Lobrano G.

La defense de la liberte publique et individuelle division des pouvoirs ou tribunat

[Stable URL: http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/3643]

[Публикация работы:]
Lobrano G. 1996: La defense de la liberte publique et individuelle division des pouvoirs ou tribunat // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 1, 53-61.

НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHE FORSCHUNGS- UND STUDIENZENTRUM
FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND

РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES

НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH

ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

G. LOBRANO

LA DÉFENSE DE LA LIBERTE PUBLIQUE ET INDIVIDUELLE DIVISION DES POUVOIRS OU TRIBUNAT

1. «Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs [n'est pas] déterminée n'a point de constitution».

a. V.E. Orlando: équation nécessaire entre 'constitution' et 'division des pouvoirs'? Le père de l'école italienne de droit public, Vittorio Emanuele Orlando, pour rendre compte et expliquer la dualité d'orientation qui, en référence aux thèmes constitutionnels plus importantes, animent la science du droit public de l'époque contemporaine, fait recours de façon systématique à l'opposition entre "écoles latines" et "école germanique" du droit public; il définit cette dernière "autoritaire".

Selon Orlando, au "camp latin" appartiennent -entre autres- la "théorie des droits originaux de la personnalité", c'est-à-dire les "droits de la liberté civile et politique", et -donc- la conception même de la constitution comme "système de garanties pour défendre ces droits contre de possibles oppressions de la part du souverain". Pour cette raison, Orlando attribue au "camp latin" la "théorie de la division des pouvoirs".

Et en effet -à la lecture des traités, également des plus récents, de droit constitutionnel- il semblerait encore que le seul moyen qu'on ait trouvé depuis la fin de l'ancien régime jusqu'à nos jours pour atteindre ce but est le moyen de la division des pouvoirs.

b. De la 'constitution' anglaise à la 1ère constitution française par Montesquieu: sans division (et équilibre) des pouvoirs "il n'y a pas de constitution". Dans sa forme mûre, la doctrine relative à ce moyen nous vient du fameux chapitre 6 du livre XI de l'*Esprit des lois*, dans lequel Montesquieu développe l'interprétation (qui eut un grand succès) - reproposition de la constitution anglaise de son époque comme modèle de la meilleure constitution possible.

«Il y a une nation qui a pour but direct de sa constitution la liberté politique», ainsi Montesquieu introduit l'examen de la constitution anglaise qu'il ouvre précisement avec la théorie de la division et de l'équilibre des pouvoirs: «Il y a, dans chaque état, trois sortes de pouvoirs ... Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire les loix, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les differends des particuliers».

La première constitution française (1791), à l'article 16 de la Déclaration qui est en tête, traduit en loi la proposition de Montesquieu en formulant positivement le dogme de l'équation entre constitution et division des pouvoirs: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution».

2. Une limite qui ne limite pas.

a. Le postulat à l'origine de la division et de l'équilibre des pouvoirs: gouvernants souverains et citoyens sujets. Et pourtant, malgré les emphatiques formulations doctrinales et législatives, il fut clair dès le début -tout au moins pour les initiés aux mystères constitutionnels- que le moyen de la division et de l'équilibre des pouvoirs n'était qu'une forme de garantie interne aux 'gouvernants' (roi, lords et chambre des communs) et non pas une forme de limitation complexive de leurs pouvoirs sur et contre les citoyens 'gouvernés'.

Ceci, parce que dans le système parlamentaire anglais - montesquieuien, où la doctrine de la division et de l'équilibre des pouvoirs se place historiquement et logiquement, les gouvernants sont aussi les souverains, alors que les citoyens sont seulement les sujets. En effet, comme il a été reconnu, ce

moyen est incompatible avec la théorie de la souveraineté populaire, qui par contre appartient historiquement et logiquement au système romain - rousseauien, dans lequel les «mots de *sujet* et de *souverain* sont des corrélations identiques dont l'idée se réunit sous le seul mot de Citoyens».

Si, donc, on n'oublie pas que la véritable ligne de démarcation du pouvoir passe entre gouvernement et citoyens, immédiatement les distinctions et, avec elles, les équilibres internes aux gouvernants apparaissent insignifiants soit structurellement soit fonctionellement.

b. On sait qu'il n'y a pas de tendances opposées à l'intérieur du gouvernement aristocratique. En effet, déjà au siècle passé, des constitutionnalistes et des hommes politiques importants ont observé le manque de prémisses matérieles du moyen de la division et de l'équilibre des pouvoirs, c'est-à-dire, l'existence d'intérêts organiquement opposés. Léon Faucher, en citant les anglais Bentham, Bulwer et Senior, nie que «comme le supposent Blackstone et Montesquieu ... les trois pouvoirs en Angleterre aient des tendances opposées» et, selon Louis Blanc, «En Angleterre, il n'y a réellement qu'un pouvoir, celui de l'aristocratie».

c. Blackstone, Sieyès et Kant nous expliquent comment et pourquoi il n'est pas possible d'éviter l'omnipotence et même les abus du gouvernement constitutionnel. Les critiques d'absence de consistance structurelle de la mécanique de la division et de l'équilibre des pouvoirs s'intègrent et se soutiennent réciproquement avec les constatations de la limite fonctionnelle de cette même mécanique, laquelle (comme il est affirmé tout de suite par ses mêmes partisans), si elle garantit, les unes face aux autres, les composantes du gouvernement, en aucune façon elle ne circonscrit ou, tout au moins, réduit le pouvoir global des gouvernants sur et contre le reste des citoyens.

