

Constitution, jurisdiction, codification. Le libéralisme hispano-américain au miroir du droit.

DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320171501>

Annick Lempérière

Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne
UMR 8168 Mondes Américains (CNRS/EHESS)
annick.lemperiere@wanadoo.fr

No podía quedar la revolución en la Constitución y el antiguo régimen en la legislación civil; la democracia en el régimen del Estado y la autocracia en el sistema de la familia; la democracia en el ciudadano, y el absolutismo en el hombre.
Juan Bautista Alberdi, 1867¹

Introduction

L'une des avancées de la « nouvelle histoire politique » qui s'est imposée au cours des dernières décennies est d'avoir profondément renouvelé l'interprétation du libéralisme hispano-américain. A rebours de la critique qui lui a été adressée dès le 19^e siècle, selon laquelle il n'aurait été que l'importation, sans discernement, de principes « étrangers » inadaptés au contexte culturel et social de l'Amérique Latine, les historiens ont fini par reconnaître son indiscutable enracinement dans les sociétés hispano-américaines. Tandis que selon certaines interprétations culturalistes représentées par des auteurs comme Claudio Veliz et Howard Wiarda,² le libéralisme ne se serait jamais pleinement imposé aux tendances autoritaires et personalistes qui, selon eux, caractérisaient l'exercice du pouvoir à partir des indépendances, les historiens ont souligné la rupture que constitue le libéralisme par rapport à l'ordre monarchique et absolutiste³. Cette réévaluation historiographique permet aujourd'hui

¹ ALBERDI, Juan Bautista. *El proyecto de Código civil para la República argentina*. In: _____. *Obras completas*. Buenos Aires: La Tribuna Nacional, 1887[1868]. Tomo VII, p. 82.

² VELIZ, Claudio. *The centralist tradition in Latin America*. Princeton /NJ: Princeton University, 1980; WIARDA, Howard J. *The Soul of Latin America: the cultural and political tradition*. New Haven/Conn: Yale University, 2001.

³ A commencer par GUERRA, François-Xavier. *Modernidad e independencias: ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. 3e éd. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997; pour une approche

de parler non du libéralisme *en* Amérique hispanique, mais *d'une version hispano-américaine* du libéralisme à l'échelle atlantique.

Certes, le libéralisme hispano-américain présente autant de nuances que de pays nés du processus d'indépendance et, en outre, il n'est pas immuable et connaît des évolutions significatives entre le début et la fin du 19^e siècle. Mais le propos de cet article est de l'envisager du point de vue de ce qui fait sa spécificité hispano-américaine : son articulation avec l'ordre juridique⁴ en vigueur et la manière dont il construit son ordre juridique en fonction d'une culture juridique⁵ spécifique. Il s'agit d'observer le libéralisme hispano-américain dans le miroir du droit⁶. En quoi ses caractéristiques historiques particulières s'éclairent-elles à la lumière de sa relation avec le droit ? Avant de répondre à cette question, il convient d'abord d'expliquer les raisons pour lesquelles la question elle-même est pertinente d'un point de vue historiographique.

Libéralisme et « révolution du droit naturel »

Il s'agit tout d'abord d'une raison historique avérée, qui renvoie à l'intime communauté épistémique existant entre la « révolution du droit naturel moderne »⁷, d'une part, et l'idéal libéral en germe, d'autre part. En effet, même si les penseurs que l'on situe dans la tradition libérale ne croient pas tous au « droit naturel » (tel était le cas de Montesquieu ou, plus tard, de Bentham), le libéralisme a une dette à l'égard du droit naturel rationaliste. La nouvelle conception du droit élaborée au 17^e siècle par

désenchantée sur les « limites » du libéralisme hispano-américain, cf. BREÑA, Roberto. *Límites del constitucionalismo y del liberalismo hispánicos: una visión crítica desde/sobre la historiografía actual*. In LUNA, Adriana; MIJANGOS, Pablo; ROJAS, Rafael (coord.). *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica* (1812-2012). Mexico: Taurus, 2012. p. 47-66.

⁴ Pour une définition de « l'ordre juridique », cf. GARRIGA, Carlos. *Constitución política y orden jurídico en España: el "efecto derogatorio" de la Constitución de Cádiz*. In CHUST, Manuel (coord.), *Doceañismos*. Madrid : Fundación MAPFRE, 2006. p. 33-77. Garriga distingue « trois composantes » d'un ordre juridique : les « normes juridiques c'est-à-dire les règles de conduite juridiquement appropriées » ; les « formulations des normes juridiques » ou « sources du droit » (de nature très diverse) ; la « culture juridique » qui leur donne un sens, qui est « évidente » pour les participants de cette culture juridique (p. 37).

⁵ La « culture juridique » est donc la « clé de lecture » : « si c'est elle qui aglutine et compose les normes en un *ordre* qui les transcende et qui a ses propres règles, alors la culture doit nous fournir au moins le contexte qui leur donne sens », GARRIGA, 2006, p. 37.

⁶ La formule provient du titre de l'ouvrage de BRACHOFEN, Blaise (éd.). *Le libéralisme au miroir du droit*. Lyon: ENS, 2008. Précisons que cet ouvrage, qui entend éclairer "la façon dont la tradition libérale s'est définie en se confrontant aux exigences de la normativité juridique", concerne la tradition philosophico-politique libérale européenne, essentiellement britannique et française.

⁷ J'emprunte la formule à HALPERIN, Jean-Louis. *L'impossible code civil*. Paris: Presses Universitaires de France 1992. p. 51ss.

Grotius, Puffendorf, ou Locke, qui placent au cœur de leurs théories l'individu abstrait et la notion de droit subjectif, contribue de manière décisive à fortifier et légitimer les idées d'émancipation à l'égard des hiérarchies et des autorités traditionnelles. L'individu, cessant d'être un « sujet » (du prince) pour devenir un « sujet de droits », est au centre de l'idéal émancipateur à l'égard du pouvoir absolu, ainsi que de la conception du droit comme « un système construit, un artefact susceptible d'être complètement modifié à partir de principes nouveaux⁸. » Au cours du 18^e siècle, la question de la réforme de la « législation » et celle de la « codification » cessent d'être la préoccupation exclusive des théoriciens du droit pour devenir un thème central du programme politique des penseurs des Lumières ; le volontarisme qu'impliquait, chez les jusnaturalistes, l'idée de créer un nouveau droit, se déplace vers la pensée politique sous la forme du constitutionnalisme qui, rompant avec l'idée de « lois fondamentales » ou de « constitution historique », se fonde sur le pouvoir constituant, expression de la volonté politique. Constitutionnalisme et idéal codificateur sont intellectuellement et culturellement contemporains : ils constituent deux versants complémentaires d'un même mouvement d'émancipation à l'égard du pouvoir absolu, de la puissance des magistrats, de ce qui se nommait *jurisdiction*⁹ sous l'Ancien Régime, c'est-à-dire une forme d'autorité (*potestad*), à laquelle on oppose désormais le principe de la séparation des pouvoirs¹⁰. Il s'agit des deux postulats d'une nouvelle conception du droit, d'une nouvelle culture juridique selon laquelle la source exclusive du droit ne peut être que la loi écrite promulguée par un corps législatif représentatif. Tandis que la constitution incarne le code politique, les lois, idéalement exposées de manière claire et rationnelle dans des codes juridiques, et promulguées par un pouvoir spécifique – le législatif –, doivent, à l'exclusion de toute autre source de droit, régir la conduite des individus vivant en société et dicter aux juges leurs sentences. Ainsi que l'a rappelé Tau

⁸HALPERIN, 1992, p. 53.

⁹ Les significations de la notion de « jurisdiction » dans l'histoire longue sont beaucoup plus complexes que ce que peut laisser supposer le sens actuel du mot. Du Moyen-Âge à la fin de l'Ancien Régime, « jurisdiction » est le terme qui désigne le pouvoir politique, défini fondamentalement comme une *potestad* indissociable de la faculté de « déclarer le droit ». Dans la *potestad* on ne distingue pas la faculté de juger de celle de *gouverner* (ou d' « administrer »), ni de celle de *légiférer*, et ce pouvoir s'accompagne de facultés coercitives (*imperium*) ; Cfr. COSTA, Pietro. *Jurisdictio. Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale* (1100-1433). Milan: Dott. A. Giuffrè, 1969, p. 95-181. Voir également GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el Antiguo Regimen: la tradición jurisdiccional. In GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. Cádiz, 1812: la constitución jurisdiccional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (2). p. 59 et 65.

¹⁰ Sur la différence radicale entre la potestad et la « trinité constitutionnelle » (les trois « pouvoirs » du constitutionnalisme), ainsi que sur la lente genèse de cette dernière, cf. CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes: historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid: Editorial Trotta. 2007.

Anzoátegui sans ambiguïté, l'idéal des Lumières se répand dans les Amériques par le biais d'une « abondante *littérature juridique* » qui inclut Grotius, Puffendorf, Montesquieu, Rousseau, Filangieri, etc.¹¹

Le « tournant juridique » de l'historiographie latino-américaniste.¹²

La seconde raison de l'approche développée ici renvoie au mouvement historiographique. Parallèlement à la rénovation de l'histoire politique, on a assisté à l'essor d'une nouvelle histoire du droit qui, à partir d'une approche anthropologique et critique, offre aujourd'hui des outils pour mieux comprendre, d'une part, l'ordre juridique, et donc institutionnel, de la Monarchie catholique et, d'autre part, les spécificités de la production constitutionnelle des révolutions espagnole et hispano-américaines¹³. De même a-t-elle mis en lumière la coexistence, accompagnée de tensions et de contradictions, entre le pluralisme juridique hérité de l'Ancien Régime, reflétant l'*ordre naturel* centré sur le territoire, la famille et la hiérarchie des conditions humaines, et le potentiel légicentriste porté par les idéaux libéraux, centrés sur l'individu sujet de droits¹⁴. Ce courant critique de l'histoire du droit, particulièrement bien représenté par le groupe de recherche HICOES (Universidad Autónoma de Madrid)¹⁵, reste encore relativement peu mobilisé par les historiens latino-américanistes – même si son influence va grandissant – en dépit du fait que ses approches théoriques et méthodologiques ont complètement rompu avec la vieille histoire institutionnelle qui a dominé pendant des décennies dans les facultés de droit d'Espagne et d'Amérique hispanique. Une des raisons de cette relative méconnaissance est que, comparée aux sciences sociales avec lesquelles les historiens sont habitués à

¹¹ TAU ANZOATEGUI, Victor. *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*. Buenos Aires: Perrot. 1977. p. 23-24 [je souligne].

¹² Une démonstration de ce tournant dans *PolHis Boletín Bibliográfico del Programa Buenos Aires de Historia Política*, n.10, 2012, p. 23-105.

¹³ Sur la Constitution de Cadix, cf. GARRIGA; LORENTE, 2007.

¹⁴ LEMPERIERE, Annick. Communautés naturelles vs État moderne, ius commune vs codification (Amérique hispanique, XIXe siècle). In *Nature ou culture* (études réunies et présentées par Patrick Bonin et Thierry Pozzo). Actes du colloque de l'Institut Universitaire de France, Dijon, 27-28 mai 2014. Saint-Etienne: Presses Universitaires de Saint-Etienne, 2014. p. 271-282.

¹⁵ Le groupe de recherche HICOES (*Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España – y América*; <http://www.hicoes.org>) fondé par l'historien du droit espagnol Francisco Tomás y Valiente (1932-1996), et représenté dans les références bibliographiques de cet essai sous les noms de B. Clavero, M. Lorente, C. Garriga, J. M. Portillo, J. Vallejo, a des connexions intellectuelles étroites avec des historiens du droit aussi bien italiens (la « escuela de Florencia » autour de Paolo Grossi) qu'argentins (V. Tau Anzoátegui, Alejandro Agüero), portugais (Antonio M. Hespanha) ainsi qu'avec des historiens du politique latino-américanistes venus des deux côtés de l'Atlantique (Antonio Annino, Andréa Slemian, María Teresa Calderón, Jean-Frédéric Schaub, ou l'auteur de cet essai).

dialoguer, cette histoire du droit utilise un langage et mobilise des concepts et des outils d'analyse dont la technicité peut déconcerter les historiens, souvent dépourvus de toute formation juridique. Plus encore, le type de raisonnement qu'elle mobilise et les objets d'étude qui sont les siens semblent l'éloigner du monde social qui constitue, au contraire, la matière première des historiens¹⁶. Pourtant, défiant l'ancien préjugé des historiens hostiles à l'étude du « monde normatif » conçu comme étranger au « monde physique » et aux « faits sociaux », l'histoire du droit renouvelée nous invite à concevoir « les lois comme un fait social ¹⁷ ». Un fait autant social que politique : si l'on admet que le droit est l'expression de relations de pouvoir et que les normes changent lorsque ces relations se modifient, il en résulte que le droit n'est pas extérieur à la société mais qu'au contraire, il renvoie à, et détermine des relations réelles au sein de celle-ci¹⁸. S'agissant du constitutionnalisme et de la séparation des pouvoirs, de la conception de la loi, de l'administration de la justice ou de la codification, et d'autres réalités institutionnelles qui ont une présence massive non seulement dans l'histoire politique, mais aussi dans la vie sociale du 19^e siècle,¹⁹ les historiens ne devraient pas se priver des ressources que peuvent leur fournir les savoirs spécifiques des juristes. Si l'on admet, d'une part, que dans les sociétés « occidentales » le droit est l'un des instruments du pouvoir, et d'autre part que l'un des objectifs du libéralisme est de limiter le pouvoir politique pour garantir les droits individuels, le fait d'observer le libéralisme dans le miroir du droit signifie ouvrir un questionnement sur une ample gamme de problèmes socio-politico-juridiques qui vont du concept général de gouvernement et de gouvernabilité aux pratiques les plus courantes des enceintes parlementaires, des bureaux de l'administration publique ou des tribunaux de province, en passant par les relations entre citoyens et représentants de l'autorité et par la manière dont se concrétisent – ou non – les droits individuels. Autant de problèmes politiques qui doivent être mis en relation, comme le font les acteurs sociaux eux-mêmes, avec des hypothèses et des données de nature juridique, plus encore si l'on considère combien est illusoire la prétention de l'histoire sociale à rendre compte des contextes de tension et de conflit comme s'il s'agissait d'« interactions » purement

¹⁶ Il est vrai que l'histoire politique elle-même n'a pas connu un meilleur sort auprès d'un certain "populisme historiographique", BREÑA, 2012, p. 64, n. 20.

