

Duguit et les Allemands

Olivier Jouanjan

1. Un « programme Duguit »

« Tous les développements qui vont suivre se rattacheront à la disparition de la notion de puissance publique. » Ainsi parle Léon Duguit à un endroit décisif du *Traité de droit constitutionnel*¹. Tous ces développements, qui suivent ce passage, constituent en effet ce que Duguit nomme sa « théorie générale de l'État », une théorie incorporée au *Traité* et qui en occupe les deuxième et troisième volumes, dans la troisième édition. Mais ce qui précède, c'est-à-dire, le premier tome du *Traité*, intitulé « La règle de droit. Le problème de l'État » est aussi lié, rattaché à la thèse centrale, bien connue, d'abandon de la notion de puissance publique : car cette thèse est le corollaire d'une autre thèse, tout aussi centrale et bien connue, à savoir celle qui nie toute validité à la notion de personnalité juridique de l'État, puisque toute idée d'une personne collective, et donc d'un État personnifié, ne saurait attraper, dans ses mailles conceptuelles que la figure spectrale d'un fantôme métaphysique. Or, c'est bien là que réside essentiellement le « problème de l'État ». Mais ce problème qu'est l'État, pour la pensée juridique, ne peut être résolu – car Duguit, on le verra, a la prétention de le résoudre, et la « théorie générale de l'État » apporte cette solution – que si on le lie à l'élucidation préalable de la nature de la « règle de droit », qui, dans l'architecture du *Traité*, est bien l'objet premier et donc aussi le principe même de tout le système.

Le passage cité plus haut conclut la démonstration faite par Duguit de l'incohérence qu'il y a à nier la personnalité de l'État-puissance d'un côté, tout en

¹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. 2, Paris, 1928, p. 39 sq. (On citera dorénavant : *Traité*. Toutes les références renvoient à la troisième édition en 5 volumes qui commence en 1927.)

maintenant, de l'autre, la notion de puissance publique : « Quoi qu'on fasse, il y a une contradiction absolue à nier l'existence de la personnalité collective de l'État et à reconnaître en même temps l'existence de la puissance publique dont seraient investis les gouvernants et certains de leurs agents². »

C'est ici Henri Berthélémy qui se trouve visé. Et dans ce passage, où précisément l'on passe de l'exposé de la célèbre conception de la « règle de droit » et de la position du « problème de l'État » (au tome 1) à la « théorie générale de l'État » (aux tomes 2 et 3), il s'agit précisément de montrer comment tout se tient, comment le *Traité* fait système, ou même, plus exactement, *contre-système* : parce que la conception qu'il s'agit de détruire fait elle-même système, ses doctrines constitutives tiennent indissociablement ensemble et l'on ne peut en prendre une (par exemple la puissance publique) sans emporter avec elle les autres (par exemple la personnalité de l'État) ; il faut donc tout rejeter en bloc, ce qui impose, dans le combat des doctrines qui se joue alors, construire un autre bloc sans faille, une doctrine aussi radicale ou même plus radicale encore, dans laquelle rien des pensées et concepts adverses ne peut s'infiltrer pour y propager ses vices contaminateurs.

Il faut donc tout rejeter et ne point séparer comme le fait Berthélémy. En effet, la doctrine de la personnalité juridique de l'État, à travers ses théories particulières de la représentation et de l'organe, a pour fonction essentielle de permettre l'imputation *juridique* d'une déclaration de volonté (toujours particulière, individualisée) à un agent unique appelé État, mais à un agent spécifique dont la volonté exerce, sauf lorsqu'il recourt aux formes du droit privé, une puissance particulière, publique, exorbitante. La doctrine qu'il convient de combattre attache donc à une personne exceptionnelle une puissance exceptionnelle et l'on ne voit guère comment l'on conserverait l'un des éléments constitutifs de cette théorie sans garder nécessairement – même inconsciemment ou, pire, frauduleusement – l'autre de ses éléments constitutifs : Berthélémy ne voit pas que cette puissance spécifique – on dira plus tard : exorbitante – suppose une volonté extraordinaire qui *doit* être imputée à une personne exceptionnelle.

² *Traité*, t. 2, p. 37.

Dans ce schéma qu'il faut détruire et qui fait la base des explications du droit public alors en circulation, il y a deux fantômes métaphysiques – c'est-à-dire deux *fictions* – à savoir, d'une part, l'idée de personne collective et celle, d'autre part, d'une puissance extraordinaire attachée à la volonté. Dès lors qu'il identifie dans ce schéma et ces deux métaphores les « idoles », pour parler avec Francis Bacon, de ce nouveau « théâtre » que forme vers 1900 la science du droit public, il s'agit pour Duguit de proposer une théorie de rechange qui puisse remplir la même fonction, c'est-à-dire expliquer comment et pourquoi une certaine volonté peut lier la volonté d'autrui.

Pour la doctrine combattue, il s'agit de répondre à ce qu'elle considère comme étant le problème fondamental du droit public : comment penser dans les catégories du droit le phénomène de la domination, comment penser comme un rapport de droit le rapport de domination ? Il s'agira alors, chez Duguit, de déplacer la question et contourner ce problème qui, du point de vue réaliste qui est le sien, paraît proprement insoluble, de montrer que les termes même du problème tel qu'il est classiquement posé sont faussés et que donc la théorie – toutes les variations possibles qui jouent sur les thèmes de base de la puissance et de la personnalité de l'État – cherche à répondre à des questions qui ne se posent pas : elle est fautive parce que fautive dans son problème fondamental.

La théorie que Duguit rejette à toute force consiste en effet à reconnaître une propriété intrinsèque à cette volonté, une puissance propre, dite publique, incommensurable à toute puissance purement privée, puissance rattachée à une personnalité particulière, la personnalité publique de l'État. Dans les catégories du droit peuvent ainsi venir se loger les rapports de domination publique : c'est, en tout cas, la manière dont la théorie combattue et récusée construit la domination comme grandeur juridique. Or, toute analyse positive de la volonté ne connaît – c'est un leitmotiv chez Duguit – que des volontés individuelles et l'on ne peut attribuer aucune force extraordinaire à l'une quelconque de ces volontés.

Il n'y a aucune puissance exorbitante qui puisse juridiquement s'attacher à une volonté car il n'y a aucune personne extraordinaire capable d'une telle volonté

extraordinaire³. Il n'y a de puissance que de fait : « La puissance gouvernante existe donc, écrit Duguit en se protégeant des accusations d'anarchisme portées notamment par Hauriou, et ne peut pas ne pas exister. Seulement, je nie qu'elle soit un droit. J'affirme que ceux qui détiennent cette puissance détiennent une puissance de fait et non une puissance de droit⁴. »

On doit même généraliser : il n'y a aucune place pour la puissance dans le droit, ni pour le droit dans la puissance ; les deux s'excluent mutuellement et absolument. Donc, il n'y a aucune place pour le droit subjectif car celui-ci ne peut s'analyser que comme puissance ou pouvoir de la volonté et les théories qui cherchent à échapper à la doctrine dominante du « pouvoir de la volonté », de la puissance de la volonté (*Willensmacht*) et fondent avec Jhering le droit subjectif sur l'intérêt sont logiquement condamnées : soit l'intérêt est une donnée objective et le qualifier de subjectif est une contradiction ; soit il est un élément subjectif mais alors on ne peut penser l'intérêt que dans son rapport à la volonté, un intérêt n'étant subjectif que parce que le sujet le veut, ce qui ramène le droit subjectif à la puissance de la volonté⁵. Parce qu'on ne peut concevoir le sujet que dans et par la volonté, aucune définition du droit subjectif ne peut être construite sans avoir son centre dans le concept de volonté. Or, puisqu'une volonté ne peut lier, par sa propre force, aucune autre volonté, il ne peut y avoir aucun *droit* subjectif à proprement parler. Il faut donc déplacer la question du droit en général et, avec elle, celle du droit public radicalement : sortir de l'analyse de la puissance (qui est toujours puissance d'un *sujet* et donc système *subjectiviste*) pour passer à l'analyse de la règle de droit (objective), la seule qui puisse porter le système du droit.

Car c'est dans la doctrine de la règle de droit qu'il faut chercher la solution au vrai problème du droit en général et du droit public en particulier. Qu'est-ce qui fait qu'une volonté peut être juridiquement efficace ? L'erreur du système subjectiviste

³ La puissance du nombre ne confère aucune puissance particulière à la volonté, à celle qui serait l'agrégation de volontés individuelles : « La volonté nationale n'est qu'une fiction puisque dans la réalité elle n'est, quoi qu'on fasse, que la volonté de quelques individus, et que, serait-elle une volonté unanime, elle ne serait encore que la volonté d'une somme d'individus, c'est-à-dire une volonté individuelle qui n'aurait aucun droit de s'imposer à celui qui s'insurgerait contre elle. » (Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, rééd. La Mémoire du Droit, 1999, p. xvi.)

⁴ *Traité*, t. 2, p. 38.