Le plus célèbre des juristes anglais modernes, William Blackstone (1723 - 1780), connu comme le Pothier d'Angleterre, disciple notoire de Montesquieu, dans ses fondamentaux *Commentaires sur le droit d'Angleterre* (Oxford 1765) écrit très clairement que «Le pouvoir et la juridiction du Parlement <"où est posée la souveraineté de la constitution britannique"> sont trascendants et absolus ... Il peut changer la constitution et soi même ... court, le Parlement est omnipotent ... Un acte du parlement fait dans la forme correcte <c'est la seule condition demandée> est l'exercice de l'autorité la plus haute ...».

C'est pour ça que Blackstone nie, contre Locke (qu'on continue toutefois à considérer comme le précurseur le plus important de la théorie de la division des pouvoirs) et en suivant la téorie hobbésienne de la représentation, toute possibilité de contrôle et de censure populaires au Parlament: «Selon Locke et d'autres écrivains théoriques reste inhérente au peuple le pouvoir suprème de remuer ou changer le <pouvoir> législatif, si <le peuple> juge que ce dernier trahit la confiance qui lui a été faite. Mais cette conclusion, bonne dans la théorie, on ne peut pas l'adopter dans la pratique ... <elle> comporte la dissolution du gouvernement établi, réduit ses membres à l'état originaire d'égalité avec tout le monde, produit l'anéantissement du pouvoir souverain ... <par conséquent> jusqu'à ce que dure la constitution anglaise le pouvoir du Parlament est absolu et au dehors de tout contrôle».

Blackstone est important non seulement parce que c'est un juriste particulièrement connu mais - surtout- pour sa position d'interprète interne et donc authentique du modèle constitutionnel anglais. En plus, sont présents dans la doctrine de Blackstone les arguments fondamentaux de la science constitutionnelle contemporaine, c'est-à-dire: d'un côté, la réduction de la légitimité à la constitution (qui sera développée par Sieyès avec la coupure entre pouvoir constituant et pouvoir constitué et qui est contraire au principe romain - rousseauien: *ut quodcumque postremum populus iussisset, ita ius ratumque esset* -XII tab. 12,5-) et, d'un autre côté, la rupture entre la théorie et la pratique du droit public (qui sera développée par Kant).

Emmanuel Sieyès nie soit la possibilité juridique de conflits entre les citoyens et les représentants (car «Dès qu'on se nomme des Représentants, on ne peut pas se réserver l'exercice des pouvoirs qu'on leur confie, il faut se borner à les confier médiatement ou immédiatement»), soit donc la possibilité des citoyens de limiter, par révocation, le pouvoir des représentants.

Pour Emmanuel Kant «Quelconque résistance contre le plus haut pouvoir législatif, quelconque essai de donner des conséquences actives au mécontentement des sujets, quelconque soulèvement qui aboutit en rébellion est le plus grave et le plus punissable de tous les délits contre le bien commun car il en détruit les bases même. Et cette prohibition est absolue, de sorte que aussi si l'autorité -à l'avis des sujets- rompit par une conduite même tyrannique le contrat originaire et, avec lui, le droit d'être législateur, non pour ça est admise aux sujets résistance aucune. La raison est que, la constitution existant déjà, il ne reste plus au peuple le droit de déterminer comment être gouverné. En effet, s'il eût un

tel pouvoir opposé au jugé des vraies autorités de l'Etat, qui est-ce qui pourrait décider de quel côté est le droit, du moment que personne ne peut être juge dans sa propre cause? Il serait donc nécessaire un pouvoir supérieur au pouvoir en charge pour décider entre ce pouvoir et le peuple, ce qui est contradictoire».

3. Tentatives d'obvier à l'inefficacité de la division et de l'équilibre des pouvoirs: 'Ombudsman' et 'Widerstandsrecht'. C'est dans ce contexte contradictoire d'exigences sociales et d'oblitération scientifique que se situe et s'explique la diffusion, en tant que lois ordinaires ou constitutionnelles, des nombreux "defensores del Pueblo", "difensori civici" ou -comme on les appelle généralement selon le modèle suédois de 1713- "ombudsman", jusqu'au "médiateur"prévu par l'article 138 du Traité de Maastricht, signé en 1991.

Le recours aux "défenseurs du peuple" (de plus en plus répandu au niveau supra étatique, au niveau étatique et au niveau de ce l'on appelle 'les collectivités locales') est le symptôme important d'une forte exigence, même si cette exigence est encore perçue de façon confuse et si elle est encore plus confusément interprétée et traduite dans les institutions: donner une solution au problème de la défense des gouvernés face à l'ensemble des 'gouvernants' (au sens large du mot).