¹⁷ TAU ANZOATEGUI, Victor. *La ley en América hispana: del descubrimiento a la emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992 (02). p. 3-5.

¹⁸ COSTA, 1969. p. 77.

¹⁹ Voir par exemple, sur le jury, CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution: cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Trotta Editorial, 1997.

« sociales », en laissant de côté le cadre juridico-institutionnel à l'intérieur duquel elles se développent. Étudier comment le libéralisme se noue historiquement au droit – entendu dans son sens le plus large d'ordre juridique – devrait permettre de qualifier de manière plus précise et plus fine les particularités qu'il présente dans sa version hispano-américaine.

Révolution politique sans révolution juridique

Si Kant a pu affirmer que la Révolution française fut à la fois un « avènement du droit » (par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et une « négation du droit » (pour avoir renversé l'Ancien Régime²⁰), les révolutions hispano-américaines du début du 19^e siècle n'ont pas reçu la même appréciation de la part de l'histoire critique du droit. En effet, même si des révolutionnaires hispanoaméricains radicaux proposèrent la destruction complète du droit en vigueur, en dénonçant l'incompatibilité entre les normes de l'ordre monarchique et les nouveaux principes de liberté et d'égalité, rien n'est advenu dans ce sens. Bien que dans tous les territoires – y compris ceux qui se placent sous l'autorité des Cortès de Cadix en 1810 – soient promulguées des lois à caractère libéral destinées à un long avenir (ainsi les lois sur la liberté de presse politique), cette nouvelle législation a plus de portée en tant que propagande politique que comme renversement de l'ordre juridique existant²¹. On ne trouve aucun « programme dérogatoire du droit traditionnel²² » chez les députés aux Cortès de Cadix²³ ou ceux des congrès hispano-américains, que ce soit avant ou après la proclamation des indépendances. Tau Anzoátegui soulignait il y a plus de vingt ans, à propos de la transformation de la notion de loi avec l'émergence du gouvernement représentatif, que cette « nouvelle construction » « ne se produisit pas soudainement, ni non plus par une démolition de l'ancien édifice, malgré les retentissantes déclarations publiques dans ce sens²⁴. » Il convient de prendre cette donnée en compte pour mieux définir, d'une part, l'apparente *modération* du libéralisme hispano-américain, et d'autre

²⁰ HALPERIN, 1992, p. 15.

²¹ TAU ANZOATEGUI, 1977, p. 20-31.

²² GARRIGA, Carlos. Continuidad y cambio en el orden jurídico. In GARRIGA, Carlos (coord.). Historia y constitución. México : CIDE, 2010. p. 68-69 ; pour une approche plus spécifique de la question de la dérogation, Carlos GARRIGA, 2006, p. 33-77.

²³ Sur le « moment gaditan », une référence indispensable : LORENTE, Marta; PORTILLO, José María (Dir.). *El momento gaditano: la Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Madrid: Congreso de los diputados, 2012.

²⁴ Victor TAU ANZOATEGUI, 1992 (02), p. 64.

part la conflictivité qui s'est développée autour de l'application des constitutions et les problèmes de gouvernabilité auxquels se sont confrontés les gouvernements libéraux.

Carlos Garriga (historien du droit) et Andréa Slemian (historienne) ont reformulé le problème dans un article écrit à quatre mains : « Les indépendances furent des révolutions politiques, pas des révolutions juridiques²⁵. » Si tel est le cas, si le nouvel ordre politique conserve pour socle l'ordre juridique de la monarchie, est-il pertinent de le qualifier de libéral ?

La réponse semble aller de soi si l'on s'en tient aux principes déclarés dans la plupart des règlements constitutionnels et des constitutions promulgués en Amérique hispanique à partir de 1811 : gouvernement représentatif ; distinction entre trois pouvoirs exercés par des institutions différentes, le législatif, l'exécutif et le judiciaire ; déclaration de droits civils fondamentaux (liberté, égalité, propriété, sécurité²⁶) et garanties données à ces droits ; émergence de la figure du citoyen et énoncé de ses droits et devoirs politiques. De même est indéniablement libérale la formule proclamée de « l'empire de la loi » (*imperio de la ley*), du caractère obligatoire de la loi qui s'impose également aux gouvernants et aux gouvernés. Mais ici apparaît un premier problème. De quelle « loi » parle-t-on ? Dans des discours officiels et solennels, ou dans des contextes de conflit politique aigu, la « loi » dont il est question renvoie le plus souvent à la constitution, *suprema lex*. Mais dans beaucoup de cas, lorsque par exemple il est fait allusion à la nécessité de châtier les criminels ou les perturbateurs de l'ordre public, la notion de « loi » acquiert un sens extrêmement incertain si l'on tient compte du fait que les acteurs ne la considèrent pas, comme nous le faisons, depuis un point de vue « légicentriste » (la loi, votée par un pouvoir législatif, comme seule source du droit) mais depuis une conception pluraliste et historiciste selon laquelle le droit en vigueur, issu de la tradition, provient d'une multitude de sources qui vont du *ius commune* et du droit canon²⁷ au droit coutumier local en passant par l'ensemble de la jurisprudence. Il se peut que selon certains publicistes ou hommes politiques la notion

²⁵ GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. "Em Trajes brasileiros": justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850). *Revista de História*, São Paulo, n° 169, juin-déc. 2013, [p.181-221], p. 187.

²⁶ Ainsi par exemple l'article 1, tit. XII de la Constitution de Cundinamarca (1811): "Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad y libertad legales, la seguridad y la propiedad", ou bien l'art. 1, chap. 1, du Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado de 1817: «Los derechos de los habitantes del Estado son la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. »

²⁷ Sur les controverses concernant la notion même de *Jus commune*, cf. HALPERIN, Jean-Louis. L'approche historique et la problématique du jus commune. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 2000, vol. 52, n° 4, p. 717-731.

de « loi » renvoie exclusivement à la législation républicaine émanant de la représentation nationale. Cependant, pour la généralité des citoyens,²⁸ et tout autant pour les juristes et les juges, « l'empire de la loi » se comprend comme la possibilité de recourir, parmi la multiplicité des solutions juridiques disponibles, à celles qui s'adaptent le mieux au cas, quel que soit celui-ci : le « statut des personnes », les circonstances, et bien entendu les intérêts, déterminent quelle est la « loi » – autrement dit, dans cette culture juridique, c'est la sentence qui dit quelle est la loi, non la loi qui dicte la sentence.

Le fait que le droit ancien reste en vigueur va en effet de pair avec une culture juridique et une conception du droit qui déterminent aussi bien la fonction des juges que les usages que font des « lois », mais aussi des constitutions, les acteurs tant sociaux que politiques. Non seulement les juges, selon une pratique multi-séculaire, « composent » le droit, cherchant pour « chaque cas » la formule juridique la plus appropriée, mais la jurisprudence (celle de la doctrine comme celle des tribunaux) continue d'orienter la lecture des lois, fussent-elles républicaines. Ce que disent à ce sujet les historiens du droit, c'est que, en l'absence de codes de lois, autrement dit avant l'âge de la codification, le droit en Amérique Hispanique n'est pas un « droit de lois », mais un « droit de juges ». Le juge n'est pas la modeste « bouche de la loi » – la figure qui correspond à une conception légaliste du droit – : il « déclare le droit » (*jurisdicción*). Pour le formuler autrement : tandis que dans un constitutionnalisme légicentriste c'est la loi qui détermine le droit, dans le constitutionnalisme juridictionnel hispano-américain²⁹ c'est la casuistique³⁰ qui fait loi – à moins que le pouvoir législatif n'abroge explicitement les normes existantes.

Telle est l'une des dimensions de l'absence de « révolution juridique » signalée en plusieurs occasions par Carlos Garriga. Peut-on pour autant conclure que le libéralisme politique s'affronte à des obstacles insurmontables opposés à l'exercice des nouvelles libertés issues du droit naturel moderne, tout comme à l'affirmation de la volonté politique des gouvernements indépendants ? Certes, « l'ordre juridique

²⁸ Songeons, par exemple, à l'importance du droit coutumier propre aux communautés amérindiennes : "La coutume fait loi" (TAU ANZOATEGUI, 1992 (02), p. 9).

²⁹ Sur la notion de « constitution juridictionnelle », GARRIGA, LORENTE, 2007 ; LORENTE, Marta. *La nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*. Madrid: Ediciones UAM, 2010. p. 12-13.

³⁰ Sur l'enracinement du casuisme en Amérique espagnole à l'époque coloniale, cf. TAU ANZOATEGUI, Vitor. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho moderno*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

traditionnel était, en lui-même, constitutivement limitatif du potentiel de manœuvre politique³¹ ». Mais, à moins de renoncer à l'idée même de révolution à propos des années 1810, en ironisant sur les « constitutions de papier » comme le faisait Laureano Vallenilla Lanz,³² peut-être convient-il de formuler le problème autrement, en énonçant d'abord l'hypothèse que reconnaître explicitement la validité de la culture juridique et du droit en vigueur n'est pas une inertie face à la tradition, mais l'expression d'une volonté politique contradictoire : qui consent à s'auto-limiter.

Un trait spécifique du libéralisme hispano-américain du premier 19^e siècle suggère qu'il en est bien ainsi. Dans tous les anciens territoires espagnols d'Amérique, et en contradiction avec la déclaration de la liberté comme l'un des « droits naturels » de « l'homme en société », les constitutions déclarent le catholicisme religion de l'État et de la nation à l'exclusion de toute autre.³³ L'Amérique hispanique se sépare de la Monarchie catholique pour devenir un ensemble de républiques catholiques dans lesquelles la catholicité est condition *sine qua non* de la citoyenneté. Or, catholicité et droit objectif – ce droit « hérité-reconduit » –, sont inséparables, ne serait-ce que parce que le droit reste considéré comme l'expression de l'ordre naturel : ce concept doit être compris dans son sens le plus biblique – l'ordre de la Création –³⁴ mais également comme incarné dans la figure très concrète des communautés naturelles que sont, d'une part, la famille, et d'autre part la communauté locale – paroisse, *pueblo*, *ciudad* et leurs territoires respectifs. La famille et la communauté locale sont ainsi liées tout autant à l'ordre juridique traditionnel qu'au nouvel ordre politique. Comme le formule éloquemment Marta Lorente : « los pueblos juraron la Constitución reunidos en las iglesias. »³⁵ Tandis que la citoyenneté est partout identifiée et dans les faits, limitée, au respectable *paterfamilias* bien établi dans un *pueblo* – le *vecino* de l'Ancien Régime –,³⁶

³¹ GARRIGA, SLEMIAN, 2013, p. 191.

³² Cité par THIBAUD, Clément. Las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano en el primer constitucionalismo neogranadino e hispanoamericano. In QUIROS, Pilar Gonzalez Bernaldo de (Dir.). *Independencias iberoamericanas: nuevos problemas y aproximaciones*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2015 (1). [149-176], p. 151.

³³ Sur le fait que les « réformistes » de Cadix, auto-dénommés libéraux, assument sans réserve la contradiction avec les principes libéraux que suppose « l'assimilation entre nation, religion et Église », cf. PORTILLO, José María. La nación, la constitución y las personas. In LORENTE; PORTILLO, 2012, p.172.

³⁴ LEMPERIERE, Communautés naturelles vs État moderne, *ius commune* vs codification (Amérique hispanique, XIX^e siècle), dans *Nature ou culture* (études réunies et présentées par Patrick Bonin et Thierry Pozzo), 2014.

³⁵ LORENTE, 2010, p. 32.

³⁶ GUERRA, François-Xavier. El soberano y su reino. Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina. In SABATO, Hilda (Coord.). *Ciudadanía política y formación de las naciones: perspectivas históricas de América Latina*. México: FCE, COLMEX, FHAM, 1999. p. 33-61.

la famille en tant qu'institution est essentiellement régie par le droit canon. Quant aux communautés locales, les travaux d'Antonio Annino ont montré à quel point, au Mexique et dans les Andes, elles sont sorties renforcées des révolutions de 1810 :³⁷ à la fois quantitativement, par « l'émancipation » des *pueblos subalternos* vis-à-vis de leurs chefs-lieux (*cabeceras*), source d'une « éclosion municipale » à la fois conquise par les *pueblos* eux-mêmes, voulue par les libéraux gaditans qui la « considèrent fondamentale pour la "régénération" de la monarchie »,³⁸ comme par les républicains hispano-américains, comme garantie de non retour du despotisme ; et qualitativement, parce que la liberté municipale se comprenait avant tout comme autonomie juridictionnelle d'un territoire, dès lors que les *alcaldes ordinarios* des conseils municipaux (*ayuntamientos*) jouaient le rôle de juges,³⁹ ce qui renforçait l'identification entre politique, d'un côté, et droit et justice, de l'autre.⁴⁰ La multiplication des *pueblos*, transformés par ce processus en acteurs politiques à la fois collectifs et territorialisés, produit ainsi dans le même mouvement l'élargissement de la citoyenneté, et son enracinement social au niveau local. Les espaces du Cône sud – pampas du Río de la Plata et plaines chiliennes, où les cités et *pueblos* étaient en nombre bien plus limité qu'en Méso-Amérique et dans le reste des Andes, et où l'on ne trouvait pas de *pueblos* amérindiens dotés de propriétés collectives – n'ont pas échappé non plus à cette dynamique. Dans le cas de l'ancienne Capitainerie générale du Chili, on assiste à partir de 1810 à l'éveil progressif des cités et *pueblos* en tant qu'acteurs politiques. Alors qu'en 1811 seule Concepción, capitale militaire et religieuse de la Frontière avec l'Araucanie, s'oppose aux prétentions de Santiago à monopoliser le pouvoir politique, le conflit puis la guerre civile entre patriotes et royalistes voit les *pueblos* du sud affirmer leur autonomie sous la bannière du roi. La chute du Directeur Suprême Bernardo O'Higgins est marquée en 1822-23 par une mobilisation des *pueblos* du nord et du sud

³⁷ ANNINO, Antonio. *Silencios y disputas en la historia de Hispanoamérica*. Bogotá: Universidad Externado, Taurus, 2014. p. 429.

³⁸ *Ibid.*, p. 427.

³⁹ Sur les *alcaldes ordinarios* comme juges, cf. MORELL OCAÑA, Luis. El municipio constitucional y la instrucción de 1813. In *El municipio constitucional. II Seminario de Historia de la Administración*, Madrid, out 2002, Instituto nacional de Administración pública, 2003. p. 121-146.

