

CHARLES EISENMANN ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL

ANALYSE DU COURS DE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ (D.E.S. DE DROIT PUBLIC 1950-1951) ET RÉFLEXIONS SUR CE COURS

Les réflexions qui vont suivre procèdent d'une double fidélité

- à Charles Eisenmann : l'auteur de ces lignes n'a pas eu le privilège d'être de ses étudiants. Il aurait ambitionné d'être un disciple ;
- à Michel-Henri Fabre qui lui a enseigné les rudiments du droit constitutionnel.

Ruse de l'histoire ? Un fil invisible relie l'un et l'autre de ces maîtres à Jean Rivero.

Dans son cours, Charles Eisenmann se réfère au cours professé par M.-H. Fabre à l'Institut d'Études Politiques d'Alger sur « les démocraties populaires » et M.-H. Fabre dans l'avant-propos de sa « République »¹ indique que cet ouvrage est né du défi que lui avait lancé Jean Rivero lors d'un colloque tenu à Nice, en novembre 1985, en soutenant l'impossibilité de définir juridiquement la République (de fait, aussi difficile à définir que le prénom de Marianne à identifier).

Si Charles Eisenmann est surtout connu par ses cours, ses études, ses ouvrages, ses notes de droit administratif, il l'est aussi par ses écrits relatifs à la théorie générale du droit et au droit constitutionnel.

En revanche, son enseignement en droit constitutionnel s'est, à notre connaissance, limité à un seul cours de « droit constitutionnel comparé », enseigné en DES de droit public, à la Faculté de Droit de

1. Edisud, 1987.

Paris, au cours de l'année universitaire 1950-1951². Assez rare, peut-être, pour qu'on s'y arrête et qu'on lui consacre une analyse et quelques réflexions.

I. Après quelques prolégomènes sur lesquels on peut passer, mais qui donnent le ton, consacrés à la définition du droit constitutionnel comparé et à l'objet de la science du droit constitutionnel, l'auteur entre dans le vif de son sujet : « Notion et classification des formes politiques » et « La démocratie ». Les principales divisions des formes politiques se ramèneraient à deux : l'une très ancienne, qui remonte à l'antiquité grecque et qui distingue trois formes politiques : la monarchie, l'oligarchie, la démocratie ; l'autre qui s'inspire de Machiavel et qui distingue la monarchie et la République. Monarchie, république, c'est la distinction retenue par Jellinek dans son *Allgemeine Staatslehre*.

Selon cet auteur, le principe juridique, permettant de classer les différentes formes politiques, serait ce qu'il appelle le mode de formation de la volonté de l'État. Ce mode ne connaîtrait que deux possibilités : soit la « volonté suprême », disons « le pouvoir de dernier mot », serait exercé par une voie purement naturelle, entendons par là la volonté d'une personne physique, soit elle serait cette volonté formée par une voie purement juridique, artificielle, dégagée à partir des actes de volonté d'une pluralité de personnes physiques. Il ne s'agirait plus alors d'une personne déterminée mais d'un collègue qui ne posséderait de réalité que juridique. Volonté physique dans un cas, volonté juridique dans l'autre obtenue à partir de volontés physiques et par application de règles de droit.

Telles seraient les deux possibilités et les deux seules possibilités pouvant servir d'assise à la classification des formes politiques. Monarchie dans un cas, république dans l'autre. La monarchie serait l'État dirigé par une volonté physique, le gouvernement, le pouvoir d'un seul (*Ein herrschaft*), la république, le gouvernement de plusieurs (*Mebr herrschaft*). On notera ici que Jellinek passe sous silence l'un des caractères essentiels que l'on assigne habituellement à la monarchie, c'est-à-dire son caractère héréditaire ou alors il donne à la monarchie un sens plus large que son sens ordinaire.

Jellinek inclut dans « la monarchie », considérée comme catégorie, des monarchies non-absolues, constitutionnelles. Pour lui, la monarchie se concilie en effet avec un partage du pouvoir ; une participation au pouvoir législatif et même au pouvoir constituant ne s'analyserait pas en une atteinte à la forme monarchique du gouverne-

2. Les cours de Droit.

ment. Il s'agirait là de limites à la « fonction directrice » du monarque et non pas d'altérations à la pureté de ce type. Le critère essentiel de la monarchie serait qu'aucune modification de l'ordre juridique constitutionnel ne pourrait avoir lieu si ce n'est avec le concours de sa volonté. En définitive, la monarchie se définirait par la seule condition du veto constituant du monarque.

