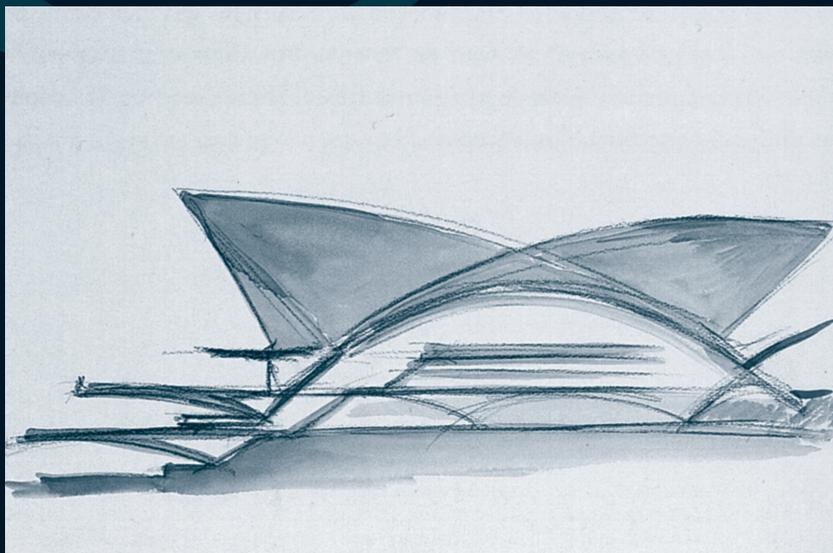


THÉOPHILE VON BÜREN

Série II Volume 17

# La théorie de l'Etat chez Léon Duguit

COLLECTION LATINE



Helbing Lichtenhahn



# La théorie de l'Etat chez Léon Duguit

THÉOPHILE VON BÜREN



THÉOPHILE VON BÜREN

COLLECTION LATINE  
Série II/Volume 17

La théorie de l'Etat chez  
Léon Duguit

Helbing Lichtenhahn

Pour cette thèse, rédigée sous la direction de la Professeure Sandrine Baume, l'auteur a reçu le titre de Docteur en droit de l'Université de Lausanne avec la mention *summa cum laude*.

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: [https://doi.org/10.46455/Helbing\\_Lichtenhahn/978-3-7190-4550-0](https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4550-0)



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4550-0 (édition imprimée)

2021, Helbing Lichtenhahn, Bâle

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

# Table des matières

Remerciements . . . . .	XI
<b>Introduction générale</b> . . . . .	1
<b>Titre I: La souveraineté de l'Etat : enjeux épistémologiques et politiques</b> . . . . .	11
<b>1<sup>re</sup> Partie : Personnalité et volonté de l'Etat dans la science du droit public allemande et française (1850-1918)</b> . . . . .	13
I. Le droit de puissance publique et la personnalité juridique de l'Etat dans la science du droit public en Allemagne : le courant Gerber-Laband-Jellinek . . . . .	13
Introduction . . . . .	13
1. L'influence des pandectistes sur la science du droit public ; la volonté comme notion-clé de la science juridique allemande du XIX <sup>e</sup> siècle . . . . .	15
2. Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) . . . . .	22
2.1 La méthode de la science du droit public . . . . .	22
2.2 Le puissance publique (Staatsgewalt) . . . . .	24
2.3 La personnalité juridique de l'Etat . . . . .	26
3. Paul Laband (1838-1918) . . . . .	30
3.1 L' « exécuteur testamentaire » de Gerber . . . . .	30
3.2 La définition de l'Etat fédéral . . . . .	32
3.3 Le droit propre de domination . . . . .	33
3.4 La nature de la personnalité juridique : théorie de la fiction contre théorie de la corporation . . . . .	37
4. Georg Jellinek (1851-1911) . . . . .	43
4.1 Un renversement méthodologique : la « rematérialisation » de la théorie de l'Etat . . . . .	44
4.2 La nature de l'Etat ; le concept social de l'Etat . . . . .	46
4.3 Le concept juridique de l'Etat ; la personnalité juridique de l'Etat . . . . .	47
4.4 La double nature du droit subjectif . . . . .	52
4.5 Penser l'autonomie de l'individu : la théorie des statuts . . . . .	53
4.6 L'autolimitation de l'Etat comme nécessité transcendante . . . . .	57
5. Excursus : Kelsen et le « pandectisme de droit public » . . . . .	61

II. Les conceptions « réalistes » du droit et de l'Etat en Allemagne dans la seconde moitié du XIX <sup>e</sup> siècle . . . . .	67
Introduction . . . . .	67
1. Rudolf von Jhering (1818-1892) . . . . .	68
1.1 La « lutte pour le droit » : une conception réaliste et immanente du droit . . . . .	68
1.2 La redéfinition du droit subjectif . . . . .	69
1.3 L'Etat comme organisation sociale de la contrainte . . . . .	71
1.4 L'autolimitation de l'Etat chez Jhering . . . . .	72
1.5 Conclusion . . . . .	73
2. Max von Seydel (1846-1901) . . . . .	73
III. La « réception » de la conception allemande de la souveraineté de l'Etat chez les juristes de la III <sup>e</sup> République . . . . .	76
Introduction . . . . .	76
1. Adhémar Esmein (1848-1913) . . . . .	77
1.1 La fondation de la science française du droit constitutionnel . . . . .	77
1.2 L'Etat comme personnification juridique de la nation . . . . .	80
1.3 Souveraineté et liberté . . . . .	84
1.4 L'autolimitation du législateur . . . . .	86
1.5 Conclusion . . . . .	91
2. Léon Michoud (1855-1916) . . . . .	92
2.1 La nature de la personnalité morale . . . . .	92
2.1.1 La critique de la théorie de la fiction . . . . .	93
2.1.2 La critique de la théorie de la volonté . . . . .	97
2.1.3 La réalité de la personne morale . . . . .	98
2.2 L'Etat comme personne morale . . . . .	100
2.3 Conclusion . . . . .	103
3. Raymond Carré de Malberg (1861-1935) . . . . .	104
3.1 Un juriste alsacien face à l'Allemagne . . . . .	104
3.2 La personnalité de l'Etat : un concept purement juridique . . . . .	108
3.2.1 L'identité de l'Etat et de la nation . . . . .	108
3.2.2 La critique de la réalité de la personnalité juridique . . . . .	109
3.2.3 La personnalité de l'Etat comme catégorie juridique . . . . .	110
3.3 Fonctions théoriques de la notion de personnalité de l'Etat . . . . .	113
3.4 La puissance de l'Etat . . . . .	115
3.4.1 La valeur heuristique de l'Etat fédéral . . . . .	115
3.4.2 La puissance de l'Etat comme droit subjectif . . . . .	118
3.5 La limitation de la puissance de l'Etat . . . . .	119
3.6 Conclusion . . . . .	123
IV. Conclusion de la première partie . . . . .	124
<b>2<sup>e</sup> Partie : La critique de Léon Duguit . . . . .</b>	<b>131</b>
Introduction . . . . .	131
I. La recherche d'une nouvelle méthode pour la science du droit . . . . .	132