⁴⁰ Sur l'importance de la dimension *territoriale* de l'autonomie, cf. le chapitre II de LORENTE, 2010, p. 45-69; PORTILLO, José María. *Fuero indio. Tlaxcala y la identidad territorial entre la monarquía imperial y la república nacional, 1787-1824*. Mexico: Colegio de México, 2016.

de la vallée centrale qui a toutes les caractéristiques du *pronunciamiento*⁴¹. La dynamique de l'émancipation des *pueblos* se traduit dans les années 1823-1827 par l'émergence d'un fédéralisme qui, dans son principe, n'a rien à envier à celui que connaît le Mexique au même moment.

Reste que toutes les constitutions hispano-américaines, à la différence de la Constitution de Cadix, ont dès leur apparition énoncé des « droits de l'homme », des droits civils individuels parmi lesquels celui d'égalité. Ce jusnaturalisme moderne resterait-il lettre morte tandis que triompherait, au seul bénéfice des *pueblos* et du patriarcat, le jusnaturalisme catholique⁴² politisé par la révolution ? Est-il l'ornement philosophique et éclairé, purement décoratif, du constitutionnalisme ? Comme le montre très bien Clément Thibaud, évoquant l'espace caraïbe de la Nouvelle-Grenade et du Venezuela, à la fin du 18^e siècle ce sont des stratégies individuelles (notamment l'enrôlement dans les milices) et des « logiques de promotion statutaire » gérées *au cas par cas*, qui permettent à la *gente de color* d'accéder à la dignité de *vecino*, l'accès à la *vecindad* représentant un « privilège », « un élément fondamental dans les stratégies d'évitement du stigmatisme racial ». ⁴³ Or, en 1811, « le Congrès constituant du Venezuela décida d'effacer l'indignité des *Pardos* et de les inclure de plein droit dans une citoyenneté qui était également un honneur, les égalant aux Blancs. Ainsi en fut-il également pour les Indiens, et toutes les constitutions qui fleurirent dans la région [Venezuela et Nouvelle-Grenade] entre 1811 et 1815 déclarèrent l'égalité de toutes les anciennes "classes" racialisées. » ⁴⁴ ⁴⁵ Certes, on retrouve dans l'énoncé même du principe d'égalité des notions qui renvoient à la « communauté naturelle » évoquée plus haut, ainsi lorsque la Junte de Cartagena, dans ses instructions électorales de 1810

⁴¹ THIBAUD, Clément. Entre les cités et l'État. Caudillos et pronunciamientos en Grande Colombie. *Genèses*, Paris, 2006/1, n° 62, p. 5-26; CALDERÓN, María Teresa. Une République chancelante: la grande crise de la Colombie, 1826-1831. Thèse de Doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Paris, 2017.

⁴² Sur les frontières poreuses entre jusnaturalisme « catholique » et « moderne », cf. Annino, 2014, p. 415ss.

⁴³ THIBAUD, Clément. Nuovi cittadini di colore ? Libertà per privilegio e uguaglianza civile in Terraferma durante la rivoluzione. *Quaderni Storici*, Bologna, aprile 1/2015 (2), p. 115-144. p. 12-13. Nous utilisons ici la version française préliminaire, paginée, consultable sur : https://www.academia.edu/16134936/_Nuovi_cittadini_di_colore_Libertà_per_privilegio_e_uguaglianza_civile_in_Terraferma_durante_la_rivoluzione_Quaderni_Storici_aprile_2015_p._115-144_version_française_préliminaire

⁴⁴ THIBAUD, 2015 (2), p. 14.

⁴⁵ Comme on le sait, les constituants de Cadix généralisèrent la « nationalité » mais, s'ils ouvrirent sans discussion la citoyenneté aux indiens, les députés espagnols, contre l'avis de leurs homologues américains, souhaitèrent conserver la « concession casuistique » en vigueur jusqu'alors pour les gens de couleur, leur refusant l'accès généralisé à la citoyenneté.

citées par Marixa Lasso, appelle à voter « tous les *vecinos* des districts des paroisses, blancs, indiens, métis, mulâtres, zambos et noirs, *du moment qu'ils sont pères de famille* [je souligne], ou qu'ils ont une maison habitée et qu'ils vivent de leur travail » ;⁴⁶ mais, comme entend le montrer Lasso, ce sont des alliances concrètes entre créoles révolutionnaires et gens de couleur qui créent les dynamiques sociales et politiques débouchant sur la constitutionnalisation de l'égalité civile, sans distinction de « race ».

⁴⁷ Les guerres civiles entre patriotes et royalistes mobilisent dans les deux camps indiens et gens de couleur par milliers ; après les indépendances, les conflits politiques armés entre républicains ont pour effet d'enraciner socialement le principe constitutionnel de l'égalité civile et de l'accès à la citoyenneté active. La déclaration de l'égalité ouvre « une brèche entre l'ordre légal et l'ordre social. »⁴⁸ Les préjugés de couleur relèveraient désormais non de l'ordre juridique en vigueur mais de la culture sociale. Selon Lasso, « l'évidence de la participation politique populaire moderne interdit de caractériser les sociétés latino-américaines comme traditionnelles, et leur modernité politique comme superficielle. »⁴⁹ Quoi qu'on pense de cette « évidence » historiographiquement optimiste, on devrait admettre que, parallèlement à l'émancipation acquise sous la forme de l'autonomie collective, territoriale et juridictionnelle des *pueblos*, les révolutions produisent la possibilité d'une forme alternative d'émancipation, celle des individus autrefois stigmatisés en vertu de leur origine (leur « race »). Mais cette émancipation constitutive de droits individuels, parce qu'elle reste inscrite dans l'ordre naturel, les renvoie au statut de *paterfamilias*, *vecino* d'un *pueblo* : un citoyen (quelle que soit sa « couleur ») territorialisé et chef de famille.

Dans ces conditions, et alors que nombre de constitutions mentionnent les droits comme étant ceux de « l'homme *en société* », *quid* de l'individu *stricto sensu* et de ses droits civils ?⁵⁰ Pour le dire autrement : peut-on, dans le dispositif juridico-politique né des révolutions, être un individu doté de droits (civils) si l'on n'a pas *d'abord* la qualité de citoyen-*paterfamilias* ? Commentant l'article 1° de la loi électorale espagnole de

⁴⁶ LASSO, Marixa. Los grupos afro-descendientes y la independencia: ¿un nuevo paradigma historiográfico?. In THIBAUD, Clément; ENTIN, Gabriel; GOMEZ, Alejandro; MORELLI, Federica (Dir.). *L'Atlantique révolutionnaire*. Paris: Éditions Les Perséides, 2013. [p. 359-378], p. 363.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 363-367.

⁴⁸ THIBAUD, 2015(1), p. 151.

⁴⁹ LASSO, 2013, p. 373.

⁵⁰ Une référence incontournable sur la question de l'individu dans le constitutionnalisme gaditan: CLAVERO, Bartolomé. Cádiz 1812: antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución. In *Quaderni Fiorentini* [per la storia del pensiero giuridico moderno], Firenze, n. 42, 2013, p. 201-279 (en particulier p. 242-253).

1873 (« Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y lo hijos de estos que sean mayores de 21 años »), Jesús Vallejo souligne que, selon cette formulation, « el español que se hallaba en pleno goce de sus derechos civiles no era, sin más, el mayor de edad, sino el padre de familia [...] Si lo era el padre de familia, esto es, si la posición de titular pleno de derechos civiles dependía de la de ser cabeza del cuerpo familiar, he aquí ya perdida la individualidad de la persona civil. »⁵¹ En dépit de la distance temporelle et des différences de contexte qui séparent le « sexennat révolutionnaire » espagnol des débuts du constitutionnalisme hispano-américain, on peut constater une évidente similitude, en termes de conception des droits civils, qui renvoie à des fondements culturels, autant religieux que juridiques, partagés. On a affaire à une inversion explicite de la logique intrinsèque au jusnaturalisme moderne, selon lequel les droits de l'homme, censés dicter les droits civils, échappent à toute hiérarchie sociale ou juridique, sont antérieurs et supérieurs aussi bien au droit en vigueur qu'aux droits acquis à titre de « privilèges ». Ainsi le confirme l'étude d'Alejandro Agüero consacrée à la justice pénale dans la province de Córdoba (Río de la Plata) entre la fin du 18^e et le milieu du 19^e siècle, où l'auteur associe subtilement à l'analyse du cadre constitutionnel et légal et des argumentaires juridiques des acteurs de l'administration de justice, des données sociales précises ; on voit ainsi confronté l'univers des notables ruraux et urbains – la « mayor y sanior pars » –, à celui des « vagos », des « "indios, mestizos, negros y mulatos" a los que calificaban como gente *tan depravada...* » (p. 273), de « quienes se veían marginados de las estructuras domésticas tradicionales (sin pueblos, lejos de la Justicia, y de los Curas, como diría el primer gobernador intendente »), de la « "plebe y gente vil" » (p. 275).⁵² Pour autant, il montre qu'une approche d'histoire exclusivement « sociale » ne peut pas à elle seule rendre compte du caractère impitoyable de la « justice expéditive » exercée par les premiers sur les seconds, et des raisons pour lesquelles les droits individuels et leurs garanties, énoncés dans la Constitution de Córdoba de 1821, ne pouvaient que rester lettre morte. Même s'il est clair que l'intérêt social bien compris des citoyens-propriétaires est pleinement satisfait par les dispositions légales drastiques élaborées contre les délinquants, la « configuration domestique » des figures de juges, des

⁵¹ VALLEJO, Jesús. Paradojas del sujeto. In GARRIGA, Carlos. *História y constitución: trayectos del constitucionalismo hispánico*. México: CIDE, 2010. [p. 173-199], p.187-188.

⁵² AGÜERO, Alejandro. La justicia penal en tiempos de transición. La República de Córdoba, 1785-1850. In GARRIGA, 2010, p. 267-305.

procédures judiciaires expéditives du monde rural, et du châtimeut, s'enracine non seulement dans les pratiques en vigueur à la fin de l'époque coloniale, mais aussi et plus fondamentalement dans la croyance intacte en « un orden social ya constituido » (p. 286) dans lequel est tout simplement inadmissible toute autre forme d'existence sociale que celle du *paterfamilias* enraciné et propriétaire. Dans ces conditions, les déclarations construites à l'abri « del lenguaje de los derechos individuales, del principio de legalidad y de la división de poderes », ne pouvaieut que rester lettre morte, dans « un sistema en el que nada de lo que se preveía para garantizar tales derechos llegaría, jamás, a funcionar. »⁵³

On constate ici que le jusnaturalisme moderne, quoique formellement constitutionnaliséd, s'efface au profit de la consolidation – indéniablement volontariste – du droit et de la culture juridique traditionnels, en somme que le droit objectif limite singulièrement la jouissance des droits subjectifs. Un autre article d'Agüero montre comment les références à Montesquieu, aux déclarations françaises des droits de l'homme de 1789 et 1793, ou à Thomas Paine, ont pu être tout aussi délibérément instrumentalisées par le *cabildo* de Córdoba, en 1814, pour réaffirmer ses « privilèges corporatifs » et son autonomie juridictionnelle face au gouvernement de Buenos Aires, alors même que « las autoridades [jurisprudenciales] determinantes para el caso seguían siendo los tratadistas castellanos como Hevia Bolaños, Castillo de Bobadilla y Fernández de Otero », autrement dit le « bagage de doctrina tradicional ».⁵⁴ Citant Zorraquín Becú à propos de l'appropriation de la notion de liberté par les capitales de provinces qui, « au lieu de l'accorder à l'individu, s'emparent du terme qui devient ainsi synonyme d'indépendance », et de la notion d'égalité, qui « n'est pas appliquée à l'homme, mais aux groupes qui forment la république », Agüero montre comment « l'ancienne notion collective de liberté est *resignifiée* en un concept de "droits des pueblos" », altérant radicalement sa signification jusnaturaliste pour l'interpréter comme « capacité collective d'auto-gouvernement. » Connecter les droits de l'homme aux privilèges du *cabildo* local revenait à « les ancrer dans l'ordre de la nature »⁵⁵ un ordre à comprendre dans son sens le plus « jus-catholique ».

⁵³ AGÜERO, 2010, p. 289.

⁵⁴ AGÜERO, Alejandro. Entre privilegios corporativos y derechos del hombre. Sobre el lenguaje jurídico de la revolución, a propósito de las elecciones capitulares en Córdoba, 1814. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires [INHIDE], n° 51, janvier-juin. 2016, p. 13-14 (je remercie A. Agüero de m'avoir communiqué son article).

⁵⁵ *Ibid.*, p.14-15.

Libéralisme juridictionnel vs libéralisme autoritaire

« En la asombrosa variedad de nuestras transformaciones políticas, nosotros hemos tenido sucesivamente juntas, congresos, división de poderes, constituciones, y toda la barahunda de disposiciones relativas a un gobierno representativo y popular; pero nada menos hemos sabido que gobernar bien. » 1813⁵⁶

Pour un « juriste positiviste qui ne définit le droit qu'en relation avec la volonté étatique qui le produit de manière continue », « le droit est l'expression de la volonté de l'État », et « le droit positif cesse simplement d'être du droit lorsqu'il n'est plus en contact avec la volonté de l'État. Le droit du passé, le droit abrogé, le droit caduc, le droit qui n'est plus irisé par la volonté de l'État, n'est plus du droit, c'est-à-dire qu'il n'a plus cette autorité qui caractérise sa force obligatoire sous menace de contrainte dans l'exécution par une autorité étatique. Il n'est plus l'expression de la *puissance publique*. »⁵⁷ L'évocation de ce juriste positiviste qui n'est autre que Carré de Malberg sert ici à souligner, si c'était encore nécessaire, la distance qui sépare les gouvernements hispano-américains devenus indépendants, de l'État moderne dans les habits duquel l'histoire politique et institutionnelle traditionnelle les a si obstinément déguisés. Le glissement opéré dans les pages qui précèdent, des droits de l'homme aux droits des *pueblos*, à partir du constat que les droits subjectifs du jusnaturalisme moderne, bien que constitutionnalisés, ne parviennent pas à s'imposer au droit objectif propre à l'ordre juridique (et ses fondements culturels) reconduit par les révolutions hispano-américaines, conduit logiquement à la question du pouvoir politique envisagé comme « pouvoirs publics ». Les principes libéraux affichés soutiennent-ils davantage l'organisation des pouvoirs et des institutions gouvernementales que les garanties données aux droits des individus ? Ou bien « l'État » s'efface-t-il, comme l'individualisme abstrait du jusnaturalisme moderne, derrière la puissance de la culture juridique héritée ? Est-il même pertinent de mobiliser, que ce soit comme outil d'analyse, objet historiographique ou incarnation du pouvoir, le concept d'État dans

⁵⁶ Cité par LORENTE in LORENTE ; PORTILLO, 2012, p. 339.

