

A PROPOS DE LA REPARUTION DU TRAITE DE DROIT CONSTITUTIONNEL DE JOSEPH-BARTHÉLEMY

Georges Vedel, Jean Rivero, André Mathiot et René Capitant qui l'admirait – furent, entre autres, ses élèves passionnés tout autant qu'un Michel Debré. Evoquant la III^e République, René Capitant citait avant guerre dans sa *Réforme du parlementarisme* ceux qui avaient « saisi les vrais ressorts de notre régime » : Carré de Malberg, Joseph-Barthélemy, Robert de Jouvenel, André Siegfried¹. Lors de la réédition aux *Editions Economica*, il y a une vingtaine d'années, de son fameux Traité écrit en collaboration avec Paul Duez, Jean Rivero écrivait dans la *Revue du Droit Public* : « le tableau qu'il dresse de la Constitution de 1875, de sa genèse, de sa mise en œuvre, est, sans doute, le plus clair et le plus complet »² tandis que Stéphane Rials rendant compte de cette réédition notait : « Barthélemy avait été à la bonne école : n'avait-il pas commencé la mise à jour, avant la première guerre mondiale, du vénérable Traité d'Esmein ? Sa rigueur intellectuelle, sa grande culture historique ne s'étaient-elles pas enrichies d'un long contact avec la pratique, comme député ? On ne sera pas étonné dans ces conditions que le Traité, par ailleurs fort riche en aperçus théoriques, historiques ou comparatistes, constitue la meilleure somme disponible sur les institutions de la III^e République, jusque dans le détail de leur pratique »³. Aujourd'hui épuisé ce Traité reparait aux Editions Panthéon-Assas avec sa préface d'origine.

¹ René Capitant, *Ecrits d'entre deux guerres, 1928-1940*, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 332.

² Jean Rivero, *Bulletin bibliographique, RDP*, 1986, n° 6, 957.

³ Stéphane Rials, *Revue administrative*, juillet-août 1985, p. 418.

⁴ Frédéric Saulnier, *Joseph-Barthélemy, 1874-1945, La crise du constitutionnalisme libéral sous la troisième République*, Thèse, Paris II, 1996 (qui vient d'être éditée à la LGDJ au moment où paraît cet article).

Si la thèse remarquable de Frédéric Saulnier dispense d'un long propos sur le parcours et l'œuvre de Joseph Barthélemy⁴, on s'interrogera brièvement sur l'oubli ou plutôt l'ostracisme dont il a été victime ces dernières années. L'explication tient en une phrase qui sonne comme une condamnation sans appel : « *le fait de se contenter d'une doctrine sommaire, platement positive, débouche intellectuellement sur un empirisme sans relief et politiquement sur un opportunisme sans principes* »⁵. Diable !

La première raison – la plus ancienne – de cette furieuse mise à l'index tient donc à son passé d'ancien garde des Sceaux du régime de Vichy pour lequel le signataire de ces lignes, fasciné dès sa jeunesse par le Chef de la France Libre, n'a, au mieux, que mépris. Pour autant, il est injuste de disqualifier l'œuvre d'un homme à ce motif dès lors qu'en aucune manière sa pensée juridique ne s'est confondue avant-guerre, avec une quelconque apologie du nazisme ni n'a traduit, à aucun moment, même une simple tentation pour un fascisme à la française. Au contraire, on est accablé de voir qu'un tel esprit ait pu apporter son crédit à un régime de collaboration alors qu'il avait une conscience aigüe du danger hitlérien. Ce libéral conservateur, ardent précurseur de la réforme de l'Etat, fut un défenseur intransigeant de la liberté de la presse, de la cause des femmes mais aussi un pourfendeur de l'antisémitisme, aussi parce qu'il était juriste : « *S'inspirant des doctrines dites racistes et obéissant peut-être à certaines directives des maîtres actuels de l'Allemagne, le précédent gouvernement de la Roumanie, présidé par M. Goga, s'est lancé, à pleines voiles, dans l'antisémitisme. Or, quand le droit souffre, tout le monde est atteint* »⁶. Et au sujet du régime nazi en 1939 : « *Son unanimité (celle d'Hitler) de carton est une fleur de caserne, un champignon vénéneux de camp de concentration, une moisissure sur le sang des victimes* »⁷. En mars 1940 dans un discours prononcé au Comité d'Etudes franco-polonais ce brillant orateur déclare : « *mieux vaut être mort que soumis à la domination nazie* »⁸. Sa lucidité et pour tout dire son aura permettait même à René Cassin de saluer en lui dans un discours à Londres le 15 janvier 1941 « le grand augure du droit constitutionnel »⁹. Quelques jours plus tard, ce grand professeur entrait au gouvernement de Vichy comme on entre dans un cabinet « replâtré ».