La loi cadre n° 142 du 8 juin 1990 sur "L'ordinamento delle autonomie locali" donne un exemple très intéressant. Un des points de cette loi (le IIIe) s'intitule de façon significative "Istituti di partecipazione", il comprend trois articles (6-7-8) qui prévoient respectivement la "partecipazione popolare" avec le recours au *referendums*, l''azione popolare' afin de consentir à chaque électeur d'accomplir les actions qui sont du ressort de la commune, et le "difensore civico" comme "garante" des valeurs constitutionnelles "dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica aministrazione". Ce n'est pas tout. Dans la loi électorale pour les communes et les provinces (loi n° 81 du 25 mars 1993, qui fait suite à la loi n° 142) les candidats à la charge de Maire et de Président de la Province doivent obligatoirement présenter aux comices électoraux le programme d'activité pour leur mandat: n'en déplaise à Burke, Sieyès et à l'art. 67 de la Constitution italienne qui interdit expressément le "vincolo di mandato" au niveau national.

C'est le système de droit public, et donc le système républicain romain-rousseauien au sens propre, qui transparaît à travers l'épaisseur du système féodal-représentatif, anglais-montesquieuien toujours inadéquat à satisfaire des exigences de démocratie. Toutefois, ce second 'système' conditionne négativement la capacité des juristes d'aujourd'hui à récupérer et à développer les présences romanistes actuelles. En ce qui concerne le "difensore civico", les interprètes ne savent pas situer ses racines au-delà de l'institution nordique de l''ombudsman' du XVIIIe siècle et les législateurs ne savent pas aller au-delà de sa traduction anglosaxonne en 'Parlamentary Commissioner', règle de l'élection parlementaire du défenseur civique.

Nous pouvons en quelque sorte faire le même discours à propos du succès de la 'résistance', dans le constitutionnalisme le plus récent.

Selon le constitutionnaliste italien Costantino Mortati, la "resistenza popolare collettiva" est implicite dans l'ordre constitutionnel. Elle doit être considérée comme la «podestà rivolta alla conservazione dell'assetto costituzionale esistente contro i tentativi di sovversione provenienti dagli organi che dovrebbero esserne i custodi, nel senso classico cioè di resistenza all'oppressione». Costantino Mortati fait ainsi la distinction entre le droit de résistance collective et l'action révolutionnaire, qui est un fait normatif, expression du pouvoir constituant.

Le "droit à la résistance" est explicitement réglé par l'article 20, 4 de la 'Legge fondamentale' de la République fédérale d'Allemagne (1949) dans laquelle on accorde à «Tous les Allemands le droit à la résistance contre quiconque essaie d'éliminer le système en vigueur, s'il n'existe pas d'autre remède». On trouve la même norme, par exemple, dans la Consitution grecque (du 9 juin 1975; l'art. 20, alinéa 4 qui clôt la Constitution, dispose que «L'observation de la Constitution repose sur le patriotisme des grecs qui ont le droit et le devoir de résister par tous les moyens contre toute personne qui tente de l'abroger par la force») et cette norme a été récemment insérée, grâce à l'art. 138, dans la Constitution du Paraguay. Il a toutefois été observé que dans le contexte de l' 'Etat de droit' (c'est-à-dire dans l' 'Etat constitutionnel', suivant la notion qui s'est imposée), la notion de droit de résistance est réduite au simple rapport entre l'exercice du pouvoir dans son ensemble et l'ordre juridique établi par la Constitution. D'où la conclusion que cette positivisation du droit de résistance équivaut d'un côté à son "pillage" et, de l'autre, elle apparaît comme une sorte de "prévision de néant" et l'on ne

comprend pas quel est le bénéfice de cette légalisation qui, en outre, se prête à être manipulée. (J.E. BARBERA).

II. Tribunat.

1. Mais on 'oublie' le tribunat; l'opposition entre division et équilibre des pouvoirs et tribunat tout au long du XVIIIe siècle. La force du raisonnement de Kant (comme auparavant de Blackstone et de Sieyès) est seulement apparente; elle a sa base dans le piège logique d''oublier' le 'tribunat', c'est-à-dire le moyen institutionnel qu'on trouve dans le droit romain (et de là reproposé par Rousseau) précisément pour résoudre les différends entre gouvernants et citoyens. Ou, pour mieux dire, Kant et 'camarades' sont obligés d''oublier' le tribunat, peine la réintroduction par cette fenêtre de la dialectique entre peuple et gouvernement mise au dehors par la porte de la représentation politique. Et pourtant, pendant tout le XVIIIe siècle, pour la solution du problème constitutionnel par excellence (c'est-à-dire le problème de la limite du pouvoir du gouvernement) deux solutions se confrontent de façon systématique: la solution moderne, anglaise, aristocratique de la division et de l'équilibre des pouvoirs et la solution ancienne, romaine, républicaine du tribunat.

Tout comme Vittorio Emanuele Orlando en 1949, Robespierre lui aussi, dans son fameux discours *Pour la constitution* du 10 mai 1793 affirme que «Le premier objet de toute constitution doit être de défendre la liberté publique et individuelle contre le gouvernement lui-même». Mais, à la différence d'Orlando, Robespierre sait bien que les politiciens ont imaginé «deux moyens de parvenir à ce but. L'un est l'équilibre des pouvoirs, et l'autre le tribunat».

En effet, soit Montesquieu, soit Rousseau (chacun des deux, naturellement, de son propre point de vue systématique) tiennent contextuellement présents et confrontent les deux solutions du problème, même si ce n'est que grâce à l'apport scientifique rousseauien qu'on voit clairement la globale opposition entre elles.