⁵ Voir l'importante note critique dans : Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, 2^{ème} éd., Paris, Alcan, 1920, rééd. La Mémoire du Droit, 2008, p. 10-11.

est de considérer que c'est une puissance propre de la volonté qui seule peut réaliser ce miracle. Or, pour Duguit, c'est proprement impossible et ce qui *juridifie* une déclaration de volonté, lui donne valeur et consistance juridique, ce n'est pas une propriété particulière de cette volonté qu'on pourrait exprimer en terme de puissance attachée à la qualité spécifique d'une personne particulière (fondement de tout système *subjectiviste* du droit public), mais le rapport objectif entre le contenu de la déclaration de volonté (qu'elle soit générale, particulière ou individuelle) et une règle de droit, dont on comprend qu'elle ne doit pas être dite fondée sur une volonté : « Les déclarations de volonté des gouvernants ont une valeur sociale dans la mesure où elles sont conformes à la règle sociale, *au droit objectif*, et seulement dans cette mesure⁶. »

On voit comment la méthode détermine le résultat : c'est le *réalisme* de Duguit, son positivisme sociologique, qui évacue radicalement du discours juridique, par principe, toute fiction, toute métaphore, toute abstraction, tout cela qu'il appelle « métaphysique »⁷. Et, évacuant cette métaphysique, il évacue et la « puissance » et la « personne ». Il ne lui reste donc plus qu'à transposer juridiquement le fait de l'interdépendance sociale pour remplacer, sur fond de réalité sociale, la puissance par le service public, qui devient la réalité juridiquement saisissable de la solidarité sociale, et la personne par cette unité réelle mais *impersonnelle* qu'est la solidarité, de remplacer donc le soi-disant « droit subjectif » par la notion « réaliste » de « fonction sociale »⁸.

Je veux souligner, en rappelant ces éléments structuraux de la conception de Duguit, combien ceux-ci tiennent ensemble et combien Duguit est un penseur à la fois profond et systématique, ce que, à mon avis, l'on ne considère pas suffisamment, peut-être parce que cela semble un peu contraire à l'image du juriste positiviste et sociologisant. Mais en prenant ce très court passage qui fait charnière entre le tome 1^{er} du *Traité* et la théorie générale de l'État des tomes 2 et 3, l'on voit nettement comment s'articulent logiquement tous les grands thèmes duguistes et combien puissante est sa cohérence. Il y a un *programme-Duguit* que l'on n'a peut-

⁶ *Traité*, t. 2, p. 39.

⁷ Toutes ces doctrines « ne sont qu'hypothèses et fictions, quand elles n'aboutissent pas à un cercle vicieux » : *L'État, le droit positif et la loi positive* (1901), rééd., Dalloz, 2003, p. 5 (désormais : *L'État*).

⁸ *Les transformations générales du droit privé, op. cit.*, p. 19.

être pas estimé à sa juste valeur et dont le projet est d'être à la hauteur de son époque qui est une « période critique » puisque « un système juridique d'ordre réaliste et socialiste remplace le système juridique antérieur qui était d'ordre métaphysique et individualiste »⁹, qu'un « système juridique fondé sur l'idée du droit subjectif de l'individu » se trouve progressivement supplanté par un système « fondé sur l'idée d'une règle sociale s'imposant à l'individu »¹⁰. La thèse que je défendrai ici est que, précisément, ce programme si puissant s'explique particulièrement par le rapport complexe et ambivalent – un rapport très fort d'amour-haine – que Duguit entretient avec les Allemands. Le point de départ de la thèse consiste à constater que le programme antagoniste, celui contre lequel s'emploie Duguit et qu'il appelle aussi bien métaphysique que subjectiviste, est fondamentalement un programme allemand et, de plus, le programme fondateur et dominant de la grande science du droit public moderne. Le « programme-Duguit » en est donc l'antonyme parfait. Puis j'essaierai de montrer, en confrontant ce « programme Duguit » à d'autres programmes ou à des modifications particulières du programme dominant, comment sa lecture des Allemands oblige le Doyen de Bordeaux à affiner et compléter son exposé jusqu'à en faire un système apparemment complet et parfait. Au bout du compte, une dernière confrontation entre le programme-Duguit et la question de l'épistémologie juridique telle qu'elle est posée par Georg Jellinek permettra de mettre en évidence ce que l'on peut considérer être la faille inavouée – et sans doute inavouable – de ce grand système classique, dont l'importance théorique, indépendamment de toutes circonstances commémoratives, devrait être pleinement reconsidérée. Mais avant d'organiser cet ensemble de confrontations, il faut replacer l'œuvre de Duguit dans le contexte général du rapport de la pensée française à la pensée allemande vers 1900.

2. La crise allemande du droit public français

⁹ Duguit, *Les transformations du droit public* (1913), rééd. La Mémoire du Droit, 1999, p. x-xi.

¹⁰ *Les transformations générales du droit privé, op. cit.*, p. 8-9.

Duguit et les Allemands : ce titre veut dire, tel que je l'entends, prendre d'abord la mesure de la confrontation terme à terme qu'organise Duguit contre ce programme allemand inaugural de la science moderne du droit public et dont les noms éponymes sont Carl Friedrich Gerber et Paul Laband, Otto Mayer et Georg Jellinek.

Chacun le constate à la lecture des textes de Duguit, ne serait-ce même des seuls index : les Allemands sont les principaux interlocuteurs du maître de Bordeaux. Il est aussi le meilleur de leurs interprètes français, le plus fin parmi leurs lecteurs, du moins avec Carré de Malberg – et Michoud. Joseph Barthélémy les lit, mais il n'a ni l'intérêt, ni la puissance théorique qui seraient nécessaires. Quant à Hauriou, je soupçonne qu'il ne les connaissait que très partiellement et superficiellement et, en tout cas, de seconde main toujours, par traductions interposées – or, les traductions ne sont jamais des originaux.

L'affirmation par Duguit, dans la célèbre préface du *Traité*, du « service », de la « collaboration » contre la « puissance » est particulièrement motivée par un profond anti-germanisme de surface. Il dénonce notamment, partout où il les trouve, les ferments, même inavoués de germanisme qui peuvent contaminer les doctrines françaises, même chez ceux des auteurs qui ont pourtant proclamé fortement leur refus des doctrines allemandes, et l'on pense particulièrement à Adhémar Esmein¹¹.

Mais, aux yeux du doyen de Bordeaux, une profession de foi anti-allemande ne suffit pas. Ainsi Esmein, dit Duguit, est le seul à rester « inébranlable au milieu des ruines du système », à savoir du système de la souveraineté. La « calme et forte assurance » avec laquelle il écrit que « l'État est la personnalité juridique d'une nation », qu'il est « le sujet et le support de l'autorité publique », qu'il « se confond ainsi avec la souveraineté, celle-ci étant sa qualité essentielle », cette assurance ne saurait masquer les germes germaniques qui infestent la doctrine défendue. Duguit attaque : « La même doctrine se retrouve chez beaucoup d'auteurs allemands, notamment chez M. Laband. Cependant ils appellent puissance publique (*Herrschaft*) ce que M. Esmein appelle souveraineté et réservent ce dernier mot pour désigner

¹¹ Voir la réponse d'Esmein à Combothecra qui lui reproche, précisément de n'avoir pas utilisé les ressources de la doctrine allemande : *Éléments de droit constitutionnel*, préface à la 2^e éd., 6^e éd., 1914, rep. Paris, Éd. Panthéon-Assas, p. xx sq.

certaines caractères de la puissance. » Mais il ne s'agit pas de finasser : « Ce sont là des distinctions subtiles qui n'ont rien à faire ici. Au fond la doctrine est la même. Seulement, tandis qu'elle est déterminée chez M. Esmein par une observation des faits certainement inexacte, mais assurément consciencieuse et impartiale, elle est inspirée à beaucoup de juristes allemands par l'unique désir de donner au moins en apparence une base juridique à la toute-puissance impériale¹². »

Quant à Carré de Malberg, il est décidément trop allemand pour être parfaitement honnête : Duguit fait part de son « vif regret de constater que, dans le très beau livre qu'il a publié en 1920-23 sous le titre *Contribution à la théorie générale de l'État*, M. Carré de Malberg se place au même point de vue¹³ », c'est-à-dire celui de « la doctrine métaphysique de l'État » qui fait de la puissance publique un droit subjectif ; or « tout droit subjectif est une conception d'ordre métaphysique »¹⁴. Et ici, « métaphysique » est synonyme d'« allemand ». « Carré de Malberg et moi ne parlons pas la même langue » : Duguit le dit à deux reprises dans le *Traité*¹⁵. N'est-ce pas que le Strasbourgeois parlerait l'allemand, ou un dialecte juridico-alémanique qui s'en rapprocherait jusqu'à se confondre pour une oreille étrangère ?