II. La personnalité juridique de l'Etat . . . . .	138
1. Une approche phénoménologique de l'Etat . . . . .	138
2. L'Etat comme personne juridique . . . . .	142
2.1 La critique générale de la personnalité juridique . . . . .	143
2.2 La personnalité juridique des associations . . . . .	148
3. Le problème de l'Etat-personne . . . . .	153
3.1 La théorie « allemande » de l'Etat-personne . . . . .	153
3.1.1 La théorie de la fiction, de l'abstraction et de la réalité de la personnalité juridique de l'Etat . . . . .	153
3.1.2 La théorie des organes de l'Etat . . . . .	157
3.2 La théorie française de la nation . . . . .	160
4. Duguit et la théorie patrimoniale de l'Etat . . . . .	164
III. La puissance publique . . . . .	166
1. La puissance publique comme droit subjectif . . . . .	166
2. La critique générale du droit subjectif . . . . .	168
2.1 La réfutation du droit naturel . . . . .	168
2.2 Le droit subjectif comme pouvoir de la volonté . . . . .	171
2.3 Le droit subjectif comme intérêt juridiquement protégé . . . . .	172
3. La critique du droit subjectif de puissance publique . . . . .	173
3.1 Souveraineté ou puissance publique ? . . . . .	173
3.2 Le problème de l'origine de la puissance publique . . . . .	176
3.2.1 Les doctrines théocratiques . . . . .	177
3.2.2 Les doctrines « démocratiques » . . . . .	178
3.2.2.1 Rousseau . . . . .	179
3.2.2.2 Kant . . . . .	185
3.2.2.3 Hegel . . . . .	192
IV. La limitation de la puissance publique . . . . .	210
1. L'Etat comme puissance de domination . . . . .	210
2. La théorie de l'autolimitation de l'Etat . . . . .	212
3. La théorie du droit naturel (pro memoria) . . . . .	219
V. Conclusion de la deuxième partie . . . . .	220
<b>Titre II : Théorie générale du droit et de l'Etat chez Leon Duguit . . . . .</b>	<b>223</b>
<b>1<sup>re</sup> Partie : La règle de droit . . . . .</b>	<b>225</b>
Introduction . . . . .	225
I. Une doctrine dans la tourmente de son temps . . . . .	226
1. Un pays sur la voie de la modernisation . . . . .	227
2. Divisions et conflits politiques et sociaux . . . . .	228
3. L'Etat en mutation . . . . .	231
II. Vers une définition sociologique de la règle de droit . . . . .	236
1. Le fondement social du droit . . . . .	236
1.1 Le droit et la sociologie . . . . .	236
1.2 Duguit et l'organicisme sociologique . . . . .	240

1.3	L'objet de la norme sociale ; l'émergence de la solidarité . . . . .	248
1.3.1	La matrice solidariste . . . . .	253
1.3.1.1	Contre le libéralisme ; une vision renouvelée du lien social . . . . .	254
1.3.1.2	Science, morale et droit de la solidarité . . . . .	257
1.3.1.3	Un plaidoyer pour l'Etat social . . . . .	263
1.3.1.4	Duguit et le solidarisme . . . . .	275
1.4	Duguit, Durkheim et le concept de solidarité sociale . . . . .	278
1.4.1	La solidarité par similitudes . . . . .	281
1.4.2	La solidarité par division du travail . . . . .	287
2.	De la règle sociale à la règle de droit . . . . .	294
2.1	La nature et l'objet de la règle sociale . . . . .	294
2.2	Du constat sociologique à l'impératif juridique . . . . .	300
2.2.1	Une définition socio-psychologique de l'obligation juridique . . . . .	300
2.2.2	Le droit et la contrainte . . . . .	305
2.2.3	La question du sentiment de justice . . . . .	308
	Conclusion . . . . .	311
<b>2<sup>e</sup> Partie : La règle de droit et la volonté individuelle : la critique de l'individualisme juridique . . . . .</b>		<b>319</b>
	Introduction . . . . .	319
I.	La situation de l'individu . . . . .	323
1.	Du droit subjectif au pouvoir objectif . . . . .	323
2.	Le statut du propriétaire . . . . .	328
3.	La question de l'abus de droit . . . . .	335
4.	La transformation de la responsabilité civile . . . . .	341
II.	L'acte juridique . . . . .	346
1.	Une définition sous le signe de la psychologie . . . . .	349
2.	But et objet de l'acte juridique . . . . .	350
3.	Contre l'autonomie de la volonté : la cause véritable de l'effet de droit . . . . .	353
4.	La typologie des actes juridiques . . . . .	362
4.1	Les actes juridiques objectifs et subjectifs . . . . .	362
4.2	La relativisation du contrat . . . . .	365
4.3	Actes juridiques unilatéraux et plurilatéraux en droit privé . . . . .	374
4.3.1	Le « contrat » d'adhésion . . . . .	376
4.3.2	L'acte collectif (Gesamtakt) . . . . .	381
4.3.3	L'union (Vereinbarung) . . . . .	382
	Conclusion . . . . .	390
<b>3<sup>e</sup> Partie : La règle de droit et la volonté de l'Etat . . . . .</b>		<b>393</b>
	Introduction . . . . .	393
I.	Les buts de l'Etat . . . . .	394
1.	De la puissance publique aux devoirs objectifs des gouvernants . . . . .	394