⁵⁷ MAULIN, Éric. Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française. *Annales historiques de la Révolution française* [En ligne], Paris, n. 328, avril-juin 2002, p. 5-25. Cf (§ 4) (souligné dans le texte). Pour le juriste positiviste qu'est Carré de Malberg, « le droit constitutionnel de la Révolution française est non seulement au fondement de l'ordre juridique français, mais à la racine de l'État moderne », *ibid.*, § 6.

son sens moderne de puissance publique,⁵⁸ quand celui d'« individu » semble ne pas pouvoir conceptualiser de manière adéquate le « sujet de droits » surgi de la révolution politique ?

Certes, il y avait aux origines du constitutionnalisme – et celui qui s'épanouit en Amérique hispanique à partir de la révolution ne fait pas exception – l'idée de mettre fin à « l'absolutisme », au « despotisme », à « l'arbitraire », en divisant et en limitant le pouvoir par la « séparation des pouvoirs », ainsi qu'en déclarant des droits individuels. Toutefois, comme le fait remarquer Jeremy Waldron dans un tout autre contexte, les questions proprement institutionnelles n'étaient pas séparées des principes politiques et moraux chez des auteurs comme Locke ou Montesquieu, Sieyès ou Bentham. En d'autres termes, une constitution ne sert pas seulement à restreindre le pouvoir, elle est aussi, et peut-être surtout, pensée pour le *constituer*.⁵⁹ Or, l'un des traits spécifiques des régimes politiques nés des révolutions hispano-américaines concerne leur accablante faiblesse institutionnelle. Celle-ci a été le plus souvent attribuée à la fameuse « instabilité politique » par l'historiographie traditionnelle, qui ne s'est pas interrogée sur le fait que cette instabilité pouvait être moins la conséquence de conflits pour le pouvoir que l'expression des tensions et des contradictions de l'ordre – ou du désordre – juridique et constitutionnel en vigueur, lui-même source de conflictivité politique. Alors que les gouvernements indépendants ont reconduit, comme on l'a vu, l'ordre juridique ancien y compris sous ses aspects les plus répressifs, ils ont également assumé et réactualisé dans l'ordre constitutionnel lui-même des dispositifs de contrôle de l'exercice du pouvoir hérités de la monarchie. La formule « libéralisme juridictionnel » fait écho à celle de « constitutionnalisme juridictionnel » qui, forgée par les historiens du droit pour qualifier la Constitution de Cadix,⁶⁰ s'applique également aux constitutions hispano-américaines de la première moitié du 19^e siècle. « Pouvoir juridictionnel »⁶¹ – la seule forme de pouvoir connue sous l'Ancien Régime – signifie

⁵⁸ LEMPERIERE, Annick. Estado. In SEBASTIÁN, José Fernández (Dir.). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano. Conceptos políticos fundamentales [Iberconceptos-II]*. Madrid: Universidad del País Vasco/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. Tomo 3.

⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University, 2016. p. 30-36.

⁶⁰ GARRIGA; LORENTE, 2007.

⁶¹ Le registre sémantique de la notion de « juridiction » est, sous l'Ancien Régime, beaucoup plus complexe que ce que laisse supposer le sens actuel du mot. Du Moyen-Âge à la fin de l'Ancien Régime, « juridiction » est le terme qui désigne le pouvoir, défini fondamentalement comme une puissance (*potestas*) indissociable de la faculté de « déclarer le droit ». Cette pouvoir ne distingue pas la faculté de juger de celle de *gouverner* (ou *administrer*), ni de celle de *légiférer*, et elle s'accompagne de facultés coercitives (*imperium*). Cf. COSTA, 1969, p. 95-181.

que « le pouvoir politique se manifeste comme lecture et déclaration d'un ordre juridique assumé comme déjà existant » et qui doit être maintenu au moyen de son interprétation et de l'adaptation casuistique des sentences ou des « lois » ; c'est pour cette raison que, selon Carlos Garriga, on peut affirmer que « le droit remplissait une fonction constitutionnelle sous l'Ancien Régime. »⁶² La notion de constitutionnalisme (ou libéralisme) juridictionnel renvoie en premier lieu à une conception et à une mécanique des pouvoirs constitués qui limite leur capacité à décider et agir comme des acteurs *politiques* (ou, dans le cas des « employés publics », *administratifs*) en les plaçant, au nom de l'inviolabilité de la constitution, tantôt sous la menace, tantôt dans l'exercice d'une juridiction de « contrôle de constitutionnalité ». Ce contrôle, d'une part, concerne non les lois votées par le pouvoir législatif, mais la conduite et l'action des agents du pouvoir exécutif et, dans la plupart des constitutions, de l'exécutif lui-même ; d'autre part, il n'est pas confié à une juridiction *ad hoc* – par exemple la haute cour de justice –, mais aux deux chambres du pouvoir législatif. Étudiant l'absence de séparation entre « justice » et « gouvernement », et les formes de recours disponibles soit contre les juges, soit contre la décision d'une autorité quelle qu'elle fût (Carlos Garriga),⁶³ ou bien le *juicio de residencia*, c'est-à-dire un contrôle juridictionnel sur les conduites publiques et privées des autorités royales à la fin de leur mandat (Marta Lorente),⁶⁴ les historiens du droit ont mis en évidence l'appropriation et la reformulation de formes traditionnelles de contrôle de l'exercice du pouvoir et de l'autorité, par la constitutionnalisation de l'exigence de responsabilité des employés publics. Un exemple, celui de la Constitution chilienne de 1828, peut donner la mesure de la portée institutionnelle du dispositif : la « responsabilité » est formulée, implicitement ou explicitement, dans les articles 86 (responsabilité des ministres concernant les décrets signés de leur main) ; 92 (*id.* de la Commission permanente du Congrès), 131 (*id.* du pouvoir exécutif) ; 128 (« Todo funcionario público está sujeto a juicio de residencia ») ; 130 (« Todo funcionario público sin excepción de clase alguna, antes de tomar posesión de su destino, prestará juramento de guardar esta Constitución ») ; 131 (« El Congreso, en virtud de sus atribuciones, dictará todas las leyes y decretos que crea convenientes, a fin de que se haga efectiva la responsabilidad

⁶² GARRIGA, 2007 (2), p. 59 et 65.

⁶³ GARRIGA, Carlos. Gobierno y justicia: el Gobierno de la justicia. In LORENTE, Marta (Dir.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009. p. 313-369.

⁶⁴ LORENTE, 2012, p. 337-382.

de los que la quebranten [la Constitución] »). Parmi les « attributions exclusives de la chambre des députés » (art. 47), la plus importante consiste à

« 2°. Conocer a petición de parte, o proposición de alguno de sus miembros, sobre las acusaciones contra el Presidente y Vice Presidente de la República, Ministros, miembros de ambas Cámaras y de la Corte Suprema de justicia, por delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución, y violación de los derechos individuales ; declarar si hay lugar a la formación de causa, y en caso de haberlo, formalizar la acusación ante el Senado ».

En conséquence, selon l'art. 48,

« Es atribución exclusiva del Senado: Abrir juicio público de los acusados por la Cámara de Diputados, y pronunciar sentencia con la concurrencia, a lo menos, de las dos terceras partes de votos. »

Plusieurs données ressortent de ces dispositions constitutionnelles. D'abord, l'absence d'accusation contre un employé public pendant la durée de ses fonctions ne le dispense pas du vieux « juicio de residencia »,⁶⁵ qui repose sur le binôme « denuncia de agravios / reparación de los mismos ». ⁶⁶ En outre, la responsabilité des employés est strictement *personnelle*, ce qui signifie, d'une part, que tous leurs actes, publics comme privés, sont susceptibles d'être dénoncés devant les députés,⁶⁷ et implique, d'autre part, qu'ils ne peuvent invoquer, pour leur défense, les ordres reçus de leurs supérieurs. On note, enfin, que si la Chambre des députés peut déclencher elle-même la procédure d'exigence de responsabilité, cette possibilité est également ouverte, faute de précision dans la formulation du dispositif (« a petición de parte ») à une très ample gamme de plaignants, qu'ils soient des particuliers, des autorités ou employés en conflit, ou des corporations. Sous l'apparence de garantir, avec le respect de la constitution, le droit des individus à dénoncer les abus de pouvoir, le principe de responsabilité des employés publics se révèle dévastateur : 1° du point de vue des marges de manœuvre des pouvoirs publics dans le cadre de la constitution ; 2° du point de vue de la division et de l'équilibre des pouvoirs.

1° Les mécanismes prévus pour faire appliquer la constitution impliquent une manipulation jurisprudentielle de celle-ci : elle est en effet susceptible d'interprétation

⁶⁵ M. Lorente montre toutefois, à partir du cas du Río de la Plata, dans les années 1810, que « la residencia fue cambiando su significado hasta modular un verdadero juicio político » ; *ibid.*, p. 354.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 347.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 352.

de la part d'une multitude d'acteurs, dès lors qu'ils décident d'en dénoncer les supposées violations par des employés publics.⁶⁸ Le principe de responsabilité des employés publics ouvre ainsi la voie, sous couvert de contrôle de constitutionnalité, à une conflictivité politique endémique et exponentielle : en témoigne le cas, exemplaire quoiqu'extrême, de la Grande Colombie dont le processus de décomposition territoriale s'initie, comme l'a démontré María Teresa Calderón, par une procédure d'exigence de responsabilité à l'encontre du général Páez, en 1826, dans le département du Venezuela.⁶⁹ Mais le principe de responsabilité personnelle des employés n'affecte pas seulement la stabilité politique, il compromet aussi la consolidation institutionnelle, à commencer par celle du pouvoir exécutif : il rend en effet impossible la création d'une quelconque « hiérarchie administrative »,⁷⁰ dès lors que chaque agent, devant répondre personnellement de ses actes, peut désobéir à un ordre reçu s'il l'estime contraire à la constitution, privant l'exécutif d'un contrôle effectif sur l'activité de ses propres agents ; il est en mesure de paralyser la volonté politique des titulaires du pouvoir exécutif (Président et ministres), puisqu'ils sont également soumis à l'exigence de responsabilité. A cet égard, les réformes introduites dans la Constitution chilienne de 1833,⁷¹ dictées par la volonté de renforcer les attributions et l'autorité du président de la république et de l'exécutif en général, sont éloquentes. Parmi elles figurent en bonne place les dispositions concernant le principe de responsabilité et le rôle joué par le Congrès dans le dispositif juridictionnel. Le plus décisif est sans doute que le président de la république est non seulement exempté de toute « responsabilité », mais voit aussi sa mission et ses fonctions définies en termes bien plus précis que dans toute autre constitution hispano-américaine à la même époque : « il administre l'État, et il est le Chef Suprême de la Nation » (art. 59) ; « Au président de la République est confiée l'administration et le gouvernement de l'État ; son autorité s'étend à tout ce qui a pour objet la conservation de l'ordre public à l'intérieur ; et la sécurité extérieure de la

⁶⁸ CALDERON, María Teresa. Jurisdictional Constitutionalism. Notes on Constitution and governance after the Independence in Colombia : the exemplary case of the 1826 crisis, communication présentée dans la journée d'étude « États du premier XIX^e siècle », organisée par Nicolas Barreyre, Claire Lemerrier et Annick Lempérière, EHESS, Paris, 7 mai 2014.

⁶⁹ CALDERON, 2017. Cf. en part. le chapitre II, « La responsabilidad », p. 119-176.

⁷⁰ Ce point est souligné par M. LORENTE et J.M. PORTILLO à propos du dispositif constitutionnel gaditan, et s'applique tout autant au contexte hispano-américain, cf. LORENTE, Marta ; VALLEJO, Jesus. *Manual de historia del derecho*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2012. Chap. IX, « Orígenes del constitucionalismo en el mundo hispano », p. 357.

⁷¹ La Constitution de 1833 est assumée par les constituants comme une réforme de la Constitution de 1828, dont elle reprend en effet de très nombreuses dispositions.

République, en protégeant et en faisant protéger la Constitution » (art. 81). Quant au principe de responsabilité, il se voit à la fois reconduit, précisé et limité par rapport au dispositif de 1828. L'article 38 réserve à la seule Chambre des Députés l'initiative d'ouvrir une accusation contre des fonctionnaires publics dont la liste est précisée⁷², et de les présenter devant le Sénat, qui dicte la sentence. Mais les articles 92 à 98, qui concernent les procédures à suivre par la Chambre lorsqu'il s'agit de la responsabilité des ministres du gouvernement, restreignent considérablement sa latitude en multipliant les obstacles à la concrétisation de l'accusation. Enfin l'article 99, s'il permet à « n'importe quel individu particulier » d'accuser un ministre, renvoie la plainte devant le sénat, seul habilité à décider de la suite à lui donner. La réforme constitutionnelle chilienne, qui fait également de tout intendant de province « l'agent naturel et immédiat » du président de la république, et l'exécuteur de « ses ordres et ses instructions » (art. 116), montre ainsi que, sans rompre ouvertement avec la tradition juridictionnelle, une répartition plus équilibrée des pouvoirs et une exigence de responsabilité plus favorable à l'exercice effectif du pouvoir exécutif étaient pensables dans les années 1830. Toutefois, comme on le verra par la suite, d'autres dispositions constitutionnelles, ainsi que l'usage sans restriction de la « force publique » et de procédures d'exception contre les opposants au régime de 1833, témoignent du fait que le renforcement de l'Exécutif, en faisant outrageusement violence à la culture juridico-politique en vigueur, y compris et surtout parmi les « libéraux » de l'opposition, dut être imposée avec une main de fer.

