. Ce n'est qu'en 1913 dans *Les transformations du droit public* que Duguit théorise la notion de service public et la place au cœur de sa construction. Qui plus est, il convient de préciser que Duguit n'a pas inventé la notion juridique de service public. Et il ne l'a utilisé que dans une perspective de théorie politique, sans prétendre avoir trouvé le critère de distinction du droit privé et du droit administratif¹²²⁸. C'est dans le tome II du *Traité de droit constitutionnel* qu'il nous donne la (très) célèbre définition du service public :

Toute activité dont l'accomplissement de cette activité doit être assurée, réglée et contrôlée par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante¹²²⁹.

¹²²⁷ Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 15.

¹²²⁸ Cf. Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 243.

¹²²⁹ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. II, p. 61.

Ce qui est important pour nous, c'est que le service public devient « le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental »¹²³⁰. La théorie duguiste conduit à réduire considérablement le rôle du Législateur. Désormais celui-ci doit se limiter à constater la règle de droit et en assurer le respect¹²³¹. À rebours de la pensée des Lumières et des révolutionnaires de 1789, sa fonction n'est plus de créer le droit. Tout le légicentrisme du XIX^e siècle est fulminé par cette théorie. C'est le mythe de la Loi expression de la volonté générale qui se voit ébranlé, attaque que Gény a déclenchée. Autrement dit, le paradigme légaliste issu de la Révolution de 1789 est attaqué. Pourtant, en cherchant à dépasser les théories classiques d'explication ou de justification de l'État, par sa théorie « révolutionnaire » Duguit crée une nouvelle légitimation de l'État. En effet, paradoxalement « Duguit lui a fourni une très forte légitimation, une justification. Au lieu d'être perçu comme une puissance s'imposant aux gouvernés comme dans la perspective libérale, il devient une force bienfaitrice, titulaire de devoirs objectifs et non de droits subjectifs de puissance publique »¹²³². Comme Pierre Delvolvé écrit déjà en 1985 : « le service public justifie toute extension de l'État et toute restriction des libertés : il ouvre la voie à la servitude »¹²³³.

De ce fait, une fois que nous avons vu quels sont les rôles de l'État et du Législateur dans les écrits de Duguit, nous pouvons comprendre qu'il ait reconnu le - polémique - droit de résistance à l'oppression¹²³⁴ :

Tout gouvernement est tyrannique, quelle que soit la forme de ce gouvernement, même un gouvernement de suffrage universel, quand ce gouvernement viole habituellement les devoirs positifs ou négatifs que lui impose la règle de droit. Un gouvernement tyrannique est une force brutale; toute force qui s'élève contre lui, dans le but d'assurer le respect du droit, est parfaitement légitime, puisqu'elle est déterminée par un but de solidarité. Ce n'est pas cette force oppressante qui est révolutionnaire, elle représente au contraire le droit; c'est le gouvernement tyrannique qui était révolutionnaire. Tout gouvernement établi par la force

¹²³⁰ *Ibid.*, p. 62.

¹²³¹ Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 15 et s.

¹²³² Melleray (Fabrice), « Léon Duguit... », *op. cit.*, p. 250.

¹²³³ « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 1, cité *ibid.*

¹²³⁴ Sur ce point consulter par exemple : Desmons (Eric), *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999 ; Hakim (Nader), « « Chacun choisit son propre droit » : le droit sur le fil du rasoir postmoderne », dans *Dialogues autour du nihilisme juridique*, dir. Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, *Historia et Ius*, 2020 ; Arguijo Hoyo (Juan Fernando), *Le droit de résistance à l'oppression dans la pensée juridique contemporaine*, Mémoire Droit, Bordeaux, 2018.

d'une révolution qui a renversé un gouvernement tyrannique, est un gouvernement légitime, si la révolution a été faite en vue du droit¹²³⁵.

Néanmoins, Duguit adoucit quelques années plus tard sa position :

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'anarchie¹²³⁶.

Ce qui n'as pas empêché Hauriou de l'accuser d'être un « anarchiste de la chaire » et Adhémar Esmein de le suggérer. Ironiquement, le premier, par son innovante et radicale conception de l'État, propose lui aussi une théorie révolutionnaire de l'État. Le Maître toulousain est généralement considéré comme un « révolutionnaire conceptuel »¹²³⁷, par sa théorie de l'État et ses conceptualisations originales à contre-courant des canons de la pensée dominante.

C. La limitation par l'institutionnalisme

Si l'État est pour Maurice Hauriou la « première des institutions », c'est dû au fait qu'il n'est pas une institution comme les autres, mais l'institution « suprême et perfectionnée »¹²³⁸. En effet, « si dans son existence l'État est une institution, voire un ensemble d'institutions, son essence en fait l'institution des institutions »¹²³⁹. C'est dire que coexistent deux mouvements : l'État comme une institution, d'une part, et les groupes sociaux qui deviennent des institutions, d'autre part, mais sans rapport réel entre eux¹²⁴⁰. Selon lui, chaque institution secrète son propre droit, en dehors de toute empreinte légaliste ou étatique¹²⁴¹. Or encore faut-il distinguer entre le droit « disciplinaire »

¹²³⁵ Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 312-313.

¹²³⁶ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 806.

¹²³⁷ Foulquier (Norbert), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste. 1856-1929 », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, p. 1 [en ligne] URL : www.juspoliticum.com (consulté le 24/06/2023).

¹²³⁸ Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution...*, *op. cit.*, p. 281.

¹²³⁹ *Ibid.*, p. 293.

¹²⁴⁰ Millard (Éric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1995, 30/31, p. 403.

¹²⁴¹ Beaud (Olivier), « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n° 6, p. 131.

et le droit « statutaire ». Alors que le premier « représente l'intérêt du groupe exprimé par la *coercition* du pouvoir de domination », le deuxième « représente l'intérêt du groupe exprimé par l'*adhésion* individuelle des membres aux procédures collectives de la vie corporative »¹²⁴². La force répressive du droit disciplinaire est de ce fait contrebalancée par le droit statutaire, qui traduit l'idée d'un droit *consenti* par les intéressés. L'intérêt de la distinction est qu'elle permet d'opposer au droit étatique le droit disciplinaire qui ne relève pas du régime de la légalité¹²⁴³ :

Le pouvoir disciplinaire se présente comme une force à laquelle on obéit ou à laquelle on résiste à ses risques et périls. L'obligation préétablie d'obéir existe dans le droit légal, parce que la loi est conçue de telle sorte que tous les sujets de l'Etat sont censés y avoir consenti. Mais il n'y a rien de tel pour le droit disciplinaire; il s'impose quoique non consenti et il s'impose et s'oppose à la façon d'un fait¹²⁴⁴.

Cette quête de limitation du pouvoir de l'État (pour assurer l'ordre) prouve à quel point cette théorie « révolutionnaire » par rapport aux théoriques classiques, restait conservatrice. Bien que pour Hauriou l'État soit la première des institutions et le type même des institutions¹²⁴⁵, il peut se contrer au droit institutionnel. La société étant un équilibre de forces sociales *préexistant* à l'État, le droit lui préexiste aussi¹²⁴⁶. L'institutionnalisation du pouvoir étatique engendre dès lors un phénomène d'autonomisation du droit par rapport au pouvoir politique¹²⁴⁷. En effet, il convient de rappeler que, comme Duguit, Hauriou n'adhérait pas aux thèses subjectivistes allemandes selon lesquelles le droit est considéré uniquement comme le produit de la volonté subjective de l'État¹²⁴⁸. C'est-à-dire la doctrine des juristes allemands de l'école de la *Herrschaft*, l'idée que l'établissement du régime de droit est l'œuvre de la volonté de la personne juridique¹²⁴⁹. Autrement

¹²⁴² Hauriou (Maurice), *Principes de droit public, op. cit.*, p. 136-137. C'est nous qui soulignons.

¹²⁴³ Beaud (Olivier), « Hauriou et le droit naturel », *op. cit.*, p. 131.

¹²⁴⁴ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public, op. cit.*, p. 139.

¹²⁴⁵ Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution...*, *op. cit.*, p. 351.

¹²⁴⁶ Chambost (Anne-Sophie), « Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch)... », *op. cit.*, p. 378.

¹²⁴⁷ Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution...*, *op. cit.*, p. 336.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 335.

¹²⁴⁹ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public, op. cit.*, p. 72.

dit, l'idée que l'État détermine sa propre compétence, « la compétence de sa compétence »¹²⁵⁰. Cette perspective « aboutit pratiquement, pour notre auteur, sous le couvert d'une sorte de mysticisme, à l'omnipotence du pouvoir de domination, {elle} mérite les critiques vengeresses de M. Duguit » exposées dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*¹²⁵¹.

Pour autant, si à l'instar de Duguit, l'objectif d'Hauriou était de refonder l'État par une doctrine révolutionnaire, il n'en demeure pas moins qu'il paraît aboutir à une impasse. « Tout comme la théorie de l'auto-limitation, la théorie institutionnelle aboutit à un cercle vicieux qui ne parvient pas à encadrer efficacement l'exercice du pouvoir étatique, mais conduit à la justification de sa puissance »¹²⁵². Si l'État finit par créer du droit en étant lui-même soumis au droit institutionnel, même face à un juge administratif devenant le véritable instrument institutionnel de limitation du pouvoir, l'État-institution est forcément *légitime*. Donc la théorie semble mener à un paradoxe¹²⁵³ : « fondé de manière institutionnelle, le pouvoir étatique ne peut être que légitime »¹²⁵⁴. Comme la refondation de l'État sur la solidarité et le service public tentée par Duguit, la doctrine d'Hauriou se voit confrontée en apparence à une aporie. Il faudrait nuancer, cependant, dans la mesure où le doyen de Toulouse soutenait l'existence d'une « superlégalité constitutionnelle »¹²⁵⁵. Canalisant la puissance de l'État, il y aurait au-dessus de la constitution écrite les principes individualistes de 1789, c'est-à-dire tous les principes fondamentaux du régime. Ceux-ci s'imposeraient à l'État et fonderaient sa « légitimité constitutionnelle »¹²⁵⁶. Ce qui est le cas en matière de révision constitutionnelle. Hauriou l'illustre avec l'article 8 de la loi constitutionnelle de 1875 qui déclarait : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision ». De la sorte, il défendait l'idée que la légitimité

¹²⁵⁰ Carré de Malberg (Raymond), *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 174 : « En effet, d'après une définition qui est actuellement adoptée par nombre d'auteurs, la souveraineté consiste essentiellement dans la faculté pour l'État qui en est revêtu, de déterminer sa compétence, exclusivement en vertu de sa volonté, c'est-à-dire de se fixer librement à lui-même les tâches qu'il veut remplir. La souveraineté se ramène ainsi à la « compétence de la compétence » ».

¹²⁵¹ *Ibid.*, p. 73.

¹²⁵² Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution...*, *op. cit.*, p. 335-336.

¹²⁵³ Malgré le fait que pour Hauriou le juge administratif soit le supérieur hiérarchique de l'administration. Cf. Hauriou (Maurice), *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose & Forcel, 7^e éd., 1911, p. 427.

¹²⁵⁴ Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution...*, *op. cit.*, p. 342.

¹²⁵⁵ Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 269.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 276.

constitutionnelle interdisait au pouvoir constituant de modifier la Constitution si cela devait altérer l'essence de l'État¹²⁵⁷. En outre, la légitimité constitutionnelle impliquait que « les droits individuels sont naturellement opposables à l'État¹²⁵⁸. Cependant, nous verrons plus loin comment, en rapprochant cette théorie de la « superlégalité constitutionnelle » au décisionnisme, la doctrine mexicaine a tenté de défendre le régime politique.

Par ailleurs, la limitation de l'État par Hauriou se révèle également par sa construction de conceptions révolutionnaires.

D. La construction de conceptions révolutionnaires

L'entreprise de Maurice Hauriou de déconstruction de la conception classique de l'État, s'accompagne aussi par une construction de conceptions révolutionnaires, « voire des révolutions sémantiques »¹²⁵⁹. Par sa critique de l'État, Hauriou opère une sorte de *désacralisation* du droit constitutionnel hérité de la Révolution¹²⁶⁰. C'est dire que les conceptions élaborées par les Lumières et consacrées par les révolutionnaires (paradigme légaliste) sont radicalement renversées. La souveraineté, par exemple, à l'inverse des théories du contrat social¹²⁶¹ devient une « souveraineté de sujétion », définie comme « la souveraineté de la conscience des sujets dont l'arme est le refus de l'assentiment »¹²⁶². Ce qui veut dire que les citoyens expriment leur « souveraineté » dans la mesure où ils détiennent le pouvoir d'accorder leur assentiment ou leur confiance, c'est-à-dire lorsqu'ils acceptent d'être assujettis au pouvoir des gouvernants¹²⁶³. La souveraineté, dans cette optique, ne désigne plus la détention du pouvoir, du moins comme Bodin l'avait théorisée (« puissance absolue et perpétuelle »). Ce n'est plus la justification du pouvoir de commander mais

¹²⁵⁷ Foulquier (Norbert), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste... », *op. cit.*, p. 13.

¹²⁵⁸ Hauriou (Maurice), *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 623.

¹²⁵⁹ Foulquier (Norbert), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste... », *op. cit.*, p. 30.

¹²⁶⁰ 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, p. 127.

¹²⁶¹ « Selon Hauriou, le sophisme du contractualisme consiste à présumer l'existence d'une situation contractuelle idéale et abstraite comme source du droit. Un tel concept est, sans doute, purement fictif, anhistorique, et réduit le fondement de la légitimité du droit à un acte individuel et isolé d'opération constitutionnelle ou électorale de fondation ». Cf. Weglinski (Cezary), « Maurice Hauriou's Theory of the Institution... », *op. cit.*, p. 42.

¹²⁶² Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 622.

¹²⁶³ Foulquier (Norbert), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste... », *op. cit.*, p. 17.

la condition de viabilité du pouvoir¹²⁶⁴. Autrement dit, la souveraineté nationale (ou « populaire ») - « qui n'est pas autre chose que la souveraineté de sujétion »¹²⁶⁵ - doit s'entendre comme une *souveraineté-autorisation* ne s'inscrivant pas dans une perspective d'auto-gouvernement. L'erreur du droit constitutionnel révolutionnaire, en effet, est d'avoir véhiculé l'idée que « tout pouvoir émane du peuple »¹²⁶⁶. Le caractère contraignant de la loi découle donc d'une chaîne d'adhésions successives, dont la dernière est celle des citoyens¹²⁶⁷. De cette manière, en réduisant la souveraineté nationale, Hauriou dévalorisait en même temps le suffrage universel et la représentation du régime républicain, révélant ainsi une mentalité conservatrice. En faisant de la souveraineté nationale l'action pour une institution, il fondait la représentation sur l'organisation du groupe¹²⁶⁸. Il faut remarquer, en outre, que si dans la deuxième édition du *Précis de droit constitutionnel* (1929), l'analyse de l'État est centrée sur la souveraineté, reconstruisant ainsi « le classicisme de l'analyse juridique sur les cendres de l'institution »¹²⁶⁹, Hauriou semble renoncer à l'analyse institutionnelle, certes. Toutefois, les discours institutionnel et de la souveraineté deviennent parallèles¹²⁷⁰.

Inévitablement, la souveraineté de sujétion conduit à la mise en valeur du pouvoir exécutif. À contre-courant de la pensée constitutionnelle dominante, dominée par Adhémar Esmein, Hauriou s'attache à préconiser le renforcement de l'Exécutif par rapport au pouvoir législatif. Alors que la démission forcée d'Alexandre Millerand en 1924 témoignait combien il était périlleux à l'époque de vouloir changer la République dans le sens d'un *leadership* présidentiel¹²⁷¹, Hauriou n'hésite pas moins à afficher une volonté de rehaussement de l'Exécutif. Dans un premier temps, il évoque la nécessité d'apprécier la primauté de l'Exécutif d'un point de vue politique et non pas juridique, contrairement aux doctrines du *contrat social* de Rousseau, recueillies par les hommes de la

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹²⁶⁵ Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 90.

¹²⁶⁶ Pinon (Stéphane), « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 131-132.

¹²⁶⁷ Beaud (Olivier), « Hauriou et le droit naturel », *op. cit.*, p. 125-126.

¹²⁶⁸ Foulquier (Norbert), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste... », *op. cit.*, p. 17-18.

¹²⁶⁹ Millard (Éric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *op. cit.*, p. 351.

¹²⁷⁰ Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution...*, *op. cit.*, p. 351.

¹²⁷¹ Pinon (Stéphane), « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 122.

Révolution et par les constitutions révolutionnaires¹²⁷². En particulier, le doyen toulousain appréhendait la nécessité de sa primauté dans le plan réel et politique de la vie gouvernementale qui exige la « décision rapide »¹²⁷³. Et ce notamment en période d'urgence :

un simple renforcement de l'urgence produit un renforcement des pouvoirs de l'Exécutif, sans modifier la nature de ces pouvoirs ni le caractère de leur rôle, expériences qui, comme un verre grossissant, révèlent la nature véritable du gouvernement politique ordinaire¹²⁷⁴.

Si à l'époque la recherche d'une légitimation du pouvoir exécutif était un objectif commun à de nombreux juristes et hommes politiques soucieux de réformer le régime - tels que René Capitant, Henri Giroud et Boris Mirkine-Guétzevitch¹²⁷⁵ -, c'est le juriste allemand Carl Schmitt (1888-1985) qui a repris la thèse de la primauté de l'Exécutif en période de crise, allant jusqu'à définir le souverain comme celui qui décide en période de crise¹²⁷⁶. Au point même, comme l'a démontré M. Beaud, de radicaliser la pensée de Maurice Hauriou afin de conforter son propre système théorique, dans une perspective autoritaire¹²⁷⁷. Certes, il existe de nombreuses similitudes dans leurs idées constitutionnelles et dans leur vision du droit sous-tendue par un catholicisme et un conservatisme similaires. En tout cas, l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou a marqué celle de Schmitt qui s'en est probablement inspirée, tout en la déformant, en la purgeant de toute dose de libéralisme¹²⁷⁸.

À ce stade, il convient de faire plusieurs remarques. D'abord, la doctrine mexicaine a utilisé l'idée du rehaussement de l'Exécutif d'Hauriou pour justifier le prédominance de ce pouvoir au Mexique. En effet, contrairement à la Constitution libérale de 1857 qui concentrait les pouvoirs dans le Législatif, la Constitution de 1917 renforce l'Exécutif, conformément aux souhaits de

¹²⁷² Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 383-384.

¹²⁷³ Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution...*, *op. cit.*, p. 345.

¹²⁷⁴ Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 385.

¹²⁷⁵ Pinon (Stéphane), « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 142.

¹²⁷⁶ Plus précisément : « Est celui souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle ». Cf. Schmitt (Carl), *Théologie politique*, trad. Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 15. Sur ce point voir en particulier *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, dir. David Dyzenhaus, Durham and London, Duke University Press, 1998 ; Goupy (Marie), « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt : réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », in *Archives de philosophie du droit. L'ordre public*, dir. René Sève, Paris, Dalloz, 2015, p. 355-371.

¹²⁷⁷ Beaud (Olivier), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface à Schmitt (Carl), *Théorie de la constitution*, trad. Lilyane Deroche et Olivier Beaud, Paris, Presses Universitaires de France, 2^e éd., 2013, p. 8.

¹²⁷⁸ *Id.*

Rabasa. C'est ce que remarque Jorge Carpizo, en citant Esmein et Hauriou. Plus précisément, il explique que le fait que l'Exécutif soit devenu le pouvoir prédominant au Mexique est corroboré par Esmein, qu'il cite : « Il est même inévitable que l'un des pouvoirs ait la prépondérance sur les autres »¹²⁷⁹. Cependant, ceci revenait à utiliser le prestige de la doctrine française pour justifier le gouvernement mexicain, contrôlé par le Parti Révolutionnaire Institutionnel. Autrement dit, dans un contexte autoritaire, ceci permettait de justifier le gouvernement soumis au parti qui se prétendait l'héritier de la Révolution mexicaine. Pourtant, nous verrons dans un autre chapitre, comment ces juristes mexicains ont œuvré pour consolider l'État de manière conservatrice, aboutissant au paradigme de la « nouvelle tradition ». S'ils ont lu Duguit et Hauriou, ils n'ont pas retenu les traits révolutionnaires de leur pensée. La doctrine mexicaine, à titre illustratif, a associé la pensée de Hauriou à celle de Carl Schmitt, ce qui n'était pas anodin. En effet, la réception des idées décisionnistes au Mexique a relevé d'un usage politique. L'hybridation de ces idées a permis d'affirmer à une partie de la doctrine l'irréformabilité de l'« essence de la Constitution », essence que seulement les juristes étaient en mesure de saisir.

Pour revenir sur le renforcement de l'Exécutif sous la III^e République, pour Hauriou, celui-ci devait s'opérer par l'élection directe du Président de la République : « Un beau jour {...} la nécessité s'imposera d'un exécutif fort, d'un Président de la République à l'américaine, élu directement par le peuple et irresponsable devant les Chambres »¹²⁸⁰. De cette façon, si le Président avait dès le départ été élu par le peuple « sans doute, un régime républicain démocratique stable se fût-il lentement établi, comme il s'est établi aux États-Unis, et eussions-nous fait l'économie de beaucoup de coups d'État et de révolutions »¹²⁸¹. Établir donc un lien direct entre le Président et le peuple revenait à préserver le régime des périls imminents, le bolchevisme et le fascisme¹²⁸². En effet, pour ce juriste conservateur, l'ordre et la stabilité étaient primordiaux. Enfin, cette volonté de renforcement de l'exécutif a fait qu'Hauriou soit considéré comme un « précurseur » du système mis en place par la V^e République¹²⁸³.

¹²⁷⁹ Esmein (Adhémar), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. I, Paris, 1921, p. 469, cité par Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana de 1917*, Mexico, UNAM, 5^e éd., 1982, p. 201.

¹²⁸⁰ Beaud (Olivier), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, p. 560.

¹²⁸¹ Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 344.

¹²⁸² Pinon (Stéphane), « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 157.

¹²⁸³ Voir sur ce point Sfez (Lucien), « Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes », dans *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XVI, Mai 1968.

La désacralisation s'observe aussi par rapport à la conception complètement opposée de la séparation des pouvoirs héritée des Lumières. Pour Hauriou, en effet, l'ancienne dichotomie fonctionnelle entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, théorisée par Montesquieu, s'efface au profit d'une autre dans laquelle le Gouvernement décide et le Parlement contrôle¹²⁸⁴. Il propose en réalité une nouvelle tripartition entre le pouvoir exécutif, le pouvoir délibérant et le pouvoir de suffrage¹²⁸⁵. Le premier « correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle la *décision exécutoire*, c'est-à-dire l'opération qui décide le *passage à l'exécution* d'un projet de résolution ». Le second « à l'opération qui consiste *en la rédaction, après discussion et délibération, d'un projet de résolution* qui devient obligatoire ». Et le troisième « à cette opération de la volonté qui s'appelle l'*assentiment*, c'est-à-dire à cette opération qui consiste à *accepter ou à ne pas accepter une proposition faite ou une décision prise par un autre pouvoir* ». Ce dernier pouvoir se manifeste par le *référendum* et le « *pouvoir de suffrage* », mais à la condition « de conserver au mot suffrage son sens primitif qui est *celui d'assentiment et de confiance* »¹²⁸⁶, sans doute en lien avec la « souveraineté de sujétion ».

Cependant, le rehaussement de l'Exécutif, intégré dans un nouveau concert des pouvoirs publics, est concomitant à un rabaissement de la loi. Pour le dire autrement, la désacralisation de l'État se fait en même temps que la désacralisation de la loi républicaine. Dans sa quête conservatrice de renversement des dogmes de la Révolution, Hauriou n'hésite pas à diminuer les sources classiques du droit (la loi) afin de revaloriser les sources traditionnelles, la coutume et la jurisprudence. Par rapport à la loi, dans les *Leçons sur le mouvement social* de 1899, il affirme déjà que « dans les institutions d'État, les sources formelles, en particulier la loi, ne créent pas tant le droit qu'elles le constatent »¹²⁸⁷. Car « en tant qu'interprète ou gardien du Droit, l'État ne crée pas, il se borne à constater. La législation n'invente point, elle revêt simplement d'une formule les institutions telles qu'elles sont nées dans le milieu social »¹²⁸⁸. En d'autres termes, les institutions, qui secrètent du droit, sont omniprésentes et pérennes dans la vie en société et elles au s'imposent

¹²⁸⁴ Pinon (Stéphane), « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 138-139.

¹²⁸⁵ Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 351.

¹²⁸⁶ *Id.*

¹²⁸⁷ Hauriou (Maurice), *Leçons sur le mouvement social*, 1899, cité par Chambost (Anne-Sophie), « Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch)... », *op. cit.*, p. 377.

¹²⁸⁸ Hauriou (Maurice), *Leçons sur le mouvement social*, dans *Écrits sociologiques*, *op. cit.*, p. 161.

au pouvoir politique. Le Législateur ne crée donc pas le droit, il le constate. À l'image de Duguit, Hauriou se soulève contre la pensée des révolutionnaires de 1789 et le paradigme légaliste : ce n'est pas vraiment le Législateur qui crée le droit et qui se trouve pour cette raison au centre de l'univers juridique (légicentrisme). Néanmoins, contrairement à Duguit pour qui le droit se dégagerait *spontanément* du sentiment de justice et de solidarité¹²⁸⁹, ce sont les institutions qui génèrent le droit et s'imposent au Législateur (républicain). Cela montre en partie la « révolution copernicienne » souhaitée par leur pensée juridique hétérodoxe. Or, cela montre également la volonté d'encadrer le Législateur républicain, dans un contexte de forte laïcisation, révélant de ce fait que leurs théories révolutionnaires relevaient, au fond, d'une pensée conservatrice. Quand ils dévoilent que les juristes sont les agents capables de décrypter le droit qui limite l'État, ils renforcent leur autorité pour encadrer le pouvoir politique duquel ils se méfient. Ils prouvent par conséquent un esprit conservateur.

Pour Hauriou, en effet, il s'agissait de revaloriser les sources traditionnelles du droit, plus stables et plus à même de garantir l'ordre social. Sans doute, au contraire de la pensée prédominante, Hauriou pense que « la coutume reste la source du droit la plus fondamentale, malgré l'ostracisme momentané dont l'a frappé la loi écrite »¹²⁹⁰. S'il constate qu'en droit positif la coutume ne peut ni abroger des lois ou de règlements, ni même y déroger, il n'hésite pas à assimiler la constitution écrite d'« imitation de la coutume » ou l'État d'« institution coutumière ». Par rapport à la jurisprudence, il loue « sa faculté d'évolution qui permet au juge de mieux adapter la règle de droit aux circonstances particulières, et sa prédisposition à accueillir les grands principes d'équité. La jurisprudence, plus concrète, est donc plus apte que la législation, trop abstraite et rigide, à pénétrer la nature des choses »¹²⁹¹. Favorisant les sources traditionnelles du droit, Hauriou nous offre une conception conservatrice du droit. Le but étant assurément de susciter un changement radical dans la pensée juridique, mais comme une force centripète permettant de modérer le pouvoir et garantir l'ordre.

En ce qui concerne les juristes de la Révolution mexicaine, comme nous l'avons évoqué, ils ont lu attentivement Duguit et Hauriou. Ils ont reconnu le caractère révolutionnaire de leurs théories. Or c'est probablement la raison pour laquelle ces théories alternatives, déclenchées par

¹²⁸⁹ Chambost (Anne-Sophie), « Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch)... », *op. cit.*, p. 378.

¹²⁹⁰ Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 619.

¹²⁹¹ Beaud (Olivier), « Hauriou et le droit naturel », *op. cit.*, p. 127-128.

Gény¹²⁹², ont eu peu de répercussions au Mexique. À partir des années 1920, en effet, les gouvernements mexicains cherchent à reconstruire le pays, ravagé par une dizaine d'années de guerre civile. C'est en particulier Plutarco Elías Calles « *El Jefe Máximo de la Revolución* » qui, en contrôlant les gouvernements de 1928 à 1934¹²⁹³, contribue à stabiliser sensiblement la Révolution. C'est la période du « *Maximato* ». Son objectif était d'« institutionnaliser » la Révolution, c'est-à-dire de créer des institutions modernes capables de canaliser les masses ayant participé dans les mouvements armés. Pour cela, il fonde le Parti National Révolutionnaire (PNR) en 1929, l'ancêtre du Parti Révolutionnaire Institutionnel (PRI) en 1946. L'idée était de soumettre à la discipline d'un parti les différents *caudillos*, c'est-à-dire les chefs de la Révolution. En outre, afin de légitimer le parti qui se prétendait l'héritier de la Révolution, il fallait un discours qui puisse justifier l'action de l'État. Les juristes ont, par conséquent, joué leur rôle en interprétant idéologiquement la Constitution de 1917¹²⁹⁴.

Ceci explique donc que les juristes mexicains, tels que Miguel Lanz Duret, Antonio Martínez Báez, Felipe Tena Ramírez, Ignacio Burgoa ou Jorge Carpizo aient utilisé les travaux de la doctrine française. S'ils ont lu Duguit et Hauriou, c'était effectivement en tant qu'arguments d'autorité. Ils n'avaient pas pour but de proposer, dans un climat autoritaire, des théories juridiques alternatives. Les préoccupations des juristes mexicains n'étaient pas, en effet, les mêmes que celles des français. Alors que les juristes français proposaient de manière conservatrice de réduire le rôle du Législateur dans un contexte de forte laïcisation, les juristes mexicains souhaitaient renforcer la machine étatique pour qu'elle puisse à nouveau garantir l'ordre social. Ce qui correspond au paradigme dans lequel ils étaient insérés. Tandis que les auteurs de la rénovation méthodologique en France écrivaient encore sous le paradigme légaliste, les juristes de la Révolution mexicaine étaient déjà plongés dans la naissance de la « nouvelle tradition ». Leur but, comme nous verrons plus tard, était de consolider la machine étatique autour du discours révolutionnaire. C'est pourquoi ils n'hésitaient pas à citer les théories françaises de la souveraineté, en particulier la théorie du contrat social de Rousseau ou la définition d'Esmein selon laquelle « l'État est la personnification d'une nation »¹²⁹⁵. S'ils citaient les théories de la limitation de l'État de Duguit et Hauriou, c'était de

¹²⁹² Felipe Tena Ramírez, par exemple, évoque l'intérêt des travaux de Gény pour le droit constitutionnel sans aller plus loin. Cf. Tena Ramírez (Felipe), *Derecho constitucional mexicano, op. cit.*, p. 83.

¹²⁹³ Cette période est connue comme le « *Maximato* ».

¹²⁹⁴ Voir *infra* Chapitre 1. La réaction contre le paradigme social

¹²⁹⁵ Voir par exemple Tena Ramírez (Felipe), *Derecho constitucional mexicano, op. cit.*, p. 7.

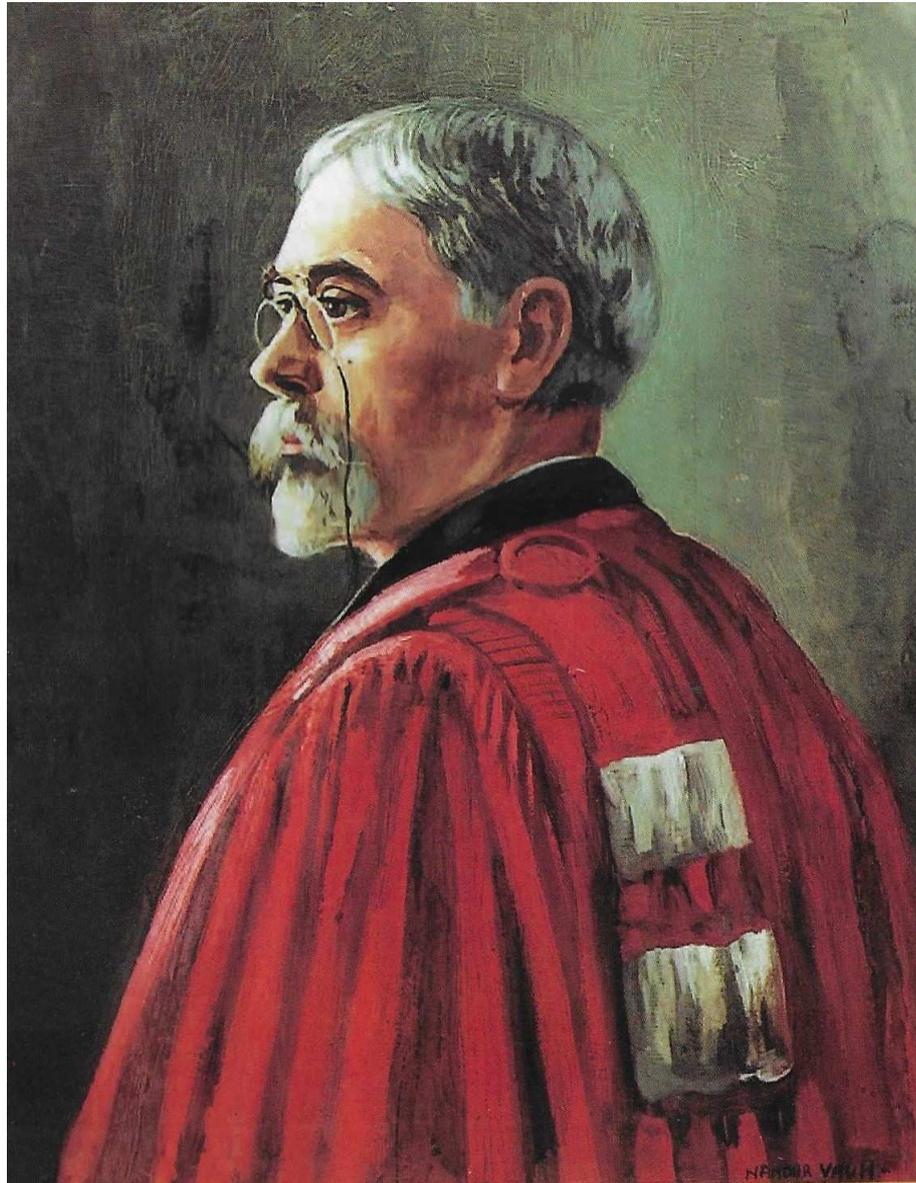
manière « professorale », sans affirmer la volonté de réduire l'État. Au contraire, la doctrine européenne, qu'elle soit allemande ou française, devait confirmer la certitude du droit révolutionnaire mexicain. Enfin, il est possible d'affirmer que, tandis que les juristes français de la Belle Époque essayaient encore de « digérer » de manière conservatrice la Révolution de 1789, les juristes mexicains du milieu du XX^e siècle travaillaient encore pour stabiliser celle de 1910, aussi de manière conservatrice. Pour ces derniers, contribuer à la propagande d'État était un moyen de propulser leur carrière.

Enfin, il convient de remarquer que la doctrine mexicaine du XX^e siècle était essentiellement nationaliste. Ce qui contrastait avec la doctrine du XIX^e siècle, comme l'atteste le cas de Rabasa, qui était un fin comparatiste et historien, à l'instar d'Adhémar Esmein. En revanche, les successeurs de Rabasa ont systématiquement rendu hommage à leur « maître », alors que celui-ci a été condamné de « réactionnaire » par les révolutionnaires. Ils n'ont pas cherché à le juger comme Duguit et Hauriou par rapport Adhémar Esmein. Ce qui atteste un certain esprit de corps dans la doctrine mexicaine, indépendamment de la rupture de 1910. Il faudra, dès lors, revenir sur le cas Rabasa. Pour comprendre comment les juristes mexicains se sont résignés au nouveau paradigme social, il convient de voir l'attachement de Rabasa au paradigme légaliste. De même, pour comprendre comment certains juristes rénovateurs français n'ont pas pu se détacher de cet ordre légaliste, il faudra analyser l'attachement d'Emmanuel Lévy au paradigme légaliste.

Léon Duguit



Maurice Hauriou



Felipe Tena Ramírez



Section 2. L'attachement de Rabasa et Lévy à l'ancien paradigme

Avant d'étudier le cas de Rabasa et Lévy par rapport au paradigme légaliste, un paragraphe préliminaire autour de la Révolution mexicaine de 1910 sera nécessaire. Ceci nous permettra de rendre plus intelligible la vie et l'œuvre d'Emilio Rabasa et au-delà, du développement du paradigme social au Mexique. Surtout, ce détour autour de la Révolution mexicaine et de la Constitution de 1917 promulguée par les révolutionnaires sera l'occasion de contextualiser un des articles les plus révolutionnaires du texte, le célèbre article 27. Dès lors, nous verrons comment la doctrine mexicaine réagit par rapport aux différentes conceptions du droit de propriété (libérale et sociale). Plus précisément, il conviendra d'étudier la conception officielle du droit de propriété sous la Révolution mexicaine, représentée par le juriste Andrés Molina Enríquez. Face à cette vision révolutionnaire du droit de propriété, Emilio Rabasa a pris la plume pour défendre la conception classique. À peu près à la même époque, de l'autre côté de l'Atlantique, ce droit a été à l'origine de plusieurs polémiques, que ce soit les écrits de Duguit par rapport à la fonction sociale de la propriété ou la volonté d'Emmanuel Lévy de dépasser la conception bourgeoise et libérale du droit de propriété. En effet, quand on compare les doctrines juridiques française et mexicaine au début du XX^e siècle, deux auteurs se font remarquer par leur radicalité face au modèle dominant : Emilio Rabasa (1856-1930) et Emmanuel Lévy (1871-1844). Si le premier s'est fait remarquer en tant que « légiste » du porfiriat, il s'est aussi distingué en tant qu'« ennemi de la Constitution de 1917 » et plus largement, ennemi du paradigme social. Paradoxalement, comme il a déjà été évoqué, son autorité a été considérable sur ce texte. Quant à Lévy, bien qu'il ait affirmé vouloir respecter les canons traditionnels du droit privé, par son adhésion au socialisme juridique il a fait trembler une partie de la doctrine. Son œuvre a en effet entraîné des vives réactions en raison de l'originalité de ses idées. De ce fait, dans cette période de transition, il peut être considéré comme un opposant au modèle juridique régnant, l'ancien paradigme légaliste. De cette façon nos deux auteurs ont contesté radicalement l'ordre juridique révolutionnaire au Mexique et capitaliste ou bourgeois en France (§1). C'est en tout cas ce que la doctrine majoritaire a retenu, mais leur opposition n'a pas été si frontale comme on l'a souvent présentée. En effet, quand on scrute leurs travaux, on s'aperçoit que ces deux professeurs ont progressivement modéré la radicalité de leur pensée au point d'afficher, à première vue, un renoncement inévitable à la lutte (§2).

Paragraphe préliminaire. La Révolution mexicaine

L'historiographie majoritaire considère que la Révolution mexicaine commence en 1910 lorsque Francisco Ignacio Madero (1873-1910) décide de s'opposer à la politique de Porfirio Díaz. Pour cela, ce riche héritier crée la même année un Parti National Anti-réélectionniste et décide de se présenter aux élections présidentielles contre Díaz, qui était au pouvoir depuis 1876. Extrêmement populaire, Madero est arrêté et emprisonné pendant le jour des élections. Sans surprise, Díaz emporte les élections. Peu de temps après, Madero s'enfuit aux États-Unis où il rédige le *Plan de San Luis Potosí* dans lequel il appelle à la lutte armée, initiant la Révolution mexicaine. La lutte se propage très vite au Nord du pays, du Chihuahua au Sonora, Durango et Coahuila. En février 1911, Madero revient au Mexique pour prendre la tête de l'insurrection. Soutenu par les États-Unis, ainsi que par des chefs locaux (*caudillos*) tels que Pascual Orozco, Pancho Villa et Emiliano Zapata, Madero parvient à battre les armées de Porfirio Díaz. En mai 1911, les Traités de Ciudad Juárez sont signés, reconnaissant la capitulation de Díaz. Celui-ci s'enfuit à Paris et des élections sont organisées. Madero les emporte largement, mais il rompt avec les autres factions révolutionnaires (les *reyistas*, *oroquistas* et *zapatistas*).

Devenu Président, Madero commence une révolution politique. Il permet le renouvellement de l'administration étatique : les porfiristes sont remplacés par des jeunes issus des classes moyennes. Une ouverture démocratique se fait sentir. Les élections locales sont respectées, ainsi que la liberté d'expression et la séparation des pouvoirs. Toutefois, les réformes de Madero ont laissé insatisfaits presque tous les groupes politiques et toutes les classes sociales du pays. Cette insatisfaction généralisée s'est traduite par le développement de l'opposition, y compris par des rebellions armées. Des porfiristes guidés par Bernardo Reyes, Félix Díaz et des anti-porfiristes dirigés par Pascual Orozco et Emiliano Zapata se sont soulevés contre le gouvernement de Madero. Pour affronter les plus violents, les *oroquistas*, le général Victoriano Huerta a été désigné par Madero. Pourtant, par un coup d'État organisé par Huerta et soutenu par le gouvernement des États-Unis (peut-être en raison des impôts maderistes aux pétroliers états-uniens) Madero est assassiné en 1913.

Commence alors une rébellion qui plonge le pays dans la violence. Le gouverneur de Coahuila, Venustiano Carranza, décide de prendre les armes pour renverser Huerta et rétablir l'ordre

juridique prévu par la Constitution de 1857. De ce fait, il organise son armée, « *El Ejército Constitucionalista* », dans l'objectif de rétablir la légalité et la Constitution de 1857. Ses idées politiques et juridiques sont alors exposées dans le *Plan de Guadalupe* de 1913 qui prévoyait en particulier l'organisation d'élections lorsque l'ordre serait rétabli. À ce moment là, les factions révolutionnaires qui s'étaient soulevées contre le général Díaz, réunies autour d'Alvaro Obregón, Adolfo de la Huerta, Pancho Villa¹²⁹⁶, au Nord, et Emiliano Zapata¹²⁹⁷ au Sud, se tournent contre le gouvernement de « l'usurpateur » Huerta. Au début de 1914, les rebelles contrôlent déjà le Nord du pays. Dans le but d'expulser Huerta de la capitale, ils décident de se diriger vers le centre du Mexique. Pendant ce temps le gouvernement de Huerta, confronté à une crise économique sévère, semblait se diriger vers la défaite, alors que les armées rebelles se renforçaient au fur et à mesure qu'elles progressaient dans leur marche vers Mexico.

Quand les révolutionnaires arrivent à la capitale en août de 1914, le mouvement régional devient un mouvement national. Or le conflit entre les trois principales factions, constitutionnalistes, villistes et zapatistes, devenait inévitable. Les trois groupes représentaient des idéologies et des milieux différents. Les constitutionnalistes (connus aussi comme « carrancistes ») représentaient les classes moyennes urbaines, les villistes les milieux populaires du Nord du pays et les zapatistes les milieux agraires du Sud, qui demandaient avant tout une réforme agraire. Une « guerre de factions » commence en 1915 lorsque les différents mouvements n'arrivent pas à trouver un accord sur les réformes politiques et sociales nécessaires. La guerre tourne alors autour des villistes et zapatistes alliés contre les carrancistes. Cependant, s'il semblait que les premiers allaient emporter la guerre, les seconds ont réussi à vaincre. Le marché des armes états-unien était devenu inaccessible pour les villistes en raison du déclenchement de la Première Guerre mondiale, tandis que les carrancistes avaient pris le contrôle de la production d'armes à Mexico. En outre, en s'étendant vers l'Orient et le Sud du Mexique, les carrancistes ont obtenu des ressources économiques et humaines importantes à partir de régions qui avaient été peu touchées par la guerre, alors que la célèbre « *División del Norte* », l'armée dirigée par Pancho Villa « *el Centauro del Norte* » reposait essentiellement sur l'État de Chihuahua, fortement concerné par des conflits armés depuis le début de la Révolution. Tout ceci explique que l'armée de Carranza s'impose

¹²⁹⁶ Sur la vie de ce célèbre révolutionnaire, voir Taïbo II (Paco Ignacio), *Pancho Villa. Una biografía narrativa*, Barcelona, Editorial Planeta, 2007.

¹²⁹⁷ Sur la vie de Zapata, voir l'excellente biographie de Womack (John), *Zapata y la Revolución Mexicana*, trad. Francisco González Aramburu Mexico, FCE, 1969.

définitivement vers la fin de 1915. Reconnu par les États-Unis, le gouvernement carranciste s'attache tout au long de l'année 1916 à consolider sa légitimité.

À mesure que le *carrancismo* arrivait à soumettre ses ennemis, un projet national de reconstruction devenait de plus en plus pressant. Il était urgent, en effet, de définir un plan afin de créer un consensus, rétablir l'ordre juridique et légitimer le mouvement révolutionnaire. Pour cela, lorsque les villistes et les zapatistes sont battus, Carranza « *el primer jefe* » décide de convoquer une Assemblée constituante. Celle-ci a lieu entre 1916 et 1917 dans la ville de Querétaro, dans des conditions qui ont été contestées. Même si des députés de tout le pays ont participé à son élaboration, le manque de représentativité a souvent été souligné. Les « ennemis du constitutionnalisme », les *villistas*, les *zapatistas* et les *huertistas*, ont été exclus des débats. Si l'Histoire est faite par les vainqueurs, la Constitution de Querétaro a indubitablement été le fruit des révolutionnaires qui ont gagné la guerre. Ceux-ci ne voulaient pas risquer dans les tribunes ce qu'ils avaient gagné dans les champs de bataille. En revanche, plusieurs idéologies se sont affrontées dans l'Assemblée. Des sympathisants du catholicisme social, des anciens reyistes (libéraux porfiriens réunis autour du général Bernardo Reyes¹²⁹⁸) et d'anciens madéristes y ont participé aux côtés des carrancistes. Bien que la lutte armée eût été l'œuvre des gens issus du monde populaire et rural, les députés constituants étaient en général des gens issus des milieux urbains. Ainsi, cette hétérogénéité a suscité des vives polémiques tout au long des séances.

Si l'objectif original était de réformer la Constitution de 1857 pour intégrer les aspirations sociales de la Révolution, la question de la rupture s'est vite posée. Tous les articles de l'ancienne Constitution ont été modifiés et, surtout, d'un point de vue qualitatif des nouveaux articles (tels que l'article 27 et l'article 123) ont ébranlé l'ancien ordre juridique légaliste. Rédigée entre la Première Guerre mondiale et la Révolution bolchévique, la Constitution de Querétaro a considérablement atténué le libéralisme imprégné dans la Constitution de 1857. En somme, bien que le fédéralisme, la représentativité et l'apparence démocratique aient été maintenus, l'Exécutif s'est vu fortement renforcé, comme le souhaitait Emilio Rabasa Estebanell, le « légiste » du *porfiriato*.

La Constitution de 1917 était le moyen pour les constituants d'établir la transition entre l'Ancien Régime et le nouvel État révolutionnaire. Pour cela, des concessions devaient être octroyées aux groupes populaires qui avaient participé dans la Révolution. Des moyens

¹²⁹⁸ Vers la fin du *porfiriato*, ce général de l'État de Jalisco était considéré comme un possible successeur du général Porfirio Díaz. Voir Cárdenas Ayala (Elisa), « Poder y política entre Porfiriato y Revolución: El reyismo », dans *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, n° 11, 2004, p. 87 à 106.

constitutionnels, solidifiant énormément l'État, ont alors été prévus. La réforme agraire qui était souhaitée par les zapatistes, a en effet été organisée dans l'article 27, l'arbitrage étatique entre les ouvriers et les patrons dans l'article 123, la laïcisation étatique consolidée (article 130) et des droits sociaux accordés¹²⁹⁹. *In fine*, le pouvoir Exécutif a été renforcé par des pouvoirs extraordinaires permanents prévoyant notamment une domination absolue sur les relations de propriété (article 27 de la Constitution) et un arbitrage en dernier ressort des conflits survenant entre les classes fondamentales de la société (article 123)¹³⁰⁰. Toutefois, ces deux articles, 27 et 123, ont provoqué une révolution juridique qui s'est intégrée dans la continuité politique du contrôle social initié sous le *porfiriato*¹³⁰¹. Plus globalement, la Constitution de Querétaro inaugure le constitutionnalisme social avant même la Constitution de Weimar de 1919¹³⁰². Elle marque notamment la rupture entre le paradigme légaliste issu de la Révolution française de 1789 et l'introduction du paradigme social.

C'est donc dans ce contexte tumultueux que Rabasa a radicalement contesté l'ordre révolutionnaire. Or, cette contestation peut être rapprochée de celle du représentant du socialisme juridique en France, Emmanuel Lévy.

§1. Une contestation radicale de l'ordre

Selon Édouard Lambert, son collègue Emmanuel Lévy a affronté « toutes les notions fondamentales que le juriste considère comme les bases invariables de sa science : contrat, droit réel, obligation, créance, droit acquis ». Il estimait, en effet, qu'il a provoqué un « malaise » chez les juristes, lesquels sont formés dans les facultés pour respecter l'ordre social : « Notre

¹²⁹⁹ Le député constituant Alfonso Cravioto avait d'ailleurs déclaré face à l'assemblée : « De même que la France, après sa révolution, a eu le grand honneur d'inscrire dans la première de ses Magna Carta les droits immortels de l'homme, de même la République mexicaine aura la légitime fierté de montrer au monde qu'elle est la première à inscrire dans une Constitution les droits sacrés des travailleurs ». Cf. Rouaix (Pastor), *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Mexico, Secretaría de Cultura, INEHRM, 2016, p. 118.

¹³⁰⁰ Córdova (Arnaldo), *La ideología de la Revolución Mexicana. La formación del nuevo régimen*, Mexico, Era, édition digitale, 2013, p. 522.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 254.

¹³⁰² Comme le souligne M. Herrera dans ses travaux, c'est la Constitution mexicaine dite « de Querétaro » qui fonde le constitutionnalisme social. Ainsi, contrairement à ce que l'on lit souvent, ce n'est pas la Constitution de Weimar de 1919 la première expression de ce constitutionnalisme social, puisque la mexicaine la devance de deux ans. Voir Herrera (Carlos Miguel), « Comment le social vient au constitutionnalisme. Entre État et droits », dans *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française*, dir. Carlos Miguel Herrera, Paris, Kimé, 2011, p. 30-31 ; « Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2021/1 n° 125, p. 245 ; « Constitutionnalisme et populisme constitutionnel en Amérique latine », dans *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 84 et s.

enseignement universitaire a de tous temps été organisé en vue de faire des juristes les défenseurs spontanés de toutes les situations acquises et de développer en eux un esprit ultra-conservateur »¹³⁰³. Ce qui explique selon lui que Lévy ait été écarté par une partie de la doctrine. En tout cas, le civiliste s'est attaqué à une des bases du libéralisme classique : le droit de propriété. Alors que Rabasa, à la même époque, s'est manifesté pour défendre cette conception, secouée par l'Assemblée constituante révolutionnaire, après des années de lutte sociale. Le combat a tourné alors autour du droit de propriété (A), ce qui témoigne d'un attachement au libéralisme classique (B).

A. Le combat autour du droit de propriété

S'il est difficile d'expliquer avec exactitude ce que désigne le terme « propriété », il est possible de rappeler que les grands auteurs classiques d'Occident, « qu'ils s'inscrivent dans la tradition de la *Common Law*, comme Blackstone ou Austin, ou dans celle du droit civil, comme Pothier ou Savigny, ont conçu une définition du droit de propriété assez proche de l'idée d'un « pouvoir absolu d'une personne sur une chose matérielle »¹³⁰⁴. Cette idée de droit de propriété absolu renvoie à la conception du libéralisme classique dans laquelle l'individu peut opposer sa propriété à l'État. Pourtant, cette forme classique de la propriété connaîtrait une « désintégration » car elle serait incapable de rendre compte des droits sociaux¹³⁰⁵. Ce que des juristes français comme Duguit, Saleilles ou Josserand ont tenté de conceptualiser, mais aussi les révolutionnaires mexicains en 1917, poussés par les aspirations de justice sociale et de réforme agraire de l'armée zapatiste.

La vision que portaient Rabasa et Lévy sur le droit de propriété allait donc à contre-courant de la pensée majoritaire. Pour le premier, la conception que les révolutionnaires mexicains ont implanté dans la Constitution de Querétaro (1917) représentait l'imposition légale de la tyrannie. Pour le second, la propriété reposait sur une « croyance », comme tout le système juridique. Or cette conception était véritablement originale par rapport à la pensée traditionnelle. Il semblerait alors qu'ils aient construit des théories dissidentes par l'ébranlement du droit de propriété révolutionnaire (1) ou classique (2).

¹³⁰³ Préface de Lévy (Emmanuel), *La vision socialiste du droit*, op. cit., p. XII.

¹³⁰⁴ Xifaras (Mikhail), *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 8-9.

¹³⁰⁵ *Id.*

1. L'ébranlement du droit de propriété révolutionnaire par Rabasa

Quand les révolutionnaires promulguent la Constitution de Querétaro, le 5 février 1917, Rabasa rédige un manifeste pour étudier son article le plus révolutionnaire. Exilé à New York depuis 1914, il est approché en avril 1917 par un pétrolier anglais, Weetman Pearson, propriétaire de la *Mexican Eagle Petroleum Company* et constructeur du *Ferrocarril del Istmo de Tehuantepec*¹³⁰⁶. Pearson lui demande d'analyser les répercussions juridiques de l'article 27 qui consacre une nouvelle vision du droit de propriété¹³⁰⁷. Rabasa y voyait « l'imposition légale de la tyrannie » car l'article mettait fin à la conception du libéralisme classique du droit de propriété¹³⁰⁸ en déclarant que :

La Nation détient un droit originaire de propriété sur les terres et sur les eaux qui se situent à l'intérieur du territoire national. La Nation a exercé et exercera son droit de transmission légale de tels biens en faveur des personnes privées, constituant ainsi le droit de propriété.

En réalité, le juriste chiapanèque s'est opposé à la conception de son principal rédacteur, le juriste Molina Enríquez.

¹³⁰⁶ En tant qu'avocat, Rabasa avait représenté des puissants pétroliers étrangers. Cf. Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía: Emilio Rabasa y la carta de Querétaro de 1917 », dans *Historia Mexicana*, décembre 2016, p. 1419. Par rapport à la domination qu'exerçait Pearson sur le pétrole mexicain, voir Auzanneau (Matthieu), *Or noir...*, *op. cit.*, p. 199-200.

¹³⁰⁷ Cette disposition selon laquelle le sous-sol mexicain appartient non plus aux compagnies qui l'exploitent mais à l'État, du côté de la City Bank et de Wall Street, consternait presque autant que la confiscation des puits de Bakou par les bolcheviques la même année. Cf. *ibid.*, p. 200.

¹³⁰⁸ Comme l'écrit Henri Vizios : « Pour régler le problème de l'utilisation des richesses extérieures, la doctrine individualiste et libérale s'en remet à l'individu et fait confiance à sa liberté. La plupart des biens pourront faire l'objet d'une appropriation individuelle, assortie des pouvoirs les plus étendus. L'individu se verra reconnaître non seulement le droit de posséder des biens privativement, mais encore de les gérer à sa convenance, d'en jouir et d'en disposer pour son service et pour son profit exclusifs. Le propriétaire pourra se comporter en souverain vis-à-vis de sa chose ; il pourra empêcher toute autre personne d'en user, même s'il n'en résulte pour lui aucun préjudice, aucune gêne ; il pourra non seulement l'aliéner, mais la détruire si bon lui semble. Son droit sera perpétuel, il ne disparaîtra pas avec sa mort, il se transmettra à ses enfants ou, à défaut, à d'autres membres de sa famille, voire aux étrangers qu'il aura désignés. /Tel se présente, en gros, le système de la propriété individualiste ». Cf. *Personne et propriété*, Lyon, Chronique sociale de France, 1938, p. 6.

a. La conception révolutionnaire de Molina Enríquez

Andrés Molina Enríquez (1868-1940) était un juriste positiviste, auteur notamment de *Los grandes problemas nacionales* (1909). Notaire, juge de paix, professeur du Musée National, fonctionnaire au ministère du développement, magistrat dans l'État de Mexico, consultant à la Commission Nationale agraire, il a eu une vie moins spectaculaire que Rabasa¹³⁰⁹. Pourtant il est généralement considéré comme un idéologue de la réforme agraire et un précurseur de la Révolution mexicaine et du paradigme social. Bien qu'il ait fait partie du porfiriato, il s'est progressivement radicalisé au point de devenir un véritable opposant au régime huertiste. Pour avoir rédigé un manifeste politique en 1911, le *Plan de Texcoco*, dans lequel il affirme ne pas reconnaître le nouveau gouvernement, il est emprisonné pendant une année. Son attitude contraste ainsi avec celle de Rabasa, qui décide de s'exiler aux États-Unis au cours de la Révolution¹³¹⁰. Pendant le gouvernement de Madero (1911-1913), il assure la fonction de ministre de l'intérieur de l'État de Mexico. Or sa contribution majeure à la Révolution réside probablement dans la rédaction du célèbre article 27 de la Constitution¹³¹¹. Alors qu'il n'était pas député constituant, Carranza l'invite à participer au Congrès constituant. C'est à ce moment qu'il se concentre sur la réforme agraire matérialisée dans l'article 27. Celui-ci marque la fin du droit de propriété du libéralisme classique cristallisé depuis la Révolution française et le Code civil de 1804, c'est-à-dire comme un droit sans restrictions, en principe, face à l'État. Plus précisément comme un « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » ou encore comme « un droit inviolable et sacré » selon la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789, articles 2 et 17 respectivement. Maintenant la Nation, représentée par la Fédération ou en pratique le pouvoir Exécutif, détient un droit

¹³⁰⁹ Díaz y Díaz (Martín), « Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución », dans *Ensayos sobre la propiedad*, dir. Antonio Azuela, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 191. Sur sa vie et ouvre voir également Cuevas Murillo (Oscar), « El licenciado Andrés Molina Enríquez y su influencia en la Constitución de 1917 », UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, n° XXXVI, p. 151-179.

¹³¹⁰ En 1914, Rabasa profite de sa mission diplomatique aux États-Unis pour s'y installer jusqu'en 1920 en raison du progrès des révolutionnaires. Voir par exemple Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1417.

¹³¹¹ Molina Enríquez est usuellement considéré comme le père de l'article 27, aux côtés du député constituant Pastor Rouaix. Sur son rôle dans la commission rédactrice de l'article 27, voir Cuevas Murillo (Oscar), « El licenciado Andrés Molina Enríquez... », *op. cit.*, p. 176 et s. ; Díaz y Díaz (Martín), « Molina Enríquez y la Constitución heterodoxa », *Revista Alegatos*, n° 6, mai-août 1987, p. 30-38.

originaires sur la propriété, ce qui implique que celle-ci peut être nationalisée pour des raisons d'utilité publique ou en vertu de sa fonction sociale (paradigme social)¹³¹².

Pour le principal auteur de l'article 27, Molina Enríquez, la réforme agraire était l'outil indispensable pour que le Mexique rentre finalement dans la Modernité¹³¹³ à l'instar des pays européens. Dans ce sens, la propriété devait devenir le moyen juridique pour que l'État intervienne en matière agraire en distribuant des terres. Autrement dit, le peuple mexicain devait devenir le détenteur originaires des ressources naturelles grâce à l'intervention de l'État. Dans une perspective liée à celle de la *raison d'État*, la nationalisation déclencherait l'utilisation effective des ressources qui étaient auparavant contrôlées et exploitées par des investisseurs étrangers tels que Weetman Pearson. Un peu à la manière du matérialisme historique de Marx, la réforme agraire encadrée par l'État révolutionnaire était censée être le propulseur ou le moteur historique de la Nation mexicaine. Pourtant cela impliquait que la Nation détienne la propriété originaires du territoire, afin qu'elle puisse nationaliser les biens en fonction de leur utilité sociale. Dans les écrits de Molina, si l'État contrôle la propriété, alors il contrôle l'évolution de la société. C'était d'ailleurs un moment où l'industrie pétrolière se développait avec frénésie tout autour du Golfe du Mexique, faisant du Mexique le deuxième producteur mondial, jusqu'à ce que la production s'effondre à partir de 1922 en raison d'un pompage démesuré. À Mexico, beaucoup ont soupçonné les pétroliers américains d'avoir délibérément pompé tout le brut qu'ils pouvaient en représailles de l'article 27¹³¹⁴. Par la suite, ce mécanisme juridique a permis au Président Lázaro Cárdenas d'« exproprier le pétrole dans les années 1930 »¹³¹⁵. En réalité, le 18 mars 1938, le Président populaire a nationalisé les 17 compagnies étrangères qui exploitaient le pétrole mexicaine ; ce qui fait du Mexique le premier pays à avoir exproprié le pétrole, créant un précédent pour l'OPEP. De même, cela a fait de la PEMEX, la compagnie pétrolière mexicaine, le pilier financier du régime de la « révolution institutionnelle »¹³¹⁶. Enfin, l'article 27 a aussi été utilisé par le même Président pour distribuer des

¹³¹² Sur la théorie de Duguit de la fonction sociale de la propriété et sa réception au Mexique, voir *supra* B. La propriété-fonction sociale, rupture du droit de propriété classique

¹³¹³ Cuevas Murillo (Oscar), « El licenciado Andrés Molina Enríquez... », *op. cit.*, p. 243.

¹³¹⁴ Sur ce point, voir Auzanneau (Matthieu), *Or noir...*, *op. cit.*, p. 200-201.

¹³¹⁵ Sur l'industrie pétrolière mexicaine, voir Meyer (Lorenzo), *México y Estados Unidos en el conflicto petrolero (1917-1942)*, Mexico, El Colegio de México, 1972, spécialement p. 198-222.

¹³¹⁶ Auzanneau (Matthieu), *Or noir...*, *op. cit.*, p. 201.

milliers des terres destinées à l'agriculture et appelées *ejidos*¹³¹⁷, exauçant une partie des vœux des révolutionnaires zapatistes.

Dans un article publié au Bulletin du Ministère de l'Intérieur en 1922¹³¹⁸, Molina défend l'article 27 par rapport à plusieurs questions qui se posaient à l'époque. En particulier, il répond à la question de savoir si la Constitution de 1917 était nouvelle ou réformée¹³¹⁹. Pour lui le texte était une simple réforme à la Constitution de 1857 dans la mesure où le droit mexicain a connu une *continuité* historique. La Constitution de 1917 a consacré, en effet, ce qui existait déjà dans les faits et qui provient de la législation coloniale. « Le roi avait le droit de propriété sur toutes les terres et les eaux des colonies, et les particuliers n'avaient que le *dominium* »¹³²⁰. C'est dire que le roi espagnol avait la propriété de toutes les terres du *virreinato* (la vice-royauté mexicaine), mais la Révolution d'Indépendance (1821) a transféré la souveraineté à la Nation mexicaine. Pourtant, vers le milieu du XIX^e siècle, les révolutionnaires d'Ayutla ont rédigé une constitution (1857) individualiste favorisant l'oligarchie des grands propriétaires, *los hacendados*, alors qu'en apparence elle devait protéger les classes populaires. « La propriété était plus que la loi ». En cas de conflits entre l'individu et l'État, l'individu prévalait, tandis que celle de 1917 place les droits sociaux avant et au-dessus des droits de l'individu¹³²¹. Pour Molina, même si la Constitution de Querétaro est une simple réforme de celle de 1857 - ce que la Cour suprême avait déjà réfuté en 1917¹³²² -, la Convention constituante a en revanche changé l'esprit de la Constitution en modifiant la conception de la propriété : si l'esprit de la Constitution de 1857 était essentiellement individualiste, celui de 1917 est éminemment collectiviste¹³²³. Ce qui veut dire que le Mexique serait parti d'une constitution inscrite dans un paradigme légaliste, pour aboutir à une constitution insérée dans un paradigme social.

¹³¹⁷ Vers la fin de 1934, près de 8 millions d'hectares ont été distribuées à 800 000 agriculteurs. Cf. Meyer (Jean), *La Revolución mexicana, op. cit.*, p. 266.

¹³¹⁸ Molina Enríquez (Andrés), « El espíritu de la Constitución de Querétaro », dans *El pensamiento mexicano...*, *op. cit.*, p. 373-391.

¹³¹⁹ Sur cette question, voir notamment González (María del Refugio), *La Constitución de 1917: ¿nueva o reformada?*, Mexico, Centro de Estudios en Derecho e investigaciones Parlamentarias, 2015 et du même auteur « La Constitución de 1857, reformada. La visión de la Suprema Corte de Justicia », dans *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, t. I, dir. Eduardo Ferrer Mac-Gregor et Alonso Herrera, Mexico, UNAM, IJ, 2017.

¹³²⁰ Molina Enríquez (Andrés), « El espíritu de la Constitución de Querétaro », *op. cit.*, p. 382.

¹³²¹ *Ibid.*, p. 383-384.

¹³²² *Amparo* pénal direct face à la Cour suprême, 25 août 1917, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. I, p. 73. Cf. González (María del Refugio), *La Constitución de 1917...*, *op. cit.*, p. 28-29.

¹³²³ Molina Enríquez (Andrés), « El espíritu de la Constitución de Querétaro », *op. cit.*, p. 390.

Les conceptions de Molina deviennent le corpus officiel en matière de propriété à partir de sa réception dans la Constitution de Querétaro¹³²⁴. L'article 27 de la Constitution récupère le patrimonialisme de l'époque coloniale et le refunctionalise face aux besoins réformistes de l'État mexicain issu de la Révolution¹³²⁵. En réalité, l'article 27 pose une conception de la propriété différente de celle de la tradition libérale occidentale¹³²⁶. Ce n'est donc pas une continuité mais une *rupture* au niveau juridique. Et c'est ce que Rabasa avait pressenti.

b. La fustigation rabasienne du droit de propriété révolutionnaire

La conception de Rabasa en matière de propriété (paradigme legaliste) est antithétique à celle des révolutionnaires (paradigme social). Celui-ci voit dans la nouvelle rédaction de l'article 27 la transgression du caractère inviolable du droit de propriété classique, et, potentiellement, un mécanisme générateur de chaos¹³²⁷. Ce qui correspond clairement à la pensée conservatrice¹³²⁸. Alors que Molina croyait dans la Révolution et la réforme agraire, Rabasa était oligarchique en tant qu'*hacendado* et membre de l'*establishment* porfirien¹³²⁹. Le « problème agraire » était pour lui un mythe et un outil pour la propagande révolutionnaire¹³³⁰. Pire, il voyait dans l'article 27 « l'imposition légale de la tyrannie »¹³³¹ :

La Constitution mexicaine {de 1857} ne parlait dans son bref article 27 de la propriété que pour la garantir contre les atteintes du pouvoir ou des autorités. Cet article, sous le même numéro, est remplacé dans la nouvelle par tout un traité qui change les bases de la propriété du sol, du sous-sol et de l'eau.

¹³²⁴ Díaz y Díaz (Martín), « Rabasa y Molina Enríquez... », *op. cit.*, p. 224-225.

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 242.

¹³²⁶ Díaz y Díaz (Martín), « Molina Enríquez y la Constitución heterodoxa », *op. cit.*, p. 30.

¹³²⁷ Díaz y Díaz (Martín), « Rabasa y Molina Enríquez... », *op. cit.*, p. 225.

¹³²⁸ Comme nous l'avons déjà souligné, pour les penseurs conservateurs, la propriété conditionne l'invulnérabilité de la liberté humaine. Cf. Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 82-83.

¹³²⁹ Dans le même sens voir Díaz y Díaz (Martín), « Rabasa y Molina Enríquez... », *op. cit.*, p. 246.

¹³³⁰ Rabasa (Emilio), *L'évolution historique...*, *op. cit.*, p. 277 et s. ; Díaz y Díaz (Martín), « Rabasa y Molina Enríquez... », *op. cit.*, p. 213.

¹³³¹ « Il n'est pas possible que ce qui est établi comme la loi fondamentale d'un pays subsiste comme base d'une organisation qui méconnaît les droits les plus élémentaires et impose légalement la tyrannie », lettre de Rabasa à Limantour, 12 mars 1917, cité par Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1419.

La conséquence est la destruction de « la base de la propriété »¹³³², comme il l'affirme dans son étude *El derecho de propiedad y la Constitución Mexicana de 1917*, demandée par Pearson. Bien que la Constitution de 1857 - malgré tous ses défauts qui ont permis la dictature¹³³³ - protégeait le droit de propriété, pour Rabasa, celle de 1917 viole ce droit. La propriété était garantie par l'ordre juridique, non seulement la Constitution consacrait un régime de la propriété « sans restrictions ni limitations »¹³³⁴, mais « l'“évolution historique” aurait imposé des limites à la puissance publique et aux particuliers. Ainsi, « en dehors des lois et avec plus de force que les lois, les coutumes avaient donné dans l'état social lui-même la meilleure garantie à la propriété »¹³³⁵. Ce qui renvoie à sa pensée positiviste, et conservatrice, selon laquelle la loi n'est que la confirmation de l'état social préexistant¹³³⁶. L'article 27, considéré comme le plus important par Molina Enríquez, car il résume et condense « les aspirations sociales » des révolutions mexicaines¹³³⁷, se heurte pour Rabasa au progrès de la civilisation. Plus globalement, outre le fait de son caractère anticapitaliste et socialiste¹³³⁸, la Constitution de Querétaro n'a pas respecté la procédure de révision prévue par celle de 57, donc elle n'a pas été réformée¹³³⁹, contrairement à ce que Molina soutient quelques années après. Alors la Constitution révolutionnaire était, dans les yeux de Rabasa, illégitime. Enfin, comme le souligne M. Arenal, pour Rabasa : « La propriété est un sujet, une institution et un problème qui relève du droit civil, point final. C'est pourquoi il considère la réglementation constitutionnelle comme une intrusion »¹³⁴⁰ dans la sphère privée. En d'autres termes, la propriété révélerait de la loi (paradigme légaliste) et non pas de la constitution (paradigme social). Pour autant, Rabasa n'a pas été le seul juriste à avoir voulu ébranler la conception officielle du droit de propriété.

¹³³² Rabasa (Emilio), *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*

¹³³³ Voir *supra* Chapitre I. Les critiques isolées du paradigme légaliste

¹³³⁴ Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1432.

¹³³⁵ Rabasa (Emilio), *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*

¹³³⁶ Dans le même sens Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1432. Sur le positivisme au Mexique, voir *supra* B. L'instrumentalisation de la méthode positiviste-évolutionniste

¹³³⁷ « El espíritu de la Constitución de Querétaro », *op. cit.*, p. 375.

¹³³⁸ Pour Rabasa la Constitution de 1917 comme ennemie du capital est hostile au droit de propriété et radicalement socialiste. Cf. Rabasa (Emilio), *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ Cité par Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1431.

2. L'ébranlement du droit de propriété classique par Lévy

Au début du XX^e siècle, le caractère absolu du droit de propriété commence à être remis en cause par les juristes rénovateurs. Des juristes, tels que Josserrand et Saleilles, s'attellent à questionner la vision libérale classique consacrée par le Code civil (paradigme légaliste) selon laquelle : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ». Au même moment, de manière très originale, un juriste contribue à ébranler cette vision classique du droit de propriété : Emmanuel Lévy (1871-1944)¹³⁴¹. Réputé parfois d'être le meilleur représentant du « socialisme juridique »¹³⁴², Lévy est nommé professeur de droit civil à Lyon en 1901. C'est au sein de cette faculté qu'il effectue toute sa carrière¹³⁴³.