L'analyse de Jellinek est, et à très juste titre, critiquée par Charles Eisenmann. Il concède que fonder la classification des formes politiques sur l'attribution du pouvoir suprême est une idée à retenir. Mais l'idée que les régimes se ramèneraient à deux classes : la classe de ceux où le pouvoir suprême appartient à un seul individu et la classe des régimes où il appartient à plus d'un individu n'est pas justifiée.

Dans la procédure « artificielle » ou « juridique » de formation de la volonté étatique, il entrerait, en effet, bien des actes de volonté individuels, « psychologiques », « naturels ». Et, de fait, dans une discipline voisine du droit constitutionnel, le droit administratif, il est apparu que la volonté jouait un rôle non négligeable et un recours aussi objectif que le recours pour excès de pouvoir a dû enregistrer, depuis longtemps, l'apparition d'éléments subjectifs.

Si, par ailleurs, observe Charles Eisenmann une décision que peut prendre un individu à lui seul, qu'il s'agisse d'un monarque absolu, d'un ministre ou d'un préfet, vaut comme décision étatique, c'est toujours en vertu d'une règle de droit, d'une règle attributive de compétence qui lui confère ce pouvoir. On songe ici à Carré de Malberg : constatant que dans chaque État certaines personnes ou certains corps (Roi, Président de la République, Assemblées législatives) sont titulaires des pouvoirs de l'État et se demandant en quelle qualité ils exercent la puissance de l'État et d'où leur vient cette qualité, il observe qu'au point de vue strictement juridique la réponse est simple : ces personnes ou ces corps sont des organes de l'État et tiennent ce titre de l'ordre juridique établi, ordre juridique contenu dans la constitution en vertu de laquelle ils exercent leur compétence.

Au demeurant, estime Charles Eisenmann, Jellinek n'est pas fidèle à sa définition de la monarchie. Seul le monarque absolu ou son équivalent, la dictature, constitue un État dirigé par une volonté physique ou individuelle. Or, Jellinek fait entrer dans la catégorie monarchie et la monarchie absolue et la monarchie limitée.

Pour Charles Eisenmann, on ne peut opposer à la seule monarchie absolue tous les autres régimes et considérer qu'ils forment une seule classe ; cette classe, la République, est trop hétérogène, de même qu'il est impossible de considérer monarchie absolue et

monarchie limitée, constitutionnelle, comme correspondant à un seul type essentiel.

Conclusion : il est impossible de réduire l'ensemble des régimes politiques aux deux types fondamentaux définis par Jellinek. Le deuxième type ne se définirait que par négation. Les Républiques n'auraient en commun que de n'être pas des régimes de gouvernement ou de pouvoir d'un seul.

On observe ici que, selon Carré de Malberg, l'idée de souveraineté nationale, telle qu'elle a été introduite dans le droit public moderne, n'avait elle aussi qu'une portée négative. Elle était la réponse de la Révolution à la prétention de Louis XIV de ramener l'État tout entier à la personne du Roi, prétention s'exprimant au travers des formules connues : « si veut le Roi, si veut la loi », « tel est notre bon plaisir », « ainsi, nous plaît et voulons être fait », « l'État c'est moi ».

Que le deuxième type de régimes politiques ne se définisse que par négation, il y a là un point qui est reconnu par Jellinek lui-même. Il expose, qu'à l'origine, la notion de République s'est dégagée comme la négation de la monarchie, la « non-monarchie ». Il fait siennes les observations de Mommsen : « Aux Romains pour qui la *respublica*, synonyme exact de l'anglais *Commonwealth*, désigne purement et simplement la collectivité, la constitution modifiée par le renversement de la royauté (il n'existe pas de vocable politique pour la désigner) apparaît caractérisée de façon purement négative par l'élimination du caractère unitaire et à vie de la représentation de la collectivité ainsi que sa dénomination antérieure ».