2.	L'avènement de la notion de service public . . . . .	403
2.1	L'argument historico-politique : le service public comme source de légitimité de l'Etat . . . . .	403
2.2	L'argument juridique : le service public comme limite juridique du pouvoir de l'Etat . . . . .	407
2.3	Service public et droit public . . . . .	414
2.3.1	La liquidation des vieilles doctrines . . . . .	415
2.3.2	La redéfinition des rapports de droit public . . . . .	416
2.3.2.1	L'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée . . . . .	416
2.3.2.2	La nature légale de l'acte d'organisation du service public . . . . .	418
2.3.3	La responsabilité objective de l'Etat . . . . .	421
2.3.4	Le service public comme fondement du droit public . . . . .	426
II.	Les actes juridiques de l'Etat . . . . .	435
1.	Une acception technique et matérielle des fonctions de l'Etat . . . . .	435
2.	La théorie de la loi . . . . .	441
2.1	Définition formelle et matérielle de la loi . . . . .	441
2.2	Le concept matériel de loi selon Duguit . . . . .	452
2.2.1	La loi comme règle générale et abstraite . . . . .	452
2.2.2	Le caractère impératif de la loi ; la question de la promulgation . . . . .	459
2.3	Loi normative et loi constructive . . . . .	465
2.3.1	La loi normative et la pluralité des sources du droit . . . . .	465
2.3.2	La législation constructive . . . . .	483
2.4	Loi positive et droit objectif : la question des institutions . . . . .	486
2.4.1	Obéissance et résistance . . . . .	486
2.4.2	Les métamorphoses de la représentation . . . . .	489
2.4.2.1	Le modèle de 1791 : une théorie de la séparation . . . . .	489
2.4.2.2	La conception « sui generis » de Duguit . . . . .	498
2.4.2.3	Election et représentation . . . . .	507
2.4.2.4	Le droit de vote des femmes . . . . .	511
2.4.2.5	L'élection proportionnelle . . . . .	513
2.4.2.6	La représentation syndicale et professionnelle . . . . .	517
2.4.2.7	Le droit de dissolution . . . . .	527
2.4.2.8	Le référendum . . . . .	529
2.4.3	Loi positive, droit objectif et justice constitutionnelle . . . . .	531
2.4.3.1	La tradition française du refus du contrôle de constitutionnalité des lois . . . . .	534
2.4.3.2	Les arguments de Duguit en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois . . . . .	544
3.	La théorie de l'acte administratif . . . . .	564
3.1	Définition de la fonction administrative . . . . .	564
3.2	La volonté dans l'acte administratif . . . . .	571
3.2.1	Contre la théorie des actes de gouvernement : le principe de légalité . . . . .	572
3.2.2	But et objet de l'acte administratif . . . . .	576

3.2.3	Manifestation unilatérale et bilatérale de la volonté dans l'acte administratif . . . . .	580
3.3	Le recours pour excès de pouvoir . . . . .	589
Conclusion	. . . . .	592
<b>Conclusion générale</b>	. . . . .	597
Bibliographie	. . . . .	603

## Remerciements

L'aboutissement d'une thèse de doctorat demande l'abnégation et l'engagement de son auteur. Mais cette réussite serait bien illusoire si un soutien intellectuel, moral ou matériel n'accompagnait pas le doctorant tout au long de son périple. Parvenu au dernier stade du travail doctoral, il me revient à présent d'exprimer ma gratitude à l'endroit des personnes sans lesquelles je n'aurais pu toucher au but.

Mes remerciements les plus sincères s'adressent tout d'abord à ma directrice de thèse, la Professeure Sandrine Baume. Sans ses conseils avisés, ses encouragements constants, sa grande disponibilité ainsi que la liberté qu'elle m'a octroyée, le présent travail n'aurait sans doute jamais abouti.

Je tiens ensuite à remercier chaleureusement les membres du jury de soutenance. Mes plus vifs remerciements sont en premier lieu dirigés vers le Professeur Olivier Jouanjan, Professeur de Droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), ainsi que vers le Professeur Renaud Baumert, Professeur de Droit public à l'Université de Cergy-Pontoise, qui tous deux ont eu la gentillesse de venir de France pour découvrir ce qu'un doctorant suisse pouvait bien avoir à dire sur l'un des plus éminents théoriciens de l'Etat et du droit de leur pays. Leurs remarques et conseils éclairés auront nourri avec profit ma réflexion. Que soit également remercié le Professeur Denis Tappy, Professeur d'Histoire du droit à l'Université de Lausanne, pour ses commentaires judicieux et le regard clairvoyant d'historien du droit qu'il aura porté sur mon manuscrit. Enfin, ma gratitude se tourne tout particulièrement vers le Professeur Vincent Martenet, Président du jury de soutenance et Professeur de Droit constitutionnel à l'Université de Lausanne, dont j'ai été un temps l'assistant et qui aura su me donner le goût de la recherche académique.

J'ai maintenant une pensée amicale pour l'ensemble de mes anciens collègues assistants et doctorants du Centre de droit public de l'Université de Lausanne. La forte solidarité et l'esprit de camaraderie qui nous ont unis m'auront donné la force de ne pas abandonner mon labeur en cours de route. Il est toujours bon de ne pas se sentir seul.

Je n'ose m'aventurer dans une énumération, de peur d'oublier quelqu'un. Chers collègues et amis, sachez seulement que vous avez rendu ces quelque cinq années inoubliables.

Je ne peux manquer d'évoquer avec la plus grande reconnaissance à présent ceux sans qui rien n'aurait été possible : mes parents. Par leur constante affection et leur soutien moral et matériel, j'ai pu mener à bien mon cursus universitaire, dont la présente thèse constitue l'aboutissement.

Enfin, ma dernière salve de remerciements s'adresse à mon épouse, Christelle. Partager la vie d'un doctorant requiert patience et compréhension, autant de qualités dont elle aura témoigné sans discontinuer. Par sa gentillesse, son affection et son humour, elle aura su égayer le quotidien parfois morne du thésard que je fus. Qu'elle en soit mille fois remerciée.