Ce n'est pas le lieu d'apprécier le rôle exact de celui qui crut, peut-être par orgueil, qu'il pouvait sauver quelque chose du désastre. Il ne s'exonère

⁵ Jean-Marie Denquin, Repenser le droit constitutionnel, *Droits*, 2000, n° 32, p. 5.

⁶ Les juifs roumains devant le droit, *Le Temps* du 1^{er} mars 1938, cité par Frédéric Saulnier, *op. cit.* p. 234.

⁷ *Le Temps* du 10 avril 1939, *ibid.*

⁸ Discours prononcé au Comité d'études franco-polonais, mars 1940, *ibid.*

⁹ Conférence faite à l'Institut du Royaume Uni à Londres le 15 janvier 1941, *ibid.* p. 23.

d'ailleurs pas de sa responsabilité et, même, ne regrette rien – « *Confiteor sans mea culpa* » – tout en regrettant tout de même – et à jamais – le jour où il avait accepté d'entrer au gouvernement : trop tard. Cette terrible et inexcusable naïveté – ou inconscience – de croire que le Maréchal pouvait servir de « bouclier » à la France transparait comme le soulignait Jean-Baptiste Duroselle dans sa préface à ses *Mémoires*. Ayant quitté le pouvoir, il a connaissance des exactions miliciennes et en particulier des assassinats de Mandel et de Jean Zay : « *Mon cœur se soulève au souvenir de ces horreurs. Je suis sûr que le Maréchal n'en a rien su* »¹⁰. « *Désarmants en effet sont bien ces Mémoires d'un homme qui, après la Libération, détenu dans une prison de Toulouse, y connaîtra le dénuement et la misère physique, mourra d'un cancer, désespéré et émouvant de ne pas être parvenu à se faire admettre au rang des justes* »¹¹.

Qui peut douter que cet honnête homme, ce croyant fourvoyé dans une tourmente qui le dépassait, n'ait pas, comme il l'écrit dans ses *Mémoires*, « payé » ? Au surplus, certains milieux intellectuels font parfois preuve d'une grande mansuétude s'agissant d'auteurs dont la pensée est cette fois intrinsèquement nazie, nonobstant leur vieillesse heureuse et leur rayonnement posthume. On pense évidemment à Carl Schmitt dont la compromission avec le régime nazi est régulièrement (re)découverte avec un étonnement qui traduit parfois la cécité d'un positivisme inversé, non exempt d'admiration froide pour, si l'on peut dire, la beauté du geste. On se rend compte un peu tard que les subtils distinguos entre les époques – comme en matière de peinture – n'y changent rien. Dès 1919 et plus encore, si l'on peut dire sur le vif, à compter de 1933, Carl Schmitt a non seulement théorisé sur le plan juridique le régime nazi mais a aussi fait son apologie : « *je suis un théoricien, un pur scientifique et rien qu'un savant mais je crois pas que dans mon domaine de recherches, on puisse séparer et opposer la théorie et la pratique, ou la penser et l'être* » déclarait-il dans une causerie radiophonique la même année. Il suffit simplement de lire « *De la dictature* » en 1924 pour comprendre le délire intrinsèquement purificateur de notre juriste-philosophe pour lequel dix ans plus tard, « le führer protège le droit » et qui dans son discours de clôture d'un colloque de 1936 sur « la science allemande du droit contre l'esprit juif » peut dire qu'« en se défendant contre le juif, (il) lutte pour l'œuvre du Seigneur »¹². Peut-on néanmoins, dans une perspective célinienne distinguer le bon grain de l'ivraie et dégager de sa théorie fumeuse de l'Etat quelques bons grains n'intéressant en réalité que des philosophes jamais las de relire Hobbes ? A considérer que