La concentration du pouvoir entre les mains d'un seul homme apparaît comme tellement caractéristique de toute l'organisation de l'État que l'ensemble des autres formes politiques forme en totalité, « l'antithèse à la monarchie » et Jellinek ajoute : « L'antithèse de la monarchie et de la république apparaît aujourd'hui encore comme d'une importance fondamentale pour connaître l'essence de la république. Aujourd'hui encore, elle peut être définie comme la non-monarchie, comme la négation de la direction de l'État par une personne physique » (710-711).

Pour Jellinek, d'un point de vue strictement logique, l'aristocratie, l'oligarchie, la timocratie, la démocratie ne peuvent être considérées que comme des subdivisions d'un même genre très large, la République. Pour Charles Eisenmann, on l'a indiqué, il est impossible de ramener la totalité des régimes politiques à deux espèces seulement, à deux types fondamentaux seulement.

II. L'étude du couple monarchie-république essentiellement centrée sur la présentation de Jellinek et sur la critique de cette présentation est suivie d'une étude consacrée à la théorie grecque des formes de gouvernement : monarchie, oligarchie, démocratie et à son appréciation critique (étude et appréciation fort brèves) et surtout de ce que notre auteur appelle « propositions » et qui est, sans conteste, le morceau de bravoure de ce cours, celui qui mérite d'être médité.

Les « propositions » de Charles Eisenmann s'ouvrent sur une section préliminaire consacrée aux questions de méthode et que l'on pourrait tout aussi bien intituler : « De l'art de la rigueur et de la précision ».

Toute classification, observe notre auteur, est la constitution d'un système de classes d'objets ou « catégories » définies abstraitement et recevant chacune un nom qui la désigne.

Chaque catégorie répond à une « notion », c'est-à-dire que les éléments ou objets qui la composent présentent des traits communs à tous et, en outre, ne se rencontrant qu'en eux. Ces traits ou ces caractères constituent la « notion » de la classe, sa définition (on aura reconnu ici les binômes : « genre commun » « différence spécifique », « homogénéité, spécificité »). L'opération de classification a pour base une certaine idée de division et de groupement. Qu'est ce qui fait la valeur « LOGIQUE » d'une classification ? Tout d'abord, son unité de principe : lorsqu'une classification comporte plus de deux termes, chacun de ces termes doit être distingué de chacun des autres au regard d'une même donnée. La classe A ne doit pas se distinguer de la classe B au regard d'un élément X, alors que la classe C et la classe D s'opposeraient au regard d'un élément Y.

Ce qui fait, en second lieu, la valeur logique d'une classification, c'est le principe de « cohérence », de non-chevauchement des classes. Il y a chevauchement si un objet concret apparaît entrer dans deux ou plusieurs classes de la classification considérée, c'est-à-dire répond également à leurs définitions. Ce qui fait enfin la valeur d'une classification, c'est la clarté des définitions.

Ce qui fait la valeur non plus logique mais scientifique d'une définition, c'est son intérêt « intellectuel » ou de « connaissance ». Toute classification est création d'un système d'ordre. Classifier les régimes politiques, c'est rechercher comment il faut les diviser et les grouper, d'un point de vue rationnel, pour des fins de meilleure connaissance.

Sur la méthode de constitution des types, en matière de régimes politiques, à la méthode des types « réels » qui s'enracine dans le

concret, Charles Eisenmann oppose la méthode des types « idéaux ». Cette méthode consiste à définir, à l'aide de la réflexion, des idées de solution pure : la démocratie intégrale, parfaite, absolue ou la monarchie de même caractère. Il y a là une réflexion qui s'inspire de l'observation mais qui la dépasse. « Il faut, dit Kelsen, maintenir nettement séparés le type idéal, platonicien et le type réel ou moyen » (*Allgemeine Staatslehre*, 321). Charles Eisenmann estime qu'il y a là une méthode excellente par sa rigueur. Une réserve cependant, les types mixtes ou impurs peuvent eux aussi être définis idéalement.

Les bases, sur lesquelles il y a lieu d'établir, selon Charles Eisenmann, la classification fondamentale des régimes politiques sont constituées par le principe de la « liberté politique » en entendant par là « l'autonomie politique », autonomie qui se traduit par les droits politiques, c'est-à-dire les droits de participation au gouvernement.