## **Introduction générale**



L'œuvre de Léon Duguit (1859-1928) passe incontestablement pour un classique de la pensée juridique. Du vivant même du Doyen de Bordeaux, l'importance de sa théorie du droit et de l'Etat ainsi que la force des arguments développés furent reconnues par ses pairs ; même ses adversaires les plus résolus n'en disconvinrent pas. A cet égard, Harold Laski alla jusqu'à comparer l'influence exercée par Duguit sur les idées juridiques au début du XX<sup>e</sup> siècle à celle que Montesquieu put avoir en son temps. Selon le juriste anglais, les doctrines de Montesquieu et de Duguit se sont imposées à leurs contemporains comme des œuvres incontournables qu'aucun auteur soucieux de développer une conception propre du droit et de l'Etat ne pouvait ignorer<sup>1</sup>. Malgré l'attention portée aux idées de Duguit par ses contemporains et par la postérité<sup>2</sup>, peu d'études systématiques ont à ce jour été consacrées à la doctrine du juriste français, alors même que les monographies et publications sur les figures tutélaires de la pensée juridique de la Belle Epoque se sont multipliées ces dernières années<sup>3</sup>. À notre

---

<sup>1</sup> Laski (1932), p. 121. Cf. aussi Gény (1915), p. 245 : « A vrai dire, aucun de ceux, qui veulent aujourd'hui réfléchir aux problèmes les plus généraux du droit, ne peut se soustraire au devoir de prendre position en face du système d'idées présenté par Duguit ».

<sup>2</sup> Plusieurs ouvrages de Duguit ont connu une réédition récente. Cf. Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, La Mémoire du Droit, 1999 ; Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, La Mémoire du Droit, 1999 ; Léon Duguit, *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université Egyptienne pendant les mois de Janvier, Février et Mars 1926*, Paris, La Mémoire du Droit, 2000 ; Léon Duguit, *Souveraineté et liberté. Leçons faites à l'Université Columbia (New York) en 1920-1921*, Paris, La Mémoire du Droit, 2002 ; Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003 ; Léon Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, 2005 ; Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007 ; Léon Duguit, *Le pragmatisme juridique*, Paris, La Mémoire du droit, 2008.

<sup>3</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer : Eric Maulin, *la théorie de l'Etat de Raymond Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003 ; Stéphane Pinon/Pierre-Henri Prétot (ed.), *le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009 ; Fabrice Melleray (éd.), *Autour de Léon Duguit : Colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant ; Stéphane Pinon, *Maurice Deslandres et le droit constitutionnel : un itinéraire*, Dijon, Editions universi-

connaissance, trois thèses de doctorat ont pris la doctrine du Doyen de Bordeaux comme objet prioritaire d'étude. Ces travaux présentent deux points communs. Ils ont tous les trois été publiés à la même période, le début des années 1970, et ils ne portent que sur un aspect particulier de l'œuvre de Duguit. Ainsi la thèse d'Hubert Gourdon soutenue en décembre 1970 est consacrée à la *Conception du pouvoir et du gouvernement chez Léon Duguit*<sup>4</sup>. Publiée en 1972, la thèse d'Evelyne Pisier-Kouchner se concentre sur la notion de *Service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*<sup>5</sup>. Enfin, le travail du juriste allemand Dieter Grimm s'intéresse principalement à la notion de solidarité et à la façon dont elle informe la théorie du droit objectif et la conception de l'Etat du Doyen de Bordeaux<sup>6</sup>.

Au vu des éclairages nouveaux qui se sont développés sur la doctrine de la Belle Epoque et de l'état actuel de la littérature sur le Doyen de Bordeaux, il nous a semblé légitime de consacrer une nouvelle monographie à la figure de Léon Duguit, en tentant cette fois de jeter un regard global et systématique sur sa doctrine du droit et de l'Etat. Cette perspective nous semble indispensable pour prendre la mesure du projet intellectuel de Duguit. En effet, les égards que les contemporains de Duguit et la postérité ont portés à son œuvre sont proportionnels aux ambitions théoriques affichées par le Doyen de Bordeaux. Duguit s'était fixé pour tâche de rénover la science du droit *de fond en comble*, en s'attachant particulièrement à la théorie du droit public. A cet égard, il a entrepris un travail colossal de redéfinition des catégories fondamentales devant permettre l'intelligibilité de l'Etat, de la nature de son pouvoir et des actes juridiques qui en émanent. Duguit portait un regard sévère sur l'état de la science du droit et de la théorie de l'Etat de son temps. Elle demeurait, à ses yeux, engoncée dans des raisonnements scolastiques portant sur des concepts abstraits, bien trop éloignés de la réalité observable. Elle se condamnait ainsi à ne pas être à la hauteur d'une époque marquée par nombre de bouleversements autant économiques (la révolution

---

taires de Dijon, 2012 ; Julia Schmitz, *la théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013 ; Xavier Dupré de Boulois/Philippe Yolka (éd.), *Léon Michoud*, Paris, Fondation Varenne, 2014 ; Delphine Espagno, *Léon Duguit : de la sociologie et du droit*, Paris, L'Epitoge – Lextenso, 2014 ; Christophe Alonso/Arnaud Duranthon/Julia Schmitz (éd.), *La pensée du Doyen Hauriou à travers le temps : quel(s) héritage(s) ?*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015 ; Jean-Michel Blanquer/Marc Milet, *L'invention de l'Etat : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015 ; Antoine Chopplet, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Paris, Mare & Martin, 2016.

<sup>4</sup> Cette thèse n'a jamais fait l'objet d'une publication. Nous avons contacté l'auteur pour tenter d'en obtenir une copie mais nos démarches sont restées vaines. Nous ne pourrions donc faire référence à ce travail dans notre recherche.

<sup>5</sup> Evelyne Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

<sup>6</sup> Dieter Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Francfort s.M, Athenäum Verlag, 1973.

industrielle, la crise bancaire de 1873), sociaux (les grèves ouvrières), politiques (l'émergence du socialisme, les attentats anarchistes, les scandales parlementaires) que scientifiques (l'efflorescence des sciences de la nature, la naissance de la sociologie, le développement d'une idéologie scientiste sous l'influence du positivisme comtien).

C'est donc l'ambition affichée par Duguit de reconstruire la théorie du droit et de l'Etat dans son ensemble qui nous a imposé de reconstituer sa pensée dans toute sa systémativité. Afin d'explorer les arcanes du système duguitien, nous nous sommes mis en quête d'un fil rouge qui suivrait le cheminement d'idées parcouru par le juriste bordelais. Pour le rendre intelligible, nous décomposerons notre problématique en trois temps. Tout d'abord, nous nous demanderons quelle est l'*interrogation* qui n'a eu cesse de tourmenter la pensée du Doyen de Bordeaux. Ensuite, nous identifierons quel *concept* parcourt l'œuvre de Duguit de part en part, concept qui pourra ainsi faire figure de boussole dans l'exploration de son système. Enfin, nous nous concentrerons sur la *forme du discours* de Duguit, soit la méthode argumentative qu'il met en place pour démontrer la pertinence et la véracité de son propos.