On sait que Duguit a poussé la rhétorique de l'affrontement très loin dans la préface à la deuxième édition du *Traité* qui date de 1920 : la grande guerre fut celle de deux idées de l'État et donc, par conséquent, de deux théories générales de l'État, de deux droits constitutionnels et le débat doctrinal auquel il participe est comme la poursuite de la Première guerre mondiale par d'autres moyens :

On a dit très justement que la guerre qui vient de finir a été, non pas vraiment le choc de deux groupes de nations, mais bien plutôt le choc de deux idées. Elle a été la lutte de l'idée de l'État puissance commandante contre l'idée de l'État collaboration des membres d'un même groupe national, travaillant ensemble à la réalisation de la justice et du mieux-être. L'idée de l'État puissance, affirmée par tous les publicistes et tous les juristes allemands, s'est heurtée à l'idée de l'État collaboration, dont la France est l'initiatrice et qui a vaincu au bord de la Marne et dans les ravins de Verdun¹⁶.

¹² Duguit, *Les transformations du droit public* (1913), rééd. La Mémoire du Droit, 1999, p. 37.

¹³ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., tome premier, Paris, De Boccard, 1927, p. 641.

¹⁴ *Ibid.*, p. 618.

¹⁵ *Ibid.*, p. 159, p. 450.

¹⁶ *Traité*, t. 1, p. XI-XII.

1918 conclut ce que l'on peut appeler une « crise allemande de la pensée française ». On emprunte cette expression à l'historien de la littérature et des idées Claude Digeon dont la thèse analyse ce rapport difficile que l'intelligentsia française entretint avec la pensée allemande après la défaite de 1870 et jusqu'à la Première guerre mondiale¹⁷, période de formation du système duguiste. Son rapport critique aux Allemands, Duguët l'a exposé comme suit :

Il n'est pas douteux que, sauf de très rares exceptions, les juristes publicistes allemands, en édifiant leurs théories, souvent ingénieuses, ont été avant tout déterminés par le désir de fonder sur des bases d'apparence juridique la souveraineté illimitée de l'État, l'absolutisme des gouvernants à l'intérieur et la politique de conquête à l'extérieur. Il est indispensable de dénoncer cette tendance, et personnellement je devais répondre aux critiques peu avertis qui m'ont reproché avant la guerre de m'inspirer des doctrines allemandes, quand, au contraire, depuis que j'écris, mon effort constant a été de les combattre. Mais d'autre part, il ne faut pas méconnaître que plusieurs jurisconsultes allemands de ces quarante dernières années ont été de puissants esprits, et qu'ils ont procédé à des analyses, ouvert des aperçus, édifié des théories qu'il n'est pas permis d'ignorer. Gierke, Ihering, Jellinek, pour ne citer que ceux-là, sont des jurisconsultes éminents, et quelles que soient les arrière-pensées qui les ont dirigés, il n'est pas possible de négliger leurs écrits. Je les ai mis à contribution, pour les approuver quelquefois, le plus souvent pour les critiquer ; quiconque écrit sur le droit public doit en faire état¹⁸.

Partout, l'on sent en France, vers 1900 la nécessité de ne pas se soumettre intellectuellement à l'emprise allemande, en même temps que la science et l'Université allemandes fascinent : la défaite de 1870 est souvent analysée comme le résultat de l'infériorité du système français de formation des élites par rapport à l'Université allemande. D'où l'École libre des sciences politiques, d'où la grande réforme universitaire qui occupe tant les années 1880-1890. D'où ces efforts, chez les juristes notamment, pour contester les doctrines et la science allemandes.

Effort d'autant plus nécessaire que l'on voit, à partir de 1900, ce programme allemand d'une science du droit public, d'un *Staatsrecht* désormais flanqué d'un droit administratif systématisé par Otto Mayer – il en fait la *partie générale*¹⁹ sur les bases méthodiques fixées par Laband et qui viennent essentiellement de la grande science allemande du droit civil, du pandectisme²⁰ – ce programme devient largement dominant dans l'Europe continentale. Il y a, entre 1880 et 1914 environ, un

¹⁷ Claude Digeon, *La crise allemande de la pensée française 1870-1914*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1992.

¹⁸ *Traité*, t. 1, p. XII sq.

¹⁹ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, Munich, C.H. Beck, 1992, p. 403 sq.

²⁰ Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 205 sq.

mouvement très puissant de réception européenne du droit public allemand : en Italie (Orlando), en Autriche (Bernatzik, Tezner), en Hongrie (Ernö Nagy), aux Pays-Bas (Johann Theodor Buys), en Suisse (Fleiner, Burckhardt), dans les pays scandinaves (Reuterskiöld en Suède), en Grèce (Saripolos), partout ou presque s'installe un modèle allemand du droit public.

Au moment où le droit constitutionnel devient en France une discipline ordinaire des Facultés de droit – après un violent conflit opposant les Facultés à l'École libre, Bufnoir à Boutmy – et où le droit administratif change de dimension, l'on voit la doctrine française attaquer par tous les moyens ce droit public allemand. Deslandres traduit le sentiment le plus répandu : les Allemands réduisent la science politique à son pur traitement juridique, d'où il résulte qu'un régime politique ne serait rien autre qu'un système juridique, un ensemble ordonné de « rapports de droit »²¹. Cette réduction juridique du politique passe par la réduction de l'État à sa qualité de *personne juridique*. Mais cette situation de la *science politique* allemande est déterminée par les conditions politiques effectives. Un État autoritaire, qui est comme paralysé par une puissance absolue, ne constitue pas un environnement favorable pour le développement d'une véritable science politique²². Le parlementarisme, qui est au contraire « le régime politique par excellence de l'État constitutionnel moderne », offre des conditions beaucoup plus adéquates à un tel développement. Or l'Allemagne lui a tourné le dos au profit d'un « semi-absolutisme ». Le parlementarisme serait « par essence » politique, quand l'absolutisme ou le « semi-absolutisme » serait de nature purement juridique²³. D'où l'exclusivisme de la méthode juridique dans les sciences de l'État en Allemagne.

On le sait Esmein avait, en 1896, disqualifié la doctrine allemande dans sa capacité à contribuer à la formation d'un droit constitutionnel moderne, la Constitution allemande n'ayant pas « la liberté politique pour objet direct »²⁴. Et Joseph Barthélémy, dans une recension des *Éléments* d'Esmein, s'attache à montrer la supériorité de l'approche française :

²¹ Maurice Deslandres, La crise de la science politique, *Revue du droit public*, t. 13, 1900, p. 439.

²² *Ibid.*, p. 450.

²³ *Ibid.*, p. 466 ff.

²⁴ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. XXIV.

Celui qui n'est que juriste s'efforcera tout d'abord de poser le principe premier auquel il pourra attacher ses déductions logiques ; les légistes allemands du droit public s'emparent ainsi d'un postulat sur l'État, sur le *Herrscher*, sur le souverain, et travaillent, dans des constructions dont l'ingéniosité séduit, à grouper tout autour l'ensemble de leurs développements. Pour l'historien, les idées et les principes ne sont que des produits ; des produits naturels, inévitables, fatals de l'évolution de la conscience générale de l'humanité ; ils s'offrent à lui comme des organismes vivants au naturaliste ; il en recherche l'origine, en décrit la formation, en expose le développement (...) [Il a] très heureusement combiné les avantages de la méthode juridique avec ceux de la méthode historique²⁵.

Cette réduction juridique du politique, à quoi l'on réduit la doctrine allemande, correspondrait pleinement à la nature politique d'un système qui serait, radicalement, apolitique. À l'immobilisme politique du Deuxième *Reich* correspond la méthode logico-déductive d'un Laband. Celle-ci se fonde sur l'idée d'après laquelle des concepts et principes juridiques supérieurs, abstraits et *immuables* précèderaient les institutions positives. Le conceptualisme juridique (*Begriffsjurisprudenz*) serait la méthode exclusive de la science juridique allemande en général et de la science allemande du droit public en particulier²⁶.

Il est bien évident que Duguit s'insère dans ce contexte d'une affirmation de l'originalité française dans le droit public. Je ne veux pas ici évaluer les succès obtenus par la doctrine publiciste française. Il exista à la *London School of Economics*, fondée par la *Fabian Society*, une importante réception de Duguit, de sa doctrine du service public et de sa défense du « syndicalisme » – réformiste et non pas révolutionnaire²⁷ – une réception dont la voix principale fut celle d'Harold J. Laski, qui compare l'importance de l'œuvre de Duguit à celle de l'*Esprit des lois* de Montesquieu en tant qu'il rompt avec cette manière des juristes traditionnels de « penser en termes de conséquences techniques à partir de préconceptions non vérifiées » : « Les juristes avaient oublié que leur science était une science sociale et que ces principes devaient être rigoureusement enracinés dans les faits économiques et sociaux les concernant. À force d'avoir négligé le changement

²⁵ *Revue du droit public* 1910, p. 185. Plus loin (p. 187), Barthélémy constate que l'ouvrage d'Esmein « s'apparente plutôt à la science anglaise qu'à l'allemande ».