La classification s'ordonne autour de deux pôles : les régimes où un seul individu exerce le pouvoir de gouvernement, les régimes où le pouvoir de gouvernement est exercé par la totalité des gouvernés ; cependant, il y a place pour des types intermédiaires qui se définissent en fonction du nombre de titulaires de droits politiques et de l'étendue de ces derniers. Ceci étant, il y a, selon notre auteur, une immense différence entre « démocratie directe » et « démocratie indirecte ». Et cependant, durant tout le 19^e siècle et le premier quart du 20^e siècle, presque toute la littérature a eu tendance à minimiser cet écart.

Suit un exposé de la théorie du gouvernement représentatif, théorie qui tend à établir l'identité de ce qui paraît à première vue différent et qui est effectivement différent : le gouvernement par les gouvernés eux-mêmes et le gouvernement par les élus des gouvernés. Cette théorie n'admettrait même pas qu'il soit nécessaire, pour qu'il y ait « démocratie représentative », que tous les organes supérieurs soient désignés par les gouvernés, certains allant jusqu'à admettre qu'il suffit qu'un seul élément de l'organe directeur soit élu ou désigné par une procédure à laquelle participent les gouvernés. Il ne serait même pas indispensable que l'élection des organes ait lieu au suffrage universel.

La Nation ne serait pas identique à la totalité des nationaux (cela ce serait le peuple). La Nation, elle, serait « autre chose », une entité, une personne morale durable, permanente à travers le changement des individus qui la composent et la suite des générations. C'est cette nation qui est reconnue. La souveraineté nationale n'impliquerait nullement le droit de tous les nationaux à figurer dans le souverain. Charles Eisenmann n'a pas de mots assez durs pour condamner la théorie de la souveraineté nationale.

Il s'agirait là d'un sophisme que les philosophes appellent « sophisme de justification », d'une théorie de justification d'inspiration politique. Charles Eisenmann en dénonce les fictions et les inconsistances. L'idée de représentation ne pourrait jouer que si le représentant était l'organe de la volonté du souverain, en réalisait la volonté. Or, les institutions caractéristiques du gouvernement représentatif signifient qu'il n'y a aucune garantie que la volonté des représentants soit identique à celles des représentés. La souveraineté est par ailleurs le pouvoir de prendre certaines décisions. Or, les décisions, les actes de volonté sont œuvres d'êtres humains et non d'entités, de personnes morales. Si la Nation est le souverain et si certains individus sont exclus de tout droit politique, serait-ce que ces individus ne feraient pas partie de la Nation ? Enfin, dire que la Nation est plus que chaque génération, n'autorise pas à conclure que la souveraineté n'implique pas le droit de chaque membre de la génération présente à participer au gouvernement.

La critique de Charles Eisenmann n'est pas neuve. Michoud déjà ne voulait voir dans le principe représentatif qu'une notion d'ordre tout politique (*Théorie de la personnalité morale*, I, 287). D'autres lui avaient dénié toute utilité sérieuse (Duguit, *L'État*, 251) : « Le principe de la souveraineté nationale est non seulement indémontré et indémontrable mais il est inutile » (*Traité*, 2^e éd. I, 435). Pour prouver son inutilité, d'aucuns se sont appuyés sur ce que le principe n'implique aucune forme de gouvernement mais peut se combiner avec toutes les formes gouvernementales : démocratie, aristocratie, monarchie (Duguit, *L'État*, II, 59 ; Michoud, *op. cit.*)

Carré de Malberg observait déjà que le principe de la souveraineté nationale est spécial au droit public français. Nulle part la question de savoir quelle est la source première du pouvoir exercé par les gouvernants, en qui réside primitivement la souveraineté, n'a été plus agitée qu'en France : un besoin de logique et de justice propre à l'esprit français de rattacher les institutions à des idées générales et de trouver à la puissance des gouvernants une justification autre que la force. Dans les pays qui possèdent des institutions traditionnelles, consacrées par un long passé, les pouvoirs publics, observait-il, fonctionnent paisiblement et l'autorité de leurs titulaires est reconnue par le peuple et sans que celui-ci songe à se demander quel est le fondement de cette autorité et si elle est légitime. Il en a été longtemps ainsi en Angleterre. Les Anglais ont accoutumé de dire que la puissance souveraine réside dans le Parlement, en entendant, par là, la réunion du monarque, de la Chambre des Lords et de la Chambre des Com-

munes. Et de fait, ne dit-on pas en Angleterre « qu'il n'est pas nécessaire de prendre le taureau par les cornes, surtout lorsque la bête est innocente » ?