2° La Constitution chilienne de 1833 reste une exception. La séparation des pouvoirs dans toutes les constitutions de la première moitié du 19^e siècle, mais aussi les pratiques que développent les pouvoirs constitués, sans parler de la législation (ou de l'absence de législation) des assemblées, révèlent des interprétations juridictionnelles du principe de « division des pouvoirs », ainsi que la perpétuation de pouvoirs de nature juridictionnelle au niveau provincial et local, en lieu et place de fonctions purement administratives. L'anti-absolutisme, par la suite le rejet de la monarchie, et le principe de la souveraineté du peuple matérialisé dans sa représentation élue, se sont traduits constitutionnellement par l'ampleur et la diversité des attributions du congrès, et en particulier de la chambre des députés. S'il est inutile

⁷² Il s'agit des Ministres du gouvernement ; des conseillers d'État ; des généraux de l'armée et de la marine ; des membres de la Commission permanente ; des Intendants de province ; des magistrats des tribunaux supérieurs de justice.

de les détailler ici, on peut en revanche souligner que la culture juridictionnelle non seulement conduit des acteurs très divers – citoyens, corporations, chargés d'affaires, employés publics – à présenter pétitions et requêtes devant les parlements, mais incite aussi ceux-ci à y répondre systématiquement.⁷³ Trois cas de recours au congrès, étudiés par Andrés Lira dans le contexte du Mexique fédéral des années 1820, illustrent bien à la fois la diversité des pétitionnaires (ordres religieux, cabildo municipal ou ecclésiastique, gouverneur d'État fédéré, avocats dans le rôle d'experts ou de défenseurs), celle des arguments mobilisés par les avocats des parties pour défendre leurs droits (des « Saintes Ecritures » au discours d'un député aux Cortes de Cadix en passant par des Cédulas royales du temps de Charles IV), mais également le caractère casuistique des décrets du pouvoir législatif, qu'il s'agisse de l'expropriation des biens de telle ou telle fondation pieuse, ou plus surprenant encore, d'une loi du Congrès national, en 1833, condamnant 51 personnes nommément désignées à six années de bannissement, et indiquant que la même peine serait infligée à tous ceux qui se trouveraient « dans le même cas »... sans plus de précision.⁷⁴ Les Congrès, en particulier les chambres des députés, partagent le temps de leurs sessions entre la discussion de projets de lois et décrets, et la vocation juridictionnelle à laquelle aucun participant ne semble disposé à renoncer, alors que les pétitions et requêtes pourraient être présentées par les parties devant les institutions judiciaires ; le congrès joue ainsi le rôle de « juge-législateur ».⁷⁵ La teneur casuistique des débats résulte de la culture juridique en vigueur, qui à son tour peut expliquer la faible productivité législative des assemblées représentatives.

Les nouveaux régimes dérogent en effet *au cas par cas* le corpus juridique pluriel qui était en vigueur avant la révolution. S'agissant des institutions publiques, restent en vigueur les « lois » des rois d'Espagne⁷⁶, à commencer par les grandes ordonnances de l'ère des réformes bourbonniennes, qui continuent à régir, avec ou sans réformes partielles, le « gouvernement intérieur » des nouveaux États (*Ordenanza de*

⁷³ Phénomène bien décrit par M. LORENTE et J. M. PORTILLO pour les Cortes de Cadix: «[...] las mismas Cortes destinaron el grueso de su actividad a responder consultas, demandas de justicia y peticiones de gracia procedentes de instituciones, corporaciones e individuos, reproduciendo con ello una lógica tendencialmente jurisdiccional similar a la propia de las antiguas instituciones de la Monarquía» in LORENTE; VALLEJO, 2012, Chap. IX, «Orígenes del constitucionalismo en el mundo hispano», p. 356.

⁷⁴ LIRA, Andrés. Patrimonios hereditarios bajo el orden constitucional de 1824. Tres casos: 1826, 1828 y 1830. In LUNA; MIGAJOS; ROJAS, 2012, p. 153-182.

⁷⁵ Ibid., p. 174.

⁷⁶ Tau Anzoátegui fait remarquer, s'agissant du 18^e siècle, les usages très divers du mot "loi" ; mais toute norme juridique écrite émanant du roi est qualifiée de « loi » ; Victor TAU ANZOATEGUI, 1992 (02), p. 33.

Intendentes), l'armée et les milices, les bureaux de finances et ceux des douanes. Non seulement les congrès ne dérogent pas ou peu les lois anciennes mais, sur ces sujets au cœur de la construction institutionnelle, ils les reconduisent explicitement en indiquant par décret quelles parties des anciennes dispositions sont modifiées et lesquelles restent en vigueur sans altération.⁷⁷ La reconduction du dispositif juridictionnel du pouvoir se reproduit à toutes les échelles territoriales. Dans le cas du Chili, par exemple, les intendants de province, même lorsqu'ils sont élus – c'est le cas pendant la brève période « fédéraliste » des années 1820 –, conservent la plénitude des fonctions de l'époque monarchique si l'on en croit la loi du 12 octobre 1826 : « 2°. Estos majistrados arreglarán su conducta a las leyes existentes o que en adelante se dictaren. »⁷⁸ Cependant, ici encore le Chili se distingue. La grande loi organique sur le « gouvernement intérieur » de 1844⁷⁹ comporte, certes, une « disposition générale » selon laquelle « Quedan derogadas todas las leyes, ordenanzas, reglamentos i decretos que fueren contrarios o en alguna manera estuvieren en oposición con lo dispuesto en cualquiera de los articulos que componen la presente lei » : n'abrogeant pas purement et simplement la totalité du corpus préexistant (à commencer par la *Ordenanza de Intendentes* bourbonnienne), la loi semble ouvrir la voie à des interprétations jurisprudentielles. Cependant, de très nombreux articles de cette loi mettent fin sans ambiguïté à la porosité entre *gubernativo* et *contencioso* qui avait caractérisé la gestion des affaires sous l'Ancien Régime.⁸⁰ La loi ôte à l'intendant tout pouvoir juridictionnel : ainsi l'article 29 dispose-t-il que

« El intendente debe oír y decidir, *procediendo gubernativamente* [je souligne], las quejas o reclamaciones que se hicieren ante él por injurias o agravios que hubiese inferido un Gobernador en el ejercicio de sus funciones administrativas, a fin de amonestarle, apercibirlo, dar cuenta de su mal proceder al supremo Gobierno, remediar el mal i aun proponer su remoción si la creyere necesaria [...] »

⁷⁷ Ainsi, par exemple, la *Ordenanza de Intendentes* est-elle partiellement réformée en 1818 dans le Chili nouvellement indépendant, sous le gouvernement du général O'Higgins, et d'ailleurs en l'absence d'assemblée représentative.

⁷⁸ «Intendentes. — Se da este nombre a los antiguos gobernadores-intendentes, indicándose la forma en que deban elegirse», cf. ANGUIA, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901 inclusive*. Santiago: Imprenta Barcelona, 1902. Vol. 1, p. 174.

⁷⁹ Remarquable à tous points de vue, cette loi a fait l'objet d'une très longue élaboration, entre 1836 et sa promulgation en 1844.

⁸⁰ GARRIGA, 2009.

De même, tandis que les articles 42 à 55, et 57 à 82 détaillent les fonctions d'administration et de police de l'intendant, l'article 56 lui impose de

« evitar toda injerencia de su parte i de la de todos los funcionarios que dependen de él, en lo que corresponde a las atribuciones exclusivas del Poder Judicial, sin que ninguno de ellos ni dicho jefe puedan conocer en negocios contenciosos [...] ». ⁸¹

De même le gouverneur, dont les fonctions de police peuvent le conduire à infliger une amende ou un emprisonnement, « procederá gubernativamente, sin figura de contienda ni juicio » (art. 106-4°). Bien que les fonctions de *subdelegado* et de *inspector* soient des « empleos honoríficos i cargas concejiles que se servirán gratuitamente » (art. 14), ces employés, dépourvus eux aussi de toute fonction judiciaire, sont rigoureusement obligés d'exécuter les ordres de leur supérieur immédiat : en neutralisant la conflictivité entre employés publics qui découlait du principe de responsabilité, il s'agit de créer une hiérarchie administrative, à la tête de laquelle, comme la loi de 1844 le rappelle en de multiples occasions, se trouve le chef de l'exécutif, précisément parce qu'il est constitutionnellement « irresponsable ».

Les spécificités socio-politiques du Chili peuvent expliquer *a contrario* pourquoi, partout ailleurs en Amérique hispanique, conflictivité politique et absence d'étatisation des institutions ne sont que le Janus d'un problème à double visage : d'une part, la prévalence de la culture et des pratiques juridictionnelles sur le principe de séparation des pouvoirs conçu pour garantir à l'exécutif sa capacité d'agir, et à un congrès purement législateur la possibilité d'affirmer sa volonté réformatrice ; d'autre part, la dynamique autonomiste des *pueblos* qui, se traduisant concrètement par la généralisation du recours au *pronunciamiento*, fait de la construction d'une administration territoriale un défi impossible à relever. Le Chili compte peu de cités, à l'exception de Concepción, en mesure de s'opposer efficacement à la prépondérance de Santiago ; pas ou peu de *pueblos* ruraux pouvant fonder leur autonomie sur la possession de terres collectives ou revendiquer une antique juridiction territoriale ; mais, même dans ces circonstances, les années 1820 ont vu prospérer la formule du *pronunciamiento*, l'alliance pactée de villes et *pueblos* avec des officiers de l'armée ou des factions « fédéralistes » pour imposer leurs aspirations autonomistes aux gouvernements successifs. Mais l'oligarchie de grands propriétaires fonciers dominant la Vallée Centrale, socialement et idéologiquement très cohérente, s'est ralliée au

⁸¹ ANGUIITA, 1902, vol. 1, p. 421-422.

régime fondé en 1830 sous la promesse d'un retour à l'ordre.⁸² La faculté attribuée au président de la république par la Constitution de 1833, de déclarer l'état de siège (qui suspend « el imperio de la Constitución », art. 161) avec l'accord du Conseil d'État « en caso de ataque exterior », ou du Congrès en cas de « conmoción interior » (art. 82-20°), associée à la possibilité d'utiliser des « facultades extraordinarias especiales, concedidas por el congreso »,⁸³ s'explique essentiellement par la volonté de mettre fin à la dynamique du *pronunciamiento* requalifié en « sedición », comme l'indiquent clairement les articles 157 (« ningún cuerpo armado puede deliberar ») à 160. Ce qui nous intéresse ici n'est pas tant l'usage ultra-répressif de ces dispositions que les gouvernements chiliens ont utilisées à maintes reprises pendant une trentaine d'années, que la latitude qu'elles ont données au pouvoir exécutif pour impulser la réforme de l'ordre juridique en vigueur et bousculer la culture jurisprudentielle des élites lettrées. Ainsi les « Leyes marianas » de 1837 promulguées par le gouvernement sous état de siège (le Congrès est en congé) concernent-elles les procédures de l'administration de la justice ; la plus importante établit l'obligation faite au juge de motiver sa sentence⁸⁴ : abrogeant une cédula royale de 1778 qui renouvelait l'interdiction de motiver les sentences, elle constitue une petite révolution juridico-culturelle, complétée par la définition légale des quatre « sources » du « droit national » : l'État commence ainsi, très modestement, à prendre le contrôle de son ordre légal.⁸⁵

A la différence de ce qui s'est passé en France et, à partir des années 1840, en Espagne, aucun pays hispano-américain n'a vu naître un système de contentieux administratif, c'est-à-dire, « une juridiction du pouvoir exécutif chargée de recevoir et de résoudre les plaintes des particuliers, qu'il s'agît d'individus ou de corporations, dont

⁸² Sur le moment 1830 au Chili, JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo. *La independencia de Chile*. Madrid: MAPFRE, 1992. p. 252-264.

⁸³ Sur les antécédents juridico-culturels de la notion de pouvoirs extraordinaires sous la monarchie, cf. AGÜERO, Alejandro. La Asamblea del año XIII y la dimensión extraordinaria del orden jurídico tradicional. *Anuario del Instituto de Historia Argentina* 13, 2013. Consulté le 21 août 2016. URL: <http://www.anuarioiha.fahce.unlp.edu.ar/>

⁸⁴ Andrés Bello défendait ce principe dès 1834 dans le périodique *El Araucano* (1834): «En ninguna parte del órden social que nos ha legado la España, es tan preciso emplear el hacha » ; in *OBRAS completas de Andrés Bello*. Santiago: Pedro G. Ramírez, 1885, Vol. IX, p. 279. Sur l'enjeu propre à la question de la motivation des sentences, cf. Carlos GARRIGA, Marta LORENTE. El juez y la ley: la motivación de las sentencias. In GARRIGA; LORENTE, 2007, 261-312.

⁸⁵ WESTERMEYER HERNANDEZ, Felipe. Derecho indiano y derecho patrio en las "Memorias" de los ministros de Justicia de Chile (1839-1873). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso [Chile], 2011, n. XXXIII, p. 533-581.

les droits étaient affectés par l'administration publique. »⁸⁶ Il est certain que le « droit administratif » ne fait pas intrinsèquement partie des gènes du libéralisme ; c'est si vrai que durant tout le 19^e siècle, la question de l'administration étatique n'est jamais posée en ces termes en Grande-Bretagne ou aux Etats-Uni.⁸⁷ Cependant, en tournant le dos définitivement à l'héritage du constitutionnalisme de Cádiz au début des années 1840, les libéraux modérés espagnols ont envisagé la création de cette juridiction propre à l'Exécutif comme un instrument stratégique de la construction étatique.⁸⁸ En effet, ainsi que le résume Andrés Lira pour le cas du Mexique, « le dilemme était de savoir comment assurer l'intégrité des droits individuels dans un contexte de contradictions où il était urgent de renforcer le pouvoir exécutif pour qu'il fût en mesure de réaliser les tâches administratives les plus élémentaires sans devoir affronter non seulement le pouvoir législatif en marchandant ses facultés, mais aussi le pouvoir judiciaire, par l'intermédiaire duquel on mettait en question et on différait indéfiniment des mesures tendant à assurer les finances et l'ordre public. »⁸⁹ Dans l'Amérique hispanique du 19^e siècle, il existe à ma connaissance une seule tentative de créer une juridiction du contentieux administratif. De manière très significative, elle se produit sous le seul véritable régime dictatorial de l'histoire du Mexique depuis son indépendance, celui du général Santa Anna entre 1853 et 1855.⁹⁰ Son ministre de la Justice, Teodosio Lares, grand lecteur du juriste administrativiste français Adolphe Chauveau,⁹¹ voit dans le droit administratif « une théorie véritablement scientifique ». Il en a très bien compris l'enjeu institutionnel : « El derecho administrativo [...] es la ciencia de la *acción* y de la *competencia* del poder ejecutivo, de sus agentes, y de los tribunales administrativos, en relación con los derechos e intereses de los ciudadanos, y

⁸⁶ LIRA, Andrés. Orden público y jurisdicción en el siglo XIX. El contencioso-administrativo español visto desde el constitucionalismo mexicano, [n.d.], p. 195-206. URL : http://aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/8082/1/DOCT2065556_ARTICULO_10.pdf (consulté le 15 décembre 2016). p. 195

⁸⁷ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Rome-Bari: Editori Laterza, 2001.