²⁶ La *Théorie générale de l'État* de Jellinek, qui paraissait en 1900 précisément, ne pouvait sans doute pas déjà être prise en compte par Deslandres. Il est malgré tout excessif de réduire toute la science allemande du droit public à Laband.

²⁷ Voir notamment: Duguit, *Souveraineté et liberté* (1921), rep. Paris, La Mémoire du Droit, 2002, p. 171 sq.

économique et social, ils ont rendu leurs constructions tout à fait étrangères à la vie même. Il fallait une nouvelle science du droit pour un monde nouveau²⁸. »

J'ai voulu rappeler ici que le programme Duguit, aussi cohérent et puissant soit-il, pris en lui-même, doit aussi se comprendre à partir d'un contexte général dont j'ai esquissé quelques traits. Or, dans ce contexte, l'ennemi principal est, me semble-t-il, cela que Duguit, avec une large partie des publicistes français, identifie comme un programme allemand, un programme d'autant plus dangereux, qu'il est allemand.

3. Le « programme Duguit » contre le « programme Gerber-Laband »

Ce programme allemand ou, plus exactement, ce qu'on peut appeler le « programme Gerber-Laband » d'une science véritable du droit public, on ne peut bien sûr le réduire à la version polémique qu'en présente Duguit. Le pivot du droit public est certes la *Herrschaft*, la *domination*. Toute science juridique, pour une large partie de la doctrine allemande, a pour objet des rapports de droit, des relations entre personnes gouvernées par le droit qui mettent en jeu, à chaque fois, un complexe de positions et d'actions que l'analyse juridique doit démêler, analyser pour les déterminer dans l'ordre qu'impose un système juridique donné. La spécificité du droit public tient à ce que dans les rapports de droit qui forment son objet, il y a un élément que n'admet pas le droit privé, celui de la puissance, de la *domination*. Le problème fondamental de tout droit public est donc : comment concevoir un rapport de domination comme un rapport de droit ? L'apport décisif de Gerber²⁹, qui pose le premier dans toute sa radicalité cette question, consiste en ceci, qu'il faut concevoir l'instance dominante comme une personne afin de pouvoir lui imputer, juridiquement,

²⁸ Voir : H.J. Laski, « M. Duguit's Conception of the State », I. Jennings (dir.), *Modern Theories of Law*, London, Oxford University Press, 1933, p. 52 sq. En français dans *Archives de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, 1-2, 1932.

²⁹ Pour éviter la multiplication des notes, je me bornerai à renvoyer à mon ouvrage *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 187 sq. et aux références citées. Le livre décisif de Geber, qui fixe durablement les principes du nouveau droit public, est *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* dont la première édition date de 1865. La première édition du premier volume du monumental *Droit public de l'Empire allemand (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches)* de Laband paraîtra en 1876.

des droits et des actes de domination. C'est donc bien une volonté particulière qui est à l'œuvre dans le rapport de droit public : une volonté de domination. Le droit en général est un « système de possibilités de la volonté » ; la domination est le critère distinctif du droit public et elle marque donc l'autonomie du droit public par rapport au droit privé. Gerber a appris de son maître, Puchta, que s'il y a *de fait* de la domination dans les relations privées, le droit précisément l'efface par abstraction. L'inégalité *de fait* est subsumée sous l'égalité *en droit*³⁰. Gerber recueille, comme son trésor le plus précieux, cette vision du droit qui implique nécessairement l'abstraction, le *formalisme*. Son coup de force, dont Laband sera l'héritier direct, consiste précisément à envisager si, par une formalisation parallèle, un *droit public* est pensable. Mais il faut que ce soit un droit qui, *en lui*, conserve ce moment de la domination, à défaut de quoi il n'y aurait pas de droit *public* concevable, mais soit une pure analyse « naturelle » comme il dit – traduisons : une science sociale du politique et de l'administration, une sociologie de de la domination, pour le dire en termes modernes – soit un droit privé étendu, un système de *common law*. *Formaliser juridiquement la domination*, la faire entrer dans les catégories du droit, tel est l'enjeu. Personnalité de l'État, puissance publique (émanation d'une souveraineté qui n'appartient qu'à l'État), l'acte de puissance publique comme déclaration d'une volonté dont le principe est de dominer : tels sont les éléments constitutifs de ce droit public nouveau qu'il s'agit de construire. De ces principes, il résultera, plus tard, pour en donner un exemple particulièrement significatif, cette thèse d'Otto Mayer, qui applique au droit administratif cette doctrine, selon laquelle tout acte public est par essence unilatéral et que le « contrat de droit public », parce qu'il suppose l'égalité des parties (à défaut de quoi on ne saurait parler de « contrat »), est juridiquement inconstructible³¹.

La faille ou l'aporie de la construction, réduite à son noyau essentiel, est la suivante : s'il n'y a de volonté qui vaille, dans la sphère régie par le droit public, qu'une volonté de domination, alors la volonté de la personne soumise à cette domination ne vaut rien. Celle-ci n'est pas un *sujet* de droits publics. Gerber définit

³⁰ Voir l'*Encyclopédie* de Puchta, dont j'ai donné une traduction partielle dans : *L'esprit de l'école historique du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n° 7, 2004.

³¹ Otto Mayer, « Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge », *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 3, 1888, p. 3 sq.

juridiquement l'*Untertan*, l'assujetti à la puissance étatique, comme l'*objet* d'un droit de domination. Or, feront remarquer Hermann Schulze³² puis Jellinek³³, comment penser un rapport de droit, traditionnellement vu, depuis Savigny³⁴, comme un système plus ou moins complexe de tensions et d'oppositions entre positions juridiques subjectives, là où il n'y a qu'un seul *sujet* de droits ? Comment construire un système du droit public dans lequel il n'y a place que pour une seule personne qui ne ferait face qu'à des objets ? Il n'y a de droit, même public, pensable que s'il y a société et donc interactions entre de sujets. Il faut pour penser un droit public, reconnaître et construire la catégorie des droits publics subjectifs, ce à quoi s'emploie Jellinek dans son *Système des droits publics subjectifs* de 1892, ce que, pour des motifs politiques évidents, ne peuvent faire ni Gerber, ni Laband.

Il est clair que le « programme Duguit » constitue une manière, somme toute géniale, non pas seulement de récuser le droit public autoritaire de Gerber et Laband, mais aussi de refuser d'entrer dans ce *problème allemand* en révoquant en doute les prémisses mêmes de la discussion³⁵. La doctrine de la *règle de droit* déplace la question du droit public en lui faisant abandonner le paradigme du *rapport de droit* qui, depuis Savigny, formait comme l'horizon indépassable de la pensée juridique allemande. Pour penser juridiquement une situation ou une relation, penser une situation ou un rapport *juridiques*, il faut sans doute appliquer à la réalité une catégorie normative fondamentale. Appliquer celle des droits subjectifs, à laquelle s'oppose absolument celle de la règle de droit objective, c'est supposer, explicitement ou non, que le fondement ultime du droit est dans une qualité propre de l'individu ou, plus particulièrement, de sa volonté (le droit comme système de possibilités de la volonté), c'est – qu'on se l'avoue ou non – renouer avec

³² « Über Prinzip, Methode und System des deutschen Staatsrechts », *Aegidi's Zeitschrift* 1867, p. 424 sq.

³³ *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1^{ère} éd., 1892), 2^e éd., Fribourg-en-Brigau, Mohr (Siebeck), 1905, p. 10.

³⁴ Capital, le § 4 (« Rechtsverhältnis ») du *Traité de droit romain (System des heutigen römischen Rechts*, t. 1, Berlin, Veit, 1840, p. 6.

³⁵ Car, même si elle s'efforce de prendre congé de la doctrine patrimoniale du pouvoir, la doctrine allemande reste marquée par les concepts du droit public d'Ancien régime : *dominatio* est précisément le nom *propre* de la « seigneurie publique » et penser la *dominatio* sous la catégorie du droit *subjectif* n'est qu'une modification relative et non une rupture substantielle avec l'idée selon laquelle la seigneurie est « puissance en propriété ». Voir l'analyse généalogique de l'idée de puissance publique que fait Duguit au chapitre 1 des *Transformations du droit public (op. cit.)*, et notamment les citations qu'il tire du *Traité des seigneuries* de Loyseau (p. 8).