Le principe de la souveraineté nationale est donc spécial au droit public français. Il est apparu comme la réponse de la Révolution à la prétention de Louis XIV de ramener l'État tout entier à la personne du Roi. Désormais la souveraineté réside dans la Nation toute entière. « Indivisible comme le point en géométrie », aurait dit Jean Bodin.

Pour Charles Eisenmann, la théorie de la souveraineté nationale est une fiction, c'est-à-dire une création de l'imagination mais sans aller jusqu'à citer Giraudoux pour qui « Jamais poète n'a interprété la nature avec autant d'imagination que juriste la réalité » ; les fictions jouent, en droit, le rôle que l'on sait. Les actes de volonté, nous dit notre auteur, sont l'œuvre d'êtres humains et non pas d'entités, de « personnes morales ». À quoi, l'on peut objecter, tout d'abord, que nul n'a jamais soutenu que la Nation était une personne morale au sens qu'à l'expression dans le langage juridique. Nul n'a jamais soutenu non plus que c'était la Nation qui prenait les décisions mais ses représentants, c'est-à-dire les organes de l'État qui est la Nation juridiquement organisée (Michoud, *op. cit.*, 237).

Alors, et c'est la part de vérité de la critique de Charles Eisenmann, voici une notion « fonctionnelle », ou si l'on préfère, un mythe, c'est-à-dire une construction de l'esprit qui ne repose sur aucun fond de réalité, un mythe justificatif au même titre que le contrat social, ou si l'on préfère encore, un conte et, comme disait Alain : « On ne demande jamais si les contes sont vrais ».

Pour notre auteur, on considère, de façon traditionnelle, que la souveraineté ainsi reconnue à la Nation peut être exercée ou bien par le peuple, directement, ou bien par des autorités qu'il élit, qui le représentent. Ces deux systèmes pouvant être combinés. Ce qui, selon lui, est caractéristique de cette façon de présenter les choses, c'est qu'elle met sur le même plan ces trois systèmes qui, à la vérité, représentent trois degrés de réalisation de l'idée de démocratie de la plus extrême inégalité. La vérité, selon Charles Eisenmann, est que seule la démocratie directe mérite le nom de démocratie. Elle seule est la démocratie pure. Notre auteur présente alors la classification qu'il considère comme fondamentale.

Les formes simples se composeraient de quatre grandes familles : les démocraties dont les constitutions tendent à placer l'exercice des pouvoirs politiques supérieurs et décisifs sous l'influence de la masse

des gouvernés. Une deuxième grande famille se caractériserait par le fait qu'une partie seulement des gouvernés serait appelée à participer à l'action gouvernementale, fraction qui ne serait ni pure ni homogène. Une troisième catégorie : les vraies oligocraties dans lesquelles le pouvoir suprême serait attribué à quelques individus : duumvirat, triumvirat. Enfin, les dictatures : monarchie absolue, dictature d'un individu ou d'un groupe.

Cette classification appelle des réserves mais la référence à des formes mixtes, par exemple les monarchies constitutionnelles, serait de nature à les lever.

III. Charles Eisenmann en vient alors, et c'est avec l'étude des classifications le passage essentiel de son cours, à une étude particulièrement subtile de la démocratie. C'est le gouvernement par le peuple, la souveraineté de la Nation. Il y a là une notion conforme à l'étymologie du mot. Ceci étant, il y aurait deux conceptions radicalement différentes de la démocratie ; une notion purement constitutionnelle, sans contenu économique et social, ou une notion dont le contenu serait aussi économique et social avec deux variantes : une variante socialiste, une variante libéraliste : sans liberté économique, il ne pourrait y avoir de véritable démocratie.