La question de l'*Etat de droit* traverse la théorie de l'Etat de Duguit comme un *leitmotiv* récurrent. La relation entre l'Etat et le droit a bel et bien été la préoccupation majeure du Doyen de Bordeaux. Ce dernier n'hésitait ainsi pas à prétendre que l'étude du droit et de l'Etat ne trouve son sens que si elle parvient à construire une limite juridique solide et cohérente au pouvoir des gouvernants. L'étude du droit ne vaut, à ses yeux, pas une seule minute d'effort si elle se limite à exposer les solutions qui ressortent du seul droit positif émanant des organes d'édiction du droit. Dans l'esprit de Duguit, poser la question de l'Etat de droit, c'est rechercher l'articulation entre Etat et droit qui permette la soumission du premier au second. Il faut ainsi se demander comment construire le *pivot* autour duquel graveront les notions de droit et d'Etat, où ce n'est plus l'Etat qui domine et contrôle le droit, mais bel et bien l'inverse.

La notion de *volonté* constitue précisément ce pivot où s'articulent les relations entre le droit et l'Etat. En effet, c'est à travers ce concept que nous pourrons restituer la logique interne de la pensée de Léon Duguit. Nous verrons que l'argumentation de Duguit se déroule par le biais d'une mise en opposition fondamentale de deux doctrines, le *subjectivisme* et l'*objectivisme*, chacune assignant une valeur différente à la volonté dans le monde juridique et aboutissant à des conceptions divergentes sur les relations entre l'Etat et le droit. Pour l'annoncer d'emblée, Duguit sera un contempteur du subjectivisme et un ardent défenseur d'une conception objectiviste du droit et de l'Etat. Duguit reconnaît le subjectivisme dans toute théorie du droit qui confère à la volonté un rôle premier, un rôle de création juridique. S'agissant de la théorie du droit public, une théorie subjectiviste sera celle qui proclame que seule la volonté de l'Etat crée le droit et que cette volonté peut obliger unilatéralement les sujets qui lui sont soumis en

vertu des règles qu'elle a créées. En somme, l'obligation juridique procède de la volonté de celui qui l'énonce. Cette volonté extraordinaire est appelée tantôt souveraineté, tantôt puissance de l'Etat ou puissance publique dans le lexique de la science du droit public ; Duguit se montrera peu sensible à ces distinctions sémantiques. Extraordinaire, cette volonté apparaît nécessairement comme l'attribut d'un être qui n'est pas un simple individu comme un autre. Cet être, ce sera l'Etat, considéré sous la forme d'une personne juridique, ceci afin d'exprimer sa qualité de sujet de volonté.

Nous ne pourrons donc appréhender le système de Duguit sans faire un détour par l'étude de ce subjectivisme, un terme étrange de prime abord qui recouvre une doctrine bien peu originale en apparence : L'Etat et la souveraineté y sont présentés comme les catégories premières du droit public. Duguit retrouvera des traces de ce subjectivisme dans la grande majorité de la production doctrinale de son temps. Il jettera ses foudres prioritairement sur la doctrine allemande de droit public, signe d'une époque où les relations intellectuelles entre juristes français et allemands étaient pour une large part surdéterminées par le contexte politique et militaire. C'est ainsi à travers les écrits de Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband et surtout Georg Jellinek que Duguit construira son adversaire, dont il pensera trouver des représentants parmi ses compatriotes (chez Adhémar Esmein, Léon Michoud et Raymond Carré de Malberg notamment). Il faudra ainsi nous intéresser aux conceptions respectives de ces différents auteurs afin de prendre la mesure réelle du projet de Duguit. En effet, le discours de Duguit est *orienté vers le dialogue et la confrontation constructive*. Duguit est un auteur enclin au débat. L'essentiel des notions fondamentales qu'il développe ne peuvent être comprises si l'on ne les interprète pas comme des réponses à des auteurs dont il juge les constructions erronées. Le *mode argumentatif* proposé par le Doyen de Bordeaux consiste bien souvent à présenter les conceptions de l'un ses adversaires doctrinaux, puis à en démontrer les erreurs pour en inverser finalement les présupposés afin de bâtir une conception nouvelle de la notion étudiée. Pour cette raison, la première moitié de notre recherche portera sur la figure d'un Duguit lecteur de ses pairs. Attentif aux vues de ses collègues de France ou d'Outre-Rhin, opérant parfois une lecture sélective, partielle, voire erronée de ses contemporains, Duguit procédera à la déconstruction d'une doctrine dont il se proposera d'inverser l'ensemble des postulats.

C'est avant tout sur le terrain de la science que le Doyen de Bordeaux portera l'estocade. A une époque où les cours de droit public se généralisent au sein des Facultés de droit, la question de la scientificité de cette matière n'est pas purement théorique, puisqu'elle engage également la crédibilité de ce domaine de recherche et son inscription pérenne dans le champ académique. A cet égard, Duguit estime que la théorie du droit public – et la science du droit en général – s'est fourvoyée dans un monde de fictions métaphysiques, où les concepts censés constituer l'armature de la discipline ne répondent à aucune réalité. En effet, Duguit mettra le subjectivisme à nu sur le ter-

rain de l'observable. Tout d'abord, il dénoncera le mensonge à l'œuvre dans la notion de personnalité juridique de l'Etat. Si la personnalité exprime bel et bien la faculté d'un sujet d'exprimer une volonté juridiquement efficace, alors seuls les individus conscients de leurs actes sont les acteurs du monde juridique, car seuls eux sont capables d'exprimer une volonté consciente. On le voit, l'enjeu épistémologique chez Duguit consiste à créer une théorie du droit qui s'en tient strictement aux données de l'expérience sensible. Investir une entité « métaphysique » comme l'Etat d'un droit subjectif de commander – expression alternative aux termes de souveraineté ou de puissance publique – apparaîtra également absurde à Duguit. Dans son esprit, admettre le droit de commander d'une volonté à une autre volonté nécessite que l'on conçoive au préalable une hiérarchie entre les volontés. Or s'il n'y a que des individus, il n'y a que des volontés individuelles de nature identique, ce qui rend impensable toute hiérarchisation.