Tout au long de ses travaux, il fait frissonner les juristes par son adhésion au socialisme, qui se reflète par une vision à rebours de la doctrine majoritaire et du paradigme légaliste. En réalité, son objectif était de traduire en termes juridiques le socialisme réformiste. Le résultat est une pensée juridique atypique qui a fait l'objet de nombreuses réactions¹³⁴⁴ et de critiques acerbes, notamment de la part de Georges Ripert¹³⁴⁵. Or, si Lévy fait autant réagir les professeurs de droit, c'est parce qu'il écrit à une époque où le « spectre du socialisme » hante les juristes bourgeois¹³⁴⁶ ; mais aussi parce qu'au début des années 1900 se développe un contexte de grèves généralisées dans lequel les leaders des syndicats affirment vouloir briser la légalité¹³⁴⁷. En bref, Lévy montre des limites par rapport au marxisme-léninisme : il croit en effet que la transformation sociale peut venir du droit. Contrairement à Marx selon lequel le droit est un outil bourgeois de la « superstructure » permettant

¹³⁴¹ Gurvitch avait déjà remarqué la similitude de la pensée de Lévy avec celle de Gény : la thèse essentielle de Lévy, « réduisant toute la réalité du droit à un élan de croyances », est une « recherche des croyances prénotionnelles, précédant toute catégorie juridique, {qui} n'est certainement pas sans analogie avec l'opposition du « donné » et du « construit » dans le droit, dont la science juridique actuelle est redevable à M. Gény ». Cf. Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit d'après Emmanuel Lévy », dans *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, A. Pedone, 1935, p. 105-106.

¹³⁴² Voir par exemple Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action. Éléments pour une biographie intellectuelle d'Emmanuel Lévy (1871-1944) », *Droit et société*, 2004/1, n°56-57, p. 105-106

¹³⁴³ Sur sa vie, voir Audren (Frédéric), v° « LÉVY EMMANUEL », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, op. cit., p. 659-661 ; Herrera (Carlos Miguel), « Droit et socialisme à la Faculté de droit de Lyon », dans *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République. La Faculté de droit de Lyon*, dir. David Deroussin, Paris, La Mémoire du Droit, 2007, p. 279-302.

¹³⁴⁴ À titre d'exemple : Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit d'après Emmanuel Lévy », dans *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, A. Pedone, 1935.

¹³⁴⁵ « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy. À propos de la vision socialiste du droit », *Revue critique de législation et jurisprudence*, t. XLVIII, janvier 1928, p. 21-36, maintenant dans Herrera (Carlos Miguel), *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003.

¹³⁴⁶ Voir *supra* Chapitre I. Les critiques isolées du paradigme légaliste

¹³⁴⁷ Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Droit et société*, 2004/1, n°56-57, p. 117.

de conserver le *statu quo*¹³⁴⁸, pour lui le socialisme peut découler des institutions juridiques. Comme l'écrit M. Herrera : « Partageant le postulat général du socialisme juridique selon lequel le socialisme peut naître des institutions juridiques que la propre bourgeoisie s'est données, il s'agit pour Lévy de rendre la lutte de classes en des termes (concepts) juridiques »¹³⁴⁹. Pour le professeur lyonnais il y aurait dans la société une « lutte des croyances » qui équivaut à la lutte des classes dans la philosophie marxiste¹³⁵⁰. Dès sa thèse de doctorat (1896) intitulée *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*¹³⁵¹, il révèle une conception très innovante. Il estime que le droit repose sur des croyances collectives. Par conséquent, « il suffit de détruire la croyance pour détruire le droit »¹³⁵². Ceci serait la clé pour transformer la société bourgeoise dans une société socialiste. Autrement dit, les croyances seraient censées révolutionner le droit¹³⁵³. Dans la lignée de Durkheim et de Lassalle, et à côté des juristes rénovateurs, Lévy montre que tout droit est relatif¹³⁵⁴. « Ne vivons pas en tout de croyances ? », écrit-il en 1896¹³⁵⁵. C'est-à-dire que le droit varie en fonction de la variation des croyances. Dans *L'affirmation du droit collectif* (1903) il continue :

Que fait la loi ? La loi nous dit, en ce qui concerne la propriété des meubles : en fait de meubles, possession -possession de bonne foi- vaut titre ; en principe, je suis propriétaire d'un meuble parce que je l'ai acquis de quelqu'un que j'ai cru propriétaire. {...}

Le droit de propriété, quand il ne repose pas sur une usurpation, repose donc sur une croyance ; on peut prouver simplement ceci : qu'on croit être propriétaire »¹³⁵⁶.

Pour notre auteur, si le droit repose sur les croyances c'est parce que « le droit primitivement fût une religion et que, tel que nous le concevons aujourd'hui, il n'est qu'un substitut pratique de la

¹³⁴⁸ Voir Marx (Karl), *Critique de l'économie politique*, trad., Paris, Gallimard, 2009.

¹³⁴⁹ « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 122.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 124.

¹³⁵¹ Paris, A. Pedone, 1896.

¹³⁵² Ripert (Georges), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy... », *op. cit.*, p. 220.

¹³⁵³ Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 107.

¹³⁵⁴ Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 115 ; Arnaud (André-Jean et Nicole), « Le socialisme juridique à la "Belle Époque" : visages d'une aberration », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 3-4, 1974-75, Il « *Socialismo giuridico* ». *Ipotesi e letture*, t. I, p. 34.

¹³⁵⁵ Lévy (Emmanuel), *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Thèse Droit, Paris, A. Pedone, 1896, p. 13.

¹³⁵⁶ Lévy (Emmanuel), « L'affirmation du droit collectif », dans Herrera (Carlos Miguel), *Par le droit...*, *op. cit.*, p. 169. Comme il montre dans sa thèse, le propriétaire détient son droit de propriété de sa croyance, limitée par la croyance collective. Voir Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 111.

religion »¹³⁵⁷. Il s'inspire sur ce point du « père de la sociologie », Émile Durkheim, selon lequel la société « est avant tout un ensemble d'idées, de croyances, de sentiments de toutes sortes, qui se réalisent par les individus »¹³⁵⁸. Dans la même veine, il définit la religion comme « un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale, appelée Église, tous ceux qui y adhèrent »¹³⁵⁹. C'est la raison pour laquelle, le droit reposant sur les croyances à la manière d'une religion, tous les droits sont relatifs. Idée qu'il reprend de Ferdinand Lassalle (1825-1864), auteur surtout traduit et lu par les partisans d'un socialisme réformiste, tels que Charles Andler¹³⁶⁰. Dans sa *Théorie systématique des droits acquis* (1861), Lassalle considère que la légalité évolue en fonction des époques¹³⁶¹. « Autrement dit, la loi, comme expression de la conscience collective, peut toujours intervenir sur les droits acquis »¹³⁶². Pour Lévy, ce « juriste des durkheimiens »¹³⁶³, dans la mesure où le droit a un caractère relatif « la propriété privée dépend de la confiance qu'elle inspire dans la société »¹³⁶⁴. Le propriétaire détient donc son objet parce qu'il le possède de bonne foi. Néanmoins c'est au juge qui revient le rôle fondamental d'arbitrer les croyances : « Les croyances collectives sont donc à l'origine de la création et la suppression des droits, le juge se faisant son interprète »¹³⁶⁵. Comme pour les autres juristes rénovateurs tels que Saleilles ou Lambert, le juge joue dès lors un rôle décisif dans le changement social (paradigme social)¹³⁶⁶. Plus profondément, c'est aux juristes que revient la tâche de décrypter les croyances sociales et ainsi, garantir l'ordre social. De manière très intéressante, ce juriste révolutionnaire s'inscrit dans la même lignée que Gény, Saleilles, Duguit et Hauriou dans leur projet de restauration de l'autorité des juristes. Ce qui révèle, paradoxalement, du conservatisme, comme nous l'avons évoqué *supra*. En revanche, si ces derniers se méfiaient du Législateur républicain, Lévy souhaitait combattre - par le droit - le Législateur capitaliste. Il semble, dès lors, moins conservateur que ces juristes.

¹³⁵⁷ *Ibid.*, p. 170.

¹³⁵⁸ Durkheim (Émile), *Sociologie et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, p. 70.

¹³⁵⁹ Durkheim (Émile), *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975, p. 65.

¹³⁶⁰ Jousse (Emmanuel), *Histoire globale des socialismes. XIX^e-XXI^e siècle*, dir. Razmig Keucheyan, Jean-Numa Ducange et Stéphanie Roza, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, p. 936.

¹³⁶¹ *Ibid.*, p. 931.

¹³⁶² Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 115.

¹³⁶³ Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 89.

¹³⁶⁴ Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 123.

¹³⁶⁵ *Id.*

¹³⁶⁶ Voir *supra* Chapitre I. Les critiques isolées du paradigme légaliste

Il convient de préciser que, par la suite, Lévy reconnaît la fonction essentielle de l'État dans la transformation sociale. Dans ses travaux « L'attente » (1909), « La créance » (1911) et « Le crédit » (1909), le professeur lyonnais se tourne vers l'État : « Seul l'État assure ou enlève aux individus leurs droits. {...} C'est la loi qui donne, c'est la loi qui ôte, c'est-à-dire la volonté de l'État »¹³⁶⁷. Au contraire de Marx, pour qui la révolution doit permettre d'atteindre le socialisme, ce militant de la SFIO (qui l'a exclu en 1920 et avec lequel il avait des relations conflictuelles¹³⁶⁸) affirme désormais le rôle de l'État : à travers les institutions juridiques il faut établir les fondements du socialisme. Ce qui veut dire que le droit doit adapter un caractère réformiste et pacifique¹³⁶⁹. Comme le soulignait déjà Anton Menger : le socialisme en tant que « système juridique » œuvre par « la voie des réformes pacifiques »¹³⁷⁰. Or ceci suppose un paradoxe comme l'a justement signalé M. Cotterrell. La propriété privée reposant sur les croyances collectives, comme tout droit, elle « dépend de la confiance qu'elle inspire dans la société »¹³⁷¹. Pourtant, si c'est l'État qui doit sanctionner ou non les croyances, se pose alors la question de savoir si l'origine du droit est politique, à la manière de Marx, ou morale, à la manière de Durkheim. Cependant, Lévy n'a pas résolu cette question, bien qu'en tant que juriste il ne pouvait pas l'ignorer. En effet, il n'a pas précisé comment le droit peut « mesurer » les croyances collectives¹³⁷². D'autant plus que son concept de « croyance » est resté peu clair, ce que Gurvitch¹³⁷³ souligne en 1935 :

Il nous paraît que, dans sa méthode même, M. Emmanuel Lévy s'est arrêté à mi-chemin. En exigeant que toute doctrine ne soit qu'une réflexion sur les données immédiates de l'expérience juridique, du vécu des croyances collectives, l'auteur n'a pas retrouvé, d'une

¹³⁶⁷ Lévy (Emmanuel), « L'attente », dans *La vision socialiste du droit*, Paris, Marcel Giard, 1926, p. 131.

¹³⁶⁸ Voir Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 94 ; Jeon (Ji-Hyun), « Emmanuel Lévy (1871-1943) : un juriste socialiste oublié », *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, n° 156, *Socialismes des juristes*, avril-juin 2000, p. 51-55.

¹³⁶⁹ « Je crois à une science du Droit, ou, ce qui revient au même, à une science de la Paix », cf. Lévy (Emmanuel), *La vie socialiste*, 1929, cité par Bonnecase (Julien), *La pensée juridique française*, *op. cit.*, t. II, n° 390, p. 238.

¹³⁷⁰ *Le Droit au produit intégral du travail. Étude historique*, Paris, Giard et Brière, 1900, cité par Herrera (Carlos Miguel), « Droit, justice », dans *Histoire globale des socialismes...*, *op. cit.*, p. 188.

¹³⁷¹ Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 123.

¹³⁷² Cotterrell (Roger), « Emmanuel Lévy and legal studies: a view from abroad », *Droit et société*, 2004/1, n° 56-57, p. 135.

¹³⁷³ Sur cet auteur, voir notamment Navarro-Ugé (Garance), *L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source de droit*, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2021.

façon nette, ces données, de même qu'il n'a pas, avec une vigueur suffisante, précisé la spécificité de cette expérience même¹³⁷⁴.

Ce juriste socialiste est malgré tout resté attaché à l'ordre bourgeois, en reconnaissant la fonction stabilisatrice de l'État, mais aussi, comme le professeur Rabasa, à certains traits du libéralisme individualiste.

B. L'attachement pérenne au libéralisme individualiste

Selon Mme Audard, dans son ouvrage *Qu'est-ce que le libéralisme ?* celui-ci :

Définit ce qu'est la société « bonne » ou « juste », celle où chacun est le meilleur juge de ses intérêts et de la conduite de sa vie, est laissé aussi libre que possible, tant qu'il ne nuit pas à autrui et n'attente aux intérêts vitaux de personne. Il en découle l'obligation de respecter l'égalité de dignité de chacun en tant qu'il est capable d'une conception de son bien et de ses intérêts dont il peut être tenu pour responsable. En conséquence, chaque vie humaine compte également et ce qui fait qu'une vie est proprement humaine, c'est-à-dire ses choix de valeurs, doit compter de manière égale - ce qui implique la liberté de conscience, enjeu central du libéralisme. Le seul pouvoir politique légitime est celui qui respecte ces deux fondements normatifs de la théorie libérale : les principes de liberté et d'égalité des personnes¹³⁷⁵.

Par conséquent, selon la thèse centrale du libéralisme, qui implique un individualisme sous-jacent, chaque individu est *souverain et libre de décider pour lui-même*¹³⁷⁶. En gardant cette thèse à l'esprit, il semble que nos auteurs aient gardé, paradoxalement, des conceptions individualistes propres au libéralisme classique. S'inspirant de l'amalgame libérale, que ce soit Emmanuel Kant ou la doctrine des droits individuels, nos auteurs paraissent en effet avoir conservé l'individualisme au centre de leur pensée. Il faut alors aborder la défense rabasienne du libéralisme classique (1), qui était beaucoup moins discrète que celle de Lévy (2). Ceci nous permettra de comprendre en quelle

¹³⁷⁴ Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 127.

¹³⁷⁵ *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2009, p. 10.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, p. 29.

mesure nos juristes sont de, manière parfois paradoxale, restés attachés aux valeurs traditionnelles du paradigme légaliste.

1. La défense rabasienne du libéralisme classique

En dépit de ses convictions positivistes, propres à son milieu¹³⁷⁷, en matière de propriété Emilio Rabasa est resté attaché à la liberté individuelle préconisée par le libéralisme classique, ce qui est typique des auteurs conservateurs¹³⁷⁸. Même s'il estimait que l'ordre devait primer sur la liberté sous le porfiriat (« *orden y progreso* »¹³⁷⁹), face à la Constitution de 1917 le maître chiapanèque a défendu le caractère absolu du droit de la propriété. Autrement dit, l'État ne devrait pas, en principe, intervenir en matière de droit de propriété. En bon conservateur, il estime que l'homme n'est pleinement et totalement libre que dans sa propriété, c'est dire que la propriété conditionne l'inviolabilité de la liberté humaine¹³⁸⁰. Ainsi, il fait preuve d'une conception libérale classique, malgré ses idées positivistes (évolutionnisme) et conservatrices (en matière de suffrage¹³⁸¹). Ce qui correspondait à son milieu et à son époque. Pour Molina, cependant, l'intervention étatique devait propulser le développement social du Mexique et la liberté n'était pas prioritaire. Or, comme le soutient Charles A. Hale, si « *el científico* » Emilio Rabasa représente la survivance du porfiriat sous le régime révolutionnaire¹³⁸², c'est pour ses convictions aux antipodes de celles des révolutionnaires qui pouvaient paraître réactionnaires. Dans son étude de 1917 sur la Constitution de Querétaro, Rabasa commence par recourir au droit comparé. Selon lui, sous le droit romain :

La propriété territoriale a évolué progressivement de la communale {collective} à la famille et de la famille à l'individu, c'est-à-dire qu'elle est devenue plus stricte à mesure que les sociétés progressaient. La Révolution française, qui s'est faite au nom des classes opprimées

¹³⁷⁷ Voir *supra* B. L'instrumentalisation de la méthode positiviste-évolutionniste

¹³⁷⁸ Cf. Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 85.

¹³⁷⁹ *Loc. cit.* Il convient de préciser que si pour le porfiriat l'ordre devait prévaloir afin d'assurer le progrès, la liberté en matière de propriété devait aussi être garantie, conformément aux postulats du libéralisme classique.

¹³⁸⁰ Cf. Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁸¹ En réalité, l'élitisme de Rabasa en matière de suffrage correspondait à une vision raciale typique du XIX^e siècle mexicain. C'est dire que la société se divisait en plusieurs catégories en fonction de la race : « *mestizo* », « *mulato* », « *criollo* ». Ceci était un héritage de l'époque coloniale, que la Révolution de 1910 a atténué. Sur cette pensée en termes raciales dans l'œuvre de Rabasa, voir Díaz y Díaz (Martín), « Rabasa y Molina Enríquez... », *op. cit.*, p. 196.

¹³⁸² Voir *supra* Chapitre I. Les critiques isolées du paradigme légaliste

et a proclamé la destruction des privilèges, ne s'est pas seulement abstenue de combattre la propriété : les lois qui en sont issues ont finalement donné à la propriété le caractère de libre et individuelle, formulé dans l'une d'elles (le Code Napoléon) en une définition simple et brève : « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ». Le droit romain avait généralisé l'*objet* de la propriété, celui de la Révolution en a généralisé le *sujet*. Les deux droits ont été et sont les propagateurs du régime de la propriété dans le monde¹³⁸³.

Dès lors, Rabasa considère la propriété comme une institution civile produite par la civilisation romaine et perfectionnée par le légicentrisme de la Révolution française. De ce fait, il adhère pleinement au paradigme légaliste né sous la Révolution de 1789. Ce qui est intéressant, c'est qu'il semble contredire son ancien positionnement vis-à-vis de la Révolution de 1789. En effet, comme nous l'avons vu, il critiquait les constituants mexicains de 1824 qui, au lendemain de la Révolution d'Indépendance, s'étaient laissés séduire par les « théories abstraites » propagées par les révolutionnaires français. De même, il reprochait aux constituants libéraux de 1857 d'avoir repris le principe « jacobin » d'égalité ainsi que la souveraineté populaire théorisée par Rousseau. Paradoxalement, il prônait un droit de propriété absolu tel qu'il a été consacré par le Code Napoléon et diffusé dans les pays de droit civil à travers la codification¹³⁸⁴. Il faisait donc une critique idéologique à la Révolution mexicaine qui venait d'apporter une nouvelle définition de la propriété. Face à cette Constitution, son but était de dénoncer et de freiner l'abandon de la tradition libérale. Il souhaitait donc un retour à la situation antérieure et sa critique se fondait sur la conservation d'un ordre préétabli. Comme une force centripète, après la Révolution mexicaine, il agissait pour le *retour à l'ordre* légaliste. Or s'il était indéniablement conservateur, il n'était pas totalement « réactionnaire ». Dans la mesure où il accepte plus tard certains acquis sociaux de la Révolution mexicaine de 1910, il fait preuve d'une conscience de la nécessité de réformer certains aspects du pays.

Dans la même veine, malgré sa philosophie positiviste de l'histoire mexicaine, Rabasa a persisté dans son étude sur le droit de propriété à défendre les droits fondamentaux. Pour lui, conformément à la conception libérale du paradigme légaliste, les droits individuels étaient « prioritaires », des éléments « indispensables d'équilibre » : les droits naissent avec l'homme, il les

¹³⁸³ Rabasa (Emilio), *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*

¹³⁸⁴ « Quelques années après le rétablissement de la République en 1867, le Mexique, qui avait vécu sous les lois civiles de l'Espagne, adopta sans difficulté dans son droit codifié le Code Napoléon, qui avait les mêmes origines que la législation mexicaine : le droit romain et les principes de la Révolution égalitaire ». Cf. Rabasa, *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*

acquiert « par le seul fait d'être et d'appartenir au groupe de ses semblables »¹³⁸⁵. Ce qui explique son opposition à l'article 27 qui fait de la Nation la propriétaire originaire des territoires et lui donne le droit d'exproprier les biens en vertu de leur fonction sociale. Dans l'esprit de Rabasa, il existait une tension entre son positivisme conservateur et le droit naturel libéral. Comme pour la tradition libérale, en outre, sa conception de la liberté était négative¹³⁸⁶ : « La Constitution organise et limite les pouvoirs publics ; les droits individuels, qui imposent l'abstention, sont une limite pour l'État »¹³⁸⁷. C'est la raison pour laquelle une de ses principales critiques par rapport à l'article 27 résidait dans l'absence de compétence du « *juicio de amparo* » en la matière. Il voyait en effet l'*amparo*, qui permet de suspendre les procès afin de protéger les droits de l'homme, comme un rempart contre le Législateur et l'État. Intégré dans la Constitution de 1847 (l'« *Acta Constitutiva y de Reformas* ») par le juriste Mariano Otero, le jugement d'*amparo* offrait une possibilité pour la protection des droits individuels des gouvernés vis-à-vis des gouvernants¹³⁸⁸. De ce fait l'*amparo* avait pour origine la conception libérale de protection de la sphère individuelle face à l'État¹³⁸⁹, qui remonte selon certains historiens à écrits de Tocqueville, auteur conservateur et libéral, sur les juristes mexicains¹³⁹⁰. Si, comme l'affirmait Rabasa, « la nouvelle Constitution mexicaine {de 1917} ne pouvait pas être protectrice des droits individuels, car son esprit est anticapitaliste et anti-étranger »¹³⁹¹, il déplorait principalement le manque de recours juridiques qui ont permis à l'État révolutionnaire d'instaurer légalement « la tyrannie »¹³⁹². Il critiquait alors cette nouvelle situation et prônait un retour à l'ordre légaliste.

¹³⁸⁵ Aguilar Rivera (José Antonio), « La imposición legal de la tiranía. Emilio Rabasa, el derecho de propiedad y la Constitución de 1917 », dans Rabasa (Emilio), *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ Rabasa (Emilio), *La libertad de trabajo*, Mexico, Imprenta Victoria, 1922, dans *Antología de Emilio Rabasa*, vol. II, dir. Andrés Serra Rojas, Mexico, Oasis, 1969, p. 233, cité par Aguilar Rivera (José Antonio), « La imposición legal de la tiranía... », *op. cit.*

¹³⁸⁸ Voir sur ce point García Cantú (Gastón), « La terrible vecindad en 1847 », dans *México y sus constituciones*, dir. Patricia Galeana, Mexico, Fondo de Cultura Mexicana, 2003, p. 191 et s.

¹³⁸⁹ Sur la protection de la vie privée face à l'État selon les auteurs libéraux, voir Manent (Pierre), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, *op. cit.*

¹³⁹⁰ En particulier Reyes Heróles (Jesús), *El liberalismo mexicano*, Mexico, FCE, 1982, t. II, p. 266-267 ; Aguilar Rivera (José Antonio), « Los abogados mexicanos y Alexis de Tocqueville », dans *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, dir. Elisa Speckman Guerra, Óscar Cruz Barney et Héctor Fix Fierro, Mexico, UNAM, IJ, 2013 ; du même auteur « Tocqueville in Mexico », *Journal of Iberian and Latin American Studies*, 2020 [en ligne] URL : <https://doi.org/10.1080/14701847.2020.1789373> (généré le 17 octobre 2020). Sur Tocqueville et les juristes mexicains, voir *supra* Chapitre 2. Le développement du paradigme légaliste.

¹³⁹¹ *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*

¹³⁹² *Loc. cit.*

En somme, Rabasa a défendu l'ordre et la hiérarchie (conservatisme) que le porfiriat a apporté, mais face aux révolutionnaires, qui avaient un programme social innovateur¹³⁹³, il a plaidé pour la liberté individuelle absolue (libéralisme classique) en matière de propriété. Ce qui correspondait à la conservation d'un ordre préétabli, le paradigme légaliste. Il s'agissait avant tout de protéger la vie privée contre toute interférence arbitraire. En revanche, sa critique idéologique de la nouvelle définition de la propriété était beaucoup moins discrète que l'individualisme d'Emmanuel Lévy.

2. Le discret individualisme libéral lévysien

« Sa 'vision socialiste' du droit ne dépasse pas l'horizon du droit bourgeois », écrit Gurvitch, sans vouloir « amoindrir la grande importance de l'œuvre d'Emmanuel Lévy »¹³⁹⁴. Toutefois, Lévy écrivait qu'une révolution était en cours, que les juristes devaient constater et inciter. Il s'agissait d'une lutte au sein des institutions en général, et de l'ordre juridique en particulier, tendant à l'« affirmation du droit collectif »¹³⁹⁵. Le capitalisme prenant la forme du droit de créance, celui-ci tend à devenir collectif par le biais du travail : « en face de cette créance collective du capital se forme une créance collective du travail »¹³⁹⁶. C'est pourquoi il commente de manière quelque peu énigmatique et déconcertante : « Le capital, c'est le passif social ; il sera mangé par l'actif, qui est le travail » et « la propriété sera absorbée par le travail, ainsi l'État sera absorbé par la collectivité »¹³⁹⁷. C'est la tendance que le socialisme produit dans le droit, mais le droit produit réciproquement le socialisme, selon Lévy¹³⁹⁸.

En revanche, même s'il affirmait qu'une révolution était en train de se faire et incitait les juristes à contribuer à ce phénomène, qu'il définissait comme une « violation du droit acquis »¹³⁹⁹,

¹³⁹³ Comme il a été évoqué *supra*, la Constitution de Querétaro sonne le glas du constitutionnalisme social et plus largement, du paradigme social. Voir note n° 4.

¹³⁹⁴ Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 136 et 137.

¹³⁹⁵ Voir sur ce point Karsenti (Bruno), « La vision d'Emmanuel Lévy : responsabilité, confiance et croyances collectives », *Droit et société*, 2004/1, n° 56-57, p. 176.

¹³⁹⁶ Lévy (Emmanuel), « L'affirmation du droit collectif », Paris, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1903, maintenant dans Herrera (Carlos Miguel), *Par le droit...*, *op. cit.*, p. 167.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 175.

¹³⁹⁸ Karsenti (Bruno), « La vision d'Emmanuel Lévy... », *op. cit.*, p. 176.

¹³⁹⁹ Lévy (Emmanuel), « L'affirmation du droit collectif », *op. cit.*, p. 172.

le professeur Lévy est restait attaché à l'ordre, bourgeois et individualiste, et donc à l'ancien paradigme légaliste. D'abord, nous avons vu qu'il adhérait au socialisme réformiste, c'est-à-dire qu'il prônait en réalité une transformation du droit par le biais des réformes. Autrement dit, il croyait dans les institutions juridiques pour modifier - graduellement - le *statu quo*. D'un autre côté, depuis sa thèse il préconisait la « socialisation du droit de propriété », c'est-à-dire la reconnaissance de son caractère social¹⁴⁰⁰, et pensait que les créances capitalistes deviendraient collectives. Or il a fait preuve d'une mentalité technicienne¹⁴⁰¹ propre à l'individualisme juridique libéral. D'abord, comme l'affirme Gurvitch, sa définition du droit correspond à celle de Kant, le grand penseur de l'individualisme classique. Il écrit effectivement : « la liberté de l'individu limitée par celle de son prochain »¹⁴⁰² et « L'homme est libre : il n'a pas seulement des droits définis, il a une personnalité respectable, une liberté qui n'a d'autre limite en face de celle de son semblable que la liberté même de celui-ci »¹⁴⁰³.

Pour Emmanuel Kant, en effet, l'homme a une « personnalité respectable » s'il agit par devoir, c'est-à-dire conformément à la morale. Et s'il agit conformément à la morale, alors il est libre. Kant s'inspire sur ce point de Rousseau, d'après lequel : « l'impulsion du seul appétit est esclavage et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté »¹⁴⁰⁴. Dans la pensée de Kant, l'homme qui suit aveuglement un désir ne cesse de se soumettre¹⁴⁰⁵. Il affirme dans les *Fondements de la métaphysique des moeurs* que : « L'autonomie de la volonté est cette propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi »¹⁴⁰⁶. C'est dire que, « pour que la loi que la volonté se donne à elle-même soit morale, elle doit valoir pour tous »¹⁴⁰⁷. C'est le célèbre « impératif catégorique » kantien qu'on retrouve dans sa formule canonique : « Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle »¹⁴⁰⁸. De cette

¹⁴⁰⁰ Lévy (Emmanuel), *Preuve par titre...*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁴⁰¹ Comme M. Karsenti l'affirme : « Son analyse des transformations des droits de propriété et de crédit se fait en termes de technicité juridique ». Cf. « La vision d'Emmanuel Lévy... », *op. cit.*, p. 138.

¹⁴⁰² *Les Fondements du Droit*, Paris, F. Alcan, 1933, p. 27, cité par Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁰³ « La confiance », dans *La vision socialiste du droit*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁰⁴ *Du Contrat social*, I, p. 8, cité par Fœssel (Michaël), « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Études*, 2011/3, t. 414, p. 346.

¹⁴⁰⁵ Cf. Fœssel (Michaël), « Kant ou les vertus de l'autonomie », *op. cit.*, p. 346.

¹⁴⁰⁶ *Les Fondements de la métaphysique des moeurs*, trad. V. Delbos, Paris, Les Échos du Maquis, 2013, p. 52.

¹⁴⁰⁷ Fœssel (Michaël), « Kant ou les vertus de l'autonomie », *op. cit.*, p. 346.

¹⁴⁰⁸ Kant (Emmanuel), *Critique de la raison pratique*, trad. François Picavet, Paris, PUF, 2016.

manière, Lévy reprend de Kant l'individualisme abstrait et universel¹⁴⁰⁹. De « peur de retomber dans la rigidité des « notions scolaires » », il « accepte simplement les catégories classiques de l'individualisme juridique »¹⁴¹⁰.

Surtout, après avoir affirmé hautement l'existence du droit collectif, il réduit tout droit au droit de créance, une des formes les plus individualistes du droit¹⁴¹¹. Comme le remarquait déjà Gurvitch : « Le droit de créance est un droit négatif et délimitatif, ordre de guerre, de séparation et de disjonction, non pas droit de collaboration positive, de soutien, d'aide, de conformité, de paix, d'union, de travail en commun, de service social ». En réalité, « le caractère collectif de la créance ne modifie pas la structure tout à fait individualiste de ce droit, car dans le droit des créances, les collectivités ne se confrontent que dans leurs rapports extérieurs, comme des grands individus distincts »¹⁴¹². Ce qui veut dire que le « droit collectif » conçu par Lévy n'est que du droit individuel attribué au groupe. Il est alors resté attaché à l'ordre bourgeois et libéral classique du paradigme légaliste.

Partant, son attachement à l'ordre juridique individualiste doit probablement expliquer sa méfiance envers la rénovation méthodologique du droit, alors même qu'il évoluait dans la même « constellation »¹⁴¹³ que ces juristes rénovateurs. Selon son ami Édouard Lambert, professeur lui aussi à l'université de Lyon, il avait fait « œuvre de démolition et de reconstruction scientifiques »¹⁴¹⁴, ce qu'on disait aussi à l'égard de Duguit¹⁴¹⁵. Toutefois, de manière contradictoire, Lévy se méfiait des « discours tonitruants prônant la rupture épistémologique » et prétendait « demeurer *dans* la tradition juridique française »¹⁴¹⁶. Par rapport à Gény, il estimait que sa méthode était « aristocratique » car elle s'appuyait sur un « subjectivisme du juge et du juriste »¹⁴¹⁷. De même, il faisait savoir à son ami Marcel Mauss que Duguit était « acharné » contre

¹⁴⁰⁹ Audard (Catherine), *Qu'est-ce que le libéralisme...*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴¹⁰ Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 128 et 129.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 129.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 129-130.

¹⁴¹³ Cf. Hespanha (Antônio Manuel), *A cultura jurídica europeia. Síntese de um milênio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 8, cité par Sugimoto (Rafael), *Le pouvoir du droit : la doctrine à l'ère du scientisme juridique. Approches historiques et comparées entre la France et le Brésil*, Thèse Droit, Bordeaux, 2020, p. 12.

¹⁴¹⁴ Préface de Lévy (Emmanuel), *La vision socialiste du droit*, *op. cit.*, p. VIII.

¹⁴¹⁵ Voir *supra* Chapitre I. Les critiques isolées du paradigme légaliste

¹⁴¹⁶ Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 84.

¹⁴¹⁷ karsenti (Bruno), « La vision d'Emmanuel Lévy... », *op. cit.*, p. 178.

lui¹⁴¹⁸, c'est-à-dire que, tout en préconisant une révolution, Emmanuel Lévy souhaitait conserver un ordre préétabli, l'ordre bourgeois, libéral et individualiste issu du paradigme légaliste. Alors que Rabasa souhaitait retourner dans la situation antérieure à la Révolution, et garder la hiérarchie sociale de l'Ancien Régime, Lévy est effectivement resté à mi-chemin. Néanmoins, nos auteurs ont dû, progressivement, modérer leur radicalité, au point de se résigner et renoncer à la lutte.

§2. Un renoncement inévitable à la lutte

À première vue, Lévy et Rabasa, face à un environnement juridique qui pouvait leur sembler hostile, à eux et certains de leurs collègues, ont dû renoncer à la lutte. Cependant, la réalité est plus complexe car s'ils ont fait preuve de résignation celle-ci n'était pas totale, ils restaient de, manière réservée, des opposants au modèle dominant. Dit autrement, nos auteurs ont été dans le besoin de tempérer la radicalité de leur pensée. En revanche, une partie de la doctrine a gardé l'aspect le plus extrême de leur pensée, ce qui nous conduit à réinterpréter leur héritage (B). Il convient, cependant, de se pencher dans un premier temps sur cette coexistence amère dans un environnement juridique opposé (A).

A. Une coexistence amère dans un environnement juridique opposé

D'une certaine manière, comme nous l'avons vu, ces juristes peuvent être vus comme faisant partie de « l'opposition » par rapport au discours officiel. Néanmoins, en changeant d'angle, il semble moins évident qu'ils aient été persécutés par leurs pairs ou par le régime, comme eux-mêmes ont pu le ressentir. Ils ont par contre modéré leur pensée, tout en conservant des relents de pugnacité. Ce qui révèle une résignation réservée (2). Il faut pourtant comprendre avant comment ils ont évolué entre opposition et persécution (1).

¹⁴¹⁸ Jeon (Ji-Hyun), « Lettres d'Emmanuel Lévy à Marcel Mauss (1896-1937) », *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, n° 156, *Socialismes des juristes*, avril- juin 2000, p. 62.

1. Des juristes entre opposition et persécution

Il est en effet possible d'estimer que Lévy et Rabasa évoluaient entre opposition et persécution. D'abord, Lévy se présentait comme un juriste « persécuté » par ses pairs. Il est vrai que sa carrière a eu des débuts difficiles. Chargé de cours de droit romain à l'École de droit d'Alger en 1896, il assure ses enseignements autour d'un climat de violence. Plus précisément, il a fait l'objet d'attaques de la part d'étudiants antisémites. En pleine affaire Dreyfus, sa nomination provoque un mécontentement. Une grève est déclenchée pour protester et des violences sont commises. Harcelé, Emmanuel Lévy quitte la faculté à la fin de l'année universitaire pour enseigner à Toulouse¹⁴¹⁹. Et comme le souligne M. Audren : « Plus d'une fois, pendant sa carrière, le professeur de droit devra subir des outrages et des insultes antisémites »¹⁴²⁰. Il est alors possible de comprendre comment tout au long de sa carrière Lévy s'est estimé déprécié par ses pairs, comme le montrent les lettres qu'il écrivait à ses proches¹⁴²¹. Elles reflètent également un sentiment amer de frustration. Une « obsession de reconnaissance » le hantait¹⁴²². À titre illustratif, après avoir appris l'existence d'une place d'agrégé à Paris en 1912, il songe à se présenter mais il y renonce. Or peu de temps après, lorsqu'il finit par se présenter, c'est René Demogue, dont l'ancienneté est moindre, qui est élu¹⁴²³ alors que Lévy a toujours cherché à quitter Lyon pour regagner Paris¹⁴²⁴. D'ailleurs, il n'hésitait pas à qualifier sa région de « province de jésuites », bien que la faculté de Lyon eût déjà accueilli en son sein des juristes iconoclastes comme Edouard Lambert, Paul Pic ou Louis Josserand¹⁴²⁵. Outre le fait d'estimer que sa carrière n'évoluait pas comme il le souhaitait, il pensait que ses pairs plagiaient ses idées : « C'est le vol organisé », écrit-il à son ami Marcel Mauss¹⁴²⁶.

En revanche, sa paranoïa semble avoir créé le mythe du juriste persécuté par son milieu. Ses amis, Édouard Lambert et Marcel Mauss, neveu de Durkheim et auteur de *l'Essai sur le don* (1925),

¹⁴¹⁹ Voir Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 96.

¹⁴²⁰ *Id.*

¹⁴²¹ Voir par exemple Jeon (Ji-Hyun), « Lettres d'Emmanuel Lévy à Marcel Mauss... », *op. cit.*

¹⁴²² Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 101.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 102.

¹⁴²⁴ Herrera (Carlos Miguel), « Droit et socialisme... », *op. cit.*, p. 280.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 279-280.

¹⁴²⁶ Jeon (Ji-Hyun), « Lettres d'Emmanuel Lévy à Marcel Mauss... », *op. cit.*, p. 63.

contribuent à amplifier cette représentation du juriste poursuivi. Le premier écrit, par exemple, dans la préface de *La vision socialiste*, que les œuvres de Lévy ont été « souvent démarquées ou pillées » et que ses idées sont « comme des éléments de la pensée juridique tombés dans le domaine public ». Il évoque en outre une « conspiration spontanée du silence »¹⁴²⁷ autour de son œuvre. Par rapport à sa carrière, il affirme :

De fait, il avait conquis âprement son titre de lauréat des facultés de droit ; il devait plus rudement encore besogner pour se faire admettre agrégé par des jurys dont il heurtait les habitudes chères du système. Agrégé, le ministère de l'Instruction publique le force à débiter à Alger où Max Régis dirigea contre lui les premières colonnes de l'assaut anti-juif¹⁴²⁸.

Cependant, en 1926, Ripert revient sur cette « présentation un peu théâtrale ». Avec son classique style ironique il remarque : « Il s'est laissé présenter lui-même sous la figure d'un apôtre persécuté, ce qui serait une exception, car on n'a pas remarqué dans ces derniers temps que les universitaires socialistes aient souffert persécution par la justice »¹⁴²⁹. « Le mythe de la « conspiration du silence » était pourtant né ; il ne cessera plus de s'alimenter. Pourtant, de conspiration, il n'y a pas ; seulement une réception sélective »¹⁴³⁰. En effet, sa (relative) marginalité s'explique peut-être plutôt par son style énigmatique, sa forte personnalité et son adhésion au socialisme, ne serait-ce que modérée¹⁴³¹. Ce qui veut dire que, s'il a été critiqué par certains juristes tels que Ripert, ces auteurs, à part Gurvitch, n'ont pas compris la dose de conservatisme que planait dans son œuvre. Ils ont peut-être été effrayés par la radicalité ou l'hétérodoxie de son œuvre, sans comprendre qu'il s'était arrêté à mi-chemin, en conservant certains aspects de la tradition juridique.

Quant à Rabasa, il a aussi eu un sentiment d'être persécuté. En revanche, contrairement à Lévy, son contexte était beaucoup plus violent. Il a été le témoin d'une atmosphère révolutionnaire, parfois qualifiée par les historiens de guerre civile. En tant que Sénateur fédéral, il a été le porte-parole d'une faction de 25 sénateurs qui ont rendu visite au Président Madero pour lui demander (en

¹⁴²⁷ Préface de Lévy (Emmanuel), *La vision socialiste du droit*, *op. cit.*, p. X-XI.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, p. VI.

¹⁴²⁹ Ripert (Georges), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy... », *op. cit.*, p. 217.

¹⁴³⁰ Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 103.

¹⁴³¹ Herrera (Carlos Miguel), « Droit et socialisme... », *op. cit.*, p. 302.

vain) de démissionner de la présidence¹⁴³². Quelques jours après, ce dernier a été assassiné. Son opposition au régime révolutionnaire était claire. Après avoir fait partie de l'élite porfirienne, il est devenu un professeur « dissident » en participant à la fondation de l'*Escuela Libre de Derecho*¹⁴³³. En effet, celle-ci est fondée le 24 juillet 1912 comme une réponse aux réformes du doyen maderiste, Luis Cabrera, de l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia*. La nomination de ce dernier par le Président Madero avait été mal perçue par les étudiants et certains professeurs de droit. Jorge Vera Estañol, professeur de droit commercial, à titre d'exemple, a démissionné immédiatement, soupçonné de vouloir prendre le contrôle de la faculté¹⁴³⁴. En tout cas, la fondation de *la Libre de Derecho* a pu être considérée comme un mouvement anti-révolutionnaire, mais aussi comme l'« aboutissement d'un idéal de libéralisme » dans un contexte européen de mise en place d'écoles « libres » à la fois de la puissance publique et de l'Église¹⁴³⁵. Emilio Rabasa a été le doyen de janvier à avril 1930, ce qui a été décrit comme l'« âge d'or de l'institution »¹⁴³⁶. Selon ses propres termes, c'est une école qui, une dizaine d'années après sa fondation, avait fait « la démonstration expérimentale que l'autonomie de l'enseignement est possible, que l'école autonome est à l'abri non seulement de l'inconstance politique, mais aussi du désordre révolutionnaire et de la violence déchaînée »¹⁴³⁷.

Le sentiment que ressentait Rabasa de persécution, ou tout au moins d'insécurité, paraissait fondé. Après l'assassinat de Madero, bénéficiant d'une mission diplomatique aux États-Unis, le juriste-politicien décide de s'exiler tant que la tourmente révolutionnaire ne soit pas finie. Quelques années plus tard, lors du Congrès constituant de 1917, ses idées sont évoquées à plusieurs

¹⁴³² Molina Pérez (Valente), « La configuración del discurso histórico sobre Emilio Rabasa Estebanell como ideólogo de la Constitución Política de 1917 », *Revista Pueblos y fronteras digital*, vol. 16, 2021, p. 7.

¹⁴³³ Comme nous avons signalé *supra*, Rabasa est généralement considéré comme le principal fondateur.

¹⁴³⁴ Sur ce point et plus généralement sur les origines de la *Escuela Libre de Derecho*, voir Garcíadiego (Javier), *Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho*, Mexico, UNAM, 2006, spécialement p. 8 et s., ainsi que del Arenal Fenochio (Jaime), « La fundación de la Escuela Libre de Derecho », *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n° 11, Mexico, 1988, p. 555-805 ; et du même auteur « Luis Cabrera, director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia », *Cuadernos del Archivo Histórico de la UNAM*, n° 10, Mexico, 1989, p. 117.

¹⁴³⁵ Cf. del Arenal Fenochio (Jaime), « Un rector y una escuela liberales... », *op. cit.*, p. 72.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, p. 74.

¹⁴³⁷ *Discurso pronunciado por el rector Sr. Lic. Emilio Rabasa en la ceremonia conmemorativa del XIII aniversario de la fundación de la escuela, celebrada en el salón de actos de la ciudad de México, el día 26 de julio de 1925*, Mexico, Escuela Tipográfica Salesiana, 1925, cité par del Arenal Fenochio (Jaime), « Un rector y una escuela liberales... », *op. cit.*, p. 75.

reprises¹⁴³⁸ et il est traité de « réactionnaire » par plusieurs députés révolutionnaires. À titre d'exemple, lors de la session du 20 janvier 1917, son ouvrage *La Constitución y la dictadura* est décrit comme un « livre réactionnaire » par le député José María Truchero¹⁴³⁹. De même, un des députés les plus radicaux, le général Francisco José Múgica, fait allusion à plusieurs reprises au maître chiapanèque, sans avoir le courage de le citer en raison de sa réputation de réactionnaire¹⁴⁴⁰.

Pourtant, Rabasa n'était pas isolé, il y a eu d'autres juristes dissidents, accusés d'être « réactionnaires » par les révolutionnaires. La meilleure illustration est peut-être celle de Jorge Vera Estañol (1873-1958), véritable critique de la Constitution, qu'il qualifiait de « bolchevique »¹⁴⁴¹. De la même manière que Rabasa, après avoir participé dans le gouvernement de Huerta en tant que ministre, il fait partie des juristes exilés aux États-Unis en raison de l'atmosphère révolutionnaire¹⁴⁴². Finalement, il retourne à Mexico 11 ans plus tard que Rabasa, en 1931. D'un autre côté, le disciple de Rabasa, Manuel Herrera y Lasso¹⁴⁴³ (1890-1967), représente aussi un cas d'un juriste conservateur, célèbre et contestataire. En tant qu'étudiant de droit et membre du Parti Catholique National, il a dirigé les étudiants de l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia* pour fonder une école libre de l'État révolutionnaire, l'*Escuela libre de derecho*. Lors de son inauguration, il a même prononcé le discours commémoratif au nom des étudiants¹⁴⁴⁴. Plus tard dans sa carrière, alors qu'il était professeur adjoint de son mentor Rabasa dans la chaire de droit constitutionnel à la *Libre de Derecho*, il s'oppose frontalement à la législation révolutionnaire par rapport à la *Cristiada*¹⁴⁴⁵,

¹⁴³⁸ Par rapport à l'impact de la pensée de Rabasa dans la Constitution de 1917, voir en particulier le discours prononcé par Herrera y Lasso, « Presencia de Rabasa en la Constitución », dans *Estudios constitucionales*, segunda serie, Mexico, Editorial Jus, 1964, p. 134-140 ; Medina (Hilario), « Emilio Rabasa y la Constitución de 1917 », *Historia Mexicana*, n° 38, octobre - décembre 1960, p. 177-195 ; ainsi que les travaux récents de Sancliment Martínez (Julio Eduardo), *Emilio Rabasa: el constitucionalismo como diseño orgánico realista a principios del siglo XX*, Thèse Droit, Salamanque, 2023.

¹⁴³⁹ Cf. Aguilar Rivera (José Antonio), « Emilio Rabasa y la Constitución de 1917 », *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁴⁰ Voir Marván Laborde (Ignacio), *Cómo hicieron la Constitución de 1917*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁴¹ Sur ce point et sur le rapprochement entre Rabasa et Vera, voir Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución de 1917 y sus enemigos », dans *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. I, *Estudios Históricos*, dir. Francisco Ibarra Palafox, Pedro Salazar Ugarte et Gerardo Esquivel, Mexico, UNAM, IJ, 2017. Nous reviendrons bientôt sur ce juriste.

¹⁴⁴² En ce qui concerne la réaction pendant la Révolution mexicaine, ainsi que son exil, voir Ramírez Rancaño (Mario), *La reacción mexicana y su exilio durante la Revolución de 1910*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, Miguel Ángel Porrúa, 2019, spécialement p. 321-322.

¹⁴⁴³ Auteur notamment des compilations *Estudios constitucionales. Primera serie*, Mexico, Polis, 1940 et *Estudios constitucionales. Segunda serie*, Mexico, Jus, 1964.

¹⁴⁴⁴ Augustine-Adams (Kif), « Manuel Herrera y Lasso (Mexico, 1890-1967) », dans *Law and Christianity in Latin America. The Work of Great Jurists*, dir. M. C. Mirror and Rafael Domingo, London and New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2021, p. 404.

¹⁴⁴⁵ Sur cette guerre de laïcisation, voir en particulier la brillante étude de Jean Meyer, *La guerra de los cristeros*, Madrid, Siglo XXI España, 2004.

la guerre de laïcisation entre l'État et l'Église (1926-1929). Face à la *Ley Calles* (1926), loi qui cherchait à contrôler la religion catholique, il plaide pour la liberté de culte. Le 23 février 1926, par exemple, il s'est exprimé ainsi dans un journal national, l'*Excelsior* :

La liberté religieuse, la liberté de conscience, sont essentielles à la vie spirituelle comme l'air l'est à la vie physique. Aucune personne, consciente d'elle-même et de sa responsabilité personnelle, ne peut tolérer des limitations à ces libertés, sans mettre en danger en même temps son droit à vivre une vie noble¹⁴⁴⁶.

Moins d'une année après, il est condamné à l'exil à Cuba. Le gouvernement du Président Plutarco Elías Calles n'a pas toléré ses nombreuses prises de position contre la loi qui portait son nom. Or, à mesure que les efforts diplomatiques pour mettre fin à la rébellion *cristera* progressaient, Herrera y Lasso a pu retourner au Mexique en 1929. 10 ans plus tard, aux côtés du juriste Manuel Gómez Morín, il rejoint l'opposition pour fonder un parti conservateur, le *Partido Acción Nacional* (PAN). Le but était d'offrir une alternative à l'hégémonie croissante du *Partido Revolucionario Institucional* (PRI)¹⁴⁴⁷. Néanmoins, après avoir perdu les élections en tant que candidat du PAN à San Luis Potosi, le nouveau Président Miguel Alemán le nomme juriste consultant de la présidence. Cela indique à quel point les juristes d'opposition ont été cooptés par le régime révolutionnaire¹⁴⁴⁸. Entre la répression et la cooptation, ces juristes se sont résignés à cohabiter avec les révolutionnaires. Certains même ont décidé de participer à la consolidation de l'État révolutionnaire, mais de manière conservatrice¹⁴⁴⁹. Toujours dans une perspective centripète, celle de rétablir l'ordre social. Ce qui aboutit progressivement, vers le milieu du XX^e siècle, à la synthèse des paradigmes légaliste et social, c'est-à-dire le paradigme de la « nouvelle tradition ». En revanche, si résignation il y a eu de la part de ces juristes conservateurs, il faut d'ores et déjà reconnaître qu'elle a été réservée.

¹⁴⁴⁶ *Estudios constitucionales. Primera serie, op. cit.*, p. 110.

¹⁴⁴⁷ Cf. Augustine-Adams (Kif), « Manuel Herrera y Lasso... », *op. cit.*, p. 405. Sur la vie et l'œuvre de ce juriste, un des constitutionnalistes les plus influents de son temps, mais de moins en moins cité, voir aussi González Salas (José Fernando Franco), « Manuel Herrera y Lasso: Abogado constitucionalista por vocación y maestro por pasión », dans *Lecturas de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 84-131.

¹⁴⁴⁸ Sur ce point voir Carbonell (Miguel), « La ruta de la evasión. Sobre la teoría constitucional mexicana en el siglo XX », dans *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, dir. Diego Valadés, dir. Diego Valadés *et alii*, Mexico, Siglo XXI, 2011, p. 534.

¹⁴⁴⁹ Voir *infra* Chapitre 1. La réaction contre la paradigme social

2. Une résignation réservée

Tout au long de son exil, Rabasa a fait preuve de prudence. Il n'a pas publié son étude sur le droit de propriété dans la Constitution de 1917, ce qui explique qu'elle ait longtemps été perdue et qu'elle réapparaisse environ 100 ans après dans une bibliothèque aux États-Unis¹⁴⁵⁰. En 1918, il décide de supprimer les chapitres consacrés à la Révolution mexicaine dans *L'évolution historique au Mexique*, par peur des représailles¹⁴⁵¹. Cependant, lorsque Carranza « le Premier Chef » de la Révolution est assassiné en 1920, il décide de rentrer au Mexique. C'est dire qu'il se résigne à vivre sous le régime révolutionnaire qu'il détestait. À partir de ce moment, il reprend ses enseignements de droit constitutionnel (révolutionnaire) à la *Libre de Derecho*, fonction qu'il occupe jusqu'à son décès en 1930.

Dorénavant, ses critiques de la Constitution de 1917 deviennent plus discrètes. Lorsqu'il évoque les travaux de la constituante de Querétaro, il le fait pour se référer à des aspects formels et institutionnels et évite le débat idéologique sur la Constitution¹⁴⁵². Comme nous l'avons déjà évoqué au chapitre antérieur, en 1922, le légiste du porfiriato a défendu la suprématie du pouvoir juridictionnel, subsumée par le jugement constitutionnel, le *juicio de amparo*¹⁴⁵³. Plus pour *canaliser* le pouvoir des révolutionnaires que par adhésion au projet révolutionnaire¹⁴⁵⁴. Ainsi, bien que l'article 27 de la Constitution ait été rédigé pour éviter que la Cour suprême puisse s'opposer au Léviathan révolutionnaire¹⁴⁵⁵, Rabasa rappelle à la communauté des juristes qu'elle représente un véritable pouvoir. Dans son intervention lors du Premier Congrès Juridique National de 1921, il déclare : « La Cour suprême a été instituée pour limiter les pouvoirs nationaux », ce qui renvoie sans doute au pouvoir des révolutionnaires. Et il continue : « ce n'est pas un tribunal, c'est le pouvoir de résistance qui protège l'œuvre de la souveraineté nationale »¹⁴⁵⁶. En essayant de

¹⁴⁵⁰ Voir Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución de 1917 y sus enemigos », *op. cit.*, p. 40-41.

¹⁴⁵¹ Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1428-1429.

¹⁴⁵² Cf. *ibid.*, p. 1422 et 1455.

¹⁴⁵³ « En tant que branche d'un pouvoir, la fonction de la Cour est toujours et exclusivement politique, en tant qu'élément régulateur de l'organisation du gouvernement. Son moyen d'action est le *recours d'amparo*, par lequel elle doit uniquement et seulement interpréter la Constitution fédérale et maintenir l'inviolabilité de ses mandats ». Cf. Rabasa (Emilio), « Organización de la Suprema Corte... », *op. cit.*, p. 349. C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁵⁴ Voir *supra* Chapitre I. Les critiques isolées du paradigme legaliste

¹⁴⁵⁵ Dans son étude sur le droit de propriété, Rabasa écrit que « dans ces conditions, il faut conclure que le recours d'*amparo* n'a pas de portée juridique effective en tant que défense de la propriété face aux préceptes de la nouvelle Constitution ». Cf. *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*, p. 52. Voir aussi Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1425.

¹⁴⁵⁶ *Loc. cit.*

restaurer l'autorité des juristes face au pouvoir, il continue à défendre, discrètement, l'ancien paradigme légaliste.

Pour Rabasa, la Constitution de 1917 avait surchargé la Cour suprême de tâches qu'elle ne pouvait pas accomplir de manière réaliste¹⁴⁵⁷. Dans ces conditions, la solution pour désengorger la Cour suprême résidait dans la création d'une cour de cassation à l'instar du modèle français. De cette manière, d'un côté la Cour suprême devait assumer sa fonction politique, selon l'exemple de la Cour suprême américaine, et d'un autre une cour de cassation, suivant le modèle français légaliste, devait être créée pour surveiller la bonne application de la loi¹⁴⁵⁸. Toutefois, comme le remarque Charles A. Hale : « La double solution de Rabasa a été ignorée et la Cour suprême mexicaine a continué à fonctionner comme un hybride des deux systèmes - français et américain - et son indépendance a été sapée au sein du gouvernement »¹⁴⁵⁹. La Cour suprême n'est donc pas devenue un pouvoir de résistance face au pouvoir politique, favorisant l'autorité des juristes.

Il est clair qu'après avoir souffert d'un bannissement, qu'il vécut amèrement comme son disciple Herrera y Lasso, le doyen tempère ses reproches au régime révolutionnaire. Face aux réformes à la Constitution de 1917, il parvient paradoxalement à défendre certains acquis sociaux de la Révolution : la liberté du travail et l'inamovibilité des magistrats. Ce qui suggère qu'en tant que juriste conservateur, il était conscient de la nécessité de réformer certains aspects du Mexique. Ce qui l'emmène à défendre ces acquis révolutionnaires du constitutionnalisme social, prouvant ainsi qu'il n'était pas « réactionnaire » ou « contre-révolutionnaire », mais conservateur. D'abord, en 1923, en ce qui concerne les discussions de l'époque par rapport à la suppression de l'inamovibilité des juges de la Cour suprême, prévue par l'article 94 de la Constitution¹⁴⁶⁰, le professeur Rabasa rédige plusieurs articles pour défendre cette « conquête suprême » de la

¹⁴⁵⁷ En ce qui concerne l'évolution de la Cour suprême mexicaine, voir l'excellent ouvrage de Mijangos y González (Pablo), *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, Mexico, El Colegio de México, 2019, spécialement p. 114 et s.

¹⁴⁵⁸ « La Cour suprême américaine nous montre, par sa merveilleuse réussite, ce qu'est et doit être la Cour du Pouvoir dans le système fédératif de gouvernement ; la Cour de cassation française nous montre l'exemple admirable de la cour de révision au sein du gouvernement central pour veiller à l'application exacte des lois communes ». Cf. Rabasa (Emilio), « Organización de la Suprema Corte... », *op. cit.*, p. 356.

¹⁴⁵⁹ « La tradición del Derecho... », *op. cit.*, p. 120. Voir les travaux de Rabasa : *El artículo 14. Estudio constitucional y el juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, Mexico, Editorial Porrúa, 3^e éd., 1969 et *El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, Mexico, Editorial Porrúa, 1955.

¹⁴⁶⁰ L'article prévoyait : « Chacun des juges de la Cour suprême nommés à ce pouvoir lors des prochaines élections aura un mandat de deux ans ; ceux qui seront élus à la fin de cette première période auront un mandat de quatre ans et, à partir de 1923, les juges de la Cour, les magistrats de Circuit et les juges de district ne pourront être révoqués qu'en cas de faute et après avoir été jugés responsables, à moins que les magistrats et les juges ne soient promus à un grade plus élevé ».

« révolution destructrice ». Il commente en effet : « comme tout système dictatorial, les juges auront un mandat très court et seront nommés par l'Exécutif ; en clair, ils seront à la disposition de l'Exécutif à tout moment et pour tous les services »¹⁴⁶¹. Or il avait déjà prévenu contre les risques d'un tel système en 1917 : « Une Cour suprême dont les membres attendent la réélection {...}, lui est impossible d'interpréter la Constitution et de faire respecter ses arrêts avec fougue de manière à affecter les desseins de l'Exécutif »¹⁴⁶². En ce sens, il persistait avec l'idée que la Cour suprême devait assumer un rôle de véritable pouvoir qui empiète sur les autres. En revanche, le 20 août 1928, l'article 94 a été modifié et les magistrats ont été supprimés.

Par rapport à la liberté du travail, consacrée par l'article 4 de la Constitution de Querétaro¹⁴⁶³, le constitutionnaliste pensait que c'était un héritage de la période libérale. Face au syndicalisme qui cherchait à supprimer cette liberté individuelle, il craignait que le résultat serait « l'esclavage et l'exploitation du travailleur »¹⁴⁶⁴. Ici aussi, de façon paradoxale, en plaidant pour un des acquis de la Révolution, le maître chiapanèque a calmé ses attaques. Enfin, comme un signe du compromis entre l'État révolutionnaire qui voulait s'« institutionnaliser »¹⁴⁶⁵ et les juristes opposants, le doyen Rabasa a obtenu la reconnaissance de la *Libre de Derecho* en 1930¹⁴⁶⁶. Soit 18 ans après sa fondation en pleine tempête révolutionnaire. Une année plus tard, lors du décès du doyen, un autre indice nous montre la fin d'une époque, l'élégie de son ancien étudiant, Felipe Tena Ramírez :

{Emilio Rabasa} a été l'inspirateur, en termes de technique juridique, de la Constitution de 1917. Honneur à l'homme qui, depuis l'exil, a su, par ses livres, se faire entendre d'une convention révolutionnaire ; mais honneur aussi aux constituants de Querétaro, qui ont eu l'attitude patriotique d'accepter les opinions du hors-la-loi¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶¹ « Sobre la inamovilidad de la Suprema Corte. Primer artículo », *Excelsior*, 9 mayo 1923, cité par Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución y la tiranía... », *op. cit.*, p. 1462.

¹⁴⁶² *El derecho de propiedad...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁶³ Selon l'article : « Tout homme est libre d'exercer la profession, l'industrie ou le travail qui lui convient, utile et honnête, et de tirer profit de ses produits. Ni l'un ni l'autre ne peuvent être empêchés, si ce n'est par une sentence judiciaire lorsqu'ils portent atteinte aux droits d'un tiers, ou par une résolution gouvernementale prise dans les conditions prévues par la loi, lorsqu'ils portent atteinte aux droits de la société ».

¹⁴⁶⁴ Serra Rojas (Andrés), *Antología de Emilio Rabasa*, 2 vols., Oasis, Mexico, 1969, p. 235.

¹⁴⁶⁵ Sur ce point extrêmement important des institutions mexicaines, nous reviendrons au prochain chapitre.

¹⁴⁶⁶ Arenal Fenochio (Jaime), « Un rector y una escuela liberales... », *op. cit.*, p. 76-77.

¹⁴⁶⁷ *Siluetas de don Emilio Rabasa*, Cultura, Mexico, 1935, p. 28.

De manière comparable, de l'autre côté de l'Atlantique, Emmanuel Lévy atténue aussi la radicalité de sa pensée. Annonçant la modération de la rénovation en France, le civiliste remarque que la révolution tant espérée ne s'est pas produite. Au moment où la Révolution mexicaine commence, comme Ripert l'expliquait :

Il paraît s'être aperçu que si le droit repose sur des croyances, la croyance à la légitimité de la créance capital suffit à créer cette légitimité et donne le droit de défendre la société capitaliste. Il est étonné que sous la force du verbe le monde n'ait pas croulé, que l'évidence logique n'ait pas entraîné la révolution attendue. Il était sûr que sa formule opérerait la transmutation. Prophète interdit de ne pas voir arriver le temps prédit, il se tourne de nouveau vers l'État, pour qu'il aide à l'avènement des temps nouveaux¹⁴⁶⁸.

En effet, à partir de ce moment il reconnaît le rôle de l'État dans la transformation sociale : c'est l'État qui doit sanctionner la croyance et produire cette transformation vers la collectivisation. Or la brèche avec le marxisme s'ouvre d'autant plus. Cette philosophie considérait que toute réflexion sur le droit et partant les institutions étatiques, en tant qu'instruments de la bourgeoisie, étaient superflues¹⁴⁶⁹. Le système juridico-politique imposé par l'État était envisagé comme un édifice reposant sur les forces productrices de l'économie et déterminé par celles-ci¹⁴⁷⁰. En revanche, si le civiliste tempère sa pensée vis-à-vis du socialisme révolutionnaire, en faisant preuve d'un certain conservatisme, il n'empêche que plus il se sent méprisé par son milieu vers la fin de sa carrière, plus il exagère sa méthode et plus il déroute le lecteur avec son style poétique. « Plus le désir de reconnaissance se manifeste d'une manière obsessionnelle, plus les tendances aphoristiques et elliptiques du style s'accusent »¹⁴⁷¹. Enfin, le fait que nos auteurs aient nuancé leur pensée à mesure que leur environnement évoluait, nous incite à réinterpréter leur héritage.

B. Un héritage à réinterpréter

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, nos deux auteurs ne sont pas les meilleurs représentants ni du « socialisme juridique » ni de la « réaction mexicaine », ce que une partie de la doctrine a retenu. Lévy n'a jamais défini le socialisme et ne se présentait pas comme « socialiste ».

¹⁴⁶⁸ « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy... », *op. cit.*, p. 224-225.

¹⁴⁶⁹ Voir par exemple Herrera (Carlos Miguel), « Droit, justice... », *op. cit.*, p. 188.

¹⁴⁷⁰ Popper (Karl), *La société ouverte et ses ennemis. Hegel et Marx*, t. II, Paris, Éditions du Seuil, 1979, p. 81.

¹⁴⁷¹ Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 104.

Rabasa, s'est résigné à vivre « sous la Révolution » et à enseigner le droit révolutionnaire. Même à l'intérieur de la nébuleuse réactionnaire, quand on compare sa pensée avec celles d'autres juristes conservateurs, tels que Jorge Vera Estañol, on s'aperçoit qu'il était beaucoup plus mesuré dans ses prises de position.

1. L'atténuation de la « réaction » rabasienne, le cas de Vera Estañol

Jorge Vera Estañol était un juriste plus réactionnaire que Rabasa, totalement opposé à la Révolution. Exilé à Los Angeles, tandis que Rabasa séjournait à New York, l'ancien professeur de l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia* publie en 1920 *Carranza and his Bolshevik Regime*¹⁴⁷², reprenant une série d'articles qu'il avait rédigé en 1919. Comme son titre l'indique, il accusait le nouveau régime d'instaurer le communisme, en particulier à travers l'article 27 de la Constitution. D'abord, l'Assemblée de Querétaro était communiste selon lui parce qu'elle avait été dirigée par le prolétariat qui s'était auto-proclamé le seul propriétaire de la Nation¹⁴⁷³. Comme Rabasa, Vera Estañol critiquait le manque de légitimité de l'Assemblée constituante, qui n'a pas convoqué des élections ni de référendum pour ratifier la Constitution. La « populace carranciste » savait qu'elle était minoritaire par rapport aux autres factions révolutionnaires : « Ainsi, l'Assemblée de Querétaro, outre son pouvoir constituant usurpé, n'est même pas issue de la volonté de toutes les classes sociales exprimée lors des élections »¹⁴⁷⁴. Toutefois, le principal problème de la Constitution était sa radicalité : « La Constitution de Querétaro {...} révèle qu'elle a réglementé les relations entre le travail et le capital, plus que par amour pour le travailleur, par haine pour le capitaliste, et c'est pourquoi nous ne pouvons que la qualifier de bolchevique »¹⁴⁷⁵. Cependant, accuser les révolutionnaires mexicains de bolcheviques n'avait pas de sens, dans la mesure où la Constitution n'était pas communiste et elle a même été rédigée avant la révolution russe d'octobre¹⁴⁷⁶. Si elle permettait à l'État d'exproprier les biens en fonction de leur utilité sociale, conformément au nouveau paradigme social, elle reconnaissait pourtant la propriété privée. Et par rapport à la

¹⁴⁷² Vera Estañol (Jorge), *Carranza and his Bolshevik Regime*, Los Angeles, Wayside, 1920. L'ouvrage a aussi été publié en espagnol : *Al margen de la Constitución de 1917*, Los Angeles, Wayside, 1920.

¹⁴⁷³ Voir Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución de 1917 y sus enemigos », *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁷⁴ Vera Estañol (Jorge), *Al margen de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴⁷⁵ Vera Estañol (Jorge), « El bolchevismo de la Constitución queretana », *Revista Mexicana. Semanario Ilustrado*, 11 mai 1919, cité par Aguilar Rivera (José Antonio), « La Constitución de 1917 y sus enemigos », *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁷⁶ Sur cette célèbre révolution voir Malia (Martin), *Histoire des révolutions*, trad. Laurent Bury, Paris, Tallandier, 2008, p. 340-372 ; du même *Comprendre la Révolution russe*, Paris, Seuil, 1980.

question agraire, Vera lui-même a reconnu de manière surprenante que le régime de propriété territorial, dans la Constitution de Querétaro, n'était en réalité ni individualiste ni communiste¹⁴⁷⁷.

Ainsi, selon Jorge Vera Estañol, « l'Assemblée de Querétaro fut le fruit bâtard d'un coup d'État »¹⁴⁷⁸. Rabasa pour sa part, a certes critiqué la violation de la procédure de révision constitutionnelle prévue par la Constitution de 1857, mais sans aller si loin, au point d'accuser l'Assemblée d'effectuer un coup d'État. Cependant, Vera Estañol continuait : « Et son œuvre - la Constitution de 1917 - également fallacieuse, est irrémédiablement condamnée à disparaître lorsque le peuple retrouvera sa liberté, comme l'ordonne l'article 128 de la Charte de 1857, cité par Carranza dans son manifeste du 11 juin 1915 {par lequel ce dernier proclame la restauration de la Constitution de 1857} ». Pourtant, la Constitution de 1917 a perduré tout au long du XX^e siècle, s'adaptant au fur et à mesure de ses révisions. Jorge Vera n'est pas devenu un « prophète » et s'est évidemment trompé sur ce point. Ce qu'il n'a probablement pas compris, c'est que ce document « fallacieux » comportait plusieurs héritages permettant diverses interprétations. Comme nous l'avons déjà évoqué, MM. Gonzalez y Caballero ont démontré que la Constitution de Querétaro est un document « hybride » comprenant plusieurs modèles étatiques : un modèle libéral, qui correspond à la fondation de l'État de droit au Mexique (1857-1867), un modèle central issu du porfiriato (1873-1912) et un modèle social révolutionnaire¹⁴⁷⁹. Par ailleurs, l'article 128 de la Constitution de 1857 cité par Vera prévoyait : « « La présente Constitution ne perdra pas sa force et son effet, même si, par suite d'une rébellion, son application est interrompue. Au cas où, par suite d'une crise publique, un nouveau gouvernement serait établi contrairement aux principes qu'elle sanctionne, *dès que le peuple aura recouvré sa liberté* {...} son application sera rétablie »¹⁴⁸⁰. Notre professeur de droit commercial avait compris que l'article mettait le gouvernement de Carranza dans une situation délicate. Dès le début de son insurrection, Carranza avait proclamé vouloir restaurer la Constitution de 1857 (d'où la création du Parti Libéral Constitutionnaliste), or l'Assemblée qu'il a convoqué a révisé tous ses articles. C'est une des raisons qui expliquent que l'Assemblée constituante ait essayé de présenter la Constitution de 1917 comme une réforme de

¹⁴⁷⁷ « Le régime de la propriété territoriale de la Constitution de Querétaro n'est ni individualiste, car il n'offre pas de garantie sérieuse pour le patrimoine privé, ni communiste, car il ne met pas la propriété au service direct de la communauté. Il s'agit simplement d'un régime de dépossession institutionnelle ». Cf. *id.*, p. 34.

¹⁴⁷⁸ Vera Estañol (Jorge), *Al margen de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 399.

¹⁴⁷⁹ González (María del Refugio) et Caballero Juárez (José Antonio), « El proceso de formación... », *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁸⁰ Cet article devient l'article 136 dans la Constitution de 1917.

celle de 57, comme son titre l'indiquait : « Constitution Politique des États-Unis Mexicains réformant celle du 5 février 1857 »¹⁴⁸¹.

Outre les arguments juridiques de Vera Estañol, ses écrits réprimandaient beaucoup plus durement les révolutionnaires que ceux de Rabasa. Il écrivait par exemple que dans les rangs des carrancistes (ceux qui ont rédigé la Constitution), à part quelques exceptions, ils comptaient des « professionnels ratés se faisant passer par des intellectuels »¹⁴⁸². Tout au long de ses écrits d'expatrié, le commercialiste révèle son amertume, voire sa rancune contre le nouveau régime :

Cette caste s'était emparée du gouvernement par la force, des fortunes publiques et privées, s'était facilement enrichie du produit des confiscations, réquisitions et pillages concomitants et consécutifs à la campagne militaire, et était naturellement décidée à continuer à exploiter le butin de la victoire, car elle considérait que la Nation était son patrimoine et rien que son patrimoine¹⁴⁸³.

Tandis que Rabasa, accusé lui aussi de réactionnaire, limitait ses critiques à une argumentation juridique, même si au fond il critiquait idéologiquement la Constitution. Sans doute, ses analyses étaient plus techniques et plus fines, ce qui lui a permis d'être vu, malgré tout, comme le juriste le plus important de son époque. Notamment, Rabasa a modéré sa pensée et s'est « résigné » à retourner à Mexico en 1920, soit 11 ans plus tôt que Vera Estañol, et a continué à assurer ses enseignements de droit constitutionnel. En défendant certains acquis de la « révolution destructrice », il a peut-être fait preuve d'ambivalence¹⁴⁸⁴, en tout cas d'une résignation réservée. Ce qui nous pousse à revaloriser son héritage ou à atténuer sa qualification de « réactionnaire ». Cependant, même s'il était moins « réactionnaire » que Vera, il a toujours fait preuve de conservatisme. Or, cette revalorisation de l'héritage rabasien nous pousse à relativiser le « socialisme juridique » lévysien.

¹⁴⁸¹ De même, le texte a été publié le 5 février pour montrer une continuité avec les congrès constituants de 1857.