⁸⁸ LORENTE, Marta (Dir.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*. Madrid: Consejo general del poder judicial, 2013, notamment p. 265-290.

⁸⁹ LIRA, Andrés. Orden público y jurisdicción en el siglo XIX. El contencioso-administrativo español visto desde el constitucionalismo mexicano, [n.d.], p.196.

⁹⁰ LIRA, Andrés. Lo contencioso administrativo, ejemplo difícil para el constitucionalismo mexicano. p. 289-316. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. URL: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/19.pdf>

⁹¹ LARES, Teodosio. *Lecciones de derecho administrativo dadas en el Ateneo mexicano*. Mexico: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.

con el interes general del Estado.»⁹² Alors que le régime n'a ni constitution, ni assemblée représentative, Santa Anna promulgue le 25 mai 1853 la « Ley para el arreglo de lo contencioso-administrativo » et son Règlement. Directement inspiré de la Constitution française de 1791,⁹³ l'article 1° de la loi déclare : « L'autorité judiciaire n'a pas à connaître des questions administratives ». Lares érige la « juridiction administrative » en principe fonctionnel de la construction étatique à laquelle il aspire.⁹⁴ Le Plan d'Ayutla, origine d'un énième *pronunciamiento*, ramène les libéraux mexicains au pouvoir en août 1855 : ils ne conservent de la législation de Lares que son code du commerce, tandis qu'un décret du 23 novembre 1855 abroge toute sa législation sur l'administration de la justice et son ébauche de juridiction administrative.

Bien que la perspective de cet article ne soit pas celle d'une histoire intellectuelle, il convient de souligner que l'appropriation par Lares des travaux d'un administrativiste français, loin d'être un cas isolé en Amérique hispanique, renvoie au contraire à l'existence d'intenses circulations transnationales de la littérature juridique sur la construction de l'administration étatique. Dans la première moitié du 19^e siècle, les travaux des juristes germaniques sur la « science de la police » dérivée du caméralisme, tout comme ceux des juristes français qui promouvaient la « science de l'administration » et le « droit administratif » à la suite de Charles-Jean Bonnin, circulaient en Europe, étaient traduits en italien et en espagnol. Les premiers travaux administrativistes espagnols apparaissent dans les années 1830. En Nouvelle-Grenade, le juriste et homme politique libéral Florentino González, qui enseigne le droit public à Bogotá, publie dès 1840 *Elementos de ciencia administrativa*,⁹⁵ premier ouvrage de cette nature en Amérique hispanique, et voué à une ample circulation sur le continent. Il est fort peu probable qu'il ait été une source d'inspiration pour les artisans de la loi

⁹² *Ibid*, p. 2 [souligné dans le texte]. Une fois de plus, notons-le, c'est le « citoyen », non « l'individu », qui peut opposer ses droits à ceux de l'administration.

⁹³ Chap. V, Du pouvoir judiciaire, art. 3 : « Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

⁹⁴ LEMPERIERE, Annick. Du juridique au politique. Droit administratif et réforme de l'État au Mexique dans les années 1850 et 1860. In BERNALDO, Pilar González et HILAIRE-PEREZ, Liliane, *Les savoirs-mondes. Mobilités et circulation des savoirs depuis le Moyen-âge*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2015. p. 409-420.

⁹⁵ GONZALEZ, Florentino. *Elementos de ciencia administrativa. Comprende el bosquejo de un sistema de Administración Pública para un Estado republicano*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 1994 [1840], cf. « Estudio introductorio » d'Omar Guerrero, p. 7-37. Pour une approche générale située en Europe, MANNORI, SORDI, *Op. cit*

de « régime intérieur » chilienne de 1844. Non seulement González fait de la « responsabilité » de toute la hiérarchie administrative, à commencer par celle du chef de l'exécutif, le principe moteur d'une administration nationale bien articulée aux évolutions des « intereses y negocios sociales »,⁹⁶ mais il milite pour une autonomie administrative des municipalités et pour un « gouvernement municipal » qui soit doté des moyens légaux nécessaires pour diriger « l'administration municipale ». Tandis que le « pouvoir despotique » est « toujours centralisateur », Gonzalez plaide pour la « décentralisation administrative », la « distribution du pouvoir public entre différentes autorités » :

« El poder limitado de las autoridades republicanas, dividido entre diferentes funcionarios populares, ha conservado a la sociedad sus fueros, y traído el bienestar a cada uno de los asociados [...] Los partidarios más exaltados de un poder fuerte y vigoroso en manos de la suprema autoridad nacional, no pueden notar que le falta algo a esta para llenar su misión [...] aún queda lo más precioso, lo que toca al individuo en el círculo social en que se fijan sus afecciones, en que goza y ayuda a gozar a aquellos de sus compatriotas a quienes conoce, por quienes tiene simpatías nacidas de los buenos oficios recibidos y de las esperanzas de obtener otros. Lo que se refiere al recinto reducido de las localidades, o al conjunto de grupos sociales, que más en contacto se hallan con aquellas, queda todavía sin consultar ; y la variedad de exigencias que pueden ellas tener no se halla satisfecha [...] En las porciones de la gran sociedad, en las provincias y parroquias, las cámaras o concejos, con el gobernador, o con el alcalde, dan reglas más circunscritas, pero no menos interesantes, por que se refieren a negocios coexistentes con los nacionales y que afectan también a los individuos [...] La autoridad municipal de la provincia, del cantón, de la parroquia se ocupa de atender a la [masa de la sociedad] que no puede verse, ni conocerse, ni manejarse bien desde el sitial de la magistratura suprema : es la que representa los intereses variados de las localidades, la que los conoce, la que tiene motivos, tiempo y razones para mirar por ellos. [...] Sus grandes negocios, las importantes atenciones de su pequeña soberanía son los caminos, los canales, el arreglo de las poblaciones, la salubridad de ellas, los mercados, la belleza y ornato de los lugares, la seguridad de las vías de comunicación, la enseñanza primaria, el cultivo de las ciencias, la carta

⁹⁶ GONZALEZ, 1994, p. 112-113.

topográfica particular, el conocimiento de sus producciones, y algunos negocios de competencia mixta.»⁹⁷

Le projet d'administration publique décentralisée de González repose sur une conception sécularisée du social, qui doit autant à David Hume et Adam Smith qu'à sa connaissance de la littérature administrative européenne ou du fédéralisme états-unien. Les « localités » dont il parle sont peuplées d'« individus » qui font société sur la base de leurs « intérêts », de leurs activités productives et commerciales, et de leur maîtrise de savoirs utiles au progrès du territoire local. La science administrative est, chez González, mise au service de l'économie politique. Sans minimiser, au contraire, la conflictivité inhérente aux rapports de pouvoir entre gouvernement central et gouvernements locaux,⁹⁸ ni renoncer au principe d'exigence de responsabilité, González sort de l'impasse de la confusion des pouvoirs en confiant au judiciaire le règlement des litiges et conflits de compétence entre administrateurs, et en suggérant la création d'un « ministère public » chargé de

«llevar la voz en nombre de la nación, o de las secciones políticas en que se divide, ante los tribunales y demás autoridades que deban conocer de las instancias que hayan de entablarse sobre los intereses y negocios sociales que tengan el carácter de públicos.»⁹⁹

Avec González surgit donc une troisième version, pour ainsi dire utopique, du libéralisme hispano-américain du 19^e siècle, une alternative aux deux oxymorons identifiés au fil de cet essai : un libéralisme juridictionnel qui se prive des moyens de construire des institutions étatiques en mesure d'agir sur le territoire ; un libéralisme autoritaire¹⁰⁰ et centralisateur dont la république chilienne est le paradigme entre 1830 et 1860 – et le projet de Lares, un essai sans lendemain –, qui violente la vieille culture juridictionnelle et jurisprudentielle, support de l'autonomie des territoires, sans pour autant émanciper les individus.

⁹⁷ GONZALEZ, 1994, p. 273-275.

⁹⁸ Le Livre IV de son traité s'intitule : « Del modo de evitar la colisión entre los actos de las diferentes autoridades administrativas y de impedir sus abusos », GONZALEZ, 1994, p. 387.

⁹⁹ GONZALEZ, 1994, p. 401.

¹⁰⁰ J'emprunte la formule « libéralisme autoritaire » à LOVEMAN, Brian. *The Constitution of tyranny: regimes of exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 1993. p. 3.

Codification

À l'inverse du constitutionnalisme, qui s'imposa comme une évidence dès les débuts de la révolution, la codification civile, qui relève de ce que Carlos Garriga a conceptualisé comme « nationalisation » du droit et de l'ordre juridique en vigueur,¹⁰¹ fut un processus long, accidenté et conflictuel dans les pays hispano-américains. Certains gouvernements promulguèrent des codes civils dès les années 1820 à 1840, ainsi en 1827 dans l'état fédéré mexicain de Oaxaca, ou bien en Bolivie sous le gouvernement très personnel du Maréchal Santa Cruz, qui donna son nom au code par décret, en 1831 ;¹⁰² mais ces codes, directement inspirés du code napoléonien de 1804, n'ont jamais été en vigueur. Les codes civils du 19^e siècle qui ont survécu, parfois dans la longue durée avec des réformes, ont tous été promulgués après 1850, en commençant par ceux du Pérou (1852) et du Chili (1855). S'agissant du Chili, le fait que le projet, conçu dès le début des années 1830, ait tardé vingt-cinq à se concrétiser, en dépit du labeur incessant de son principal inspirateur et rédacteur Andrés Bello,¹⁰³ renvoie au fait que dans ce cas également, les obstacles culturels étaient plus forts que la volonté politique. Lorsque le projet fut présenté pour la première fois au congrès en 1831, ce dernier opposa au ministre Mariano Egaña l'idée d'une « compilation » simplifiée du corpus juridique existant : les *facultades extraordinarias* du pouvoir exécutif ne pouvaient pas vaincre aisément la culture juridique en vigueur parmi les sénateurs. Mais, comme l'a bien souligné Halpérin à propos des États européens qui, de la fin du 18^e au début du 19^e siècle, furent les pionniers de la codification civile, la codification fut souvent impulsée par des régimes absolutistes ou autoritaires : elle faisait partout violence aux traditions et à l'histoire.¹⁰⁴

Mon propos ici n'est pas de détailler le processus de codification dans l'ensemble de l'Amérique hispanique mais, en m'appuyant sur les critiques adressées par Juan Bautista Alberdi au projet de Code civil argentin rédigé par le juriste Dalmacio Vélez Sarsfield, d'explorer des visages renouvelés du libéralisme hispano-américain dans le miroir du droit.¹⁰⁵ Les raisons pour lesquelles Alberdi reçoit avec une ironie cinglante le

¹⁰¹ GARRIGA, 2010, p. 73-98

¹⁰² On trouve la liste des États américains codificateurs dans GUZMAN BRITO, Alejandro. El tradicionalismo del código civil peruano 1852. *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, n° 23, 2001, p. 43-52.

¹⁰³ JAKSIC, Ivan. *Andrés Bello: la pasión por el orden*. Santiago: Editorial Universitaria, 2001. p.190-207.

¹⁰⁴ HALPERIN, 1992.

¹⁰⁵ Pour une approche des idées d'Alberdi en tant que juriste, cf. SADLER, Mélanie. Juan Bautista Alberdi : un discours entre culture juridictionnelle et culture étatique. Thèse de doctorat, Université Michel de

Projet de code civil publié en 1867 par Vélez Sarsfield sont multiples et de nature diverse, politique, juridique, et culturelle. Le contexte politique dans lequel Alberdi formule ses critiques, ainsi que leurs fondements dans un libéralisme historiciste qui fait toute l'originalité de sa position,¹⁰⁶ ont été exposés avec subtilité par Eduardo Zimmermann.¹⁰⁷ Ils permettent de comprendre que la férocité d'Alberdi contre l'auteur du code (un « ancien ami », comme il l'appelle dans son essai), et contre l'idée même de code civil pour l'Argentine, renvoie notamment à son profond désaccord politique avec la réforme constitutionnelle de 1860 dont Vélez Sarsfield a été l'un des artisans. Cette réforme modifie la constitution argentine de 1853, dont Alberdi était l'un des inspireurs, dans le sens d'un fédéralisme plus radical qui répondait au désir des élites politiques libérales de Buenos Aires (dont Mitre et Sarmiento, les premiers présidents de cette république post-1860), de réserver à la capitale de la nation naissante les avantages (notamment financiers : les revenus des douanes) dont elle bénéficiait comme capitale de sa province avant la création de la république argentine.¹⁰⁸ Le juriste Vélez Sarsfield, chargé par le président Mitre de rédiger le projet de code civil, avait contribué à formuler la réforme constitutionnelle de 1860 tout en étant profondément convaincu de la « vigorosa unidad de régimen » nécessaire à l'Argentine.¹⁰⁹ C'est donc en partie à la lumière de son opposition à la fédération argentine issue de la réforme de 1860 qu'il faut lire l'essai-pamphlet d'Alberdi.

L'un des principaux arguments d'Alberdi est radical : ce code, commente-t-il, non seulement n'est pas nécessaire à la société, mais il ne doit pas exister dans une république fédérale. Quels arguments avance-t-il contre l'idée même de codification dans le contexte de la république argentine ? Il est certes bien convaincu qu'il ne suffit pas de déclarer, comme le fait la Constitution dans les articles 14 à 20, « les droits naturels de l'homme d'ordre civil et privé », et qu'il faut donc que la loi civile

Montaigne Bordeaux 3. Pessac [France], 2015; sur la question du code civil chez Alberdi, *Ibid.* p. 177-182.

¹⁰⁶ Un historicisme qui n'a rien à envier à celui d'Ernest Renan (*Qu'est-ce qu'une nation ?* 1882) : « La vida de un pueblo no es el resultado de una Constitución escrita ; el pueblo debe su ser individual, su anatomía de cuerpo político a su alma comun, a su historia nacional, al vínculo de sangre y de territorio que lo hace ser una familia que no se confunde con otra ; y su identidad de nación queda la misma, aunque cambie cien veces de Constitución escrita y de forma exterior de gobierno, es decir, de traje y de nombre », Juan Bautista ALBERDI, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁷ ZIMMERMANN, Eduardo. Centralización, justicia federal y construcción del Estado en la organización nacional. RIIM. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*. Madrid, mai 2007, n° 46, p. 265-292.