« l'affirmation que l'homme parce qu'il est homme, pris isolément et en soi, séparé des autres hommes, à l'état de nature, suivant l'expression du XVIII^e siècle, est titulaire de certains droits propres à sa nature d'homme ». Car, puisque l'on a vu que le droit subjectif ne pouvait se définir autrement que par le pouvoir de la volonté, sa source ultime est donc une volonté et cette volonté, comme volonté du sujet, ne peut être pensée que comme telle, c'est-à-dire isolément, séparément, comme volonté individuelle séparée. On est donc conduit à renouer nécessairement – même quand on le nie farouchement en se déclarant « positiviste » – avec la métaphysique du droit naturel moderne qui n'a d'autre valeur que celle d'une métaphysique, c'est-à-dire aucune : cette affirmation, dit Duguit, est « purement gratuite »³⁶. Parce que la « doctrine individualiste », les systèmes « subjectivistes » reposent nécessairement, *ultima ratio*, sur une telle métaphysique récusée par le positivisme sociologique de Duguit, son programme ne saurait être de chercher à résoudre les problèmes rencontrés par les Allemands dans leur construction d'un droit public subjectiviste, mais d'en sortir radicalement : c'est pourquoi Duguit marque de la façon la plus radicale l'incompatibilité et l'antagonisme entre ce que devrait être une doctrine française – la sienne – et ce que sont les doctrines allemandes, même lorsqu'elles sont professées par des Français en opposant objectivisme et subjectivisme. Au fond, subjectivisme ne veut pas dire autre chose qu'allemand.

4. « Réalisme » duguiste contre « réalisme » allemand

Bien sûr tous les Allemands ne se ramènent pas au « programme Gerber-Laband ». Mais tous ont semble-t-il un problème avec la *Herrschaft*. Ainsi de Max von Seydel (1846-1901), un juriste bavarois singulier mais important. Dans ses *Grünzüge einer allgemeinen Staatslehre* de 1873 – soit un an seulement après la parution du très célèbre opuscule de Jhering, *La lutte pour le droit* qui est aussi une lutte contre la conception dominante du droit, héritée de l'École historique³⁷ – Seydel

³⁶ Toutes les citations : *Traité*, t. 1, p. 208-209.

³⁷ Je me permets de renvoyer à la présentation que j'ai faite de cet ouvrage : « Jhering ou l'amour du droit », dans Rudolf von Jhering, *La lutte pour le droit*, trad. de Meulenaere, rééd. Dalloz, 2006.

part au combat contre la doctrine dominante du droit public au nom d'une « conception réaliste »³⁸ qui est censée lui donner les moyens de détruire tous ces montages « fantomatiques » – lui aussi, comme Duguit, voit des « fantôme » métaphysiques partout – de la personnalité de l'État et de sa théorie de l'organe. Duguit dit accepter « entièrement toute la partie négative de la doctrine de Seydel » et en indique la raison : les deux auteurs, marqués par le positivisme scientifique de leur époque, ne peuvent faire de place qu'aux « faits », quand la personnalité de l'État n'est qu'une « une image, une fiction, et qu'on ne peut pas bâtir un système de droit sur un fondement aussi fragile »³⁹. Mais il rejette tout le côté positif, constructif de la théorie.

Ce côté positif est évidemment politiquement inacceptable pour Duguit, puisque, dans le réalisme d'un Seydel – ou celui du prussien Bonrhak – le point d'arrivée est non pas, comme chez Laband, une puissance de domination médiatisée par toutes les fictions de la personne juridique et la théorie de l'organe d'État, qui impose à la construction juridique de la puissance publique un haut degré d'abstraction, mais une doctrine du *Herrscher*, du « dominant » ou du gouvernant concentrant en lui immédiatement et de façon permanente toute la puissance de l'État. Le droit public ne construit pas les *fondations* de cette puissance, mais le simple *cadre d'exercice* d'une puissance initiale et, en elle-même, illimitée.

Cela vient de ce que le point de départ de cette vision des choses – on n'ose pas dire « système », même si Seydel développe son propos avec une forte cohérence et un vrai souci de juriste – réside dans le pur fait de la domination et de la détention personnelle de la puissance de domination par un gouvernant, un *Herrscher*, un monarque. On connaît généralement la conséquence qu'en tire Seydel quant à l'analyse du Deuxième *Reich*, à savoir le refus de la forme « fédérale » et la reviviscence, sur le sol allemand, des thèses calhouniennes. Mais il en résulte également ce que Duguit reproche fondamentalement à Seydel, à savoir la restauration d'une conception patrimoniale de l'État dont la ligne Gerber-Laband avait cherché, précisément, à débarrasser le droit public allemand en faisant de la

³⁸ *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873, p. v. Voir : Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, *op. cit.*, not. p. 435 sq.

³⁹ Duguit, *Traité*, t. 1, p. 602.

Herrschaft une notion juridique abstraite et non l'attribut réel ou factuel, immédiat, du ou des gouvernants.

Cette confrontation entre Duguit et Seydel permet, me semble-t-il, de mettre l'accent sur ce point fondamental de la doctrine du doyen bordelais : aussi « réaliste » et « sociologue » fût-il, il n'abandonne pas – pas du tout ! – la question du fondement *juridique* de l'État et du droit et ne déduit pas, sans médiation, du fait social au droit. La médiation nécessaire tient précisément dans la doctrine de la « règle de droit », du droit « objectif ». Une telle médiation est complètement absente chez les réalistes allemands. L'opposition de Duguit à Seydel n'est donc pas seulement de caractère politique – elle l'est aussi, bien sûr ! – mais également de nature méthodologique ou épistémologique. Il faut bien découvrir et isoler un *fait social* particulier et fondamental qui permette de délimiter et analyser une *fonction sociale* spécifique qu'on puisse appeler le droit et qui autorise à considérer la domination comme un phénomène aussi juridique et à penser, donc, un droit public.

Ce fait social « juridique » fondamental est la « règle de droit ». La règle de droit est l'émanation du fait d'existence de la société. « Si l'on admet, écrit Duguit, que la loi biologique est fondée sur le fait que constitue cet organisme [i.e. l'organisme vivant], on ne voit pas pourquoi la norme sociale ne serait pas elle aussi fondée sur le fait qu'est la société⁴⁰. » Or, la norme sociale est la notion générale sous laquelle Duguit regroupe tous les phénomènes normatifs. Ceux-ci sont divers mais se ramènent en dernière analyse à l'idée de norme sociale : « La norme est une par son fondement [i.e. le fait d'existence de la société], par son caractère général [norme sociale, elle doit être commune] et par son objet [développer l'« interdépendance sociale »] ; mais elle est complexe et diverse par l'intensité de la réaction sociale que produit sa violation. » D'où les trois espèces de normes du genre « norme sociale » : « La norme sociale, dans son ensemble, comprend les normes économiques, les normes morales et les normes juridiques⁴¹. »

La norme juridique ne se distingue pas des deux autres espèces par un contenu spécifique : « Toute norme juridique est ou morale ou économique ; mais toute norme morale ou économique n'est pas nécessairement juridique » : « Il faut

⁴⁰ *Traité*, t. 1, p. 79.

⁴¹ Les deux citations dans : *Traité*, t. 1, p. 89.

donc déterminer le moment où la norme économique ou morale devient juridique⁴². » Or, dans l'inspiration comtienne du positivisme duguiste, il n'y a aucune instance transcendante qui puisse dicter ce départ : « Seul un élément social naturel peut faire d'une norme économique ou morale une norme juridique et il appartient au sociologue de le déterminer par l'observation⁴³. » La solution est, on le sait, que la violation des normes économiques ou morales ne provoque dans le groupe qu'une réaction diffuse, quand la violation d'une norme proprement juridique, à raison de son caractère d'importance, suscite une réaction « socialement organisée », une organisation sociale de la sanction que perfectionne la « différenciation politique », c'est-à-dire la distinction des gouvernants et des gouvernés⁴⁴.

Il fallait rappeler à grand trait cette construction duguiste de la règle de droit puisqu'on y voit précisément l'ensemble des médiations nécessaires à la construction sociale de la norme juridique, des médiations que, justement, un Seydel, comme un Bornhak, les principaux réalistes allemands donc, ne pensent ni ne réfléchissent. La différence entre leur réalisme et celui du Duguit tient, on le voit nettement, à ce que, chez les Allemands, « réalisme » n'est qu'un slogan sans épistémologie, à ce qu'il leur manque un savoir sociologique que Duguit fait ici fructifier pour échapper à l'aporie intellectuelle et à l'impasse politique du *Herrscher*. Car la théorie sociologique de la règle de droit, parce que son fondement est *social* et non pas *étatique*, permet précisément de comprendre pourquoi et comment la règle de droit n'est pas un commandement des gouvernants au gouvernés, mais une règle commune à tous, gouvernants *et* gouvernés.

Elle permet aussi de comprendre pourquoi le service public peut et doit se substituer à la domination comme *criterium* du droit public. La définition est célèbre.

Est « service public » :

Toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante⁴⁵.

⁴² *Traité*, t. 1, p. 92.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Traité*, t. 1, p. 94 sq.

⁴⁵ *Ibid.*, S. 61.

Parce que l'activité de service public est « indispensable », elle suppose, dans la société complexe où gouvernants et gouvernés sont distingués, l'intervention des premiers dont la « volonté » n'est pas le *fondement* du service, mais sa *garantie* seulement : dans la société moderne, différenciée, l'organisation sociale de la sanction – qui fait de la norme sociale une règle *de droit* – repose sur l'intervention du groupe social spécifique que forment les gouvernants⁴⁶. Un service public n'est donc que la concrétisation complexe d'une norme qui est règle de droit dans la mesure où les gouvernants prennent en charge tout le système des sanctions. Le service public est donc un phénomène *juridique* et, en tant qu'il est la condition première de l'interdépendance sociale, il est, du point de vue du juriste sociologue, au fondement même du droit, en tout cas du droit public.