2. Montesquieu et Rousseau.

a. Montesquieu: pour la construction théorique de la division et équilibre des pouvoirs, il emploie la "faculté d'empêcher" des tribuns romains qui, pourtant, sont rejetés. Montesquieu affirme que «les anciens ne connoissoient pas la distribution des trois pouvoirs», et pourtant il reprend dans l'expérience institutionnelle du tribunat romain la notion -désormais inconnue aux constitutionnalistes d'aujourd'hui- de la "faculté d'empêcher": «J'appelle faculté d'empêcher le droit de rendre nulle une résolution prise par quelqu'autre; ce qui étoit la puissance des tribuns de Rome. Et, quoique, celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose q'une déclaration qu'il ne fait point usage de sa faculté d'empêcher». Pour postuler la nécessité d'un pouvoir "supérieur" afin de résoudre les conflits entre peuple et gouvernement, Kant a besoin d'oublier le "pouvoir d'empêcher".

De toute façon, Montesquieu critique l'emploi romain de ce pouvoir («la puissance des tribuns de Rome étoit vicieuse» et «causoit de grans maux») et il condamne sans appel les instituts des éphores lacédémoniens et des inquisiteurs de Venise, que l'opinion commune considère comme ressemblant au tribunat romain, en faveur de la «distribution des trois pouvoirs»: «le seul moyen conforme à la raison, de suppléer à la tyrannique magistrature des *éphores*, & aux *inquisiteurs* de Venise, qui sont aussi despotiques».

En tout cas, il faut souligner que c'est proprement l'approche montesquieuien qui favorise l'oubli de la différence génétique du tribunat et de son pouvoir d'empêcher face à la division et à l'équilibre entre pouvoirs de statuer. Bien avant Fichte, Blackstone employera l'expression "pouvoir négatif" pour indiquer le pouvoir des tribuns ("tribunitial or negative power") mais, désormais, en le voyant simplement comme un élément du mécanisme des "cheks and balances" entre pouvoirs -donc- 'positifs'.

La division et l'équilibre des pouvoirs rencontre son -nécessaire- revers dans l'état d'exception: «Mais -continue Montesquieu- si la puissance législative se croyoit en danger par quelque conjuration secrette contre l'état, ou quelque intelligence avec les ennemis au dehors, elle pourroit, pour un temps court & limité, permettre à la puissance exécutrice de faire arrêter les citoyens suspects, qui ne perderont leur liberté pour un temps, que pour la conserver pour toujours».

b. Rousseau: entre les deux "moyens" pour "remédier" le "défaut de proportion du peuple au prince", c'est-à-dire "division du gouvernement" et "tribunat", il propose le tribunat. Avec sa clarté habituelle, Rousseau (dans le *Contrat social* III 7) reconnaît deux "moyens" pour

"remédier" ou "prévenir" le "défaut de proportion du peuple au prince" en faveur de ce dernier: la "division du gouvernement" ou la "magistrature intermédiaire". Sa position n'est pourtant pas neutre: il critique la division du gouvernement et propose la réinstitution d'un "magistrat intermédiaire": le tribunat romain.

Dans les considérations *Sur le gouvernement de la Pologne*, Rousseau met en garde contre la division du gouvernement en parties séparées: «Ne comptez pourtant pas trop sur ces moyens ... si ... manqueront d'accord ... en se faisant réciproquement obstacle <ces parties> emploieront toutes leurs forces les unes contre les autres, jusqu'à quand une d'entre elles, en l'emportant sur les autres, les domine toutes; d'un autre côté, si elles s'accordent pour agir de concert, elles ne feront réellement qu'un même corps et n'auront qu'un même esprit comme les chambres d'un parlement». Dans tout cas, elles «se réuniront toujours pour opprimer le souverain. ... L'invention de cette division est moderne. Les anciens, qui savaient mieux que nous comment se maintient la liberté, ne connurent point cet expédient». Comme on peut voir, Rousseau, qui sait bien que «quand le peuple a des chefs qui gouvernent pour lui, quelque nom que portent ces chefs, c'est toujours une aristocratie», anticipe d'un siècle les observations d'un Fauchet ou d'un Blanc au sujet de la nature simplement et totalement aristocratique de la constitution anglaise et de ses imitations. Le jugement de Rousseau sur l'épreuve ancienne de l'inutilité de la division des pouvoirs est partagée par Simón Bolívar, qui, dans le *Discurso de Angostura* (15 février 1819) affirme «La Constitución Romana es la que mayor poder y fortuna ha producido a ningún pueblo del mundo; allí non había una exacta distribución de los poderes. Los Consules, el Senado, el Pueblo, ya eran legisladores, ya Magistrados, ya Jueces; todos participaban de todos los poderes».

Dans le IVe livre du *Contrat social*, où Rousseau expose son projet de constitution, un chapitre, le Ve, est consacré au "Tribunat": «Quand on ne peut établir une exacte proportion entre les parties constitutives de l'état, ou quand des causes indestructibles en altérent sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les autres, qui replace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison ou un moyen terme, soit entre le prince et le peuple, soit entre le prince et le souverain, soit à la fois de deux côtés s'il est nécessaire. Ce corps, que j'appellerai *tribunat* ... n'est point une partie constitutive de la cité, et ne oit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l'exécutive, mais c'est en cela même que la sienne est plus grande: car ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher». Et voilà, résolu l'insoluble problème kantien!