¹⁴⁸² Il continue : « des professionnels ratés et mis au rebut, des instituteurs, des professionnels pour la plupart, des étudiants tronqués et des journalistes ; les chefs et les officiers de la caste néo-militaire avaient été recrutés parmi les contremaîtres, les muletiers, les gendarmes, les palefreniers, les laitiers, et quelques ganapanes, journaliers, ouvriers, péons et criminels de la prison ». Cf. Vera Estañol (Jorge), *Al margen de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 400.

¹⁴⁸³ *Id.*

¹⁴⁸⁴ Voir *supra* Chapitre I. Les critiques isolées du paradigme légaliste, B. Des juristes condamnés

2. La relativisation du « socialisme juridique » lévyzien

Lévy n'était pas le meilleur représentant du socialisme juridique en France, pas plus que Rabasa de la « réaction » mexicaine. Encore une fois, le mythe a été créé, ou tout au moins amplifié, par Bonnecase. Celui-ci affirmait dans *La pensée juridique française* (1933) que « le fondateur du « socialisme juridique » en France n'est autre que le professeur Emmanuel Lévy, de la Faculté de Droit de Lyon »¹⁴⁸⁵. Pour autant, il poursuivait :

Tandis que ses admirateurs présentaient le professeur Emmanuel Lévy comme le prophète méconnu d'une doctrine nouvelle, dont la vertu régénératrice était sans limite {...} d'autres lui reprochaient avec grande raison, au surplus de manquer de clarté {...}. J'estime, en ce qui me concerne, que le professeur Emmanuel Lévy a par trop usé du ton messianique sans formuler en termes tant soit peu concrets la doctrine du socialisme juridique. Il a été le souffle inspirateur de cette doctrine plutôt que son évangéliste ou son théologien¹⁴⁸⁶.

C'est que Lévy n'avait pas défini le socialisme juridique, peut-être par peur de tomber dans les « notions scolaires » et devenir dogmatique. En effet, comme Gurvitch l'a remarqué en concluant son article, on ne trouve pas dans les travaux du civiliste une explication juridique du socialisme¹⁴⁸⁷. Et, comme nous l'avons vu, il est resté attaché à l'ordre individualiste et libéral alors que pour les doctrines socialistes « l'individu {...} doit être sacrifié à l'ensemble »¹⁴⁸⁸.

Peut-être il donne l'impression d'être « le fondateur du socialisme juridique en France » parce qu'il était indéniablement le seul représentant de ce courant à faire œuvre de doctrine dans les Facultés de droit¹⁴⁸⁹. Pourtant, identifier le socialisme juridique à l'œuvre de Lévy est quelque chose de réducteur car, comme M. Herrera l'a signalé, la réception des idées juridiques chez les socialistes français précède les travaux de Lévy¹⁴⁹⁰. Ainsi qu'il a été évoqué plus haut, le professeur lyonnais évoluait dans un courant socialiste réformiste. Sa vision était celle d'un juriste préoccupé pour modifier le système juridique progressivement, afin de préserver l'ordre ou une certaine

¹⁴⁸⁵ *La pensée juridique française...*, t. II, *op. cit.*, n° 390, p. 236.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 237.

¹⁴⁸⁷ « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁸⁸ Bonnecase (Julien), *La pensée juridique française...*, t. II, *op. cit.*, n° 351, p. 160.

¹⁴⁸⁹ Cf. Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 111-112. Le seul membre des juristes à avoir adhéré au socialisme au XIX^e siècle semble avoir été Émile Acolas. Cf. Arnaud (André-Jean et Nicole), « Le socialisme juridique à la "Belle Époque"... », *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁹⁰ « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 112.

stabilité sociale, bien que Charles Andler¹⁴⁹¹ prônât une « révolution pacifique »¹⁴⁹². En effet, parmi les juristes « socialistes », Lévy se heurtait à l'opposition entre réformistes et révolutionnaires¹⁴⁹³. En revanche, en préconisant l'action syndicale ce « révolutionnaire réformiste » a opéré une synthèse entre les deux modalités du socialisme juridique¹⁴⁹⁴. C'est la grève qui exprime de la manière la plus puissante l'affirmation du travail comme créance collective : elle est créatrice de nouvelles croyances, c'est-à-dire de nouveaux droits¹⁴⁹⁵. Avant les ouvriers contractaient de manière isolée avec un patron « mais voici des ouvriers qui, collectivement, contractent avec un patron, grâce notamment à leur syndicat professionnel. Que vont-ils obtenir ? Ils acquièrent un droit, qui est une créance collective du travail sur le capital », écrit Lévy en 1903¹⁴⁹⁶. Comme l'explique Andler, une nouvelle classe de créanciers apparaît, c'est-à-dire les ouvriers : « Ils ont fait pendant longtemps partie du fonds lui-même, comme esclaves et serfs : et même la liberté civile, tant qu'ils étaient isolés, leur servait de peu. Leur force de travail achetée était un des gages matériels fournis à la créance patronale. Les travailleurs étaient des éternels débiteurs. Ceci change. Ils se syndiquent. Ils nouent des contrats collectifs. Les voici créanciers à leur tour, et qui réclament leur part croissante du revenu »¹⁴⁹⁷. C'est dire que par la grève, par l'action syndicale, les créances collectives du travail s'affirment avec force. *In fine*, c'est ainsi que, malgré le manque de précision quant au syndicalisme¹⁴⁹⁸, et sans vouloir déstabiliser totalement l'ordre juridique, Lévy réalise la synthèse entre les deux courants du socialisme.

Enfin, le cas de Rabasa révèle à quel point les juristes se sont résignés à cohabiter avec le régime révolutionnaire. Il montre ainsi à quel point les juristes les plus conservateurs ont dû intégrer le nouveau paradigme social. Au fur et à mesure que la Constitution de 1917 perdurait, et que les

¹⁴⁹¹ Auteur de *Les origines du socialisme d'État en Allemagne*, Paris, Félix Alcan, 1897 ; il rédige la préface de *L'affirmation du droit collectif* de Lévy.

¹⁴⁹² Sur ce point, voir Arnaud (André-Jean et Nicole), « Le socialisme juridique à la "Belle Époque"... », *op. cit.*, p. 33-34.

¹⁴⁹³ Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁹⁴ Audren (Frédéric), « Le droit au service de l'action... », *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁹⁵ Herrera (Carlos Miguel), « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *op. cit.*, p. 124-125.

¹⁴⁹⁶ « L'affirmation du droit collectif », *op. cit.*, p. 168.

¹⁴⁹⁷ Préface de *ibid.*, p. 21.

¹⁴⁹⁸ À titre d'illustration, son œuvre ne permet pas de distinguer entre les corporations autonomes et libres et les corporations de l'État de type fasciste. Cf. Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit... », *op. cit.*, p. 131.

révolutionnaires réussissaient à conserver le pouvoir malgré l'instabilité politique, les juristes ont dû accepter leur sort. En revanche, après ce moment de « défaite » pour l'opposition, il semble que les juristes aient accepté le régime et compris qu'il pouvaient peut-être le canaliser grâce à leur interprétation (conservatrice) de la Constitution. Même si la plupart des juristes les plus importants avaient été formés sous l'ancien modèle légaliste, leur culture juridique leur donnait une position privilégiée pour décrypter les nouveaux textes. Dès lors, il faut voir comment, par leur interprétation conservatrice, vers le milieu du XX^e siècle, ils se sont attachés soit à canaliser le régime soit à le consolider. Ce qui entraîne la naissance du paradigme de la nouvelle tradition. De manière parallèle, la modération de la pensée de Lévy annonce l'essoufflement progressif de la rénovation méthodologique en France. Nous verrons, dès lors, comment la conservation des apports de la Révolution de 1789 donne naissance à ce paradigme de la nouvelle tradition.

Francisco Villa



La prise de Zacatecas



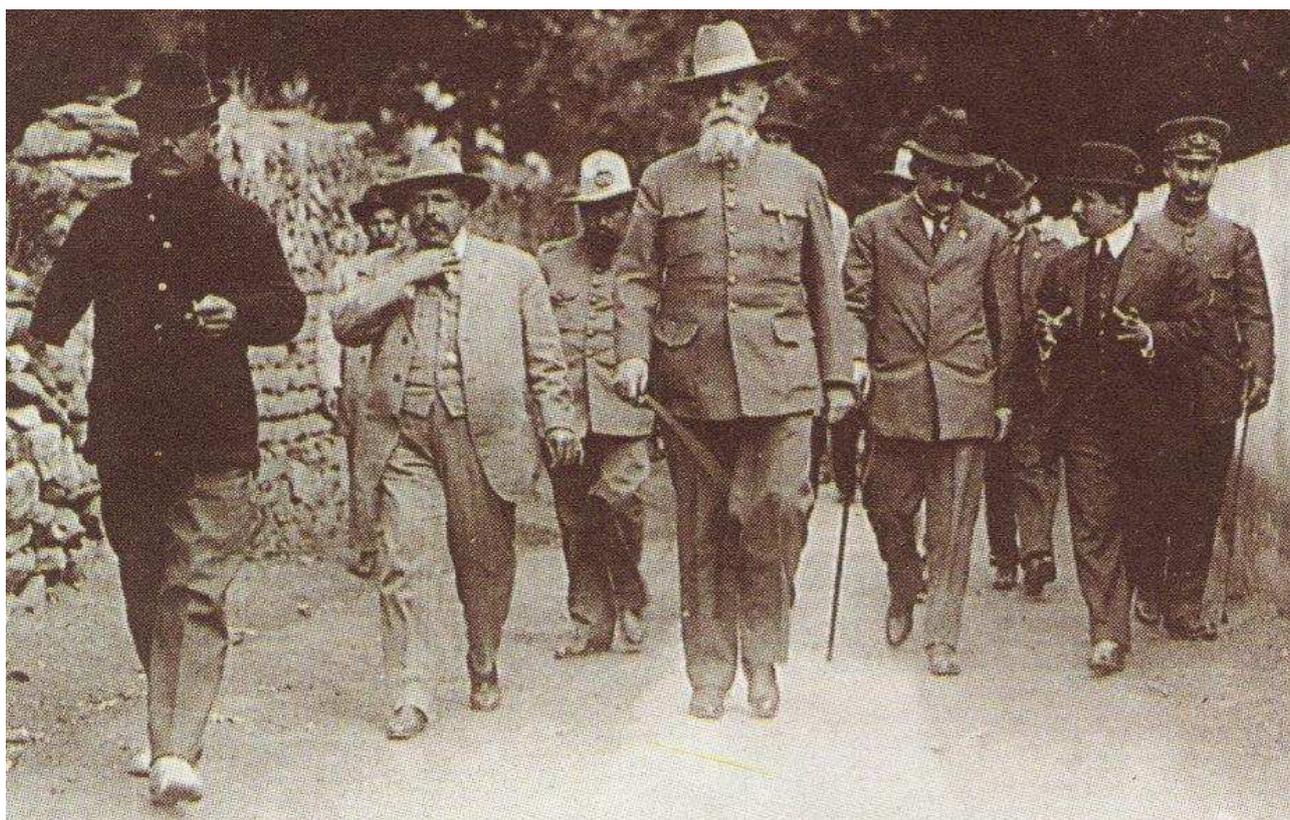
Emiliano Zapata



Francisco Ignacio Madero



Venustiano Carranza (au centre)



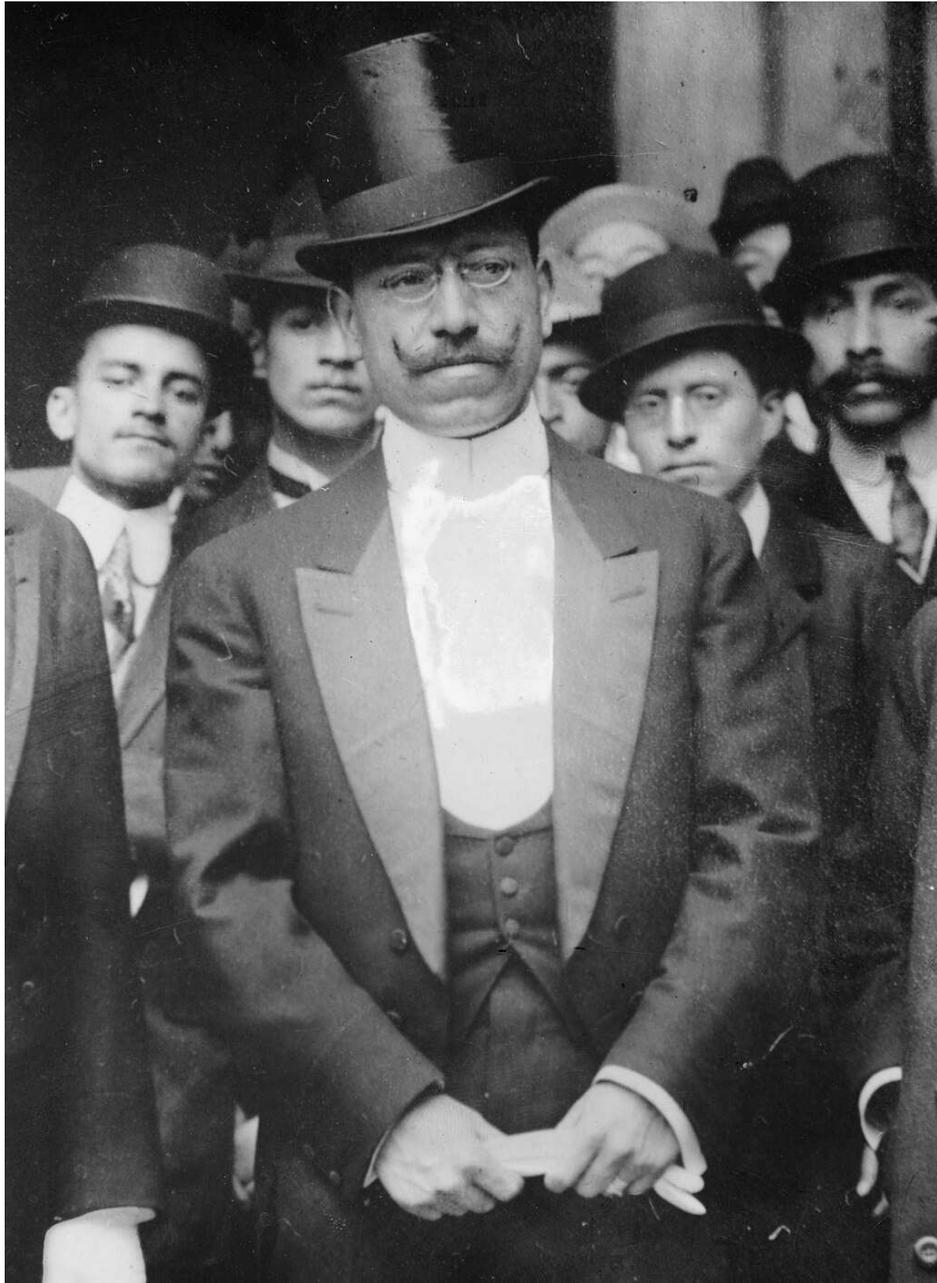
Le Congrès constituant de 1917 à Querétaro



Andrés Molina Enríquez



Jorge Vera Estañol



Troisième partie. La conservation des apports de la Révolution de 1789 au XX^e siècle ou le paradigme de la nouvelle tradition

Au début du XX^e siècle, la lutte entre les deux paradigmes, social et légaliste, s'atténue. Un nouveau compromis semble émerger parmi les acteurs juridiques. Or on assiste alors à une récupération par des juristes conservateurs, qui s'efforcent de préserver certains acquis de la Révolution française. En réalité, il s'agit davantage d'une sélection et d'une réinvention des traditions. Cependant, les apports de la socialisation du droit, devenus indépassables grâce à ce compromis, conduisent à une forme de synthèse. En d'autres termes, la réaction contre le paradigme social, tout en cherchant à préserver certains aspects de l'ancien paradigme légaliste, génère une nouvelle tradition.

À partir de la seconde moitié du XX^e siècle, la tradition juridique du XIX^e se réactive. Contre les nouveaux bouleversements sociaux, les juristes s'efforcent de protéger l'héritage du XIX^e siècle, ancré dans les révolutions française et mexicaine. En cherchant à établir une continuité historique avec les régimes précédents, ils parviennent à métamorphoser ces traditions, consolidant ainsi le paradigme de la nouvelle tradition.

Il convient alors d'examiner, dans un premier temps, comment la réaction contre le paradigme social a engendré cette nouvelle tradition (chapitre 1). Ensuite, nous analyserons comment la réactivation de cette nouvelle tradition permet d'achever la synthèse des paradigmes (chapitre 2).

Chapitre 1. La réaction contre le paradigme social : la genèse de la nouvelle tradition

Vers le milieu du XX^e siècle, la doctrine juridique réagit face à la montée du paradigme social. En France, le décalage entre les dispositions du Code civil de 1804 et la réalité devenait de plus en plus évident. Des juristes tels que Louis Josserand, méfiants à l'égard d'une rupture épistémologique, ont alors entrepris la tâche d'adapter les anciens textes légalistes aux nécessités sociales. C'est le moment de l'interaction entre les paradigmes légaliste et social. Or il s'agit également de la modération de la rénovation du droit de la Belle Époque. Cette interaction complexe aboutit à des théories fondées sur des interprétations inédites du Code Napoléon.

Au Mexique, après la phase la plus sanglante de la Révolution de 1910, c'est-à-dire après la promulgation de la Constitution de 1917 dite « de Querétaro », les juristes ont eu pour mission d'acclimater le droit révolutionnaire. Pour le nouveau régime dirigé par le parti qui revendiquait l'héritage de la Révolution, leur soutien était devenu indispensable, notamment pour « poursuivre la Révolution », mais de manière conservatrice. Pour cela, il fallait avant tout « naturaliser » la Révolution. L'enjeu était de légitimer l'élite politique et sociale née de ce phénomène brutal. Afin d'apaiser les différentes factions et leurs *caudillos*, afin de rétablir l'ordre, la Révolution a été « institutionnalisée ». Les juristes, les intellectuels, les artistes ont été appelés pour édifier une idéologie de la Révolution. C'est la raison pour laquelle un discours de continuité nationale entre le « libéralisme social » du XIX^e siècle et la Révolution a été élaboré. En revanche, vers le milieu du XX^e siècle, la tradition libérale a connu une métamorphose : en associant le droit social de la Révolution à cette tradition, un nouveau paradigme a émergé.

De l'autre côté de l'Atlantique, des juristes ont résisté à l'expansion du droit social. Principalement, Georges Ripert a contesté les théories innovantes de Josserand, mais aussi d'Emmanuel Lévy, Léon Duguit, Maurice Hauriou et François Gény. Il affirmait vouloir faire un « procès » aux juristes. En réagissant tant contre le paradigme légaliste que le paradigme social, et en défendant la morale chrétienne contre différentes menaces, Ripert symbolise la fondation de la nouvelle tradition en France. En récupérant une partie de la tradition juridique française, en effet, ce juriste conservateur a enclenché une « nouvelle tradition ».

Dès lors, il faut distinguer deux thèmes : l'interaction entre les paradigmes légaliste et social (section 1) et la récupération par les juristes conservateurs (section 2).

Section 1. L'interaction entre les paradigmes légaliste et social

À partir des années 1930 au Mexique, lorsque le contexte politique commence à être stabilisé, les juristes sont confrontés à l'émergence du droit révolutionnaire. Plus largement, ils font face à l'introduction du nouveau paradigme social. Ce qui veut dire qu'ils affrontent une tâche ardue, celle d'acclimater les nouvelles dispositions prises à la chaleur de la tempête révolutionnaire. Or, les juristes étant conservateurs sinon par nature, par formation, ils ont commencé à écrire pour adapter ces textes de manière à stabiliser la Révolution, ce qui coïncide avec l'avènement de l'« institutionnalisation » de la Révolution mexicaine. Processus commencé par Plutarco Elías Calles et continué notamment par Lázaro Cárdenas, il s'agit de créer les institutions nécessaires pour encadrer l'effervescence révolutionnaire. L'État devient désormais de type corporatiste : des grandes corporations sont créées et gérées au niveau central par le Parti Révolutionnaire Institutionnel (PRI), qui est contrôlé à son tour par le Président. En outre, dans cette optique d'endiguement de la Révolution, le droit était l'outil de prédilection pour la normalisation du pouvoir. C'était donc un instrument de légitimation, un moyen pour consolider la domination de la nouvelle élite politique, « le droit était l'expression du pouvoir politique »¹⁴⁹⁹. Non seulement les élections, dans un système autoritaire, étaient devenues cruciales pour la légitimation du régime, mais aussi les écrits des juristes se sont révélés essentiels pour le renforcement du régime qui avait besoin de nouveaux « légistes ». Par conséquent, en échange de l'adhésion au discours officiel, les juristes avaient accès aux plus hauts postes de l'État. En raison de la « culture autoritaire » qui s'est développée, le succès professionnel dépendait de l'acceptation des conditions politiques et de la vision de la Constitution¹⁵⁰⁰. C'est ainsi que, par cette cooptation étatique, la doctrine mexicaine a développé un discours de légitimation de la « nouvelle tradition » révolutionnaire. Un compromis entre les juristes et l'État s'est donc formé, qui a consolidé le régime. Toutefois, au préalable, ces juristes ont dû interpréter et adapter les dispositions dominantes.

En France, il est possible de voir quelques similitudes. Vers le tournant du siècle, les juristes commencent à prendre conscience qu'il faut adapter les vieilles dispositions du Code Napoléon. Les dispositions de 1804 ne sont plus en adéquation avec cette période d'industrialisation. C'est donc le moment de la transition du paradigme légaliste vers le paradigme social. Plus précisément, c'est un

¹⁴⁹⁹ Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social y cambio jurídico*, Mexico, Instituto Tecnológico de México & Miguel Ángel Porrúa, 2008, p. 74.

¹⁵⁰⁰ Voir par exemple *ibid.*, p. 119 et s.

moment d'interaction, voire d'affrontement entre la vision légaliste et la vision sociale du droit. On verra comment, en adaptant les dispositions dominantes du paradigme légaliste vieillissant, de la fin du XIX^e jusqu'au milieu du XX^e siècles, on aboutit ici aussi à un compromis. Tout ceci génère également cette nouvelle tradition française.

Dès lors, il faut aborder dans un premier temps l'adaptation des dispositions dominantes (§1) et ensuite la consolidation par le compromis (§2).

§1. L'adaptation des dispositions dominantes

L'adaptation des dispositions dominantes du paradigme social est une œuvre collective. Au Mexique, ce sont principalement les travaux de Lanz Duret, Martínez Báez ou Tena Ramírez qui, dans la première moitié du XX^e siècle commentent et critiquent systématiquement la Constitution issue de la Révolution mexicaine. Ces professeurs de droit constitutionnel étaient des juristes célèbres et engagés. Grâce à leur culture juridique, ils ont contribué à légitimer le nouveau régime révolutionnaire. En France, cette tendance est principalement représentée par l'œuvre de Josserand. Par sa théorie de l'abus du droit, initiée par Charmont et Saleilles, ou de la responsabilité, il a réussi à renouveler les anciennes dispositions du Code civil de 1804.

Dans les deux cas on voit un ralentissement, une modération de la révolution juridique. On observe effectivement que les juristes tentent d'adapter les dispositions du paradigme social. Il semble cependant que ces juristes aient fait preuve d'un style de pensée conservateur. En faisant privilégier l'ordre et l'autorité (concepts premiers dans l'idéologie conservatrice qui reposent sur la tradition¹⁵⁰¹), pour stabiliser la révolution (sociale et politique ou méthodologique), nos auteurs indiquent ce style de pensée. Nous allons, par conséquent, voir comment l'adaptation des textes révolutionnaires a permis la « naturalisation » de la Révolution mexicaine (A). Puis nous verrons comment les dispositions françaises classiques ont été adaptées par les théories de l'abus de droit et de la responsabilité (B).

¹⁵⁰¹ Cf. Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 35 et 40.

A. L'adaptation des textes révolutionnaires : la « naturalisation » de la Révolution mexicaine

Après l'assassinat d'Emiliano Zapata (1919), Venustiano Carranza (1920) et Pancho Villa (1923), il a fallu environ une décennie pour retrouver une certaine stabilité politique et sociale¹⁵⁰². C'est le contexte de l'institutionnalisation de la Révolution. En effet, la fondation du *Partido Nacional Revolucionario* (PNR) en 1929, par le Président Plutarco Elías Calles, permet d'encadrer les luttes politiques entre les caudillos à un niveau institutionnel. L'idée était « d'agréger les forces politiques autour d'un parti porteur du discours de la Révolution »¹⁵⁰³. Par la suite, en 1938, Calles transforme le parti en *Partido de la Revolución Mexicana* (PMR) afin d'intégrer plusieurs confédérations de travailleurs. Puis, sous Lázaro Cárdenas, le PMR devient le *Partido de la Revolución Institucional* (PRI) pour insister sur l'institutionnalisation de la Révolution.

C'est dans ce contexte politique qu'évoluaient nos juristes. Ceux-ci se sont avérés indispensables pour la construction du « discours de la révolution » permettant de rendre légitime le gouvernement. Dans les discours des Présidents de la République, la *rhétorique révolutionnaire* était mobilisée sans cesse¹⁵⁰⁴. Les juristes étaient donc incités, s'ils voulaient maintenir leurs postes et leur prestige, à collaborer à ce processus de légitimation¹⁵⁰⁵. Malgré leur style juridique en apparence technique, nos juristes étaient engagés dans la construction de la nouvelle tradition. Pour cela, la « naturalisation » de la Révolution de 1910 était indispensable. Or écrire sur les révolutions, en raison de ses répercussions « n'est pas une opération axiologiquement 'neutre', au contraire, cela a des implications idéologiques et politiques »¹⁵⁰⁶. Dans les écrits de nos juristes, il est en effet possible de distinguer plusieurs types d'arguments : d'un côté ils ont justifié moralement et socialement la Révolution (1) et d'un autre ils ont justifié la Constitution des révolutionnaires juridiquement et politiquement (2).

¹⁵⁰² Carrillo Nieto (Juan José), « L'usage de la « Révolution sociale de 1910 » dans la construction du système politique mexicain : de la création de héros, d'ennemis et d'institutions », *Hypothèses*, 2022/1 n° 23, p. 104.

¹⁵⁰³ *Id.*

¹⁵⁰⁴ Sur la rhétorique officielle et la Révolution mexicaine, voir Knight (Alan), *La revolución cósmica. Utopías, regiones y resultados, México 1910-1940*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2015, spécialement p. 25, 34 et 45-46.

¹⁵⁰⁵ Nous avons déjà évoqué la cooptation des juristes par le régime. Voir *supra* chapitre 2. Les difficultés du paradigme social

¹⁵⁰⁶ Traverso (Enzo), « Écrire l'histoire des révolutions », dans *Une Histoire globale...*, p. 60.

1. La justification morale et sociale de la Révolution

Bien qu'il y ait eu peu d'études sur la Constitution de Querétaro lors des premières décennies du XX^e siècle¹⁵⁰⁷, à mesure que le gouvernement des révolutionnaires se prolongeait, les juristes mexicains ont œuvré pour justifier moralement et socialement la Révolution de 1910 et, partant, sa Constitution. En effet, dans le premier manuel de droit constitutionnel de l'époque¹⁵⁰⁸, publié par Miguel Lanz Duret¹⁵⁰⁹ (1878-1940) en 1931, cet objectif de légitimation est évident. Le premier chapitre du deuxième titre s'intitule par exemple : « Légitimité de la Constitution de 1917. Brève Histoire des Constitutions Mexicaines ». Adoptant une démarche historique pouvant nous rappeler la méthode historique d'Adhémar Esmein et son rôle de « légiste » de la III^e République, le professeur de *Jurisprudencia*¹⁵¹⁰ analyse les différentes lois fondamentales du Mexique depuis son Indépendance. Il révèle ainsi une « continuité presque ininterrompue » entre les textes constitutionnels de 1824, 1857 et 1917 issus des « glorieuses révolutions »¹⁵¹¹ qui ont établi une république fédérale et représentative. Au-delà de cette marche vers le progrès et la liberté, qui ignore les constitutions centralisatrices¹⁵¹², notre auteur cherche à démontrer la nécessité de la Révolution de 1910. Répondant aux « adversaires récalcitrants »¹⁵¹³, notamment Emilio Rabasa¹⁵¹⁴ et Jorge Vera Estañol, il affirme :

¹⁵⁰⁷ Voir par exemple Cortez Salinas (Josafat), « Los cambios en las ideas jurídicas en México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, année L, n° 153, septembre - décembre 2018, p. 836.

¹⁵⁰⁸ *Derecho Constitucional Mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, Mexico, Porrúa, 1931.

¹⁵⁰⁹ Né en 1878 à Campeche et décédé en 1940 à Mexico, Miguel Lanz Duret était professeur, avocat, politicien et journaliste. Professeur de droit constitutionnel à l'Escuela Nacional de Jurisprudencia. Voir Gaxiola Moraila (Jorge), « Miguel Lanz Duret: un maestro para hacer eficaz y reformar la nueva Constitución de 1917 », dans *Lecturas de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 60-63 ; Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁵¹⁰ *Escuela Nacional de Jurisprudencia*.

¹⁵¹¹ Lanz Duret (Miguel), *Derecho Constitucional Mexicano...*, *op. cit.*, p. 57 et 70.

¹⁵¹² Il écrit que les *Siete Leyes Constitucionales* de 1836 et les *Bases Organiques de la República Mexicana* de 1843 « n'ont pas eu d'écho dans le peuple » et qu'il s'agit « d'un simple souvenir historique de certaines anomalies et excentricités de notre Droit constitutionnel ». Cf. *ibid.*, p. 65.

¹⁵¹³ *Ibid.*, p. 57.

¹⁵¹⁴ Bien que Rabasa n'ait pas publié son étude sur la Constitution, il rejoignait Vera par rapport à l'argument du manque de légitimité de la Constitution en raison de la violation de la procédure de révision. Voir *supra* Chapitre 2. Les difficultés du paradigme social

Et si la révolution constitutionnaliste de 1913, qui, après avoir triomphé par les armes en 1914, s'est transformée en gouvernement révolutionnaire, a jugé nécessaire de convoquer un Congrès constituant pour réorganiser le pays socialement et politiquement, et n'a pas demandé sa réforme, c'est parce qu'*une telle mesure était indispensable* après un bouleversement aussi grand et aux conséquences aussi vastes que celui qui venait d'ébranler et de transformer le pays. *Il était donc nécessaire de réaliser la réforme plus que par des moyens légaux, par des procédures révolutionnaires*, afin de rendre viables les aspirations et les tendances des groupes rebelles, en créant un nouvel ordre juridique, cristallisé en quelque sorte dans une nouvelle Constitution, qui sanctionnerait les réformes économiques et sociales indispensables à la prospérité du peuple mexicain¹⁵¹⁵.

Ce qui veut dire que la Révolution et la violation de la Constitution de 1857 étaient *nécessaires* vis-à-vis des conditions sociales et économiques du pays. Il était indispensable de recourir aux « procédés révolutionnaires » afin de fonder un nouvel ordre juridique. Cet argument moral et social, qui repose sur une interprétation téléologique de l'histoire mexicaine, est utilisé pour normaliser, pour rendre « naturel » le mouvement révolutionnaire qui cherchait à s'« institutionnaliser » à travers le texte de 1917. De ce fait, en cherchant à légitimer l'*autorité* du nouvel État et, surtout, en cherchant à restaurer l'*ordre*, Lanz Duret fait preuve d'un style de pensée conservateur. Il témoigne surtout de la volonté de fonder une *nouvelle tradition* érigée sur l'expérience des républiques fédérales. Il continue en ce sens :

Lorsque le peuple, ou ses éléments les plus vigoureux, renverse l'ordre juridique existant et impose par la révolution un nouvel état de choses qui, d'abord par la force, puis *avec le temps et le consentement tacite des gouvernés*, en vient à constituer un nouvel ordre juridique, la nouvelle constitution établie devient alors la loi suprême de la nation et la seule qui puisse désormais créer des organes politiques dotés de pouvoirs et fixer les droits des gouvernés : en un mot, établir l'ordre constitutionnel¹⁵¹⁶.

Pourtant, come Vera Estañol l'avait déjà souligné, l'Assemblée constituante manquait de représentativité nationale dans la mesure où les *carrancistes* avaient exclu les autres groupes rebelles des débats. Dans l'esprit de Lanz Duret, néanmoins, la légitimité de la Constitution reposait

¹⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 72. Nos italiques.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 57. C'est nous qui soulignons.

plus que sur la démocratie sur sa « *vigencia* »¹⁵¹⁷, c'est-à-dire son enracinement dans le temps. Comme pour tout penseur conservateur, le temps est pour lui un élément déterminant par rapport à la légitimité sociale. Cela signifie que les institutions qui ont fait leurs preuves, historiquement, sont naturellement légitimes.

Ces arguments extra-juridiques ont par la suite été repris par les juristes mexicains. C'est le cas du « disciple » de Rabasa, Felipe Tena Ramírez, professeur lui aussi de droit constitutionnel et ministre de la Cour suprême au début de la seconde moitié du XX^e siècle. Publiant en 1944 le deuxième ouvrage systématique sur la Constitution de 1917¹⁵¹⁸, Tena réussit à « influencer », c'est-à-dire à séduire plusieurs générations de juristes¹⁵¹⁹. En ce qui nous concerne, il utilise aussi une méthode historique¹⁵²⁰ pour plaider pour le « droit à la révolution ». Plus précisément, il affirme que dans certains cas le droit à la révolution peut avoir un fondement moral et social, mais jamais juridique. Pour cela il invoque le célèbre *droit de résistance à l'oppression* comme fondement moral de la révolution¹⁵²¹. En particulier, l'analyse de l'histoire de la Révolution de 1910 montre que « les formalités étaient épuisées, elles ne pouvaient servir qu'à couvrir une situation notoirement immorale et antisociale. *Lorsqu'il fut question de violer le droit positif au nom de la Morale, le droit moral de la révolution était né* »¹⁵²². Comme si la révolution, qui n'avait pas de fondement juridique, semblait une issue « naturelle ». En tout cas, l'ancien ministre de la *Suprema Corte*, en marquant sa distance avec son maître Rabasa, a contribué à développer l'idée chez les jeunes juristes que la Révolution était un phénomène *naturel* d'un point de vue moral et social. En outre, en reprenant l'idée de « *vigencia* » ou de temps de Lanz Duret, Tena Ramírez a conclu que « ce qui a postérieurement justifié légalement la révolution, c'est son succès », c'est-à-dire *la reconnaissance tacite du peuple*. Il affirme : « Par la suite, la paix a été organisée en fonction de cette Constitution ; sa validité n'est pas contestée, ses préceptes sont à la base de tout notre édifice

¹⁵¹⁷ Il n'y a pas selon nous de traduction exacte, puisque le mot espagnol implique une durée dans le temps, à la différence du mot français « validité ». Voir Gaxiola Moraila (Jorge), « Miguel Lanz Duret... », *op. cit.*, p. 61.

¹⁵¹⁸ Tena Ramírez (Felipe), *Derecho constitucional mexicano*, Mexico, Porrúa, 1984.

¹⁵¹⁹ Voir en ce sens Cossío Díaz (José Ramón), « Felipe Tena Ramírez y la Constitución de 1917 », dans *Lecturas de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵²⁰ Sur l'utilisation de la méthode historique par la doctrine mexicaine, depuis Rabasa jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, voir Tena Ramírez (Felipe), *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 79. Selon Tena, l'avantage de son application au droit constitutionnel était la possibilité d'arriver à une interprétation s'éloignant du texte formel. Cf. *ibid.*, p. 81.

¹⁵²¹ Tena Ramírez (Felipe), *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁵²² *Ibid.*, p. 70. Nos italiques.

juridique et sont invoqués par tous pour justifier ou combattre les actes des gouvernants »¹⁵²³. Donc pour lui aussi, le critère déterminant est la longévité de la Constitution de 1917, signalant également un style de pensée conservateur. L'argument apparaît aussi dans les cours du professeur Antonio Martínez Báez¹⁵²⁴ (1901-2000) : « Une constitution est effective, on pourrait dire légitime, si elle est établie, si elle est en vigueur. Il n'est pas nécessaire de rechercher la légitimité de son origine »¹⁵²⁵. Ici aussi, l'idée sous-jacente - que démontre plus clairement la langue espagnole - est celle du temps, mais on comprend parallèlement que la doctrine décrit l'histoire constitutionnelle des vainqueurs : « La vigueur, la validité et la force des constitutions s'acquièrent par la violence, l'établissement de la Constitution est toujours un acte révolutionnaire »¹⁵²⁶. L'histoire constitutionnelle mexicaine démontre effectivement que :

Toutes les constitutions ont été établies précisément en ignorant, en violant les règles juridiques relatives à l'établissement des constitutions. Attaquer la Constitution actuelle pour son origine historique ou politique, c'est utiliser un argument sans intérêt. C'est que toutes nos constitutions ont été établies précisément en ignorant les préceptes de la constitution précédente en matière de réforme constitutionnelle¹⁵²⁷.

Ce dernier professeur de droit constitutionnel, témoin lui aussi de la Révolution de 1910, opte également pour une méthode historique justifiant idéologiquement la Révolution et sa cristallisation, la Constitution de 1917. C'est la « tragédie »¹⁵²⁸ du droit constitutionnel, à savoir que

¹⁵²³ *Ibid.*, p. 71 à 74.

¹⁵²⁴ Né en 1901 à Morelia et décédé en 2000 à Mexico, Martínez Báez était un juriste et politicien. Il a été disciple de Felipe de Jesús Tena, père de Tena Ramírez, et de Herrera y Lasso, ami de Mario de la Cueva. Professeur de droit constitutionnel à l'UNAM de 1928 à 1968. Il faisait partie de la « génération de 1915 », c'est-à-dire la génération qui dirigeait le pays lors de la première moitié du XX^e siècle. Il a occupé des postes importants au sein des gouvernements priistes : ministre de l'économie (1948-1952), sénateur du Michoacan (1982-1988) et député (1988-1991). Voir González (María del Refugio), « Antonio Martínez Báez: constitucionalista revolucionario », dans *Lecturas de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 265-273 ; Hernández Díaz (Jaime), « Antonio Martínez Báez: historiador del derecho », *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Revista Jurídica, 2012, [en ligne] URL : <https://web.archive.org/web/20120827054357/http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/13/cont/cnt10.htm#P1> (consulté le 6 mars 2024).

¹⁵²⁵ Martínez Báez (Antonio), *Obras, t. III Obra jurídica diversa*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 415. À l'époque, à l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia*, les étudiants engageaient des dactylographes pour prendre des notes sur tout ce que disait le professeur, puis les transcriptions des cours étaient transformées en livres et en manuels par le professeur. Cf. Cortez Salinas (Josafat), « Los cambios en las ideas jurídicas... », *op. cit.*, p. 839 ; Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho, op. cit.*, p. 319.

¹⁵²⁶ Martínez Báez (Antonio), *Obras, t. III...*, p. 416.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p. 415.

¹⁵²⁸ González (María del Refugio), « Antonio Martínez Báez: constitucionalista revolucionario », dans *Lecturas de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 282.

« la Constitution naît toujours en vertu d'un acte révolutionnaire »¹⁵²⁹. L'enjeu est de fonder la « nouvelle tradition » qui s'appuie sur le paradigme légaliste du XIX^e siècle (Constitutions de 1824 et 1857) mais aussi sur le paradigme social (Constitution de 1917). Le but est de créer une synthèse de ces différentes traditions, tout en conservant les apports les plus importants de ces modèles. Pour cela, une interprétation conservatrice de la Révolution de 1910 était nécessaire.

Enfin, dans leurs ouvrages et dans leurs cours, les professeurs de droit constitutionnel reproduisent l'idéologie du parti dominant¹⁵³⁰ et propagent l'idée que la Révolution et sa Constitution étaient naturelles d'un point de vue historique, moral ou social. Ils contribuent à la propagande d'État et, de ce fait, à fomenter une « culture autoritaire » dans l'esprit des juristes, celle de la nouvelle tradition. Pourtant, en contribuant à l'institutionnalisation de la Révolution, ils agissent comme une force centripète au service de l'État. Autrement dit, leur objectif, après des années d'instabilité, était de restaurer l'ordre et renforcer l'autorité de l'État. Ce qui renvoie nettement à la doctrine conservatrice. En revanche, il convient de reconnaître leurs efforts pour justifier juridiquement la Constitution révolutionnaire, même si au fond il s'agissait d'une légitimation idéologique.

2. La justification juridico-politique de la Constitution

Il paraît indéniable que la doctrine juridique de cette époque a construit une véritable théorie constitutionnelle cherchant à légitimer le régime révolutionnaire. Plusieurs arguments ont été mobilisés pour justifier le Pouvoir, reflétant ainsi l'adhésion à l'idéologie dominante. D'abord, l'ancien ministre de la Cour suprême, Felipe Tena Ramírez, a utilisé les théories de la *souveraineté populaire et nationale* pour justifier la Constitution. Il écrit :

Dans notre régime, le peuple a exercé sa souveraineté par l'intermédiaire de représentants réunis dans une assemblée spéciale, dont l'œuvre était la Constitution, qui devenait ainsi l'expression de la souveraineté. Une fois sa tâche accomplie, cette assemblée a disparu et, lorsqu'elle s'est éteinte, on peut considérer que l'exercice de la souveraineté a été épuisé. À sa place apparaissent la Constitution, comme extériorisation concrète de la souveraineté, et

¹⁵²⁹ Martínez Báez (Antonio), *Obras, t. III...*, p. 415.

¹⁵³⁰ Plus généralement, sur la reproduction de l'idéologie dominante, voir Kennedy (Duncan), *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système*, trad. Thomas Déri, Marie-Eve Lamy et Claude-Catherine Lemoine, Montréal, Canada, Lux Éditeur, 2010, p. 61.

les pouvoirs organisés par elle, qui ne sont plus souverains, puisque leurs compétences sont énumérées et limitées¹⁵³¹.

La justification du gouvernement révolutionnaire sous l'« apparente neutralité »¹⁵³² de la science juridique est claire. En effet, il conclut son chapitre sur le « constituant révolutionnaire » en affirmant que : « Le droit à la révolution ne peut être reconnu *a priori* dans le droit positif, mais seulement *a posteriori*. Le droit de la révolution devient un droit positif lorsqu'il est reconnu comme tel par le peuple, expressément ou tacitement »¹⁵³³. L'idée sous-jacente est donc celle de l'utilisation de la souveraineté populaire. Néanmoins, il cite Carl Schmitt, juriste de la « Révolution conservatrice »¹⁵³⁴ selon lequel « une Constitution est légitime - c'est-à-dire reconnue, non seulement en tant que situation de fait, mais aussi en tant qu'ordre juridique - lorsque *la force et l'autorité* du Pouvoir constituant sur lequel repose sa décision sont reconnues ». Pour cela, « la façon normale de tester l'acceptation d'une constitution issue d'une révolution est de faire appel au peuple par référendum »¹⁵³⁵. Cependant, étant donné que Schmitt concevait l'Assemblée constituante comme une forme de dictature¹⁵³⁶, l'utilisation du décisionnisme par la doctrine mexicaine n'était pas anodine. Comme nous verrons plus loin, la sélection des idées du juriste allemand ayant rallié le nazisme témoignait d'un projet politique. En revanche, voulant rester neutre par rapport à cette théorie controversée, Tena admettait plus loin que « les conditions prévalant en 1917 excluaient le recours à une telle procédure démocratique ». Ce qui lui permet de reconnaître qu'à l'origine, la Constitution de 1917 a été une « Constitution imposée », mais c'est encore une fois la longévité du texte le critère déterminant pour sa légitimité. « Si en 1917, et durant les années qui ont immédiatement suivi, les idées avancées de la Constitution appartenaient à une minorité »¹⁵³⁷, la Constitution de Querétaro allait s'imposer sur le long terme. L'objectif du

¹⁵³¹ *Derecho constitucional mexicano, op. cit.*, p. 45.

¹⁵³² Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁵³³ Tena Ramírez (Felipe), *Derecho constitucional mexicano, op. cit.*, p. 74.

¹⁵³⁴ Schmitt est classiquement considéré comme ayant fait partie de la « Révolution conservatrice » qui surgit en Allemagne sous la République de Weimar. Si on peut distinguer ce groupe d'intellectuels avec l'idéologie conservatrice classique, il n'empêche que les idéologues de la Révolution conservatrice s'opposaient au libéralisme et aux Lumières, tout en adoptant profondément certains traits de la *Modernité*, tels que le volontarisme. Cf. Breuer (Stefan), *Anatomie de la Révolution conservatrice, op. cit.*, p. 4 et 6. Sur la République de Weimar, voir *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, dir. Jean-François Kervégan, Lyon, ENSUITE, 2002.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, p. 73. C'est nous qui soulignons.

¹⁵³⁶ Voir par exemple Klein (Claude), « La découverte de la doctrine française et du pouvoir constituant en Allemagne : de l'Empire à la République fédérale », dans *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, dir. Olivier Beaud et Patrick Wachsmann, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 146.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 73.

professeur, qui est devenu ministre de la Cour Suprême en 1951, était donc de rendre efficace la Constitution, l'acclimater, voire la naturaliser pour *stabiliser* la Révolution. Pour cela, de manière analogue aux juristes bourgeois au lendemain de la Révolution de 1789, qui avaient besoin d'une nouvelle tradition, il était indispensable pour les légistes de la Révolution mexicaine de développer un socle idéologique capable de légitimer la Révolution. De même que les juristes de la III^e République qui avaient repris la tradition républicaine française, les révolutionnaires mexicains ont récupéré l'héritage des républiques mexicaines fédérales. Ils ont effectivement opéré la synthèse entre les paradigmes légaliste du XIX^e siècle et social du tournant du siècle. Dans cette perspective, les théories des auteurs français étaient particulièrement utiles.

À titre d'exemple, Antonio Martínez Báez, dans ses *Apuntes* (c'est-à-dire dans ses cours qui ont été publiés) mobilisait les théories françaises de la souveraineté nationale et populaire dans l'objectif de légitimer la Constitution. « Notre Constitution parle de la souveraineté nationale qui réside dans le peuple » et « depuis le début, le peuple a eu le pouvoir d'autodétermination dans notre pays »¹⁵³⁸. Ce qui correspond selon lui à l'application de la théorie du contrat social de Rousseau ainsi que la « théorie révolutionnaire française »¹⁵³⁹. Il démontre de cette manière, à l'instar de Tena, son adhésion à la Constitution de 1917¹⁵⁴⁰, tout en la défendant et en l'expliquant au fur et mesure de ses cours. En outre, il montre encore une fois comment les juristes mexicains faisaient systématiquement appel à la doctrine française pour renforcer leur discours. Lanz Duret, par exemple, citait longuement Carré de Malberg : « En principe, il semblerait que tout Gouvernement qui s'établit et s'empare du pouvoir contre le droit public en vigueur au moment de son établissement doive être déclaré illégitime. Mais comme le premier soin de tous les gouvernements qui accèdent au pouvoir dans de telles conditions est précisément de créer un nouveau statut qui consacre leur autorité, celle-ci, après des débuts contraires au droit, finira par acquérir un caractère de légitimité juridique, à condition que le nouveau statut auquel elle est soumise soit publiquement reconnu et accepté comme stable et régulier »¹⁵⁴¹. La doctrine française sert ici pour insister sur la légitimité juridique acquise par le temps. Elle devient une « boîte à outils » pour justifier *a posteriori* l'œuvre des révolutionnaires mexicains, prolongée par le parti de la Révolution. Sans devenir un « modèle juridique », puisque ceci implique une imitation ou une

¹⁵³⁸ *Obras, t. III...*, p. 569.

¹⁵³⁹ *Ibid.*, p. 571.

¹⁵⁴⁰ Dans le même sens, González (María del Refugio), « Antonio Martínez Báez... », dans *Lecturas...*, *op. cit.*, p. 298.

¹⁵⁴¹ Lanz Duret (Miguel), *Derecho Constitucional Mexicano...*, *op. cit.*, p. 58.

copie¹⁵⁴², alors que les juristes mexicains se limitent à « sélectionner », les écrits français deviennent un réservoir d'arguments pour soutenir et développer cette « nouvelle tradition » mexicaine.

Un autre argument, largement mobilisé par la doctrine mexicaine, était celui du « constitutionnalisme social »¹⁵⁴³ qui renvoie au paradigme social. Plus précisément, ce sont les célèbres « droits sociaux » qui, dans la mesure où ils ont été consacrés par la Constitution de 1917, justifiaient également le mouvement révolutionnaire. Ce nouveau type de droits, sanctionnés pour la première fois par la Constitution de Querétaro, exauçaient les revendications des groupes populaires de la Révolution. Selon le juge Tena : « Lorsque la révolution est passée de la rectification politique à la revendication sociale, elle a trouvé une nouvelle justification ». C'est pourquoi, « si la révolution constitutionnaliste se justifie au regard de la morale et de la nécessité sociale, la Constitution de 17, qui en a été l'œuvre et l'expression, doit avoir la même justification »¹⁵⁴⁴. Dans les années 1930 déjà, « Miguel Lanz Duret soutenait que le contenu social de la Constitution de 1917 avait un sens révolutionnaire fort et avait pour objectif de favoriser les masses ouvrières et paysannes »¹⁵⁴⁵. C'était cependant une interprétation idéologique des droits sociaux : la Constitution est légitime parce qu'elle consacre, pour la première fois dans l'histoire, les droits sociaux revendiqués par le peuple. C'est la raison pour laquelle ces droits sociaux, « expression directe de la Révolution », ont été analysés par la doctrine à travers la théorie de Ferdinand Lassalle, celle des « facteurs réels de pouvoir »¹⁵⁴⁶. Mario de la Cueva (1901-1981), professeur lui aussi à l'UNAM, écrit par exemple qu'en proclamant la première « déclaration des droits sociaux de l'histoire » dans la Constitution de 17, « le prolétariat est devenu présent en tant que classe sociale et facteur réel de pouvoir »¹⁵⁴⁷. Dans les yeux de la doctrine, ces droits sociaux, cristallisés en particulier par les

¹⁵⁴² Audren (Frédéric), compte rendu de *L'idée de fonds juridique commun...*, *op. cit.*, p. 735.

¹⁵⁴³ Sur l'héritage du constitutionnalisme social au Mexique, voir *La herencia del constitucionalismo social mexicano y sus desafíos*, dir. José Ramón Cossío Díaz, Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.

¹⁵⁴⁴ *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 71 et 72.

¹⁵⁴⁵ Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 129-130.

¹⁵⁴⁷ « Lo social en la Constitución de 1917 », dans *Doctrina constitucional mexicana*, dir. Imer B. Flores, Mexico, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM et IJJ, 2016, p. 125.

articles 27 et 123 de la Constitution¹⁵⁴⁸, préexistaient à l'État et celui-ci se légitimait en les développant¹⁵⁴⁹. Dans les années 1940 et 1950, l'étude des droits sociaux a été précisée grâce notamment à l'œuvre d'un juriste célèbre : Ignacio Burgoa¹⁵⁵⁰. En analysant les précédents historiques du constitutionnalisme social, il compare le libéralisme et l'individualisme avec la législation sociale dans le but de « défendre notre Constitution contre les critiques et les reproches qui lui ont souvent été adressés »¹⁵⁵¹. Ici encore, c'est la consécration de droits sociaux par la Constitution de 1954 qui permet de défendre le nouveau régime, mais toujours dans l'objectif conservateur de canaliser l'effervescence révolutionnaire. Dans la mesure où les droits de l'homme, issus de la pensée libérale et individualiste (paradigme légaliste), étaient insuffisants pour protéger les travailleurs, les droits sociaux ont perfectionné le système juridique¹⁵⁵². Avec une approche téléologique similaire, Mario de la Cueva écrit dans les années 1960 :

Les articles 27 et 123 contiennent la pensée sociale de la nouvelle Constitution, ils sont ce qui lui est propre, ce qui détermine son originalité, en lui attribuant le sommet de notre histoire constitutionnelle : en eux, la pensée sociale qui a germé pendant la guerre d'indépendance et s'est battue au milieu du siècle avec la position individualiste et libérale a atteint son apogée. Nous ne voulons pas dire que l'histoire est close : les articles 27 et 123 ont été l'idéal social d'un siècle, mais ils sont nés et ont lutté dans un monde qui, à son tour, se transforme ; ils ne disparaîtront pas non plus dans l'avenir, car il y a en eux quelque chose d'éternel¹⁵⁵³.

Dans ces conditions, les droits sociaux sont devenus des idéaux révolutionnaires invoqués pendant plusieurs décennies. Ils étaient mobilisés comme la base de la nouvelle tradition révolutionnaire mexicaine. En revanche, le discours sur le constitutionnalisme social a

¹⁵⁴⁸ Selon l'article 27, al. 1^{er} : « La Nation détient un droit originaire de propriété sur les terres et sur les eaux qui se situent à l'intérieur du territoire national. La Nation a exercé et exercera son droit de transmission légale de tels biens en faveur des personnes privées, constituant ainsi le droit de propriété ». L'article 123, al. 1^{er}, indique : « Tout individu bénéficie du droit de travailler de manière honorable et utile à la collectivité. Conformément à la législation en la matière, l'Etat devra promouvoir la création de nouveaux postes de travail, tout en veillant à la mise en place d'un système d'organisation sociale de l'emploi ».

¹⁵⁴⁹ Un professeur de droit du travail de l'UNAM, Alberto Trueba Urbina, écrit à titre illustratif que ces articles contiennent une « fonction revendicative des droits du prolétariat et à la consécration du droit à la révolution prolétarienne, comme norme suprême du droit social exclusivement pour la classe ouvrière ». Cf. *La primera Constitución político-social del mundo*, Mexico, Porrúa, 1971, préface.

¹⁵⁵⁰ Nous reviendrons sur la vie et l'œuvre de ce juriste.

¹⁵⁵¹ Burgoa Orihuela (Ignacio), *Derecho constitucional mexicano*, Mexico, Porrúa, 5^e éd., 1984, p. 707.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 693-702.

¹⁵⁵³ « Lo social en la Constitución de 1917 », *op. cit.*, p. 128-129.

progressivement évolué. Comme nous verrons plus tard, les droits sociaux ont fini par être considérés comme des « normes programmatiques », c'est-à-dire des directives, plutôt que des véritables normes juridiques. S'il y a eu une « révolution permanente » au Mexique, autrement dit l'idée selon laquelle la révolution ne s'arrête pas tant qu'elle n'a pas atteint ses objectifs¹⁵⁵⁴, on la trouvait essentiellement dans le discours officiel. Plus qu'actualiser la Révolution, l'objectif des juristes était de la normaliser ou la naturaliser, afin de l'endiguer, ce qui relève par ailleurs du conservatisme. Il s'agit alors d'une volonté d'adapter les dispositions révolutionnaires qui devenaient progressivement la « nouvelle tradition » - grâce, en partie, au travail des juristes -. Nous pouvons dès lors faire des analogies avec la tradition républicaine de la III^e République et ses légistes. En France, toutefois, face aux changements sociaux générés par la révolution industrielle et au vieillissement du Code civil de 1804, vers la Belle Époque, une volonté d'adapter les dispositions anciennes a vu le jour.

B. L'adaptation des dispositions françaises classiques : l'abus de droit et la théorie du risque

Inséré dans le réseau des réformateurs de la Belle Époque, repéré par Saleilles et soutenu par Eugène Garçonnet et Edmond Thaller, vers les années 1930 Louis-Étienne Josserand (1868-1941) devient une autorité doctrinale¹⁵⁵⁵. Brillant étudiant à la faculté de droit de Lyon, à la suite de la scission de l'agrégation, Josserand devient titulaire de la chaire de droit civil en 1903. Puis doyen de la faculté de droit de Lyon de 1913 à 1935, quand il est nommé à la Cour de cassation.

C'est en fait Louis Josserand qui prolonge la rénovation du droit civil à la Belle Époque. En effet, il poursuit les travaux de Joseph Charmont et de Raymond Saleilles (abus des droits et responsabilité), et reprend aussi des idées de Léon Duguit (solidarité sociale et fonction-sociale des droits). Ses travaux le situent donc dans la mouvance des réformateurs qui militent en faveur d'une « socialisation du droit »¹⁵⁵⁶. Lors de la première moitié du XX^e siècle, il est à l'origine d'une transformation radicale du droit civil en adaptant des dispositions classiques du Code civil, notamment en matière de propriété et de responsabilité. Plus largement, dans les écrits de Josserand

¹⁵⁵⁴ Voir Marx (Karl) et Engels (Friedrich), *La Sainte Famille ou Critique de la critique critique. Contre Bruno Bauer et consorts* (1844), Paris, Les Éditions sociales, 2019.

¹⁵⁵⁵ Audren (Frédéric) et Fillon (Catherine), « Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD civ.*, 2009, p. 41. Sur la vie de Josserand voir également Fillon (Catherine), v^o « JOSSERAND Louis-Étienne », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 429-431.

¹⁵⁵⁶ Cf. Audren (Frédéric) et Fillon (Catherine), « Josserand ou la construction... », *op. cit.*, p. 42.

il est possible d'apprécier très nettement l'interaction entre les paradigmes légaliste (le Code civil vieillissant) et social (l'abus des droits et la responsabilité sans faute). On retrouve également l'affaiblissement de ce que Julien Bonnecase appelait le « classicisme juridique », les acquis de la Révolution française codifiés par le Code civil¹⁵⁵⁷. Par voie de conséquence, il faut revenir sur cette « double querelle »¹⁵⁵⁸ : la théorie de l'abus des droits (1) et la théorie du risque (2).

1. La théorie de l'abus de droit

Au début du XX^e siècle, Louis Josserand entend poursuivre la rénovation du droit en adaptant principalement la conception « périmée »¹⁵⁵⁹ du droit de propriété classique. En effet, l'article 544 du Code civil de 1804 disposait : « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Ce qui était prévu, c'était un droit subjectif absolu hérité du paradigme légaliste du XIX^e siècle. En clair, si on utilisait son droit de propriété, « le type du droit absolu »¹⁵⁶⁰, ce n'était pas possible de l'utiliser contrairement à la loi¹⁵⁶¹. Néanmoins, pour Josserand, cette conception était dépassée dans la mesure où il est possible de détourner le droit de son esprit ou d'en faire un usage contraire à l'intérêt social¹⁵⁶². Ainsi, il définissait l'acte abusif comme « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité »¹⁵⁶³. Plus profondément, pour Josserand, la thèse de l'abus des droits « a pour ambition et pour raison d'être d'assurer le triomphe de l'*esprit des droits*, et, par-là, de faire régner la justice, non point seulement dans les textes de lois et dans

¹⁵⁵⁷ Simonin (Anne), « La morale juridique de Georges Ripert », dans *La République et son droit (1870-1930)*, dir. Annie Stora-Lamarre, Jean-Louis Halpérin et Frédéric Audren, Paris, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2011, p. 376.

¹⁵⁵⁸ Rémy (Philippe), « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *RTD civ.*, 2002, n° 26, p. 41.

¹⁵⁵⁹ Ripert, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949, p. 193.

¹⁵⁶⁰ Josserand (Louis), *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau éd., 1905, p. 19.

¹⁵⁶¹ « Le droit cesse où l'abus commence ». Cf. Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, LGDJ, 11^e éd., 1931, p. 312-313.

¹⁵⁶² « Donnés pour une certaine cause, les droits doivent être exercés dans un certain esprit. Qui n'est pas animé par cet esprit, les détourne de leur destination économique et sociale. L'homme qui exerce son droit accomplit une fonction sociale. S'il n'utilise pas le droit qui lui a été donné pour les fins qui le lui ont fait remettre, il en abuse ». Cf. Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits. À propos de l'ouvrage de M. Josserand *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 49, 1929, p. 34.

¹⁵⁶³ Josserand (Louis), *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris, LGDJ, 1927, p. 370.

des formules abstraites, mais, ce qui est un idéal plus substantiel, dans leur application même et jusque dans la réalité vivante »¹⁵⁶⁴.

Toutefois, accepter la théorie de l'abus de droit revenait à reconnaître l'affaiblissement du caractère absolu de la loi et, par conséquent, du Législateur. Ceci conduisait en outre à renforcer le rôle du juge qui devait apprécier s'il y avait ou non abus de droit. La théorie marquait alors le passage ou la transition du paradigme légaliste issu de la Révolution de 1789 au profit d'un paradigme social. Comme l'écrivait Ripert dans *Le déclin du droit*, pour les juristes « modernes », la conception absolutiste du Code civil était une conception périmée car « ils dénoncent le caractère absolutiste d'un droit qui ne saurait être maintenu dans une société où doit régner le droit social »¹⁵⁶⁵. C'était donc une adaptation des dispositions légalistes du XIX^e siècle dans une optique sociale.

En réalité, Josserand brandissait la théorie de la relativité des droits contre « l'absolutisme des droits individuels »¹⁵⁶⁶. Comme il l'écrivait : « la possibilité de l'abus des droits est le signe évident de la relativité des droits »¹⁵⁶⁷, ce qu'il soutenait déjà depuis son ouvrage de 1905 : *De l'abus des droits*¹⁵⁶⁸. Il y affirmait en effet : « La vie est une mêlée où les intérêts, légitimes ou non, s'entrecroisent et se heurtent sans répit ; leur isolement serait la négation même de toute notion sociale, voire la négation de leur propre réalité, car un droit n'a de signification qu'autant qu'il s'oppose à d'autres droits : c'est au prix de la lutte et par un jeu de contrastes qu'il conquiert son individualité »¹⁵⁶⁹. Comme Ripert, Josserand reconnaissait que le droit vient de la force. Les deux, effectivement, reprenaient l'idée de Jhering développée dans *La lutte pour le droit* (1872). Cependant, Josserand allait plus loin que Ripert en estimant avec Jhering « qu'un propriétaire pourrait aisément rendre la vie intolérable à ses voisins tout en se renfermant strictement dans les limites objectives où le législateur a pensé enfermer son droit »¹⁵⁷⁰. Josserand s'insère donc dans le paradigme social, dans le sillage des rénovateurs et plus précisément, de la « socialisation du

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁶⁵ *Le déclin du droit...*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁵⁶⁶ Simonin (Anne), « La morale juridique... », *op. cit.*, p. 373.

¹⁵⁶⁷ Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁶⁸ *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau éd., 1905.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵⁷⁰ Jhering, *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, 2^e vol., p. 112 et s., cité par Josserand (Louis), *De l'abus des droits*, *op. cit.*, p. 3.

droit ». Comme Ripert l'affirmait dans son compte-rendu de *De l'esprit des droits*, on peut rapprocher ses idées de celles de Duguit¹⁵⁷¹. Même si ce dernier reprochait à Josserand d'avoir conservé les termes classiques du droit civil, en diffusant la théorie de l'abus des droits Josserand croyait dans la fonction sociale des droits¹⁵⁷².

En revanche, ceci a été critiqué par les « juristes traditionalistes »¹⁵⁷³. Pour Ripert, admettre que « le droit ne serait pas respectable s'il n'avait pas été exercé conformément à l'intérêt social », revenait à valider « la conception du droit civil de la République des Soviets » pour laquelle l'ensemble de « l'Université de Lyon paraît avoir quelque inclination »¹⁵⁷⁴. De même, Paul Esmein¹⁵⁷⁵, « l'éminent jurisconsulte, écrit Josserand, dénonce rigoureusement l'inexactitude et le péril de la tendance nouvelle qui, par une étrange confusion du droit et de la morale, substitue la faute morale à la faute juridique. {...} Mieux vaut laisser débout les barrières traditionnellement établies entre le droit et la morale »¹⁵⁷⁶. En effet, une des principales critiques à la théorie des l'abus des droits résidait dans le fait qu'« elle oblige les juges à des recherches d'intention extrêmement délicates »¹⁵⁷⁷. Elle avait pour conséquence de « livrer l'exercice des droits à l'arbitraire des juges »¹⁵⁷⁸ pour Planiol. Néanmoins, en ce qui concerne Josserand, « la pierre angulaire de toute la théorie » était le « motif légitime » qu'on retrouve dans la jurisprudence. « Grâce à sa flexibilité, le motif légitime fait de la notion de l'abus des droits une force évolutive de premier ordre, un instrument de progrès et d'assouplissement qui permet d'adapter aux besoins de la société toujours en marche des institutions vieilles mais, grâce à lui, sans cesse rajeunies »¹⁵⁷⁹. Et « qu'on le veuille ou non, {le juge} demeure investi de cette tâche redoutable d'appliquer la loi au procès, à la lueur de la morale »¹⁵⁸⁰. En outre, pour le doyen de Lyon, la conception selon laquelle « les prérogatives

¹⁵⁷¹ Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 58-59. Voir aussi Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I^{er}, 1927, p. 266.

¹⁵⁷² Même s'il évoquait plutôt les « droits-fonctions ».

¹⁵⁷³ Josserand (Louis), *De l'abus des droits*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁷⁴ « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 35. C'est vrai que le doyen lyonnais conclut *De l'esprit des droits* de manière provocatrice : « C'est donc un critère à la fois social et téléologique que nous adoptons, celui-là même qui est consacré par le Code soviétique ». Josserand (Louis), *De l'esprit des droits...*, *op. cit.*, p. 370.

¹⁵⁷⁵ Fils d'Adhémar Esmein.

¹⁵⁷⁶ Josserand (Louis), *De l'abus des droits*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 47.

¹⁵⁷⁸ *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, LGDJ, 11^e éd., 1931, p. 314.

¹⁵⁷⁹ Josserand (Louis), *De l'abus des droits*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 84.

sociales ne pourraient être exercées que socialement, pour un motif correct, en vue des fins légitimes », est constante et, semble-t-il, ininterrompue. Elle serait donc une « longue et constante tradition ». Pourtant, l'hostilité face à cette tradition découlerait de l'individualisme du droit révolutionnaire et plus précisément, en raison des droits de l'homme qui s'imposent aux pouvoirs publics¹⁵⁸¹. Par conséquent, il s'agit d'un combat entre la théorie de la relativité des droits (l'abus de droits) contre « l'absolutisme des droits individuels » (ou l'absolutisme des droits subjectifs)¹⁵⁸². Jossierand l'expliquait très nettement : « le monde juridique se trouve {...} traversé par un double courant : le courant individualiste et le courant social »¹⁵⁸³.

En somme, les juristes progressistes tels que Jossierand, qui cherchaient à adapter le paradigme légaliste vieillissant en introduisant une nouvelle conception sociale du droit, ont entraîné la réaction des juristes conservateurs. Au nom de la défense de la « tradition » (c'est-à-dire l'absolutisme des droits individuels), ces juristes conservateurs allaient créer une nouvelle tradition qui repose au fond sur une interpénétration des paradigmes anciens, légaliste et social. Au-delà de la doctrine, en consacrant l'abus de droit, la jurisprudence s'apprêtait à faire un pas dans cette direction, en opérant une synthèse entre les deux paradigmes. Un autre exemple de ce phénomène est la théorie de la responsabilité.

2. La théorie du risque

Au tournant du siècle, les fondements de la responsabilité civile changent. Sous l'impulsion des juristes rénovateurs tels que Jossierand, la place de la faute est modifiée : on assiste, en réalité, à un *déclin de la faute*. Selon l'article 1384 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Ainsi, comme l'écrit Ripert : « Pendant tout le cours du XIX^e siècle, les juristes n'ont point douté que la responsabilité civile ne reposât sur la faute et ne fût en quelque sorte une responsabilité pénale atténuée. Les règles données par les articles 1382 à 1386 du Code civil étaient toujours expliquées par l'idée de faute »¹⁵⁸⁴. C'était la conception subjective de la responsabilité qui triomphait depuis l'aube du XIX^e siècle. En revanche, l'augmentation des accidents liés au machinisme et au

¹⁵⁸¹ Jossierand (Louis), *De l'esprit des droits...*, *op. cit.*, p. 4-5.

¹⁵⁸² Simonin (Anne), « La morale juridique... », *op. cit.*, p. 373.

¹⁵⁸³ *De l'abus des droits*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁸⁴ *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949, p. 200.

développement des automobiles ont provoqué un effort pour élargir l'application des règles de la responsabilité civile.

Dans le sillage de Saleilles, Josserand étend la notion de risque¹⁵⁸⁵. Il prolonge, en effet, les travaux de Saleilles¹⁵⁸⁶ pour créer une théorie de la responsabilité du fait des choses. Pour que la personne recherchée puisse être déclarée responsable, il faut qu'il y ait une faute dans la garde ou l'usage de la chose¹⁵⁸⁷. C'est la célèbre théorie du risque : celui qui exerce une activité faisant courir un risque à autrui, est tenu de réparer le dommage qu'elle cause, même s'il n'est pas possible de discerner l'existence d'une faute. Dans cette conception, la responsabilité devient objective. En modifiant considérablement la perspective, la théorie du risque génère un bouleversement important dans le droit de la responsabilité :

Le désir d'assurer à la victime d'un dommage injustifié une réparation légitime, la préoccupation aussi de venir au secours des faibles en imposant le fardeau de la responsabilité aux forts, ont fait fléchir, dans des éventualités de plus en plus nombreuses, le droit commun de la responsabilité et le principe traditionnel qu'il ne saurait y avoir de responsabilité en dehors d'une faute régulièrement prouvée¹⁵⁸⁸.

Selon Josserand il y aurait, dès lors, une liste de cas de responsabilité qui sont étrangers à toute idée de faute et qui se rattachent incontestablement à la notion de *risque créé*¹⁵⁸⁹. Ces diverses responsabilités d'ordre purement objectif, à base de risque, engloberaient la responsabilité du fait des choses inanimées¹⁵⁹⁰. L'idée de réparation tendrait donc à se substituer à celle de responsabilité¹⁵⁹¹.

Cependant, la théorie du risque a été contestée par les juristes « traditionalistes »¹⁵⁹² attachés à la conception chrétienne de « faute ». En effet, comme la théorie de l'abus des droits, qui est

¹⁵⁸⁵ Cf. Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁵⁸⁶ Notamment Saleilles (Raymond), *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité objective*, Paris, Rousseau, 1897.

¹⁵⁸⁷ Ripert (Georges), *La règle morale...*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁵⁸⁸ Josserand (Louis), *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 3^e éd., 1939, p. 299.

¹⁵⁸⁹ *Id.*

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 300.

¹⁵⁹¹ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 353.

¹⁵⁹² *Loc. cit.*

devenue rapidement « classique »¹⁵⁹³, malgré son succès la théorie de la responsabilité de Josserand a aussi été fortement critiquée. Alors que Josserand ne souhaitait pas expulser l'idée de faute¹⁵⁹⁴ mais élargir la responsabilité, sa théorie a soulevé des protestations. Le meilleur exemple est peut-être celui de Marcel Planiol, qui critiquait conjointement l'abus des droits et la théorie du risque. Il opposait ainsi la *conception objectiviste* de la responsabilité à la théorie traditionnelle de *responsabilité subjective*. Il estimait que « cette nouvelle doctrine, loin d'être un *progrès*, constitue un recul, qui nous ramène aux temps barbares, antérieurs à la loi *Aquilia*, où l'on s'en tenait à la matérialité des faits »¹⁵⁹⁵. Or, si elle a séduit les jeunes esprits, c'est « parce qu'elle présentait le problème de la responsabilité avec une apparente rigueur scientifique et parce qu'elle faisait appel à l'idée de solidarité sociale »¹⁵⁹⁶. Comme Ripert¹⁵⁹⁷, Planiol estimait que la faute de l'élargissement de la responsabilité sans faute revenait indirectement à Duguit, qui professait la solidarité sociale¹⁵⁹⁸. Et comme Planiol, Ripert déclarait qu'« une responsabilité qui serait vraiment objective constituerait un retour à la règle barbare de la vengeance exercée sur l'instrument du dommage »¹⁵⁹⁹. En outre, « si la théorie du risque n'a pu acquérir la force juridique que l'on demandait pour elle, c'est qu'elle enlève à la responsabilité civile l'élément moral dont ce principe tire sa force et qui commande sa limitation »¹⁶⁰⁰. Il faut une raison d'attribution du dommage à l'auteur ; autrement dit, il faut, pour Ripert, une faute afin de justifier la responsabilité. De même, Paul Esmein s'en prenait à la tentative de Josserand de placer la responsabilité civile sous le signe du risque au nom de la justice sociale¹⁶⁰¹. Toute la force de la théorie du risque viendrait « de ce qu'elle se réclame de l'idée de justice, de la puissante aspiration vers la justice {sociale} qui anime la société contemporaine »¹⁶⁰². Et de continuer : « La soif de justice, née de la propagande chrétienne et révolutionnaire, avivée par la propagande socialiste, est insatiable »¹⁶⁰³. Cette « soif de

¹⁵⁹³ Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁹⁴ Voir Josserand (Louis), *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁵⁹⁵ Planiol (Marcel), *Traité élémentaire...*, *op. cit.*, p. 305.