5. « Objectivisme » duguiste contre « objectivisme » kelsénien

Mais il reste une question que ne résout pas le propos précédent et auquel Duguit prend soin de répondre, parce qu'il sait qu'il *doit* y répondre. Cette réponse, il l'apporte dans la confrontation qu'il organise entre sa propre doctrine et celle d'un autre « Allemand », Hans Kelsen. Bien sûr, Kelsen est « autrichien », mais il n'est pas complètement abusif de le considérer *aussi* comme un Allemand car il appartient pleinement, dans les années 1920, à la discussion allemande et est membre de la toute nouvelle « Association des professeurs allemands de droit public » créée en 1922 par Heinrich Triepel. Il deviendra professeur à l'Université de Cologne en 1930. On sait par ailleurs que la proximité entre Kelsen et Duguit fut suffisante pour que tous deux, avec Frantizek Weyr, fondent, en 1926, la *Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, une revue que poursuit aujourd'hui *Droit et*

⁴⁶ « Ceux qui en fait, écrit Duguit dans *Les transformations du droit public*, détiennent le pouvoir n'ont point un droit subjectif de puissance publique ; mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics, à en assurer et à en contrôler le fonctionnement. Les actes qu'ils font ne s'imposent et n'ont de valeur juridique que s'ils tendent à ce but. » (*op. cit.*, p. XVIII.)

société. Duguit consacre un long paragraphe de 23 pages à Kelsen, au tome premier du *Traité de droit constitutionnel*⁴⁷.

Sur deux points essentiels, Duguit peut se sentir proche de Kelsen. Lorsque ce dernier, dans *Der juristische und der soziologische Staatsbegriff* de 1922, réclame que « la théorie de l'État cesse d'être une théologie de l'État », le « comtien » Duguit ne peut qu'applaudir : avec la théologie, c'est toute la métaphysique allemande qui doit passer à la trappe. Mais surtout, c'est le démontage de la catégorie du droit subjectif qui les réunit. Le fondement de l'obligation juridique ne saurait se trouver dans une volonté subjective. Le fondement de la validité d'un contrat n'est pas dans l'autonomie de la volonté des parties, mais dans la règle objective qui confère à l'accord des volontés sa valeur obligatoire⁴⁸. Les volontés sont certes habilitées à *aménager* la relation, mais elles ne le sont pas par elles-mêmes : elles le sont par les conditions normatives du droit objectif. Duguit approuve Kelsen lorsque celui-ci écrit : « Au droit comme objet on oppose le droit comme sujet ; c'est également une pure image de miroir. » Le prétendu « droit subjectif » n'est que le « reflet », le « réflexe » du droit objectif : *Reflexwirkungen*, c'est ainsi que Gerber ou Laband caractérisaient les « prétendus droits populaires »⁴⁹. Cette critique commune suppose en vérité de s'en tenir à la définition traditionnelle du droit subjectif comme pouvoir de la volonté, définition propagée par Puchta et la plus grande partie des Pandectistes allemands (Windscheid notamment). Mais Duguit montre, comme on l'a vu, que la principale définition concurrente, l'« intérêt juridiquement protégé » proposé par Jhering, ne peut en vérité se concevoir sans le pouvoir de la volonté.

Toutefois, la divergence entre le Bordelais et le Viennois est clairement soulignée par premier :

La critique la plus grave à mon avis que les doctrines de l'éminent professeur doivent rencontrer, c'est qu'elles apparaissent comme une construction de pure logique formelle, que la séparation du *Sein* et du *Sollen*, sur laquelle le système est tout entier construit, est sans doute logiquement exacte, mais qu'il n'est pas vrai de dire que le droit appartient exclusivement au monde du *Sollen*.

⁴⁷ *Traité*, t. 1, p. 42-65. Sauf indication contraire, toutes les citations qui suivent, de Duguit et de Kelsen, sont tirées de ce paragraphe.

⁴⁸ Voir : Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 1940, p. 47 sq.

⁴⁹ Olivier Jouanjan, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle », *Droits*, n° 28, 1998, p. 66 sq.

Évidemment, le « positivisme » de Kelsen, qui est un positivisme de la *science des normes juridiques*, n'est pas un positivisme sociologique et il est à peine besoin d'insister sur ce point. De ce fait, en congédiant la question du fondement réel du droit – et c'est la fonction, me semble-t-il de la « norme fondamentale » dans le système kelsénien – hors du champ de la science juridique, Kelsen évacue en même temps toute prétention de la sociologie à expliquer le « fondement de validité » du droit. Les chemins se séparent.

Mais à cet endroit, toutefois, Duguit, concède un point à Kelsen. Il le répète un peu plus bas : ce qu'il refuse c'est « qu'on place l'ordonnement juridique en dehors de la vie réelle, en dehors du *Sein* » – je ne veux pas ici critiquer cette critique duguiste qui ne voit pas que ce n'est précisément pas le propos de Kelsen, qui ne saisit pas certaines subtilités du discours kelsénien. Il est plus important pour le présent propos de constater la concession que fait Duguit à Kelsen : « Qu'on oppose le concept de l'être et celui du devoir, le concept du *Sein* et du *Sollen*, fort bien ».

Alors, il faut bien que Duguit marque la séparation entre la loi de nature et la norme sociale, la première étant de *Sein* et la seconde, de *Sollen*. Parce que la règle objective provient d'un fait social qui en est le fondement de validité, il faut montrer que le *fait* social se distingue essentiellement du fait de nature et qu'en conséquence il y a une différence essentielle entre la norme sociale et la loi de nature. Cette différence – parce que la question ne lui échappe pas – il la souligne au début du paragraphe consacré à la « norme sociale » qui, précisément, suit immédiatement, le propos sur Kelsen :

La loi à laquelle est soumis l'homme membre d'une société n'est pas une loi de cause. Si l'on appelle faits sociaux tous les actes de l'homme entrant en relation avec ses semblables, on doit dire que tous les faits sociaux sont des faits volontaires, c'est-à-dire des faits produits par l'activité consciente de l'homme poursuivant un certain but. En cela réside la différence fondamentale entre les faits sociaux et les faits physiques (...) et cela montre qu'aucune assimilation ne peut être établie entre les lois du monde physique et du monde vivant d'une part, et les lois sociales d'autre part⁵⁰.

Si la méthode sociologique, conformément à la première règle posée par Durkheim, consiste à « considérer les faits sociaux *comme* des choses »⁵¹, il faut

⁵⁰ *Traité*, t. 1, p. 68.

⁵¹ Durkheim, *Règles*, p. 15.

précisément donner tout son sens au mot « comme » : cette *méthode* n'efface pas la *différence ontologique* entre nature et société, entre chose et action. Elle permet de saisir seulement que les faits sociaux, s'ils peuvent être rapportés à la volonté comme à leur origine, s'autonomisent de celle-ci et s'objectivent pour fonctionner en retour sur les volontés non pas comme des causes, mais comme des normes (objectives) et que donc, prises dans leur fonction de norme, elles sont, par rapport à la volonté, comme des choses, des données objectives, c'est-à-dire indépendantes des volontés.

Cette construction sociologique de la norme sociale, qui récuse toute réduction *organiciste* de type biologique (assimilation de la société humaine à une société d'abeilles plus perfectionnée) contre laquelle la sociologie nouvelle doit précisément lutter pour s'affirmer dans son autonomie disciplinaire, permet à Duguit d'échapper à la critique logique de confusion des plans du *Sein* et du *Sollen*, en même temps que de « replacer l'ordonnement juridique » *dans* la « vie réelle » et de penser donc avec Kelsen *contre* Kelsen. Elle explique aussi l'importance qu'accordera Duguit, aux éléments que forment le « motif déterminant »⁵² et le « but » dans son analyse de l'acte juridique.

Or, Duguit estime apporter, avec sa propre doctrine de la règle de droit, une solution à un problème que, selon lui, Kelsen ne peut résoudre, et il considère ainsi faire la démonstration de la supériorité de sa propre théorie :

Si l'on identifie l'État et le droit [ce que récuse justement la théorie de la production *sociale* des normes], comme le fait Kelsen, il paraît bien difficile d'établir une limitation de l'État par le droit et en effet je n'en ai pas trouvé trace dans l'œuvre considérable de Kelsen.

C'est pourquoi la doctrine duguiste de la règle de droit, au-delà d'un « objectivisme » largement partagé, permet, en évitant le piège du « panthéisme juridique », de construire positivement un droit public où, sous la même règle commune, s'organisent les rapports entre gouvernants et gouvernés. Car le « pantéisme juridique de Kelsen » apparaît bien, aux yeux de Duguit, comme « la

⁵² L'expression apparaît – et ce n'est pas anodin – dans cette analyse de la norme sociale : *Traité*, t. 1, p. 66.

négarion même du droit public »⁵³ : à réduire le droit au droit, on ne voit plus le *fait* de la domination et la nécessité de penser la limitation par le droit.