¹⁰⁸ «La nación pertenece a Buenos Aires», Juan Bautista ALBERDI, 1887, p. 122.

¹⁰⁹ Déclaration citée par ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 273. On peut ajouter que les circonstances de cette réforme constitutionnelle fournissent un bel exemple d'instrumentalisation casuistique d'un dispositif constitutionnel, au service des intérêts d'une cité capitale de province.

réglemente leur exercice¹¹⁰. Mais, même si la Constitution dispose (art. 24) que le Congrès doit impulser la réforme de la législation « dans toutes ses branches », cela ne définit pas le plan de la réforme, et si « elle doit se faire par des codes ou par des lois graduelles et successives. » Il expose une série d'arguments à l'encontre de l'idée qu'un code soit nécessaire en Argentine : La Plata, contrairement à la France de 1789, n'a pas besoin d'unifier le droit civil sur son territoire, car cette unité existe déjà ; l'Argentine procède par esprit d'imitation, mais en suivant l'exemple des empires et des monarchies (la Prusse, l'Autriche, la France napoléonienne) au lieu de celui des « grandes républiques », en particulier les Etats-Unis, qui n'ont pas de code civil ; l'idée de code est « essentiellement unitaire et centraliste », c'est-à-dire incompatible avec une structure fédérale, comme c'est le cas des Etats-Unis mais aussi de l'Argentine ; « En el Plata no falta *unidad de legislación civil*: lo que falta es *unidad de legislación política, unidad de Gobierno, unidad de poder.* »¹¹¹ Opposé au fédéralisme surgi en 1860 des réformes imposées à la Constitution de 1853 par les leaders politiques de Buenos Aires, Alberdi préfère à « l'unité de législation civile » « l'unité de législation politique », car « No son Códigos civiles lo que necesitan más urgentemente las Repúblicas de la América del Sur, sinó Gobiernos, orden, paz, simple seguridad para el goce de las leyes uniformes que no les faltan, y que pueden darse bajo el dictado gradual de la experiencia. Qué vale mejorar de un golpe todas las leyes si han de quedar letra muerta ? »¹¹² Alberdi mentionnait les cas du Chili et du Brésil, ceux de pays plus prudents, qui avaient d'abord assuré l'existence de gouvernements stables, « capaces de hacer de la justicia y de la ley civil una verdad práctica », avant de promulguer leur code civil¹¹³.

Mais Alberdi porte aussi de sévères critiques à ce qu'il appelle « l'esprit du code ». L'un des principaux reproches qu'il adresse à Vélez Sarsfield est d'avoir volontairement renoncé à expliciter ses « principes fondamentaux » : de ne pas avoir fondé son entreprise codificatrice sur « la révolution démocratique de l'Amérique », à la fois politique et sociale, et sur les articles 14 à 20 de la Constitution, qui portent précisément sur la « famille » et la « société civile »,¹¹⁴ en s'appuyant sur des modèles (le projet de code espagnol de Goyena, le projet de code brésilien de Freitas) ou des

¹¹⁰ ALBERDI, 1887., p. 82.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 83 [souligné dans le texte].

¹¹² *Ibid.*, p. 86-87.

¹¹³ *Ibid.*, p. 87.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 88-89.

théories (Serrigny sur le droit administratif de l'empire romain) qui négligent la législation argentine existante.¹¹⁵ Si la liberté est le « gouvernement de soi-même » et la famille, « la liberté constituée en gouvernement », si la propriété est « la condition de la liberté », alors le projet de Code civil ne s'appuie pas sur la Constitution en tant que celle-ci *déclare* les droits. S'agissant des sources et de la méthode de Vélez Sarsfield, les critiques d'Alberdi sont nombreuses et sévères : depuis le fait de s'être inspiré de modèles inappropriés, comme celui du Brésil, une monarchie qui reconnaît l'existence de la noblesse et de l'esclavage, explicitement bannis par la Constitution de 1853 ; jusqu'au fait que le projet laisse subsister « los fueros de origen eclesiástico y con las prácticas del derecho canónico, o mas bien, con los escrúpulos religiosos de los argentinos, heredados a su regimen pasado »,¹¹⁶ sans inclure de dispositions concernant l'acquisition de la nationalité, et, pire encore, en s'abstenant « de secularizar el contrato matrimonial, sin perjuicio de su carácter religioso ; de dar al poder civil la facultad exclusiva de hacer constar el *estado civil de las personas*, que nacen, que se casan y mueren en el país, y de fijar las condiciones y garantías del *domicilio civil*, conforme al texto y al espíritu de la Constitución fundamental. »¹¹⁷ *Last but not least*, Alberdi considère que le code ne répond pas de manière adéquate aux « nécessités économiques de la République argentine » c'est-à-dire : peupler le territoire (d'où ses critiques sur l'absence d'état civil, plus adapté à l'immigration) ; favoriser la propriété et la circulation marchande au moyen de la « grande y bella innovación del Código Civil francés, que hace del contrat un título de trasmisión de la propiedad [...] La *tradicion*¹¹⁸ no es el origen real de la propiedad ; lo es el *convenio*, es decir, la voluntad libre del propietario que cede y del propietario que adquiere ; no necesita de dos orígenes. »¹¹⁹

Ces commentaires d'Alberdi constituent la matière d'une critique libérale, à la fois historiciste, étatiste et sécularisée, du projet de codification argentine qui,

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 100-104.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 98.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 109-110 (souligné dans le texte).

¹¹⁸ « Tradición » a dans ce contexte le sens de « transmission », une procédure concrète de transfert d'un bien, quel qu'il soit, qui complète et sanctionne le contrat proprement dit (je remercie Carlos Garriga de m'avoir éclairée sur la signification du terme dans son contexte civiliste) ; selon Alberdi, « el símbolo material y grosero de la transferencia del dominio, hecho moral como el mismo dominio transmitido », *Ibid.*, p. 95. Andrés Bello introduit lui aussi la tradition du droit romain dans le code civil chilien de 1855, se montrant comme Vélez Sarsfield opposant sur ce point au Code Civil napoléonien, qui attribue au contrat la capacité exclusive de transférer la propriété ; cf. BARRIENTOS GRANDON, Javier. De la "tradición" y su definición en el Código civil chileno. A propósito del artículo 670. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago [Chile], n° 1, 2003, p. 11-108.

¹¹⁹ ALBERDI, 1887, p. 111.

s'agissant de la famille, étatisé le droit canon en l'intégrant dans la législation civile nationale, réaffirmant ainsi une composante essentielle, *culturelle*, de l'ordre moral, social et politique en vigueur sous la Monarchie catholique, en contradiction avec la liberté religieuse inscrite dans la Constitution. Cependant, les historiens du droit¹²⁰ s'accordent à considérer qu'il s'agit, en Argentine ou dans d'autres États hispano-américains, d'une authentique codification, en ce sens que les codes dérogent la totalité du droit civil en vigueur jusqu'à leur promulgation, y compris le droit coutumier. La portée de cette dérogation n'est en rien limitée par le fait que les codes, indépendamment des « modèles » étrangers, notamment européens, qui ont pu les inspirer, reposent en proportion très significative sur le *derecho indiano* dans sa diversité territoriale. Si l'on ne considère que la dérogation, les codes constitueraient ainsi une rupture fondamentale avec la culture juridique traditionnelle en donnant au droit en vigueur un référent exclusivement légaliste. Néanmoins, les historiens du droit font observer une série de données qui contribuent à relativiser la portée concrète de cette rupture. Ainsi, le fait que certains codes – le chilien rédigé par Andrés Bello, et plus encore celui de Vélez Sarsfield – furent publiés accompagnés de « notes » qui, selon E. Abasolo, constituent autant de « gloses » et d' « opinions » de jurisconsultes, signifie qu'ils renvoient non à la culture légicentriste de la modernité juridique, mais à « la survivance de nets traits propres à la culture du *ius commune*. »¹²¹ En ce sens, le code argentin était « l'œuvre d'un codificateur étranger aux principes si chers à la codification "classique", tels que les idéaux de prépondérance absolue de la législation, de simplicité et de rationalité interprétative, et de facilité d'accès pour les profanes. »¹²² Carlos Garriga quant à lui a souligné que la promulgation des codes ne signifie rien de plus que le début de « l'histoire du code », et que le code n'est pas la même chose que

¹²⁰ La littérature disponible sur le sujet est considérable, voici les travaux qui m'ont été utiles : GARRIGA, 2010; GALVEZ, José Francisco. Codificación y derecho indiano: el código civil peruano de 1852. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago [Chile], 2010, n° 22, p. 481-498; ABASOLO, 2004, n. 26, p.423-444; GUZMAN BRITO, Alejandro. Las fuentes del derecho en el nuevo código civil peruano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso [Chile], n. 9, 1985, p. 43-52 (44-45); GUZMAN BRITO, 2001, p. 547-565; je n'ai pas pu consulter l'édition critique du Code d'Andrés Bello produite par Javier Barrientos Grandón (je remercie María Teresa Calderón de m'avoir signalé son existence); cf. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. Juan Sala Bañuls (1731-1806) y el "Código civil" de Chile (1855). *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso [Chile], 2009, n. 31, p. 351-368; et BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. De la tradición y su definición en el *Código Civil* chileno. *Revista Chileno de Derecho Privado*. Santiago [Chile], 2003, n. 1, p. 11-108.

¹²¹ Cf. ABASOLO, 2004.

¹²² Ibid.

la « réception du code. »¹²³ Il semble que, une fois le code appliqué dans les tribunaux, avec l'obligation faite aux juges de motiver leurs sentences, l'antique culture jurisprudentielle et casuistique ait continué longtemps à prévaloir – ne serait-ce que parce qu'un certain temps fut nécessaire au monde académique pour transformer ses programmes d'enseignement et former de nouvelles générations dans l'esprit de la modernité juridique.

Reste à se demander pourquoi les régimes libéraux de la seconde moitié du 19^e siècle s'obligèrent à promulguer des codes, si l'on considère que l'idée même de codification contrariait la culture jurisprudentielle des juges et des juristes. La réponse est sans aucun doute complexe et je me limiterai à suggérer quelques pistes. Si la codification se produit surtout en vertu d'une « forte volonté politique »,¹²⁴ la promulgation des codes civils dans la plupart des pays latino-américains, entre 1850 et 1880, coïncide avec le renforcement de la légitimité et de la stabilité des régimes libéraux, qui mettent à profit cette dynamique pour faire un pas décisif dans la voie de l'étatisation des institutions et de l'affirmation de « l'empire de la loi ». Alors que l'adoption d'un code peut résulter d'une « crise des sources du droit » due à la prolifération de la législation,¹²⁵ selon C. Garriga cela ne fut pas le cas en Amérique hispanique : la codification eut fondamentalement pour fonction de permettre à l'État de contrôler son propre ordre juridique.¹²⁶ On peut ajouter à cela une « nécessité sociale »,¹²⁷ qui dans le cas latino-américain renvoie aussi bien, comme c'est le cas de l'Argentine, à l'arrivée massive de migrants européens de toutes origines, qu'aux intérêts des élites socio-économiques ; la codification coïncide en effet avec le début de la grande offensive contre toutes les modalités traditionnelles de propriété collective ou corporative, de ce que les libéraux appelaient la propriété *imparfaite*, au bénéfice de la « propriété absolue », individuelle et transmissible sans entraves ni servitudes. Enfin, après avoir permis aux États hispano-américains de prendre le contrôle, en le produisant, du droit en vigueur sur leur territoire, la promulgation des codes civils les met en phase avec l'émergence du droit international privé, qui naît en

¹²³ GARRIGA, 2010(2), p. 89ss.

¹²⁴ CABRILLAC, Rémy. *Les codifications*. Paris: PUF, 2002. p. 80.

¹²⁵ Ibid., p. 83.

¹²⁶ GARRIGA, 2010, p. 85.

¹²⁷ CABRILLAC, 2002, p. 86.

Europe au milieu du siècle.¹²⁸ Le juriste et diplomate argentin Carlos Calvo, qui en est l'un des pionniers (« doctrine Calvo »), figure dans la table des auteurs cités par Asser dans ses éléments de droit international privé pour son *Droit international théorique et pratique* (1868).¹²⁹ La nationalisation du droit est devenue condition de participation aux échanges internationaux.

Conclusion

Dans quelle mesure la prise en compte du droit et de la culture juridique peut contribuer à affiner le profil spécifique du libéralisme hispano-américain, telle était la question posée par cet essai. S'il est vrai que dans les gènes du libéralisme se trouvait l'idée ou le projet d'un nouveau droit, on pourrait dire que dans la première étape de son développement en Amérique hispanique, le droit ancien, traditionnel, hérité de la monarchie, a eu plus d'influence sur le libéralisme que celui-ci sur le droit. Jusqu'au milieu du 19^e siècle, les régimes issus de la révolution et du premier constitutionnalisme intègrent de manière délibérée et explicite le droit objectif, multiséculaire et pluriel, qui est indistinguable de l'ordre naturel de la Création. Les outils conceptuels et analytiques propres à l'histoire critique du droit ont permis de montrer que le compromis passé par les régimes libéraux avec le legs juridictionnel de la monarchie catholique et avec la conception traditionnelle du droit (c'est-à-dire, pour reprendre la formule de Carlos Garriga, du droit comme tradition), les a privés de la capacité d'imposer un ordre légal et de construire les institutions propres à leur permettre d'administrer leurs territoires. Cependant, si la vigueur de l'ordre juridique ancien a été un obstacle à l'institutionnalisation de l'autorité étatique, il est probable qu'elle a également, de manière paradoxale, été la condition même de la survie du libéralisme. Jusqu'au milieu du siècle, ce sont les régimes les plus autoritaires qui font violence à l'ordre juridique traditionnel ; ceux qui sont réputés pour leur « instabilité politique » chronique opèrent une transition graduelle et accidentée entre libéralisme juridictionnel et libéralisme légaliste. Jusqu'à un certain point, il existe une bonne part de logique historique dans la profonde *modération* du libéralisme hispano-américain (et même en tenant compte des tendances plus radicales qui émergent autour de

¹²⁸ HALPÉRIN, Jean-Louis. *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

¹²⁹ T.-M.-C. ASSER. *Éléments de droit international privé ou du conflit des lois*. Paris: Arthur Rousseau, 1884.