Dans le mécanisme constitutionnel romain - rousseauien, caractérisé -je ne me lasserai pas de le souligner- par la dialectique entre le pouvoir souverain du peuple et le pouvoir exécutif du gouvernement, le revers nécessaire du tribunat, qui garantit ordinairement cette dialectique, est la dictature, qui extraordinairement l'interrompt.

3. L'approfondissement théorique du tribunat romain et le développement systématique de sa reproposition dans la 'Staatslehre' contemporaine.

a. Des perplexités de Robespierre... Catalano a observé un certain défaut de développement théorique du tribunat et de son pouvoir de la part de Rousseau.

Il est vrai qu'en cet institut même le fidèle Robespierre semble ne pas comprendre le maître genevois. Dans le discours rappelé ci-dessus il conclut ainsi: «il n'y a qu'un seul tribun du peuple que je puisse avouer: c'est le peuple lui même». Et, par conséquent, dans sa constitution il n'y a pas de tribunat, à la place duquel on trouve directement l'institutionnalisation du "devoir d'insurrection": «Quand le gouvernement viole les droits du peuple l'insurrection du peuple entier et de chaque portion du peuple est le plus saint des devoirs».

Il peut être intéressant de noter que ce sera un critique de Robespierre, que nous appellerons aujourd'hui 'de gauche', 'Gracchus' Babeuf (l'inspirateur de la 'Conspiration des Egaux') à promouvoir (1796) l'institution d'un "Corps de conservateurs de la volonté nationale", en en faisant -comme écrit son camarade Buonarroti- "une espèce de tribunat"; comme il est aussi intéressant de remarquer que ce même Buonarroti sera un des plus grands partisans de la nécessité de la dictature.

b. ... à l'"absolue puissance négative" de J.G. Fichte. Ce sont les juristes et humanistes allemands de la fin du XVIIIe siècle et du XIXe siècle qui comprennent le mieux l'institution romaine et sa reproposition de par Rousseau.

Friedrich Schlegel, dans son compte rendu de l'écrit kantien *Zum evigen Frieden* (1795), critique -à travers le concept de la représentation- l'opposition kantienne de la république (qui serait, selon

Kant, nécessairement représentative) à la démocratie et fait par contre l'éloge du "hochheiliger Tribun", en tant qu'instrument nécessaire de défense du peuple, ce dernier conçu non comme ensemble de sujets ('Untertanen'), mais -à son tour- comme "heiliger Volk", car la "Volksmehreit" est -selon la thèse rousseauienne- la traduction concrète de l'"allgemeiner Wille".

J.G.Fichte lui aussi (1762 - 1814) connaît et fait une récension de l'écrit kantien sur la paix perpétuelle, mais il affronte le thème tribunitien de façon systématique dans ses deux plus importants ouvrages de philosophie du droit: *Grundlage des Naturrechts* (1796 - 1797) et *System der Rechtslehre* (1812). La systématique fichtienne est complexe. Généralement il refuse aussi la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et c'est pour cette raison qu'il perçoit de façon très forte la nécessité du contrôle du dehors (c'est-à-dire la *vraie* limitation) du pouvoir dans son ensemble. La solution qu'il propose est la prévision constitutionnelle des cas dans lesquels l'exercice du pouvoir revient au peuple. Pour en établir la nécessité et en décider le moment on institue un "pouvoir spécial" attribué à une magistrature élue directement par le peuple, que Fichte nomme "Ephorat", mais qui selon lui trouve son précédent dans le tribunat romain. Fichte prévoit aussi -selon le modèle robespierrien- la possibilité, pour le cas que même les Ephores trahissent la volonté du peuple, que celui-ci puisse s'insurger sans commettre aucun crime.

3. Le refus du tribunat - puissance négative perfectionné et consolidé par la révision du droit public romain: responsabilité et potentialité de la science romaniste.

a. Hegel: la critique à Fichte. De la même science historico - juridique allemande vient aussi la liquidation consciente du tribunat.

G.W. Hegel (1770 - 1831) attaque à la base la systématique fichtienne. Dans ses *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821) Hegel écrit: «Il y a des conceptions constitutionnelles où on trouve seulement l'abstraction de l'état et où il semble sans importance si le sommet de son pouvoir est occupé par un, quelqu'un ou tous. "toutes ces formes -dit Fichte dans son *Naturrecht* I 196- sont possibles et on peut correctement les employer à condition qu'il y ait un Ephorat" (c'est-à-dire une de ses inventions qui devrait équilibrer le plus haut pouvoir de gouvernement)». On peut reconnaître, dans la critique hégélienne à Fichte, la même inversion kantienne de la logique rousseauienne, par la priorité accordée au thème du gouvernement face au thème de la souveraineté.