6. La question sociologique : Duguit-Durkheim contre Jellinek-Weber

Sur le concept juridique et le concept sociologique de l'État : l'ouvrage de Kelsen auquel se réfère largement Duguit dans tout le passage ici commenté avait pour cible principale l'*Allgemeine Staatslehre* de Jellinek, c'est-à-dire l'ouvrage connu en français sous le titre *L'État moderne et son droit*. La structure fondamentale de l'ouvrage, en effet, distingue une « théorie sociale » et une « théorie juridique » de l'État. La théorie sociale de l'État est élaborée dans le contexte du développement de la sociologie allemande et il suffit de citer le nom de Max Weber pour situer le projet : Jellinek était proche de Weber et avait aussi, d'ailleurs, des liens assez forts, intellectuels et personnels, avec l'autre grand sociologue allemand de l'époque, Georg Simmel.

Contrairement à ce qui est souvent affirmé, Jellinek s'est efforcé de penser le lien, le passage de la théorie sociale à la théorie juridique de l'État et du droit public. On le voit si l'on fait une lecture attentive, notamment, du dernier chapitre de la partie consacrée à la théorie sociale, et intitulé « L'État et le droit ». Il y avait là, à mon avis, des possibilités importantes de rapprochement entre Jellinek et Duguit.

Le fondement de validité du droit n'est pas, chez Jellinek comme chez Duguit, dans la sanction de l'État : celui-ci dispose du monopole de la violence légitime, mais pas de celui de la production du droit. Il n'y a de droit valide que celui qui agit avec force motivante sur les destinataires de la règle. La théorie dite de la « reconnaissance », qui s'oppose classiquement dans la doctrine à celle de la sanction ou de la « contrainte », prend chez Jellinek un tour social. La force du droit réside dans la conscience collective, une conscience qui n'est pas vue comme un « tout organique » et qui échappe à toute réduction biologique, mais qui est

⁵³ *Traité*, t. 1, p. 64-65, pour les deux citations.

considérée comme un système d'interactions sociales. C'est pourquoi la vie du droit, la production de ses contenus effectifs, échappe toujours dans d'importantes proportions à l'emprise de l'État. Jellinek a porté une attention particulière aux phénomènes de « mutation constitutionnelle », c'est-à-dire de changement des contenus constitutionnels non accompagnés de révisions formelles mais produit par le mouvement informel des forces sociales productives du droit. C'est, chez Jellinek aussi, dans le système social des garanties de la règle qu'il faut chercher le critérium de distinction entre les règles morales et les règles juridiques. Bref, pour Jellinek autant que pour Duguit, une théorie sociale de l'État et du droit est indispensable à toute théorie juridique.

Et pourtant, Jellinek – lui aussi un autrichien d'origine – sera constamment, parmi les « Allemands », la cible privilégiée de Duguit. On doit lire la première contribution d'ampleur que Duguit donne au droit public, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, comme le démontage systématique des positions de Jellinek, sinon de *L'État moderne et son droit* qui vient alors juste de paraître et que Duguit n'a encore que survolé⁵⁴, du moins des ouvrages majeurs que sont *Gesetz und Verordnung* et, surtout, *System des subjektiven öffentlichen Rechte* : l'« idée qui a inspiré ce livre », dit Duguit en conclusion, est « surtout négative »⁵⁵, or, ce qu'il s'agit de nier, c'est justement toute la construction qui aboutit à considérer que « le droit public n'aurait (...) d'autre fondement que l'auto-limitation de l'État »⁵⁶. Il n'est pas difficile de reconnaître Jellinek, au centre de cette destruction systématique. D'avance, d'ailleurs, Carré de Malberg est condamné, qui, en 1920, placera lui aussi l'auto-limitation, sous l'influence de Jellinek, au cœur de sa *Contribution*.

Je n'ai pas le temps d'examiner ici tous les aspects de la querelle. Bien évidemment, un « système des droits publics subjectifs » ne peut être que récusé d'avance par Duguit. Mais il faut dire un mot, sans doute, du mystère de l'auto-limitation car l'on voit à l'œuvre sur ce point, chez Duguit, une sorte d'aveuglement

⁵⁴ Dans la note 3, à la p. 2 de *L'État*, Duguit précise que l'ouvrage de Jellinek a paru au cours de l'impression de son propre livre, ce qui laisse entendre que les références qui y sont faites résultent de corrections d'épreuves.

⁵⁵ *L'État*, p. 613.

⁵⁶ *L'État*, p. 614.

théorique qui marque peut-être sa propre limite, une forme épistémologique d'auto-limitation en quelque sorte.

La démonstration de cette limite oblige à préciser certains des présupposés méthodologiques de Jellinek que Duguit discute essentiellement dans les premières pages de *L'État, le droit objectif et la loi positive*⁵⁷. Le monde des juristes, écrit Jellinek, est le monde de l'action et de la vie pratique, « un monde des choses pour nous, non des choses en soi ». Duguit acquiesce : « Il a raison. » Mais il dit aussitôt après : « On [i.e. Jellinek] veut rester dans le monde de la réalité, et on a raison. » Puis, l'argument duguiste contre Jellinek consiste à dire qu'on n'y reste pas : affirmant la personnalité de l'État, Jellinek s'abîme dans un monde de « fictions ». La preuve en est que, selon Jellinek – la formule est célèbre –, « derrière l'organe, il n'y a rien » et, que dans le même temps, il affirme que « l'État ne peut exister qu'au moyen de ses organes » : « S'il n'y a rien derrière ce qu'on appelle les organes de l'État, conclut Duguit, c'est que la personnalité de l'État repose sur une pure fiction. » Or, avec cette fiction de la personne « État », Jellinek ne crée-t-il pas ce qu'il dit combattre, à savoir une « hypostase », un être substantiel et collectif ? On crée une chimère pour en tirer la doctrine de l'auto-limitation qui dit que l'État-personne pourrait souverainement se limiter lui-même. Mais cela n'a aucun sens puisqu'on ne peut penser de limitation qu'hétéronome : je peux bien me limiter aujourd'hui, mais demain, par la même puissance de volonté, je peux me libérer⁵⁸. On voit donc toute l'absurdité d'une doctrine que ne s'en tient pas aux *faits*. La doctrine de la « règle de droit », tout à la fois, s'en tient *aux faits* (sociaux) et permet de penser la limitation initiale, nécessaire mais hétéronome de l'État, de la puissance de domination des gouvernants.

Ce faisant, Duguit a oublié la prémisse majeure à laquelle il a pourtant lui-même acquiescé : le juriste ne saisit pas des « choses en soi », mais des « choses pour nous ». Il y aurait beaucoup à dire et notamment que cela ne vaut pas seulement du juriste mais de tout scientifique, si l'on se place dans une théorie de la

⁵⁷ *L'État*, p. 5 sq. Sauf indication contraire, toutes les citations sont dans ce passage. Pour l'analyse détaillée des positions épistémologiques de Jellinek : Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, op. cit.*, p. 296 sq. ; « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *L'État moderne et son droit*, t. 1, rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 43 sq.

⁵⁸ « Une limitation volontaire n'est pas une limitation », écrira Duguit : *Traité*, t. 1, p. 105.

connaissance de provenance kantienne, ce qui est le cas de Jellinek. Mais cela signifie précisément que, même si l'on *s'en tient aux faits*, les faits eux-mêmes ne donnent pas leur propre concept. Il faut une élaboration conceptuelle, faire jouer ce que Kant appelle la « spontanéité des concepts » pour unifier et ordonner le monde des faits. En nommant cette élaboration « abstraction », Jellinek la distingue scrupuleusement de la « fiction ». Dans les sciences sociales, cette conceptualisation abstractive nécessaire prend la forme de « types », et Jellinek, sans qu'on puisse ici entrer dans le détail, préfigure ici la théorie wébérienne de l'« idéaltype ».

Ainsi, l'État, dans la théorie sociale elle-même, n'est pas une chose en soi, mais la synthèse typifiante que fait le sujet de la connaissance sociologique de processus innombrables et variés unifiés dans un « tableau de pensée » (Weber) auquel on donne le nom d'État. « État » ne désigne donc aucune hypostase, mais renvoie à un ensemble de *relations sociales*.

Le mot « personne » le désigne juridiquement par défaut : dans l'ensemble des catégories juridiques disponibles que Jellinek passe en revue, il n'en trouve aucune autre qui puisse permettre de construire un discours de la science du droit sur le droit public. Appliqué à l'État, comme à n'importe quelle autre entité ou individu, le mot juridique « personne » est une abstraction typifiante. Jellinek prend un soin considérable à préciser qu'on ne doit entendre sous le mot personne aucune unité psychologique réelle, aucune individualisation, aucune hypostase. La personne « État », comme toute autre « personne » juridique, ne désigne qu'un système, isolable par l'observation, de *relations*.