¹⁰ Joseph-Barthélemy, *Ministre de la Justice, Vichy, 1941-1943*, Pygmalion, 1989, préface de Jean-Baptiste Duroselle.

¹¹ Jean Marie Téolleyre, *Le Monde* du 6 avril 1989.

¹² Yves Charles Zarka, Carl Schmitt le nazi, *Cités*, n° 14, 2003.

celle-ci gît en particulier dans celle, tout empreinte de sophisme, de la révision, on en revient toujours à la glose « statolâtre » qui auto-nourrit son discours. Au surplus, cette thèse n'a pas reçu de consécration jurisprudentielle, tout au contraire¹³. Mais – on aura l'occasion d'y revenir ailleurs – peut-on dénier toute valeur positive au droit dès lors qu'il ne se conforme pas à la théorie qu'on énonce ? Oui, bien sûr.

« *Nous n'ignorons pas la condamnation dédaigneuse portée contre cet aspect de la science politique par le juriconsulte Laband, dans la préface de son « Droit public de l'Empire allemand » (éd.fr. Gaston Jèze). Le vieux maître déclarait se refuser à descendre jusqu'à la littérature de journal* ». La deuxième raison qui devait faire sombrer Joseph-Barthélemy dans l'oubli, l'auteur en était déjà prévenu par avance et l'indique dans sa préface. Sans doute, dans une perspective fort sociologique et toute empreinte des analyses de Pierre Bourdieu pourrait-on expliquer en demi-teinte la déviance du condamné par le parcours du professeur « mondain » ? Corrompu par la fréquentation de son objet et, au final, traître à sa discipline, le « constitutionnaliste » aurait dû en quelque sorte ignorer l'intention du constituant pour mieux le surplomber ? Heureusement, il y a René Capitant ou Marcel Prélot.

L'ouvrage et plus largement l'œuvre de Joseph-Barthélemy seraient surtout à condamner au motif qu'il entretiendrait une forme de liaison incestueuse avec la « science politique », jamais définie mais dont on comprend qu'elle se prive de théorie pour mieux suivre l'actualité au fil des jours. A supposer auparavant que les conceptions de l'Etat d'un Duguit ou d'un Hauriou, par exemple, aient été étrangères aux sciences sociales, il resterait donc, à tout prendre, Carré de Malberg. Outre le contresens sur le plan historique – car la « science politique » n'est alors qu'une expression générique pour désigner des disciplines, dont le droit constitutionnel, qui ont trait simplement à la chose politique¹⁴ –, ce conflit opposerait en quelque sorte les adeptes d'un droit pur – et épuré du concret – et les représentants d'une école « factueliste », dont le substratum est l'anecdote – surtout quand elle plaisante. Sur ce faux débat, Charles Eisenmann a dit, voici longtemps, l'essentiel en posant le vrai, à savoir la relation entre science et droit, rangeant au surplus le droit public parmi les « sciences politiques »¹⁵.

¹³ Dominique Chagnollaud, Sherlock Holmes à la poursuite du pouvoir constituant. Après la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003, II A propos de Carl Schmitt, *Les Petites Affiches* du 21 octobre 2003.

¹⁴ Pierre Favre, *Naisances de la science politique*, Paris, Fayard, 1996.

¹⁵ Charles Eisenmann. Sur l'objet des sciences politiques, in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Editions Panthéon assa, 2002 pp. 237 et s.