L'ampleur du versant négatif de l'œuvre de Duguit permet de prendre la mesure du défi prodigieux qu'il s'est lancé : concevoir une théorie du droit public qui ne fasse pas appel à une conception de l'Etat comme unité de volonté et encore moins à toute idée de puissance publique ou de souveraineté. On se croirait face à un charpentier entendant bâtir un ouvrage sans bois ni clou ! Cette tâche considérable, Duguit va l'accomplir en développant une théorie du droit qui sera le contrepied parfait du subjectivisme. Amené à qualifier sa propre doctrine, Duguit parlera d'*objectivisme* qu'il opposera logiquement, dans une dichotomie parfaite, au subjectivisme. Nous appréhenderons cet objectivisme duguitien dans la seconde moitié de notre recherche. Le concept de volonté permettra également de nous orienter dans les arcanes de la partie positive et constructive de la théorie du droit de Léon Duguit. Nous verrons que, pour Duguit, la volonté ne peut jamais jouer un rôle créateur. C'est en s'aidant des premiers acquis de la sociologie – notamment ceux défendus par son collègue de l'Université de Bordeaux Emile Durkheim – que le juriste français soutiendra l'objectivité des règles de droit. Le droit, selon Duguit, n'émane jamais d'une subjectivité créatrice, mais découle de la nature des rapports sociaux propres à une société donnée. Dès lors que la volonté ne crée jamais le droit, la question de la souveraineté peut s'appréhender sous un jour bien différent. Les gouvernants ne peuvent plus se faire les créateurs des règles qui régissent la vie en société. Duguit leur assignera le rôle, plus modeste en apparence, de mise en œuvre et de concrétisation de ces règles qui émanent spontanément de la vie sociale. Les gouvernants ne peuvent ainsi se prévaloir d'aucun droit unilatéral de commandement. Au contraire, ils ont le devoir – Duguit parlera plus précisément de *fonction sociale* – d'œuvrer à la pérennité du lien social en assurant, par les moyens de la contrainte socialement organisée à leur disposition, l'effectivité des règles que la société est capable de sécréter par elle-même. Les gouvernants ne sont ainsi plus placés dans une position de surplomb vis-à-vis de la société. Duguit fait d'eux une partie intégrante du corps social où ils ont un service à rendre aux adminis-

trés, mission qui leur confère autant de droits que de devoirs. La volonté des gouvernants n'a de valeur juridique que dans ces conditions précises. C'est dans ce cadre que nous pourrions inscrire la célèbre théorie du service public de Duguit et ainsi éclairer sa signification dans l'économie de son système. En effet, la notion de service public procède chez Duguit d'une réflexion sur les conditions de l'efficacité juridique de la volonté des gouvernants mais aussi et surtout sur la *limite juridique* qu'elle ne saurait franchir.

Enfin, notre recherche s'arrêtera quelque temps sur les considérations de Duguit au sujet des institutions politiques, un terrain encore peu exploré de la recherche consacrée à la doctrine du Doyen de Bordeaux. Cette question est selon nous capitale car elle constitue un aspect important de l'œuvre de constitutionnaliste de Duguit, de même qu'elle donne une meilleure intelligibilité à sa conception de l'Etat de droit. En assignant aux gouvernants la fonction de mettre en œuvre un droit qu'ils ne créent pas, Duguit ne pouvait contourner la question des moyens et de l'organisation par lesquels les gouvernants doivent s'en acquitter. Car si Duguit affirme haut et fort que le droit est une émanation du corps social, il reconnaît néanmoins que ce droit a besoin d'être formalisé par le truchement du droit positif et des institutions dévouées à son édicition. Sans codification, le droit social resterait incertain, tâtonnant, en proie aux interprétations les plus divergentes. Si l'Etat est donc l'instance chargée de donner corps au droit social, la question de l'Etat de droit resurgit d'une manière éclatante et particulièrement problématique. Donner à l'Etat le pouvoir de codifier le droit qui émane de la société ne revient-il pas à renouer avec ce subjectivisme honni qui fait des gouvernants les maîtres et gardiens exclusifs des règles de droit ? Pour contourner l'écueil, Duguit doit donc trouver la clé de l'organisation de l'Etat où les interrelations entre les différentes autorités aboutissent à la soumission de l'Etat au droit objectif.

Duguit affichera une préférence apparente pour le Parlement, en ce que le principe de représentation doit assurer la congruence des opinions entre la sphère sociale, lieu de naissance du droit social, et la sphère des institutions politiques, lieu de sa codification. Dans son œuvre tardive, Duguit prendra cependant fait et cause pour l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois laissant au juge constitutionnel un large pouvoir de contrôle sur le droit positif. On trouvera une forme de justification de cette prévalence du juge dans l'apologie que Duguit fait de la figure originale du « juriste-sociologue ». Les occurrences de ce mot-composé sont rares dans l'œuvre du juriste français. Sa signification n'en est pourtant pas moins importante. Duguit entendait faire de la science du droit une science sociale à part entière, où les catégories premières utilisées par les juristes collent au plus près de la réalité sociale qu'elles prétendent appréhender. Pour ceci, le juriste ne peut en aucun cas se contenter d'une déférence aveugle envers la loi positive et le raisonnement syllogistique qui doit en assurer l'application. Le juriste, dans la conception que s'en fait Duguit, doit se muer en

sociologue pour découvrir la réalité des rapports sociaux et des rapports de pouvoir qui se cachent derrière des notions comme l'Etat, la souveraineté, la puissance publique, la loi, les droits subjectifs, etc. Ce rénovateur de la science du droit qu'était Léon Duguit entendait confier ainsi un sacerdoce scientifique aux juristes, en les enjoignant à développer une science du droit sans fiction ni concept a priori. Mais il leur assigne également une mission sociale et politique. En effet, le juriste-sociologue est un professionnel du droit rompu à la sociologie qui doit user de ses connaissances des rapports sociaux pour guider les gouvernants vers la lumière du droit qui s'élabore au cœur de la société. Emerge dès lors une tension entre la voix démocratique du Parlement et la voix de cette nouvelle élite de juristes professionnels, chacun étant légitime à sa façon pour codifier le droit social. Les Parlementaires peuvent mettre en avant la proximité avec les gouvernés que leur confère l'élection, tandis que les juristes-sociologues chers à Duguit peuvent arguer de leur connaissance scientifique du monde social pour contester les solutions du droit positif. Par sa prise de position en faveur d'un large contrôle de constitutionnalité des lois, Duguit sera du côté des seconds, sans cependant qu'il ne se l'avoue explicitement. Les enjeux scientifiques se mêleront alors aux défis politiques d'une époque où les élites s'interrogeaient avec crainte sur les vertus du suffrage universel et de la démocratie de masse. La question des institutions permet donc de mettre en lumière certains non-dits de la doctrine duguitienne. Cela constitue indéniablement un attrait de notre recherche.