¹⁵⁹⁶ *Id.*

¹⁵⁹⁷ *La règle morale...*, *op. cit.*, p. 214-215.

¹⁵⁹⁸ Voir Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, p. 178.

¹⁵⁹⁹ *La règle morale...*, *op. cit.*, p. 207.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 210.

¹⁶⁰¹ Cf. Chazal (Jean-Pascal), « « Relire Josserand », oui... mais sans le trahir ! », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1782.

¹⁶⁰² Esmein (Paul), « La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile », *Dalloz*, 1934, *Chronique*, p. 55.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 56.

justice » témoignerait du développement du paradigme social, qui commençait à se superposer au paradigme légaliste vieillissant.

Au fond, ce que critiquaient ces auteurs, à l'instar de Paul Esmein, c'est que toute activité suppose un risque¹⁶⁰⁴. Par conséquent, toute activité serait susceptible d'entraîner la responsabilité de l'auteur. L'enjeu était donc, comme pour l'abus du droit, l'exercice de la liberté individuelle. Au-delà, la réaction conservatrice de la doctrine révèle ici aussi la confrontation entre le paradigme légaliste et le paradigme social. C'est cette défense de l'ordre social libéral qui a généré par ailleurs une « nouvelle tradition ». Néanmoins, pour cela, un compromis s'est avéré nécessaire.

§2. La consolidation par le compromis

Par le compromis, on rentre dans un nouveau paradigme, celui de la « nouvelle tradition ». Celle-ci devient la clé pour consolider le régime au Mexique et pour maintenir le *statu quo* ou endiguer le « déclin » en France. Dans le premier cas, la « révolution permanente », tout en permettant de renforcer l'État par des pactes, des concessions ou des compromis avec la doctrine juridique, génère ce processus de création de nouvelles traditions. Dans le second cas, la jurisprudence consacre les théories de Josserand certes, tant l'abus de droits que la responsabilité objective. Cependant elle réalise un compromis : en matière de responsabilité, l'idée de la faute fait un retour rapide. La jurisprudence réalise donc une synthèse. C'est pourquoi nous commencerons par le compromis jurisprudentiel français (A), avant d'aborder la révolution permanente au Mexique (B).

A. Le compromis jurisprudentiel français

La volonté d'adapter les dispositions du Code civil de 1804 a provoqué un compromis. En effet, la jurisprudence a reconnu les théories de Josserand, y compris la théorie de l'abus des droits et la responsabilité sans faute fondée sur la notion de risque. Cependant, la théorie du risque n'a pas connu un long succès, car la jurisprudence est revenue à l'idée de la faute. Comme l'a expliqué André-Jean Arnaud : « Le grand compromis effectué par la jurisprudence a été de parvenir à adapter

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 55.

les règles aux besoins les plus évidents tout en opérant un retour à l'idée de faute, principe directeur de la responsabilité telle qu'elle avait été inscrite au Code Napoléon »¹⁶⁰⁵.

D'abord, en matière de droit de propriété, la jurisprudence a sanctionné l'abus du droit de propriété et le trouble anormal de voisinage. En effet, l'intervention jurisprudentielle a été nécessaire pour rétablir la paix sociale et pour sanctionner le comportement antisocial de certains propriétaires¹⁶⁰⁶. C'est le cas par exemple du célèbre arrêt *Clément-Bayard* du 19 février 1913 qui donne les contours de l'abus du droit de propriété : l'utilité de l'opération ne peut pas être uniquement le but de nuire¹⁶⁰⁷. De même, la théorie de l'abus des droits a été consacrée par deux arrêts de la même date qui se sont chargés de déterminer les « obligations ordinaires » de voisinage et l'usage « normal » des droits¹⁶⁰⁸. En matière de troubles anormaux de voisinage, la jurisprudence a même dégagé un principe prétorien : « Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage »¹⁶⁰⁹. Ici, le simple trouble anormal engage la responsabilité de son auteur, sans nécessité de caractériser la faute¹⁶¹⁰.

En revanche, si Ripert reconnaissait que la théorie de l'abus des droits était devenue « classique dans quelques années » et que la jurisprudence a accepté « cette défaite de l'absolutisme »¹⁶¹¹, il continuait à rejeter la relativité des droits. Dans *Les forces créatrices du droit*, il admet que la jurisprudence ait reconnu l'abus de droit, mais il précise qu'elle n'a pas admis la relativité des droits : « On voit combien est fautive l'idée de la relativité des droits subjectifs. L'expression n'a de sens que si on entend par là que le droit ne peut être exercé que si cet exercice est utile à la communauté ». Il poursuivait dans sa condamnation : « M. Edouard Lambert a signalé avec admiration la disposition de la loi soviétique qui subordonne les droits à leur fin sociale. C'est bien à cela en définitive qu'arrive la théorie de la relativité »¹⁶¹², c'est-à-dire une « menace pour l'ordre de nos sociétés occidentales »¹⁶¹³.

¹⁶⁰⁵ *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁶⁰⁶ Cf. Scaboro (Romain), « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et Ville*, 2013/2, n° 76, p. 250.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 249.

¹⁶⁰⁸ Cass. civ., 29 mai 1937.

¹⁶⁰⁹ Cass. civ. 2^e, 19 novembre 1986, n° 84-16379.

¹⁶¹⁰ Cf. Malaurie (Philippe) et Aynès (Laurent), *Les biens*, Paris, Defrénois, 5^e éd., 2013, n° 1069.

¹⁶¹¹ « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 33.

¹⁶¹² Ripert (Georges), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. 233-234. Il fait référence à Lambert (Édouard), préface à l'ouvrage de Lévy, *Le socialisme juridique*.

¹⁶¹³ Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 38.

Ensuite, par rapport à la responsabilité sans faute, dans le fameux arrêt *Jand'heur* de 1930, la Cour de cassation adopte l'expression de *présomption de responsabilité*, au lieu d'employer l'expression traditionnelle de *présomption de faute*¹⁶¹⁴. Désormais, par cet article controversé pris par les chambres réunies, l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil édicte une présomption de responsabilité à l'encontre de celui qui a sous sa garde une chose qui a causé un dommage. La Cour de cassation consacre ainsi, de manière retentissante¹⁶¹⁵, la théorie de la responsabilité du fait des choses inanimées de Josserand¹⁶¹⁶ et de Saleilles. Pour Josserand, la Cour de cassation avait

fait un pas dans le sens de l'objectivation de la responsabilité du fait des choses inanimées, sur la voie de la substitution de la notion de risque au concept traditionnel de la faute, concept vieilli, qui, sans doute est toujours indispensable, mais qui ne suffit plus à supporter, sur une base désormais trop étroite, l'édifice, devenu formidable et pesant de la responsabilité¹⁶¹⁷.

Néanmoins, Ripert reprochait ici aussi à la jurisprudence d'avoir consacré une présomption de responsabilité. Il écrivait par exemple : « Il est pourtant bien certain que cette expression ne peut avoir aucun sens, car on ne saurait concevoir de présomption que sur le fait générateur de la responsabilité »¹⁶¹⁸ c'est-à-dire la faute. Il estimait plus loin que si la jurisprudence a accepté si facilement l'application démesurée de l'article 1384 §1, c'est parce que tout automobiliste est assuré contre le recours des tiers. « Au fond il est irresponsable et tout se passe comme s'il y avait une réparation légale des accidents, réparation payée à l'avance par les exploitants sous la forme des primes d'assurance »¹⁶¹⁹. Par ce compromis effectué par la jurisprudence, René Savatier, juriste catholique, a même pu parler de « *gouvernement des juges en matière de responsabilité civile* »¹⁶²⁰. Cependant, la théorie du risque n'a pas connu un grand succès à long terme, car on a constaté un

¹⁶¹⁴ Voir *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. II, Obligations et contrats spéciaux, sûretés*, dir. Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2008, p. 388.

¹⁶¹⁵ Sur la consécration internationale que connut Josserand, liée au retentissement de l'arrêt *Jand'heur*, voir Audren (Frédéric) et Fillon (Catherine), « Josserand ou la construction... », *op. cit.*, p. 59.

¹⁶¹⁶ Voir Josserand (Louis), *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, p. 323 et s.

¹⁶¹⁷ Josserand (Louis), « La responsabilité du fait des automobiles devant les chambres réunies de la Cour de cassation », Dalloz, 1930, p. 27, cité par Audren (Frédéric) et Fillon (Catherine), « Josserand ou la construction... », *op. cit.*, p. 60.

¹⁶¹⁸ *La règle morale...*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 218.

¹⁶²⁰ Josserand (Louis), *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, p. 325.

retour à l'idée de faute¹⁶²¹. Quelques jours après le décès de Josserand, en décembre 1941¹⁶²² la faute « opérait un retour en force salué, comme il se doit, par la satisfaction triomphante de Georges Ripert »¹⁶²³. Par l'arrêt *Franck* du 2 décembre 1941, la Cour de cassation marque un recul des thèses objectives fondant la responsabilité sur le risque¹⁶²⁴. En consacrant la théorie de la « garde matérielle », la Cour impose au gardien d'une chose de réparer le dommage qu'elle aurait causé à une victime. C'est donc le retour de la faute en matière de responsabilité.

En vérité, ce retour de la faute symbolisait une fusion des paradigmes légaliste et social. Or cette fusion a ultérieurement pris forme dans ce que l'on appelle la « nouvelle tradition ». Au Mexique, un phénomène similaire s'est produit, où le concept de « révolution permanente » a également donné naissance à une « nouvelle tradition ».

B. La révolution permanente au Mexique

La révolution permanente, l'idée selon laquelle la révolution ne s'arrête pas tant qu'elle n'a pas atteint ses objectifs, a perduré au Mexique. En effet, vers le milieu du XX^e siècle, voire vers la seconde moitié du XX^e siècle, on comprend que la Révolution de 1910 n'a pas atteint tous ses objectifs. Si la réforme agraire a permis de résoudre, en partie, le « problème agraire », on s'aperçoit que l'introduction des droits sociaux dans la Constitution de 1917 n'a pas suffi pour changer la situation. Un grand nombre de réformes constitutionnelles en matière sociale ont été passées afin de « continuer » la Révolution. Pour le PRI, qui s'estimait l'héritier de la Révolution, il devenait nécessaire de défendre le projet social de 1917 afin d'actualiser la Révolution et, surtout, obtenir la légitimité indispensable pour continuer à gouverner. Partant, « la soumission du régime à la Constitution était la reconstitution quotidienne de la Révolution »¹⁶²⁵. Or, si les juristes ont toléré toutes ces réformes, c'était, au fond, pour endiguer la Révolution. Néanmoins, ces « droits sociaux », idéaux de la Révolution, sont devenus des « normes programmatiques », autrement dit des directives politiques plus que des normes juridiques. Alors les juristes ont accepté d'interpréter

¹⁶²¹ Cf. Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 143. Henri Capitant, Henri et Léon Mazeaud, aux côtés de Ripert, ont continué à défendre l'idée de responsabilité pour faute. Demogue et Savatier sont allés jusqu'à proposer des théories mixtes, rejetant parfois, dans certains domaines, la faute.

¹⁶²² Cass., ch. ré., 2 déc. 1941, DP, 1942, I, p. 25-35, note Ripert.

¹⁶²³ Audren (Frédéric) et Fillon (Catherine), « Josserand ou la construction... », *op. cit.*, p. 62.

¹⁶²⁴ Cf. *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, p. 391.

¹⁶²⁵ Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social...*, *op. cit.*, p. 95.

politiquement la Constitution et non pas juridiquement. Enfin, malgré la révolution permanente, on retrouve un autre signe du compromis effectué entre la doctrine juridique et le gouvernement en matière de liberté de conscience. Il faut, dès lors, revenir dans un premier temps sur le plus évident, le compromis en matière religieuse (1) avant de scruter la transformation des droits sociaux en normes programmatiques (2).

1. Le compromis en matière religieuse

D'abord, en matière religieuse, la liberté de conscience a été proposée par Miguel Lanz Duret. Ce juriste a été le premier à avoir étudié systématiquement la Constitution de Querétaro dans son ouvrage de 1931¹⁶²⁶. Ce faisant, il a légitimé la Constitution révolutionnaire en « naturalisant » le phénomène révolutionnaire, tant d'un point de vue social que juridique¹⁶²⁷. Son adhésion au régime révolutionnaire, pour le professeur de droit constitutionnel, ne faisait pas de doute. Cependant, dans le dernier chapitre du manuel, consacré à l'État et à l'Église, il a fortement revendiqué la réforme de la Constitution en matière religieuse. Il commence ainsi :

Si le Constituant de Querétaro n'avait pas inclus dans l'article 130 de la Loi suprême certaines restrictions injustes imprégnées d'un esprit sectaire qui heurte et blesse les intérêts majoritaires de la communauté, on pourrait dire qu'au Mexique la liberté religieuse serait reconnue et garantie de manière absolue¹⁶²⁸.

En effet, d'un côté la Constitution de 1917 consacrait la liberté religieuse dans son article 24, mais d'un autre elle ne reconnaissait pas la personnalité juridique aux institutions religieuses¹⁶²⁹ et notamment à l'Église catholique (article 130). Alors que la liberté religieuse :

N'est qu'une des manifestations de la liberté de pensée et de la liberté d'opinion qui existent toujours au fond de la conscience humaine et qui, malgré tous les outrages et tous les

¹⁶²⁶ *Derecho Constitucional Mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, Mexico, Porrúa, 1931.

¹⁶²⁷ Voir *supra*.

¹⁶²⁸ Lanz Duret (Miguel), « El Estado y la Iglesia », dans *El pensamiento mexicano...*, *op. cit.*, p. 427.

¹⁶²⁹ Le paragraphe V de l'article 130 dit : « La loi ne reconnaît aucune personnalité aux groupements religieux appelés Églises ». Voir *ibid.*, p. 430.

martyres dont l'individu est l'objet, sont intangibles et indestructibles. Ce sont des libertés essentiellement individuelles que ni le législateur ni le gouvernant ne peuvent diminuer¹⁶³⁰.

Au-delà du jusnaturalisme qu'il opposait à la législation révolutionnaire, Lanz Duret faisait appel à un compromis. Il s'engageait à consolider la légitimité du gouvernement révolutionnaire (comme nous l'avons vu plus haut) si celui-ci acceptait de réformer la Constitution pour rétablir une liberté religieuse absolue. Son œuvre reflétait le « compromis pour promouvoir en même temps que favoriser la réforme de la Constitution de 1917 »¹⁶³¹. Il faut rappeler que le Mexique venait de souffrir de plusieurs années de guerre lors de la Cristiada (1926-1929). Ce soulèvement populaire et rural cherchait à combattre le gouvernement de Plutarco Elías Calles et en particulier la loi de « Tolérance des cultes ». Cette loi du 14 juin 1926, dite *Ley Calles*, avait pour objectif de limiter et de contrôler l'Église catholique. C'est pourquoi, deux ans après le conflit, Lanz Duret affirmait :

Par conséquent, si l'on veut sincèrement consolider la paix religieuse au Mexique et ne pas tomber dans l'anachronisme de nos conflits entre l'autorité civile et la hiérarchie ecclésiastique, des réformes importantes et opportunes doivent être apportées à l'article 130¹⁶³².

Pour renforcer ses arguments, il n'hésitait pas à *sélectionner* les travaux de la doctrine juridique française. En particulier, il citait longuement Léon Duguit, « l'éminent jurisconsulte {...} collaborateur de beaucoup de réformes révolutionnaires initiées dans le Droit public » :

Dans les relations entre l'Église catholique et l'État moderne, le problème de la liberté religieuse se pose dans des conditions très particulières. C'est ce que j'appelle le fait catholique. Les hommes d'État qui refusent de le reconnaître et d'en tenir compte commettent une faute grave et s'exposent à de cruelles déceptions. Le juriste et le sociologue qui ne le perçoivent pas négligent un fait d'une importance capitale¹⁶³³.

Comme nous l'avons vu, l'appel aux auteurs français permettait aux juristes mexicains d'ajouter plus de prestige à leurs travaux. Ces auteurs étaient en effet considérés comme des « autorités » issues d'un système juridique supérieur. Par conséquent, citer ici le *Traité de droit*

¹⁶³⁰ *Ibid.*, p. 427.

¹⁶³¹ Gaxiola Moraila (Jorge), « Miguel Lanz Duret... », *op. cit.*, p. 61.

¹⁶³² Lanz Duret (Miguel), « El Estado y la Iglesia », dans *El pensamiento mexicano...*, *op. cit.*, p. 428.

¹⁶³³ *Ibid.*, p. 431.

constitutionnel de Duguit constituait un argument d'autorité. Bien que légiste de la Révolution, Lanz Duret n'hésitait pas à invoquer la doctrine française contre le gouvernement révolutionnaire. Ceci pour proposer un *compromis* : la consolidation en échange de la tolérance religieuse. Par ailleurs, on observe un phénomène similaire en matière de droits sociaux.

2. Des droits sociaux aux « normes programmatiques »

En matière de droits sociaux, les juristes mexicains ont aussi fait des concessions. En effet, ils ont toléré la « *déclaration de la révolution en permanence* »¹⁶³⁴ tant que celle-ci soit institutionnalisée, c'est-à-dire canalisée. Par dessus-tout, ils ont passé un compromis en matière d'interprétation constitutionnelle. À partir du moment où les droits sociaux n'étaient plus pensés comme des normes juridiques, mais plutôt comme des directives politiques (normes programmatiques)¹⁶³⁵, ils ont accepté d'interpréter politiquement la Constitution et non pas juridiquement. La théorie décisionniste de Carl Schmitt ainsi que la théorie des facteurs réels du pouvoir de Ferdinand Lassalle ont été très utiles pour la doctrine mexicaine¹⁶³⁶. En utilisant sélectivement ces théories, les juristes au Mexique ont largement soutenu qu'il fallait étudier l'histoire du Mexique, et en particulier l'histoire de ses mouvements révolutionnaires, afin d'arriver à saisir l'« essence » de la Constitution de Querétaro. Ainsi, les juristes ont opté pour une interprétation « politique » de la Constitution tout en écartant l'approche juridico-normative¹⁶³⁷. Parallèlement, les droits sociaux sont devenus des directives politiques, c'est-à-dire des normes programmatiques. En ce sens, les droits sociaux étaient pensés par les juristes comme des « facteurs réels du pouvoir » capables de limiter l'État. Dans la mesure où les révolutionnaires avaient aspiré à la justice sociale à travers les droits sociaux, l'État qui prétendait continuer la Révolution devait se légitimer en développant les droits sociaux. Or, dans la mesure où les droits sociaux (tels que le droit au travail¹⁶³⁸) n'étaient pas véritablement respectés, un compromis politique a été effectué

¹⁶³⁴ Marx (Karl) et Engels (Friedrich), *Les luttes de classes en France. 1848 à 1850*, Paris, Gallimard, 1994, p. 122.

¹⁶³⁵ Contrairement aux révolutions russe, chinoise et cubaine, l'État mexicain n'a pas eu la force ni la volonté de mener à bien des réformes sociales écrasantes ; son accomplissement le plus radical - la réforme agraire - s'est étalé sur deux décennies et a manqué de ressources adéquates. Cf. Knight (Alan), *La revolución cósmica...*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶³⁶ Voir en ce sens Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social...*, *op. cit.*, p. 73 et 110.

¹⁶³⁷ Cf. *ibid.*, p. 98.

¹⁶³⁸ Prévu par l'article 123 §1 de la Constitution de 1917 : « Tout individu bénéficie du droit de travailler de manière honorable et utile à la collectivité. Conformément à la législation en la matière, l'État devra promouvoir la création de nouveaux postes de travail, tout en veillant à la mise en place d'un système d'organisation sociale de l'emploi ».

entre la doctrine juridique et le gouvernement. Les juristes tels que Jorge Carpizo, ont reconnu le caractère programmatique de ces droits, ceux-ci étaient devenus des simples idéaux de l'État censés faire vivre la Révolution. Alors, la doctrine juridique se résignait à interpréter politiquement la Constitution. Carpizo écrit ainsi que les droits sociaux doivent être entendus comme ceux qui « assurent à l'homme que vivre n'est pas synonyme de souffrance, et l'encouragent à jouir de l'existence et à s'efforcer de s'améliorer »¹⁶³⁹. C'est dire qu'il entendait ces droits comme des idéaux sociaux hérités de la Révolution, plutôt que des normes juridiques effectives. « Les droits sociaux étaient, pour Carpizo lui-même, des normes de nature programmatique »¹⁶⁴⁰.

À partir des années 1960, les réformes constitutionnelles en matière sociale s'accélérent. L'idée était qu'elles devaient permettre d'actualiser la Révolution en période de crise¹⁶⁴¹. Face à ce phénomène, les juristes étaient incités à les interpréter en fonction des discours présidentiels¹⁶⁴², dévoilant une fois de plus un compromis. Donc, d'un côté les juristes ont adhéré au projet national de « naturalisation » et de consolidation de la Révolution, ce qui leur permettait d'accéder à des hauts postes et d'obtenir de la reconnaissance sociale, mais d'un autre côté ils devaient interpréter politiquement la Constitution ainsi que ses nombreuses révisions. L'interprétation des droits sociaux était donc idéologique et leur révision avait un but politique de légitimation. Néanmoins, ce compromis politique entre le gouvernement et la doctrine mexicaine a entraîné une nouvelle tradition issue de la Révolution. En vérité, il s'agissait d'une imbrication conservatrice des paradigmes légaliste du XIX^e siècle et social du tournant du siècle. C'était le résultat de la récupération par les juristes conservateurs.

¹⁶³⁹ *La Constitución mexicana de 1917*, Mexico, Porrúa, 1982, p. 195.

¹⁶⁴⁰ Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social...*, *op. cit.*, p. 139.

¹⁶⁴¹ Cf. *ibid.*, p. 102 et 132.

¹⁶⁴² *Ibid.*, p. 117.

Louis Josserand



Section 2. La récupération par les juristes conservateurs

Au milieu du XX^e siècle, les juristes, tant français que mexicains, tentent de réagir au nouveau paradigme social. Alarmés de ces changements sociaux, ils récupèrent la tradition libérale du XIX^e siècle et, ce faisant, transforment la tradition juridique. Ce sont les origines de la « nouvelle tradition ». Or, plutôt qu'une création *ex nihilo*, celle-ci naît par une récupération politique et une métamorphose du paradigme légaliste. Ainsi, les deux juristes qui symbolisent le mieux ce changement paradigmatique sont Georges Ripert (1880-1958) et Mario de la Cueva (1901-1988).

D'abord, Ripert, « un des plus grands universitaires français » qui « a dominé la pensée juridique française pendant plus de cinquante ans »¹⁶⁴³, représente nettement la genèse de la « nouvelle tradition » française. Professeur de droit commercial comparé et maritime à Aix-en-Provence (1906-1918) et puis à Paris, Ripert est nommé doyen de la faculté de droit de Paris en 1938. Admirateur de Pétain et rallié au régime de Vichy, il est secrétaire d'État à l'Instruction publique et à la jeunesse en 1940. À ce titre, il fait appliquer la législation antisémite. Pourtant, à la Libération il bénéficie d'un non-lieu par la Haute Cour, du fait de son court passage au ministère et d'actes de résistance qui lui ont été reconnus¹⁶⁴⁴. Pour cet auteur conservateur, le déclin du droit reflète la décadence de la morale chrétienne en Occident. Inquiet par la menace communiste et la « socialisation du droit », il propose de restaurer la tradition en défendant la morale chrétienne. Ensuite, Mario de la Cueva est aussi un des juristes mexicains les plus importants du milieu du XX^e siècle¹⁶⁴⁵. À l'*Escuela Nacional de Jurisprudencia*, ce fils d'hacendado suit les cours notamment de Miguel Lanz Duret et Manuel Gómez Morín, fondateur du *Partido Acción Nacional* (PAN) et ami de sa famille. De 1925 à 1931, il est avocat à Mexico et professeur de théorie générale de l'État en 1929. Au début des années 1930 il assiste en Allemagne aux cours des professeurs Smend et Schmitt, lesquels l'ont certainement influencé. Dès son retour au Mexique en 1934, il collabore dans la Cour Suprême où son oncle a travaillé¹⁶⁴⁶. C'est là qu'il rédige le projet qui a servi au Président de la République Cárdenas pour exproprier les compagnies pétrolières étrangères en 1938.

¹⁶⁴³ Malaurie (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶⁴⁴ Halpérin (Jean-Louis), v^o « RIPERT Georges », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 669.

¹⁶⁴⁵ Sur la biographie de ce juriste, voir García Máynez (Eduardo), « Datos biográficos del doctor Mario de la Cueva », dans *Libro de homenaje a Mario de la Cueva*, Mexico, UNAM, 1981, p. 9-18 ; Izquierdo y de la Cueva (Ana Luisa), « Semblanzas », dans *El humanismo...*, *op. cit.*, p. 7-22.

¹⁶⁴⁶ Arturo de la Cueva Chapela avait aussi fait partie de l'ambassade mexicaine aux États-Unis sous le gouvernement du Président Madero. Cf. Izquierdo y de la Cueva (Ana Luisa), « Semblanzas », dans *El humanismo...*, *op. cit.*, p. 8.

En publiant en 1934 son manuel de *Derecho mexicano del trabajo*, il devient un des travaillistes les plus connus du pays. Doyen de l'*Escuela de Jurisprudencia* (1936-1942) et de la Faculté de droit de l'UNAM (1952-1954), de la Cueva a été avant tout professeur. Malgré sa proximité au sein de l'État¹⁶⁴⁷, il a certainement privilégié sa vie académique.

Par rapport à son contexte, au lendemain de la Révolution de 1910, lorsque le Mexique commence à retrouver une certaine stabilité à partir des années 1920 et surtout 1930, la Révolution a été « institutionnalisée ». Des traditions autour des « grandes révolutions » mexicaines ont été imaginées afin de consolider le régime. Plus précisément, les mythes¹⁶⁴⁸ de ces révolutions ont été récupérés par les juristes conservateurs, soucieux avant tout de restaurer l'ordre. Le système éducatif, en l'occurrence universitaire, a ainsi été essentiel pour l'épanouissement de la nouvelle tradition¹⁶⁴⁹. L'exemple du professeur Mario de la Cueva le prouve.

Cela dit, nous verrons dans un premier temps le déclin du droit légaliste et social dans les écrits de Ripert (§1) et dans un second temps la plaidoirie emblématique de Mario de la Cueva (§2) pour la nouvelle tradition.

§1. Le déclin du droit légaliste et social

Dans la préface des *Forces créatrices du droit* (1955), l'ancien doyen de Paris (de 1938 à 1944) écrivait :

À l'idéologie d'un droit naturel immuable, nous avons substitué l'idéologie d'un droit positif réalisant un incessant progrès social. Elles ne valent pas mieux l'une que l'autre. Toutes les idéologies apportent un élément artificiel dans la lutte pour la création du droit »¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁷ On lui a proposé plusieurs postes au sein du gouvernement tels que directeur des Affaires Juridiques sous-secrétaire au ministère du travail (16). De même, il a été « jurislatureur » en participant à la rédaction de la *Ley Federal del Trabajo* promulguée en 1970 (18). Cf. Izquierdo y de la Cueva (Ana Luisa), « Semblanzas », dans *El humanismo...*

¹⁶⁴⁸ Nous reprenons la définition de C. J. Friedrich and Z. L. Brzezinski : « Un mythe est typiquement un récit portant sur des événements passés, leur donnant un sens particulier et une signification pour le présent et renforçant ainsi l'autorité de ceux qui exercent le pouvoir dans une communauté particulière ». Cf. *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Frederick A. Praeger, New York, 1961, p. 99, cité par Tudor (Henry), *Political Myth*, London, Pall Mall, 1972, p. 16.

¹⁶⁴⁹ Par rapport à l'utilisation du système éducatif et l'invention des traditions au tournant du siècle, voir *The invention of tradition*, dir. Eric Hobsbawm et Terence Ranger, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 1992, p. 280.

¹⁶⁵⁰ Ripert (Georges), *Les forces créatrices...*, *op. cit.*, préface, p. VII.

Au-delà d'un déclin du droit à freiner, Ripert critiquait les paradigmes antérieurs. Certes, d'un côté il semblait concentrer ses attaques sur le développement du droit social :

Mais la réalisation du droit social crée une idéologie nouvelle qui est d'une singulière puissance. Elle permet notamment de faire accepter la destruction des droits individuels sans autoriser la protestation contre l'injustice de ce sacrifice¹⁶⁵¹.

Cependant, d'un autre côté, à travers ses critiques du droit naturel issu de la pensée des Lumières et consacré par les révolutionnaires, il fustigeait le paradigme légaliste, ce que sa méfiance du Législateur républicain confirmait. En effet, on ne trouve dans ses écrits aucun culte de la loi, mais plutôt un désenchantement du légicentrisme. Par conséquent, notre auteur réagit tant contre le paradigme légaliste (droit naturel) que contre le paradigme social (droits sociaux). En revanche, il mobilise un projet politique : la défense de la civilisation occidentale par la morale chrétienne. Face à la menace communiste, il professe la préservation des règles de la civilisation occidentale. « Il faut défendre la société », c'est le titre d'un ouvrage de Michel Foucault. Pour Ripert cela passait par la défense de la tradition occidentale chrétienne, notamment la « constitution civile de la France », le Code civil de 1804. Nous verrons que pour ce juriste le Code Napoléon « était tout imprégné de la raison romaine et de l'idéal chrétien »¹⁶⁵². Ainsi, ne pouvant pas freiner l'évolution sociale du droit, mais prônant un retour à la tradition, il ouvre une nouvelle période, celle de la nouvelle tradition.

Il faut donc se pencher sur la réaction anti-légaliste et anti-sociale de Ripert (A) avant de scruter son projet politique (B).

A. La réaction anti-légaliste et anti-sociale de Ripert

Ripert réagit contre le paradigme légaliste issu de la Révolution de 1789 en le critiquant de manière véhémement. Bien qu'admirateur du Code Napoléon, il n'est pas attaché au légicentrisme et critique le régime parlementaire. Il affiche très clairement son conservatisme, en même temps que sa détestation de la Révolution. On pourrait décrire cette pensée comme une extrême méfiance du

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 293.

¹⁶⁵² Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 413.

« constructivisme rationaliste »¹⁶⁵³. Dès 1915, dans l'ouvrage *Droit naturel et positivisme juridique*¹⁶⁵⁴, notre auteur préconise le positivisme¹⁶⁵⁵, tout en détruisant le droit naturel défendu par GénY dans son *Science et technique*. Ce faisant, il fait le procès du droit naturel du XVIII^e siècle, c'est-à-dire de la pensée des Lumières :

Quand on entreprend de rechercher le donné réel ou naturel, on est au fond tenté par cette vieille idée, pourtant bien abandonnée, qu'il existe un état de nature antérieur aux lois et que l'on peut, au moins par hypothèse, discerner les conditions et qualités de l'histoire dans cet état. Nous revenons à la thèse du XVIII^e siècle¹⁶⁵⁶.

Il évoque le droit naturel consacré par la Déclaration de 1789, l'idée que le droit naturel est dégagé par la raison. En ce sens, il écrit que pendant la plus grande partie du XIX^e siècle « la doctrine du droit naturel devient officielle »¹⁶⁵⁷ car « tous les grands civilistes du XIX^e siècle font une brève allusion à l'existence d'un droit supérieur au droit positif et qui doit en imposer les règles. Mais après cette salutation, ils ne parlent jamais plus du droit naturel, tant ils sont convaincus que le droit civil qu'ils enseignent lui est en tout point conforme. C'est de là que procède l'École du l'Exégèse »¹⁶⁵⁸. Il se positionne par conséquent contre le droit naturel du paradigme légaliste. Néanmoins, pour le doyen de la faculté de Paris, « le droit naturel repose sur la morale chrétienne »¹⁶⁵⁹. Et « si l'on ramène le droit à l'éthique, la règle juridique à la norme morale, tout ce long effort {de GénY} tombe inutile »¹⁶⁶⁰.

Néanmoins, même s'il oppose l'absolutisme des droits subjectifs, consacrés par le Code civil, aux droits sociaux, il n'est pas particulièrement attaché au paradigme légaliste. Comme

¹⁶⁵³ La notion vient de Hayek, le théoricien de « l'ordre spontané ». Pour celui-ci, le constructivisme caractériserait la pensée juridique et politique de l'Occident depuis près de deux siècles. Il trouverait ses origines dans le cartésianisme et la pensée des philosophes des Lumières. Voir Malaurie (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, p. 267 et s. ; Nemo (Philippe), *La société de droit selon F. A. Hayek*, PUF, 1988, p. 25 et s.

¹⁶⁵⁴ *Droit naturel et positivisme juridique. À propos du livre de M. F. GénY. - Science et technique en droit privé positif. II. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Paris, 1915.

¹⁶⁵⁵ « Combien me paraît préférable cette position du positivisme juridique qui demande le respect de l'ordre juridique, tout simplement parce qu'il est établi et qui laisse chacun de nous libre dans son cœur de consentir l'obéissance par devoir ou de s'y résigner par crainte ». Cf. Ripert (Georges), *Droit naturel et positivisme juridique*, Paris, Dalloz, 2013, p. 49.

¹⁶⁵⁶ Ripert (Georges), *Droit naturel...*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁵⁷ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁵⁸ *Id.*

¹⁶⁵⁹ Ripert (Georges), *Droit naturel...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 35.

Carbonnier sous la V^e République, Ripert admire le Code Napoléon¹⁶⁶¹ parce qu'il adhère à la thèse d'une continuité entre le Code de 1804 et la doctrine de l'Ancien Régime¹⁶⁶². C'est pourquoi le Code civil reposerait sur « des règles qu'une longue tradition a élaborées et qui sont les règles constitutives des sociétés civiles de l'Occident chrétien »¹⁶⁶³. En même temps, ses écrits témoignent régulièrement d'une aversion pour le progressisme des révolutionnaires. C'est ainsi que le droit de la Révolution de 1789 est minimisé : « L'héritage de la Révolution n'a été accepté par le Consulat que sous bénéfice d'inventaire »¹⁶⁶⁴.

Son positivisme est donc « désenchanté ». Il ne croit plus aux bienfaits de la loi¹⁶⁶⁵ et n'hésite pas à critiquer l'œuvre législative du régime parlementaire : « Des centaines de lois, rédigées sans une préparation suffisante et trop facilement promulguées, sont venues jeter le désordre dans notre législation »¹⁶⁶⁶. Il ne tenait donc pas au légicentrisme et dénonçait déjà, avant Carbonnier, l'inflation législative sous la IV^e République. Ce qui était important, pour lui, était de préserver le « droit commun », c'est-à-dire le Code civil :

Un État devrait avoir une constitution civile comme il a une constitution politique et les règles fondamentales de cette constitution ne devraient jamais être modifiées que par une procédure particulière, qui donnerait certaines garanties contre les manifestations des intérêts particuliers. Cette constitution nous l'avions. Elle était représentée par notre Code civil¹⁶⁶⁷.

Tout en dévoilant sa haine du progressisme révolutionnaire, Ripert affirme son conservatisme :

À tout le moins, les juristes sont les défenseurs de l'ordre établi, non pas seulement par devoir, mais aussi par conviction de la beauté de cet ordre. Par la classe sociale à laquelle ils appartiennent, par leur éducation, par leur place dans une hiérarchie, ils sont pour la plupart,

¹⁶⁶¹ Voir Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 403 et s.

¹⁶⁶² Sur la vérité historique par rapport à cette thèse, voir Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 427.

¹⁶⁶³ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 413.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 65.

¹⁶⁶⁵ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶⁶⁶ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 404.

¹⁶⁶⁷ *Id.*

et quelles que soit leurs opinions politiques, des conservateurs et des admirateurs de ce qui existe. Ils ont la tradition des légistes chargés de fortifier les ordres de l'autorité royale par une argumentation doctrinale¹⁶⁶⁸.

Le droit pour lui est par nature statique¹⁶⁶⁹. Cependant, à l'époque contemporaine on retrouve « la volonté de changement et de destruction, alors même qu'il n'est pas nécessaire de changer et qu'il est dangereux de détruire »¹⁶⁷⁰. C'est parce que « tout juriste est conservateur », par sa classe mais aussi par la formation même de son esprit¹⁶⁷¹, qu'il devrait combattre les droits sociaux et plus largement le paradigme social. En effet, les juristes rénovateurs voulaient détruire un droit « qui prétendait établir des rapports sociaux sur la défense des intérêts individuels et le maintien des droits subjectifs {pour} établir un ordre nouveau coordonnant toutes les activités pour une organisation meilleure de la société ». Ce nouveau droit a été dénommé « droit social », mais « l'expression ne signifie rien, car tout droit est nécessairement social »¹⁶⁷².

Ripert se montre encore plus véhément contre le paradigme social. Il préconise la protection de la philosophie individualiste qui fonde les droits subjectifs contre les droits sociaux. Pour cela, il fait le « procès des juristes » qui ont tenté d'ébranler les droits subjectifs : principalement Duguit et Josserand, mais aussi Lambert¹⁶⁷³. « Les juristes sociologues peuvent revendiquer la paternité de la négation des droits subjectifs et ils en portent la responsabilité »¹⁶⁷⁴. Or, il cite immédiatement Duguit. Il faut rappeler que pour ce dernier, « une théorie véritablement scientifique et réaliste du droit doit se débarrasser du concept métaphysique de droit subjectif, pour se résoudre à adopter une vision objectiviste du droit. Ce qui rend impératif cet abandon du concept de droit subjectif, c'est qu'il est incapable d'expliquer les transformations solidaristes que connaît la société française à la fin du XIX^e siècle »¹⁶⁷⁵. Ce qui veut dire dire que le droit subjectif est incompatible avec l'avènement du paradigme social. Puis, si Ripert attaque largement la théorie de l'abus des droits, c'est parce qu'elle impliquait « d'étendre l'idée d'ordre public aux modalités d'exercice des droits

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 5-6.

¹⁶⁶⁹ Voir Ripert (Georges), *Les forces créatrices...*, *op. cit.*, p. 1 et s.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 8-9.

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 56.

¹⁶⁷³ Voir *ibid.*, p. 228 et s. Quant à Lambert, il ne lui a pas pardonné d'avoir signalé « avec admiration la disposition de la loi soviétique qui subordonne les droits à leur finalité sociale ». Cf. *ibid.*, p. 234.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 232.

¹⁶⁷⁵ Chazal (Jean-Pascal), « Léon Duguit et François Génys... », *op. cit.*, p. 114.

subjectifs »¹⁶⁷⁶. Elle supposait, partant, la suppression du droit subjectif type, la propriété. Alors, Ripert plaide pour la philosophie individualiste qui sert de fondement aux droits subjectifs :

Or le droit subjectif c'est bien un pouvoir de l'homme. Ce pouvoir existe. Il courbe le débiteur devant le créancier et il a fallu arracher ce débiteur à l'esclavage et à la prison. Il courbe les non-proprétaires devant le propriétaire, souverain sur fonds, et il a fallu limiter cette souveraineté. Il courbe l'ouvrier devant le patron, et la législation industrielle a dû protéger le travailleur. Il soumet le fils à son père, la femme à son mari. Il dérive de la *grande loi naturelle de l'inégalité*. Ceux qui dénoncent ce pouvoir méconnaissent ce qu'il y a de divin dans l'idée de puissance : *omnis potestas a Deo*¹⁶⁷⁷.

Dans le chapitre VII de son *Déclin du droit* (1949) intitulé « La destruction des droits individuels », il accuse le Législateur de la IV^e République de détruire les droits subjectifs : « Jamais on n'a tant parlé des droits de l'homme. {...} Pourtant le Législateur qui ne se croit nullement lié par le texte constitutionnel n'hésite pas à porter atteinte aux droits subjectifs, et il crée le désordre par l'injustice »¹⁶⁷⁸. Il condamne alors « l'étatisation du social »¹⁶⁷⁹, c'est-à-dire l'intervention du Législateur dans tous les domaines sociaux : « Les causes de cette prolifération {des lois} sont trop connues pour qu'il soit nécessaire d'insister. L'État s'est assigné tant de tâches neuves que pour les remplir il lui a fallu légiférer sans cesse. Un régime démocratique impose aux représentants élus du peuple la double obligation de satisfaire tous les intérêts et de réaliser un idéal social »¹⁶⁸⁰. Il estime même que c'est du totalitarisme¹⁶⁸¹. Et « il s'en prend directement à la Constitution du 17 octobre 1946 comme expression de ce déclin »¹⁶⁸². En effet, il écrit : « Un mouvement qui semble irrésistible entraîne le Législateur à une incessante intervention dans les rapports économiques et sociaux. La Constitution du 27 octobre 1946 déclare que la France est une 'République démocratique et sociale' et elle ajoute à la proclamation solennelle des droits de l'homme celle des *droits sociaux* »¹⁶⁸³. Ce « mouvement qui semble irrésistible », c'est le

¹⁶⁷⁶ Xifaras (Mikhail), « La *veritas iuris*... », *op. cit.*, p. 78.

¹⁶⁷⁷ Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 62. Nos italiques.

¹⁶⁷⁸ Ripert (Georges), *Le déclin du droit...*, *op. cit.*, p. 189-190.

¹⁶⁷⁹ Herrera (Carlos Miguel), « Georges Ripert en politique », *Droits*, 2017/1 n° 65, Presses Universitaires de France, p. 188.

¹⁶⁸⁰ Ripert (Georges), *Le déclin du droit...*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 69 et 87.

¹⁶⁸² Herrera (Carlos Miguel), « Georges Ripert en politique », *op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁸³ Ripert (Georges), *Les forces créatrices...*, *op. cit.*, p. 251.

paradigme social que Ripert voudrait freiner. À titre illustratif, l'article 22 de la Constitution de 1946 dispose : « Toute personne a droit » mais « un droit ne saurait appartenir à tous, car le droit subjectif est un signe d'inégalité »¹⁶⁸⁴.

Tout en refusant l'adaptation sociale du paradigme légaliste, Ripert mobilise un projet politique :

L'idée du droit subjectif n'est pas nécessairement antisociale et individualiste. Elle ne l'est que si on ne veut reconnaître aucun frein à ce besoin de domination ou à ce désir de force. Or la *règle morale* est là qui nous défend de nuire volontairement à autrui. Le législateur civil n'a qu'à donner à cette règle la forme juridique technique¹⁶⁸⁵.

B. Le projet politique de Ripert : défense de la tradition, défense de la morale chrétienne

Ripert a souvent été décrit comme un auteur « réactionnaire »¹⁶⁸⁶. Il était sans doute conservateur, comme il l'affirmait clairement. Or, il voulait retourner à un passé idéalisé. Pour cela il envisageait de défendre la tradition de la « civilisation occidentale », c'est-à-dire la morale chrétienne. Autrement dit, le droit devait suivre la morale de la religion chrétienne. C'est pourquoi, malgré sa défense du positivisme il a pu être considéré comme un « pseudo-positiviste »¹⁶⁸⁷. Face au déclin du droit, il propose un palliatif : la défense de la tradition ou la défense de la morale chrétienne.

Dans un premier temps, il y aurait une dégénérescence dans la mesure où les « principes juridiques qui sont liés à notre état de civilisation et en assurent le maintien » sont méconnus¹⁶⁸⁸. Quand on lit ses ouvrages, on comprend que ces principes juridiques sont issus de la morale chrétienne. Il le disait déjà en 1936 : « Depuis des centaines d'années la civilisation occidentale s'était développée en établissant son droit positif sur les règles de la morale chrétienne. On nous dit aujourd'hui que ce droit ne peut être maintenu. C'est donc cette même morale qui est en jeu »¹⁶⁸⁹. Après la Seconde Guerre mondiale, la déliquescence du droit serait indéniable :

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 292-293.

¹⁶⁸⁵ Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 62. C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁸⁶ Voir par exemple Malaurie (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁶⁸⁷ Halpérin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶⁸⁸ Ripert (Georges), *Le déclin du droit...*, *op. cit.*, préface, p. VI.

¹⁶⁸⁹ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, préface, p. VII.

Je n'entends pas par le déclin du droit les manifestations de la violence et de la fraude qui constituent des violations de l'ordre établi. Leur répétition et leur impunité accusent l'insuffisance du pouvoir politique. Elles ne deviennent redoutables que dans la mesure où elles habituent les esprits à l'irrespect du droit. Le véritable déclin du droit est celui qui résulte des lois, lorsqu'elles ne sont plus dictées par la justice et qu'elles sont impuissantes à maintenir l'ordre. {...} Quand le pouvoir politique se manifeste par des lois qui ne sont plus l'expression du droit, la société est en péril¹⁶⁹⁰.

En réalité, Ripert voit dans la progression du paradigme social le délabrement du droit : « C'est un des signes du désarroi moral de l'époque contemporaine que cette faiblesse de certains esprits éminents pour les fantaisies que les plus hardis proposent comme imposées par l'évolution des mœurs »¹⁶⁹¹. S'il fait ici allusion aux juristes rénovateurs motivés pour la « socialisation du droit », auxquels il fallait selon lui leur faire un procès, il explique que la dégradation du droit trouve ses origines dans « l'esprit de désobéissance ». Pour cet auteur pessimiste, « la première cause de cette désobéissance doit être trouvée dans le sentiment de l'*inutilité de la loi* »¹⁶⁹². Si « la loi n'inspire plus le respect », c'est parce qu'elle est mal faite¹⁶⁹³. Les citoyens sont poussés par le Législateur à la désobéissance. En 1915, il écrivait en substance que si nous avons intériorisé l'obéissance, c'est parce que tout le monde a une idée de la justice¹⁶⁹⁴. Or le Législateur de la IV^e République a créé une situation d'inflation législative dans laquelle se succèdent des lois mal rédigées. Par conséquent, « chaque Français se reconnaît le droit de juger les lois, étant un électeur qui a mandaté des représentants pour les faire »¹⁶⁹⁵. C'est « l'étatisation du social », le fait que le Législateur souhaite intervenir dans tous les domaines sociaux, qui crée ce désordre, à une époque où « les notions traditionnelles sont contestées ou renversées »¹⁶⁹⁶. L'exemple paradigmatique de cet esprit généralisé de désobéissance, selon M. Herrera, est le droit de grève, qui était en passe

¹⁶⁹⁰ *Id.*

¹⁶⁹¹ Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits... », *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁹² Ripert (Georges), *Le déclin du droit...*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁹³ Il écrit effectivement : « De ces lois inutiles, successives, contradictoires, se dégage l'impression qu'une interdiction ou une prescription ne repose le plus souvent sur aucune raison sérieuse et que la violation de la loi n'a aucune importance ». Cf. *ibid.*, p. 101 et 103.

¹⁶⁹⁴ « D'idée commune, il ne peut en réalité y en avoir qu'une seule ; c'est l'idée d'obéissance consentie. Chaque homme obéit à l'autorité pour des raisons morales qui lui sont propres, mais tous ont l'idée d'obéissance aux règles établies. De là naît l'idée droit droit. Car l'ordre établi détermine l'étendue des droits de chacun. Avoir l'idée qu'il faut le respecter, c'est avoir l'idée du droit et de la justice ». Cf. Ripert (Georges), *Droit naturel...*, *op. cit.*, p. 46-47.

¹⁶⁹⁵ Ripert (Georges), *Le déclin du droit...*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 106.

d'être constitutionnalisés et qui est qualifié par notre auteur de « désobéissance voulue à la règle »¹⁶⁹⁷. Par la constitutionnalisation de la grève, les constituants ont « légitimé une manifestation de la force », en consacrant comme droit ce qui était une révolte contre l'ordre juridique¹⁶⁹⁸.

Face à cette détérioration générée par le paradigme social, Ripert affiche ainsi un plaidoyer pour la tradition : défendre la morale chrétienne c'est préserver la civilisation occidentale¹⁶⁹⁹. Ce qui est intéressant pour nous, c'est qu'en affichant fortement la défense de la tradition chrétienne face à la menace sociale (qui trouve son extrémité dans le communisme), Ripert a participé à la naissance de la nouvelle tradition. On le voit clairement par rapport à son admiration du Code civil : alors même qu'il détestait le progressisme révolutionnaire, il envisageait le Code comme la synthèse harmonieuse entre les idées juridiques de l'Ancien Régime et celles de la Révolution. « Il liait le droit au Code civil »¹⁷⁰⁰. C'est « parce que ce Code était tout imprégné de la raison romaine et de l'idéal chrétien que l'Europe et le monde civilisé y puisèrent des règles de conduite et en firent la base même de leur ordre civil. Qui combat ces principes compromet l'ordre de ces sociétés et notre civilisation même »¹⁷⁰¹. Plus tard, dans le contexte de construction de l'Union européenne, Jean Carbonnier prolongera un discours similaire de défense du Code civil. Autrement dit, il plaidera pour préserver la tradition française cristallisée dans le Code Napoléon.

D'ailleurs, ce qui est curieux, c'est que si Ripert avait eu une controverse par rapport à l'abus de droit et à la responsabilité objective de Josserand, celui-ci s'était progressivement rapproché du conservatisme de Ripert. En effet, dans les années 1930, lors de l'arrivée au pouvoir du Front Populaire, Josserand semblait préoccupé face aux évolutions sociales.

Bien que Josserand se soit rapproché de Ripert, celui-ci ne semble pas l'avoir réalisé. Josserand lui-même était surpris que Ripert remette en question sa théorie de l'abus de droit, alors qu'elle visait à moraliser le droit¹⁷⁰². Ceci montre les paradoxes de la nouvelle tradition ou, du

¹⁶⁹⁷ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁹⁸ Cf. Herrera (Carlos Miguel), « Georges Ripert en politique », *op. cit.*, p. 198.

¹⁶⁹⁹ Voir Ripert (Georges), *Les forces créatrices...*, *op. cit.*, p. 422-423.

¹⁷⁰⁰ Malaurie (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, *op. cit.*, p. 254

¹⁷⁰¹ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 413.

¹⁷⁰² « J'avoue que je n'arrive pas à comprendre une réaction aussi inattendue de la part d'un esprit avec lequel je me sentais, sur la plupart des grands problèmes juridiques, en parfaite communauté de vues et de sentiments ». Cf. Josserand (Louis), « À propos de la relativité des droits. Réponse à l'article de M. Ripert », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 49, 1929, p. 278-279.

moins, certains paradoxes de Ripert. Par exemple, il se prétendait positiviste mais a toujours voulu allier la morale et le droit, ce qu'il reprochait à Géný : « Il ne suffisait pas de parler de croyance, il fallait parler de foi, écrivait Ripert par rapport au *Science et technique de Géný*. Il ne suffisait pas de s'adresser à la philosophie traditionnelle, il fallait se prévaloir de la morale religieuse. Il ne suffisait pas de faire reposer le droit sur la justice, il fallait l'appuyer sur la conception chrétienne de la justice »¹⁷⁰³. En outre, s'il minimisait l'héritage de la Révolution française, il pensait que « la démocratie moderne a abandonné l'idéal révolutionnaire », c'est-à-dire le principe d'égalité. Ceci parce que le Code civil ne s'applique presque plus¹⁷⁰⁴. Et c'est l'abandon du droit commun déjà évoqué. « Au droit commun se substitue un droit de classe », écrivait-il en faisant écho à la pensée de Josserand dans les années 1930. Dans la chronique de 1937 relative à « la reconstitution d'un droit de classe », Josserand semblait tirer l'alarme, inquiet de constater une renaissance des privilèges exercés¹⁷⁰⁵ et l'abandon du principe d'égalité. Comme Ripert, il protestait contre l'abandon du droit commun : « Dans les lignes d'un mouvement contre-révolutionnaire, on voit se développer, par opposition à la notion d'un droit commun, la conception d'une législation de classe ». C'est « une fragmentation du droit qui s'oppose de plus en plus vigoureusement à la conception unitaire de notre Code civil »¹⁷⁰⁶. Comme l'écrit Mme Fenouillet, ses « critiques ne sont pas sans rappeler les écrits de l'auteur de la Règle morale »¹⁷⁰⁷. En effet, sa vision de la famille était tout à fait conservatrice¹⁷⁰⁸. Dans ses *Cours de droit civil positif*, Josserand se lamentait de la « crise de la famille » :

Le principe d'autorité, qui fut traditionnellement à sa base, s'affaiblit ; les diverses puissances, maritale et paternelle, qui en constituent les clefs de voûte, s'effritent ou s'adoucissent ; le mariage, qui en représente le point central, a perdu, avec le divorce, son caractère d'indissolubilité ; l'esprit critique et « l'esprit d'égalité extrême » ont fait leur œuvre, dans ce domaine comme ailleurs, et la famille apparaît, non plus ainsi que jadis, comme une institution quasi divine, bénéficiant d'un statut particulier, mais comme une

¹⁷⁰³ Ripert (Georges), *Droit naturel...*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁰⁴ Ripert (Georges), *Le Régime démocratique...*, *op. cit.*, p. 403.

¹⁷⁰⁵ Pour Mme Fillon, c'était un « signal d'alarme tiré par un républicain », mais Josserand était probablement un républicain devenu conservateur. Voir Fillon (Catherine), « Louis Josserand, le sens humain du droit ou de la vie à l'œuvre », dans *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, dir. William Dross et Thierry Favario, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 24.

¹⁷⁰⁶ Josserand (Louis), « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *Recueil Dalloz*, 1937, p. 1.

¹⁷⁰⁷ « Étienne, Louis Josserand », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 1996, p. 44.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 37.

institution tout court, comme une société dont les membres, échappant le plus tôt possible au principe d'autorité, sont gouvernés par des idées plutôt que par des personnes : idée de protection des faibles contre les forts¹⁷⁰⁹.

Certains de ces propos tels que « la protection des faibles contre les forts », « l'affaiblissement de l'autorité », « l'esprit d'égalité extrême », auraient pu être écrits par Ripert. En outre, Josserand déplorait la « dictature exercée par l'économie sur le droit et partant l'amoralisation de ce dernier »¹⁷¹⁰, ce que Ripert constatait dans l'ouvrage *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (1946). Ce dernier estimait, en effet, qu'après la Première Guerre mondiale un dirigisme économique était apparu¹⁷¹¹. « Mettre la force de l'État au service de l'économie, c'est bien là l'essentiel du dirigisme »¹⁷¹², ce qui était concomitant à la fragilisation du droit et à la mise en question des « notions traditionnelles » ; en somme, l'amoralisation du droit.

Au fond, cette plaidoirie syncrétique nous rappelle la plaidoirie emblématique pour la nouvelle tradition mexicaine de Mario de la Cueva.

§2. La plaidoirie emblématique de Mario de la Cueva

Afin de consolider l'unité nationale, il était crucial pour le régime d'acquiescer une nouvelle tradition. Les universitaires mexicains ainsi que les artistes, tels que les muralistes Diego Rivera, José Clemente Orozco, David Alfaro Siqueiros, et les intellectuels¹⁷¹³, tels que José Vasconcelos, Mariano Azuela et Martín Luis Guzmán, ont joué leur rôle. Ainsi, les juristes ont vénéré¹⁷¹⁴ la triade des constitutions fédérales : celles de l'Indépendance (1824¹⁷¹⁵), de *la Reforma* (1857) et de la Révolution (1917). Pour cela, une *continuité* a été professée entre ces trois moments critiques, ce

¹⁷⁰⁹ Josserand (Louis), *Cours de droit civil positif français*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 3^e éd., 1938, p. 388-389.

¹⁷¹⁰ Fillon (Catherine), « Louis Josserand, le sens humain du droit... », *op. cit.*, p. 25.

¹⁷¹¹ Voir Herrera (Carlos Miguel), « Georges Ripert en politique », *op. cit.*, p. 192 et s.

¹⁷¹² Ripert (Georges), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p. 216.

¹⁷¹³ Sur la légitimation du pouvoir par les intellectuels au Mexique, voir Camp (Roderic), « Intellectuals and the State in Mexico, 1920-1980: the Influence of Family and Education », dans *Los intelectuales y el poder en México: memorias de la VI Conferencia de Historiadores Mexicanos y Estadounidenses*, Mexico, El Colegio de Mexico, 1991, p. 551-565.

¹⁷¹⁴ Pour M. Silva-Herzog Márquez, de la Cueva fait une histoire révérencielle des constitutions mexicaines pour enseigner à ses étudiants l'exemplarité du constitutionnalisme patriotique. Voir Silva-Herzog Márquez (Jesús), « Mario de la Cueva y el muralismo constitucional », dans *Lecturas...*, *op. cit.*, p. 193-194.

¹⁷¹⁵ Si l'indépendance du Mexique date de 1821, la Constitution fédérale des États-Unis mexicains aboutit en 1824.

qui conduisait à ignorer des périodes importantes du pays, ainsi que les constitutions centralisatrices.

Dans l'univers juridique, la plaidoirie emblématique de Mario de la Cueva pour la nouvelle tradition constitue peut-être la meilleure illustration. En dépit des contradictions flagrantes de sa pensée, qui a oscillé entre une admiration pour le droit nazi et la pensée marxiste-léniniste, de la Cueva a laissé sa marque dans l'élite juridique et politique du Mexique. Son cas représente la transfiguration de la tradition libérale mexicaine au point de constituer une « nouvelle tradition ». Au fond, pour cet auteur, défendre cette nouvelle tradition revenait à défendre le régime (A), mais ceci impliquait un alliage conservateur des paradigmes légaliste et social (B).

A. Défense de la nouvelle tradition, défense du régime

À partir des années 1930, lorsque la Révolution est en passe d'être institutionnalisée, les mythes de la Révolution se multiplient. D'un point de vue juridique, les juristes récupèrent la tradition libérale du XIX^e siècle pour construire une téléologie. Ils développent en effet une triade nationaliste des constitutions censées avoir instauré le libéralisme au Mexique. Cette rhétorique nationaliste, au cœur de la nouvelle tradition, permet le renforcement du régime qui prétendait continuer la Révolution de 1910. Or, ce qui est intéressant pour nous, c'est que malgré les relents nationalistes de ce discours, les juristes ont cherché à associer la Révolution française de 1789 aux « grandes » révolutions mexicaines. Sans doute pour augmenter le prestige des révolutions ayant permis de construire la nation mexicaine. C'est la raison pour laquelle nous verrons d'abord la vénération de la triade nationaliste continuant la Révolution française (1) et ensuite le renforcement du régime par la nouvelle tradition (2).

1. La vénération de la triade nationaliste continuant la Révolution française

Pour Mario de la Cueva, il y aurait une continuité entre les révolutions mexicaines et la Révolution française de 1789. La nation mexicaine aurait connu trois moments déterminants qui s'inscrivent dans la lignée de la Révolution de 1789. C'est pourquoi, lors du 50^{ème} anniversaire de la Révolution de 1910, il écrivait : « La Constitution du 5 février 1917 est l'aboutissement d'un drame

historique dont les origines remontent à la guerre d'Indépendance »¹⁷¹⁶. Le peuple aurait lutté pour conquérir la liberté et réaliser un minimum de justice sociale. On retrouve ces idées-force lors de la guerre d'Indépendance, la révolution libérale d'Ayutla et la révolution sociale de 1910. Ces trois moments auraient, par conséquent, donné à la nation mexicaine ses trois constitutions fondamentales : celles de 1824, 1857 et 1917. Les trois constitueraient une « unité et continuité historiques : elles sont toutes filles des mêmes idéaux »¹⁷¹⁷. En outre, ces trois constitutions auraient imposé, sur le long terme, le fédéralisme. Elles auraient contribué à construire la Nation mexicaine.

Plus loin, de la Cueva explique que « les trois Constitutions se maintiennent dans le cadre de la dialectique hégélienne : ce sont trois étages dans la marche du peuple »¹⁷¹⁸. Autrement dit, « le fédéralisme mexicain est un produit naturel de la dialectique de l'histoire »¹⁷¹⁹. Il continue : « Le fédéralisme a été une synthèse historique entre le sentiment national qui voulait l'unité du peuple et l'amour de la liberté qui aspirait à un gouvernement propre et fondé sur les principes de la démocratie »¹⁷²⁰. L'auteur fait donc preuve d'une histoire nationaliste qui s'inspire de la pensée hégélienne.

Cette triade ou cette séquence téléologique, qui constitue la nouvelle culture politique, s'inscrivait pour de la Cueva dans le sillage de la Révolution française. En effet, de la Cueva affirmait une continuité historique depuis l'Indépendance du Mexique de 1821 et la Révolution de 1789. Ainsi, il voyait des liens entre la Révolution française et le Congrès constituant de 1856-1857 qui a suivi la Révolution d'Ayutla¹⁷²¹. Dans les deux cas notre auteur a découvert un « parallélisme indiscutable » car les deux cherchaient à garantir socialement les principes d'égalité et de liberté. C'est la raison pour laquelle les deux assemblées constituantes ont déclaré les droits naturels de

¹⁷¹⁶ De la Cueva (Mario), « La Constitución política » (1961), dans *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*, comp. Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 360.

¹⁷¹⁷ *Id.* On retrouve cette téléologie dans beaucoup de ses écrits. Par exemple : « Il n'est pas facile d'indiquer les événements marquants de l'histoire d'un peuple, mais nous pensons que l'intégration de notre nationalité est déterminée par trois époques, qui correspondent aux trois authentiques révolutions politiques, sociales, économiques et juridiques que nous avons vécues et dont les résultats ont été les trois Constitutions qui ont eu une réalité et une validité : 1824, qui est l'époque de la naissance de la nationalité ; 1857, qui est la prise de conscience de notre nationalité ; et 1917, qui est le premier sursaut universel en faveur de la justice sociale ». Cf. *Plan de Ayutla. Conmemoración de su primer centenario*, dir. Mario de la Cueva, Mexico, UNAM, 1954, préface, p. XI.

¹⁷¹⁸ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 361.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 366-367.

¹⁷²⁰ *Ibid.*, p. 367.

¹⁷²¹ Cf. *ibid.*, p. 373.

l'homme et du citoyen¹⁷²². Le même phénomène se serait manifesté en 1789-1791 en France et en 1857 au Mexique, mais aussi en 1917 : « la plus grande de toutes les batailles parlementaires a eu lieu sur les droits de l'homme : elle a donné naissance à la première et nouvelle déclaration des Droits Sociaux de l'histoire, qui allait transformer l'essence du droit constitutionnel »¹⁷²³. Les analogies de la Révolution française et la « triade mexicaine »¹⁷²⁴ sont nombreuses. De la Cueva affirmait même que « notre Déclaration des droits sociaux est la nouvelle loi naturelle »¹⁷²⁵, ce qui était une référence au droit français, à la Déclaration de 1789 et au Code civil de 1804, qui prétendaient refléter la loi naturelle et, par extension, au paradigme français légaliste.

La « grandeur de l'action du Congrès constituant de 1917 » résiderait dans cette « première déclaration des droits sociaux de l'histoire ». Ce serait une « nouvelle idée de droit », selon les termes de Georges Burdeau, « qui ne dérive pas d'une pensée ou d'un modèle étranger »¹⁷²⁶. Ainsi, dans les écrits de Mario de la Cueva on retrouve une exaltation nationaliste des droits sociaux :

Les articles 27 et 123 contiennent la pensée sociale de la nouvelle Constitution, ils sont ce qui lui est propre, ce qui détermine son originalité, en lui attribuant le sommet de notre histoire constitutionnelle : en eux, la pensée sociale qui a germé pendant la guerre d'Indépendance, a atteint sa réalisation et elle a combattu au milieu du siècle la position individualiste et libérale. Nous ne voulons pas dire que l'histoire est close : les articles 27 et 123 ont été l'idéal social d'un siècle, mais ils sont nés et se sont battus dans un monde lui-même en transformation ; ils ne disparaîtront pas non plus à l'avenir, car il y a en eux quelque chose d'éternel, qui les place au-dessus des doctrines et des systèmes politiques : le travail est une valeur fondamentale et doit toujours être fourni dans des conditions qui garantissent la dignité et le bien-être de l'homme¹⁷²⁷.

Cette « troisième vague »¹⁷²⁸ de progrès se serait cristallisée dans les droits sociaux des articles 27 et 123. Elle aurait ouvert la porte au constitutionnalisme social, c'est-à-dire une

¹⁷²² *Id.*

¹⁷²³ *Ibid.*, p. 390.

¹⁷²⁴ Les constitutions de 1824, 1857 et 1917.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, p. 399.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 398.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, p. 401.

¹⁷²⁸ Knight (Alan), « The Myth of the Mexican Revolution », *Past & Present*, volume 209, n° 1, novembre 2010, p. 234.

« nouvelle idée du droit ». En revanche, même si le professeur de la Cueva soutient que l'histoire n'est pas fermée, en assurant que ces droits sociaux (qui constituent le nouvel droit naturel) sont en quelque sorte éternels, il est difficile de ne pas penser aux théories de « la fin de l'histoire » telle que celle de M. Francis Fukuyama. Celui-ci soutenait que l'histoire était finie dans la mesure où le libéralisme s'était imposé face au communisme lors de la chute de l'URSS¹⁷²⁹. En écrivant une histoire téléologique du constitutionnalisme mexicain, qui ignore les constitutions centralisatrices¹⁷³⁰, de la Cueva paraît voir le triomphe définitif des idées de la Révolution mexicaine. Cette eschatologie commune aux grandes révolutions occidentales était en effet « un rêve messianique de la fin des temps, une conviction que l'histoire marchait vers un dénouement final »¹⁷³¹. Pourtant, de manière similaire à la « fin de l'histoire » de M. Fukuyama, de la Cueva n'a pas voulu (ou n'a pas pu) reconnaître les limites des droits sociaux. Comme nous avons vu, ceux-ci sont devenus des directives politiques (normes programmatiques) et les réformes sociales qu'ils étaient censés réaliser ont été limitées. L'histoire « révisionniste » de la Révolution mexicaine a en effet démontré que l'État mexicain issu de la Révolution n'a pas eu la force ni la volonté de mener à bien des réformes sociales larges¹⁷³², malgré les pouvoirs extraordinaires permanents¹⁷³³ des articles 27 et 123.

Néanmoins, ce récit de la « marche du progrès », qui trouverait ses origines depuis la Révolution française en passant par les constitutions fédérales, a été largement répété¹⁷³⁴. De manière similaire, un récit téléologique des héros de la Révolution mexicaine (par exemple, de Zapata à Cárdenas) a été élaboré par le discours officiel¹⁷³⁵. Dans l'œuvre de Mario de la Cueva, on retrouve cette volonté de continuité. Dans *La Constitución política*, à titre d'exemple, il écrit que

¹⁷²⁹ Fukuyama (Francis), « The End of History ? », *The National Interest*, 1989, n° 16, p. 3-18 ; du même auteur *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992.

¹⁷³⁰ Connues comme les *Siete Leyes* (1835-1837), les *Bases Orgánicas de la República Mexicana* (1843) et l'*Estatuto Provisional del Imperio Mexicano* (1865). Sur ses constitutions, voir Cruz Barney (Óscar), *Historia del derecho en México*, Mexico, Tirant lo Blanch, 3^e éd., 2021.

¹⁷³¹ Berman (Harold), *Droit et révolution*, trad. Raoul Audoin, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 41.

¹⁷³² Knight (Alan), *La revolución cósmica...*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁷³³ Córdova (Arnaldo), *La ideología de la Revolución mexicana. La formación del nuevo régimen*, Mexico, Ediciones Era, 1973, p. 522.

¹⁷³⁴ On retrouve, en effet, cette téléologie dans les discours officiels. Voir par exemple Carrillo Nieto (Juan José), « L'usage de la « Révolution sociale de 1910 », *op. cit.* ; Knight (Alan), *La revolución cósmica...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷³⁵ Knight (Alan), *La revolución cósmica...*, *op. cit.*, p. 181. Sur la réconciliation politique à travers les héros de la Révolution, voir Hale (Charles), « Los mitos políticos de la nación mexicana: el liberalismo y la Revolución », *HMex*, vol. XLVI, n° 4, 1996, p. 824.

dans « le généralissime Morelos a ressuscité dans la figure de Zapata »¹⁷³⁶, soulignant ainsi les liens entre les caudillos de l'Indépendance et ceux de la Révolution de 1910.

Le but d'établir cette continuité nationale était de consolider le régime par une nouvelle tradition.

2. Le renforcement du régime par la nouvelle tradition

Pour le professeur de la Cueva, la Constitution était un acte de volonté, plutôt qu'une norme¹⁷³⁷. Par rapport à la Constitution libérale de 1857, il écrit par exemple qu'elle « a rempli une mission plus importante que le simple droit positif : c'est l'idéal de la vie politique pour l'homme mexicain »¹⁷³⁸. Ce qui voulait dire que « la Constitution n'est pas tant valable en tant que règle, mais plutôt parce qu'elle inspire »¹⁷³⁹. Son interprétation de la Constitution de 1917 était donc politique plus que normative. Dans le même sens, il a fait le choix du décisionnisme tout en rejetant le normativisme. Ce dernier courant, en effet, lui semblait « répugnant »¹⁷⁴⁰. Dans son ouvrage de 1975, qui reprenait ses cours sur l'histoire de l'État, de la Cueva expliquait à ses étudiants que depuis son séjour d'études en Allemagne dans les années 1930, face aux affrontements entre les jeunes hitlériennes et les communistes, la théorie pure du droit de Kelsen lui semblait « véritablement stérile »¹⁷⁴¹. Il affirmait ainsi que : « tandis que le marxisme était la négation de l'État oppresseur et impérialiste, l'hypothétique norme fondamentale servait à justifier la constitution dictée par un dictateur ou une sorte d'assemblée »¹⁷⁴². Comme si l'objectif de Kelsen avait été de justifier n'importe quel régime, alors qu'il a dû fuir l'Allemagne et a toujours professé la démocratie¹⁷⁴³. En tout cas, de la Cueva a opté pour la théorie décisionniste de Carl Schmitt et celle des « facteurs réels du pouvoir » Ferdinand Lassalle.

¹⁷³⁶ De la Cueva (Mario), « La Constitución política »..., *op. cit.*, p. 385.

¹⁷³⁷ Cf. Silva-Herzog Márquez (Jesús), « Mario de la Cueva... », *op. cit.*, p. 190.

¹⁷³⁸ De la Cueva (Mario), « La Constitución de 5 de febrero de 1857 », dans *El humanismo...*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁷³⁹ Cf. Silva-Herzog Márquez (Jesús), « Mario de la Cueva... », *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁴⁰ Voir *ibid.*, p. 191.

¹⁷⁴¹ De la Cueva (Mario), *La idea del Estado*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2^e éd., 1980, p. 171.

¹⁷⁴² *Id.*

¹⁷⁴³ Voir notamment son ouvrage *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988 ; ainsi que du même auteur *Qu'est-ce que la justice ?*, Genève, Markus Haller, 2012, p. 91 et s.