Et si le cadavre ressort parfois de son cercueil pour paraître en majesté comme l'incarnation de la (vraie) « thèse du droit constitutionnel » s'agissant par exemple de la responsabilité pénale des ministres¹⁶, c'est pour mieux retourner en enfer. Non content d'être un adepte de la « science politique » (le nominalisme étant l'instrument de la mise à l'index), Joseph Barthélemy aurait même perverti la vraie nature du droit constitutionnel et scellé tout de même la « fin de la doctrine constitutionnelle classique »¹⁷ en oubliant dans son manuel, la théorie de l'Etat. Sans doute relit-on alors, et de façon externe – un « écrit de jeunesse » avec des lunettes de juriste. Quand à la « théorie de l'Etat » – la seule qui vaille – Esmein consacre trois pages à celle-ci – stricto sensu – dans ses « Eléments », en relayant ainsi la conception allemande de l'Etat comme fiction juridique tout en critiquant les auteurs allemands qui « *voient dans l'Etat une personne qui ne personnifie qu'elle même, qui est le sujet de ses droits propres et non une personnification de la nation pour l'exercice des droits de cette dernière* »¹⁸. Joseph Barthélemy qui ne se prétend pas un théoricien du droit considère simplement que « *c'est dans un traité de droit public général qu'une théorie de l'Etat trouve mieux qu'ici, sa place* » (p. 284). Il ne prétend pas même « *donner une définition authentique de l'Etat. Dans le domaine de l'abstraction juridique, personne n'est souverain* » (p. 284). En réalité, il aborde la question par celle de la théorie de la souveraineté nationale, qu'il considère comme une pure fiction : « *il convient de débarrasser le droit constitutionnel de la théorie juridique de la théorie juridique de la souveraineté comme un droit propre de la personne juridique Nation* » (p. 82). Ce faisant, Joseph-Barthélemy pense en quelque sorte remettre le droit constitutionnel à l'endroit – bien brutalement – en posant d'abord la démocratie comme base du droit constitutionnel d'où découlent le gouvernement représentatif, la séparation des pouvoirs – concepts éclairés par leur formation, sans omettre la suprématie de la Constitution. L'auteur craint « l'esprit juriste » qui s'empare d'un principe, comme celui de la séparation des pouvoirs « *pour en faire une sorte de réalité métaphysique, une vérité de la science politique révélée* » (sic) (p. 142). Il s'inscrit – au moins en ce sens – dans la perspective de Duguit « *qui puisait sa force dans ses sentiments libéraux et*

¹⁶ Olivier Beaud, Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique, *RDP*, n° 2, 1999, p. 425.

¹⁷ Olivier Beaud, Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique, *Droits*, n° 32, 2000, pp. 89 et s.

¹⁸ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, cité par Florian Linditch, La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'Etat dans la doctrine française, O. Beaud et Patrick Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, PUS, 1997, p.206, p.194.

¹⁹ Maurice Hauriou, *Revue Générale de droit*, juin-août 1914, p. 376.

constitutionnels ; car la doctrine de la Herrschaft est essentiellement administrative et antilibérale »¹⁹. Mais, tandis que « *par réaction à la tentative de la doctrine de la personnalité de juridiciser ce qui ne peut l'être, à savoir l'Etat (...) (Duguit et Hauriou) bâtiront leur système* »²⁰, Joseph Barthélemy délaisse la théorie générale pour mieux démolir – parfois sans nuances – une certaine anthropophagie scolastique qui se nourrit d'auteurs classiques – comme Montesquieu – pour mieux oublier le sens de leur œuvre. Plutôt que « *Traité de droit constitutionnel* » – ce qu'il ne l'est pas, cet ouvrage magistral aurait pu s'appeler – plus justement – « *La démocratie constitutionnelle* », un peu dans le style de Carl Friedrich. Qu'importe : son apport majeur est d'avoir intimement mêlé le droit et l'analyse de la vie publique, singulièrement parlementaire, souvent pour le meilleur. Mais au lecteur d'en juger, et comme en toutes choses, non par procuration mais sur pièces, en lisant ou en relisant les pages de ce livre.

Dominique CHAGNOLLAUD

²⁰ Florian Linditch, *op. cit.* p.206.