b. Mommsen: l'effacement historique et dogmatique de la spécificité du tribunat romain. Mais la clé pour se soustraire de façon vraiment efficace à la provocation tribunitienne est aux mains de la science du droit public romain et il la fournit au cours du XIXe siècle. On fait couramment remonter cette science à la *Römische Geschichte* de B. G. Niebuhr (1e éd. 1e vol. 1811), et pourtant c'est avec l'ouvrage de Th. Mommsen qu'elle atteint la forme et les contenus par lesquels elle s'impose. Encore dans sa *Römische Geschichte* du 1854, Th. Mommsen emploie, pour l'interprétation du tribunat romain, le schéma rousseauien - fichtien: «Le pouvoir tribunitien -écrit Mommsen- est l'image spéculaire du pouvoir consulaire et son opposé. Le pouvoir des consuls est essentiellement positif, le pouvoir des tribuns est essentiellement négatif ... Ainsi, dans cette institution extraordinaire, le commandement absolu et l'absolue prohibition ont été opposés de la façon la plus directe». Mais dans son fondamental écrit dogmatique - systématique, le *Römisches Staatsrecht* (1ère éd. 1er vol. 1871), Mommsen opère un changement radical. Il transforme le pouvoir négatif des tribuns en une des fonctions "positives" des magistrats en introduisant le pouvoir d'empêcher (le *veto*) tribunitien dans un plus large pouvoir magistratuel de "cassation" (et donc non plus 'de limite' - 'Hemmung'), comme simple manifestation nécessaire du pouvoir de commander. Par conséquent, quand il lui arrive -parmi d' 'autres' magistratures- de parler du tribunat en particulier, Mommsen place "Verbietungsrecht" de ce dernier dans la rubrique de son "positiver Inhalt". Le tribunat, avec son pouvoir, ne résulte pas, ainsi, *contre* les autres magistratures mais *au-dessus* d'elles, en ordre hiérarchique.

C'est, enfin, l'anéantissement lucide non seulement du "pouvoir négatif" fichtien, mais aussi directement du "tribunat" rousseauien et même de la "faculté d'empêcher" de Montesquieu, dont le raisonnement est renversé. Disparaissent ainsi, par effacement de la mémoire scientifique, le modèle institutionnel et en même temps la preuve historique de sa possibilité, qui sont tout deux à la base de la pensée républicaine et démocratique moderne. Moi -disait Rousseau- je ne parle pas du pays des chimères mais de Rome et Rome était, il me semble, un grand état. A leur place Mommsen -en suivant Hegel-

propose un droit public romain qui précède -plus ou moins parfait- le constitutionnalisme aristocratique anglais sorti des bois et des marais germaniques.

Or, comme Mommsen même écrit avec orgueil dans le "Vorwort" de son *Römisches Staatsrecht*, cet ouvrage est le premier et la base d'une *nouvelle* science du droit public romain, pour le devenir -un demi-siècle plus tard- de la science du droit public étatique et positif.

L'étude critique du droit public romain reste, aujourd'hui comme toujours, un passage obligé du progrès de la science et de la pratique du droit public 'actuel'.

Bibliographie:

AGUILAR CUEVAS Magdalena, *El Defensor del Ciudadano (Ombudsman)*, "Presentación" de Fix-Zamudio H. (México 1991); ANDRIVET P., "J.-J. Rousseau: quelques aperçus de son discours politique sur l'antiquité romaine" in *Studies on Voltaire* 151 (1976); BABEUF F.N., *Il tribuno del popolo* sous la direction de et avec une "Introduzione" de C.Mazauric, (tr.it. par Occhetto Baruffi L. de l'or.fr. *Textes choisis*, Roma 1969); BAR A., "La regulación jurídica de los 'defensores del pueblo regionales': ¿cooperación o conflicto?" in *Revista de Derecho Polítíco* 18-19 (Verano/Otoño 1983); BARBERA J.E., "El derecho de resistencia a la opresión" in AA.VV., *Homenaje al Bicentenario* [de la Universidad de Córdoba - Fac. de Derecho y de Ciencias sociales] *1791 - 1991* I (Córdoba 1991); BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana* (Padova 1953); BASSI F., "Il principio della separazione dei poteri" in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1965); BEXELIUS A., "El Ombudsman de asuntos civiles" in ROWAT D.C., *El Ombudsman, El Defensor del Ciudadano* tr. de E.L.Suárez (México F.C.E. 1973); BISCARETTI DI RUFFIA P. (sous la direction de), *Costituzioni straniere contemporanee* I *Gli Stati di democrazia classica* (Milano 1990); BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, "New Edition, adapted ..." de R.M.Kerr vol. I "Of the Rights of Persons" (London 1857); BLANC L., *De la présidence dans une République* (1849) in Id., *Questions d'aujourd'hui et de demain* 3 vols. (Paris 1873; '74 et '80) I; Id., *Histoire de la Révolution française* (Paris 1847); BOUTMY E., *Le Développement de la Constitution et de la Société politique en Angleterre* 4e éd. (Paris 1903); BUONARROTI F., *Conspiration pour l'Égalité, dite de Babeuf* (Bruxelles 1828) tr.it. de G.Manacorda, *Congiura per l'eguaglianza o di Babeuf* (Torino 1946); CATALANO P., *Tribunato e resistenza* (Torino 1971); Id., *'Populus Romanus Quirites'* (Torino 1974); Id., "La divisione del potere in Roma repubblicana" in *Studi Grosso* VI (Torino 1974); CESA C., "Noterelle sul pensiero politico di Fichte" in *Rivista critica di storia della filosofia* 23 (1968); Id., "Fichte, i romantici, Hegel" in L.FIRPO (sous la direction de), *Storia delle idee politiche economiche e sociali* IV *L'età moderna* II *Illuminismo, rivoluzione, restaurazione* (Torino 1975; r. 1983); CHEVALLIER J.J., "De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher" in *Mél.s Maurice Hauriou* (Paris 1929); CONSTANT B., "Principes de politique" in Id.. *Oeuvres* sous la direction de Roulin A. (Paris 1957); COSTA F.J., CARBONELL C.-O, HALIMI S., REDONNET J.C., *La civilisation britannique* 2e éd. (Paris 1994); CROSA E., *Il principio della sovranità popolare dal Medioevo alla Rivoluzione francese* (Torino 1915); DALINE V., *Gracchus Babeuf à la veille et pendant la Révolution française. 1785 - 1794* tr. de l'or. russe par Champenois J., "Présentation" de Borissova I. (Moscou 1987); DOMMANGET M., *Babeuf et la cospiration des Egaux* (Paris 1922); DEBBASCH Ch., PONTIER J.-M., *Les Constitutions de la France* 2e éd. (Paris 1989); DUSO G., "Logica e aporie nella rappresentanza tra Kant e Fichte" in *Filosofia politica* 1 (giugno 1987); Id., "Libertà e Stato in Fichte. La teoria del contratto sociale" in Id. (sous la direction de), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna* 2e éd. (Milano 1993); FAIREN GUILLÉN V., *El Defensor del Pueblo: 'Ombudsman'* (Madrid I982); FAUCHER L., *Etudes sur l'Angleterre* II (Paris 1845); FICHTE J.G., "Sulla «Pace perpetua» di Kant" (1796) in Id., *Lo Stato di tutto il popolo* sous la direction et avec une "Introduzione" de Merker N., tr.it. de B.Munari (Roma 1978); Id., *Diritto naturale* (Bari 1994) tr. it. et "Introduzione" par Fonnesu L. du *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre* (éd. Stuttgart 1962 ss.); Id., "Contributo per rettificare il giudizio del pubblico sulla rivoluzione francese" (1793) tr.it. sous la direction de Alfieri V.E. in FICHTE J.G., *Sulla rivoluzione francese. Sulla libertà di pensiero* (Bari 1973); Id, *Il sistema della dottrina del diritto* (1812 1813) in Id., *Lo Stato di tutto il popolo* cit.; FUCHS E. - GRAPPE C., *Le droit de résistance: le protestantisme face au pouvoir* (Genève 1990); A.GALANTE GARRONE, *Buonarroti e Babeuf* (Torino 1948); GALY F., *La notion de constitution dans les projets de 1793* (Paris 1932); GUINLE J.P., "Hegel et le droit romain" in *Revue Historique du Droit Français et Etranger* 4e s. n.59 (1981); HALLER K.L., *Restauration des Staatswissenschaft* 6 vols. (Winterthur 1816 - 34; 2e éd. 1820 -), éd.it. *Ristaurazione della scienza politica* IV (Fuligno 1828); HAYEK F.A.v., *Legge, legislazione e*

libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica éd.it. sous la direction de Petroni A. et Bragadin S.M., tr. de Monateri P.G. 2e éd. (Milano 1989); HEGEL G.W.F., "Grundlinien der Philosophie des Rechts (oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse)" in Id., *Sämtliche Werke* sous la direction de Glockner H. VII (Stuttgart 1928); JUDD G.P., *Members of Parliament 1734-1832* (New-Haven 1955); KANT I., *Über den Gemeinspruch: das mag in Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793) tr.fr. de Gibelin J. "Sur le lieu commun: Ceci peut être juste en théorie, mais ne vaut rien en pratique" in KANT E., *Critique de la raison pratique* (Paris 1945); LOBRANO G., *Il potere dei tribuni della plebe* (Milano 1983); Id., Pater et filius eadem persona. *Per lo studio della* patria potestas I (Milano 1987); Id., *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni* (Sassari 1989); Id., Res publica res populi. *La legge e la limitazione del potere* (Torino 1994-1996); MAZZULLO Barbara, "Il difensore civico come si configura concretamente nella vigente legislazione regionale" in *Foro amministrativo* LIX (1983) II; MOMMSEN Th., *Römische Geschichte* (1854) tr.it. de la 8e éd. allemande (1888) par Baccini D., Burgisser G. et Cacciapaglia G. (Firenze, 4e éd. 1967) I; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748); MORTATI C., "Note introdutive a uno studio sui partiti politici" in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando* II (Padova 1957); Id., (sous la direction de), *L'Ombudsman (Il difensore civico)* (Torino 1974); NAPIONE G., *L'Ombudasman: il controllore della pubblica amministrazione* (Milano 1969); ORLANDO V.E., "Introduzione generale" à JELLINEK G., *La dottrina generale del diritto dello Stato* tr.it. de Petrozziello M. (Milano 1949); Id., "Prefazione" à JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* tr.it. de la 2e éd. allemande par Vitagliano G. (Milano 1912); PELLON R., "Las metamorfosis del 'Ombudsman'" in *Documentación Administrativa* 161 (1974); POSTIGLIOLA A., *La città della ragione. Per una storia filosofica del Settecento francese* (Roma 1992); RÉTAT P., "Citoyen-Sujet, civisme" in REICHHARDT R., SCHMITT E. (sous la direction de), *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820* Heft 9 (München 1988); ROBESPIERRE M., "Sur la constitution" in Id., *Oeuvres* sous la direction de Bouloiseau, Léfebvre, Soboul, vol. IX (Paris 1958); Id., "Discours contre le veto royal, soit absolu, soit suspensif" (21 septembre 1789) *ibidem*; ROTHERMEL O., *Friedrich Schlegel und Fichte* (Giessen 1934); ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social* (1761); Id., *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (1771); SIEYES E., *Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France* (1789) in Id., *Oeuvres* (Genève - Paris 1989) II; SILVESTRI G., *La separazione dei poteri* I (Milano 1979); Id., "Poteri dello Stato (divisione dei poteri)" in *Enciclopedia del diritto* 8e éd. 34 (Varese 1985) *s.v*; STOLLEIS M., "Untertanen - Bürger - Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert" in VIERHAUS R., (sous la direction de) *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung* (Heidelberg 1981); TUVERI G.B., *Del dritto dell'uomo alla distruzione dei cattivi governi* (1851) in Id., *Tutte le opere* I sous la direction de Accardo A., Carta L., Mossa S. et avec une "Introduzione" de Bobbio N. (Sassari 1990); VILLEY M., "Le droit romain dans la *Philosophie des Rechts* de Hegel" in *APD* 16 (1971); ZANGARA V., "Studio sulla separazione dei poteri" in AA.VV., *Scritti giuridici in onore della C.E.D.A.M. nel cinquantenario della sua fondazione* II (Padova 1953).