Titre I : **La souveraineté de l'Etat : enjeux  
épistémologiques et politiques**



# 1<sup>re</sup> Partie : **Personnalité et volonté de l'Etat dans la science du droit public allemande et française (1850-1918)**

## I. **Le droit de puissance publique et la personnalité juridique de l'Etat dans la science du droit public en Allemagne : le courant Gerber-Laband-Jellinek**

### **Introduction**

Léon Duguit est, avant tout, un auteur du dissentiment. Sa théorie est en grande partie une réplique aux juristes de droit public les plus éminents de son époque, dont il s'évertue à prendre le contrepoint de certains aspects les plus fondamentaux de leurs doctrines. Si bon nombre d'auteurs ont également bâti leur œuvre en s'élevant *contre* l'un de leur pair ou un courant de pensée dans son ensemble, ce tropisme ressort chez Duguit avec une acuité particulière. Pour l'analyste, le juriste bordelais a l'heureux avantage de jouer cartes sur table : les auteurs attaqués sont nommément cités et les concepts incriminés sont clairement présentés avant d'être déconstruits. La constitution d'un contexte discursif est ainsi grandement facilitée. Pour ces raisons, nous placerons notre propos sous l'angle du débat. Dans cette première partie, il s'agira donc de déterminer les concepts critiqués par Duguit et les auteurs qui les défendent. Ceux-ci doivent d'ores et déjà être présentés à grands traits.

Les notions fondamentales que Duguit entend déconstruire et expulser de la théorie de l'Etat peuvent se résumer en un syntagme : *souveraineté de l'Etat*. Il s'agit donc de deux concepts, la souveraineté *et* l'Etat, qui ont, bien entendu, une généalogie plus vaste que la période ici choisie (1850-1918) et qui ont connu une théorisation allant bien au-delà des deux espaces géographiques retenus pour cette première partie, l'Allemagne et la France. Cependant, c'est bien durant cette période et sous ces horizons que s'est développée une certaine conception de l'Etat et de son pouvoir qui fera l'objet de la réfutation proposée par le Doyen de Bordeaux.

L'idée de souveraineté ici avancée doit s'entendre comme un *droit subjectif de puissance publique*. Là encore, le terme doit être divisé en ses deux éléments constitutifs. Le droit subjectif comprend le pouvoir d'une volonté de s'imposer à une autre volonté. Pareille conception du droit subjectif fut essentiellement mise à jour par les pandectistes allemands à travers leur analyse du droit privé romain (*section 1*). S'il est d'abord une idée privatiste, le droit subjectif ainsi compris fut repris et transposé en droit public par une série d'auteurs, dont nous étudierons les figures emblématiques selon l'ordre chronologique de parution de leurs travaux développant les notions précitées. Nous aurons ainsi l'occasion de nous pencher sur l'œuvre de Carl Friedrich von Gerber (*section 2*), Paul Laband (*section 3*) et Georg Jellinek (*section 4*). Ils se feront en effet les héritiers de cette acception du droit subjectif comme pouvoir de la volonté, en lui ajoutant cependant une qualité essentielle. En effet, alors que la volonté prise par le droit privé ne possède aucune direction prédéterminée, la volonté saisie par le droit public est nécessairement orientée vers la domination (*Herrschaft*). Cette notion caractérise la volonté codifiée par le droit public comme volonté suprême de l'ordre juridique, investie de la faculté extraordinaire de pouvoir s'imposer à toute volonté sur un territoire donné.

Le caractère aussi extraordinaire d'une telle volonté supposera, chez les auteurs étudiés, la conception d'un titulaire de pareille importance. De Gerber à Jellinek, cette puissance de domination sera attribuée à l'Etat, donnant naissance à la notion de *puissance publique* dont la langue allemande permet de mieux saisir sa véritable nature : *Staatsgewalt*. Comme nous l'avons dit ci-dessus, la puissance publique sera théorisée comme un *droit subjectif au bénéfice de l'Etat*. Celui-ci possède ainsi la qualité de sujet de droit et donc la personnalité juridique. Il se l'attribue cependant de droit propre, dans la mesure où l'Etat est, chez les trois publicistes précités, source unique et gardien exclusif de l'ordre juridique.

Puissance publique et personnalité de l'Etat ne peuvent ainsi être pensées séparément. Il faut en effet que la volonté de domination soit *imputable* à une personne. Gerber, Laband et Jellinek s'attèleront donc à ériger une conception de l'Etat comme *personne juridique*. Une telle acception de l'Etat répond au souci méthodologique de ces auteurs – avec des réserves de taille en ce qui concerne Jellinek – de bâtir une science du droit public conçue comme un système cohérent et complet de concepts juridiques et débarrassée de tout emprunt à d'autres sciences de l'esprit. À ce propos, nous verrons que les interrogations épistémologiques liées à la problématique de la personnalité de l'Etat renferment des enjeux politiques parfois implicites. Le statut de l'individu et du peuple en droit public, le contrôle de l'Etat sur les formes d'association non-étatiques ainsi que la problématique de la limite du pouvoir de l'Etat sont, entre autres, les enjeux voilés par des querelles en apparence purement scientifiques.

Cette généalogie nous permettra d'élaborer le *système* de concepts que Duguit entendra déconstruire pour lui opposer un *contre-système*<sup>7</sup>. L'idée d'une théorie pure du droit sera abandonnée au profit d'une conception sociologique de ce dernier. L'origine du droit sera soustraite à l'Etat pour gagner une position pré- et extra-étatique. La puissance de la volonté associée à la notion de droit subjectif sera remplacée par le concept de fonction. La notion de gouvernants sera substituée à l'Etat pensé comme personne juridique détachée des individus, niée comme abstraction « métaphysique ». La notion de volonté collective sera ainsi déconstruite pour ne laisser place qu'à des volontés individuelles. La puissance gouvernante ne sera considérée que comme un *fait* et jamais comme un droit. La conséquence de ces déconstructions successives sera la disparition de la notion de puissance publique au profit du concept de service public.