1850), si l'on considère que « l'absolutisme bourbonien », « centralisateur » et « administratif » n'a existé que dans l'idéologie administrativiste d'une longue tradition de l'histoire du droit, alors qu'au contraire, même si l'on tient compte des débuts d'une « dynamique étatique » à l'époque des réformes bourbonniennes,¹³⁰ la monarchie catholique a conservé bien vivantes sa tradition et ses pratiques jurisprudentielles. Le libéralisme est né « juridictionnel » en Amérique hispanique parce que, une fois disparu le monarque et la « justice supérieure » qui le représentait dans les Indes, la juridiction est tombée entre les mains des corporations territoriales comme le bien le plus concret et le plus enviable de leur « liberté ». Dans ces conditions, face au défi de l'intégration de l'Amérique hispanique dans les marchés internationaux, les libéraux entreprirent, notamment par le biais de la codification, de donner à leurs États les moyens de se renforcer institutionnellement. Mais, désormais plus inspiré par les « sciences positives » que par la vénérable jurisprudence du passé, les régimes politiques s'incarnèrent dans des constitutions libérales assorties de pratiques autoritaires du pouvoir – un modèle dont le Mexique de Porfirio Díaz est un paradigme.

Data de recebimento do Artigo : 06/03/2017

Data de aceite do Artigo : 13/03/2017

Bibliographie

ABASOLO, Ezequiel. Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del "ius commune" en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la "Cultura del Código". *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso [Chile], 2004, n° 26, p. 423-444.

AGÜERO Alejandro. La justicia penal en tiempos de transición: la República de Córdoba, 1785-1850. In GARRIGA, Carlos (Coord.). *Historia y Constitución: trayectos del constitucionalismo hispano*. Mexico: CIDE- Colmex-El Colegio de Michoacan-ELD-HICOES-Instituto Mora, 2010. p.267-305.

_____. La Asamblea del año XIII y la dimensión extraordinaria del orden jurídico tradicional. *Anuario del Instituto de Historia Argentina* 13, 2013. Consulté le 21 août 2016. URL: <http://www.anuarioiha.fahce.unlp.edu.ar/>

_____. Entre privilegios corporativos y derechos del hombre. Sobre el lenguaje jurídico

¹³⁰ GARRIGA, 2007(2), p. 70ss.

de la revolución, a propósito de las elecciones capitulares en Córdoba, 1814. *Revista de Historia del Derecho*, Santiago [Chile], 2016, n° 51, INHIDE, Buenos Aires, janvier-juin. URL:

http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_serial&pid=1853-1784&lng=es&tnrm=iso

- ANGUITA, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901 inclusive*. Santiago: Imprenta Barcelona, 1902.
- ASSER, T.-M.-C.. *Éléments de droit international privé ou Du conflit des lois*. Paris: Arthur Rousseau, 1884.
- ALBERDI, Juan Bautista. *El proyecto de Código civil para la República argentina* (), in *Obras completas de Juan Bautista Alberdi*, t. VII. Buenos Aires: Imprenta de "La Tribuna Nacional", 1887 [1868].
- ANNINO, Antonio. *Silencios y disputas en la historia de Hispanoamérica*. Bogotá: Universidad Externado/Taurus, 2014.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier. De la "tradición" y su definición en el *Código civil* chileno. A propósito del artículo 670. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago [Chile], 2003, n° 1, p. 11-108.
- _____. Juan Sala Bañuls (1731-1806) y el "Código civil" de Chile (1855). *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso [Chile], 2009, n° 31, p. 351-368.
- BRACHOFEN, Blaise (Éd.). *Le libéralisme au miroir du droit: l'État, la personne, la propriété*. Lyon: ENS éditions, 2008.
- BREÑA, Roberto. Límites del constitucionalismo y del liberalismo hispánicos. Una visión crítica desde/sobre la historiografía actual. In LUNA, Adriana; MIJANGOS, Pablo, ROJAS, Rafael (Coord.). *De Cádiz al siglo XXI: Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*. Mexico: Taurus, 2012. p. 47-66.
- CABRILLAC, Rémy. *Les codifications*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002
- CALDERÓN, María Teresa. *Une République chancelante : a grande crise de la Colombie, 1826-1831*. Thèse de Doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Paris, 2017
- CHUST, Manuel (Coord.). *Doceañismos, constituciones e independencias: la Constitución de 1812 y América*. Madrid: Fundación MAPFRE, 2006

- CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Trotta Editorial, 1997.
- CLAVERO, Bartolomé. *El orden de los poderes: historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- CLAVERO, Bartolomé. Cádiz 1812: antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze [Italia], 2013, n° 42, p. 201-279.
- COSTA, Pietro. *Jurisdictio. Jurisdictio: semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milan: Dott. A. Giuffrè editore, 1969.
- GALVEZ, José Francisco. Codificación y derecho indiano: el código civil peruano de 1852. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago [Chile], 2010, n° 22. DOI : 10.5354/0719.2010.22021
- GARRIGA, Carlos. Constitución política y orden jurídico en España: el "efecto derogatorio" de la Constitución de Cádiz. In CHUST, Manuel (coord.). *Doceañismos, constituciones e independencias: la Constitución de 1812 y América*. Madrid: Fundación MAPFRE, 2006. p. 33-77.
- _____. Continuidad y cambio en el orden jurídico. In: _____. (coord.). *Historia y constitución*. Mexico: CIDE- Colmex-El Colegio de Michoacan-ELD-HICOES-Instituto Mora, 2010. p. 59-106.
- _____. Gobierno y justicia: el *Gobierno de la justicia*. In LORENTE, Marta (Dir.). *La jurisdicción contencioso-administrativa*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009. [p. 313-369].
- _____. & LORENTE, Marta. *Cádiz, 1812: la constitución jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- GONZALEZ, Florentino. *Elementos de ciencia administrativa: Comprende el bosquejo de un sistema de Administración Pública para un Estado republicano*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 1994 [1840].
- GUERRA, François-Xavier. *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. 3ª ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- _____. El soberano y su reino: reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina. In SABATO, Hilda (Coord.). *Ciudadanía política y formación de las naciones*:

- perspectivas históricas de América Latina*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 33-61.
- GUTIERREZ ARDILA, Daniel. *Un nuevo reino: geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada, 1808-1816*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- GUZMAN BRITO, Alejandro. Las fuentes del derecho en el nuevo código civil peruano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso [Chile], 1985, n. 9, p. 43-52. URL: <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/137/127>
- _____. El tradicionalismo del código civil peruano 1852. *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso [Chile], 2001, n° 23, p. 43-51. URL: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300016>
- HALPERIN, Jean-Louis. *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- _____. L'approche historique et la problématique du *jus commune*. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 2000, Vol. 52, n° 4, p. 717-731.
- _____. *L'impossible code civil*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- JAKSIC, Ivan. *Andrés Bello: la pasión por el orden*. Santiago: Editorial Universitaria, 2001.
- JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo. *La independencia de Chile*. Madrid: MAPFRE, 1992.
- LARES, Teodosio. *Lecciones de derecho administrativo dadas en el Ateneo mexicano*. Mexico: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.
- LASSO, Marixa. Los grupos afro-descendientes y la independencia: ¿un nuevo paradigma historiográfico? In THIBAUD, Clément; ENTIN, Gabriel; GOMEZ, Alejandro; MORELLI, Federica (Dir.). *L'Atlantique révolutionnaire*. Paris: Éditions Les Perséides, 2013. [p. 359-378].
- LEMPERIERE, Annick. *Entre Dios y el Rey: la república. La ciudad de México de los siglos XVI al XIX*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- _____. Communautés naturelles vs État moderne, *ius commune* vs codification (Amérique hispanique, XIX^e siècle). In *Nature ou culture* (études réunies et présentées par Patrick Bonin et Thierry Pozzo), Actes du colloque de l'Institut Universitaire de France, Dijon, 27-28 mai 2014. Saint-Etienne : Presses Universitaires de Saint-Etienne, 2014 (1). p. 271-282.

- _____. Estado. In: SEBASTIÁN, Javier Fernández (Dir). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano: conceptos políticos fundamentales [Iberconceptos-II]*. Madrid: Universidad del País Vasco, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 (2). Tomo 3.
- _____. Du juridique au politique : droit administratif et réforme de l'État au Mexique dans les années 1850 et 1860. In BERNALDO, Pilar González et HILAIRE-PEREZ, Liliane. *Les savoirs-mondes: mobilités et circulation des savoirs depuis le Moyen-âge*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2015. p. 409-420.
- LIRA, Andrés. Orden público y jurisdicción en el siglo XIX: el contencioso-administrativo español visto desde el constitucionalismo mexicano. [n.d.] (1), p. 195-206. URL: http://aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/8082/1/DOCT2065556_ARTICULO_10.pdf (consulté le 15 décembre 2016).
- _____. Lo contencioso administrativo, ejemplo difícil para el constitucionalismo mexicano. [n.d.] (2), p. 289-316. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. URL: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/19.pdf>
- _____. Patrimonios hereditarios bajo el orden constitucional de 1824. Tres casos: 1826, 1828 y 1830. In: LUNA, Adriana; MIJANGOS, Pablo; ROJAS, Rafael (Coord.). *De Cádiz al siglo XXI: Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*. Mexico: Taurus, 2012. p. 153-182.
- LORENTE, Marta. *La nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*. Madrid: Ediciones UAM, 2010.
- _____. La relación entre poderes en el constitucionalismo hispánico: de los juicios de residencia a los juicios de amparo. In: LORENTE, Marta & PORTILLO, José María (Dir.). *El momento gaditano: a Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Madrid: Congreso de los diputados, 2012. p. 337-382.
- _____. & PORTILLO, José María (Dir.). *El momento gaditano: a Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Madrid: Congreso de los diputados, 2012.
- _____. & Jesus VALLEJO, 2012. *Manual de historia del derecho*. Valencia : Ed. Tirant Lo Blanch.
- _____. (Dir.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España: una historia de sus orígenes*. Madrid: Consejo general del poder judicial, 2013.

- LOVEMAN, Brian. *The constitution of tyranny: regimes of exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.
- LUNA, Adriana; MIJANGOS, Pablo, ROJAS, Rafael (Coord.). *De Cádiz al siglo XXI: Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*. Mexico: Taurus, 2012.
- MANNORI, Luca & SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Rome-Bari: Editori Laterza, 2006.
- MAULIN, Éric. Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française. *Annales historiques de la Révolution française* [En ligne], Paris, 2002, n. 328, avril-juin, mis en ligne le 11 mai 2006, consulté le 30 septembre 2016. URL : <http://ahrf.revues.org/583>. DOI : 10.4000/ahrf.583
- MORELL OCAÑA, Luis. El municipio constitucional y la instrucción de 1813. In *El municipio constitucional*. II Seminario de Historia de la Administración, Madrid, out 2002. Madrid: Instituto nacional de Administración pública, 2003. p.121-146.
- _____. *OBRAS completas de Andrés Bello. Opusculos jurídicos*, Vol. IX. Santiago: Pedro G. Ramírez, 1885.
- _____. *PolHis. Boletín Bibliográfico del Programa Buenos Aires de Historia Política*, Buenos Aires [Argentina], 2012, n° 10, p. 23-105.
- PORTILLO VALDÉS, José María. La nación, la constitución y las personas. In: _____ & LORENTE, Marta (Dir.). *El momento gaditano: a Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Madrid: Congreso de los diputados, 2012. p. 155-189.
- _____. *Fuero indio: Tlaxcala y la identidad territorial entre la monarquía imperial y la república nacional, 1787-1824*. Mexico: Colegio de México, 2016.
- QUIROS, Pilar Gonzalez Bernardo de (Dir). *Independencias iberoamericanas. Nuevos problemas y aproximaciones*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económico, 2015.
- SABATO, Hilda (Coord.). *Ciudadanía política y formación de las naciones. Perspectivas históricas de América Latina*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- SADLER, Mélanie. *Juan Bautista Alberdi: un discours entre culture juridictionnelle et culture étatique*. Thèse de doctorat, Université Michel de Montaigne Bordeaux 3. Pessac, 2015

- SLEMIAN, Andréa & GARRIGA, Carlos. "Em Trajes brasileiros": justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850). *Revista de História*, São Paulo, n° 169, juin-déc 2013, p. 181-221.
- TAU ANZOATEGUI, Victor. *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*. Buenos Aires: Perrot, 1977.
- _____. *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho moderno*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- _____. *La ley en América hispana: del descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires : Academia Nacional de la Historia, 1992 (02).
- THIBAUD, Clément. Entre les cités et l'État : caudillos et pronunciamientos en Grande Colombie. *Genèses*, Paris, 2006, n° 62, p. 5-26. DOI : 10.3917/gen.062.05.
- _____. Las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano en el primer constitucionalismo neogranadino e hispanoamericano. In QUIROS, Pilar Gonzalez Bernardo de (Dir.). *Independencias iberoamericanas. Nuevos problemas y aproximaciones*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económico, 2015 (1). p. 149-176.
- _____. Nuovi cittadini di colore? Libertá per privilegio e uguaglianza civile in Terraferma durante la rivoluzione. *Quaderni Storici*, Bologna, aprile 1/2015 (2), p. 115-144.
- _____; ENTIN, Gabriel; GOMEZ, Alejandro; MORELLI, Federica (Dir.). *L'Atlantique révolutionnaire: une perspective ibéro-américaine*. Paris: Éditions Les Perséides, 2013.
- VALLEJO, Jesús. Paradojas del sujeto. In GARRIGA, Carlos. *Historia y Constitución*. Mexico: CIDE- Colmex-El Colegio de Michoacan-ELD-HICOES-Instituto Mora, 2010. p. 173-199.
- VELIZ, Claudio. *The centralist tradition in Latin America*. Princeton (NJ): Princeton University, 1980.
- WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- WESTERMEYER HERNANDEZ, Felipe. Derecho indiano y derecho patrio en las "Memorias" de los ministros de Justicia de Chile (1839-1873). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso [Chile], 2011, n. 23, p. 533-581.

WIARDA, Howard J.. *The Soul of Latin America. The cultural and political tradition*. New Haven, Conn.: Yale University, 2001.

ZIMMERMANN, Eduardo. Centralización, justicia federal y construcción del Estado en la organización nacional. *RIIM. Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, Madrid, mai 2007, n° 46, p. 265-292.