Toute la critique de Duguit tombe d'un coup : jamais Jellinek n'a conçu l'État comme un « sujet réel » doté d'une unité psychologique, d'une conscience. Jellinek est en Allemagne, avec Weber et Simmel, le grand critique de toutes les théories organologiques, même non biologisantes, consistant à considérer des totalités comme des sujets réels et dont la version la plus radicale, chez les juristes, se trouve chez Gierke et sa théorie de la « personnalité morale réelle ». Il rejette l'idée de « conscience collective » au sens où Duguit la lui impute, sans d'ailleurs que ce dernier s'explique jamais de la fonction ni de la définition de ce concept chez Durkheim !

Il en résulte que l'autolimitation ne signifie pas, chez Jellinek, que l'État, comme unité psychique, se déciderait à limiter sa volonté future. L'autolimitation de l'État n'est donc pas une sorte d'effort vain qu'un être ferait sur lui-même. L'affaire part d'abord du concept d'État : il doit être conçu comme la personne qui dispose de son ordre juridique. L'État *peut* bien modifier son ordre juridique aussi complètement que possible, mais il *doit* avoir un ordre juridique. On ne peut concevoir l'État sans ordre juridique⁵⁹. L'État, ensuite doit être pensé comme personne juridique. Mais la thèse de l'autolimitation doit, quant à elle, être pensée dans la catégorie de la relation et non de la substance. Et l'argument se fait par l'absurde : « Voyons d'abord les conséquences de la doctrine qui déclare l'État comme n'étant et ne pouvant pas être soumis à son droit », demande Jellinek. La conséquence essentielle est simple : cela même que l'individu, comme sujet de l'État ou autorité publique, doit considérer comme étant *du droit*, ne saurait l'être du point de vue de l'État :

Ainsi donc, si, changeant de point de vue, l'on regarde depuis les hauteurs de l'État, jusque dans les profondeurs du droit, que voit-on ? Rien⁶⁰.

Dans cette relation de l'État à l'individu, si l'on ne pose pas l'idée d'autolimitation, c'est-à-dire si l'on ne fait pas l'*hypothèse* que la règle de droit *vaut* pour l'État comme pour l'individu qui lui est soumis, il y a plus qu'un déséquilibre ou une inégalité. L'un des deux membres de la relation, l'État ne peut être pensé comme sujet de droit, personne, c'est-à-dire comme *relation* et comme *relation juridique*. Cette relation de l'État à l'individu ne peut être pensée comme un *rapport de droit*, un *Rechtsverhältnis*. C'est comme si, du point de vue juridique, l'État était une personne isolée. Mais une personne isolée est une contradiction dans les termes si le concept de personne est défini dans la catégorie, précisément de la relation. D'où cette phrase de Jellinek : « L'auto-obligation d'une personne qui serait pensée comme isolée est une impossibilité⁶¹. »

Il est clair que Duguit passe à côté de toute cette construction dont il ne veut ou ne peut pas voir la sophistication propre. Jellinek, à ma connaissance, n'a pas répondu à Duguit. Mais Adolf Menzel, un professeur de Vienne, l'a fait d'un point de

⁵⁹ Radicalisée encore, la thèse deviendra, chez Kelsen, comme l'on sait, que l'État ne peut être conçu que comme un ordre juridique.

⁶⁰ *L'État moderne et son droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 551 (traduction modifiée).

⁶¹ *System*, p. 234.

vue qui semble proche de celui de Jellinek⁶². Que Duguit ne comprenne pas (ou ne veuille pas comprendre) cela est évident lorsqu'il répond au résumé de cette doctrine de la personnalité de l'État : « Cela revient à dire que le fait social est exclusivement une croyance. Conception inadmissible à mon sens. Ce qui est vrai, c'est que les croyances populaires sont des faits (...) Croyances chimériques, dogmes arbitraires et artificiels qui mènent souvent les peuples à leur ruine. »

7. Conclusions

La dernière phrase citée m'amène à conclure sur ces quelques confrontations que j'ai essayé de reconstituer. Elle rappelle en effet ce motif « anti-allemand » que j'avais rappelé plus haut : « Gierke, Ihering, Jellinek, pour ne citer que ceux-là, sont des jurisconsultes éminents, et quelles que soient les arrière-pensées qui les ont dirigés... » J'ai intitulé finalement ce rapport « Duguit et les Allemands » plutôt que « Duguit et la science allemande du droit public », comme l'indique le programme et comme je l'avais moi-même proposé. Le titre définitif s'efforce précisément de tenir compte de cette attitude plus générale et plus passionnelle à l'égard des « Allemands » que ce que le titre initial, insistant par trop sur la « science », laissait entendre.

Pourtant, dans cette confrontation générale qu'entreprend Duguit contre les Allemands, si une passion française (d'ailleurs compréhensible à l'époque) est à l'œuvre, l'ordre des raisons n'est pas purement et simplement délaissé. Il faut écrire ces grands romans qui font l'histoire des sciences en décrivant aussi le fond irrationnel ou, à tout le moins, extra-scientifique sur lequel elle se déploie. Mais il n'y va jamais seulement des passions et des idéologies, dans ces histoires, sans quoi, dedans, on ne trouverait pas de science, ni même quoi que ce soit qui y ressemble. Les discours techniques, les montages conceptuels s'y nouent et se confrontent, se livrent des batailles discursives intenses qui font échapper ces histoires à la pure

⁶² Adolf Menzel, « Eine 'realistische' Staatstheorie », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1/1914, p. 114 sq. Duguit répond à l'article mais le nom de l'auteur est mal orthographié (« Mengel ») : *Traité*, t. 2, p. 105-106, pour la citation qui suit.

sociologie ou à la science politique, même si celles-ci ont leur mot à dire, qui est important.

En focalisant sur quelques uns des affrontements significatifs qui ont opposé Duguit à plusieurs de ses pairs allemands, sans souci d'exhaustivité, ni sans jamais pouvoir entrer dans tout le détail des affaires en litige, j'ai voulu donner, en quelque sorte, une « pure image de miroir » du maître de Bordeaux. Or, je crois que cette image révèle sinon les détails bien connus de la doctrine duguiste, du moins une *radicalité intellectuelle*, un esprit systématique qu'on ne souligne peut-être pas assez. Duguit n'est pas un dilettante intellectuel, même si, comme on l'a dit à juste titre, il est un sociologue dilettante qui ne s'est jamais investi dans aucun travail sociologique de terrain⁶³. Il est un des principaux partenaires de la discussion dans une science du droit public qui arrive alors à sa phase cruciale dans l'ensemble de l'Europe ou presque. Il réfléchit jusqu'aux fondements du droit et du droit public. Toujours ou presque contre les Allemands.

Les combattre forme, toujours ou presque, le « but déterminant » et le « motif impulsif » de sa pensée. « Mon effort constant a été de les combattre » : on peut lui faire crédit. Il les a « mis à contribution » : cela est vrai aussi, et l'on n'a qu'à se rappeler l'influence décisive des analyses allemandes sur toute la théorie des actes juridiques chez Duguit. Mais cette double relation avec les Allemands – les combattre d'une part, les mettre à contribution de l'autre – n'engendre aucune contradiction. Sur les théories *fondatrices*, celles qui doivent *donner sens au droit public dans son ensemble et à la doctrine publiciste*, il est je crois l'adversaire le plus acharné qu'on puisse concevoir des Allemands. Ce n'est que dans le détail, dans l'imagination technique particulière, pour la distinction conceptuelle marginale, que Duguit a « mis à contribution » les Allemands. J'ai préféré centrer mon propos sur le premier aspect et j'ai découvert – je le répète – un Duguit profond et systématique. Je me suis heurté aussi à ses limites en constatant son incompréhension radicale du projet jellinékien. Mais Durkheim et Weber ne pouvaient davantage s'entendre. Les épigones ont forcé le trait et construit après coup deux écoles antagonistes de la sociologie moderne. On pourrait le faire avec Duguit et Jellinek, à l'évidence et

⁶³ Voir : Dieter Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip*, Francfort/Main, Athenaeum, 1973.

approfondir la comparaison. Mais pour l'instant, le principal résultat de ma petite incursion au pays de Léon Duguit pourrait tenir dans cette hypothèse : l'une des raisons de l'impossible rapprochement de Duguit avec Jellinek, et plus généralement peut-être avec les Allemands, tient peut-être dans le trop peu d'attention que le maître de Bordeaux a prêté à la grammaire de la phrase citée plus haut de Durkheim, « considérer les faits sociaux *comme* des choses ». Duguit ne pouvait sans doute s'avouer à lui-même que, à la base même de son positivisme, il y a bien une *fiction*, un « comme si », une « métaphysique » donc. C'est ce que Jellinek, pour sa part, avait compris et puissamment réfléchi.