ДЖ. ЛОБРАНО

ЗАЩИТА ОБЩЕСТВЕННОЙ И ИНДИВИДУАЛЬНОЙ СВОБОДЫ: РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ И ТРИБУНАТ

(РЕЗЮМЕ)

Доктрина разделения и уравновешивания властей в законченной форме представлена в знаменитой 6-й главе XI книги "Духа законов", где Монтескье разворачивает удачную интерпретацию современной ему английской конституции как модели наилучшей из возможных конституций. Первая французская конституция (1791 г.) в статье 16 открывающей ее Декларации возвела высказывания Монтескье в ранг закона.

Вместе с тем, с самого начала было ясно, что институт разделения властей отнюдь не гарантирует свободы народа и не ограждает его от злоупотреблений государственной власти, что видно на примере английского конституционного парламентаризма.

О неизбежности всевластия и даже злоупотреблений конституционного правительства писали Блэкстоун, Сиейес и Кант. Сила их рас-

суждений кроется в логической ловушке, состоящей в "забвении" "трибуната", т.е. институционального средства, имевшегося в римском праве (и вновь предложенного Руссо) именно с целью разрешения конфликтов между правителями и гражданами. Вернее, Кант и его сподвижники оказались вынуждены "забыть" о трибунате, дабы не допустить тем самым снова диалектическое отношение между народом (сувереном) и правительством, устраненное с помощью идеи политического представительства.

И все же на протяжении XIX в. при рассмотрении проблемы преимущественно конституционного характера (т.е. проблемы ограничения власти правительства) систематически противостояли два решения: современное - английское, аристократическое - решение, состоящее в разделении и уравновешивании властей, и древнее - римское, республиканское решение - трибунат.

В ходе теоретического углубления понимания римского трибуната и систематической разработки этого понятия в современном учении о государстве Каталано обратил внимание на недостаточное теоретическое осмысление идей Руссо о трибунах и их власти. И Монтескье, и Руссо рассматривали и сопоставляли сразу оба решения проблемы, хотя лишь с учетом научного вклада Руссо ясно видится глобальное противопоставление одного другому. Подход Монтескье, выдвигавшего на первый план идею разделения и равновесия властей, способствовал забвению генетических особенностей трибуната и присущего ему права запрещать и воспрепятствовать. Проект же Руссо включал в себя именно трибунат, понимаемый глубоко по-римски. Римско-руссоистский конституционный механизм характеризуется диалектикой суверенной власти народа и исполнительной власти правительства, а не разделением властей.

Лучше всего понимали как сам римский институт, так и его современное использование у Руссо немецкие юристы и гуманисты конца XVIII - XIX в. (Шлегель, Фихте). Но и сознательное устранение трибуната стало делом той же германской историко-правовой науки. Моммзен в своей "Римской истории" (1854 г.) еще применяет для интерпретации римского трибуната схему Руссо - Фихте. Но в фундаментальном "Римском государственном праве" (1871 г.) он производит радикальные изменения и превращает негативную власть трибунов в одну из "позитивных" функций магистратов, и трибунат оказывается включенным в иерархию должностей - не *против* остальных магистратур, а *над* ними. Так Моммзен вместо руссоистско-римской модели демократии создал систему римского публичного права как более или менее совершенного предшественника аристократического английского конституционализма, вышедшего, как говорится, из германских лесов и болот.