D'abord, à titre d'exemple, il reprenait la définition de Lassalle selon laquelle la Constitution serait « la combinaison normative des facteurs réels de pouvoir »¹⁷⁴⁴. Tout au long de ses écrits on retrouve cette idée des « facteurs réels du pouvoir » qui s'imposeraient face à la norme constitutionnelle. Les trois constitutions qu'il vénérât auraient été limitées par ces facteurs réels¹⁷⁴⁵. Par rapport à la Constitution de 1824, « ces facteurs de pouvoir sont d'une part le peuple, représenté par les députés républicains du parti du progrès, et d'autre part les classes privilégiées, l'Église et l'armée, qui commencent dès lors à revendiquer dans la vie politique une place qui ne leur appartient pas ». Dans le même sens, « le Congrès Constituant de Querétaro a bénéficié d'une certaine caractéristique qui le distingue des assemblées de 1824 et 1857 : ces dernières ont été une lutte colossale de facteurs de pouvoir, représentés par les différents partis politiques qui se sont formés dans ces deux étapes de notre histoire »¹⁷⁴⁶. Ainsi, reprendre cette notion des « facteurs réels du pouvoir » revenait à avoir une lecture politique de l'histoire constitutionnelle mexicaine.

Ensuite, de la Cueva a aussi utilisé sélectivement les idées de Carl Schmitt, dont il avait assisté à ses cours en Allemagne. C'était notamment le cas des « décisions fondamentales ». « La nature, la structure et les finalités de l'État ou, comme le dirait le juriste allemand, le peuple souverain a été contraint de faire ses *décisions politiques fondamentales* »¹⁷⁴⁷. Si pour cet auteur, « est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »¹⁷⁴⁸, pour de la Cueva les décisions renvoyaient à *essentialiser* la triade des Constitutions et en particulier celle de 1917. Le fédéralisme aurait été, de cette manière, une « décision politique fondamentale »¹⁷⁴⁹ du constituant. Dans la même mesure, la « génération de la *Reforma* » (1857) aurait repris la tradition de la Constitution d'Apatzingán (1814) en prenant la décision politique fondamentale d'établir la démocratie représentative ainsi que la forme républicaine¹⁷⁵⁰. Cette idée selon laquelle il y aurait une « essence » de la Constitution, qu'on pouvait trouver par une « bonne » interprétation historique, a eu un énorme succès au Mexique, du moins une grande diffusion. En effet, les juristes ont repris

¹⁷⁴⁴ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 369.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 361.

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 369 et 388.

¹⁷⁴⁷ *Plan de Ayutla...*, préface de Mario de la Cueva, p. XII.

¹⁷⁴⁸ Schmitt (Carl), *Téologie politique*, trad. Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 15.

¹⁷⁴⁹ De la Cueva (Mario), *La idea del Estado*, *op. cit.*, p. 370.

¹⁷⁵⁰ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 376.

intensivement la question de savoir combien de décisions politiques fondamentales il y en a eu¹⁷⁵¹. Le meilleur exemple est probablement celui de Jorge Carpizo, le disciple du maître de la Cueva. En tout cas, l'essentialisation de la Constitution a marqué la nouvelle tradition juridique, possiblement car elle servait à justifier le discours officiel.

En outre, à la lecture des études de notre auteur, on retrouve le manichéisme de Carl Schmitt. En effet, de la Cueva reprend la célèbre définition selon laquelle la politique repose sur la distinction « ami-ennemi »¹⁷⁵². Dans les écrits de de la Cueva, celle-ci se traduit par l'opposition historique entre les *conservateurs* et les *libéraux*. Comme l'écrit M. Silva-Herzog, les ennemis du peuple et les héros du constitutionnalisme patriotique. Pour de la Cueva, effectivement, « la politique est une polarité, une dynamique binaire d'ami-ennemi »¹⁷⁵³. Au XIX^e siècle, la politique était donc la confrontation entre les conservateurs, associés à la trahison et à l'Église catholique, et les libéraux assimilés au progrès et à la liberté, et réunis autour de Benito Juárez, le « défenseur de la patrie ». À titre d'exemple, on retrouve cette opposition entre conservateurs et libéraux dans le passage suivant :

Au moment de l'Indépendance, et surtout après la chute de l'Empire d'Iturbide, les grands problèmes nationaux ont été posés au pays. {...} Sur le plan supérieur se trouvaient les forces conservatrices, qui cherchaient à poursuivre dans le Mexique indépendant la vie de la société hiérarchique de la vice-royauté ; sur le plan inférieur se trouvaient les hommes qui formaient le peuple, les classes dépossédées de la population, qui luttaient pour la démocratisation de la vie sociale, pour l'égalité et la liberté de tous les êtres humains et pour la justice sociale¹⁷⁵⁴.

Les héros de l'Indépendance, Hidalgo et Morelos, « les amoureux de la vraie liberté de la nation », auraient été à l'origine du groupe libéral, qui serait devenu « le parti du progrès »¹⁷⁵⁵. Plus tard, lors du Congrès constituant de 1856, les conservateurs, « avec un grand talent ont

¹⁷⁵¹ Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social...*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁷⁵² « La distinction spécifique du politique, à laquelle peuvent se ramener les actes et les mobiles politiques, c'est la discrimination de l'ami et de l'ennemi ». Cf. Schmitt (Carl), *La notion de politique. Théorie du partisan*, trad. Marie-Louise Steinhauser, Paris, Flammarion, 1992, p. 64.

¹⁷⁵³ Silva-Herzog Márquez (Jesús), « Mario de la Cueva... », *op. cit.*, p. 193 et 183.

¹⁷⁵⁴ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 360-361.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 365.

{...} cherché à maintenir l'intolérance religieuse et le monopole du culte au profit de l'Église catholique », alors que les libéraux ont lutté pour la liberté de conscience¹⁷⁵⁶.

Enfin, reprendre de manière sélective les idées décisionnistes dans un contexte autoritaire, comme le souligne l'ancien juge de la Cour Suprême, M. Cossío Díaz, n'était pas anodin. Utiliser sélectivement Schmitt pour adopter une vision politique de la Constitution plutôt que normative permettait d'appuyer le modèle de domination. Dans la même veine, les juristes qui refusaient de voir la Constitution de manière politique, comme un produit de la Révolution qui la maintenait en vie, étaient qualifiés de « réactionnaires »¹⁷⁵⁷. C'est pourquoi le binôme « libéral-conservateur » du XIX^e siècle a été remplacé par celui de « révolutionnaire-réactionnaire »¹⁷⁵⁸.

Conséquemment, Mario de la Cueva a contribué à forger ce discours officiel de la nouvelle tradition. Il voulait indéniablement renforcer l'État social révolutionnaire. Par la suite, dans un contexte de profonds changements sociaux, lorsque la brèche entre la rhétorique révolutionnaire et la réalité se creusait de plus en plus, prolongeant les thèses de ce juriste Jorge Carpizo a voulu le rendre immuable. Or nous verrons que ceci présente des analogies avec la défense de la tradition française par Carbonnier lors du développement de l'Union européenne. Pour l'instant il faut voir comment la défense de la nouvelle tradition était, en réalité, une synthèse conservatrice.

B. La défense du régime ou la synthèse conservatrice

Outre la récupération de la tradition libérale du XIX^e siècle par les révolutionnaires, le régime s'est légitimé en professant une « justice sociale ». C'est la raison pour laquelle, vers le milieu du XX^e siècle, un amalgame des paradigmes légaliste et social est généré. Il s'agit d'un métissage de traditions différentes effectué dans un but d'ordre et de cohésion sociale. La défense du régime passe alors par une synthèse conservatrice. Malgré ses paradoxes, la pensée cuevienne est un exemple clair de ce processus. Nous verrons dès lors la construction d'un amalgame des paradigmes légaliste et social (1) avant de scruter les paradoxes de la pensée cuevienne (2).

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 374-375.

¹⁷⁵⁷ *Cambio social...*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁷⁵⁸ Urías Horcasitas (Beatriz), « Una pasión antirrevolucionaria: el conservadurismo hispanófilo mexicano (1920-1960) », *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 72, n° 4, octobre-décembre, 2010, p. 603.

1. La construction d'un amalgame des paradigmes légaliste et social

« Au Mexique, la Révolution est née accompagnée d'une défense acharnée du passé. Bien sûr, le passé n'est pas le porfiriat, mais la tradition libérale qui a commencé avec la Révolution d'Indépendance ». C'est ce qu'écrivait Arnaldo Córdova dans son ouvrage pionnier de 1973 sur *L'idéologie de la Révolution mexicaine*¹⁷⁵⁹. C'est le « mythe du retour » concomitant à toutes les révolutions européennes¹⁷⁶⁰. Le souhait de revenir à une « époque d'or ». Or, Córdova paraît décrire l'œuvre de de la Cueva. En construisant la séquence téléologique 1824, 1857, 1917 celui-ci s'était approprié la tradition libérale¹⁷⁶¹. Comme nous l'avons vu, ces trois moments, qui étaient censés reproduire et prolonger la Révolution de 1789, correspondaient à une longue marche du progrès et de la liberté. Elles auraient en outre permis de construire la nation mexicaine. Il reprenait de cette manière l'idée d'une « continuité du libéralisme » professée par Jesús Reyes Heróles, peut-être le l'intellectuel mexicain le plus important des années 1950¹⁷⁶². Il adhérait en outre à l'interprétation officielle du libéralisme¹⁷⁶³. En revanche, en prenant position par rapport à la tradition libérale, notre auteur s'appropriait par extension le paradigme légaliste. En ce sens, il plaidait pour le droit légaliste et libéral issu des constitutions de 1824 et 1857 :

Les principales conquêtes du parti du progrès {le parti libéral} sont au nombre de trois : l'adoption de la forme républicaine du gouvernement ; la reconnaissance des principes du constitutionnalisme individualiste et libéral, de la souveraineté du peuple, du gouvernement représentatif, de l'annonce de la protection des droits de l'homme et de la séparation des pouvoirs ; la troisième des conquêtes est le système fédéral. Mais le parti du progrès ne pouvait aller plus loin : il a conquis une forme de vie politique qui ouvrait la porte à la démocratie et à la liberté¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁵⁹ *La ideología de la Revolución mexicana. La formación del nuevo régimen*, Mexico, Ediciones Era, 1973, p. 91.

¹⁷⁶⁰ Berman (Harold), *Droit et révolution*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁶¹ Sur la séquence téléologique et l'appropriation de la « tradition libérale patriotique », voir Knight (Alan), « The Myth of the Mexican Revolution », *op. cit.*, p. 241.

¹⁷⁶² Voir Hale (Charles), « Los mitos políticos... », *op. cit.*, p. 826.

¹⁷⁶³ Cette interprétation officielle voyait une continuité des idées libérales du XIX^e siècle dans les programmes de la Révolution de 1910. Elle tendait aussi à faire du porfiriat une parenthèse de l'histoire du Mexique. Cf. Hale (Charles), « The Liberal Impulse: Daniel Cosío Villegas and the *Historia Moderna de México* », *The Hispanic American Historical Review*, vol. 54, n° 3, août 1974, p. 494.

¹⁷⁶⁴ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 369.

C'est pourquoi il défendait la « dictature libérale du Pouvoir Législatif » prévue par la Constitution de 1857. On avait omis le fait qu'elle renforçait aussi le Pouvoir Exécutif par rapport à la Constitution libérale de 1824¹⁷⁶⁵. Tout comme le révolutionnaires de 1910, de la Cueva témoignait en faveur du libéralisme-patriotique du XIX^e siècle. On comprend dès lors sa détestation pour le porfiriat :

Le gouvernement du président Díaz, le Parti Scientifique et la bourgeoisie mexicaine se trouvaient face à leur dernière chance historique, mais au lieu d'en profiter en lançant une politique de réformes sociales qui aurait permis aux paysans et au prolétariat d'entrer dans la vie nationale, ils ont noyé les mouvements de grève dans le sang et ratifié leur intention de continuer à gouverner le pays en tant que dictateurs-propriétaires¹⁷⁶⁶.

Selon la nouvelle tradition de la Révolution, Porfirio Díaz aurait nié la tradition libérale mexicaine¹⁷⁶⁷. C'est la raison pour laquelle le mouvement « Constitutionnaliste » de Carranza avait affirmé vouloir rétablir l'ordre juridique de la Constitution de 1857, avant de provoquer une véritable révolution sociale.

En reprenant la définition de Burdeau selon laquelle la révolution est « la substitution d'une vieille idée de justice et du droit pour une nouvelle », de la Cueva considère que la Révolution de 1910 était une révolution sociale qui devait remplacer les vieilles conceptions individualistes¹⁷⁶⁸. Alors qu'il avait vénéré la tradition libérale, il critiquait l'individualisme du paradigme légaliste. Il estimait ainsi que la Constitution de 1917 avait permis l'évolution de l'individualisme dans un personnalisme :

Mais il s'agit d'une nouvelle conception de la démocratie, dans laquelle l'homme, non pas l'individu égoïste et autosuffisant des courants nationalistes et naturalistes des XVIII^e et XIX^e siècles, mais la personne humaine, conçue comme un microcosme éthique, est le sommet de

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 378.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 382.

¹⁷⁶⁷ Voir en ce sens Córdova (Arnaldo), *La ideología...*, *op. cit.*, p. 92 : « Pour les premiers opposants au gouvernement du général Díaz, le vrai progrès avait commencé avec les actes libéraux du milieu du siècle dernier et avait été interrompu par la dictature. Le retour du libéralisme, présenté comme un retour à la légalité et à la démocratie, signifiait la correction du présent, du faux progrès affiché par le porfiriat et qui se révélait de plus en plus comme le progrès d'un petit groupe de la population ».

¹⁷⁶⁸ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 382-383.

toutes les valeurs et l'objectif suprême du droit, de la culture, de la civilisation, de la science, de la technologie et de la structure économique¹⁷⁶⁹.

Il continuait en critiquant le droit légaliste des codes :

Il me semblait alors que le droit du travail était le messenger et l'annonciateur d'un monde nouveau, d'un monde dans lequel le travailleur, et avec lui l'homme, est élevé au rang de personne, mais pas simplement pour être enregistré dans une formule légale, comme c'était le cas avec les règles des codes de droit civil, mais pour vivre en tant que personne dans la réalité de la vie sociale¹⁷⁷⁰.

Néanmoins, Carranza voulait réaliser « la justice sociale » et le peuple voulait un régime social plus juste. C'est ainsi que la Révolution est devenue « la première révolution sociale du XX^e siècle ». En outre, la figure mythique de Zapata se serait érigée « comme le flambeau de la nouvelle idée de la justice et du droit ». En effet, son *Plan d'Ayala* aurait mis fin à la conception du droit de propriété en tant que droit naturel de l'homme¹⁷⁷¹. C'est l'article 27 de la Constitution¹⁷⁷² qui est ici évoqué par notre auteur. L'article qui consacre la fonction sociale de la propriété et marque le passage vers un paradigme social. Pour de la Cueva, en 1917 la Constituant obtient en effet un sens « individualiste et social »¹⁷⁷³. Il convient de signaler cependant que de la Cueva a contribué ainsi à forger un mythe révolutionnaire (la nouvelle tradition), ce qui est très clair dans le cas d'Emiliano Zapata. Ce révolutionnaire a été largement invoqué par les discours des Présidents, d'Alvaro Obregón (1920-1924) à Salinas (1988-1994), lorsqu'ils voulaient faire étalage de leurs mérites agraires¹⁷⁷⁴. On voit donc à quel point certains juristes mexicains ont tendu à renforcer le discours officiel et la rhétorique révolutionnaire.

Cependant, la pensée de Mario de la Cueva, comme nous avons pu voir en filigrane, comportait des paradoxes.

¹⁷⁶⁹ De la Cueva (Mario), « Lo social en la Constitución de 1917 », *op. cit.*, p. 114-115.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 115.

¹⁷⁷¹ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 386. Par rapport au droit du travail nazi, il écrivait aussi que « la propriété privée cesse d'être un droit sacré de l'individu et devient une fonction publique ». Cf. De la Cueva (Mario), « Legislación del trabajo nazi » (1934), dans *El humanismo...*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷⁷² Voir *supra* Chapitre 2. Les difficultés du paradigme social

¹⁷⁷³ De la Cueva (Mario), « La Constitución política », *op. cit.*, p. 390.

¹⁷⁷⁴ Knight (Alan), « The Myth of the Mexican Revolution », *op. cit.*, p. 246.

2. *Les paradoxes de la pensée cuevienne*

Malgré ses contradictions flagrantes, de la Cueva a marqué les juristes et l'élite politique de son époque. Comme M. Silva-Herzog l'indique, « il a formé la classe politique éclairée de l'hégémonie du PRI et aussi, curieusement, les fondateurs de ses deux branches : la néo-libérale et la néo-cardiniste »¹⁷⁷⁵, c'est-à-dire les courants de droite et de gauche du parti. Parmi ses étudiants, on retrouve notamment l'ancien Président de la République Miguel de la Madrid ou des intellectuels et universitaires tels que l'écrivain Carlos Fuentes ou les juristes Jorge Carpizo et Eduardo García Máynez. Si de la Cueva a pu influencer les dirigeants du PRI des courants de droite et de gauche, ceci s'explique peut-être par le fait que sa pensée a oscillé d'un extrême à un autre. Son œuvre est devenu une « boîte à outils » dans laquelle on pouvait trouver des traditions intellectuelles extrêmement différentes. Dans les années 1930, de la Cueva s'enthousiasmait pour le droit du travail nazi, mais à partir des années 19e70 sa pensée évolue vers le marxisme-léninisme. Dans son article *Legislación del trabajo nazi* (1934) il évoquait de manière a-critique les théories nazies : pour les allemands « la race, communauté de sang, est le moteur de l'histoire »¹⁷⁷⁶ alors que pour les mexicains le moteur de l'histoire serait la liberté. Dans ce texte il montrait son anti-libéralisme en citant par exemple Royer-Collard selon lequel « la démocratie, c'est le libéralisme et celui-ci conduit les gens à la décadence ; c'est le gouvernement de ceux qui n'ont pas de comptes à rendre ; c'est la loi, et non les députés qui la créent, qui est responsable »¹⁷⁷⁷. Pourtant, dans les 1970 de la Cueva pensait que la Constitution de 1917 était devenue le « bastion de la bourgeoisie »¹⁷⁷⁸. Son admiration pour le marxisme et le léninisme était devenu très clair. Il décrivait Lénine comme « la plus grande figure révolutionnaire de tous les temps »¹⁷⁷⁹, le marxisme comme « la plus haute et la plus belle exaltation jamais connue de l'homme réel » et Marx comme « le torrent révolutionnaire de la justice sociale »¹⁷⁸⁰.

¹⁷⁷⁵ « Mario de la Cueva... », *op. cit.*, p. 175.

¹⁷⁷⁶ De la Cueva (Mario), « Legislación del trabajo nazi » (1934), *op. cit.*, p. 60.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 62.

¹⁷⁷⁸ Zertuche Muñoz (Fernando), « Hacia la justicia social » dans *Testimonios sobre Mario de la Cueva*, México, Porrúa et UNAM, p. 149.

¹⁷⁷⁹ De la Cueva (Mario), « México considera el derecho laboral como una fuerza viva al servicio de la democracia » (1961), dans *Doctrina constitucional mexicana*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁷⁸⁰ De la Cueva (Mario), *La idea del Estado*, *op. cit.*, p. 325 et 322.

Cependant, de la Cueva a influencé toute une génération de juristes et de politiciens mexicains. À titre illustratif, Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva écrit dans *L'humanisme juridique de Mario de la Cueva* que son oncle « a critiqué toute forme de totalitarisme »¹⁷⁸¹. Cependant, il paraît avoir soutenu le nazisme et l'URSS, les deux systèmes qui incarnent le totalitarisme selon Hannah Arendt¹⁷⁸². De la Cueva a donc laissé sa trace en collaborant à la construction de la nouvelle tradition, bien que la doctrine tende à oublier les contradictions de sa pensée. Peut-être, la raison pour laquelle la pensée de Mario de la Cueva a tant marqué réside dans le fait qu'elle était éclectique et utile pour le discours officiel. Il fallait un mythe hégémonique de la Révolution pour le parti hégémonique¹⁷⁸³, même si cela supposait de reprendre des traditions contradictoires¹⁷⁸⁴. Ainsi, outre le fait d'avoir récupéré la tradition libérale, il y a superposé le paradigme social. Aussi, il a mobilisé des traditions très opposées, voire antinomiques, telles que la pensée allemande conservatrice et la pensée marxiste-léniniste. Dans son ouvrage posthume, la *Teoría de la Constitución*¹⁷⁸⁵, « Kelsen et Schmitt, Lassalle et Marx, s'embrassent »¹⁷⁸⁶. Tout ceci veut dire que, malgré les paradoxes, cette pensée hétérogène est à l'origine de la nouvelle tradition. Tout comme la Constitution de 1917 qui intégrait plusieurs paradigmes (libéral et social), sa pensée comportait aussi une amalgame de modèles.

Il faut comprendre que l'objectif de son récit téléologique, impliquant une continuité historique, est de rendre l'histoire nationale cohérente. La plaidoirie de Mario de la Cueva montre que le discours officiel de la Révolution mexicaine a été une construction idéologique. Cependant, cela a pour fonction de légitimer le *statu quo* ; en faisant l'histoire des vainqueurs, de la Cueva légitime le présent. D'où l'intérêt d'utiliser sélectivement et de manière a-critique les théories du décisionnisme et des facteurs réels du pouvoir. Or si cette méthode a eu beaucoup de succès, c'est parce qu'elle a été prolongée, lors d'un moment critique, par les juristes célèbres Jorge Carpizo et Ignacio Burgoa. Ces juristes postérieurs, en reprenant les idées de leur maître, représentent en effet un moment fort de la synthèse des paradigmes.

¹⁷⁸¹ « Semblanzas », dans *El humanismo...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁸² Arendt (Hannah), *Les Origines du totalitarisme. Le Système totalitaire*, trad. Jean-Loup Bourget, Robert Davreu et Patrick Lévy, Paris, Éditions du Seuil, 2002.

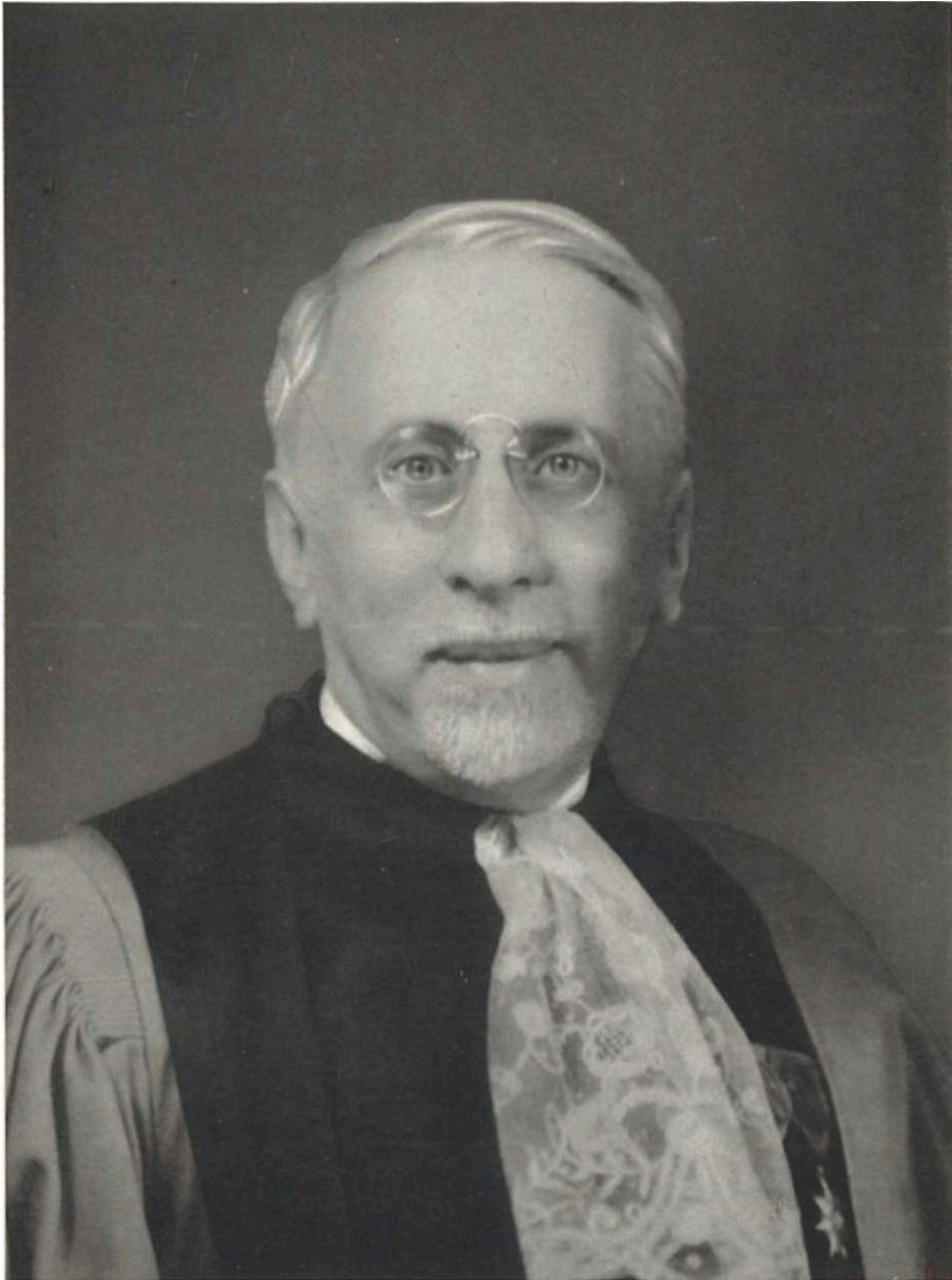
¹⁷⁸³ Knight (Alan), « The Myth of the Mexican Revolution », *op. cit.*, p. 238.

¹⁷⁸⁴ « Toute idée entre dans la boîte constitutionnelle si elle vise la justice : les perspectives sociologique et institutionnelle, normative et décisionnelle, libérale et fasciste ». Cf. Silva-Herzog Márquez (Jesús), « Mario de la Cueva... », *op. cit.*, p. 198.

¹⁷⁸⁵ De la Cueva (Mario), *Teoría de la Constitución*, Mexico, Porrúa, 1982.

¹⁷⁸⁶ Silva-Herzog Márquez (Jesús), « Mario de la Cueva... », *op. cit.*, p. 197.

Georges Ripert



Mario de la Cueva



Plutarco Elías Calles



Chapitre 2. La synthèse des paradigmes : la réactivation de la nouvelle tradition

Vers la seconde moitié du XX^e siècle, dans un contexte de crises et de changement profonds, la défense de la nouvelle tradition se réactive. Les avocats de cette tradition sont René Capitant et Jean Carbonnier en France, et Jorge Carpizo et Ignacio Burgoa au Mexique. En France, le fils d'Henri Capitant prolonge la tradition constitutionnaliste professée par Raymond Carré de Malberg. En droit privé, Carbonnier continue la défense de la codification napoléonienne par Georges Ripert face à l'avènement de l'Union européenne. Burgoa et Carpizo, lorsque la rhétorique et les mythes de la Révolution mexicaine apparaissent fragilisés, deviennent emblématiques de la poursuite de la nouvelle tradition commencée par Mario de la Cueva. S'inspirant de celui-ci, ils prônent principalement l'intangibilité de la Constitution de 1917 promulguée par l'Assemblée constituante révolutionnaire. Ce faisant, en renforçant le discours officiel en cours de fragilisation, ils aident le régime à préserver le *statu quo ante bellum*, tout en se montrant paradoxalement de plus en plus critiques à l'égard du régime.

La nouvelle tradition repose sur la codification en droit privé, mais aussi sur l'héritage de la Révolution française en droit public, notamment la théorie de la souveraineté nationale, c'est-à-dire la loi comme expression de la volonté générale. C'est la tradition républicaine, reprise par Aulard et Esmein, mais cette synthèse initiée dès la III^e République et achevée sous la V^e République, la transforme dans une nouvelle tradition.

Dans les deux cas, que ce soit en France ou au Mexique, on observe une synthèse conservatrice des paradigmes légaliste et social.

Il convient donc de voir dans un premier temps comment la tradition constitutionnelle a été réactivée (section 1), par Carré de Malberg et René Capitant, et d'autre part par Burgoa et Carpizo. Dans un deuxième temps, il paraît nécessaire de se focaliser sur la préservation de l'héritage de la Révolution (section 2) à travers l'œuvre de Carbonnier et du décisionnisme mexicain.

Section 1. La réactivation de la tradition constitutionnelle

Carré de Malberg a été décrit comme « un des pionniers, un des fondateurs du droit constitutionnel en France »¹⁷⁸⁷. Selon le fils d'Henri Capitant, aux côtés de Duguit et Hauriou, il a dominé la science du droit public en France depuis le début du XX^e siècle¹⁷⁸⁸. Si l'œuvre de Carré de Malberg a tant marqué la pensée juridique, c'est parce qu'en analysant les institutions de la III^e République et en dénonçant l'appropriation de la souveraineté par les représentants, il a transformé la tradition représentative. Sa pensée a influencé des juristes éminents tels que René Capitant et Georges Burdeau. Le premier s'est particulièrement inspiré de ce juriste pour continuer à transformer la tradition du régime représentatif en France.

Au Mexique, la tradition constitutionnelle incarnée par Mario de la Cueva, a été réactivée principalement par Ignacio Burgoa (1918-2005) et Jorge Carpizo (1944-2012). Ces deux juristes ont été professeurs à l'UNAM et ils sont souvent considérés comme faisant partie des plus grands constitutionnalistes du pays de la seconde moitié du XX^e. Tout d'abord, Burgoa est connu notamment pour ses œuvres *El juicio de amparo* (1943), *Las garantías individuales* (1944) et *Derecho constitucional* (1973), ainsi que pour sa pratique en tant qu'avocat. Ensuite, Carpizo a occupé plusieurs postes politiques et académiques de haut niveau : doyen de l'UNAM (1985-1989), *Secretario de Gobernación* en 1994 (équivalent du ministre de l'Intérieur en France), Procureur général de la République (1993-1994), Président de la Commission Nationale des Droits Humains (1990-1993), Ministre de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (1989-1990) et ambassadeur du Mexique en France (1995). Le nom Carpizo est aujourd'hui bien connu au Mexique, tant au niveau académique que dans le grand public. Ses principales oeuvres *La Constitución Mexicana de 1917* (1969), *El presidencialismo mexicano* (1978) et *Estudios constitucionales* (2003) ont été traduites dans plusieurs langues, dont l'anglais, le français, l'allemand et l'italien.

Pour revenir sur la tradition constitutionnelle mexicaine, dans ce contexte tendu, celle-ci est réactivée par la nouvelle génération de juristes représentée par Burgoa et Carpizo, qui cherchaient à découvrir la véritable « essence » de la Constitution dans une perspective politique.

¹⁷⁸⁷ Capitant (René), « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », dans *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, n° 1-2, 1937, p. 84.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 81.

Il est donc nécessaire d'étudier la transformation de la tradition représentative par Carré de Malberg et René Capitant (§1), puis l'essentialisation de la Constitution mexicaine par la nouvelle génération de légistes (§2).

§1. La transformation de la tradition représentative par Carré de Malberg et René Capitant

La tradition républicaine incarnée par « le maître Esmein »¹⁷⁸⁹ est reprise par Raymond Carré de Malberg, avant d'être transformée dans le cadre de la V^e République et l'intermédiaire de René Capitant. L'achèvement de cet héritage constitue le modèle de la nouvelle tradition. En d'autres termes, vers le milieu du XX^e siècle, la tradition républicaine est réactivée, mais tout en apportant des innovations (notamment l'idée de la démocratie semi-directe). On observe une association des paradigmes légaliste (régime représentatif) et social (référendum) produisant ainsi une « nouvelle tradition ». Il faut donc se pencher sur le régime représentatif théorisé par Carré de Malberg (A) avant d'étudier la pensée de René Capitant et la rupture opérée par la V^e République (B).

A. Carré de Malberg et le régime représentatif : l'appropriation de la souveraineté nationale

Bien que la *Contribution* de Carré de Malberg soit une réponse, voire un dialogue « conflictuel »¹⁷⁹⁰ avec les *Éléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein, le premier reprend la tradition républicaine défendue par le second. M. Maulin parle même d'une « captation républicaine de l'héritage de la Révolution française »¹⁷⁹¹. L'objectif de Carré de Malberg était de démontrer patriotiquement la supériorité de la république française par rapport au régime allemand¹⁷⁹². Ainsi, son œuvre représente un certain retour au droit constitutionnel « classique », c'est-à-dire celui qui était professé par Esmein. De manière emblématique, Carré de Malberg rejette

¹⁷⁸⁹ Carré de Malberg (Raymond), « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, avril-mai-juin, 1931, p. 11.

¹⁷⁹⁰ Beaud (Olivier) « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle » dans *La science juridique française...*, *op. cit.*, p. 229.

¹⁷⁹¹ V^o « CARRÉ DE MALBERG Raymond », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁹² Sur ce point voir notamment Beaud (Olivier) « Carré de Malberg, juriste alsacien... », *op. cit.*, p. 221 et s.

la théorie réaliste de l'État de Duguit¹⁷⁹³ et reprend la définition selon laquelle l'État est la personnification juridique de la nation. En outre, à contre-courant de Duguit, qui niait tous les concepts *a priori* et par conséquent celui de souveraineté, Carré de Malberg construit sa théorie autour de la souveraineté nationale. Le retour à ce « classicisme » est néanmoins relatif car il était impossible au XX^e siècle d'ignorer totalement les acquis du paradigme social. C'est ce dont témoigne sa volonté de modifier le régime représentatif en introduisant les mécanismes de la démocratie semi-indirecte.

1. La théorie de l'organe ou la réactivation de la tradition révolutionnaire : de Sieyès à Carré de Malberg

Comme pour Esmein, pour Carré de Malberg le droit de la Révolution française constitue une véritable rupture ; de cette période serait né le droit constitutionnel de l'État moderne. De manière similaire à la dogmatique juridique d'Esmein, « la théorie malbergienne consiste à démontrer que la Révolution française a consacré les vrais principes constitutifs de l'État »¹⁷⁹⁴. En substance, en consacrant le principe de la souveraineté nationale, les révolutionnaires auraient accompli un « grand progrès ». Désormais les gouvernants détiennent leur pouvoir de la nation, désormais « c'est par la Constitution que le pouvoir national se trouve transféré »¹⁷⁹⁵. Il s'agit donc d'une subordination du pouvoir envers la Constitution qui organise l'État, ce qui constitue un « progrès *moral* qui s'accomplit dans l'histoire, le droit moderne réalisant une limitation du pouvoir, lequel se trouve être toujours un pouvoir juridique »¹⁷⁹⁶.

Pour Carré de Malberg, plus précisément, l'État moderne s'accomplit dans le régime représentatif instauré par les révolutionnaires. Pour le démontrer notre auteur repense la théorie de

¹⁷⁹³ Cf. Carré de Malberg (Raymond), *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 20 et s.

¹⁷⁹⁴ Maulin (Éric), *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 26.

¹⁷⁹⁵ Il déclare : « La Révolution, à son tour, consacre cette vérité morale, sur le terrain du droit, en posant dans l'article 3 de la Déclaration de 1789 cette notion capitale que le sujet juridique de la puissance souveraine, c'est proprement la nation. En d'autres termes, la Constituante fait accomplir au droit public un grand progrès, qui consiste à distinguer désormais le souverain des personnages qui détiennent, en fait la souveraineté. Le vrai souverain, ce n'est plus le roi, ni aucun gouvernant quel qu'il soit, c'est exclusivement la nation ». Cf. Carré de Malberg (Raymond), *Contribution...*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 171 et 172.

¹⁷⁹⁶ Maulin (Éric), « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », in *Annales Historiques de la Révolution française*, n° 328, avril-juin 2002, *La Révolution et le Droit*, p. 4.

la représentation sous la forme d'une théorie de l'organe¹⁷⁹⁷. Or, s'il reconnaît que la théorie de l'organe a été construite essentiellement par la doctrine allemande (Gierke, Jellinek, Laband) il précise que « les matériaux en ont été fournis, en bonne partie, par les travaux et les discours des constituants français de 1791 : le germe de cette théorie se trouve contenu dans leur concept du régime « représentatif » et dans les définitions mêmes qu'ils ont données de ce régime »¹⁷⁹⁸. En développant certains aspects de la théorie monarchiste allemande, Carré de Malberg fait de l'organe le concept central de sa théorie de la souveraineté nationale. À rebours de l'école allemande selon laquelle « la nation n'est qu'un organe de l'État parce qu'elle n'est pas le titulaire principal de la puissance »¹⁷⁹⁹, depuis 1789 l'État serait la personnification juridique de la nation. Car, depuis la Révolution française, « par sa Constitution, la nation s'est donnée des organes pour exprimer sa volonté : désormais les décisions formulées par ces organes constitutionnels devront être regardées juridiquement comme la volonté du corps national »¹⁸⁰⁰. En d'autres termes :

Il n'est pas permis d'établir, entre l'État et la nation, ni une distinction absolue, ni, à plus forte raison, une opposition quelconque. Dans le droit public moderne et spécialement dans le système juridique issu des principes dégagés par la Révolution française, la théorie, devenue prédominante, de l'État corporatif ne peut avoir, en soi et au fond, qu'une seule signification : elle implique que l'État n'est pas autre chose que la personnification de la nation. L'État et la nation ne sont, sous deux noms différents, qu'un seul et même être. L'État, c'est la personne abstraite en qui se résume et s'unifie la nation »¹⁸⁰¹.

Carré de Malberg reprend donc la conception de l'État d'Adhémar Esmein, le « légiste » de la III^e République. Or il s'inspire également de la pensée de Sieyès, qu'il considère comme le théoricien de la souveraineté nationale. L'enjeu, pour cet auteur alsacien, était de rechercher les

¹⁷⁹⁷ Ce qu'il définit ainsi : « Les personnes physiques chargées d'énoncer des volontés au nom d'une collectivité, possèdent le caractère d'organes ou de représentants, selon qu'elles ont reçu le pouvoir de vouloir de manière discrétionnaire pour l'être collectif ou qu'elles sont dominées par une volonté supérieure qui se trouve déjà réalisée dans l'être collectif par ses organes ». Cf. Carré de Malberg (Raymond), *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 303.

¹⁷⁹⁸ Carré de Malberg (Raymond), *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 298.

¹⁷⁹⁹ Cf. Maulin (Éric), « Carré de Malberg et le droit constitutionnel... », *op. cit.*, 10.

¹⁸⁰⁰ Carré de Malberg (Raymond), *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 317.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 331-332.

fondements de la III^e République¹⁸⁰² et d'affirmer la supériorité du régime républicain sur la monarchie allemande. En revanche, en élaborant la théorie de l'organe, Carré de Malberg « déforme » la représentation nationale conceptualisée par Sieyès¹⁸⁰³. C'est en effet la transformation de la tradition républicaine française ou l'affirmation de la « nouvelle tradition ». Ce n'est pas la conception de Duguit du régime représentatif qui s'est imposée. C'est la théorie de l'organe de Carré de Malberg qui a pénétré et perduré dans la doctrine française. Alors que pour le maître bordelais « le parlement est le *mandataire représentatif* de la nation »¹⁸⁰⁴, pour le maître alsacien le régime représentatif interdisait le mandat impératif. Écartant la conception de Duguit qui « fait de la nation un acteur social décisif »¹⁸⁰⁵ en envisageant en particulier le référendum, Carré de Malberg refuse le mandat impératif des députés. Dès 1789 « la prohibition des mandats impératifs répondait essentiellement à la préoccupation d'assurer les droits et la puissance absolue de la majorité à l'Assemblée »¹⁸⁰⁶. La même année, Sieyès « dégage solidement les principes sur lesquels doit reposer le nouveau système représentatif ». D'abord, il commence par rappeler « le principe de l'unité de la nation et de l'indivisibilité de sa souveraineté ». « Mais le principal argument invoqué par Sieyès contre le mandat impératif se déduit de la nature même du régime représentatif ». En effet, selon l'interprétation malbergienne « le trait caractéristique et le but même de la représentation, c'est que le représentant décide pour le compte du peuple et possède, seul, le pouvoir de décider pour lui ». Ce qui veut dire que « dans le régime représentatif tel que l'entendait Sieyès {...} les citoyens n'ont aucune participation à la puissance législative » contrairement au gouvernement démocratique, ce qui marque « l'ère nouvelle du droit public »¹⁸⁰⁷.

Pour notre auteur, le principe de la souveraineté nationale, consacré par l'article 3 de la Déclaration de 1789 et la Constitution de 1791, n'aurait jamais disparu de l'ordre juridique

¹⁸⁰² Comme l'affirme M. Laquière : pour Constant, réfléchir à une limitation de la souveraineté, c'est réagir au moment révolutionnaire de 93, alors que pour Carré de Malberg, l'enjeu est d'abord de rechercher les fondements de la III^e République. Cf. Laquière (Alain), « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e Siècles » dans *Figures de Sieyès*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008 [en ligne] URL : <http://books.openedition.org/psorbonne/20034> (généré le 04 avril 2024), n° 11, p. 8.

¹⁸⁰³ Pour Sieyès, le mandat de droit public était comparable à un mandat de droit privé. Ce qui veut dire que les citoyens actifs, chargés de désigner les représentants, avaient aussi la possibilité de les contrôler et de révoquer ceux qui ne rempliraient pas leur tâche. Cf. *ibid.*, n° 4 et 80, p. 4 et 34. Dans un sens contraire voir Sommerer (Erwan), « De Sieyès à Carré de Malberg : les principes d'un régime sans extériorité », dans *La République et son droit...*, *op. cit.*, p. 44. Pour ce dernier auteur, la décision de faire de Sieyès le précurseur de la théorie de l'organe n'est pas une distorsion.

¹⁸⁰⁴ Duguit (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 3^e éd., p. 645 et 518.

¹⁸⁰⁵ Laquière (Alain), « La réception de Sieyès... », *op. cit.*, n° 69, p. 30.

¹⁸⁰⁶ Carré de Malberg (Raymond), *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 250.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 254-257.

national¹⁸⁰⁸. Il établit ainsi une filiation, voire une continuité, entre le droit révolutionnaire et la III^e République. Or il convient de préciser, comme l'a démontré M. Brunet, que « souhaitant démontrer que la Révolution française était à l'origine de la théorie allemande de l'organe, Carré de Malberg a tout simplement substitué le terme « organe » au terme « représentant » employé par le texte de 1791 »¹⁸⁰⁹. En effet, la Constitution de 1791 n'employait pas le terme d'« organe » mais « les fondateurs du nouveau droit français ont conservé la notion traditionnelle de représentation, sans s'apercevoir qu'elle avait perdu sa raison d'être par le fait même de la transformation radicale qu'ils faisaient subir à l'Ancien Régime représentatif »¹⁸¹⁰. C'est pourquoi, en s'attachant « non à ce qu'ils ont dit mais à ce qu'ils ont fait »¹⁸¹¹, Carré de Malberg s'est estimé parfaitement fondé pour reformuler la pensée des constituants en employant le terme d'« organe ».

Si dans le droit privé, Georges Ripert représente la nouvelle tradition française, dans le droit public c'est Carré de Malberg qui la personnifie. Les deux auteurs, en effet, par une œuvre engagée, synthétisent les deux modèles anciens. En arguant de la défense de la civilisation occidentale par la morale chrétienne et en prenant position patriotiquement pour le droit républicain contre le droit allemand, ces deux juristes sont à l'origine du nouveau paradigme. En réalité, pourtant, c'était une transformation de la tradition.

2. *La démocratie semi-directe ou la transformation de la tradition*

On voit très nettement cette volonté de modification de la tradition française dans *La loi, expression de la volonté générale* (1931). Dans cet ouvrage, Carré de Malberg entendait démontrer que les lois constitutionnelles de 1875 reposent sur la définition révolutionnaire de la loi comme expression de la volonté générale¹⁸¹² (article 6 de la Déclaration de 1789¹⁸¹³). Il montrait en effet la continuité entre la Révolution française et la III^e République. En revanche il concluait en affirmant

¹⁸⁰⁸ Cf. Brunet (Pierre), *Les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg (1861-1936)*, dans *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, dir. Diego Valadés et alii, Mexico, Siglo XXI, 2011, p. 123.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 127.

¹⁸¹⁰ Carré de Malberg (Raymond), *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 281.

¹⁸¹¹ Maulin (Éric), « Carré de Malberg et le droit constitutionnel... », *op. cit.*, 9.

¹⁸¹² Maulin (Éric), v^o « CARRÉ DE MALBERG Raymond », dans *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁸¹³ Cet article prévoit que : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation ».

que « l'idée de souveraineté de la volonté générale a été exploitée en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même »¹⁸¹⁴. Cette « fiction » selon laquelle « tous les citoyens se trouvent mis en état de concourir à l'adoption des décisions souveraines », voire cette « mystification » révolutionnaire, aurait produit sous la III^e République une « oligarchie »¹⁸¹⁵. « Le théoricien de la III^e République »¹⁸¹⁶ poursuivait en dénonçant la « crudité » de Sieyès « qui dépasse encore celle de Montesquieu pour limiter l'influence populaire au pouvoir de choisir les personnes qui statueront représentativement et pour interdire au peuple toute participation effective à la puissance même de statuer ». Il expliquait alors qu'il fallait choisir entre deux éventualités : ou bien on continuait à maintenir cette « fiction » qui conçoit la loi comme expression de la volonté générale, mais alors « il faut inévitablement en venir à conférer au corps populaire un certain rôle actif dans l'œuvre de la législation ». Ou bien on abandonnait cette conception ou ce dogme révolutionnaire de la loi comme expression de la volonté générale¹⁸¹⁷.

Déjà dans la *Contribution*, Carré de Malberg écrivait de manière critique que : « l'essence même de la prétendue représentation moderne, c'est que le député est entièrement indépendant de ses électeurs, ceux-ci étant systématiquement exclus de toute participation effective à la puissance législative ». Il n'est donc pas possible de parler de représentation, au sens juridique du terme¹⁸¹⁸. Il faudrait alors modifier la souveraineté du Parlement, « le grand principe de droit constitutionnel que la Révolution a substitué au principe monarchique »¹⁸¹⁹. C'est donc le système du parlementarisme absolu qu'il faut corriger. Autrement dit, il faut renouveler la tradition représentative française. Pour cela Carré de Malberg proposait une série de mesures « d'intervention directe du peuple » : le référendum abrogatif, l'initiative législative, l'élection du chef de l'Exécutif au suffrage universel et la possibilité pour le gouvernement et le Parlement de saisir le peuple par référendum. En outre, afin d'en finir avec le « concept d'autoritarisme » de la III^e République, il suggérait également deux solutions. D'abord, il écrit : « il serait fort concevable que, tout en maintenant la supériorité du Parlement, la Constitution ait réservé à l'Exécutif une certaine part d'indépendance, celle-là même

¹⁸¹⁴ Carré de Malberg (Raymond), *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, p. 215.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 216.

¹⁸¹⁶ Capitant (René), « L'œuvre juridique... », *op. cit.*, p. 87.

¹⁸¹⁷ Carré de Malberg (Raymond), *La loi...*, *op. cit.*, p. 216-217.

¹⁸¹⁸ Cf. Carré de Malberg (Raymond), *Contribution...*, t. II, *op. cit.*, p. 282 et 217.

¹⁸¹⁹ Capitant (René), « L'œuvre juridique... », *op. cit.*, p. 89.

dont il a besoin pour remplir utilement ses fonctions agissantes »¹⁸²⁰. De ce fait il amorçait une délimitation matérielle du domaine de la loi au profit du pouvoir réglementaire¹⁸²¹. Ensuite, il envisageait un « contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution »¹⁸²², autrement dit un contrôle de constitutionnalité des lois. Dans son article de 1931 publié à la *Revue de droit public*, intitulé « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le régime parlementaire », Carré de Malberg allait encore plus loin. Il précisait la réforme qu'il avait esquissée dans *La loi, expression de la volonté générale*. Dorénavant, il considérait que la combinaison des institutions de consultation populaire directe, et notamment du référendum avec le parlementarisme, engendrerait un bouleversement dans la tradition française. Cette « transformation apportée au parlementarisme rappellerait la mutation subie jadis par les monarchies, lorsqu'elles se sont converties en monarchies limitées ». Par l'adoption du référendum, le peuple monterait « au rang suprême » et « le Parlement se trouve {rait} ramené au rang de simple autorité ». Ce qu'il justifiait en évoquant une « rationalisation technique » du régime parlementaire, ce que Esmein appelait « la logique des institutions ». De même, il semblait maintenant préférer Rousseau et la souveraineté populaire (démocratie directe) à Sieyès et la souveraineté nationale (régime représentatif). Le premier avait déjà démontré « jusqu'à l'évidence, que la volonté générale n'est pas susceptible d'entrer en représentation ». Alors que le second avait indiqué « le fondement rationnel du régime qui confine le peuple dans un état de représentation condamné au silence ». Or les hommes de la Révolution en étaient conscients, car ils souhaitaient « reléguer le peuple dans un rôle simplement électoral »¹⁸²³.

Maintenant Carré de Malberg se concentre sur le référendum. Ce serait la condition pour maintenir toutes les caractéristiques du régime parlementaire. Il permettrait en outre de subordonner le Parlement à la Constitution parce que « le système du référendum législatif implique, *a fortiori*, celui du référendum constituant ». Enfin, la combinaison de ce mécanisme de démocratie directe avec le parlementarisme aurait aussi pour effet d'atténuer « la politique des partis », qui est devenue en France une véritable « plaie ». En particulier, il dénonçait déjà ce que les constitutionnalistes de la V^e République ont qualifié de « fait majoritaire » : « Comment pourrait-on admettre que la

¹⁸²⁰ Carré de Malberg (Raymond), *La loi...*, *op. cit.*, p. 218-219.

¹⁸²¹ Cf. Brunet (Pierre), *Les idées constitutionnelles...*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁸²² Carré de Malberg (Raymond), *La loi...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁸²³ Carré de Malberg (Raymond), « Considérations théoriques... », *op. cit.*, p. 8-16.

puissance souveraine qui passe pour inhérente à la volonté générale, se retrouve contenue dans une volonté parlementaire, qui n'est que la volonté d'un parti, du parti détenant la majorité ? »¹⁸²⁴.

Comme l'expliquait René Capitant, vers la fin de sa vie, son maître strasbourgeois voulait libérer sa conscience. Il ne voulait pas être considéré comme un « légiste » républicain. « Il craint alors que la puissante explication qu'il a donnée de la III^e République n'apparaisse comme une justification de celle-ci »¹⁸²⁵. Néanmoins, en décrivant précocement la « crise de la représentation », Carré de Malberg semble avoir entrevu la rupture qu'allait opérer la V^e République.

B. René Capitant et la rupture opérée par la V^e République

Dans un contexte d'antiparlementarisme croissant dans les années 1930, René Capitant (1901-1970) s'estimait « fidèle {...} à notre tradition constitutionnelle »¹⁸²⁶. Sans doute, ce professeur de droit constitutionnel et résistant célèbre était attaché à la tradition française, comme le montre ce passage : « Restons donc fidèles au régime représentatif et au parlementarisme. Quoiqu'on dise, quoi qu'on prédise, l'État parlementaire peut être l'État du XX^e siècle. Mais il est temps, il est grand temps de lui donner sa véritable figure »¹⁸²⁷. Pour ce « légiste » de la V^e République, décrit parfois comme « plus gaulliste que de Gaulle »¹⁸²⁸, prolonger certaines idées de son « maître »¹⁸²⁹ Carré de Malberg lui permettait de préserver la tradition parlementaire française (1), même s'il estimait nécessaire de corriger le régime représentatif¹⁸³⁰. Toutefois, l'avènement de la V^e République opère une véritable rupture vis-à-vis de la tradition française, engendrant surtout la fin

¹⁸²⁴ *Ibid.*, p. 20-23.

¹⁸²⁵ Capitant (René), « Carré de Malberg et le régime parlementaire », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Dalloz, 1966, dans *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982, p. 255.

¹⁸²⁶ Capitant (René), « La réforme du parlementarisme » dans *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 326.

¹⁸²⁷ *Ibid.*, p. 342.

¹⁸²⁸ Beaud (Olivier), « René Capitant, juriste républicain. Étude de sa relation paradoxale avec Carl Schmitt à l'époque du nazisme », dans *Mélanges Pierre Avril : la République*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 43 ; Charlot (Jean), *Le Gaullisme d'opposition, 1946-1958. Histoire du gaullisme*, Paris, Fayard, 1983, p. 300, cité par Truchot (Hélène), *Le droit constitutionnel de René Capitant*, Paris, Dalloz, 2020, p. 1.

¹⁸²⁹ Morelou (Jean-Pierre), « Le gaullisme de guerre de René Capitant », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 16, 1995, p. 144.

¹⁸³⁰ Selon Raymond Carré de Malberg, la combinaison des deux systèmes, le régime parlementaire issu des Chartes et le régime représentatif élaboré en 1789, a été faite en 1875. Avant la III^e République, la France oscillait entre le régime parlementaire et le régime représentatif. Voir Capitant (René), « Carré de Malberg et le régime parlementaire », dans *Écrits constitutionnels, op. cit.*, p. 263.

du légalisme (2). Nous verrons en effet comment les constituants de 1958 ont opté pour « une synthèse tranchant radicalement avec l'héritage révolutionnaire qui avait jusqu'alors guidé les choix républicains »¹⁸³¹.

1. *Le prolongement des idées de Carré de Malberg et de la tradition parlementaire française*

Malgré le discrédit dont souffrit l'œuvre de Carré de Malberg sous la III^e République, certaines de ses idées constitutionnelles ont été reprises par la doctrine, en particulier par ses « disciples » René Capitant¹⁸³² et Georges Burdeau. Il semble en effet que la réputation de Carré de Malberg ait souffert en raison de la forte critique de Duguit à son égard. Dans un contexte nationaliste suscité par la Grande Guerre, celui-ci lui a reproché d'introduire les idées allemandes en France, alors que Carré de Malberg était un juriste patriote¹⁸³³. Comme le suggère René Capitant, le fait que ce juriste alsacien ait utilisé les théories allemandes pour analyser le droit constitutionnel français s'explique parce que, à l'époque, la matière était nouvelle en France. Le seul traité de droit constitutionnel important était celui d'Esmein, qu'il admirait¹⁸³⁴. En tout état de cause, la diffusion des travaux de Carré de Malberg s'accroît vers la fin de la III^e République, grâce en partie aux efforts de Capitant, mais aussi de Georges Burdeau¹⁸³⁵. Or il convient de nuancer cette réception des idées de Carré de Malberg¹⁸³⁶. René Capitant s'inspire de Carré de Malberg, certes, il reprend quelques idées de lui, mais il n'hésite pas à signaler les lacunes de son œuvre. À titre d'exemple, dans son article sur le droit constitutionnel non écrit, il explique qu'en matière de révision constitutionnelle la théorie de Carré de Malberg ne parvient pas à résoudre la question du pouvoir constituant originaire¹⁸³⁷. De même, il ne conçoit pas le droit constitutionnel de la même manière,

¹⁸³¹ Morabito (Marcel), *Histoire constitutionnelle de la France...*, *op. cit.*, p. 427.

¹⁸³² Voir en ce sens la thèse de Mme Truchot selon laquelle Capitant poursuit l'œuvre de Carré de Malberg en matière de référendum et responsabilité des gouvernants : *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸³³ « Par une curieuse ironie du sort, Carré de Malberg qui est un grand patriote franco-alsacien, fut accusé d'être inféodé aux thèses juridiques allemandes et d'être une « Prussien ». Ce chef d'accusation expliquait le discrédit dont souffrit son œuvre sous la III^e République ». Cf. Beaud (Olivier), « Carré de Malberg, juriste alsacien... », *op. cit.*, p. 221-222.

¹⁸³⁴ Voir Capitant (René), « L'œuvre juridique... », *op. cit.*, p. 85.

¹⁸³⁵ Voir par exemple la préface de Burdeau de l'ouvrage de Carré de Malberg (Raymond), *La loi...*, *op. cit.*, p. V-X.

¹⁸³⁶ Comme le montre M. Beaud, à la différence de Carré de Malberg, René Capitant a une conception matérielle de la constitution, celle-ci ne saurait se limiter au seul texte. Cf. « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits*, 2002/1, n° 35, p. 189. Effectivement, le droit coutumier et le droit non écrit sont deux facteurs importants pour la compréhension du droit constitutionnel dans les écrits de Capitant.

¹⁸³⁷ Voir Capitant (René), « Le droit constitutionnel non écrit », dans *Écrits d'entre-deux-guerres...*, *op. cit.*, p. 299.

c'est-à-dire dogmatiquement. Même s'il montre que Carré de Malberg n'était pas un exégète des lois constitutionnelles de 1875¹⁸³⁸, René Capitant s'intéresse plus au « droit vivant » dans un souci de « réalisme juridique » qu'aux vérités révélées par la Révolution française.

Toutefois, en dépit de son originalité ou hétérodoxie, par opposition à son père qui incarnait le « classicisme dans la pensée juridique »¹⁸³⁹, René Capitant a facilité le prolongement de la tradition républicaine en France. D'abord, sur un plan théorique, par l'analyse de cet héritage.

Ainsi, il reprend l'idée de Carré de Malberg de la domination des représentants sur les représentés dans l'histoire politique française. Pour décrire les traits spécifiques du parlementarisme français, le professeur écrit : « Jamais la théorie du régime représentatif n'a été construite avec autant de rigueur et de doctrinarisme que par les assemblées révolutionnaires françaises ». De même que le maître strasbourgeois, il n'hésitait pas à qualifier ce régime de « fiction représentative »¹⁸⁴⁰. Reprenant ses critiques, il décrivait le régime français de cette manière :

L'Assemblée « représentante » {...} était affranchie de tout contrôle électoral ; l'élection était réduite au rôle de simple désignation ; elle excluait tout mandat impératif et rejetait toute idée de responsabilité de l'élu. Député de la nation toute entière et non de sa circonscription, l'élu se voyait garantir son entière liberté de décision. Renouvelable par l'élection, l'assemblée devait, néanmoins, échapper à la pression de l'opinion. Toute institution qui eût permis à la nation de faire entendre sa voix, telle que l'appel au peuple, le référendum ou la dissolution, était rigoureusement écartée de la Constitution. Le régime représentatif s'opposait ainsi radicalement à la démocratie directe, au moyen d'une fiction qui lui servait tout à la fois à fonder et à masquer cette opposition¹⁸⁴¹.

À l'instar de Carré de Malberg, il croyait qu'une « oligarchie » s'était installée sous la III^e République conduisant à la souveraineté du Parlement.

D'un autre côté, au nom d'un « réalisme », Capitant reprend la conception moniste du régime parlementaire de Carré de Malberg par opposition à la conception dualiste d'Esmein, Duguit et Hauriou. C'est-à-dire qu'il ne pense plus que le régime parlementaire puisse se définir par la

¹⁸³⁸ Capitant (René), « L'œuvre juridique... », *op. cit.*, p. 88-89.

¹⁸³⁹ Beaud (Olivier), « Découvrir un grand juriste... », *op. cit.*, p. 166, 176 et 173.

¹⁸⁴⁰ « La crise et la réforme du parlementarisme en France », dans *Écrits d'entre-deux-guerres...*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 347.

théorie classique de la séparation des pouvoirs, en fonction d'une séparation souple ou tranchée. Celle-ci serait une théorie dépassée : « Quand on parle de séparation des pouvoirs, de législatif et d'exécutif, on parle encore la langue de la monarchie constitutionnelle ». Il offre plutôt une définition assez large selon laquelle l'Exécutif est subordonné au Législatif : « Le parlementarisme n'est autre chose que le gouvernement par des ministres responsables. Deux règles suffiraient à le résumer : le Gouvernement gouverne, le Parlement contrôle »¹⁸⁴². Comme l'explique M. Beaud, « le critère du régime parlementaire est donc la responsabilité ministérielle, ce qui implique la disparition de la dissolution comme trait caractéristique de ce régime »¹⁸⁴³.

Selon Capitant, pour découvrir les traits caractéristiques du parlementarisme français, il faut remonter aux principes coutumiers¹⁸⁴⁴. Ainsi, la tradition parlementaire française se caractériserait par un individualisme qu'on retrouve dans la Déclaration de 1789. Il affirme en effet : « Cet individualisme, qui inspira jadis la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, reste profondément vivant dans l'âme du peuple français ». Pour Capitant, l'individualisme français correspond à la « doctrine républicaine », c'est-à-dire l'« idéologie de l'État », qui renvoie au paradigme légaliste :

Car la France est une République, non seulement au sens formel du mot, non seulement parce qu'elle a renversé la royauté, mais surtout parce qu'elle a construit son État sur le fondement de la doctrine individualiste. Le mot République a, dans la tradition politique française, un contenu matériel, qui désigne moins la forme que l'idéologie de l'État. Formellement, la déclaration des droits ne figure plus dans la Constitution française. Mais, dans la mesure où le régime français reste républicain, les principes de 89, l'idéologie individualiste continuent de régner coutumièrement sur lui¹⁸⁴⁵.

Enfin, le prestige retentissant que Carré de Malberg a eu sur les rédacteurs de la Constitution de 1958, par l'intermédiaire très probable de René Capitant¹⁸⁴⁶, a fait de ces deux juristes des acteurs déterminants dans l'élaboration de la nouvelle tradition française. Il ne fait quasiment pas de

¹⁸⁴² Il écrit nettement que « le régime parlementaire est le contrepied de la séparation des pouvoirs ». Cf. Capitant (René), « La réforme du parlementarisme », *op. cit.*, p. 327.

¹⁸⁴³ « La crise de la III^e République sous le regard du jeune René Capitant », dans *Les juristes face au politique...*, *op. cit.*, p. 151-153.

¹⁸⁴⁴ Capitant (René), « La crise et la réforme... », *op. cit.*, p. 346.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 358 et 360.

¹⁸⁴⁶ Voir Rouvillois (Frédéric), *Les Origines de la V^e République*, Paris, PUF, 1998, p. 65-57 ; Truchot (Hélène), *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 2 et 12.

doute aujourd'hui que les constituants de la V^e République se sont inspirés des idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg. Ce qui fait de la rupture de 1958 une œuvre de synthèse, qui récupère certains traits de la tradition française ainsi que des apports du paradigme social¹⁸⁴⁷. Pourtant, certaines caractéristiques profondément ancrées dans les mentalités françaises ont été bouleversées, c'est principalement le cas du légalisme.

2. *L'avènement de la V^e République et la fin du légalisme*

Par rapport au « testament politique » de son maître, René Capitant commentait qu'« à défaut d'hommes, l'histoire a entendu le message. Le régime dont Carré de Malberg avait diagnostiqué les contradictions et les faiblesses s'est écroulé. Un régime nouveau est en train de s'édifier, sur les bases même qui avaient été proposées »¹⁸⁴⁸. Notre auteur reconnaissait ainsi l'« influence » du maître strasbourgeois dans la rédaction de la Constitution du 4 octobre 1958. Il s'agissait certainement d'une œuvre de synthèse dans la mesure où « la V^e République est bien, comme le souhaitait notre auteur, une combinaison de la démocratie directe et du régime parlementaire. {...} Dans ses traits essentiels, la nouvelle Constitution est bien conforme aux vues du maître strasbourgeois et Carré de Malberg peut être considéré comme le véritable doctrinaire de la V^e République »¹⁸⁴⁹. En effet, à travers la rationalisation du parlementarisme, cette république met fin au « régime d'assemblée »¹⁸⁵⁰ et transforme également la tradition légaliste française.

Selon René Capitant, l'habitude de la III^e République avait été « l'instabilité, l'incohérence et la paralysie gouvernementales ». « Tous les publicistes, tous les observateurs du régime, qu'ils soient de droite ou de gauche, ont bien constaté l'effroyable mortalité de nos ministères. La France a vécu en état de crise ministérielle permanente »¹⁸⁵¹. Face à ce phénomène, dans le sillage de Carré

¹⁸⁴⁷ En particulier, le préambule de la Constitution de 1958 mentionne l'attachement aux droits sociaux reconnus par le préambule de la Constitution de 1946.

¹⁸⁴⁸ « Carré de Malberg et le régime parlementaire », dans *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 273.

¹⁸⁴⁹ Capitant continue : « Sur certains points toutefois, il est allé plus loin que les constituants de 1958. Il estime notamment que le Président de la République doit être élu au suffrage universel, comme la Chambre des députés, afin de jouir d'une égale autorité et de pouvoir faire contrepoids à celle-ci ». Ce que de Gaulle a introduit avec la révision constitutionnelle de 1962. Cf. *ibid.*, p. 274.

¹⁸⁵⁰ Sur cette notion, voir Le Pillouer (Arnaud), « La notion de « régime d'assemblée » et les origines de la classification des régimes politiques », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 58, n° 2, 2004, p. 305-333.

¹⁸⁵¹ « La réforme du parlementarisme », *op. cit.*, p. 325.

de Malberg¹⁸⁵², Boris Mirkine-Guetzévitch¹⁸⁵³ avait théorisé la « rationalisation du régime parlementaire » qui consistait dans « l’immixtion de la contrainte juridique dans les rapports Exécutif-Législatif »¹⁸⁵⁴. En étudiant des constitutions d’Europe centrale et de l’Est, dans les années 1930, cet auteur avait observé un mouvement de « rationalisation du pouvoir » qui tendait à soumettre au droit tout l’ensemble de la vie collective »¹⁸⁵⁵. Cette tendance consistait à « enfermer dans le réseau du droit écrit l’ensemble de la vie politique ». En France, après l’échec de la IV^e République, la Constitution de 1958 reprend cette idée de « rationalisation » dans l’objectif de restaurer la stabilité du Parlement et l’efficacité du pouvoir exécutif. En d’autres termes, pour organiser efficacement le fonctionnement institutionnel et éviter les dérives du parlementarisme absolu, des mécanismes ont été prévus. Des règles précises visant à préserver la stabilité gouvernementale ont été prévues. Principalement, la Constitution de 1958 tente d’encadrer l’action parlementaire en *désacralisant la loi*, le dogme de la tradition républicaine. C’est la conception légicentriste héritée de 1789 et la pensée des Lumières qui est mise en cause.

D’abord, en ce qui concerne la rationalisation du parlementarisme, la procédure législative et la responsabilité gouvernementale sont encadrés rigoureusement par la Constitution. Par rapport à l’élaboration de la loi, la procédure est désormais maîtrisée par le gouvernement¹⁸⁵⁶. Ensuite, la responsabilité du gouvernement devant le Parlement est prévue à l’article 20 et précisée par les articles 49 et 50. Ces procédures très strictes permettent de mettre fin à l’instabilité des gouvernements. D’autre part, le domaine de la loi est limité par les articles 34 et 37 de la Constitution, opérant en ce sens une « véritable révolution juridique »¹⁸⁵⁷. L’article 34 énumère en effet, de manière limitative, les matières qui relèvent de la loi, comme l’avait ébauché Carré de Malberg. La compétence de principe relève maintenant du règlement selon l’article 37 qui dispose : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Le texte de 1958 marque ainsi la fin de la souveraineté du Parlement. En outre, il soumet la loi à la Constitution. Alors que, « pour reprendre l’expression de Carré de Malberg, la conscience des

¹⁸⁵² Cet auteur professait déjà une « rationalisation technique » du régime parlementaire. Voir *supra*.

¹⁸⁵³ Sur la pensée de cet auteur, voir notamment Pinon (Stéphane), « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », dans *Les juristes face au politique*, t. II, *op. cit.*, p. 61-124 ; et du même « Boris Mirkine-Guétzevitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, 2007/2, n° 46, p. 183-21.

¹⁸⁵⁴ Pinon (Stéphane), « Boris Mirkine-Guétzevitch... », *op. cit.*, p. 188.

¹⁸⁵⁵ Voir Mirkine-Guetzévitch (Boris), *Les constitutions de l’Europe nouvelle*, Paris, Delegrave, 2^e éd., 1930, p. 11.

¹⁸⁵⁶ Par exemple, le gouvernement peut, après l’ouverture du débat, s’opposer à tout amendement qui n’a pas été antérieurement soumis à la commission (article 44).

¹⁸⁵⁷ Morabito (Marcel), *Histoire constitutionnelle de la France...*, *op. cit.*, p. 436.

parlementaires restait pour l'heure le seul tribunal de la constitutionnalité des lois »¹⁸⁵⁸, la Constitution de 1958 octroie au Conseil constitutionnel des moyens effectifs pour subordonner la loi à la Constitution. Cet organe chargé de faire respecter la suprématie constitutionnelle peut en effet contrôler la loi dans plusieurs hypothèses (la phase d'initiative, entre le vote de la loi et sa promulgation et après l'entrée en application de la loi).

Parallèlement, l'autorité présidentielle est renforcée. Comme le souligne Georges Burdeau en 1959, la Constitution de 1958 opère un changement radical dans la conception du pouvoir. Elle rétablit l'État « au rang des forces animatrices de la vie politique »¹⁸⁵⁹. C'est-à-dire que, aux côtés du *pouvoir démocratique* représenté par le Parlement, elle institue un *pouvoir d'État* au-dessus des partis. Or l'organe chargé d'exprimer ce pouvoir est le Président de la République, légitimé par le référendum. L'article 5 de la Constitution l'érige en effet en tant qu'« arbitre » de la nation. En revanche, on retrouve dans les prérogatives présidentielles une synthèse qui pourrait faire penser à une « monarchie républicaine ». On retrouve en effet une distinction entre pouvoirs contresignés, hérités de la monarchie parlementaire et pouvoirs propres inédits. Au titre des nouveaux pouvoirs, le Président obtient le droit de recourir au référendum, celui de concentrer les pouvoirs en période de crise (article 16) et ceux relatifs au Conseil constitutionnel¹⁸⁶⁰. Principalement, l'article 11 qui permet au Président de « soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics » bouleverse la tradition républicaine. Depuis le coup d'État de Louis Napoléon Bonaparte le 2 décembre 1851, à la suite d'un plébiscite, la doctrine juridique tendait à rejeter ce mécanisme de démocratie directe. Proposé par Carré de Malberg comme correctif au parlementarisme absolu, il devait permettre de limiter l'influence des partis, mais aussi de renforcer la légitimité présidentielle.

Toutes ces mesures, qui témoignent des réminiscences de la pensée du juriste alsacien, provoquent une « nette rupture avec la tradition de suprématie parlementaire qui avait jusqu'alors caractérisé les constitutions républicaines »¹⁸⁶¹. Nous pouvons toutefois parler d'une amalgame dans la mesure où les « armes traditionnelles »¹⁸⁶² du régime parlementaire, la responsabilité du

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 342.

¹⁸⁵⁹ Burdeau (Georges), « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, 9^e année, n°1, 1959. p. 88.

¹⁸⁶⁰ Articles 54, 56 et 61.

¹⁸⁶¹ Morabito (Marcel), *Histoire constitutionnelle de la France...*, *op. cit.*, p. 425.

¹⁸⁶² *Ibid.*, p. 435.

gouvernement et le droit de dissolution, sont maintenus. C'est la fin de l'hégémonie parlementaire, mais c'est le début d'une hégémonie présidentielle inédite en République. Surtout, ce changement entraîne une réactivation de la nouvelle tradition. En parallèle, les juristes mexicains s'attachaient à construire leur nouvelle tradition en essentialisant la Constitution de 1917.