Kelsen serait un représentant déterminé de la conception purement constitutionnelle : la démocratie serait un phénomène d'organisation du pouvoir et ne serait rien d'autre que cela. Il y aurait aussi une notion politico-économique de la démocratie, notion qui établirait un lien entre la démocratie et un type d'organisation économique et sociale : soit la liberté (liberté-autonomie, liberté-résistance ou liberté-participation) ou bien un ordre socialiste.

Ces variantes soulèvent deux problèmes : un problème tout d'abord de définition. Que faut-il entendre par démocratie ? Une forme de gouvernement ou une structure sociale au sens large ? Il y aurait là un problème de pure terminologie. Les mots ne sont jamais que des signes, ce que l'on exprime parfois en disant que les définitions sont libres. L'autre problème serait un problème de « vérité », de « réalité », de correspondance, de conformité de la réalité à des principes, à des idées.

Sur le premier point, de terminologie, il serait indiqué de concevoir la notion de démocratie comme une notion purement constitutionnelle, une forme politique purement et simplement.

Sur le second point, Charles Eisenmann présente une observation au sujet de la condamnation par Kelsen de la notion de démocra-

tie économique et sociale : le problème de la démocratie économique et sociale peut être envisagé comme la question de savoir si la réalisation de la démocratie comme forme politique n'implique pas certaines conditions d'ordre social ou économique. On ne peut, par ailleurs, nier que très rapidement la démocratie a contracté alliance avec le socialisme.

En conclusion, Charles Eisenmann estime qu'il est souhaitable d'entendre par démocratie une forme politique ou de gouvernement et rien de plus. C'est conforme à l'étymologie, et c'est accepté par tous, mais cette position ne préjuge en rien la question de savoir si l'autonomie des gouvernés n'implique pas des conditions débordant les institutions politiques.

IV. La dernière partie des développements relatifs à la démocratie est consacrée à une analyse critique des idées du doyen Georges Vedel. Selon cet auteur, la démocratie classique et la démocratie marxiste offriraient deux séries d'institutions fondamentales presque antithétiques en matière d'organisation du pouvoir de régime des libertés, de rapports entre l'État et l'économie. À leur source pourtant, une inspiration commune : la liberté – démocratie et liberté s'identifient essentiellement. Mais l'idéal démocratique doit-il se réfracter à travers une philosophie ? Or, les deux courants procèdent de deux conceptions du monde différentes : une philosophie selon laquelle la liberté est coextensive à la nature humaine, une conception pour qui elle est une conquête, un futur. Le doyen Vedel se prononce pour la première philosophie. La démocratie classique pourrait s'enrichir de ce qui est valable dans la conception opposée, ce qui n'est pas le cas pour l'autre démocratie.

Charles Eisenmann formule des réserves et présente des observations critiques. Il estime que, au fond, G. Vedel parle tout au long de ses développements d'une inconnue, il en parle comme d'une donnée connue : la démocratie. En fait, on ne sait pas ce qu'est la démocratie tant qu'on ne l'a pas définie. G. Vedel croit pouvoir expliquer cette identité de vocabulaire : démocratie classique, démocratie socialiste par une inspiration commune, mais est-on bien avancé s'il existe de cette liberté deux conceptions différentes ?

En parlant d'une identité d'inspiration, ne déplace-t-on pas en réalité d'un cran le phénomène de trompeuse identité verbale ? Il y aurait beaucoup à dire, selon notre auteur, sur la liaison établie entre chacune des conceptions de la démocratie, et une certaine philosophie car il y a des penseurs d'importance qui n'acceptaient

pas la démocratie classique si l'on associe, à cette notion, l'idée d'un ordre économique libéral et qui, cependant, n'adhérait pas à une philosophie matérialiste : ainsi nombre de socialistes français au 19^e siècle.

En définitive, la théorie du dépassement, proposée comme solution du conflit, paraît très problématique.

V. La dernière partie du cours, quantitativement la moins importante, soixante-dix pages sur deux cent quinze, est consacrée à l'étude du contenu constitutionnel de la démocratie : démocratie libérale, démocratie sans liberté politique.

La démocratie libérale est le régime dans lequel la détermination de la ligne politique se fait par une opération qui comporte la désignation libre par chaque gouverné de celle qu'il souhaiterait voir adoptée, les décisions positives exigeant le consentement d'au moins la majorité des participants.