§2. De Mario de la Cueva à la nouvelle génération de légistes : l'essentialisation de la Constitution mexicaine

Durant la seconde moitié du XX^e siècle, lors d'un moment de crise économique, politique et sociale, la tradition constitutionnelle, initiée principalement par Mario de la Cueva, est réactivée par une nouvelle génération de juristes. Face au recul de la rhétorique révolutionnaire, des auteurs célèbres au Mexique, tels que Ignacio Burgoa ou Jorge Carpizo, prolongent la « nouvelle tradition ». À l'instar de leur maître de la Cueva, ils s'inspirent du décisionnisme de Carl Schmitt, le « principal juriste-théoricien du III^e Reich »¹⁸⁶³, pour décrypter l'« essence de la Constitution de Querétaro ». En trouvant ses « décisions fondamentales » on décrirait cette âme ou cet esprit de la « véritable » Constitution. Autrement dit, la Constitution mexicaine ne peut se comprendre qu'en décelant son « essence » ou ses décisions fondamentales. Les juristes auraient alors un grand pouvoir. Ils seraient capables de « découvrir » ces décisions à la lecture attentive de la Constitution, mais aussi par le recours indispensable à l'histoire constitutionnelle mexicaine. Ainsi, à la fin du siècle, les « légistes » de la Révolution mexicaine développent une méthode historique.

Pour comprendre la réaction du paradigme de la nouvelle tradition à cette époque charnière, il est nécessaire de revenir sur cette méthode historique (A). Par ailleurs, cette méthode, qui peut nous rappeler la théorie de la coutume constitutionnelle du « légiste » de la V^e République, doit en effet être rapprochée de la pensée de René Capitant (B), mais aussi, accessoirement, de celle de Maurice Hauriou. Ce rapprochement représente un point de connexion entre les deux paradigmes, liant la nouvelle tradition républicaine française et la nouvelle tradition révolutionnaire mexicaine. En vérité, nous pourrions comprendre alors qu'il s'agit de deux variantes du même paradigme. En tout cas, par la théorisation de la coutume constitutionnelle et les décisions fondamentales, les deux doctrines réintroduisent la question de la légitimité dans la pensée juridique.

¹⁸⁶³ Beaud (Olivier), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface de Schmitt (Carl), *Théorie de la Constitution*, trad. Lilyane Deroche et Olivier Beaud, Paris, Presses Universitaires de France, 2^e éd., 2013, p. 9.

A. La méthode historique au service de la nouvelle tradition

Burgoa et Carpizo prolongent les idées de Mario de la Cueva, or le contexte a changé : ce n'est plus un moment de consolidation étatique, mais au contraire, un moment de crise. Les institutions, qui se justifiaient à travers la mythologie de la Révolution mexicaine, connaissent maintenant une remise en question de leur légitimité. C'est une période où la rhétorique révolutionnaire s'affaiblit et où le modèle révolutionnaire se délite. De même, l'opposition commence à s'affirmer sur la scène politique. Dans ce contexte, on observe un recours intensif à l'histoire du Mexique qui révèle un « essentialisme dialectique ». La méthode historique apparaît alors au service de la tradition révolutionnaire. Selon Carpizo, grâce à cette démarche, nous pouvons trouver « l'esprit de la Constitution »¹⁸⁶⁴. D'autre part, la doctrine mexicaine utilise aussi intensivement le décisionnisme du juriste polémique Carl Schmitt, sans adopter un regard critique.

Il est donc nécessaire de se pencher sur l'instrumentalisation de l'histoire (1) et puis sur l'utilisation a-critique du décisionnisme allemand (2).

1. L'instrumentalisation de l'histoire

Pour nos auteurs, les juristes doivent décrypter l'essence de la Constitution par l'étude de l'histoire. En effet, en étudiant l'histoire constitutionnelle mexicaine, il serait possible d'identifier les « décisions fondamentales » prises par le constituant et sur lesquelles repose tout l'ordre juridique. En 1969, l'ancien doyen de l'UNAM, Jorge Carpizo, écrit en ce sens :

Par décisions fondamentales, nous entendons les principes directeurs de l'ordre juridique. Ceux qui marquent et indiquent l'être de l'ordre juridique. Ils sont l'essence même de ce droit. Si l'un d'entre eux fait défaut, le droit s'effondre et devient un autre droit¹⁸⁶⁵.

S'inspirant du *Kronjurist* du III^e Reich, Carpizo distinguait entre les décisions fondamentales matérielles et formelles. Les premières seraient « la substance de l'ordre juridique » tandis que les deuxièmes « cette même substance, seulement en mouvement : ce sont les principes

¹⁸⁶⁴ « La interpretación constitucional », dans *Estudios constitucionales*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁶⁵ Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana de 1917*, Mexico, UNAM, 5^e éd., 1982, p. 133.

qui maintiennent les décisions matérielles en vigueur et exécutoires ». Ainsi, au Mexique les décisions matérielles seraient : la souveraineté, les droits de l'homme, le système représentatif et la suprématie du pouvoir civil sur l'Église. Les décisions formelles : la séparation des pouvoirs, le fédéralisme et le *juicio de amparo*¹⁸⁶⁶.

Dans un long passage, Burgoa décrivait magistralement la théorie de décisions fondamentales :

La fundamentalité et la suprématie n'expliquent pas à elles seules l'être substantiel de la Constitution, car la Constitution n'est pas simplement un document juridique contenant systématiquement diverses normes de base de l'État. La Constitution, pour mériter authentiquement ce nom, doit avoir une âme, et celle-ci s'exprime dans un ensemble de principes politiques, sociaux et économiques qui ne sont pas le produit de l'imagination de ses auteurs, mais qui s'enracinent dans l'être, la manière d'être et la volonté d'être d'un peuple. En d'autres termes, une véritable constitution, qui mérite pleinement cette qualification et qui n'est pas un simple document juridico-formel, doit traduire en préceptes suprêmes et fondamentaux les attributs, les modalités ou les caractéristiques ontologiques d'un peuple, ainsi que les conceptions, les aspirations ou les idéaux qu'il forge tout au long de sa vie historique aux multiples facettes. Tous ces éléments, qui existent dans l'ontologie et la téléologie du peuple, deviennent le contenu et l'âme de la constitution positive, c'est-à-dire le *substrat* des normes juridiques essentielles qui la composent¹⁸⁶⁷.

Autrement dit, ces « principes politiques fondamentaux » seraient la condition pour avoir une « véritable Constitution ». La forme ne serait pas importante, contrairement à ce que postulait le normativisme kelsénien, mais l'essence, c'est-à-dire l'âme ou l'esprit intemporel de la Constitution. Pourtant, nous pourrions définir ces principes comme des choix idéologiques contingents, fixés par le pouvoir constituant originaire et qui auraient pu ne pas avoir lieu. Pour Jorge Carpizo, néanmoins, le « grand » théoricien des décisions fondamentales, ces principes étaient des *nécessités historiques*.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 135.

¹⁸⁶⁷ « La reformabilidad de la Constitución mexicana de 1917 », dans *Doctrina constitucional mexicana, op. cit.*, p. 529.

À titre d'exemple, dans son ouvrage le plus important, *La Constitución mexicana de 1917*, Carpizo écrit que « au Mexique, le système fédéral est une décision fondamentale »¹⁸⁶⁸. Or pour comprendre le système fédéral en vigueur, il décide d'étudier l'évolution historique de l'idée fédérale depuis la Constitution de Cádiz de 1812. Ainsi, on retrouverait dans les « *diputaciones provinciales* » (conseils provinciaux) prévus par cette constitution, les origines du système fédéral mexicain. Suite au chaos engendré par l'Indépendance du Mexique (1821), Carpizo donne l'impression que le fédéralisme s'est progressivement et « naturellement » imposé. Malgré les oscillations entre centralisme et fédéralisme tout au long du XIX^e siècle, le fédéralisme a été définitivement adopté dans la mesure où c'était une « *nécessité historique* » : depuis « l'aurore du fédéralisme » au début du siècle, celui-ci « a permis d'unir ce qui était en train de se désunir par les séparations répétées des provinces »¹⁸⁶⁹.

Cependant, on observe une instrumentalisation de l'histoire. « Pour comprendre ce qu'est la Constitution mexicaine de 1917, il est nécessaire d'analyser ses décisions fondamentales », écrit Carpizo¹⁸⁷⁰. Or, ces décisions ont été imposées par l'histoire. À la manière de leur maître Mario de la Cueva, Burgoa et Carpizo voient dans l'histoire du Mexique un progrès « dialectique »¹⁸⁷¹ : l'aboutissement ce sont les décisions fondamentales qui constituent l'âme de la Constitution de 1917. Ils décrivent donc le fonctionnement de la Constitution de Querétaro, issue des nécessités historiques, ce qui revient à légitimer le système de domination politique et juridique contrôlé par le parti hégémonique. En revanche comme l'a montré Karl Popper, la description historique n'est pas objective ou neutre. Toute description est sélective par nature et donc relative¹⁸⁷². Quand les juristes analysent l'histoire des constitutions mexicaines, ils font des choix idéologiques.

On retrouve effectivement, dans la description des décisions fondamentales, cette dialectique hégélienne¹⁸⁷³ :

Les décisions fondamentales ne sont pas universelles, mais déterminées par l'histoire et la réalité sociopolitique de chaque communauté. Les décisions fondamentales sont des

¹⁸⁶⁸ *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 245.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 135.

¹⁸⁷¹ Sur la dialectique hégélienne, voir Popper (Karl), *La société ouverte...*, t. II, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁷² *Ibid.*, p. 175.

¹⁸⁷³ Hegel voyait dans l'histoire une lutte entre nations conduisant au progrès et à la liberté. Voir *ibid.*, p. 13-55.

principes qui ont été atteints par des luttes. Elles font partie de l'histoire de l'homme et de son aspiration à la liberté¹⁸⁷⁴.

Dans la même veine, Burgoa estimait que l'expérience historique révèle que le droit -et *a fortiori* les décisions fondamentales- est conditionné par les « facteurs réels du pouvoir ». Cette notion reprise de Ferdinand Lassalle, qui s'est fait connaître des juristes allemands en 1862, par sa conférence sur « l'essence d'une constitution », impliquerait que le droit serait le reflet des tensions et les luttes entre les différents groupes sociaux¹⁸⁷⁵. En d'autres termes, le texte constitutionnel serait « la pure et simple transcription écrite de la réalité politique faite des rapports de force et de classe »¹⁸⁷⁶. Néanmoins, bien que les décisions sont un produit de l'histoire, par l'interaction des facteurs réels du pouvoir, Ignacio Burgoa prône la méthode sociologique « et toutes les disciplines connexes »¹⁸⁷⁷. Il affirme donc qu'il faut étudier sociologiquement l'histoire constitutionnelle pour comprendre le système juridique. Cependant, cette étude de l'histoire pour décrire l'ordre juridique n'est pas innocente. En s'appuyant sur la téléologie de Mario de la Cueva, c'est-à-dire la triade des constitutions fédérale de 1824, 1857 et 1917, pour découvrir l'essence de la Constitution¹⁸⁷⁸, nos juristes renforcent le discours officiel fondé sur la rhétorique révolutionnaire. Ils réactivent la nouvelle tradition initiée par Mario de la Cueva à un moment crucial pour le régime.

Par ailleurs, pour parvenir à cette récupération idéologique de l'histoire mexicaine, les juristes de la nouvelle tradition ont utilisé de manière a-critique le décisionnisme.

2. L'utilisation a-critique du décisionnisme allemand

Afin de réactiver la nouvelle tradition révolutionnaire, les juristes mexicains ont utilisé la théorie de la décision de Carl Schmitt, juriste célèbre et controversé pour avoir rallié le nazisme. Dans un contexte de crise, une partie de la doctrine mexicaine s'est inspirée de la *Théorie de la constitution (Verfassungslehre)* de 1928, « l'une des œuvres majeures de Schmitt en même temps

¹⁸⁷⁴ Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, p. 133-134.

¹⁸⁷⁵ Cf. Burgoa Orihuela (Ignacio), *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 347.

¹⁸⁷⁶ Beaud (Olivier), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁷⁷ Burgoa Orihuela (Ignacio), *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 349.

¹⁸⁷⁸ Voir par exemple Burgoa Orihuela (Ignacio), « La reformabilidad... », *op. cit.*, p. 532. Il y affirme : « Du point de vue de l'évolution progressive du peuple mexicain, ces trois lois fondamentales ont jeté les bases d'une amélioration sociale en matière religieuse, politique et économique, nourrie d'un esprit égalitaire et juste, authentiquement révolutionnaire ».

qu'un grand classique de la pensée *juridique* du XIX^e siècle, qui est à la science constitutionnelle ce que la 'Théorie pure du droit' de Kelsen est à la philosophie du droit »¹⁸⁷⁹. Cet ouvrage est en effet cité de très nombreuses fois par Burgoa et Carpizo, comme pour de la Cueva, et se trouve au cœur du « décisionnisme mexicain ». En revanche, force est de constater que cette réception a été sélective. Transplanter ces idées dans un contexte très différent a entraîné une « hybridation » culturelle, voire une déformation de la théorie schmittienne. Il convient, dès lors, de revenir sur la pensée de Carl Schmitt, avant de se pencher sur ce « transfert culturel ».

D'abord, Schmitt distinguait la Constitution (*Verfassung*) de la loi constitutionnelle (*Konstitution*). Dans *Théorie de la constitution*, l'auteur contre-révolutionnaire explique que la constitution ne correspond pas à l'ensemble des lois constitutionnelles (*Konstitution*), mais à la *Verfassung* concrète d'un peuple, c'est-à-dire l'organisation politique unitaire qu'un peuple se donne grâce à une *décision originaire*. C'est une *révolution* ou une *assemblée constituante* qui réalise une rupture parmi les institutions. Alors cette décision s'identifie avec l'exercice du pouvoir constituant, capable d'asseoir la légitimité d'un ordre politique¹⁸⁸⁰. Comme l'a montré M. Beaud, dans son essai de 1932 intitulé *Légalité et Légitimité*¹⁸⁸¹, Schmitt réussit à subvertir le sens de la Constitution de Weimar en lui opposant une « contre-Constitution », que le texte contiendrait et dont l'existence serait découverte par l'interprète du droit¹⁸⁸². Cette véritable « Constitution allemande » serait l'essence révélée aux juristes.

Dans le même sens, pour Carpizo, la Constitution est un *idéal* qui correspond à l'unité du peuple¹⁸⁸³. Reprenant la conception schmittienne et matérielle de la constitution plutôt que la conception kelsénienne et formelle, il déclare :

¹⁸⁷⁹ Beaud (Olivier), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁸⁰ Cf. Galli (Carlo), « Carl Schmitt et l'État », *L'État au XX^e siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, (dir.) Simone Goyard-Fabre, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2004, p. 43.

¹⁸⁸¹ Schmitt (Carl), *Légalité et Légitimité*, trad. William Gueydan de Roussel, Paris, LGDJ, 1936.

¹⁸⁸² *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie, 1997, p. 77.

¹⁸⁸³ Herrera (Carlos Miguel), « La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución », *Revista de Estudios Políticos*, n° 86, 1994, p. 222.

En tant que force et énergie, la Constitution n'est pas statique, mais dynamique, parce qu'elle est la vie, parce qu'elle est le résultat d'intérêts contradictoires qui façonnent jour après jour l'unité politique¹⁸⁸⁴.

Carpizo conçoit alors la Constitution comme une *entité vivante* issue de l'histoire, la politique et l'économie mexicaines. Elle serait alors plus qu'une norme, elle serait une « essence » qui marquerait la « continuité de l'État mexicain » perpétuée par les révolutionnaires. Par ailleurs, selon Schmitt : « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »¹⁸⁸⁵. Cette phrase très citée, qui synthétise la pensée complexe du professeur allemand, a été reprise Carpizo et Burgoa. Ce premier, par exemple, le principal théoricien du décisionnisme mexicain, soutenait :

La souveraineté est une décision fondamentale, elle est une idée intégrante de la constitution et n'est pas - selon la terminologie de Schmitt - du droit constitutionnel. La décision fondamentale est avant tout un principe sociologique, un principe qui découle de l'être même de la communauté, de son histoire, de ses coutumes et qui s'impose pour créer l'ordre juridique¹⁸⁸⁶.

Ainsi, à la lecture attentive de la Constitution, l'auteur affirmait en 1969, une année après le massacre de Tlatelolco, qu'il y aurait au Mexique sept décisions fondamentales¹⁸⁸⁷. Pourtant, dans un article publié en 2013 (soit un an après son décès), Carpizo change d'avis. Il reconnaît, peut-être pour se distinguer de ce juriste allemand si polémique, que s'il avait utilisé la terminologie de Schmitt depuis les années 1960 - et dans tous ses textes postérieurs -, il est néanmoins plus correct de parler de « principes juridico-politiques fondamentaux »¹⁸⁸⁸. Il y aurait alors sept principes au sein de la Constitution et cinq issus de « l'évolution politique et historique du Mexique »¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸⁴ Carpizo (Jorge), « Constitución y revolución », dans *Estudios constitucionales*, Mexico, Porrúa, UNAM, 8^e éd., 2012, p. 37.

¹⁸⁸⁵ *Théologie politique*, trad. Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 15.

¹⁸⁸⁶ Carpizo (Jorge), « El sistema federal », dans *Estudios constitucionales*, Mexico, Porrúa, UNAM, 8^e éd., 2012., p. 91.

¹⁸⁸⁷ Carpizo (Jorge), *La Constitución mexicana de 1917*, *op. cit.*, p. 131 et s. ; et du même « Derecho constitucional I », dans *Estudios constitucionales*, *op. cit.*, p. 298.

¹⁸⁸⁸ Carpizo (Jorge), « Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana », dans *Cien ensayos para el centenario. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos: Estudios históricos*, t. I, (dir.) F. A. Ibarra Palafox, P. Salazar Ugarte et G. Esquivel, Mexico, UNAM, 2017, p. 816. Voir également Mejía Garza (Raúl Manuel), « Jorge Carpizo », *Lecturas...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁸⁸⁹ Carpizo (Jorge), « Los principios jurídico-políticos fundamentales... », *op. cit.*, p. 820-821.

Désormais, cette théorie des principes fondamentaux aurait pour origine l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et non plus la pensée du juriste du III^e Reich.

Enfin, il paraît que ces juristes avaient des objectifs similaires, notamment restaurer un État fort dans un contexte de crise. Pour les juristes mexicains, comme pour Carl Schmitt, « la Constitution est davantage qu'une simple somme de dispositions légales - elle est littéralement l'âme de l'État, dans un sens assez proche de Hegel »¹⁸⁹⁰. En revanche, l'œuvre de Schmitt a inévitablement été dénaturée par une acculturation. Comme la théorie des « transferts culturels »¹⁸⁹¹ l'a démontré, la circulation des idées conduit inéluctablement à des hybridations. C'est pourquoi il faudrait éviter de parler « d'influence » dans ces situations, car cela supposerait qu'un auteur aurait une emprise sur un autre. Il convient donc de rappeler que la théorie de Schmitt était une *théorie allemande*, imprégnée de *culture allemande*¹⁸⁹² et il faudrait peut-être parler de « métissage » par rapport au décisionnisme de Carpizo et Burgoa. Quoiqu'il en soit, il n'est pas déraisonnable de rapprocher leur pensée de celle du « légiste » de la V^e République.

B. Le rapprochement de la pensée de René Capitant : la coutume constitutionnelle et le décisionnisme mexicain

Analysant la pratique des lois constitutionnelles de 1875, René Capitant apparaît, selon Joseph Delpech, comme « l'un des partisans les plus extrêmes de la coutume constitutionnelle »¹⁸⁹³ sous la III^e République. Certes, cette théorie de la coutume constitutionnelle et du droit constitutionnel non écrit était très hétérodoxe à l'époque en France, elle s'opposait frontalement à la doctrine positiviste, y compris à celle de son maître Carré de Malberg. En revanche, en raison de la forte réception de la pensée de Schmitt au Mexique, elle présente des grandes similitudes avec le décisionnisme mexicain.

¹⁸⁹⁰ Beaud (Olivier), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁹¹ Espagne (Michel), « La notion de transfert culturel », *Revue Sciences/Lettres*, n° 1, 2013, *Transferts culturels. Problèmes et concepts*, [en ligne] <https://doi.org/10.4000/rsl.219> (généralisé le 04/05/2022).

¹⁸⁹² Beaud (Olivier), « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁹³ Cité par Beaud (Olivier), « Découvrir un grand juriste... », *op. cit.*, p. 176.

D'abord, il convient de remarquer que, malgré le parallélisme entre Capitant et Schmitt par rapport à leur conception de la Constitution, qui se confond presque avec la nation¹⁸⁹⁴, les juristes mexicains ne semblent pas avoir lu Capitant. En effet, nous ne retrouvons pas des citations de ses écrits, contrairement aux textes de Schmitt qui sont fréquemment cités. Si leur pensée converge avec celle de Capitant, c'est très clairement par l'intermédiaire du décisionnisme allemand. Néanmoins, alors que Schmitt s'est inspiré de Hegel et Savigny pour théoriser une « vraie constitution » allemande, le réalisme de Capitant semble trouver ses sources dans le concept de « *living constitution* » de Bagehot¹⁸⁹⁵.

Cela dit, pour René Capitant, « le droit coutumier, dans le langage reçu, c'est la coutume devenue obligatoire par la force de l'usage, par le prestige de l'ancienneté, par l'autorité du précédent, *c'est le droit issu du fait par la puissance de la tradition*, c'est, en bref, le droit coutumier non écrit »¹⁸⁹⁶. Or cette définition se rapproche des décisions fondamentales, qui peuvent être issues des coutumes. Selon Carpizo : « La décision fondamentale est essentiellement un principe sociologique, un principe qui naît de l'être même de la communauté, *de son histoire, de ses coutumes* et qui s'impose pour créer l'ordre juridique »¹⁸⁹⁷. Les deux sources de droit seraient en principe issues de la *tradition*. La coutume, continue Capitant, « c'est le droit prescrivant d'agir selon l'usage, *perpétuant la tradition*. C'est le droit lorsque, par sa persistance, il est devenu comme le reflet des mœurs qu'ils a autrefois modelées »¹⁸⁹⁸. Cependant, la coutume serait en réalité une norme plus souple que les décisions fondamentales : « le meilleur signe que la coutume ne contient pas en elle cette idée de tradition et s'absorbe tout entière dans l'opposition au droit écrit, c'est qu'on affirme tout aussi généralement qu'elle est susceptible de se modifier, que même on vante sa souplesse en face de la rigidité du droit écrit »¹⁸⁹⁹. Ainsi, elle s'opposerait aux décisions fondamentales qui se trouvent dans le droit écrit, c'est-à-dire le texte constitutionnel, même si le juriste doit les dégager par à la lecture « attentive » et la « bonne » interprétation historique.

¹⁸⁹⁴ Pour Capitant, la véritable constitution est la « constitution positive », celle qui est effectivement appliquée. Pour cela il faut étudier la coutume constitutionnelle. Voir en ce sens Beaud (Olivier), *ibid.*, p. 189 et s.

¹⁸⁹⁵ Cf. *ibid.*, p. 191.

¹⁸⁹⁶ Capitant (René), « La coutume constitutionnelle », dans *Écrits d'entre-deux-guerres...*, *op. cit.*, p. 297-298. Nos italiques.

¹⁸⁹⁷ Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, p. 192. C'est nous qui soulignons.

¹⁸⁹⁸ « La coutume constitutionnelle », *op. cit.*, p. 283. Nos italiques.

¹⁸⁹⁹ *Id.*

Ce qui rapproche ces deux sources droit, c'est qu'elles sont posées par la nation. Le « dernier représentant de la grande tradition française de droit constitutionnel de la III^e République »¹⁹⁰⁰ affirmait en ce sens :

Or, qu'est-ce que la coutume, sinon les règles directement posées par la nation, non écrites, c'est-à-dire écrites dans la pensée et la conscience des individus qui composent le groupe social, connues pour cette raison sans être publiées, obéies sans être imposées ? Qu'est-ce que la coutume, sinon la conscience et la volonté nationales ? Et si la nation est souveraine, si elle est le constituant suprême, et si tous les autres pouvoirs sont nécessairement constitués par elle, n'est-ce pas la coutume, par quoi elle s'exprime, qui est à la base de tout ordre juridique ? La source de toute constitution n'est-elle pas nécessairement coutumière ?¹⁹⁰¹

Dans ses écrits sur la coutume et le droit constitutionnel non écrit, Capitant développe l'idée d'un « droit spontané, émanant directement des consciences individuelles ». En effet, à la manière des décisionnistes mexicains qui écartent la norme fondamentale hypothétique de Kelsen, Capitant théorise un ensemble de principes qui irriguent la totalité de l'ordonnement juridique et constate que « c'est sur la règle coutumière que se fonde toute la validité du droit écrit, en elle que s'achève son unité »¹⁹⁰². Les coutumes constitutionnelles seraient alors un « degré supérieur » du droit positif, ce que Maurice Hauriou appelait la « super-légalité constitutionnelle ». Cette connexion s'expliquerait alors dans la réception du doyen toulousain dans la pensée de Carl Schmitt¹⁹⁰³. Hauriou estimait en effet qu'il y a des principes qui fondent le régime et font partie de la « légitimité constitutionnelle », et qui auraient une valeur supérieure à celle du texte constitutionnel même, tels que les principes de la Déclaration de 1789¹⁹⁰⁴. De cette manière, Capitant, Schmitt et Hauriou réintroduisent dans le débat juridique la question de la légitimité. Dans sa thèse, Mme Truchot montre comment René Capitant, en théorisant la coutume constitutionnelle, réintroduit cette question politique. Dans les écrits du juriste, « la légitimité semble alors se définir par un

¹⁹⁰⁰ Beaud (Olivier), « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle. À propos d'un ouvrage récent », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, janvier 1999, p. 68, cité par Truchot (Hélène), *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁰¹ Capitant (René), « La coutume constitutionnelle », *op. cit.*, p. 292.

¹⁹⁰² Truchot (Hélène), *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁰³ Comme l'a montré M. Beaud, Schmitt a radicalisé la pensée d'Hauriou afin de conforter son propre système théorique, dans une perspective autoritaire. Cf. « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁰⁴ Voir Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, p. 269 et 276.

ensemble de principes acceptés par le peuple sur lesquels se fonde le régime »¹⁹⁰⁵. Ce qui fait écho aux décisions fondamentales prises par les constituants mexicains représentant la nation. Pour nos juristes mexicains, en effet, ces principes fondamentaux (les décisions fondamentales) dégagés par l'histoire du Mexique, irriguent aussi la totalité de l'ordonnement juridique et font partie de la « conscience collective » nationale. Seul le peuple, organisé politiquement (c'est-à-dire la nation), serait capable de modifier ces normes fondamentales. À l'instar de la « doctrine républicaine individualiste », autrement dit les principes de 1789 qui règnent coutumièrement sur le régime français selon Capitant, les décisions fondamentales s'imposeraient aux gouvernants mexicains depuis l'Indépendance mexicaine et les trois constitutions fédérales (1824, 1857 et 1917).

En revanche, à la question de savoir si une coutume constitutionnelle peut s'opposer à une décision fondamentale, Carpizo répond en révélant son conservatisme. Il estime effectivement que si une décision fondamentale s'oppose à une coutume, la décision va « renaître » plus forte qu'avant¹⁹⁰⁶. Dès lors « tant que cet ordre juridique subsiste, aucune coutume ne peut déroger à une décision fondamentale ou à un précepte constitutionnel ». Il écrit que si une décision fondamentale est quotidiennement violée, alors le peuple doit changer sa constitution¹⁹⁰⁷, mais il reconnaissait paradoxalement que la représentation nationale n'existe pas car le Parti au pouvoir contrôle les représentants¹⁹⁰⁸. À la manière de Carré de Malberg, il croyait que la théorie de la représentation nationale était une fiction qui permettait aux élites de s'appropriier le pouvoir¹⁹⁰⁹. De même, malgré l'introduction du référendum législatif en 1977, il affirme que « la volonté populaire représentée n'existe pas de nos jours »¹⁹¹⁰. Par conséquent, en théorisant l'*intangibilité* des décisions fondamentales, Carpizo décrivait et renforçait le système dominant en décadence. Celui-ci n'est pas considéré comme un choix contingent, produit de manière aléatoire, mais comme une « nécessité historique » inéluctable. Quand ces juristes mexicains « découvrent » l'essence de la Constitution de 1917, sur laquelle les élites politiques s'appuyaient pour gouverner, ils font donc comme si l'histoire du Mexique avait un sens pré-déterminé. Puisqu'il ne peut y avoir d'autres normes que les normes existantes (les décisions fondamentales qui se trouvent dans un degré « supérieur » aux

¹⁹⁰⁵ Truchot (Hélène), *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁰⁶ Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, p. 282.

¹⁹⁰⁷ *Id.*

¹⁹⁰⁸ « La réalité politique du Mexique a fait que la notion de représentation, telle qu'elle était connue dans nos constitutions et incarnée en 1917, est devenue la représentation d'un parti ». Cf. *ibid.*, p. 224.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 231.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 224.

coutumes constitutionnelles), on justifie l'ordre existant¹⁹¹¹. Tandis que Capitant essayait de montrer la souplesse du droit constitutionnel modifié par les changements brusques des pratiques politiques, la doctrine mexicaine légitimait la domination du système constitutionnel et politique par l'idée de pérennité. Ceci s'explique par la volonté de préserver l'héritage de la Révolution.

¹⁹¹¹ Voir Popper (Karl), *La société ouverte...*, t. II, *op. cit.*, p. 28.

Raymond Carré de Malberg





Mario de la Cueva



Section 2. La préservation de l'héritage de la Révolution

À partir des années 1950, on observe en France une dégradation du rôle des facultés dans la formation des élites. Environ vingt ans plus tard, au Mexique, une crise du modèle politique émerge. Cette période est marquée par d'importantes transformations pour les deux pays, telles que la construction européenne et l'avènement du néolibéralisme. Dans ce contexte turbulent, les doctrines juridiques tentent de préserver l'héritage de la Révolution française et de la Révolution mexicaine. D'un côté elles cherchent à protéger le Code civil de 1804 et d'un autre côté les décisions fondamentales. Ce moment charnière offre aux juristes l'occasion de prolonger la « nouvelle tradition » développée au milieu du siècle par Georges Ripert et Mario de la Cueva. Nous verrons comment une nouvelle génération de juristes intègre certaines de leurs idées dans leur combat juridique et politique. Par exemple, Jean Carbonnier reprend l'idée de Ripert selon laquelle la véritable constitution de la France est le Code civil, en raison de sa stabilité, ainsi que la thèse de continuité entre le droit de l'Ancien Régime et le droit révolutionnaire. Au Mexique, comme nous l'avons vu, une nouvelle génération de juristes s'inspire de la pensée de Mario de la Cueva, en particulier la théorie décisionniste qui trouve ses origines dans la pensée de Carl Schmitt. Le décisionnisme mexicain postule que la « véritable constitution », émanant de la nation mexicaine, ne peut être modifiée qu'en cas de révolution. Or, cette théorie tend à renforcer le discours officiel, c'est-à-dire l'idéologie du parti hégémonique, alors même qu'une série d'événements marque l'affaiblissement du régime et une perte de légitimité des institutions.

Approfondir cette théorie et la contextualiser nous permettra de mieux comprendre le projet conservateur de nos juristes. Nous verrons comment, face à l'épanouissement de la rhétorique révolutionnaire, ils s'efforcent de préserver l'héritage de la révolution, prolongeant ainsi la réactivation de la tradition. Il est donc nécessaire d'analyser la préservation des décisions fondamentales au Mexique (§2), après avoir étudié la préservation de la « constitution civile de la France » (§1).

§1. La préservation de la « constitution civile de la France » par Carbonnier

Dans *Droit et passion du droit* (1996), Jean Carbonnier écrit :

« On fait couramment honneur à ce Code {de 1804} d'avoir réalisé une synthèse entre le droit de l'Ancien Régime et le droit de la Révolution. C'est cette synthèse qui a réellement inauguré le droit nouveau, celui qui régira le XIX^e siècle, puis le XX^e siècle, jusqu'à ces années de la décennie 90, où l'on croit entendre les ressacs d'une mer qui s'en va¹⁹¹².

C'est cet héritage de la Révolution française, celui du Code Napoléon, que Carbonnier tente de préserver contre les transformations de l'Union européenne.

D'abord, par rapport à l'œuvre de ce juriste célèbre, comme le souligne Madame Guerlain : « Jean Carbonnier est devenu un élément du patrimoine culturel de la doctrine française et, en fait, une sorte de mythe ». Elle ajoute plus loin : « Aux yeux de beaucoup, Jean Carbonnier est devenu presque mythique, incarnant la grandeur du droit civil français sous la Cinquième République. Tous les étudiants en première année de droit connaissent le nom de ce juriste de renom, que l'on a souvent qualifié de Portalis moderne »¹⁹¹³. Toutefois, il existe un débat historiographique pour savoir si cet auteur était, au fond, conservateur ou progressiste. Or, comme le suggère son œuvre législative qui utilisait de manière inédite des sondages, en s'inspirant de la sociologie, Carbonnier a essayé de trouver un « compromis entre tradition et modernité »¹⁹¹⁴.

En ce qui concerne la vie de Carbonnier (1908-2003), il a été élève de Julien Bonnecase à Bordeaux, qui a dirigé sa thèse (*Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, 1932). Professeur de droit privé à la faculté de Poitiers de 1936 à 1956, il succède à Georges Gurvitch pour le cours de sociologie juridique à La Sorbonne¹⁹¹⁵. Connue pour avoir été l'auteur des « six grandes réformes qui, de 1964 à 1975, ont refondu le droit

¹⁹¹² *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 8.

¹⁹¹³ « Jean Carbonnier », dans *Great Christian Jurists in French History*, dir. Olivier Descamps et Rafael Domingo, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 433 et 444.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 438.

¹⁹¹⁵ Voir par exemple Montain-Domenach (Jacqueline), « L'influence de Jean Carbonnier sur l'enseignement du droit : les nécessités de la rupture », dans *Jean Carbonnier: L'homme et l'œuvre*, dir. Raymond Verdier, Presses Universitaires de Paris Nanterre, Paris, 2014, n° 10.

civil français de la famille »¹⁹¹⁶, il est aussi réputé pour avoir introduit, dans la lignée de Gurvitch et Lucien Lévy-Bruhl, la sociologie juridique dans les facultés de droit. Ce qui coïncide avec un « déclin du rôle traditionnel des facultés de droit dans la formation des élites » et une « reconfiguration de la place des différents savoirs »¹⁹¹⁷. Par ses travaux innovants, il a été qualifié de « passeur »¹⁹¹⁸ entre le droit et les sciences sociales. Ce juriste paradoxal, réformiste et conservateur, « est l'artisan principal de l'évolution du droit dans les années troublées ». Il faut rappeler que « les débuts de la V^e République sont une période de profond discrédit du magistère juridique dans les espaces politico-administratifs »¹⁹¹⁹. En contextualisant la pensée de Carbonnier, nous comprenons mieux qu'il accuse les élites politiques de la V^e République, les « premiers enfants de l'École Nationale de l'Administration », de ne sentir « ni les contraintes de l'histoire longue en amont ni les obstacles de l'ineffectivité en aval »¹⁹²⁰, c'est-à-dire ni l'héritage de la Révolution de 1789 (le Code civil) ni l'euphémisation du droit.

Pour revenir sur la « nouvelle tradition » française, d'un côté Carbonnier s'est attaché à défendre la codification française (A) et d'un autre, il a désapprouvé très visiblement l'intégration européenne (B).

A. La défense de la codification

La défense de la codification napoléonienne et du Code civil de 1804 en particulier, s'insère en réalité dans un mouvement plus large qui tendait à identifier la culture juridique à la tradition française. En effet, les phénomènes d'internationalisation du droit ont suscité des débats entre les juristes français et une utilisation constante de l'histoire. Les textes « fondateurs » comme le Code civil et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ont alors été mobilisés. Cette dernière a été « souvent sollicitée pour sa proclamation de la souveraineté nationale et du primat de la loi, « expression de la volonté générale »¹⁹²¹. On observe donc un retour relatif au paradigme

¹⁹¹⁶ Cornu (Gérard), « Jean Carbonnier, restaurateur du Code civil », dans *ibid.*, n° 7.

¹⁹¹⁷ Guerlain (Laëtitia), « 67. Observations sous *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1969) de Jean Carbonnier », dans *Les grands discours de la culture juridique*, dir. Julie Benetti, Pierre Egéa, Xavier Magnon et Wanda Mastor, Paris, Dalloz, 2017, p. 834.

¹⁹¹⁸ Commaille (Jacques), « Jean Carbonnier, le passeur », dans *Jean Carbonnier, op. cit.*, n° 3.

¹⁹¹⁹ Guerlain (Laëtitia), « 67. Observations... », *op. cit.*, p. 834.

¹⁹²⁰ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹²¹ Cf. Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 406-408.

légaliste ou plutôt une synthèse, dans la mesure où Duguit et Hauriou (paradigme social) professaient déjà la juridicité de la Déclaration sous la III^e République¹⁹²².

C'est dans ce contexte doctrinal que s'intègre la défense de la codification de Carbonnier. Pour celui-ci, le code de 1804 était avant tout une œuvre de compromis ou une grande synthèse (1) mais aussi la revanche de la méthode empirique préconisée par Montesquieu, contre la méthode déductive des révolutionnaires (2).

1. Une œuvre de compromis ou la grande synthèse

Dans la série célèbre des *Lieux de mémoire* dirigée par Pierre Nora, Jean Carbonnier estime que le Code civil est une œuvre de compromis. Plus précisément, il s'agit d'une « loi de compromis entre l'Ancien Régime et la Révolution »¹⁹²³. Autrement dit, c'est une synthèse entre le droit de l'Ancien Régime et le droit intermédiaire, ou le droit de la Révolution, ce qui correspond à la thèse d'une continuité entre le Code de 1804 et la doctrine de l'Ancien Régime, déjà évoquée par Ripert¹⁹²⁴. De cette manière, Carbonnier contribue à faire du Code civil un « lieu de mémoire » car c'est une « création d'une symbolique inoubliable », « c'est par lui seul qu'est assurée la présence du droit dans la mémoire collective »¹⁹²⁵. Il explique en outre que celui-ci est avant tout un « symbole d'unité »¹⁹²⁶. Or cette symbolique se caractérise par une dimension temporelle : c'est un « symbole du temps arrêté », un « symbole non de mouvement, mais d'immobilité »¹⁹²⁷. Dans la

¹⁹²² Voir par exemple Morabito (Marcel), *Histoire constitutionnelle de la France...*, *op. cit.*, p. 56 et 341.

¹⁹²³ Carbonnier (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 80.

¹⁹²⁴ Voir *supra* A. La réaction anti-légaliste et anti-sociale de Ripert. Voir également l'article de M. Pierre Mazeaud selon lequel le Code civil trouve ses origines dans l'édit de Saint Germain en Laye de 1679 et l'œuvre de Pothier. Cf. « Le Code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, 2004/3, n° 110, p. 154.

¹⁹²⁵ Carbonnier (Jean), « Le Code civil », dans *Les lieux de mémoire, tome II. La Nation*, (dir.) Pierre Nora, Paris, Gallimard, 1986, p. 295. Dans un article publié en 2004, notre auteur revient sur cette idée pour préciser que le Code civil est un *symbole de pérennité* : « Gardons-nous de parler de perpétuité : rien n'est perpétuel dans l'univers du droit. Ce que nous voulons dire, c'est qu'au sein de cet océan agité qu'est le système juridique, le Code civil a un rôle qui n'appartient qu'à lui : *il est symbole non de mouvement, mais d'immobilité ; il réalise un arrêt du temps, une stase magique*. {...} Le Code civil a acquis ce statut sans pareil de livre canonique, de livre intemporel, *liber perennis*, qui n'a jamais fini de dire ce qu'il a à dire ». Cf. Carbonnier (Jean), « Le Code civil des français dans la mémoire collective », dans *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, dir. Yves Lequette et Laurent Leveneur, Paris, Dalloz, 2004, p. 1051. Nos italiques.

¹⁹²⁶ Paradoxalement, il écrit dans un autre article que le Code civil est un symbole car, « à la différence de tant d'autres codifications postérieures qui sont entrées banalement dans les sociétés qu'elles étaient appelées à régir, le Code Napoléon a été, sur le moment, détesté autant qu'admiré ». Cf. Carbonnier (Jean), « Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1981-3, n° 6-11, p. 327.

¹⁹²⁷ Carbonnier (Jean), « Le Code civil », *op. cit.*, p. 305 et 308.

lignée des juristes conservateurs que nous avons étudiés, tels que Ripert, Lanz Duret et Mario de la Cueva, pour Carbonnier la légitimité du droit trouve ses origines dans son caractère *statique*, elle provient de sa stabilité, mais cela fait du Code civil un produit *a-temporel*. Il écrit :

En moins de deux siècles, le pays a vu avec flegme déferler plus de dix constitutions politiques {...}. Sa véritable constitution, c'est le Code civil - véritable non pas au sens formel, mais au sens matériel¹⁹²⁸.

Dans le même sens, pour qualifier le Code de 1804, il reprend l'expression de Ripert de « constitution civile » de la France, ou du moins l'idée de « véritable constitution », utilisée pour la première fois par Demolombe¹⁹²⁹. Ceci fait écho à la pensée conservatrice de Carl Schmitt, selon lequel il existait sous la République de Weimar une « véritable constitution » issue de la nation allemande. Comme nous l'avons vu, cette thèse a irrigué le décisionnisme mexicain et trouve des similitudes avec les travaux de René Capitant. De manière analogue, Carbonnier continue :

Nul ne prétend que, dans la hiérarchie actuelle des normes écrites, le Code civil ait formellement nature constitutionnelle . {...} Mais, *matériellement*, sociologiquement, si l'on préfère, il {le Code civil} a bien le sens d'une constitution, car en lui sont récapitulées les *idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution* et continue de se constituer de nos jours encore¹⁹³⁰.

De manière semblable aux légistes de la Révolution mexicaine, il affirme que certains de ses articles exprimeraient un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹⁹³¹, c'est-à-dire des principes de valeur constitutionnelle dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. À la lecture attentive du Code civil, alors, le juriste serait en mesure de découvrir des « principes fondamentaux » que le législateur ne pourrait pas modifier¹⁹³². Or ceci peut nous rappeler les « décisions fondamentales » par lesquelles le constituant mexicain, c'est-à-dire la Nation mexicaine, s'est constituée au sortir de chaque « grande » révolution.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, p. 308-309.

¹⁹²⁹ Cf. Mazeaud (Pierre), « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 155.

¹⁹³⁰ Carbonnier (Jean), « Le Code civil », *op. cit.*, p. 309. Nos italiques.

¹⁹³¹ *Id.*

¹⁹³² C'est aussi intéressant de remarquer qu'en reprenant les travaux de Carbonnier, le Code civil a pu être qualifié de « coutume générale de la France » que le temps a consacré. Cf. Cornu (Gérard), « Jean Carbonnier, restaurateur du Code civil », dans *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, dir. Maryvonne Hecquard-Théron, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2005, n° 28.

En faisant du Code civil un « lieu de mémoire » et en soulignant l'œuvre de compromis, dans un contexte d'intégration européenne, Carbonnier défend l'héritage de la Révolution française. Surtout, il participe de la cristallisation de la nouvelle tradition. Son objectif est donc de revaloriser l'impact symbolique du Code civil comme « constitution civile de la France »¹⁹³³. Contre l'avènement du droit européen, Carbonnier oppose ce monument du nationalisme français.

En substantialisant le Code civil, en revanche, Carbonnier tend à négliger les modifications qu'il a subies depuis 1804. Comme l'écrit M. Pierre Mazeaud, lors du bicentenaire du Code Napoléon : « Non seulement une bonne moitié de ses dispositions a été modifiée et quelques centaines d'articles lui ont été ajoutés, mais surtout les lois spéciales et les codes sectoriels se sont à ce point développés que la valeur de référence du Code civil a paru remise en cause »¹⁹³⁴. Pourtant, en réactivant la nouvelle tradition, Carbonnier a tenté de préserver le Code civil en tant qu'« élément clé de la conscience collective française »¹⁹³⁵.

Par ailleurs, malgré la synthèse effectuée par les rédacteurs du Code civil, Carbonnier affiche une claire préférence pour la méthode empirique, par opposition à la méthode déductive des révolutionnaires. C'est ce qu'il appelle « la revanche de Montesquieu ».

2. *La revanche de Montesquieu*

Dans plusieurs articles des années 1970, Carbonnier montre nettement sa prédilection pour la méthode empirique. Il préfère en effet cette méthode fondée sur l'expérience et utilisée par Montesquieu, reprise par les codificateurs, par rapport à la méthode déductive. Même si le Code a été considéré comme « l'expression des idées philosophiques de la Révolution, une froide déduction de la Déclaration des droits de l'homme, un monument d'individualisme »¹⁹³⁶, il a été une œuvre de synthèse et de compromis, comme nous l'avons vu. Ces deux méthodes étaient connues par les rédacteurs du Code Napoléon. Pourtant, Carbonnier estime que la méthode empirique a dominé :

¹⁹³³ Voir dans le même sens Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 408.

¹⁹³⁴ Mazeaud (Pierre), « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 153.

¹⁹³⁵ Cf. *ibid.*, p. 159.

¹⁹³⁶ Carbonnier (Jean), « Le Code civil », *op. cit.*, p. 297.

La fin du XVIII^e siècle fut agitée, en philosophie, par le conflit de deux conceptions de la législation : l'une déductive, rationaliste, celle dont se réclamait l'idéologie révolutionnaire ; l'autre, à l'école de Montesquieu, historique, empirique, celle que Portalis devait faire triompher dans le Code Napoléon¹⁹³⁷.

D'abord, il écrit que le XVIII^e siècle, le siècle des Lumières, « fut une époque d'effervescence législative »¹⁹³⁸. C'est avec Rousseau « que la passion législative atteint au sublime. Ne serait-ce que parce qu'il a su la rationaliser en construisant une théorie du « législateur »¹⁹³⁹. Or le rationalisme des Lumières, associé à l'individualisme, a provoqué une réponse en Allemagne dans les années 1810. En effet, « le Romantisme européen a surgi comme une réaction contre les Lumières {...}. Contre la rationalité cosmopolite de l'*Aufklärung*, partout c'était l'appel à la nation, à l'histoire, aux forces irrationnelles. En termes de sources du droit, cela conduisait à une glorification de la coutume, du droit sorti spontanément des profondeurs populaires, du même coup à un abaissement de la législation ». C'est dans ce mouvement anti-codificateur que Savigny s'insérait. Dans la même veine, « le Code civil, justement, avait clos en France le temps des passions législatives ». {...} La codification avait été le choix d'une méthode législative, et ce choix impliquait l'exclusion des législateurs par passion »¹⁹⁴⁰. C'est dire que les codificateurs avaient opté pour la méthode empirique, historique, qui favorisait la stabilité de la norme, tout en écartant la méthode rationaliste des Lumières qui générait l'« inflation législative ». Ce qui s'explique, selon Carbonnier, parce que Portalis, « parmi les rédacteurs, la tête pensante »¹⁹⁴¹, avait été introduit au romantisme allemand lorsqu'il s'est expatrié lors de la Révolution française : « Rentrant de l'exil où Fructidor l'avait jeté, il nourrissait une solide défiance envers cet esprit philosophique qui {...} remplace par de vaines spéculations les leçons de l'expérience »¹⁹⁴². C'est pourquoi « Portalis, c'est un peu la revanche de Montesquieu ». Dans son *Discours préliminaire* du Code civil, il déclarait que « les codes des peuples se font avec le temps, mais, à proprement parler, on ne les fait pas ». Ce juriste anti-rationaliste et conservateur, avait rapporté de son séjour de l'historicisme et du romantisme allemand. Selon Carbonnier, « sous sa

¹⁹³⁷ Carbonnier (Jean), *Essais sur les lois*, Paris, Défrenois, 1979, p. 232.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, p. 205.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 210-211.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 218-219.

¹⁹⁴¹ Carbonnier (Jean), *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁴² Carbonnier (Jean), *Essais sur les lois, op. cit.*, p. 222.

plume, se présentent les réminiscences de *L'Esprit des Lois* : que les codes se font avec le temps, qu'à proprement parler l'homme ne les fait pas ; que l'histoire est la physique expérimentale de la législation », alors que les révolutionnaires avaient « divorcé d'avec *L'Esprit des Lois* ». Sur la méthode législative, la démarche empirique s'est donc opposée à la démarche déductive au tournant du XIX^e siècle ; « à la législation selon les mœurs, la législation selon la Raison »¹⁹⁴³.

Face à ce débat, les Idéologues, dont Sieyès faisait partie, ont attaqué le fondement théorique de *L'Esprit des Lois* (1748) de Montesquieu, un « ouvrage fondateur »¹⁹⁴⁴ de la sociologie juridique. Il écrit : « la négation du déterminisme juridique les conduira au rejet de l'empirisme législatif. Puisque le droit est œuvre de volonté, non le produit des climats, le législateur est en possession d'imposer aux hommes son idéal de justice »¹⁹⁴⁵. C'est le légicentrisme que les révolutionnaires ont retenu, le volontarisme ou l'idée de la toute-puissance du Législateur qui conduit à l'inflation législative. Toutefois, quand Napoléon est revenu de Russie, selon notre auteur, il rendit les Idéologues responsables de tout, « comme s'il avait eu enfin la révélation que la passion de la patrie ne passe pas d'abord par la passion des lois »¹⁹⁴⁶.

Tout au long des ces écrits, il est possible de discerner la préférence de Carbonnier pour la méthode empirique de Montesquieu, censée favoriser la *stabilité* du droit et, par conséquent, conserver le *statu quo*. La méthode rationaliste des révolutionnaires est donc écartée car elle serait artificielle et potentiellement source d'instabilité. Or nous verrons comment, dans une optique conservatrice, Carbonnier rejetait le « droit venu de nulle part ». Pour l'instant, l'important est de comprendre sa conception de la codification, afin de rendre plus intelligible la nouvelle tradition qu'il incarnait. C'est ce conservatisme qui explique son rejet acerbe de la construction européenne et sa défense du Code civil. Il reste alors à se pencher sur sa critique féroce de l'intégration européenne, ce qui nous permettra de mieux comprendre sa volonté de préserver la « culture française ».

¹⁹⁴³ *Ibid.*, p. 227-229.

¹⁹⁴⁴ Carbonnier (Jean), *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 68.

¹⁹⁴⁵ Carbonnier (Jean), *Essais sur les lois, op. cit.*, p. 228.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 223.

B. La critique de l'intégration européenne

« Je ne suis pas très enthousiaste pour la formation d'un droit européen qui serait supranational en quelque manière »¹⁹⁴⁷, déclarait Carbonnier dans un entretien avec André-Jean Arnaud et Simona Andrini en 1995. Une année plus tard, dans *Droit et passion du droit sous la Ve République*, il se montre encore moins enthousiaste pour cette « république de nulle part »¹⁹⁴⁸, c'est-à-dire l'Union européenne en construction. Si le célèbre civiliste était inquiet par l'internationalisation des sources du droit et en particulier par l'eupéanisation du droit, c'est parce qu'il considérait ce droit européen comme un droit sans tradition (1) et parce qu'il accentuait l'inflation normative (2).

1. Un droit sans tradition

Au fond, si Carbonnier critiquait le droit issu de la construction européenne, c'est par nationalisme et conservatisme. D'abord, dans l'article « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du Législateur étranger » (1974), il écrivait de façon nationaliste : « Rien de plus naturel que l'ethnocentrisme : nécessaire à la cohésion des groupes, il est impliqué dans leur vouloir-vivre »¹⁹⁴⁹. Ensuite, dans *Droit et passion du droit*, vers la fin du xx^e siècle, il se montrait encore plus sévère contre le droit européen : « A la vérité, les droits venus d'ailleurs sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire ni territoire : ils ont surgi d'abstractions »¹⁹⁵⁰. Il qualifiait même le droit communautaire d'« intrus par excellence » et il considérait que l'Acte unique (1986) avait été « voté à l'aveugle par notre Parlement ». Par rapport au traité fondateur de l'Union européenne, c'est-à-dire le traité de Maastricht de 1992, ratifié en France par référendum la même année, il écrivait : « Un référendum acquis à une majorité aussi courte, sur un texte aussi obscur, suffisait-il à légitimer ce qui était, sans le dire, la renonciation à tout un système ancestral de droit ? » Il continuait son plaidoyer conservateur pour l'ethnocentrisme juridique en demandant :

¹⁹⁴⁷ Andrini (Simona) et Arnaud (André-Jean), Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline, Paris, LGDJ, 1995, cité par Poumarède (Jacques), « L'histoire dans l'œuvre et la méthode sociologique du doyen Carbonnier », *L'Année sociologique*, 2007/2, vol. 57, p. 323.

¹⁹⁴⁸ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹⁴⁹ Carbonnier (Jean), *Essais sur les lois*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁹⁵⁰ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 48.

« Birmingham, c'était après Maastricht, le 12 octobre 1992, une déclaration par laquelle les Douze d'alors se sont solennellement engagés, au nom de l'Europe, à respecter l'histoire, la culture, les traditions de chaque nation. Mais s'en souviennent-ils ? »¹⁹⁵¹ Ainsi, tout au long de ses analyses des institutions européennes, l'éminent civiliste faisait preuve de méfiance en les associant à la « technocratie ». Il soulignait par exemple : « D'où la réputation de Bruxelles comme bureaucratie (*eurocratie*), et de son style, d'une minutie qui veut tout prévoir et se méfier de l'usager ». Quant à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), il déclarait : « cosmopolite de composition, {elle} peut avoir sur un vocabulaire commun des lectures qui parfois nous bousculent, libérales, libertaires en fait de mœurs, où l'on croit deviner que l'a emporté l'influence des pays du Nord ». Le droit de la CEDH se serait formé « jurisprudentiellement, empiriquement, au hasard des espèces, ce qui n'est pas sans évoquer la formation de la *Common Law* en Angleterre. La rançon est qu'il ne brille ni par la clarté ni par la cohérence ; et son injection, même à faible dose, dans le système français y apporte un trouble supplémentaire dont celui-ci se serait bien passé »¹⁹⁵².

Pour cet auteur nationaliste, qui écrivait dans la lignée du réactionnaire Ripert que « le *statu quo* est dans la nature du droit. Rien n'est plus naturel aux bornes que de ne pas bouger »¹⁹⁵³, l'internationalisation des sources du droit et notamment la primauté reconnue aux normes européennes, ne pouvaient constituer qu'un « tremblement de terre », aux côtés de la Grande Guerre et de la Seconde Guerre mondiale. L'Europe, en effet, « est un drame, bien qu'il ne soit pas sanglant. C'est aussi une explosion, de gravité variable : la notion exploserait pour se fondre dans un État fédéral ; ou, plus modérément, la souveraineté législative explose pour se partager avec d'autres. Le droit communautaire, par sa seule existence, atteste l'explosion du droit national »¹⁹⁵⁴. Comme le soulignent M. Audren et M. Halpérin : « L'auteur de *Flexible Droit* se montre ici le défenseur rigide d'une tradition française qui identifie la culture juridique nationale au culte de la loi et à des interprétations cartésiennes, dans un refus teinté d'hostilité aux méthodes du *common law* d'une jurisprudence libre et créatrice »¹⁹⁵⁵.

Le droit européen était considéré par Carbonnier, par conséquent, comme un droit sans tradition. Or, nous avons vu comment il préférerait le droit issu de l'histoire et des coutumes, le droit

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 49 et 52.

¹⁹⁵² *Ibid.*, p. 50 et 55.

¹⁹⁵³ Terré (Dominique), « Jean Carbonnier, conservateur ou moderniste ? », dans *Jean Carbonnier...*, *op. cit.*, p. 425.

¹⁹⁵⁴ Carbonnier (Jean), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2014, p. 229.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 387.

dégagé par la méthode empirique. Tout en défendant le Code Napoléon, censé incarner « l'esprit français », et en critiquant l'eupéanisation du droit, Carbonnier a réactivé la nouvelle tradition française. En revanche, ce qu'il reprochait le plus à l'Union européenne c'était le fait qu'elle aggravait l'inflation du droit, associée au « panjurisme ».

2. L'accentuation de l'inflation normative : le « panjurisme »

Dans *Le déclin du droit*, Ripert dénonçait déjà cette « prolifération » des lois sous la IV^e République, ce qu'il signalait déjà sous la III^e République : « Jamais il n'y eut tant de lois et jamais l'homme n'eut autant l'impression de l'incertitude du droit »¹⁹⁵⁶. Pour Carbonnier, cette inflation normative s'est aggravée sous la V^e République, qui s'est fusionnée avec le droit. « Il n'est pas insolite que la V^e République ait fait du droit : l'insolite est qu'elle se soit faite elle-même droit, qu'elle ait poussé la passion du droit jusqu'à s'identifier à lui »¹⁹⁵⁷. À tel point que l'inflation, « la passion du droit {...} aura été la marque de la V^e République ». Ces élites auraient été « les agents inconscients d'un juridisme passionnel, d'un pan-juridisme, sous lequel le droit a été en péril de se noyer »¹⁹⁵⁸.

La sociologie juridique est une réponse, selon le civiliste, à ce phénomène d'omniprésence juridique :

C'est contre une tentation assez répandue parmi les juristes, et d'ailleurs pour eux bien naturelle, que la sociologie juridique a le devoir de réagir : ce que l'on pourrait nommer la tentation du panjurisme, qui nous porte à supposer du droit partout, sous chaque relation sociale ou inter-individuelle¹⁹⁵⁹.

C'est contre ce postulat de panjurisme, qui consiste à penser « que le droit a vocation à être partout », que Carbonnier nous donne une solution. Il propose « l'hypothèse salubre du non-droit », c'est-à-dire « l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu

¹⁹⁵⁶ Ripert (Georges), *La règle morale...*, *op. cit.*, p. VII.

¹⁹⁵⁷ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 11 et 20.

¹⁹⁵⁹ Pour Carbonnier, si le droit est plus grand que les sources formelles du droit (premier théorème de la sociologie juridique), le droit est moins large que la société (second théorème). Cf. Carbonnier (Jean), *Flexible droit...*, *op. cit.*, p. 21-23.

vocation théorique à être présent ». Ce qui ne signifie pas « l'anti-droit, le droit injuste »¹⁹⁶⁰, ni l'absence de législation, mais la coexistence du droit avec d'autres systèmes normes (religion, morale, politesse, etc.) Idéalement, le droit devrait se ménager lui-même des espaces de respiration. En effet, un des traits qui caractériseraient le type idéal de système juridique c'est : « une limitation du nombre des normes, limitation mesurée aux besoins réels de droit dans la société, une sobriété qui bride la passion du droit »¹⁹⁶¹. Notre auteur reprend parallèlement l'idée de pluralisme juridique de Gurvitch¹⁹⁶², l'idée qu'il existe un droit de la société par opposition au droit étatique¹⁹⁶³. Contrairement aux juristes « dogmatiques » qui confondent le droit avec l'État (monisme juridique), pour Carbonnier, la sociologie juridique « tend à montrer qu'il n'existe pas un pluralisme juridique, mais bien plutôt des phénomènes de pluralisme juridique, phénomènes multiples, ressortissant à des catégories diverses, et qu'il convient de distinguer, quoiqu'une conséquence commune en découle : que le droit étatique devra subir la concurrence d'ordres juridiques indépendants de lui »¹⁹⁶⁴.

L'avènement de l'Union européenne ne pouvait pas améliorer ce panorama d'inflation juridique. Carbonnier reprochait alors aux traités fondateurs leur « potentiel d'explosion juridique », dans la mesure où ils avaient créé une personne morale qui est elle-même créatrice de normes¹⁹⁶⁵. Il était très net :

La production du droit communautaire a été nettement inflationniste. La Commission a cédé à cette tentation de légiférer sans fin au lieu d'agir, qui est une faiblesse des pouvoirs modernes. Elle n'a pas vu qu'à présenter l'Europe comme un échafaudage de textes, elle la rendait plus irréaliste que nature. Visiblement, une passion du droit, affolée par les aiguillons de *lobbies* bourdonnants, s'est emparée de Bruxelles.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 24-26.

¹⁹⁶¹ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 106. En ce qui concerne sa théorie du non-droit, notre auteur aurait été influencé par sa religion protestante qui concevait le droit de manière pessimiste. Voir Guerlain (Laëtitia), « Jean Carbonnier », *op. cit.*, p. 441.

¹⁹⁶² Notion développée dans l'ouvrage *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste*, Paris, A. Pedone, 1935. Voir également voir notamment Navarro-Ugé (Garance), *L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source de droit*, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2021.

¹⁹⁶³ Voir Commaille (Jacques), « Jean Carbonnier, le passeur », *op. cit.*, p. n° 9. Pour Carbonnier, le droit est plus large que ses sources formelles. C'est le premier théorème fondamental de la sociologie juridique. Cf. *Flexible droit...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁶⁴ Carbonnier (Jean), *ibid.*, p. 19.

¹⁹⁶⁵ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 49 et 35.

En outre, la « dérive du droit communautaire s'est accomplie par l'extension progressive du domaine européenisé ». Commençant par le noyau primitif qui était économique, la Commission est intervenue en matière sociale et environnementale. Au point qu'il serait légitime de se demander « s'il n'existerait pas des terrains qui, par nature, seraient interdits au droit communautaire. On songerait volontiers à la famille, sanctuaire de traditions nationales »¹⁹⁶⁶, c'est-à-dire un des domaines principaux de ce monument national qu'est le Code civil.

L'auteur de *Flexible droit* est donc préoccupé par la « dérive du droit communautaire », c'est-à-dire la « passion du droit » dans laquelle le droit européen est tombé. Le problème réside dans le fait que l'inflation législative entraîne l'ignorance des lois, leur mauvaise application, la dévalorisation législative et, en fin de compte, une désobéissance généralisée¹⁹⁶⁷. Au fond, la pensée de Carbonnier révèle une « angoisse d'une disparition de la culture française »¹⁹⁶⁸ dans la pensée des juristes. Dans les années 2000, Carbonnier a inspiré des juristes tels que Jean et Royer qui critiquaient l'évolution d'un droit civil « à la carte » favorisé par le juge européen, malgré les avertissements du « prophète » Carbonnier¹⁹⁶⁹. Or cette tendance de la doctrine française a voulu préserver le modèle issu de la Révolution s'est reflétée également au Mexique via la théorie des décisions fondamentales.

§2. La préservation des décisions fondamentales au Mexique par Burgoa et Carpizo

Lorsque le gouvernement mexicain attribue à son parti le titre de « Parti révolutionnaire institutionnel », tout le monde s'accorde pour démontrer ainsi que le mot ne signifie plus rien¹⁹⁷⁰.

C'est ce qu'écrit Jacques Ellul dans son célèbre ouvrage *Autopsie de la révolution* pour illustrer la « banalisation de la révolution », le fait que la révolution soit devenue « le discours le plus domestique et le plus banal de notre société »¹⁹⁷¹. Selon cet auteur, ce phénomène de

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 51-52.

¹⁹⁶⁷ Cf. Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit...*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁹⁶⁸ Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 387.

¹⁹⁶⁹ Voir Jean (Jean-Paul) et Royer (Jean-Pierre), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 139 et 141.

¹⁹⁷⁰ Ellul (Jacques), *Autopsie de la révolution*, Paris, La Table Ronde, 2008, p. 245.

¹⁹⁷¹ *Idem*, p. 204.

banalisation se manifeste de deux manières. D'abord, l'État est lui-même devenu révolution ; ensuite le fait que les mythes révolutionnaires sont tombés dans un verbalisme plat.

Au Mexique, comme nous l'avons vu, la Révolution de 1910 devient un mythe fondateur pour les gouvernements issus de cette rupture. Pour se légitimer, les gouvernants utilisent en effet une rhétorique « révolutionnaire » pendant plusieurs décennies. À tel point que le gouvernement du président Lazaro Cárdenas décide de nommer le parti officiel « Parti de la Révolution Mexicaine » (PRM) en 1938, qui devient le « Parti Révolutionnaire Institutionnel » (PRI) après la Seconde Guerre mondiale. Or, si ce parti hégémonique reste au pouvoir jusqu'en 2000, c'est à partir des années 1980 qu'un profond décalage s'observe entre le discours officiel et la réalité mexicaine.

En réalité, à partir de la fin des années 1960 le régime connaît une crise de légitimité associée à la crise économique de 1976 et surtout celle de 1982, mais aussi au traumatisme collectif du massacre des étudiants à Tlatelolco en 1968. La crise économique de 1982, connue comme la « décennie perdue », déclenche une période de dette et de dépression. Dans ces conditions, au fur et à mesure que les critiques à l'égard du régime augmentaient, le fossé entre le mythe « révolutionnaire » et la réalité se creusaient¹⁹⁷². La nouvelle tradition révolutionnaire se voyait alors ébranlée. Or ceci coïncide avec l'arrivée au pouvoir d'une nouvelle génération technocrate, conservatrice, réunie autour du Président de la République (1988-1994) Carlos Salinas de Gortari. Ce qui est intéressant pour ce propos, c'est que ces nouveaux hommes politiques mobilisent un nouveau discours « néolibéral », tout en abandonnant l'ancienne rhétorique révolutionnaire. C'est l'opposition (le Parti de la Révolution Démocratique ou PRD) ainsi que la célèbre insurrection de 1994 (l'Armée Zapatiste de Libération Nationale) qui ont progressivement récupéré le discours de la Révolution¹⁹⁷³. À ces changements politiques, il convient d'évoquer la réforme politique des années 1970, qui reconnaît la pluralité politique du pays et permet l'introduction de l'opposition sur l'échiquier politique. C'est donc vers les années 1980 que le modèle de la nouvelle tradition révolutionnaire, fusion des paradigmes légaliste et social, commence disparaître. Malgré la réactivation de ce paradigme par les juristes, celui-ci est désormais concurrencé par l'introduction du néolibéralisme et une certaine ouverture démocratique. Ce processus est cristallisé par deux événements. D'abord, la réforme agraire, qui était considérée comme un des piliers de la Révolution, est bouleversée par la modification de l'article 27 en 1992. Cette réforme, qui a permis

¹⁹⁷² Knight (Alan), *La revolución cósmica...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹⁷³ *Ibid.*, p. 45-46.

une plus grande souplesse d'un point de vue juridique dans la propriété agraire, est en effet un changement paradigmatique. Ensuite, la signature de l'ALENA en 1994 est un autre changement significatif qui annonce la fin de la tradition révolutionnaire.

Les juristes ont été confrontés à ces transformations profondes. À titre d'illustration, entre 1968 et 1982, la Constitution de 1917 a été modifiée à 75 reprises, dont une grande partie des réformes visait à rétablir la légitimité contestée du régime¹⁹⁷⁴. Face à cette situation, des juristes ont réagi pour tenter de perpétuer la tradition révolutionnaire, qui commençait à vieillir inévitablement. De manière analogue aux juristes français qui souhaitaient préserver la « culture » française face au contexte d'eupéanisation, les juristes mexicains ont souhaité prendre l'initiative. Ils ont manifesté leur volonté de préserver « l'essence » de la Constitution, en rendant immuables les célèbres décisions fondamentales. En tout cas, ils ont essayé d'assimiler ces décisions à des clauses constitutionnelles d'intangibilité.

Nous verrons donc comment la théorie des décisions fondamentales a conféré une immuabilité théorique à cette essence constitutionnelle (A). D'autre part, les critiques des juristes à l'égard du régime, de manière un peu paradoxale, se sont parallèlement intensifiées (B).

A. Les décisions fondamentales conférant une immuabilité à l'essence de la Constitution

Selon Ignacio Burgoa, « le pouvoir constituant du peuple ne peut être actualisé que par la révolution »¹⁹⁷⁵. Dans la même veine, Jorge Carpizo soutenait que les décisions fondamentales (ayant consacré la souveraineté, les droits de l'homme, la séparation des pouvoirs, le système représentatif, le régime fédéral, le recours d'*amparo* et la suprématie de l'État sur les Églises) ne pouvaient pas être modifiées sans altérer l'essence de l'État¹⁹⁷⁶. Par conséquent, modifier une de ces décisions revenait à déclencher une révolution. Il écrit en effet :

Les décisions fondamentales sont les principes directeurs de l'ensemble du système juridique, elles marquent son existence, elles sont son essence même, et si l'une d'entre elles manque ou est supprimée, ce droit s'effondre pour en devenir un autre¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁴ González (María del Refugio) et Caballero Juárez (José Antonio), « El proceso de formación... », *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁷⁵ *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁷⁶ Carpizo McGregor (Jorge), « El sistema federal », *op. cit.*, p. 91.

¹⁹⁷⁷ *Id.*

Tout en évitant la difficulté des clauses d'intangibilité, dans la mesure où la Constitution de 1917 ne les prévoit pas, nos juristes théorisent un dilemme. En présentant un choix difficile entre le *statu quo* et la révolution, la théorie des décisions fondamentales conduit à l'immobilisme juridique, politique et social. Le but est donc de maintenir ce *statu quo*. Nos juristes affirment que seulement « le peuple » peut modifier la constitution, le pouvoir constituant dérivé ne pouvant pas changer ces principes fondamentaux. En dépit de l'article 135 de la Constitution qui prévoit que celle-ci peut être « ajoutée ou modifiée », Burgoa rejette l'interprétation « grammaticale » qui permettrait sa réforme « totale », comme ce fut le cas lors de l'assemblée constituante de 1916-1917. En effet, « réformer signifie logiquement altérer une chose dans ses accidents *sans en changer l'essence ou la substance*. La réforme se distingue donc nettement de la *transformation*, qui opère la mutation essentielle ou substantielle d'une chose ». Ensuite, en vertu de l'article 39 de la Constitution qui dit que « le peuple a toujours le droit inaliénable de modifier ou d'altérer la forme de son gouvernement », Burgoa répète que « le seul souverain, ou le seul capable d'altérer ou de modifier la forme de gouvernement (ce qui serait le cas dans une altération ou une transformation totale) *est le peuple* ». En outre, en citant le *Manuel de droit constitutionnel* de Léon Duguit, il affirme que « sur le pouvoir réformateur et législatif des autorités publiques, il existe certaines idées, certains principes et certaines traditions juridiques et sociales qui ne peuvent être violés par les autorités »¹⁹⁷⁸. Autrement dit, les décisions fondamentales seraient supérieures aux pouvoirs publics, y compris le pouvoir constituant dérivé. Elles ne peuvent pas être modifiées par le pouvoir constituant dérivé, mais seulement par le pouvoir constituant originaire, représentant le peuple à la suite d'une révolution.

Par ailleurs, dans la théorie décisionniste de Carpizo, qui était plus développée, on retrouve la même idée mais plus claire :

Il est impossible pour un pays qui souhaite évoluer vers la démocratie de laisser ses réformes constitutionnelles à un organe appelé pouvoir de révision, mais le Congrès fédéral doit devenir le pouvoir de projection, et c'est le peuple qui doit accepter ou rejeter toute réforme de sa Charte¹⁹⁷⁹.

D'autre part, notre auteur mobilise également la théorie de la « superlégalité constitutionnelle » de Maurice Hauriou pour apporter plus de prestige à son argumentation. Il

¹⁹⁷⁸ Burgoa Orihuela (Ignacio), *Derecho constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 365-366.

¹⁹⁷⁹ Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, p. 231.

rappelle en effet que, selon cet auteur, il y aurait des principes qui fondent le régime et font partie de la « légitimité constitutionnelle » et qui auraient une valeur supérieure à celle du texte constitutionnel même, tels que les principes de la Déclaration de 1789¹⁹⁸⁰. En effet, Hauriou défendait déjà l'idée que la légitimité constitutionnelle interdisait même au pouvoir constituant de modifier la Constitution si cela devait altérer l'essence de l'État¹⁹⁸¹. Les structures essentielles de l'État (comme par exemple la séparation des pouvoirs) seraient intangibles, sauf à admettre une révolution. Partant, en estimant qu'il y a des décisions fondamentales intangibles, tout en les assimilant à des clauses d'intangibilité, nos auteurs contribuent à préserver l'ordre juridique et politique mexicain. Ils opèrent un *choix idéologique* de défense d'une certaine vision de la Constitution, ce qui ne serait pas envisageable sans avoir une interprétation téléologique de l'histoire constitutionnelle mexicaine inspirée de l'œuvre de Mario de la Cueva¹⁹⁸². C'est donc une prolongation, visant à préserver la tradition, dans un moment de crises.

Par ailleurs, à l'instar de Burgoa, Carpizo semblait songer à la possibilité de réformer les décisions fondamentales par la démocratie participative, c'est-à-dire le référendum :

Et il va sans dire que si les besoins futurs rendent impérative une nouvelle constitution, celle-ci doit être soumise à un référendum du peuple, car il est abominable de considérer les législateurs comme les auteurs de la constitution, et non comme de simples planificateurs. Le peuple qui ne se dote pas de sa propre constitution non seulement n'est pas libre, mais, ce qui est pire, il ne se rend pas compte de son esclavage, et il vit heureux dans la tromperie¹⁹⁸³.

En revanche, Burgoa reconnaissait les limites du référendum dans le système juridique mexicain. Dans la mesure où la Constitution de Querétaro n'admet pas le référendum constitutionnel, « le pouvoir constituant du peuple ne peut s'actualiser que par la révolution, c'est-à-dire, de manière sanglante, en se rebellant contre l'ordre juridico-politique établi pour parvenir à l'établissement d'un autre, éclairé par les principes ou les idées que son évolution réelle

¹⁹⁸⁰ Voir Hauriou (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 269 et 276 ; Carpizo McGregor (Jorge), « Los principios jurídico-políticos fundamentales... », *op. cit.*, p. 812.

¹⁹⁸¹ Foulquier (Norbert), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste... », *op. cit.*, p. 292.

¹⁹⁸² Faisant écho aux écrits de Mario de la Cueva, Burgoa écrit par exemple : « dans la téléologie historique du peuple mexicain, profondément enracinée dans les vicissitudes politiques et les besoins sociaux dont il a souffert au cours de sa vie, il existe les principes fondamentaux suivants : républicain, fédéral, démocratique, la non-réélection du président et ceux concernant les garanties sociales dans les domaines susmentionnés ». Cf. Burgoa Orihuela (Ignacio), « La reformabilidad... », *op. cit.*, p. 542. Sur l'œuvre de de la Cueva, et particulièrement son histoire téléologique, voir *supra* Chapitre 1. La réaction contre le paradigme social : la genèse de la nouvelle tradition.

¹⁹⁸³ Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, p. 231.

impose »¹⁹⁸⁴. Donc d'un côté Burgoa proposait une alternative à la révolution en invoquant le droit du peuple de modifier sa Constitution, mais d'un autre il avouait que le système juridique ne le permettait pas. Le choix entre la révolution et le *statu quo ante* apparaissait alors comme illusoire : dans un pays traumatisé par les révolutions et les guerres civiles, maintenir l'ordre juridique semblait s'imposer naturellement. Pourtant, Burgoa ajoute plus loin que la révision constitutionnelle par le pouvoir constituant ne peut pas modifier l'essence de la Constitution, sinon ce serait l'usurpation de la souveraineté populaire¹⁹⁸⁵. Notre auteur ferme ainsi la possibilité de la modification de l'« essence constitutionnelle » (c'est-à-dire des décisions fondamentales). Il explicite :

Si seul le peuple peut supprimer, restreindre ou remplacer les principes susmentionnés, comment peut-il exercer ce pouvoir ? Nous avons déjà dit qu'il ne peut le faire que par la violence, c'est-à-dire par une révolution ou une guerre civile menée contre l'ordre constitutionnel qui les contient et les autorités étatiques qui le maintiennent¹⁹⁸⁶.

Or, « les moyens violents d'exercice du pouvoir constituant par le peuple ne sont en aucun cas recommandables pour des raisons évidentes, d'autant plus qu'ils peuvent être remplacés par des moyens pacifiques de nature juridico-politique que notre constitution actuelle ne prévoit pas. Le plus important serait d'instaurer un référendum populaire ». En revanche, de manière révélatrice, l'ancien avocat questionne l'*utilité du référendum* en raison de l'analphabétisme des masses. Si Burgoa écrit, rappelant l'œuvre de Carré de Malberg, que « le référendum est l'expression la plus haute et la plus éloquente de la démocratie et l'instrument de sécurité le plus important pour la souveraineté populaire », il précise que l'efficacité du référendum dépend de la maturité civique du peuple et de son éducation. Face à « l'analphabétisme et l'inconscience des droits des citoyens », Burgoa conclue en disant que « le référendum serait peut-être actuellement non seulement inefficace mais aussi négatif »¹⁹⁸⁷. Donc une fois que la possibilité du référendum constituant est écartée, le choix est simple : soit on préserve le système juridique issu de la Révolution mexicaine de 1910 (la synthèse des paradigmes légaliste et social) soit on ouvre la porte à la révolution, la guerre et l'instabilité.

¹⁹⁸⁴ Burgoa Orihuela (Ignacio), « La reformabilidad... », *op. cit.*, p. 538.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 539.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 544.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 543-544.

De façon similaire, Carpizo admettait qu'au Mexique il n'y avait pas de véritable représentation nationale ou populaire. En analysant la hiérarchie entre les décisions fondamentales et les coutumes constitutionnelles, il posait la question de savoir : « Si une décision n'est pas respectée, si elle est violée quotidiennement, n'est-ce pas parce que le peuple ne la reconnaît plus comme telle ? » Or, après avoir évoqué les enjeux, il répondait de manière un peu cynique : « Si c'est le cas, que le peuple change de Constitution »¹⁹⁸⁸. Pourtant, il était conscient que « la volonté populaire représentée n'existe pas de nos jours »¹⁹⁸⁹. Donc, de manière similaire à Burgoa, il proposait un choix entre le maintien de l'état actuel des choses et la révolution.

En réalité, ce que révélait ce discours conservateur de la tradition était l'affaiblissement de la rhétorique révolutionnaire.

B. L'intensification des critiques émanant des juristes conservateurs

Toutes les crises politiques, sociales et économiques expliquent que les juristes cherchent à rendre « intangible » l'essence de la Constitution. Toutefois, ceci n'a pas empêché que la doctrine se montre de plus en plus critique à l'égard du régime. Comme l'avait signalé Karl Mannheim¹⁹⁹⁰, théoricien de la pensée conservatrice, dans « un contexte historique et politique qui est souvent troublé, le conservatisme se méfie plus que jamais du pouvoir, mais il défend l'autorité »¹⁹⁹¹. Autrement dit, quand l'environnement est agité par des crises, les conservateurs veulent restaurer l'ordre. Ceci semble s'appliquer aux juristes de la tradition révolutionnaire qui commençait à s'épuiser. Les discours de Jorge Carpizo, ancien procureur général et doyen de l'UNAM, et Ignacio Burgoa, professeur de droit constitutionnel et avocat, reflètent cette tendance. Ils deviennent de plus en plus critiques à l'égard du régime représenté par le PRI, mais restent attachés à l'ordre que représente la Constitution de Querétaro et les décisions fondamentales de la Nation mexicaine.

En particulier, la célèbre théorie des facultés « métaconstitutionnelles » de Carpizo a été considérée à l'époque comme une critique aiguë du système présidentiel. Dans *El presidencialismo*

¹⁹⁸⁸ Carpizo McGregor (Jorge), *La Constitución mexicana...*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 224.

¹⁹⁹⁰ Auteur de *Essays on Sociologie and Social Psychologie*, Routledge and Kegan Paul, 1953 et *Conservatism: a Contribution to the Sociology of Knowledge*, Routledge and Kegan Paul, 1986.

¹⁹⁹¹ Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme...*, *op. cit.*, p. 92.

mexicano (1978), Carpizo estime que le Président de la République dispose d'une série de pouvoirs qui dépassent le cadre constitutionnel¹⁹⁹². Rappelant les analyses de René Capitant par rapport aux coutumes constitutionnelles développées par la pratique politique de la III^e République, Carpizo soutient que ceci serait dû au système structuré par la Constitution de 1917, mais aussi par la *pratique politique*. Principalement, le Président de la République, étant également le chef du parti hégémonique, « *el PRI* », aurait développé la capacité de nommer -et contrôler- les principaux acteurs de l'État¹⁹⁹³, y compris le pouvoir de désigner son successeur. Ces pouvoirs auraient rendu le Président une espèce de « *monarque absolu* », voire de « *dictateur constitutionnel* »¹⁹⁹⁴. Même si ce n'était pas prévu par la Constitution de 1917, le Président choisissait en pratique son successeur avec une discrétion « presque absolue » et révoquait les gouverneurs qui le gênaient¹⁹⁹⁵. Pour l'auteur, reprenant la téléologie de son maître de la Cueva, le système présidentiel aurait été configuré dans les trois constitutions fédérales du Mexique (de 1824, 1857 et 1917)¹⁹⁹⁶. Donc le chef de l'Exécutif aurait réussi à s'imposer grâce aux coutumes constitutionnelles développées par la pratique politique. En revanche, dans *La Constitución mexicana de 1917* (1982), Carpizo soutient que les coutumes constitutionnelles ne priment pas sur les décisions fondamentales. Même si les décisions fondamentales sont quotidiennement violées, elles vont inévitablement renaître. Ceci veut dire que le Président de la République, disposant des facultés métaconstitutionnelles supérieures au texte constitutionnel, reste soumis aux décisions de la Nation, le noyau dur ou « l'essence » de la Constitution.

Par ailleurs, tout au long des écrits de Burgoa, on retrouve des reproches indirects à la domination politique du PRI. Il critiquait ainsi les nombreuses réformes constitutionnelles issues de la majorité politique :

Toutefois, pour se prémunir contre l'altération facile, simple et donc dangereuse de leurs dispositions, plusieurs constitutions ont établi un système spécial selon lequel les modifications ou les ajouts à leurs préceptes doivent être effectués. Malheureusement, ce

¹⁹⁹² Carpizo McGregor (Jorge), *El presidencialismo mexicano*, Mexico, SIGLO XXI, 1987, p. 190.

¹⁹⁹³ Comme par exemple les parlementaires, gouverneurs des États fédérés, le maire de la ville de Mexico, les hauts fonctionnaires.

¹⁹⁹⁴ Carpizo McGregor (Jorge), « México: presidencialismo puro », dans *Doctrina constitucional mexicana, op. cit.*, p. 370.

¹⁹⁹⁵ Carpizo McGregor (Jorge), *El presidencialismo mexicano, op. cit.*, p. 194 et 198.

¹⁹⁹⁶ Carpizo McGregor (Jorge), « Notas sobre el presidencialismo mexicano », *Estudios constitucionales, op. cit.*, p. 335.

système, qui, dans la théorie juridico-constitutionnelle, a suggéré le principe de la « rigidité constitutionnelle », s'est généralement avéré très inefficace dans la pratique, n'étant qu'un simple ensemble de formalismes facilement et même honteusement satisfaits par l'inconscience civique, le manque de patriotisme et l'indignité des organes et des autorités constitutionnellement responsables de la modification des préceptes de la Loi fondamentale. Par conséquent, malgré ce principe de rigidité, la Constitution peut être réformée ou même, ce qui est pire, transformée avec la même facilité, rapidité et manque de considération avec lesquelles les lois secondaires sont créées et modifiées, et sans que l'altération constitutionnelle puisse obéir à une motivation réelle orientée vers les idéaux d'égalité et de justice. Cette triste situation s'est malheureusement produite fréquemment au Mexique¹⁹⁹⁷.

La théorie des décisions fondamentales semble alors s'opposer aux pouvoirs publics par « patriotisme » et « conscience civique ». D'autre part, l'œuvre de Burgoa est aussi connue pour sa défense de « droits de l'homme », protégés notamment par le *recours d'amparo*. Il définit ceux-ci comme « les pouvoirs naturels de l'homme, conformément aux exigences inhérentes à la nature de celui-ci en tant qu'être psychophysique doué de raison et d'autotélisme »¹⁹⁹⁸, ce qui veut dire que l'être humain est l'objet fondamental de la protection constitutionnelle¹⁹⁹⁹. En outre, dans un contexte de crise économique et d'ouverture démocratique, Burgoa plaidait pour le droit à l'information en matière électorale. En 1977, une réforme a garanti ce droit mais sans établir les mécanismes pour le rendre effectif²⁰⁰⁰. Pour Burgoa, ce droit trouve son fondement dans l'article 6 de la Constitution, qui prévoit un droit subjectif pour les gouvernés et crée une obligation pour l'État²⁰⁰¹. Donc nos auteurs se montraient de plus en plus contestataires face au régime. Pourtant, ils étaient conscients du caractère fictif de certaines décisions fondamentales qu'ils défendaient, ce qui expose leur conservatisme et leur volonté de maintenir l'ordre politique et social.

Comme nous l'avons vu précédemment, dans l'œuvre de Carpizo, le fédéralisme est présenté comme une décision fondamentale qui s'est imposée en tant que *nécessité historique* : « Il a réellement servi à unir ce qui se désagrégeait. c'est-à-dire qu'au Mexique, le régime fédéral n'était pas une solution de cabinet, théorique, irréaliste, mais il était le désir des provinces, pour lequel

¹⁹⁹⁷ Burgoa Orihuela (Ignacio), « La reformabilidad... », *op. cit.*, p. 531-532.

¹⁹⁹⁸ Burgoa Orihuela (Ignacio), *El juicio de amparo*, Mexico, Porrúa, 38^e éd., 2001, p. 26.

¹⁹⁹⁹ Cf. Mejía Garza (Raúl Manuel), « Jorge Carpizo », *Lecturas...*, *op. cit.*, p. 203.

²⁰⁰⁰ González (María del Refugio) et Caballero Juárez (José Antonio), « El proceso de formación... », *op. cit.*, p. 86.

²⁰⁰¹ Mejía Garza (Raúl Manuel), « Jorge Carpizo », *Lecturas...*, *op. cit.*, p. 216.

elles ont lutté et triomphé »²⁰⁰². Il ajoute en outre : « Le régime fédéral au Mexique est l'un des piliers de tout le système juridique, c'est une partie essentielle de notre système, c'est encore une idée-force que nous identifions avec le principe de la liberté ». Néanmoins, des questions persistent quant à la *réalité* de cette décision immuable. Tout au long du XX^e siècle, l'État mexicain s'est développé très tôt dans un sens *centralisateur*. Ce que l'on observe sur un plan juridique avec par exemple les « compétences implicites de la Fédération » ou « la garantie fédérale »²⁰⁰³, c'est-à-dire l'obligation pour la Fédération de défendre les entités fédérées, ou en matière fiscale avec les contributions imposées par la Fédération sur l'industrie pétrolière. On l'observe aussi politiquement avec la *centralisation* du PRI contrôlé par le Président de la République, ce que Carpizo lui-même reconnaissait :

Le Parti révolutionnaire institutionnel a connu un processus interne de *centralisation*, les pouvoirs étant concentrés dans le comité exécutif national et, au sein de celui-ci, dans son président, qui est en fait nommé et révoqué par le président de la République »²⁰⁰⁴.

Dans la même veine, le Président de la République décidait qui allait lui succéder, comme si le peuple souverain avait pris la décision. Il révoquait également les gouverneurs qui le gênaient, comme si le Sénat avait pris la décision en vertu de l'article 76 de la Constitution²⁰⁰⁵. Donc, si en apparence le régime avait une forme fédérale, en réalité un régime centralisateur s'était développé profondément, ce qui était déjà à l'œuvre depuis l'Ancien Régime, le *porfiriato*, selon certains historiens tels que Arnaldo Córdova ou Alan Knight²⁰⁰⁶.

Enfin, force est de signaler que si pour le spécialiste du droit romain Yan Thomas « la fiction requiert avant tout la certitude du faux », le système fédéral étudié par Carpizo semble une fiction -ou du moins une présomption-. Le but serait de conserver l'ancien système qui était censé garantir la liberté locale. Comme Thomas l'affirmait, en effet, la fiction est un « art de cautèle » ou l'« expression naturelle d'un esprit de conservation où l'instrument par excellence du progrès est la

²⁰⁰² Carpizo McGregor (Jorge), « El sistema federal », *op. cit.*, p. 85.

²⁰⁰³ *Ibid.*, p. 82, 94 et 113.

²⁰⁰⁴ Carpizo McGregor (Jorge), « Notas sobre el ... », *op. cit.*, p. 348. Voir aussi *ibid.*, p. 339-340. Nos italiques.

²⁰⁰⁵ Voir *supra* A. Les facultés métaconstitutionnelles du Président

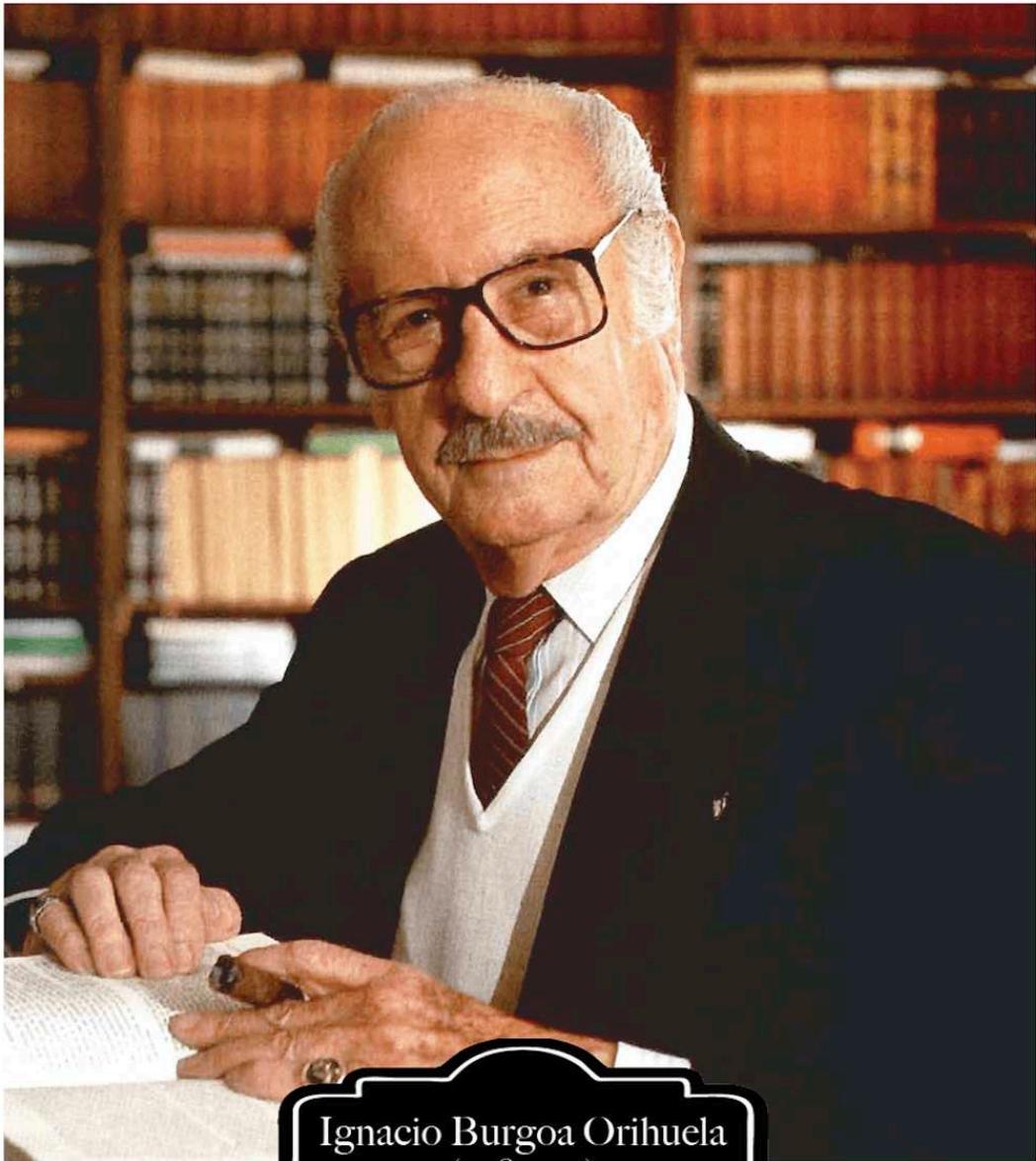
²⁰⁰⁶ « Conformément à la logique tocquevillienne (selon laquelle la Révolution a construit un État plus fort sur les décombres de l'Ancien Régime), la centralisation politique se renforce dans les années 1920, notamment avec Calles ». Cf. Knight (Alan), *La revolución cósmica*, *op. cit.*, p. 182. Voir aussi Córdova (Arnaldo), *La formación del poder político en México*, Mexico, ERA, 1972.

demi-mesure »²⁰⁰⁷. Or, dans la mesure où cette décision fondamentale du fédéralisme ne pourrait pas être altérée, à moins de déclencher une révolution, il appert qu'un *choix idéologique* de défense du régime est fait, à une époque de grandes transformations et de déclin de la tradition révolutionnaire.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 136.

Jean Carbonnier





Ignacio Burgoa Orihuela
(1918-2005)



Conclusion

L'année 2000 marque un nouveau changement de paradigme. Au Mexique, cela correspond au début de la transition démocratique avec l'alternance politique. Après 70 ans de domination, le Parti Révolutionnaire Institutionnel (PRI) est remplacé par le Parti Action Nationale (PAN), un parti d'opposition. C'est la fin de l'hégémonie d'un parti se réclamant de la Révolution et le début de ce que l'historiographie appelle la « transition démocratique ». Ce changement marque la fin d'un régime autoritaire qui avait instauré un système de parti hégémonique, inscrit dans le paradigme de la nouvelle tradition. Désormais, la demande de transparence émerge fortement. Sous la pression sociale et politique, le PRI avait peu à peu accepté de négocier cette transition²⁰⁰⁸. Dès lors, le pays est passé « d'une représentation essentiellement unicolore à une représentation plurielle et à un équilibre des pouvoirs »²⁰⁰⁹.

En Europe, à la fin du XX^e siècle, l'établissement de l'Union européenne et de son droit a renforcé l'internationalisation des sources juridiques. Le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1er mai 1999, a confirmé les trois piliers du traité de Maastricht tout en renforçant la coopération entre les États membres. Le traité de Nice du 26 février 2001 a notamment consolidé le rôle de co-législateur du Parlement européen, et le droit de recours devant la Cour de Justice des Communautés a été élargi. En France, le projet de « Constitution européenne » prévu par le traité de Rome de 2004 a été rejeté par 54,68 % des suffrages exprimés.

Nous avons constaté que les juristes ont exprimé leurs inquiétudes face à ces deux évolutions : le déclin du modèle révolutionnaire au Mexique et la construction européenne en France. Partagés entre science et politique, les juristes n'ont pas pu échapper à l'idéologie. Toutefois, comme le souligne Bruno Latour, « n'est scientifique que ce qui rompt définitivement avec l'idéologie »²⁰¹⁰. En plus de leur conservatisme face aux bouleversements sociaux, il faut également noter le manque de scientificité de leur méthode.

²⁰⁰⁸ Cf. Woldenberg (José), « ¿Por qué pactó el PRI la transición? Organización electoral y reformas democratizadoras », dans *Las caras de Jano: 90 años del Partido Revolucionario Institucional*, dir. Mariano Sánchez Talanquer et Ricardo Becerra Laguna, Mexico, CIDE, 2019, p. 351-352.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 359.

²⁰¹⁰ *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte, 1997, p. 126.

Si l'on devait appliquer notre hypothèse après l'an 2000, il semble qu'un schéma similaire pourrait être observé en France et au Mexique. En France, la consolidation de l'Union européenne continue à susciter une réaction conservatrice et nationaliste parmi les politiciens et les juristes, désireux de protéger la souveraineté nationale contre ce qu'ils perçoivent comme une ingérence supra-nationale croissante. Au Mexique, la transition démocratique, amorcée dans les années 2000, semble avoir rapidement atteint ses limites. En effet, ces dernières années, on observe un retour vers des formes d'autoritarisme, accompagné d'une fragilisation notable du pouvoir judiciaire et de l'État de droit. Toutefois, il serait nécessaire de prendre du recul pour analyser pleinement ces processus et saisir les dynamiques sous-jacentes, ainsi que pour comparer les paradigmes dominants dans ces deux contextes nationaux. En effet, bien que des tendances similaires soient perceptibles, depuis l'année 2000, chaque pays évolue dans un cadre politique et juridique spécifique qui conditionne la nature et l'intensité des résistances au changement.

À l'issue de cette étude, plusieurs questions demeurent, notamment celle de l'incommensurabilité des paradigmes. Est-il possible de comparer différents paradigmes entre eux ? Le passage d'un paradigme à un autre représente-t-il un progrès ? Selon M. François Bonsack, « dire que deux théories sont incommensurables, c'est dire que leur proximité ou leur distance ne peut pas être estimée »²⁰¹¹. Kuhn, pour sa part, estimait que l'histoire des sciences ne devait pas être vue de manière téléologique²⁰¹², car l'évolution n'a pas de finalité propre. Si l'accumulation des connaissances peut apparaître comme un progrès, cela ne se produit que dans le cadre d'un même paradigme. Les juristes opérant dans des paradigmes différents s'expriment depuis des « points de vue incommensurables », ce qui les conduit à des interprétations incompatibles des mêmes faits²⁰¹³. Cela les place dans un conflit idéologique, ce que Max Weber qualifiait de « combat éternel que les dieux se font entre eux »²⁰¹⁴, c'est-à-dire un relativisme ou polythéisme des valeurs²⁰¹⁵. Si Kuhn rejetait le relativisme en science, il le reconnaissait sur le plan culturel. Enfin, cela n'empêche toutefois pas le dialogue ni la persuasion, mais la traduction devient alors essentielle, car « les

²⁰¹¹ *Sur l'incommensurabilité des théories successives*, dans Karl Popper. *Science et philosophie*, dir. Renée Bouveresse et Hervé Barreau, Lyon, Librairie Philosophique J. Vrin, 1991, p. 254

²⁰¹² Kuhn (Thomas), *The structure of scientific Revolutions*, *op. cit.*, p. 169-170.

²⁰¹³ *Ibid.*, p. 199-200.

²⁰¹⁴ *Le savant et le politique* (1919), trad. Julien Freund, Paris, Librairie Plon, 1959, p. 100. Weber écrit : « pour autant que la vie a en elle-même un sens et qu'elle se comprend d'elle-même, elle ne connaît que le combat éternel que les dieux se font entre eux ou, en évitant la métaphore, elle ne connaît que l'incompatibilité des points de vue ultimes possibles, l'impossibilité de régler leurs conflits et par conséquent la nécessité de se décider en faveur de l'un ou de l'autre ».

²⁰¹⁵ Sur la notion de polythéisme juridique, voir Irti (Natalino), *Le nihilisme juridique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 131 et s.

partisans de théories différentes sont comme les membres de communautés linguistiques et culturelles différentes »²⁰¹⁶.

Si les révolutions ne mènent pas nécessairement au progrès, nous pouvons nous demander si elles permettent de nous rapprocher de la vérité ou de la justice. Il semble que les révolutions ne font que modifier la vision du monde, c'est-à-dire le cadre conceptuel d'une communauté, sans pour autant apporter davantage de justice ou de vérité. Ainsi, il est difficile d'évaluer le « succès » d'une révolution. Cependant, il est possible de dire que révolution et réaction sont peut-être deux phénomènes sociaux consubstantiels. Bruno Latour écrit que « les termes de révolution et de réaction naissent de la même philosophie de l'histoire »²⁰¹⁷. On passe ainsi toujours d'un cosmos à un autre. Cela nous rapproche de la conception cyclique des régimes connue dans l'Antiquité²⁰¹⁸. Dans *Nous n'avons jamais été modernes*, Latour affirme que « puisque tout ce qui passe est éliminé à jamais, les modernes ont en effet le sentiment d'une flèche irréversible, d'une capitalisation, d'un progrès »²⁰¹⁹. Or, le passé revient toujours, comme nous l'avons vu, puisque les traditions se transforment chaque fois qu'un paradigme est remplacé par un autre. Autrement dit, les modernes tentent d'établir des coupures dans l'histoire, faisant abstraction de sa continuité. Toutefois, « nous n'avons jamais ni avancé ni reculé. Nous avons toujours activement trié des éléments appartenant à des temps différents »²⁰²⁰. Il n'y a donc pas de véritables révolutions ou ruptures radicales ; celles-ci sont peut-être artificielles et anachroniques. Il existe plutôt des transitions longues et des réinventions. C'est pourquoi le titre *Nous n'avons jamais été modernes* est pertinent, car « nous restons encore, pour prendre l'ancien vocable, dans la métaphysique »²⁰²¹. Ainsi, dans la lignée de Ludwik Fleck, cette thèse démontre que l'évolution des idées se fait lentement et souvent au sein d'un cadre déjà existant, les « collectifs de pensée » pour Fleck ou les « paradigmes » pour Thomas Kuhn. La résistance au changement domine donc dans la doctrine, en raison de sa tendance à maintenir et défendre l'ordre établi face aux idées nouvelles.

²⁰¹⁶ Kuhn (Thomas), *The structure of scientific Revolutions*, op. cit., p. 197-204.

²⁰¹⁷ *Cogitamus. Six lettres sur les humanités scientifiques*, Paris, La Découverte, 2014, p. 120.

²⁰¹⁸ Pour Aristote, la révolution désigne le changement d'un régime politique pour un autre, de manière cyclique. Cf. Manent (Pierre), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Fayard, 2012, p. 38. Cette théorie d'alternance des régimes politiques était connue sous le nom d'anacyclose car elle renvoyait à un cercle. Voir Aristote, *La Politique*, Paris, Librairie Philosophique Vrin, 1995 ; Jobart (Jean-Charles), « La notion de constitution chez Aristote », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/1 n° 65, p. 97-143.

²⁰¹⁹ Latour (Bruno), *Nous n'avons jamais été modernes...*, op. cit., p. 93.

²⁰²⁰ *Ibid.*, p. 103.

²⁰²¹ *Ibid.*, p. 175. Sur la métaphysique dans la pensée juridique, voir Sugimoto (Rafael), *Le pouvoir du droit...*, op. cit., p. 496.

Enfin, cette étude pourrait se poursuivre. Il serait intéressant de la prolonger en la comparant aux doctrines juridiques d'autres pays, notamment de l'ancienne colonie, l'Espagne, qui est restée culturellement très proche du Mexique, tout comme de la France. En outre, étant donné que le Mexique possède un système juridique hybride, combinant la tradition romaniste et le *common law*, il serait pertinent d'étendre cette analyse à la doctrine juridique américaine. Le modèle américain reste en effet incontournable, comme le révèle le système fédéral mexicain et la place centrale du juge, érigé en arbitre des institutions à travers le *juicio de amparo*. En outre, l'« américanisation » de la société mexicaine ne cesse de se renforcer depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA dans les années 1990.

Annexes

Galerie de portraits

Juristes mexicains

Lucas Alamán (1792-1853)



Lucas Ignacio José Joaquín Pedro de Alcántara Juan Bautista Francisco de Paula Alamán y Escalada, connu sous le nom de Lucas Alamán, est le prototype du conservatisme mexicain. Né à Guanajuato, cet intellectuel, entrepreneur, historien et homme politique a durement souffert des violences de la révolution d'Hidalgo. En tant que ministre sous plusieurs gouvernements, notamment celui d'Anastasio Bustamante (1830-1832), il tenta de prévenir l'annexion du Texas par les États-Unis. En 1849, il fonda le Parti conservateur. Son principal ouvrage est la monumentale *Historia de Méjico desde los Primeros Movimientos que Prepararon su Independencia en el Año de 1808 hasta la Época Presente* (5 vol., 1849-1852).

Ignacio Orihuela Burgoa (1918-2005)



Né à Mexico, Ignacio Burgoa a été magistrat, avocat et professeur de droit constitutionnel à l'Escuela Libre de Derecho (1940-1944), puis à l'UNAM, où il enseigna de 1947 jusqu'à son décès. Ce célèbre juriste s'est distingué par ses ouvrages *El juicio de amparo* (1943), publié à l'âge de 25 ans, *Las garantías individuales* (1944), et *Derecho constitucional* (1973). Bien qu'il ait contribué à la consolidation institutionnelle de la Révolution, il s'est également fait remarquer par ses prises de position publiques sur des sujets tels que le droit à l'information et l'« amparo agrario », un recours constitutionnel en matière environnementale.

Jorge Carpizo McGregor (1944-2012)



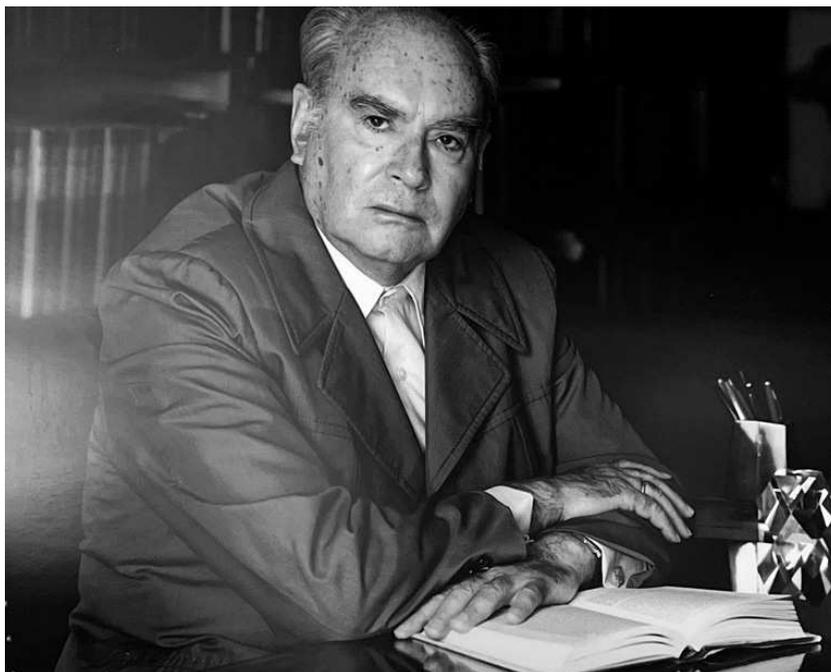
Jorge Carpizo, né en 1944 à Campeche, Mexique, et décédé en 2012 à Mexico - selon une rumeur circulant parmi les juristes, il aurait été assassiné - est souvent considéré au Mexique comme un « grand juriste » ou l'un des plus grands constitutionnalistes du pays de la seconde moitié du XX^e siècle, aux côtés d'Ignacio Burgoa Orihuela (1918-2005). Il est bien connu au Mexique en raison des nombreuses fonctions publiques qu'il a occupées : chercheur à l'Institut de Recherches Juridiques de l'Université Nationale Autonome du Mexique (UNAM), doyen de celle-ci (1985-1989), Secretario de Gobernación en 1994 (l'équivalent du ministre de l'Intérieur en France), procureur général de la République (1993-1994), président de la Commission Nationale des Droits Humains (1990-1993), ministre à la Cour suprême de justice de la nation (1989-1990) et ambassadeur du Mexique en France (1995). Ses principales œuvres, *La Constitución Mexicana de 1917* (1969), *El presidencialismo mexicano* (1978) et *Estudios constitucionales* (2003), ont été traduites en plusieurs langues (anglais, français, allemand et italien).

Mario de la Cueva (1901-1981)



Né à Mexico, Mario de la Cueva a été le « maître » d'une génération d'étudiants très prometteurs, devenus par la suite hommes politiques, hauts fonctionnaires, grands juristes et écrivains. Selon l'historien Jesús Silva-Herzog Márquez, de la Cueva a formé la « classe politique illustrée de l'hégémonie priiste ». Certains de ses étudiants ont dirigé la politique culturelle et la politique de sécurité de l'État mexicain. Attiré par l'Allemagne, de la Cueva a assisté à Berlin aux conférences de Rudolf Smend et de Carl Schmitt, mais c'est ce dernier qui l'a profondément marqué, notamment par son idée que la politique se définit par la distinction entre ami et ennemi, ainsi que par son anti-libéralisme, son mépris pour la démocratie parlementaire et son rejet du formalisme juridique. Pour de la Cueva, la culture germanique représentait donc un modèle de référence, une influence que l'on retrouve dans la théorie des décisions fondamentales de Carpizo. De la Cueva a été professeur de droit constitutionnel à l'Escuela Nacional de Jurisprudencia à partir de 1929, doyen de l'UNAM en 1942 et directeur de la Faculté de droit en 1951. Parmi ses œuvres les plus importantes, on trouve *El derecho mexicano del trabajo*, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, *La idea del Estado*, *La idea de la soberanía*, *La Constitución de 5 de febrero de 1857*, *La Constitución política et Teoría de la Constitución*.

Eduardo García Máynez (1908-1993)



Eduardo García Máynez y Espinosa de los Monteros, né à Mexico et connu sous le nom d'Eduardo García Máynez, a été un juriste et l'un des principaux philosophes du droit au Mexique. Il a dirigé l'Instituto Tecnológico Autónomo de México (1946-1952), été professeur émérite de l'UNAM et directeur de la Faculté de Philosophie et Lettres (1940-1942). Il a également entretenu des liens étroits avec les juristes exilés au Mexique à cause de la guerre civile espagnole, tels que Luis Recaséns Siches. García Máynez a traduit *La Théorie générale du droit et de l'État* de Kelsen. Parmi ses œuvres majeures, on trouve *Introducción al estudio del Derecho* (1940), *Introducción a la lógica jurídica* (1951) et *Filosofía del Derecho* (1974).

Manuel Herrera y Lasso (1890-1967)



Ce juriste « conservateur » et jusnaturaliste, né à San Luis Potosí, s'est fait remarquer très jeune en dirigeant en 1912 les étudiants de l'Escuela Nacional de Jurisprudencia contre les mesures adoptées par le gouvernement de Madero en pleine Révolution. Il participe à la fondation de l'Escuela Libre de Derecho, une institution dissidente, créée notamment par Emilio Rabasa. Il devient professeur de sociologie dans cette faculté jusqu'en 1931, ainsi que professeur adjoint d'Emilio Rabasa en droit constitutionnel. Avocat de l'Église catholique pendant la Guerra Cristera (1926-1929), il est contraint à l'exil à Cuba pendant deux ans (1927-1929). En 1939, il contribue à la fondation du Parti d'opposition *Acción Nacional* aux côtés de Manuel Gómez Morín. Après un échec électoral en tant que candidat à la députation, il est nommé en 1947 conseiller juridique de la présidence de la République sous Miguel Alemán Valdés, puis sous Adolfo Ruiz Cortines en 1952. Parmi ses principales œuvres figurent *Apuntes de derecho constitucional* et *Estudios constitucionales*.

Miguel Lanz Duret (1909-1959)



Né à Campeche, Miguel Lanz Duret a été professeur de droit constitutionnel à l'Escuela Nacional de Jurisprudencia. Il a également exercé comme avocat et dirigé l'un des journaux les plus influents du Mexique, *El Universal*. En 1931, il publie le premier ouvrage systématique analysant la Constitution de 1917 : *Derecho constitucional Mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*. Cet ouvrage, faisant la promotion des idéaux révolutionnaires, est resté une référence majeure en droit constitutionnel jusqu'à la publication de *Derecho constitucional Mexicano* (1944) par Felipe Tena Ramírez.

Antonio Martínez Báez (1901-2000)



Né à Valladolid, Morelia, Antonio Martínez Báez a été avocat, politicien et professeur de droit constitutionnel. En 1928, il intègre l'Escuela Nacional Preparatoria, puis la Facultad de Jurisprudencia de l'Universidad Nacional de México, où il enseigne jusqu'en 1968. Martínez Báez participe dans les années 1940 dans l'élargissement de la doctrine constitutionnelle initiée par Miguel Lanz Duret en 1931. Il occupe divers postes publics, notamment ministre de l'Économie de 1948 à 1952, représentant du Mexique aux Nations Unies (ONU), député de 1973 à 1976, sénateur du Michoacán entre 1982 et 1988, puis député à nouveau de 1988 à 1991. Comme de nombreux juristes mexicains de renom, il a fait partie des gouvernements du Parti Révolutionnaire Institutionnel (PRI). Parmi ses publications figurent *Curso de derecho constitucional* et *Apuntes de derecho constitucional*.

José María Luis Mora (1794-1850)



Né, comme son rival Lucas Alamán, à Guanajuato, José María Luis Mora Díaz Madrid a été prêtre, politicien, écrivain et historien. Il est considéré comme l'un des principaux libéraux du XIX^e siècle en Amérique latine et le fondateur de ce courant au Mexique. Ayant souffert des effets de la Révolution d'Indépendance mexicaine, Mora s'est particulièrement intéressé au droit constitutionnel. Selon l'historien Charles A. Hale, auteur de *Mexican Liberalism in the Age of Mora*, Mora a joué le rôle de conseiller non officiel auprès du vice-président Valentín Gómez Farías (1833-1835). Il a ainsi contribué à la réforme libérale visant à séparer l'Église de l'État. Face à l'opposition des conservateurs et au retour au pouvoir du président Santa Anna, Mora s'exile à Paris en 1834, où il décède. C'est dans cette ville qu'il publie son ouvrage principal : *México y sus revoluciones* (1836).

Andrés Molina Enríquez (1868-1940)



Andrés Molina Enríquez, né à Jilotepec, dans l'État de Mexico, a été avocat, magistrat, sociologue et idéologue de la Révolution mexicaine. Cet auteur positiviste a écrit plusieurs ouvrages sur la réforme agraire, notamment *Los grandes problemas nacionales* (1909). Ce juriste a exercé en tant que notaire, juge de paix, professeur au Musée national, fonctionnaire au ministère du Développement, magistrat dans l'État de Mexico et consultant à la Commission nationale agraire. Il est généralement considéré comme un idéologue de la réforme agraire et un précurseur de la Révolution mexicaine ainsi que du paradigme social. Bien qu'il ait fait partie du porfiriat, il s'est progressivement radicalisé, devenant un véritable opposant au régime huertiste. Pour avoir rédigé un manifeste politique en 1911, le Plan de Texcoco, dans lequel il affirme ne pas reconnaître le nouveau gouvernement, il est emprisonné pendant un an. Pendant le gouvernement de Madero (1911-1913), il occupe le poste de ministre de l'Intérieur de l'État de Mexico. Il participe également à la rédaction du célèbre article 27 de la Constitution dite « de Querétaro » de 1917.

Mariano Otero y Mestas (1817-1850)



Mariano Otero, né à Guadalajara, Jalisco, a été un juriste et politicien mexicain, député constituant en 1842 et 1847, ainsi que maire de Mexico en 1844. Il a également occupé le poste de ministre des relations intérieures et extérieures (1846-1847). Otero est généralement reconnu, avec Manuel Crescencio Rejón, comme l'un des créateurs du *juicio de amparo*, une procédure de contrôle constitutionnel diffus. Bien qu'il soit décédé à l'âge de 33 ans, victime du choléra, l'*amparo* constitue un apport majeur à la tradition juridique mexicaine. Otero est aujourd'hui considéré comme le chef de file du courant modéré. Il a également participé à la rédaction du journal libéral modéré *El Siglo Diez y Nueve*. Parmi ses principales œuvres figurent *Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana* (1842) et *Consideraciones sobre la situación política y social de la República Mexicana en el año de 1847* (1847).

Emilio Rabasa Estebanell (1856-1930)



Originaire d'Ocozocoautla, Chiapas, Emilio Rabasa fut un juriste, politicien et écrivain porfiriste. Il a occupé le poste de gouverneur de l'État de Chiapas et a enseigné le droit constitutionnel à l'Escuela Nacional de Jurisprudencia jusqu'en 1912. Cette même année, il participe à la fondation de l'Escuela Libre de Derecho, en opposition au gouvernement du président Madero. Durant le régime porfiriste, il rédige *La Constitución y la dictadura*, où il fait l'apologie du régime de Porfirio Díaz. Figure éminente du droit constitutionnel, il représente le gouvernement de Victoriano Huerta lors des conférences de Niagara Falls au Canada en 1914. Profitant de cette occasion pour s'exiler à New York durant l'intensification de la Révolution mexicaine, il devient une figure détestée par les révolutionnaires. Pourtant, son œuvre est citée lors du congrès constituant de Querétaro (1916-1917). Après la mort de Venustiano Carranza, en 1920, Rabasa retourne au Mexique où il reprend ses enseignements de droit constitutionnel. Parmi ses œuvres les plus marquantes figurent *La Constitución y la dictadura* (1912), *El artículo 14. Estudio constitucional y el juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión* (1969), *El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917* (publié en 2017), ainsi que *L'évolution historique du Mexique*, publié à Paris en 1924.

Luis Recaséns Siches (1903-1977)



Luis Recaséns Siches, fils d'Espagnols, né au Guatemala et décédé à Mexico, est souvent considéré comme « le plus illustre philosophe du droit espagnol du XX^e siècle ». Après avoir obtenu des licences en Philosophie, Lettres et Droit entre 1918 et 1924 à l'Université de Barcelone, Recaséns Siches obtient deux doctorats (en Droit et en Philosophie - Lettres) à l'Université de Madrid en 1925. Il a étudié sous la direction de plusieurs des juristes les plus influents de son époque. En 1925, il suit les cours de Giorgio del Vecchio à Rome. En Allemagne, il étudie avec Rudolf Stammler, Rudolf Smend et Herman Heller. À Vienne, il travaille pendant six mois sous la direction de Hans Kelsen, en compagnie d'Adolf Merkl, Joseph L. Kunz et Alfred Verdross.

En 1927, Recaséns Siches obtient la chaire de Philosophie du droit à l'Université de Santiago de Compostela. Deux ans plus tard, il est nommé professeur de Droit naturel à la Faculté de droit de Salamanque, puis professeur à l'Université de Valladolid et enfin à l'Université de Madrid en 1932. Dans un contexte d'instabilité politique, il occupe plusieurs postes politiques : directeur général de l'administration locale (1931), député aux Cortes Constituentes (1931) et aux premières Cortes ordinaires (1933), ainsi que sous-secrétaire à l'Industrie et au Commerce.

Lorsque la Guerre civile espagnole éclate en 1936, Recaséns Siches est envoyé à Paris par le gouvernement républicain, mais il choisit de ne pas retourner en Espagne. En 1937, il s'installe au Mexique où il obtient la chaire de Philosophie du droit à l'Escuela Nacional de Jurisprudencia. En 1939, il devient également professeur de Sociologie dans cette même institution. Après avoir

travaillé cinq ans à l'ONU, Recaséns Siches revient au Mexique et devient chercheur à plein temps à l'Institut de recherches philosophiques de l'UNAM. Il y travaille sans interruption comme professeur de Philosophie du droit et de Sociologie jusqu'à son décès en 1978.

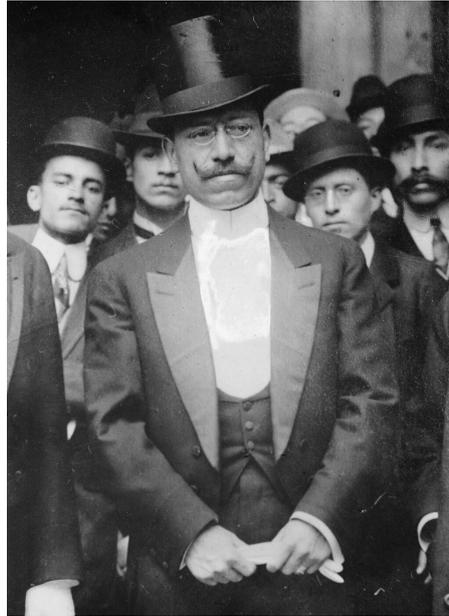
Son œuvre a été fortement influencée par son séjour aux États-Unis, où il est entré en contact avec les principales orientations de la pensée juridique américaine, telles que la jurisprudence sociologique et le réalisme juridique d'Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis et Roscoe Pound. Parmi ses œuvres les plus importantes figurent : *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1956), *Tratado general de filosofía del derecho* (1959) et *Introducción filosófica al Derecho* (1970).

Felipe Tena Ramírez (1905-1994)



Né à Morelia, Michoacán, et fils d'un avocat reconnu, Felipe Tena Ramírez est devenu professeur et ministre de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de 1951 à 1970. Après avoir enseigné la procédure civile à l'Escuela Libre de Derecho à partir de 1929, il enseigne le droit constitutionnel à l'UNAM de 1941 à 1964. Son *Derecho constitucional mexicano* (1944) est la deuxième œuvre systématique sur la Constitution mexicaine après le manuel de 1931 de Miguel Lanz Duret, mais elle est considérée par l'ancien président de la Cour suprême, José Ramón Cossío Díaz, comme la plus influente du XX^e siècle. Sur le plan international, il participe à la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) à l'ONU. Il est également l'auteur de *Leyes fundamentales de México* (1967).

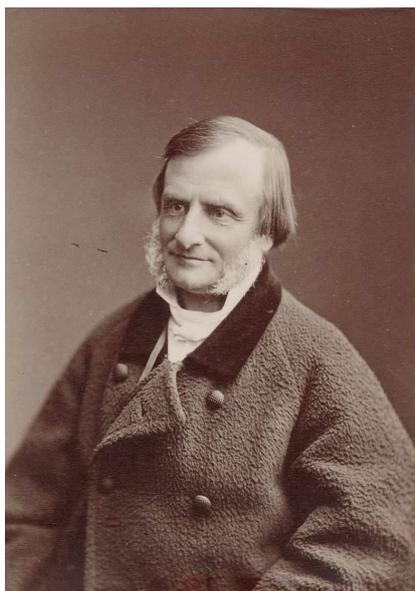
Jorge Vera Estañol (1873-1958)



Jorge Vera Estañol, né et décédé à Mexico, a été un juriste et politicien porfiriste. Professeur de droit commercial, il a également été ministre de l'instruction publique sous le gouvernement du président Porfirio Díaz en 1911. Opposé à la nomination du révolutionnaire Luis Cabrera en tant que doyen de l'Escuela Nacional de Jurisprudencia, il participe, avec Rabasa et Herrera y Lasso, à la fondation de l'Escuela Libre de Derecho en 1912. Devenu à nouveau ministre de l'instruction publique sous le gouvernement de l'« usurpateur » Victoriano Huerta, il est banni par les révolutionnaires de 1914 à 1931. Pendant son exil aux États-Unis, il écrit *Carranza and his Bolshevik Regime* (1920), une critique du régime révolutionnaire. De retour au Mexique en 1957, il publie *Historia de la Revolución Mexicana. Origenes y resultados*.

Principaux juristes français

Émile Acollas (1826-1891)



Né à La Châtre et mort à Asnières, Émile-Pierre-René-Paul Acollas est le fils d'un démocrate et libre-penseur. Il fait ses études de droit à Paris et tente de faire carrière dans l'enseignement supérieur. Professeur de droit civil à la faculté de droit de Berne de 1870 à 1871, il doit se contenter, dès son retour en France, d'une clientèle privée pendant plus de trente ans. Il est nommé inspecteur général des établissements pénitentiaires en 1880. En 1869, il publie son *Manuel de droit civil*, dans lequel il se montre hostile à « l'esprit légiste » et tente de refonder le droit sur les principes du XVIII^e siècle et de la Révolution française. Il prône l'élévation du droit à l'Idée démocratique et la refonte de la codification napoléonienne. En 1866, il publie *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*. Présent à Berne lors de la Commune de Paris (1870), il est nommé doyen de la faculté de droit de Paris par la Commune, mais il refuse, craignant d'être arrêté. En 1877, il publie *Philosophie de la science politique et commentaire de la Déclaration des droits de l'homme de 1793*, où il conçoit le droit comme un moyen d'émancipation individuelle. Il se suicide le 17 octobre 1891.

Julien Bonnecase (1878-1950)



Joseph-Julien Bonnecase est né à Bilhères, dans les Basses-Pyrénées, et décédé en Haute-Marne. Juriste et professeur à Bordeaux, il enseigne le droit maritime et la législation industrielle dès 1913, ainsi que le droit civil à partir de 1918. En 1927, il prend la direction de la *Revue générale du droit*, ce qui lui permet d'élargir son auditoire. Intéressé par l'histoire de la pensée juridique, il est à l'origine de la distinction entre l'École de l'exégèse et l'École scientifique, une opposition qui deviendra la lecture quasi officielle de l'évolution de la pensée juridique contemporaine. Il est mis à la retraite d'office en 1941 en raison d'une affaire de trafic d'influence. Parmi ses ouvrages les plus importants figurent *La Thémis (1819-1931), son fondateur Athanase Jourdan* (1914), *L'École de l'Exégèse en droit civil* (1924), *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente* (1933), et son *Précis de droit civil* (1934-1935).

Jean Carbonnier (1908-2003)



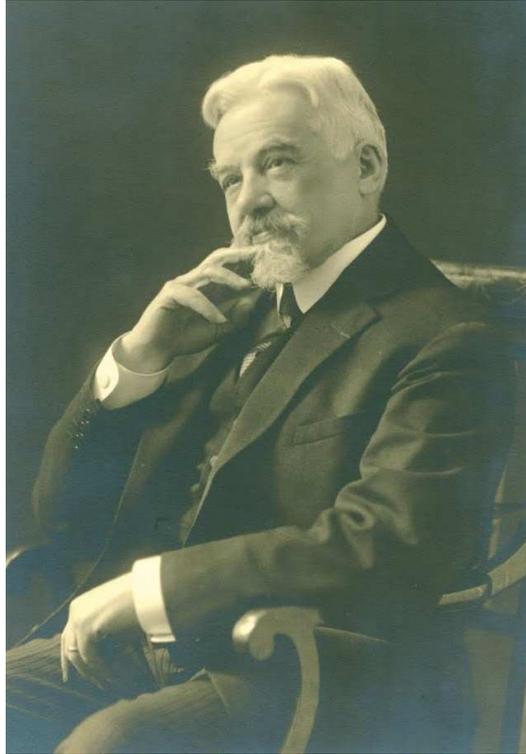
Né à Libourne et décédé à Paris, Jean Carbonnier a été professeur à la faculté de droit de Poitiers (1937-1955), dont il a été le doyen, puis à la faculté de droit de Paris (1955-1976). Ce civiliste éminent a grandement contribué à légitimer la sociologie du droit. Il a également été un « jurislatureur », ayant rédigé les avant-projets des réformes du droit de la famille entre 1964 et 1975. Dans son ouvrage *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1969), il critique « l'inflation du droit », c'est-à-dire sa prolifération excessive. Il avance que la V^e République s'illustre par une « passion des lois », concept qu'il développe dans *Droit et passion du droit sous la V^e République* (1996). Critiquant le « panjurisme », il devient le défenseur du « non-droit ». Carbonnier s'intéresse également au Code civil, qu'il considère comme une « œuvre nationale » marquant un compromis entre l'Ancien Régime et la Révolution, et, à la suite de Ripert, comme la « constitution civile » de la France. Parmi ses autres ouvrages notables figurent *Manuel de droit civil* (1955), *Sociologie juridique* (1978), *Essais sur les lois* (1979) et son article « Le Code civil », dans *Les Lieux de mémoire*, dirigé par Pierre Nora (1986).

René Capitant (1901-1970)



Fils d'Henri Capitant, René Capitant devient en 1930 professeur agrégé de droit public. Critiquant le normativisme, il défend la coutume constitutionnelle et le droit non écrit. En réintroduisant l'analyse des idées politiques dans l'étude du droit constitutionnel, il devient un observateur attentif du parlementarisme de la III^e République. En 1933, il se rend à Berlin pour étudier les causes de la chute de la République de Weimar. Engagé dans la Résistance en 1940, il devient lieutenant du général de Gaulle. À la Libération, il est nommé ministre de l'Éducation dans le gouvernement provisoire. On dit alors que le virus de la politique ne le lâchera plus (O. Beaud). En effet, il occupe diverses fonctions politiques au sein du parti gaulliste d'opposition (RPF). Sous la V^e République, le « second Capitant » devient le « légiste » du général de Gaulle.

Raymond Carré de Malberg (1861-1935)



Historien du droit dans ses jeunes années, Raymond Carré de Malberg, né et mort à Strasbourg, s'engage progressivement, et assez tardivement, dans le droit constitutionnel. En 1914, à 53 ans, il publie son premier article significatif sur « La condition juridique de l'Alsace-Lorraine ». Dès la fin de la Première Guerre mondiale, il obtient sa mutation à la faculté de droit de Strasbourg. Ce n'est qu'en 1920 qu'il publie le premier volume de son principal ouvrage, la *Contribution à la théorie générale de l'État*. Son œuvre consiste essentiellement en une comparaison entre les institutions françaises et allemandes à la lumière de la Révolution française. Il tente de démontrer que le droit constitutionnel moderne est issu des principes de la Révolution française, en particulier la souveraineté nationale. Dans *La loi, expression de la volonté générale* (1931), il s'efforce de montrer que les lois constitutionnelles de 1875 reposent sur la définition révolutionnaire de la loi comme expression de la volonté générale. En constatant la suprématie de la loi, Carré de Malberg ancre la tradition républicaine dans les principes issus de la Révolution de 1789.

Léon Duguit (1858-1928)



Issu d'une famille de notables bordelais, Léon Duguit fait de brillantes études de droit. Nommé professeur à la faculté de Caen, ses premiers enseignements portent sur l'histoire du droit. En 1886, il rejoint la faculté de Bordeaux. À partir des années 1890, inspiré par Émile Durkheim, il milite pour l'introduction de la sociologie dans les facultés de droit. Sa carrière décolle après la publication de ses travaux sur l'État (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901 et 1903), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1912) et son monumental *Traité de droit constitutionnel* en cinq tomes (publié à partir de 1911). Engagé dans la vie politique locale, il est élu conseiller municipal à Bordeaux en 1908. Son œuvre s'inscrit dans le vaste mouvement de rénovation de la science juridique, en opposition à la doctrine classique. Elle vise principalement à limiter l'État par le droit, à l'encontre des théories allemandes de l'autolimitation. Selon Duguit, la fonction principale de l'État réside dans l'accomplissement de la solidarité ou de l'interdépendance sociale, traduite par l'idée de « service public ». Après la Première Guerre mondiale, il soutient que c'est le sentiment de justice qui fonde le droit objectif.

Adhémar Esmein (1848-1913)



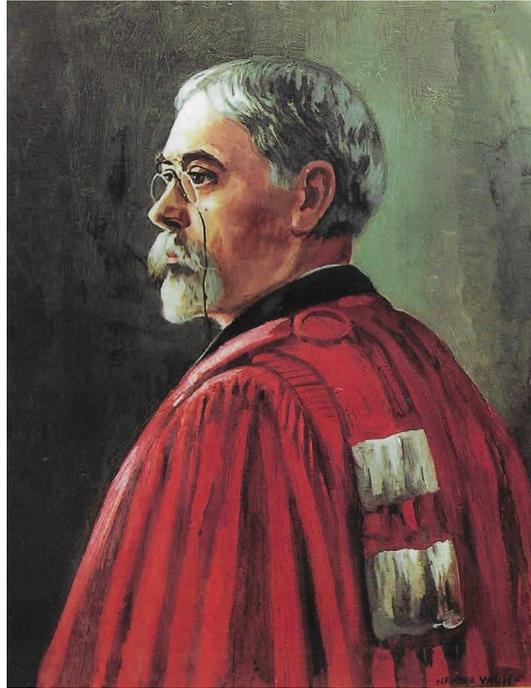
Né Jean-Paul-Hippolyte-Emmanuel Esmein, Adhémar Esmein fait ses études de droit à Paris, où il devient avocat et docteur en droit. Il enseigne le droit criminel et l'histoire du droit à la faculté de Douai à partir de 1875. Agrégé à Paris en 1879, il y enseigne le droit commercial et le droit romain, tout en étant chargé du premier cours d'histoire du droit en 1880. À partir de 1890, il enseigne également le droit constitutionnel. Esmein devient une figure incontestée de l'histoire du droit, notamment grâce à son *Histoire de la procédure criminelle en France* (1882), et il publie le premier manuel moderne sur cette discipline, *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (1892). Il est aussi l'auteur d'un ouvrage « canonique », *Éléments de droit constitutionnel* (1896), considéré comme « le premier grand traité républicain de droit constitutionnel » (J.-L. Halpérin). Grâce à sa curiosité et à ses conceptions « scientifiques », il devient un fervent défenseur de la méthode historico-comparative.

François Gény (1861-1959)



Né en Meurthe-et-Moselle et décédé à Nancy, François Gény obtient l'agrégation en droit à la huitième et dernière place en 1887. Il commence par enseigner le droit civil et le droit pénal à Alger, avant d'être nommé professeur de droit romain en 1889. Un an plus tard, il décroche un poste en droit civil à Dijon, mais est affecté à Nancy en 1905, où il devient doyen de la faculté de droit de 1919 à 1925. Inspiré par son ami et mentor Raymond Saleilles, et influencé par la pensée allemande, Gény développe une réflexion approfondie sur la méthodologie juridique, participant ainsi au mouvement de rénovation doctrinale de la Belle Époque. Son premier ouvrage, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), marque un tournant dans la pensée juridique contemporaine. Il cherche à déconstruire la « méthode traditionnelle d'interprétation » qu'il associe au « fétichisme de la loi » et à la méthode déductive. Dans un second temps, il propose une théorie des sources qui sera largement adoptée par les civilistes du XX^e siècle. Cette théorie distingue les sources formelles (la loi et la coutume) des autorités (la jurisprudence et la doctrine). À défaut de sources positives, Gény préconise la « libre recherche scientifique » pour guider les juristes. Il approfondit cette réflexion dans *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* (4 tomes, 1914 à 1924).

Maurice Hauriou (1856-1929)



Né dans une famille de notables charentais, Maurice Hauriou décède en 1929 à Toulouse. Il réalise de brillantes études à la faculté de droit de Bordeaux. Après avoir échoué deux fois à l'agrégation en 1880 et 1881, il est reçu à la première place en 1882. Il est alors chargé du cours d'histoire générale du droit à la faculté de Toulouse. À l'instar de Léon Duguit, qu'il côtoie à Bordeaux, Hauriou s'intéresse à la nouvelle science sociale, mais dans la lignée des travaux de Gabriel Tarde. En 1888, il est nommé titulaire du cours de droit administratif, une discipline alors peu développée. En 1892, le maître toulousain publie son *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*. À partir de ce moment, il développe sa théorie de l'institution, selon laquelle le droit se définit par l'institution qui en est l'objet, notamment l'État, qu'il qualifie d'« institution des institutions ». En 1896, avec *La science sociale traditionnelle*, il expose les fondements philosophiques de sa démarche. Il publie ensuite *Les Principes de droit public* (1910) et *La souveraineté nationale* (1912).

Louis Josserand (1868-1941)



Louis-Étienne Josserand, né à Lyon et mort à La Sauvetat, effectue ses études juridiques à Lyon. Attaché à la faculté de droit de cette ville, il est nommé titulaire de la chaire de droit civil en 1903, qu'il conserve jusqu'à sa nomination à la Cour de cassation en 1935. Il exerce également la fonction de doyen à la faculté de droit de Lyon de 1913 à 1935. Grâce à cette position, il soutient Édouard Lambert dans la création du premier Institut de droit comparé. Avec la parution de son ouvrage *De la responsabilité des choses inanimées* en 1897, Josserand apparaît comme un rénovateur du droit civil, remettant en cause la conception subjectiviste de la responsabilité face aux accidents provoqués par l'industrialisation. Il adhère alors à la thèse de Raymond Saleilles, qui prône une responsabilité fondée sur le risque. La publication de *De l'abus des droits* (1905) marque une tentative d'élargir le champ de la faute. Il approfondit ses idées dans *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1927) et *Des mobiles dans les actes juridiques de droit privé* (1928). À partir de 1929, il publie son monumental *Cours de droit civil*, qu'il actualise jusqu'en 1940.

Emmanuel Lévy (1871-1944)

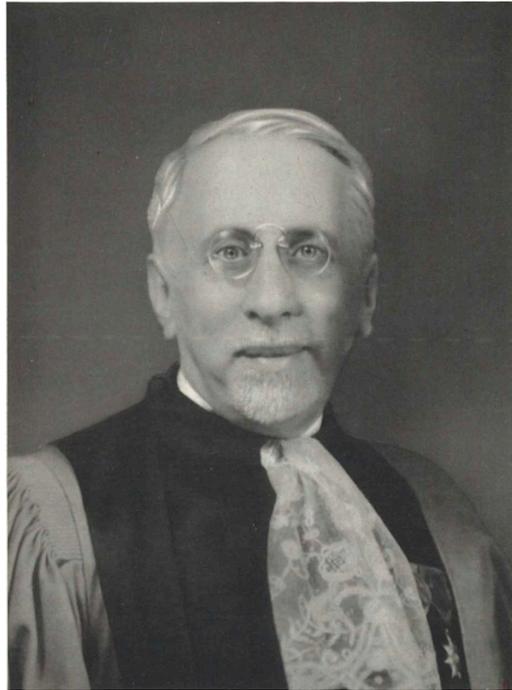
Originaire d'une famille alsacienne, Emmanuel Lévy est né à Fontainebleau et mort à Paris. Il fait de brillantes études à la faculté de droit de Paris. En 1896, il rejoint l'École de droit d'Alger pour enseigner le droit romain. Rappelé en métropole à la suite d'une violente campagne antisémite menée contre lui, il est nommé professeur de droit civil à la faculté de Lyon en 1901. C'est dans cette faculté qu'il mène toute sa carrière. Évoluant dans le milieu des rénovateurs de la science juridique, il est parfois considéré comme le plus important représentant du « socialisme juridique ». Proche de Marcel Mauss, neveu d'Émile Durkheim, Lévy participe à la revue *L'Année sociologique*. Bien qu'il soit critique de Marx, il multiplie les conférences et prises de position au sein de la SFIO. De 1919 à 1929, il exerce les fonctions d'adjoint au maire de Lyon.

Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807)



Né au Beausset, dans le Var, et mort à Paris, Portalis l'Ancien est issu d'une famille d'origine italienne implantée en Provence depuis le XV^e siècle. Après des études à la faculté de droit d'Aix, il fréquente les salons et rejoint la franc-maçonnerie. Il s'inscrit au barreau d'Aix en 1765. En tant qu'avocat, il plaide avec succès plusieurs affaires de grande notoriété, notamment celle de la comtesse de Mirabeau. Pendant la Révolution, il occupe diverses fonctions locales et nationales. Lors du coup d'État du 18 fructidor an V, Portalis est proscrit. Il s'exile d'abord en Suisse, puis dans le Holstein pendant deux ans. C'est en Allemagne qu'il rédige *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, un ouvrage qui tente d'expliquer les causes de la Révolution. Il y blâme l'esprit philosophique du XVIII^e siècle, c'est-à-dire la pensée des Lumières. Rappelé d'exil après le 18 brumaire, Portalis se rallie au nouveau régime. En 1800, il est nommé l'un des quatre membres de la commission chargée du projet de Code civil. En tant que ministre de l'Intérieur, il organise le sacre du 2 décembre 1804. Le « père du Code civil » devient ministre des Cultes de l'Empire en 1804 et reste le célèbre rédacteur du *Discours préliminaire au projet de Code civil*.

Georges Ripert (1880-1958)



Né à La Ciotat et mort à Paris, Georges Ripert est agrégé en 1906 et nommé à Aix, où il reste en poste jusqu'en 1918. Il devient ensuite professeur de droit commercial comparé et de droit maritime à Paris, et est désigné doyen de cette faculté en 1938. Admirateur de Pétain, il rejoint le régime de Vichy en tant que secrétaire d'État à l'Instruction publique et à la Jeunesse, où il applique la législation antisémite. Traduit devant la Haute Cour à la Libération, il bénéficie d'un non-lieu en 1947.

Dans plusieurs articles, notamment « Droit naturel et positivisme juridique » (1918), Ripert rejette le droit naturel et se déclare positiviste. En 1928, dans la *Revue critique*, il critique le « socialisme juridique » d'Emmanuel Lévy. Dans *La règle morale dans les obligations civiles* (1925), il soutient que la morale chrétienne doit guider le législateur. En 1936, il publie *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, où il critique la démocratie libérale et la socialisation du droit. Dans *Le déclin du droit*, il dénonce le désordre juridique sous la IV^e République. En 1955, il publie son testament juridique, *Les forces créatrices du droit*, où, sous couvert de positivisme, il appelle à défendre la morale chrétienne, s'inspirant de la lutte pour le droit de Jhering.

Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836)



« L'abbé Sieyès » est né à Fréjus et mort à Paris. Prêtre, politicien et écrivain, Sieyès est l'un des révolutionnaires les plus connus de 1789. Il est particulièrement célèbre pour son pamphlet *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* (1789), dans lequel il expose sa théorie de la souveraineté nationale et rejette l'ensemble des privilèges. En 1789, il appelle le Tiers-État à se constituer en Assemblée constituante. Cependant, après la Terreur, il adopte une position plus conservatrice. Sous le Directoire, il est l'un des principaux organisateurs du coup d'État du 18 brumaire. Sous le Consulat, Sieyès est nommé consul provisoire, sénateur, puis président du Sénat conservateur et comte d'Empire. Exilé en 1815 pour avoir voté en faveur du régicide de 1793, il revient en France après la Révolution de Juillet. Les écrits de Sieyès ont joué un rôle déterminant dans la formation du régime représentatif fondé sur la souveraineté nationale, en opposition à la théorie du contrat social de Rousseau.

Sources

- Acollas (Émile), *L'Idée du droit*, Paris et Genève, Germer-Raillière et Desrois Libraire, 1871.
- Introduction à l'étude du droit*, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1885.
 - La République et la contre-révolution (lettre au Journal de Genève)*, Genève, F. Richard, 1871.
 - Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, Paris, Ernest Thorin, Libraire-Éditeur, 1869.
 - Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, Paris, Librairie Centrale, 1866.
 - Philosophie de la science politique et commentaire de la Déclaration des droits de 1793*, Paris, A. Marescq Ainé Libraire-Éditeur, 1877.
- Alamán (Lucas), *Documentos diversos (inéditos y muy raros)*, Mexico, Jus, 1945-1948.
- Historia de México desde los Primeros Movimientos que prepararon su Independencia en el año de 1808 hasta la Época Presente (1852)*, t. I et V, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- Bonnecase (Julien), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, Ses variations et ses traits essentiels*, t. I et II, Bordeaux, Delmas, 1933.
- La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1914.
 - L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 1919.
 - L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1924
 - Qu'est-ce qu'une Faculté de Droit ?*, Paris, Recueil Sirey, 1929.
- Bufnoir (Claude), *Propriété et contrat*, Paris, LGDJ-Université de Poitiers, 2005.
- Burgoa Orihuela (Ignacio), *Derecho constitucional mexicano*, Mexico, Porrúa, 5^e éd., 1984.
- El juicio de amparo*, Mexico, Porrúa, 20^e éd., 1983.
 - El juicio de amparo*, Mexico, Porrúa, 38^e éd., 2001.
 - Las garantías individuales*, Mexico, Porrúa, 40^e éd., 2008.

Capitant (René), *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982.

-*Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004.

-« L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », dans *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, n° 1-2, 1937, 81-93.

Carbonnier (Jean), *Droit civil*, PUF, t. I, Paris, 2002.

-*Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996.

-*Essais sur les lois*, Paris, Défrenois, 1979.

-*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2014.

-« Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1981-3, n° 6-11, p. 327-336.