Il y a là une formule qui convient à l'hypothèse où les décisions gouvernementales sont prises par le collège de tous les gouvernés. On admet aussi comme démocratiques les régimes où les gouvernés exercent le choix des gouvernants lorsque celui-ci constitue, en même temps qu'une élection de personnes, un choix politique.

Cette définition s'oppose, selon Charles Eisenmann, à la définition d'après laquelle la démocratie serait le gouvernement de la majorité, étant convenu que normalement, en démocratie, les décisions sont prises à la majorité et ici, par une incise, s'interrogeant sur cette règle de la majorité, Charles Eisenmann se réfère à l'analyse de Kelsen qu'il qualifie de « si pénétrante et si remarquable », qui considère que la règle de la majorité réalise l'accord du plus grand nombre avec l'ordre juridique de la collectivité ou avec les décisions gouvernementales.

La démocratie libérale est le régime qui se construit sur le principe fondamental de l'autonomie politique du plus grand nombre. C'est là le seul libéralisme qui soit inclus dans la notion. Ensuite de quoi, Charles Eisenmann étudie les institutions et les règles de la démocratie libérale puis les démocraties sans liberté démocratique : césarienne et démocraties socialistes.

Deux traits se dégagent de ce cours de droit constitutionnel, deux traits qui caractérisent son auteur.

L'esprit critique. *Multi amici sed magis amica veritas*, écrira Marcel Waline dans l'avant-propos de ses *Mélanges* et le doyen Vedel ne lui

dédicacera-t-il pas l'exemplaire de son *Droit administratif* avec ces mots : « À l'archer, la cible ». Si l'on fait la réserve, et encore, de Kelsen dont il approuve la méthode des types idéaux et le fondement assigné à la règle de la majorité, ni Jellinek, ni la théorie de la souveraineté nationale, ni celle des types démocraties ne trouvent grâce à ses yeux.

Deuxième trait que Marcel Waline soulignait également : la rigueur de ses raisonnements servie par une maîtrise remarquable de la langue.

On se prend à rêver de ce qu'aurait été son apport à un débat comme celui qui se déroule sur « l'identité nationale ». On peut, sans doute, avoir l'impression que le résultat de la quête n'est pas toujours à la mesure des moyens mis en œuvre pour y parvenir mais qu'importe ? Et n'est-ce-pas alors le lieu d'invoquer l'adage : « Le but est dans le chemin » ?

On terminera par une brève réflexion se rapportant à une notion sous-jacente à toute étude relative à la classification des régimes politiques : la notion de République, une notion aussi difficile à définir qu'à classer. On observera tout d'abord que la distinction classique (monarchie, oligarchie, démocratie) n'est pas pleinement satisfaisante dans la mesure où ce qui s'oppose à un, à plusieurs, c'est tous, tout, tout le peuple, tous ses composants. Or il serait inconcevable que tous les composants d'une Nation soient appelés à exercer le pouvoir.

À plus forte raison la république apparaît-elle inclassable parmi les autres types de régimes politiques. Elle se définit, dit-on parfois, négativement au même titre que la notion de souveraineté nationale qui, en 1789, n'avait qu'une portée négative. La République ne se définirait qu'*a contrario* comme le régime qui n'est pas la monarchie ou l'Empire.

Ne pourrait-on plutôt avancer que si la République est si difficile à classer c'est qu'elle est inclassable et qu'elle est inclassable parce qu'elle n'est pas une forme de régime politique mais un mode d'organisation de la société s'articulant autour d'un certain nombre de principes fondamentaux, tels que la liberté politique ou l'égalité des droits ?

N'est-ce-pas en ce sens que l'on parle des « principes fondamentaux consacrés par les lois de la République » ou de la « tradition républicaine » et ne comprend-on pas de la sorte que Jean Bodin ait parlé de la « République monarchiste », que Rousseau ait fait référence à une monarchie « qui est elle-même République » et que le

senatus-consulte du 28 floréal an XII ait pu énoncer dans son article 1^{er} : « Le gouvernement de la République est confié à un Empereur qui prend le titre d'Empereur des Français » ?

Jean-Claude VENEZIA
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)