-*Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978 et 2^e éd., 1994.

Carpizo McGregor (Jorge), *El presidencialismo mexicano*, Mexico, Siglo XXI editores, 1978.

-*Estudios constitucionales*, Mexico, Porrúa, UNAM, 8^e éd., 2012.

-*La Constitución mexicana de 1917*, Mexico, UNAM, 5^e éd., 1982.

-« Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana », dans *Cien ensayos para el centenario. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos: Estudios históricos*, t. I, (dir.) F. A. Ibarra Palafox, P. Salazar Ugarte et G. Esquivel, Mexico, UNAM, 2017.

Carré de Malberg (Raymond), *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920.

-*Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922.

-*La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

Constant (Benjamin), *De la liberté chez les modernes*, Paris, Hachette, 1980.

-*Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Paris, Alexis Eymery, 1815.

-*Œuvres politiques*, Paris, Charpentiers et C^{ie}, Libraires-Éditeurs, 1874.

De la Cueva (Mario), *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*, comp. Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

-*La idea del Estado*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2^e éd., 1980.

-*Teoría de la Constitución*, Mexico, Porrúa, 1982.

-*Teoría general del Estado*, Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2014.

Demolombe (Jean-Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. IX et X, *Traité de la distinction des biens ; de la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 2^e éd., Paris, A. Durand et L. Hachette et C^{ie}, 1861.

Duguit (Léon), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing, 1901.

-*Leçons de droit public général*, Paris, Boccard, 1926.

-*Les Transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

-*Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912.

-*Souveraineté et liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922, p. 138.

-*Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit - Le problème de l'État*, t. II, *La théorie générale de l'État*, t. III, *La théorie générale de l'État (suite et fin)*, t. IV, *L'organisation politique de la France*, Paris, Boccard, 2^e éd., 1921-1925.

Esmein (Adhémar), *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, L. Larose & Forcel, 1892.

-*Gouverneur Morris. Un témoin de la Révolution française*, Paris, Librairie Hachette et Cie, 1906.

-*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1914.

-*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2001.

-« Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, n° XXV, p. 496-498.

García Máynez (Eduardo), *Introducción al estudio del derecho*, Mexico, Porrúa, 53^e éd., 2002.

Gaudemet (Eugène), « L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1935, t. II.

Gaudemet (Eugène), Philippe (Jestaz), Christophe (Jamin) *et al.*, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Éd. la Mémoire du droit, 2002.

Gény, (François), « Les bases fondamentales du droit civil face aux théories de L. Duguit », *RTD civ.*, 1922.

-*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, t. I et II.

-*Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, I, *Introduction, Première Partie — Position actuelle du problème de droit positif et éléments de sa solution*, Paris, Sirey 1914 ; II, *Seconde partie — Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Paris, Sirey, 1915 ; III, *Troisième partie — Élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1922 ; 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, Sirey, 1924.

Hauriou (Maurice), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté. Cahiers de la Nouvelle Journée*, Paris, Bloud et Gay, 1933/23, p. 89-128.

-*Écrits sociologiques*, préface de Frédéric Audren et Marc Milet, Paris, Dalloz, 2008.

-« Les Facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, t. XVII, n° juillet-août 1893.

-*Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose & Forcel, 7^e éd., 1911.

-*Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929.

-*Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1930.

-*Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1^e éd., 1910.

Herrera y Lasso (Manuel), *Estudios constitucionales*, segunda seria, Mexico, Editorial Jus, 1964.

Josserand (Louis), « À propos de la relativité des droits. Réponse à l'article de M. Ripert », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 49, 1929, p. 277-281.

-*Cours de droit civil positif français*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 3^e éd., 1938.

-*Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 3^e éd., 1939.

-*De l'abus des droits*, Paris, Rousseau éd., 1905.

-*De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris, LGDJ, 1927.

-« Sur la reconstitution d'un droit de classe », *Recueil Dalloz*, 1937, p. 1-4.

Lambert (Édouard), *Le droit civil et la législation ouvrière*, Paris, Dalloz, 2013.

-« Une réforme nécessaire des études de droit civil », dans *Revue internationale de l'enseignement*, t. IV, juillet-décembre, 1900, p. 216-243. URL : https://www.persee.fr/doc/revin_1775-6014_1900_num_40_2_4366, consulté le 10 juin 2023.

Lambert (Édouard) et Hakim (Nader), *Le droit civil et la législation ouvrière*, Paris, Dalloz, 2013.

Lanz Duret (Miguel), *Derecho Constitucional Mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, Mexico, Porrúa, 1931.

Laurent (François), *Principes de droit civil*, t. I, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Comp., Paris, A. Durand & Pedone Lauriel, 1869.

Lévy (Emmanuel), *La vision socialiste du droit*, Paris, Marcel Giard, 1926.

-*Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Thèse Droit, Paris, A. Pedone, 1896.

Martínez Báez (Antonio), *Obras, t. I Obras Político-Constitucionales*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

-*Obras, t. II Ensayos históricos*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

-*Obras, t. III Obra jurídica diversa*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Mora (José María Luis), *Discurso sobre la Independencia del Imperio Mexicano (1821)*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

-« Discurso sobre la necesidad de fijar el derecho de ciudadanía de la República y hacerlo esencialmente afecto a la propiedad » (1830), Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

-*México y sus revoluciones (1836)*, t. I, Mexico, Fondo de Cultura Económica, Instituto Cultural Helénico, 1986.

-*Obras sueltas*, t. I, Paris, Librairie de la Rose, 1837.

-*Sobre la necesidad e importancia de la observancia de las leyes*, Mexico, Cámara de Diputados LVII Legislatura & Pámpano Servicios Editoriales, 2015.

Otero (Mariano), *Obras completas de Mariano Otero. Legado jurídico, político y diplomático*, Mexico, Cámara de Diputados, Consejo Editorial, LXIV Legislatura, 2019.

Planiol (Marcel), *Traité de droit civil*, Paris, Pichon F. et Durand-Auzias, 1908.

-*Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 11^e éd., 1928.

-*Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, LGDJ, 11^e éd., 1931.

Portalis (Jean-Étienne-Marie), *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, Paris, Moutardier, Libraire-Éditeur, 1834, 3^e éd., t. II.

-« Discours préliminaire du premier projet de Code civil », dans *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004.

Rabasa (Emilio), *El artículo 14. Estudio constitucional y el juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, Mexico, Editorial Porrúa, 3^e éd., 1969.

-*El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, édition électronique, 2017.

-*El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, Mexico, Editorial Porrúa, 1955.

-*La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, Mexico, Cámara de diputados, Comité de Asuntos Editoriales, 1999.

-*L'évolution historique du Mexique*, trad. Carlos Docteur, Paris, Librairie Félix-Alcan, 1924.

Recaséns Siches (Luis), *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Mexico, Porrúa, 3^e éd., 1980.

-*Nueva filosofía de la técnica jurídica*, Mexico, Ediciones Coyoacán, 2012.

-*Tratado general de filosofía del derecho*, Mexico, Porrúa, 1959.

Ripert (Georges), « Abus ou relativité des droits. À propos de l'ouvrage de M. Josserand *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 49, 1929.

-*Droit naturel et positivisme juridique*, Paris, Dalloz, 2013.

-*La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1949.

-*Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949.

-*Le Régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936.

-*Le Régime démocratique et le droit civil moderne*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1948.

-*Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955.

Rousseau (Jean-Jacques), *Du Contrat Social*, Genève, Marc Michel Rey, 1762.

Saleilles (Raymond), *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, Pichon, 1904.

-« Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue Internationale de l'Enseignement*, t. 44, 1902, p. 313-329.

Schmitt (Carl), *La Dictature*, Paris, Points, 2000, trad. Mira Köller et Dominique Ségлар.

-*La notion de politique. Théorie du partisan*, trad. Marie-Louise Steinhauser, Paris, Flammarion, 1992.

-*Légalité et Légitimité*, trad. William Gueydan de Roussel, Paris, LGDJ, 1936.

-« Le Führer protège le droit. À propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 », *Cités*, trad. Mira Köller et Dominique Ségлар, 2003/2 (n° 14), p. 165-171. URL : <https://www.cairn-int.info/revue-cites-2003-2-page-165.htm>, consulté le 10 juin 2023.

-*Théorie de la Constitution*, trad. Lilyane Deroche et Olivier Beaud, Paris, Presses Universitaires de France, 2^e éd., 2013.

-*Théologie politique*, trad. Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988.

Sieyès (Emmanuel-Joseph), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, Flammarion, 1988.

-*Observations sur le rapport du comité de constitution concernant la nouvelle organisation de France*, Paris, Baudouin, 1789.

-*Œuvres de Sieyès*, Paris, EDHIS, 1989.

-*Préliminaire de la constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Pierres, 1789.

Tena Ramírez (Felipe), *Derecho constitucional mexicano*, Mexico, Porrúa, 1984.

-*Siluetas de don Emilio Rabasa*, Cultura, Mexico, 1935.

-« La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias », *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VIII, janvier-décembre, 1945, p. 203-238.

Bibliographie

1789 et l'invention de la constitution, dir. Michel Troper et Lucien Jaume, Paris, Université de Paris-X Nanterre, LGDJ, 1994.

1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir, dir. Yves Lequette et Laurent Leveneur, Paris, Dalloz, 2004.

80 años del exilio de los juristas españoles acogidos en México, dir. Luis Arroyo Zapatero, Francisco Javier Díaz Revorio, Sergio García Ramírez et Fernando Serrano Migallón, Valence, Espagne, Tirant lo Blanch, 2020.

Ackerman (Bruce), *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, dir. Gérard (Philippe), Ost (François) et Van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1987, nouvelle édition [en ligne] URL : <http://books.openedition.org/pu/sl/24481> (généré le 04 décembre 2020).

Aguila (Yann) et Stirn (Bernard), *Droit public français et européen*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2018.

Aguilar Rivera (José Antonio), *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México. 1821-1876*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

-« La Constitución y la tiranía: Emilio Rabasa y la carta de Querétaro de 1917 », dans *Historia Mexicana*, décembre 2016, p. 1415-1478.

-« La redención democrática », *Historia Mexicana*, vol. 69, n° 1, juillet-septembre 2019, p. 7-56.

-« Lucas Alamán y la Constitución », *Isonomia, Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 33, octobre 2010, p. 83-122.

-« Tres momentos liberales en México (1820-1890) », dans *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX*, dir. Iván Jaksic et Eduardo Posada Carbó, Santiago de Chile, FCE, 2011, p. 142 et s.

Andrews (Catherine), « In the Pursuit of Balance. Lucas Alamán's Proposals for Constitutional Reform (1830-1835) », *Historia Constitucional*, n° 8, 2007, p. 13-37.

Ancel (Baudouin), « La doctrine de droit international privé et le sort du droit privé étranger face aux changements de souveraineté (XIX^e-XX^e siècles), dans *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ?*, dir. Romain Bareau et al., Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2022. URL : <https://www.cairn.info/que-faire-du-droit-prive-etranger---page-399.htm>, consulté le 10 juin 2023.

Anzoategui (Tau), «La cultura del Código», *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n° 26, 1998.

Arendt (Hannah), *De la révolution*, trad. Marie Berrane, Paris, Gallimard, 1985.

-*Essai sur la Révolution*, trad. Michel Chrestien, Paris, Gallimard, 1967.

-*La révolution qui vient*, trad. Françoise Bouillot, Paris, Payot & Rivages, 2018.

-*La crise de la culture*, trad. Patrick Lévy, Paris, Gallimard, 1972.

Argujio Hoyo (Juan Fernando), *Le droit de résistance à l'oppression dans la pensée juridique contemporaine*, Mémoire Droit, Bordeaux, 2018.

Arnaud (André-Jean), *Les juristes face à la société*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975.

Arnaud (André-Jean) et Arnaud (Nicole), « Le socialisme juridique à la "Belle Époque" : visages d'une aberration », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 3-4, 1974-75, Il « *Socialismo giuridico* ». *Ipotesi e letture*, t. I, p. 25-54.

Arroyo Moreno (Jesús Ángel), « La formula de Otero y el amparo contra leyes », *Revista Jurídica*, n° 20, 1990, p. 499-529.

-« El origen del juicio de amparo », dans *La génesis de los derechos humanos en México*, dir. María del Refugio González Domínguez et Margarita Moreno-Bonett, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Assoun (Paul-Laurent), *L'École de Francfort*, Paris, Puf, Quadrige, 2^e éd., 2016.

- Atias (Christian), *Epistémologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.
- « La controverse et l'enseignement du droit », dans *Annales d'Histoire des Facultés de Droit*, n° 2, *Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, p. 107-123.
- Atienza (Manuel), « Para una razonable definición de “razonable” », *Doxa*, n° 4, 1987, p. 189-200.
- Aubry (Charles) et Rau (Frédéric-Charles), *Cours de droit civil*, Strasbourg, F. Lagier, 1839, t. I.
- Audard (Catherine), *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, 2009.
- Audren (Frédéric), « Fragilité et robustesse de la pensée juridique. Deux professeurs de droit au travail dans la France de la Belle Époque », dans *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 36, 2018/1, p. 15 à 34.
- « La Belle époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 28, 2008/2, p. 233 à 271. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-histoire-des-idees-politiques1-2008-2-page-233.htm>, consulté le 10 juin 2023.
- « Le droit au service de l'action. Éléments pour une biographie intellectuelle d'Emmanuel Lévy (1871-1944) », dans *Droit et société*, 2004/1, n°56-57, p. 79 à 107.
- 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 Droit, Bourgogne, 2005.
- Audren (Frédéric) et Fillon (Catherine), « Jossierand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD civ.*, 2009, p. 39-85.
- Audren (Frédéric) et Halpérin (Jean-Louis), *La culture juridique française : entre mythes et réalités : XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS éditions, 2022.
- Ávila (Alfredo), *En nombre de la Nación. La formación del gobierno representativo en México (1808-1824)*, Mexico, CIDE, 2002.

Ayala Aragón (Óscar Ranulfo), « La deconstrucción como movimiento de transformación », *Ciencia, Docencia y Tecnología*, vol. XXIV, n° 47, novembre, 2013, p. 79-93.

Auzanneau (Matthieu), *Or noir. La grande histoire du pétrole*, Paris, La Découverte, 2015.

Barénot (Pierre-Nicolas), *Les Recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914) : entre théorie et pratique*, Paris, LGDJ.

Barénot (Pierre-Nicolas) et Hakim (Nader), « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°41, 2012, p. 251-297.

Barroche (Julien), « L'argument sociologique chez Maurice Hauriou », dans *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s) ?*, dir. C. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 83-97.

-« Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 28, 2008/2, p. 307-335. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-histoire-des-idees-politiques1-2008-2-page-233.htm>, consulté le 10 juin 2023.

Bastos Pereira das Neves (Lucia Maria) et Pereira das Neves (Guilherme), « Indépendance au Brésil et Lumières au Portugal : politique et culture dans l'espace lus-brésilien (1792-1823) », dans *Annales Historiques de la Révolution française*, 2011 n°3, p. 31 à 53.

Baudoin (Jean), *Karl Popper*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

Beaud (Olivier), « Découvrir un grand juriste : le « premier » René Capitant », *Droits*, 2002/1, n° 35, p. 163-194.

-« Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n° 6, p. 123 à 138.

-*La puissance de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

-*Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie, 1997.

-« René Capitant, juriste républicain. Étude de sa relation paradoxale avec Carl Schmitt à l'époque du nazisme », dans *Mélanges Pierre Avril : la République*, Paris, Montchrestien, 2001.

Beignier (Bernard), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 1988, p. 77-101.

Belleau (Marie-Claire), « 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, p. 507-544. <https://doi.org/10.7202/043560ar>

Bénéton (Philippe), *Le conservatisme*, Paris, Que sais-je, 1988.

Benichou (Paul), *Le temps des prophètes. Doctrines de l'âge romantique*, Paris, Gallimard, 1977.

Bergson (Henri), *L'évolution créatrice*, Paris, Presses Universitaires de France, 1941.

Berman (Harold), *Droit et révolution*, trad. Raoul Audoin, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002.

Blanquer (Jean-Michel) et Marc Milet, *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*, Paris, Presses Universitaires de France, 2^e éd., 2006.

Bluche (Frédéric), Rials (Stéphane) et Tulard (Jean), *La Révolution française*, Paris, Presses Universitaires de France, 6^e éd., 2003.

Boccon-Gibod (Thomas), « Duguit, et après ? Droit, propriété et rapports sociaux », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVIII, 2014/3, p. 285 à 300.

Boudot (Michel), « Claude Bufnoir (1832-1898). Avec les textes pour assises mais au-dessus des textes et par-delà les textes », dans *Propriété et contrat*, Paris, LGDJ-Université de Poitiers, 2005, p. I-XV.

Boudon (Julien), « Une doctrine juridique au service de la République ? La figure d'Adhémar Esmein », *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2/2012.

Bourdieu (Pierre), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 3-19.

Bourdet (Yvon), Brohm (Jean-Marie), Dreyfus (Michel), Paris (Robert), Pluet (Jacqueline), Risacher (Jean), Woronoff (Denis), *Que lire ? Bibliographie de la révolution*, Paris, EDI, 1975.

Boyd (Melissa), *The Political Career and Ideology of Mariano Otero, Mexican Politician (1817-1850)*, St Andrews, University of St. Andrews, 2012.

Brimo (Albert), *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, rééd. de la troisième éd. publiée en 1978, Paris, Éditions A. Pedone, 2018.

Brinton (Crane), *The Anatomy of Revolution*, New York, Random House, 1965.

Bredin (Jean-Denis), *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Éditions de Fallois, 1988.

Breuer (Stefan), *Anatomie de la Révolution conservatrice*, trad. Olivier Mannoni, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1996.

Brunet (Pierre), *Les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg (1861-1936)*, dans *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, dir. Diego Valadés et alii, Mexico, Siglo XXI, 2011.

Burdeau (Georges), « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, 9^e année, n°1, 1959. p. 87-100.

Cabra Apalategui (José Manuel), « Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable », *AFD*, n° XVII, 2011, p. 37-61.

Cárdenas Ayala (Elisa), « Poder y política entre Porfiriato y Revolución: El reyismo », dans *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, n° 11, 2004, p. 87 à 106.

Carrillo Nieto (Juan José), « L'usage de la « Révolution sociale de 1910 » dans la construction du système politique mexicain : de la création de héros, d'ennemis et d'institutions », *Hypothèses*, 2022/1 n° 23, p. 99 à 108.

Cayla (Olivier), « L'indicible droit naturel de François Géný », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 6, 1988, p. 103-122.

Chambost (Anne-Sophie), « “Ce n'est pas du droit !” L'utilité des idées politiques en droit », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 2015, n°35, p. 497-538.

-« Hauriou, Renard, Delos (Gurvitch). La théorie de l'institution contre l'omnipotence de la loi », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2012, n° 32, p. 373-387.

Chartier (Roger), *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Éditions du Seuil, 2000.

Chartreux (Félix), Chirio (Maud), Larrère (Mathilde), Lemire (Vincent) et Palieraki (Eugénia), *Révolutions*, Paris, Belin, 2017.

Chazal (Jean-Pascal), « Léon Duguit et François Géný, controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, 2010/2, p. 85-133.

-« “Relire Josserand”, oui... mais sans le trahir ! », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1777-1785.

Cherfouh (Fatiha), *Le juriste entre science et politique. La Revue Générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2017.

Cherfouh (Fatiha) et Hakim (Nader), « L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion », dans *L'Histoire du droit en France Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, dir. Jacques Krynen et Bernard d'Alteroche, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 117-143.

Chevallier (Jacques), « Les linéaments d'une théorie sociologique de l'administration », dans *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s) ?*, dir. C. Alonso, A Duranthon, J. Schmitz, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 621-632.

Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, t. I, *Estudios Históricos*, dir. Francisco Ibarra Palafox, Pedro Salazar Ugarte et Gerardo Esquivel, Mexico, UNAM, IJ, 2017.

Conservadurismo y derechas en la historia de México, t. I et II, dir. Erika Pani, Mexico, FCE, Conaculta, 2009.

Conservatisme et révolutions en Amérique latine, dir. Frédéric Mauro, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1988.

Córdova (Araldo), *La formación del poder político en México*, Mexico, ERA, 1972.

-*La ideología de la Revolución mexicana. La formación del nuevo régimen*, Mexico, Ediciones Era, 1973.

Cortez Salinas (Josafat), « Los cambios en las ideas jurídicas en México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, année L, n° 153, septembre - décembre 2018, p. 835-861.

Cosío Villegas (Daniel), *La Constitución de 1857 y sus críticos (selección)*, Mexico, Biblioteca del pensamiento legislativo y político mexicano, 1^e éd., 2014.

Cossío Díaz (José Ramón), *Cambio social y cambio jurídico*, Mexico, Instituto Tecnológico de México & Miguel Ángel Porrúa, 2008.

Cotterrell (Roger), « Emmanuel Lévy and legal studies: a view from abroad », *Droit et société*, 2004/1, n° 56-57, p. 131-141.

Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes, dir. Jean-François Kervégan, Lyon, ENSUITE, 2002.

Cruz Barney (Óscar), *Historia del derecho en México*, Mexico, Oxford University Press, 2^e éd., 2014.

-*Historia del derecho en México*, Mexico, Tirant lo Blanch, 3^e éd., 2021.

-« La codificación en México », dans *Historia del derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, dir. José Antonio Caballero Juárez et Óscar Cruz Barney, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

« La codificación civil en México: aspectos generales », [en ligne] URL: www.juridicas.unam.com.mx

-*La república central de Félix Zuloaga y el Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1858*, UNAM-IJJ, Mexico, 2009.

Cruz Parcero (Juan Antonio), « La filosofía del derecho en México », *Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho en México*, n° 2, avril 1995, Mexico, ITAM, p. 207-215.

Cuadros Aguilera (Pol), *Recaséns Siches y la teoría de la argumentación jurídica*, Mémoire Droit, Barcelone, 2015.

Cuevas Murillo (Óscar), « El licenciado Andrés Molina Enríquez y su influencia en la Constitución de 1917 », UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, XXXVI, p. 151-179.

Danos (Frédéric), « La Faculté de droit de Paris, la Commune et Émile Aollas », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2011, p. 245-267.

Dauchy (Serge), « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, n° 256, p. 325-343.

De Castro (Cid), *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974.

De la comparaison à l'histoire croisée, dir. Michael Werner et Bénédicte Zimmermann, Paris, EHESS, *Le Genre humain*, 2004.

De la ilustración al liberalismo: symposium en honor al profesor Paolo Grossi, dir. Paolo Cappellini et Paolo Grossi, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Del Arenal Fenochio (Jaime), *Historia mínima del derecho en occidente*, México, El Colegio de, 2016.

del Vecchio (Giorgio), *Filosofía del Derecho*, Barcelone, Bosch, t. I, 1929, préface p. XIII.

Denoix de Saint Marc (Renaud), *Histoire de la loi*, Toulouse, Privat, 2008.

Decoux (Prune), *French Readings in Law Reviews : Les lectures américaines de la doctrine juridique française (1870-1945)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2019.

Derrida (Jacques), « Una filosofía deconstructiva », *Zona Erógena*, n° 35, 1997.

Desmons (Eric), *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999.

Díaz y Díaz (Martín), « Molina Enríquez y la Constitución heterodoxa », *Revista Alegatos*, n° 6, mai-août 1987, p. 30-38.

-« Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución », dans *Ensayos sobre la propiedad*, dir. Antonio Azuela, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Dissaux (Nicolas), « L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény », *RTD Civ.*, 2008, p. 417-429.

Djellal (Farida) et Gallouj (Faïz), « Les lois de l'imitation et de l'invention : Gabriel Tarde et l'économie évolutionniste de l'innovation », *Revue économique*, n° 68, 2017/4, p. 643 à 671.

Doctrina constitucional mexicana, dir. Imer B. Flores, Mexico, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM et IJ, 2016.

Droit constitutionnel, dir. Louis Favoreu, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2004.

Drouin (Jean-Claude), *Les grands économistes*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 2012.

Dubouchet (Paul), *De la guerre au terrorisme... Les véritables causes*, Paris, L'Harmattan, 2015.

Dufour (Alfred), « L'histoire dans la pensée de Savigny », dans *Cahiers d'Études Germaniques*, n° 40, 2001/1, *Historiographie Allemande au XIX^e siècle*, p. 85-103.

Duguit et les Amériques. Historicités et circulations transatlantiques d'une pensée juridique, actes du colloque international à La Havane, Cuba, les 5 et 6 avril 2018 (à paraître).

Dupret (Baudouin), Blouët et Arguijo Hoyo (Juan Fernando), « La révolution comme hypostase constitutionnelle. Réflexions à partir des cas égyptien et mexicain » (à paraître).

Durkheim (Émile), *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975.

-*Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Flammarion, 1988.

-*Sociologie et philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014.

Ellul (Jacques), *Autopsie de la révolution*, Paris, La Table Ronde, 2008.

Elias (Norbert), *Qu'est-ce que la sociologie ?*, trad. Yasmin Hoffman, Éditions de l'Aube, 1991.

El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Querétaro, 1987.

El siglo de la Revolución Mexicana, dir. Jaime Bailón Corres, Carlos Martínez Assad et Pablo Serrano Álvarez, Mexico, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 2000.

Escalante Gonzalbo (Pablo), García Martínez (Bernardo), Jáuregui (Luis), Vázquez (Josefina Zoraida), Speckman Guerra (Elisa), Garciadiego (Javier) et Aboites Aguilar (Luis), *Nueva Historia mínima de México*, Mexico, El Colegio de México, 2004.

Esmein (Paul), « La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile », *Dalloz*, 1934, p. 53-56.

Espagne (Michel), « La notion de transfert culturel », *Revue Sciences/Lettres*, n° 1, 2013, *Transferts culturels. Problèmes et concepts*, [en ligne] <https://doi.org/10.4000/rs1.219> (généré le 04/05/2022).

Estado de derecho y transición jurídica, dir. José María Serna de la Garza et José Antonio Caballero Juárez, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches, dir. Rodríguez García (Fausto E.), Mexico, UNAM, 1980.

Estudios jurídicos en homenaje a Martínez Báez, dir. Fernando Serrano Migallón, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2004.

Estudios jurídicos en homenaje a Ignacio Burgoa Orihuela, dir. Fernando Serrano Migallón, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2004.

Estudios políticos y constitucionales, dir. Raquel Herrera y Lasso et Jaime del Arenal Fenochio, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Mexico, 1986.

Falelavaki (Yannick), *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Thèse Droit, Rennes, 2016.

Favoreu (Louis), Gaña (Patrick), Ghevontian (Richard), Mestre (Jean-Louis), Pfersmann (Otto), Roux (André), Scoffoni (Guy), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 17^e éd., 2015.

-*Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 25^e éd., 2023.

Fenet (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836.

Fenouillet (Dominique), « Étienne, Louis Josserand », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 1996, p. 27-45.

Fernández Segado (Francisco), « El voto particular de Don Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México. Nota introductoria sobre los antecedentes del juicio de amparo », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, 2000, p. 579-614.

Figures de Sieyès, dir. Jean Salem et al., Éditions de la Sorbonne, 2008.

Fioravanti (Marco), « Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », *Annales Historiques de la Révolution française*, n° 349, juillet-septembre, 2007, p. 87-103.

Fish (Stanley), *Quand lire c'est faire. L'autorité des communautés interprétatives*, trad. Étienne Obenesque, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.

Fix-Zamudio (Héctor), *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 14^e éd., 2007.

Fleck (Ludwik), *Genèse et développement d'un fait scientifique*, trad. Nathalie Jas, Paris, Flammarion, 2008.

Flores (Imer B.), *Eduardo García Máynez (1908-1993)*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Floris Margadant (Floris), *Introducción al estudio del derecho*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

Foessel (Michaël), « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Études*, 2011/3, t. 414, p. 341 à 351.

Fonbaustier (Laurent), « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *RFDA*, 2004, p. 1053 et s.

Fontaine (Lauréline), *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Paris, Lextenso, 2012.

Foucault (Michel), *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France (1975-1976)*, Paris, Gallimard, 1997.

Foulquier (Norbert), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste. 1856-1929 », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, p. 1, [en ligne] URL: www.juspoliticum.com

François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, dir. Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden et Philippe Jestaz, Montréal, Yvon Blais, 2000.

Frydman (Benoît), *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011.

Frydman (Benoît) et Haarscher (Guy), *Philosophie du droit*, 3. éd, Paris, Dalloz, 2010.

Fukuyama (Francis), « The End of History ? », *The National Interest*, 1989, n° 16, p. 3-18.
-*The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992.

Furet (François), *La Révolution française*, préface de Mona Ozouf, Paris, Gallimard, 2007.
-*Le passé d'une illusion*, Paris, Robert Laffont, 1995.

-« Réflexions sur l'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIX^e siècle », dans *Pouvoirs*, n° 50, 1789-1989 *Histoire constitutionnelle*, septembre 1989, p. 5-14.

Gallego Anabitarte (Alfredo), « Les facultés de droit espagnoles et l'influence française, en particulier dans le domaine du droit public, aux XVIIIe et XIXe siècles », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1994, p. 113-148.

Garaud (Marcel) et Szramkiewicz (Romuald), *La Révolution française et la famille*, Paris, PUF, 1978, préface de Jean Carbonnier.

Garcíadiego (Javier), *Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho*, Mexico, UNAM, 2006.

García Jimenez (Leonarda), « Aproximación epistemológica al concepto de ciencia: una propuesta básica a partir de Kuhn, Popper, Lakatos y Feyerabend » dans *Andamios*, vol. 4, n°8, juin 2008, p. 185-212.

Gargarella (Roberto), *Latin American constitutionalism, 1810-2010. The Engine room of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 2016.

Garner (Paul), *Porfirio Díaz*, New York, Routledge, 2014.

Gasparini (Éric), « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête du juste milieu », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, p. 121-133.

González Navarro (Moisés), *El pensamiento político de Lucas Alamán*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1952.

Granjard (Benoit), « L'idéal républicain sur les traces de l'innovation juridique : l'exemple d'un juriste fondateur du XIXe siècle, Émile Acolas », dans *Droit et Innovation*, dir. Jacques Mestre et Laure Merland, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

Grimaldi (Michel), « L'exportation du code civil », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 80-96.

Guzmán Brito (Alejandro), *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2006, p. 198.

González (María del Refugio), « La Constitución de 1857, reformada. La visión de la Suprema Corte de Justicia », dans *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, t. I, dir. Eduardo Ferrer Mac-Gregor et Alonso Herrera, Mexico, UNAM, III, 2017.

-*La Constitución de 1917: ¿nueva o reformada?*, Mexico, Centro de Estudios en Derecho e investigaciones Parlamentarias, 2015.

-« La presencia del derecho indiano en México a través de las fuentes legales del *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Escriche, anotadas por Juan N. Rodríguez* », dans *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, dir. Lydia Molinero Mondragón, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

-« Notas para el estudio del proceso de codificación civil en México », dans *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, dir. Jorge A. Sánchez-Cordero Dávila, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978.

González A. Carrancá (Juan Luis), « Comentarios sobre la evolución de la enseñanza del derecho en México », dans *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. I, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

Goupy (Marie), « La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt : réaction et solution à la crise de la pensée libérale de l'ordre », dans *Archives de philosophie du droit. L'ordre public*, dir. René Sève, Paris, Dalloz, 2015, p. 355-371.

Grossi (Paolo), *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1998.

-*L'Europe du droit*, Paris, Seuil, 2011, trad. Sylvie Taussig.

-*Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Guerlain (Laëtitia), « 67. Observations sous *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1969) de Jean Carbonnier », dans *Les grands discours de la culture juridique*, dir. Julie Benetti, Pierre Egéa, Xavier Magnon et Wanda Mastor, Paris, Dalloz, 2017, p. 830-839.

-« Jean Carbonnier », dans *Great Christian Jurists in French History*, dir. Olivier Descamps et Rafael Domingo, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 433-446.

Guerra (François-Xavier), « L'Amérique Latine face à la Révolution Française », dans *Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, n° 54, 1990.

-*Le Mexique. De l'Ancien Régime à la Révolution*, Paris, L'Harmattan, 1985.

Gurvitch (Georges), « Les fondements et l'évolution du droit d'après Emmanuel Lévy », dans *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, A. Pedone, 1935.

Gusdorf (Georges), *La conscience révolutionnaire : les Idéologues*, Paris, Payot, 1978.

-*Les révolutions de France et d'Amérique. La violence et la sagesse*, Paris, Librairie Académique Perrin, 1988.

Haferkamp (Hans-Peter), *Die Historische Rechtsschule*, Francfort, Vittorio Klostermann, 2018.

Hakim (Nader), « « Chacun choisit son propre droit » : le droit sur le fil du rasoir postmoderne », dans *Dialogues autour du nihilisme juridique*, dir. Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, *Historia et Ius*, 2020.

-« De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits*, 2008/1, vol. 47, p. 45-76. DOI : 10.3917/droit.047.0045. URL : <https://www.cairn.info/revue-droits-2008-1-page-45.htm>, consulté le 10 juin 2023.

-*Du chaudron magique à la science juridique : Édouard Lambert ou le désir politique du droit*, Paris, Dalloz, 2013.

-*L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

-« L'invention juridique de la nature. Demolombe et la 'nature des choses' », dans *Des racines du droit & des contentieux. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Louis Mestre*, Le Mans, Éditions l'Épitoge, 2020, p. 297-308.

-« Un essai de conceptualisation des fonctions de la doctrine et des juristes : l'Introduction à l'étude du droit de Hyacinthe Blondeau », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 2008, p. 635-640.

Hale (Charles), *Emilio Rabasa and the Survival of Porfirian Liberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2008.

-*Emilio Rabasa y la supervivencia del liberalismo porfiriano. El hombre, su carrera y sus ideas (1856-1930)*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2011.

-« La tradición del Derecho Continental Europeo y el Constitucionalismo en el México del siglo XX: el legado de Emilio Rabasa », *Historia Mexicana*, vol. 48, no. 1, 1998, p. 97–125.

-*La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*, Fondo de Cultura Económica, 2014.

-« Los mitos políticos de la nación mexicana: el liberalismo y la Revolución », *HMex*, vol. XLVI, n° 4, 1996, p. 821-837.

-*Mexican Liberalism in the Age of Mora, 1821-1853*, New Haven and London, Yale University Press, 1968.

-« The Liberal Impulse: Daniel Cosío Villegas and the *Historia Moderna de México* », *The Hispanic American Historical Review*, vol. 54, n° 3, août 1974, p. 479-498.

Halpérin (Jean-Louis), « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique du droit français et étranger*, vol. 75, n° 3, juillet - septembre, 1997, p. 415-433.

-Édouard de Laboulaye, *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*, Paris, Dalloz, 2013.

-« Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio@Themis*, n° 5, 2012.

-*Five Legal Revolutions Since the 17th Century. An analysis of a Global Legal History*, Switzerland, Springer International Publishing, 2014.

-*Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004.

-*Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2^e éd., 2006.

-*Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires Françaises, 2^e éd., 2012.

-« Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, avril-juin, *La Révolution et le droit*, 2002, p. 135-151.

-« L'Histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001/1, n° 4, p. 9 à 32.

-*L'impossible Code civil*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

-« Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 2017, *Contextualiser : une pratique transdisciplinaire ?*, p. 31-48, [en ligne] URL : <https://doi.org/10.4000/rhsh.494> (généré le 23/04/2022)

Hartog (François), *Régimes d'historicité: présentisme et expériences du temps*, Paris, Éditions du Seuil, 2015.

Herrera (Carlos Miguel), « Comment le social vient au constitutionnalisme. Entre État et droits », dans *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française*, dir. Carlos Miguel Herrera, Paris, Kimé, 2011, p. 29-52.

-« Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2021/1 n° 125, p. 227 à 248.

-« Constitutionnalisme et populisme constitutionnel en Amérique latine », dans *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Kimé, 2015, p. 83 à 114.

-« Georges Ripert en politique », *Droits*, 2017/1 n° 65, Presses Universitaires de France, p. 181 à 199.

-*Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003.

Histoire globale des socialismes. XIX^e-XXI^e siècle, dir. Razmig Keucheyan, Jean-Numa Ducange et Stéphanie Roza, Paris, Presses Universitaires de France, 2021.

Hodge Dupré (Eduardo Andrés), « La violencia política tras la independencia en el pensamiento de Lucas Alamán, José María Luis Mora, Juan B. Alberdi y Domingo F. Sarmiento », *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 21, n° 43, juillet - septembre, 2023, p. 765-788.

Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX, dir. Diego Valadés et alii, Mexico, Siglo XXI, 2011.

Irti (Natalino), *Le nihilisme juridique*, Paris, Dalloz, 2017.

Jamin (Christophe), *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012.

-« Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 733-751.

-« L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1994

Jamin (Christophe) et Jestaz (Philippe), *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

Jardin (André), *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Paris, Hachette, 1985.

Jean Carbonnier: *L'homme et l'œuvre*, dir. Raymond Verdier, Presses Universitaires de Paris Nanterre, Paris, 2014.

Jean (Jean-Paul) et Royer (Jean-Pierre), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 127-142.

Jellinek (Georg), *Révision et mutation constitutionnelles*, trad. Marie Ange Roy et Olivier Jouanjouan, Paris, Dalloz, 2018.

Jeon (Ji-Hyun), « Emmanuel Lévy (1871-1943) : un juriste socialiste oublié », *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, n° 156, *Socialismes des juristes*, avril-juin 2000, p. 51-55.

-« Lettres d'Emmanuel Lévy à Marcel Mauss (1896-1937) », *Jean Jaurès Cahiers trimestriels*, n° 156, *Socialismes des juristes*, avril- juin 2000, p. 56-78.

Jhering (Rudolf von), *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, t. IV, Paris, Librairie Marescq, 1902.

Jouanjouan (Olivier), « Hermann Heller : crise de l'État, crise de la théorie », dans *Herman Heller, La crise de la théorie de l'État*, Hermann Heller, Paris, Dalloz, 2012.

-*Sur une réception française de Savigny (À l'occasion de la parution de la première traduction en langue française de De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit)*, *Droits*, 2007/2, n° 46, p. 159 à 182.

Juristas universales, dir. Rafael Domingo, Madrid, Marcial Pons, 2004, 4 vol., t. I, *Juristas antiguos* ; t. II, *Juristas modernos, siglos XVI al XVIII: de Casio a Savigny* ; t. III, *Juristas del siglo XIX: de Savigny a Kelsen* ; t. IV, *Juristas del siglo XX: de Kelsen a Rawls*.

Kanayama (Naoki), « Les civilistes français et le droit naturel au XIX^{ème} siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 8, 1989, p. 129-154.

- Kant (Emmanuel), *Critique de la raison pratique*, trad. François Picavet, Paris, PUF, 2016.
- Critique de la raison pure*, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris, Félix Alcan, 2^e éd., 1905.
- Les Fondements de la métaphysique des moeurs*, trad. V. Delbos, Paris, Les Échos du Maquis, 2013.
- Karl Popper. Science et philosophie*, dir. Renée Bouveresse et Hervé Barreau, Lyon, Librairie Philosophique J. Vrin, 1991.
- Keiser (Thorsten), « Social conceptions of Property and Labour — Private Law in the aftermath of the Mexican Revolution and European Legal Science », *Rechtsegschichte Legal History*, 2012, p. 258-273.
- Kennedy (Duncan), *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système*, trad. Thomas Déri, Marie-Eve Lamy et Claude-Catherine Lemoine, Montréal, Canada, Lux Éditeur, 2010.
- Koselleck (Reinhart), *Le Futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, trad. Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock, Paris, EHESS, 1990.
- Le règne de la critique*, trad. Hans Hildenbrand, Paris, Les éditions de Minuit, 1979.
- Krauze (Enrique), *Siglo de caudillos*, Mexico, Tusquets, 1994.
- Knight (Alan), *La revolución cósmica. Utopías, regiones y resultados, México 1910-1940*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- « The Myth of the Mexican Revolution », *Past & Present*, volume 209, n° 1, novembre 2010, p. 223-273.
- Kuhn (Thomas), *La structure des révolutions*, trad. Laure Meyer, Paris, Flammarion, 2^e éd., 1983.
- La révolution copernicienne*, Paris, Fayard, 1973, trad. Avram Hayli.
- The structure of scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press, 4^{ème} éd., 2012.

L'avenir de la codification en France en Amérique latine, dir. Christian Larroumet et Mauricio Tapia, Paris, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2004.

L'héritage de la Révolution française, dir. François Furet, Paris, Hachette, 1989.

L'histoire du droit entre science et politique, dir. Nader Hakim, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2019.

L'idée de contrat social. Genèse et crise d'un modèle philosophique, dir. Jean-Pierre Cléro et Thierry Ménissier, Paris, Ellipses, 2004.

L'État au XX^e siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental, dir. Simone Goyard-Fabre, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2004.

Laronze (Fleur), « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 68, 2012/1, p. 175 à 224.

Laquièze (Alain), « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e Siècles » dans *Figures de Sieyès*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008 [en ligne] URL : <http://books.openedition.org/psorbonne/20034> (généralisé le 04 avril 2024).

La Revolución francesa en México, dir. Solange Alberro, Alicia Hernández y Elías Trabulse, Mexico, El Colegio de México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 1991.

Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property, dir. Paul Babie et Jessica Viven-Wilksch, Springer, 2019.

Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République. La Faculté de droit de Lyon, dir. David Deroussin, Paris, La Mémoire du Droit, 2007.

La dinámica del cambio constitucional en México, dir. José María Serna de la Garza et Isidro de los Santos Olivo, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

La herencia del constitucionalismo social mexicano y sus desafíos, dir. José Ramón Cossío Díaz, Mexico, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.

La pensée de François Gény, dir. Cachard (Olivier), Licari (François-Xavier), Lormant (François), actes du colloque international de l'Institut François Gény, à Nancy-Metz les 21-22 octobre 2011, Paris, Dalloz, 2013.

Latour (Bruno), *Cogitamus. Six lettres sur les humanités scientifiques*, Paris, La Découverte, 2014.
-Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique, Paris, La Découverte, 1997.

La République et son droit (1870-1930), dir. Annie Stora-Lamarre, Jean-Louis Halpérin et Frédéric Audren, Paris, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2011.

La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, dir. Olivier Beaud et Patrick Wachsman, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997.

La Revolución francesa en México, dir. Solange Alberro, Alicia Hernandez Chavez et Elias Trabulse, Mexico, El Colegio de Mexico, 1992.

La vie intellectuelle en France 3. Le temps des crises (de 1962 à nos jours), dir. Christophe Charle et Laurent Jeanpierre, Paris, Seuil, 2016.

Law and Christianity in Latin America. The Work of Great Jurists, dir. M. C. Mirror and Rafael Domingo, London and New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2021.

Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism, dir. David Dyzenhaus, Durham and London, Duke University Press, 1998.

Leca (Antoine), *Lecture critique d'Alexis de Tocqueville*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la constitución de 1917, dir. José Ramon Cossío Díaz et Jesús Silva-Herzog Márquez, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, dir. Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prétot, Paris, Montchrestien, Extenso, 2009.

Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, dir. Carlos Miguel Herrera, Paris, L'Harmattan, 1995.

Le Pillouer (Arnaud), « La notion de “régime d’assemblée” et les origines de la classification des régimes politiques, Presses Universitaires de droit, *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2 n° 58, p. 305 à 333.

Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle, dir. Nader Hakim et Fabrice Melleray, Paris, Dalloz, 2013.

Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?, dir. Maryvonne Hecquard-Théron, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2005.

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. II, Obligations et contrats spéciaux, sûretés, dir. Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2008.

Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République, t. I, dir. Carlos Miguel Herrera, Paris, Kimé, 2003 et t. II, 2012.

Les lieux de mémoire, tome II. La Nation, dir. Pierre Nora, Paris, Gallimard, 1986.

Les mutations constitutionnelles, Actes de la journée d'étude du 5 avril 2013, Paris, Société de législation comparée, 2013.

Les penseurs du Code civil, dir. Claude Gauvard, Paris, Association Française pour l'Histoire de la Justice, 2009.

Libro de homenaje a Mario de la Cueva, Mexico, UNAM, 1981.

Lida (Clara E.), « The Democratic and Social Republic of 1848 and its Repercussions in the Hispanic World », dans *The European Revolutions of 1848 and the Americas*, dir. Guy Thomson, Londres, Institute of Latin American Studies, 2002, p. 46-75.

Liet-Veaux (Georges), *La continuité du Droit interne. Essai d'une Théorie Juridique des Révolutions*, Thèse Droit, Rennes, 1942.

Lira (Andrés), « La recepción de la Revolución Francesa en México. 1821-1848. José María Luis Mora y Lucas Alamán », *Relaciones*, Zamora, El Colegio de Michoacán, n° 4, 1989, p. 5-27.

Llesta Ferrand (Nicolas), *La doctrine du XIX^e siècle et l'individualisme juridique : discours des juristes sur l'ordre social contemporain*, Thèse Droit, Bordeaux, 2022.

Löwy (Michael), *La révolution est le frein d'urgence. Essais sur Walter Benjamin*, Paris, Éditions de l'éclat, 2019.

Malaparte (Curzio), *Technique du coup d'État*, trad. Juliette Bertrand, Paris, Bernard Grasset, 1966.

Malaurie (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996.

Malia (Martin), *Histoire des révolutions*, Paris, Tallandier, 2008, trad., Laurent Bury.
-Comprendre la Révolution russe, Paris, Seuil, 1980.

Manent (Pierre), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Fayard, 2012.

Manin (Bernard), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 3^e éd., 2019.

Martínez Chávez (Eva Elizabeth), « Movimiento de juristas, circulación del derecho: Republicanos españoles en América », dans *Clio@Themis*, vol. 22, 2022, *Les juristes en voyageurs*, p. 5, [en

ligne] URL : <http://journals.openedition.org/cliothemis/2227> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/cliothemis.2227>, consulté le 10 juin 2023.

Marván Laborde (Ignacio), *Cómo hicieron la Constitución de 1917*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Maulin (Éric), « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », dans *Annales Historiques de la Révolution française*, n° 328, avril-juin 2002, *La Révolution et le Droit*, p. 5-25.

-*La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

Mazeaud (Pierre), « Le Code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, 2004/3, n° 110, p. 152-159.

Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, Sirey, 1985.

Meyer (Jean), *La Revolución mexicana*, trad. Héctor Pérez-Rincón, Mexico, Maxi Tusquets, 2016.

Mendieta y Nuñez (Lucio), *Historia de la Facultad de derecho*, Mexico, UNAM, 1997.

Mexico in the Age of Democratic Revolutions, 1750-1850, dir. Jaime E. Rodríguez O., Boulder, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1994.

México y sus constituciones, dir. Patricia Galeana, Mexico, Fondo de Cultura Mexicana, 2003.

Michaut (Françoise), « L'École de la "sociological jurisprudenc", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1986 n° 2, vol. 17, p. 33-75.

Mijangos y González (Pablo), *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, Mexico, El Colegio de México, 2019.

Millard (Éric), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 1995, 30/31, p. 381-412.

Mirkine-Guetzévitch (Boris), *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delegrave, 2e éd., 1930.

Molina Pérez (Valente), « La configuración del discurso histórico sobre Emilio Rabasa Estebanell como ideólogo de la Constitución Política de 1917 », *Revista Pueblos y fronteras digital*, vol. 16, 2021.

Morabito (Marcel), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Montchrestien - Lextenso, 12^e éd., 2012.

Morelou (Jean-Pierre), « Le gaullisme de guerre de René Capitant », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 16, 1995, p. 9-172.

Motte (Olivier), *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle*, Bonn, Bouvier Verlag, 1989, t. I.

Narváez Hernández (José Ramón), « La crisis de la codificación y la historia del derecho », *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n° 15, 2003, p. 191-205.

Negri (Antonio), *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, trad. Étienne Balibar et François Matheron, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

Nemo (Philippe), *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporaines*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

Neyrat (Anna), *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers : les cas de la France et de l'Espagne*, Thèse Droit, Bordeaux, 2016.

Nicolet (Claude), *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 2^e éd., 1992.

Niort (Jean-François), *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, t. I, 2004.

Nouvel (Pascal), *La philosophie des sciences*, Paris, PUF, 2011.

Ost (François), « *In memoriam - André-Jean Arnaud (1936 - 2015)* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, n° 1, vol. 76, p. 1-3.

Pantoja Morán (David), *Bases del constitucionalismo mexicano. La constitución de 1824 y la teoría constitucional*, Mexico, FCE, Senado de la República, 2017.

-« *Sieyès et la constitution mexicaine de 1836* », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/1, n° 33, p. 103-116.

Pasquino (Pasquale), *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.

Passé et présent du droit, n° 5. Compilations et codifications juridiques. 2-Autour du Code Napoléon, dir. David Deroussin et Florent Garnier, Paris, Le Manuscrit, 2008.

Paz (Octavio), *El laberinto de la soledad, Postdata y Vuelta a El laberinto de la soledad*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 6^e éd., 2019.

Perelman (Chaïm), *Le Raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984 ;

-*Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999.

Pertué (Michel), « *La notion de constitution à la fin du XVIII^e siècle* », dans *Des notions-concepts en révolution. Autour de la liberté politique à la fin du XVIII^e siècle*, dir. Jacques Guilhaumou, Raymonde Monnier, Paris, Société des Études Robespierriéristes, 2003.

Pina (Sandrina), « *La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France* », *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015/1, p. 373 à 392.

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, p. 119 et s.

Piña (Javier Rodríguez), « Sobre la presencia del conservadurismo francés en México durante la primera mitad del siglo XIX », *Impressions du Mexique et de France*, édité par Lise Andries et Laura Suárez de la Torre, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2009, p. 277-302. {En ligne} <https://doi.org/10.4000/books.editionsmsmh.9614> (consulté le 1er août 2024).

Plan de Ayutla. Conmemoración de su primer centenario, dir. Mario de la Cueva, Mexico, UNAM, 1954.

Popper (Karl), *La société ouverte et ses ennemis, Hegel et Marx*, t. II, Paris, Éditions du Seuil, 1979.

Porfirio Díaz y el Derecho. Balance crítico, dir. Raúl Ávila Ortiz, Eduardo de Jesús Castellanos Hernández et María del Pilar Hernández, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

Poumarède (Jacques), « L'histoire dans l'œuvre et la méthode sociologique du doyen Carbonnier », *L'Année sociologique*, 2007/2, vol. 57, p. 313-326.

-« Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », dans *Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011 [en ligne] URL : <https://doi.org/10.4000/books.pumi.29623> (généralisé le 24 juillet 2023).

Préposiet (Jean), *Histoire de l'anarchisme*, Paris, Pluriel, 2012.

Prévost (Xavier), *Jacques Cujas : (1522-1590) : le droit à l'épreuve de l'humanisme*, Thèse Droit, Genève, Droz, 2015.

Qu'est-ce qu'une révolution ? Amérique, France, Monde arabe, 1763-2015, dir. Hamit Bozarslan et Gaëlle Demelemestre, Paris, Les Éditions du Cerf, 2016.

Rabasa (Emilio Óscar), *El pensamiento político del Constituyente de 1824*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

Ramos García (Jacqueline Alejandra), « Evocación de las aportaciones académicas de los juristas del exilio español a 80 años de su incorporación a la Escuela Nacional de jurisprudencia », *InterNaciones*, n° 20, janvier-juin 2021, p. 97-114.

Ramírez Rancaño (Mario), *La reacción mexicana y su exilio durante la Revolución de 1910*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, Miguel Ángel Porrúa, 2019

Raymond Saleilles et au-delà..., dir. Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013.

Richard (Guillaume), « L'échec du projet Bufnoir de regroupement des sciences d'État. Un révélateur de la forme disciplinaire des programmes d'enseignement supérieur en France (fin du XIX^e siècle) », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2019/1, vol. 13, n° 1, p. 91-111. DOI : 10.3917/rac.042.0091. URL : <https://www.cairn.info/revue-anthropologie-des-connaissances-2019-1-page-91.htm>, consulté le 10 juin 2023.

Rea Spell (Jefferson), *Rousseau in the Spanish World before 1833*, Austin, The University of Texas Press, 1938.

Recepción y transformación del liberalismo en México: homenaje al profesor Charles A. Hale, dir. Josefina Vázquez Zoraida, Mexico, El Colegio de México, 1999.

Rémy (Philippe), « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115-123.

-« Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, *Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, p. 91-105.

-« Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *RTD civ.*, 2002, p. 31-45.

Rey (Alain), « *Révolution* ». *Histoire d'un mot*, Paris, Gallimard, 1989.

Reyes Heróles (Jésus), *El liberalismo mexicano*, t. I, *Los Orígenes*, t. II, *La Sociedad Fluctuante*, Mexico, UNAM, 1957.

Rouaix (Pastor), *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Mexico, Secretaría de Cultura, INEHRM, 2016.

Sacriste (Guillaume), *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences Politiques, 2011.

-« Sur le républicanisme d'Adhémar Esmein », *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones políticas*, n° 6, 2013.

Sanchez (Evelyne), *El juez, el notario y el caudillo. Análisis de un juicio verbal en Tlaxcala durante la Revolución*, Madrid, Casa de Velázquez, 2019.

Sánchez Viamonte (Carlos), *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, Mexico, Facultad de derecho, UNAM, 1956, préface de Mario de la Cueva.

Scaboro (Romain), « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et Ville*, 2013/2, n° 76, p. 237-255.

Schmitz (Julia), *Essai sur la théorie de l'institution du doyen Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013.

Seiller (Bertrand), *Droit administratif, 1. Les sources et le juge*, Paris, Flammarion, 4^e éd., 2011.

Sené (Antoine), *Dans les tranchées du droit. Les professeurs de droit et la grande guerre (1914-1929)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2018.

Serra Rojas (Andrés), *Antología de Emilio Rabasa*, 2 vols., Oasis, Mexico, 1969.

Serrand (Pierre), « La loi dans la pensée des rédacteurs. Du Code civil », *Droits*, 2005/2, n° 42, p. 31-48.

Shapin (Steven), *La Révolution scientifique*, Paris, Flammarion, 1998, trad. Claire Larssonneur.

Sommerer (Erwan), « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/1, n° 33, p. 5-25.

-*Sieyès. Le révolutionnaire et le conservateur*, Paris, Michalon, 2011.

Spitz (Jean-Fabien), *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005.

Stolleis (Michael), *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne XVI^e-XXI^e siècle*, trad. Aurore Gaillet, Paris, Classiques Garnier, 2018.

Stratton (Lorum H.), *Emilio Rabasa: Life and Works*, Texas, Texas Tech Press, 1974.

Sugimoto (Rafael), *Le pouvoir du droit : la doctrine à l'ère du scientisme juridique. Approches historiques et comparées entre la France et le Brésil*, Thèse Droit, Bordeaux, 2020.

Taibo II (Paco Ignacio), *Pancho Villa. Una biografía narrativa*, Barcelona, Editorial Planeta, 2007.

Takeda (Chinatsu), « Deux origines du courant libéral en France », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2003/2, n° 18, p. 233 à 257.

Tarde (Gabriel), *Les Lois de l'imitation*, Paris, Félix Alcan, 1890.

Thireau (Jean-Louis), *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 3^e éd., 2009.

Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I et II, Paris, Flammarion, 1981.

-*De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2023.

-*L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967.

The invention of tradition, dir. Eric Hobsbawm et Terence Ranger, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 1992.

Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte ; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats, Paris, t. I, 1819-1820.

Thomas (Yan), *Les opérations du droit*, Paris, Seuil, Gallimard, 2011.

Traditions savantes et codifications, dir. Claude Ophèle et Philippe Rémy, Paris, LGDJ, Université de Poitiers, 2007.

Traité de droit constitutionnel, Joseph-Barthélémy et Paul Duez, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd. 1933, rééd., 2004.

Troper (Michel), compte rendu de *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, dir. Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prélot, Paris, Montchrestien, Extenso, 2009, dans *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 1, n° 33, 2011, p. 194-200.

Truchot (Hélène), *Le droit constitutionnel de René Capitant*, Paris, Dalloz, 2020.

Tudor (Henry), *Political Myth*, London, Pall Mall, 1972.

Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand, dir. William Dross et Thierry Favario, Paris, Mare & Martin, 2014.

Une Histoire globale des révolutions, dir. Ludivine Bantigny et alii Paris, La Découverte, 2023.

Urías Horcasitas (Beatriz), « Una pasión antirrevolucionaria: el conservadurismo hispanófilo mexicano (1920-1960) », *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 72, n° 4, octobre-décembre, 2010, p. 599-628.

Van Biervliet (Joseph), *L'interprétation belge du Code civil*, Paris, A. Rousseau, 1904.

Vayssière (Pierre), *Les révolutions d'Amérique latine*, Paris, Éditions du Seuil, 1991.

Vazquez (Rodolfo), « Filosofía del derecho en Latinoamérica », *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 35, 2012, p.

Velázquez García (Erik), Nalda (Enrique), Escalante Gonzalbo (Pablo), García Martínez (Bernardo), Hausberger (Bernd), Óscar Mazín, Dorothy Tanck de Estrada (Dorothy), Marichal (Carlos), Ávila (Alfredo), Jáuregui (Luis), Serrano Ortega (José Antonio), Zoraida Vázquez (Josefina), Lira (Andrés), Staples (Anne), Kuntz Ficker (Sandra), Speckman Guerra (Elisa), Garciadiego (Javier), Aboites (Luis), Loyo (Engracia), Loeza (Soledad), Rodríguez Kuri (Ariel), González Mello (Renato), Márquez (Graciela), Meyer (Lorenzo), *Nueva historia general de México*, Mexico, 2011.

Vachet (Claire), *Le droit saisi par l'anarchisme. Étude du discours des militants libertaires (1870-1926)*, Thèse Droit, Bordeaux, 2000.

Vilches Fuentes (Hugo), « Notas biográficas y obra de Friedrich Karl von Savigny. Una mirada al fundador de la Escuela Histórica del derecho », *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina II*, Iquique, Chile, 2011, p. 257-288.

Villard (Pierre), « L'influence de la doctrine française sur le droit civil brésilien », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1994, p. 161-173.

Villey (Michel), *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Montchrestien, 1975.

-*Seize essais de philosophie du droit. Dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969.

Vincent (Jean-Philippe), *Qu'est-ce que le conservatisme ? Histoire intellectuelle d'une idée politique*, Paris, Les Belles Lettres, 2016.

Weber (Max), *Le savant et le politique* (1919), trad. Julien Freund, Paris, Librairie Plon, 1959.

Weglinski (Cezary), « Maurice Hauriou's Theory of the Institution: Legal Institutionalism and the Science of the State », *Archiwum filozofii prawa i filozofii społecznej*, 2022/3, p. 88-102.

Woldenberg (José), « ¿Por qué pactó el PRI la transición? Organización electoral y reformas democratizadoras », dans *Las caras de Jano: 90 años del Partido Revolucionario Institucional*, dir. Mariano Sánchez Talanquer et Ricardo Becerra Laguna, Mexico, CIDE, 2019, p. 341-359.

Womack (John), *Zapata y la Revolución Mexicana*, trad. Francisco González Aramburu Mexico, FCE, 1969.

Xifaras (Mikhail), *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

-« La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 47, 2008, p. 77-148.

Zavala (Lorenzo de), *Ensayo histórico de las revoluciones de Méjico (desde 1808 hasta 1830)*, t. I, Mexico, Imprenta de Manuel N. de la Vega, 1845.

Dictionnaires

Cornu (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige, PUF, 9^e éd., 2013.

Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences, dir. Dominique Lecourt, Paris, Presses Universitaires de France, 4^e éd., 2006.

Dictionnaire de la culture juridique, dir. Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle), dir. Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, Paris, Presses Universitaires de France.

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| Les doctrines juridiques française et mexicaine face aux révolutions contemporaines : les réactions conservatrices contre les changements de paradigme (1789-2000) | 3 |
| Remerciements | 4 |
| Sommaire | 6 |
| Introduction | 7 |
| Première partie. La normalisation de la Révolution de 1789 ou le paradigme légaliste au XIXe siècle | 26 |
| Chapitre 1. La naissance du paradigme légaliste : l'encadrement de l'effervescence légaliste | 27 |
| Section I. La volonté française d'encadrer la tempête révolutionnaire | 31 |
| §1. Sieyès ou la tentative manquée de stabiliser la Révolution | 32 |
| A. La théorie de la souveraineté nationale prévoyant une fonction législative limitée | 33 |
| B. La volonté d'encadrer le légicentrisme révolutionnaire | 38 |
| §2. Portalis ou la tentative de freiner la Révolution | 44 |
| A. La conscience d'un légalisme inévitable | 45 |
| B. Le souhait d'un légalisme modéré | 50 |
| Section II. L'ambivalence mexicaine à l'égard de la Révolution française | 57 |
| §1. La réception irrésistible du modèle de la Révolution française | 58 |
| A. L'éphémère retentissement de la souveraineté populaire de Rousseau | 59 |
| B. L'affirmation libérale du régime représentatif | 64 |
| §2. Le rejet de la Révolution française | 70 |
| A. Le refus de la souveraineté populaire illimitée : l'héritage de Sieyès et Benjamin Constant | 72 |
| B. La contre-révolution mexicaine : l'héritage de Burke ? | 77 |
| Chapitre 2. Le développement du paradigme légaliste | 93 |
| Section préliminaire. La construction posthume de l'École de l'exégèse | 94 |
| §1. Un débat historiographique sur la méthode de l'exégèse | 94 |

| | |
|--|------------|
| A. Le questionnement sur l'existence de l'École de l'exégèse | 95 |
| B. Un objectif commun : l'acclimatation du Code | 97 |
| §2. Une pensée en termes de rupture : de l'École de l'exégèse à l'École scientifique | 98 |
| A. La création d'outre-tombe de l'École de l'exégèse | 99 |
| B. La systématisation des écoles | 101 |
| Section 1. La déconstruction de l'École de l'Exégèse | 104 |
| §1. La construction d'une « légende » : l'« École » de l'exégèse | 105 |
| A. Les cas controversés du « prince de l'exégèse » et de François Laurent | 106 |
| B. Le mythe des précurseurs de l'École scientifique : Athanase Jourdan et la Thémis | 112 |
| C. La transition ou l'entremêlement des écoles : l'œuvre de Bufnoir | 119 |
| §2. La volonté de refondation du légalisme par Acollas | 123 |
| A. La refondation du droit par les idées de 1789 | 124 |
| B. Le rejet de la codification | 128 |
| Section 2. Un rayonnement problématique du légalisme au Mexique | 134 |
| §1. La volonté de contrer l'omnipotence législative dans l'œuvre d'Otero | 135 |
| A. Une défense du libéralisme modéré | 136 |
| B. Un plaidoyer pour le juicio de amparo | 142 |
| §2. La diffusion pérenne de l'exégèse au Mexique | 146 |
| A. L'exportation du Code Napoléon | 146 |
| B. L'acclimatation du code par les juristes | 149 |
| Deuxième partie. La lutte entre l'ancien paradigme légaliste et le nouveau paradigme social au tournant du siècle | 155 |
| Chapitre 1. Les critiques isolées du paradigme légaliste | 156 |
| Section 1. La fustigation de l'ancien modèle par Gény et Recaséns | 158 |
| §1. La lutte des « scientifiques » contre la méthode traditionnelle | 158 |
| A. Saleilles et la critique de la fiction traditionnelle | 159 |
| B. Le fétichisme de la loi ou le procès du légicentrisme | 160 |
| C. L'abstraction de la loi ou le procès du conceptualisme | 162 |
| D. Édouard Lambert et le dogme de l'immobilité de la loi | 167 |

| | |
|---|------------|
| §2. Une critique isolée de l'exégèse au Mexique | 169 |
| A. Vie et œuvre de Don Luis Recaséns | 169 |
| 1. <i>Les professeurs espagnols exilés au Mexique</i> | 172 |
| 2. <i>L'état de la philosophie du droit au Mexique</i> | 173 |
| B. La condamnation de la « logique traditionnelle » | 175 |
| 1. <i>Les erreurs de l'interprétation traditionnelle, les erreurs de l'exégèse</i> | 175 |
| 2. <i>Le logos du raisonnable ou le prolongement de la libre recherche scientifique ?</i> | 177 |
| Section 2. La défense du régime par Esmein et Rabasa ou la volonté de préserver le statu quo | 187 |
| §1. Une légitimation « scientifique » du régime | 188 |
| A. Une idéologie pour consolider l'ordre politique | 188 |
| 1. <i>Le porfiriato, la « dictature libérale »</i> | 189 |
| 2. <i>La consolidation de la IIIe République</i> | 194 |
| B. L'instrumentalisation de la méthode positiviste-évolutionniste | 198 |
| 1. <i>Nécessité de la République pour Esmein</i> | 199 |
| 2. <i>Nécessité du porfiriato pour Rabasa</i> | 203 |
| §2. Une défense limitée axiologiquement | 209 |
| A. Des auteurs pragmatiques ? | 210 |
| 1. <i>Adhémar Esmein, républicain-libéral</i> | 210 |
| 2. <i>Emilio Rabasa, conservateur-libéral</i> | 214 |
| B. Des juristes condamnés | 218 |
| Chapitre 2. Les difficultés du paradigme social | 226 |
| Section 1. La tentative de rénovation méthodologique de Duguit et Hauriou | 228 |
| §1. De la sociologie au renouvellement épistémologique | 231 |
| A. La démolition des droits subjectifs | 232 |
| B. La propriété-fonction sociale, rupture du droit de propriété classique | 235 |
| C. La théorie de l'institution, miroir d'une pensée catholique conservatrice | 241 |
| D. Le vitalisme en amont de l'institutionnalisme | 244 |
| §2. De la hantise du socialisme à la limitation de l'État | 247 |

| | |
|--|------------|
| A. La limitation de l'État par le droit objectif | 248 |
| B. L'apparition tardive du service public | 252 |
| C. La limitation par l'institutionnalisme | 254 |
| D. La construction de conceptions révolutionnaires | 257 |
| Section 2. L'attachement de Rabasa et Lévy à l'ancien paradigme | 268 |
| Paragraphe préliminaire. La Révolution mexicaine | 269 |
| §1. Une contestation radicale de l'ordre | 272 |
| A. Le combat autour du droit de propriété | 273 |
| 1. <i>L'ébranlement du droit de propriété révolutionnaire par Rabasa</i> | 274 |
| a. <i>La conception révolutionnaire de Molina Enríquez</i> | 275 |
| b. <i>La fustigation rabasienne du droit de propriété révolutionnaire</i> | 278 |
| 2. <i>L'ébranlement du droit de propriété classique par Lévy</i> | 280 |
| B. L'attachement pérenne au libéralisme individualiste | 284 |
| 1. <i>La défense rabasienne du libéralisme classique</i> | 285 |
| 2. <i>Le discret individualisme libéral lévysien</i> | 288 |
| §2. Un renoncement inévitable à la lutte | 291 |
| A. Une coexistence amère dans un environnement juridique opposé | 291 |
| 1. <i>Des juristes entre opposition et persécution</i> | 292 |
| 2. <i>Une résignation réservée</i> | 297 |
| B. Un héritage à réinterpréter | 300 |
| 1. <i>L'atténuation de la « réaction » rabasienne, le cas de Vera Estañol</i> | 301 |
| 2. <i>La relativisation du « socialisme juridique » lévysien</i> | 304 |
| Troisième partie. La conservation des apports de la Révolution de 1789 au XXe siècle ou le paradigme de la nouvelle tradition | 315 |
| Chapitre 1. La réaction contre le paradigme social : la genèse de la nouvelle tradition | 316 |
| Section 1. L'interaction entre les paradigmes légaliste et social | 317 |
| §1. L'adaptation des dispositions dominantes | 318 |
| A. L'adaptation des textes révolutionnaires : la « naturalisation » de la Révolution mexicaine | 319 |

| | |
|--|------------|
| 1. <i>La justification morale et sociale de la Révolution</i> | 320 |
| 2. <i>La justification juridico-politique de la Constitution</i> | 324 |
| B. L'adaptation des dispositions françaises classiques : l'abus de droit et la théorie du risque | 329 |
| 1. <i>La théorie de l'abus de droit</i> | 330 |
| 2. <i>La théorie du risque</i> | 333 |
| §2. La consolidation par le compromis | 336 |
| A. Le compromis jurisprudentiel français | 336 |
| B. La révolution permanente au Mexique | 339 |
| 1. <i>Le compromis en matière religieuse</i> | 340 |
| 2. <i>Des droits sociaux aux « normes programmatiques »</i> | 342 |
| Section 2. La récupération par les juristes conservateurs | 345 |
| §1. Le déclin du droit légaliste et social | 346 |
| A. La réaction anti-légaliste et anti-sociale de Ripert | 347 |
| B. Le projet politique de Ripert : défense de la tradition, défense de la morale chrétienne | 352 |
| §2. La plaidoirie emblématique de Mario de la Cueva | 356 |
| A. Défense de la nouvelle tradition, défense du régime | 357 |
| 1. <i>La vénération de la triade nationaliste continuant la Révolution française</i> | 357 |
| 2. <i>Le renforcement du régime par la nouvelle tradition</i> | 361 |
| B. La défense du régime ou la synthèse conservatrice | 364 |
| 1. <i>La construction d'un amalgame des paradigmes légaliste et social</i> | 365 |
| 2. <i>Les paradoxes de la pensée cuevienne</i> | 368 |
| Chapitre 2. La synthèse des paradigmes : la réactivation de la nouvelle tradition | 373 |
| Section 1. La réactivation de la tradition constitutionnelle | 374 |
| §1. La transformation de la tradition représentative par Carré de Malberg et René Capitant | 375 |
| A. Carré de Malberg et le régime représentatif : l'appropriation de la souveraineté nationale | 375 |
| 1. <i>La théorie de l'organe ou la réactivation de la tradition révolutionnaire : de Sieyès à Carré de Malberg</i> | 376 |
| 2. <i>La démocratie semi-directe ou la transformation de la tradition</i> | 379 |

| | |
|--|------------|
| B. René Capitant et la rupture opérée par la Ve République | 382 |
| 1. <i>Le prolongement des idées de Carré de Malberg et de la tradition parlementaire française</i> | 383 |
| 2. <i>L'avènement de la Ve République et la fin du légalisme</i> | 386 |
| §2. De Mario de la Cueva à la nouvelle génération de légistes : l'essentialisation de la Constitution mexicaine | 389 |
| A. La méthode historique au service de la nouvelle tradition | 390 |
| 1. <i>L'instrumentalisation de l'histoire</i> | 390 |
| 2. <i>L'utilisation a-critique du décisionnisme allemand</i> | 393 |
| B. Le rapprochement de la pensée de René Capitant : la coutume constitutionnelle et le décisionnisme mexicain | 396 |
| Section 2. La préservation de l'héritage de la Révolution | 404 |
| §1. La préservation de la « constitution civile de la France » par Carbonnier | 405 |
| A. La défense de la codification | 406 |
| 1. <i>Une œuvre de compromis ou la grande synthèse</i> | 407 |
| 2. <i>La revanche de Montesquieu</i> | 409 |
| B. La critique de l'intégration européenne | 412 |
| 1. <i>Un droit sans tradition</i> | 412 |
| 2. <i>L'accentuation de l'inflation normative : le « panjurisme »</i> | 414 |
| §2. La préservation des décisions fondamentales au Mexique par Burgoa et Carpizo | 416 |
| A. Les décisions fondamentales conférant une immuabilité à l'essence de la Constitution | 418 |
| B. L'intensification des critiques émanant des juristes conservateurs | 422 |
| Conclusion | 430 |
| Annexes | 434 |
| Galerie de portraits | 434 |
| Sources | 467 |
| Bibliographie | 474 |
| Table des matières | 510 |