### **1. L'influence des pandectistes sur la science du droit public ; la volonté comme notion-clé de la science juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle**

En 1850, le droit public apparaît comme le parent pauvre de la science juridique en Allemagne, alors que le droit privé a déjà connu un important travail de systématisation, en particulier grâce à la dogmatisation du droit romain opérée par l'Ecole historique allemande<sup>8</sup> et l'Ecole des pandectistes<sup>9</sup>. A cet égard, il est caractéristique de cette situation que l'œuvre des deux figures emblématiques de ces écoles, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) et Georg Friedrich Puchta (1798-1846) se concentre pour l'essentiel sur le droit civil et le droit privé en général, sans guère se soucier de la scientificité du droit public<sup>10</sup>.

La tâche de rénovation du droit public sera entreprise par Carl Friedrich von Gerber (1823-1891). Il s'y consacrera justement en tentant de lui donner un caractère scientifique similaire à celui du droit privé<sup>11</sup>. Bien qu'il ne soit l'auteur que de deux ouvrages de dimension modeste consacrés au droit public – *Über öffentliche Rechte* en 1852 et surtout *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* en 1865 – ses travaux fondateurs seront appelés à jouer un rôle considérable dans l'évolution de la science du droit public en Allemagne. Les prémisses théoriques qui y sont contenues seront en effet reprises et développées par Paul Laband (1838-1918) dans sa somme monumentale dédiée au

---

<sup>7</sup> Jouanjan (2011), p. 196.

<sup>8</sup> Nous n'étudierons que le courant « romaniste » de l'Ecole historique. Le courant « germaniste » de cette école, représentée par des auteurs comme Eichhorn, Reyscher, Beseler ou Gierke ne sera pas traité dans la mesure où il n'est pas pertinent pour les questions qui nous occuperont ci-après.

<sup>9</sup> Par « Ecole des pandectistes » ou « pandectisme », nous entendons le courant d'étude du droit romain initié par Savigny et prolongé par Puchta et Windscheid dont le trait majeur était la recherche de la systématité et un important travail dogmatique dans l'analyse d'un ordre juridique donné.

<sup>10</sup> Thomas (1984), p. 18 ; Jouanjan (1998), p. 48.

<sup>11</sup> Jouanjan (2005), p. 188 ; Stolleis (1992), p. 276.

*Droit public de l'Empire allemand*<sup>12</sup>. Celle-ci exercera une influence considérable sur la doctrine allemande de droit public pendant plusieurs décennies. Ces deux auteurs peuvent donc à bon droit être considérés comme les fondateurs de cette nouvelle science du droit public qui émergera outre-Rhin dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, si bien qu'il n'est pas excessif de parler d'école « Gerber-Laband »<sup>13</sup>. À ce propos, Duguit ne s'y trompera pas, amalgamant bien souvent ces deux juristes pour leur adresser une critique du même ordre.

Avant d'analyser en détail cette œuvre de fondation d'une science du droit public, il convient d'établir l'influence exercée par la science, alors bien établie, du droit privé sur cette nouvelle doctrine en gestation. L'influence des pandectistes sur Gerber et Laband fut en effet considérable. À cet égard, Olivier Jouanjan affirme que l'on peut même parler de « *consanguinité entre la science du droit constitutionnel qui se forme durant ces années et le pandectisme tardif, entre le Droit public de l'Empire allemand de Laband (1<sup>re</sup> éd., 1876 et s.) et les Pandectes de Windscheid (1<sup>re</sup> éd., 1861 et s.)* »<sup>14</sup>. Le « labandisme », doctrine dominante du droit public allemand de la formation de l'Empire jusqu'à la République de Weimar peut ainsi être considéré comme un « *pandectisme du droit constitutionnel* »<sup>15</sup>.

L'emploi de pareils termes signifie que l'ascendant exercé par les pandectistes sur ces deux juristes de droit public fut considérable. Au-delà d'un commun esprit de système, c'est l'une des notions-clés de la théorie pandectiste du droit privé, le *concept juridique de volonté*, qui sera reprise et retravaillée par Gerber et Laband, au point qu'ils en feront le fondement de leur édifice théorique. L'apport de la théorie du droit privé à la nouvelle science du droit public peut donc sembler limité sur le plan quantitatif. En revanche, il est d'une importance décisive puisqu'il permet d'expliquer le fondement commun à la science du droit privé et à la science du droit public. Il nous faut donc donner un bref aperçu théorique de ce concept juridique de volonté chez les pandectistes avant d'en étudier la transposition en droit constitutionnel.

La notion juridique de volonté fait donc figure d'élément central chez les pandectistes. La recherche de pareil élément central répond au souci méthodologique de cette école de dégager, par l'observation et l'analyse des règles juridiques, les principes les plus généraux du droit et d'en déduire les notions particulières et les institutions juridiques qui en découlent sur un plan logique, afin de les ordonnancer dans un système cohérent de concepts<sup>16</sup>. À cet égard, ce strict esprit de méthode fut qualifié de « jurispru-

---

<sup>12</sup> Edition originale : Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 3 vol., Tübingen, Laupp, 1876-1882. Nous utiliserons la traduction française parue à partir de 1900 aux éditions Giard & Brière.

<sup>13</sup> Jouanjan (2011), p. 207 ; Pauly (1993), p. 30 ; Pöggeler (1998), p. 10.

<sup>14</sup> Jouanjan (1998), p. 48.

<sup>15</sup> Ibid.

dence des concepts » (*Begriffsjurisprudenz*)<sup>17</sup>. En ce sens, la scientificité est ici intimement liée à l'idée de systématité<sup>18</sup> : le rôle du juriste consiste à retracer la généalogie des concepts juridiques en établissant tous les chaînons qui participent à la formation du droit comme système conceptuel complet et logique<sup>19</sup>.

Chez Savigny, le concept de volonté juridique remplit ce rôle de noyau fondamental à partir duquel l'on peut fonder plusieurs notions juridiques particulières. Chez lui, les notions de droit subjectif, d'acte juridique, de rapport de droit et d'institution juridique se construisent à partir du concept de volonté juridique<sup>20</sup>. La notion juridique de volonté est en premier lieu à définir comme volonté *libre*. Elle s'adosse ainsi à une vision anthropologique où l'homme se caractérise avant tout par sa liberté. Celle-ci doit s'entendre au sens négatif, plus précisément comme absence de contrainte<sup>21</sup>. Selon Yan Thomas, cette définition de la liberté inhérente à l'homme est héritée des théoriciens du droit naturel du XVIII<sup>e</sup> siècle et reprend l'idée d'un homme abstrait de ses déterminations sociales<sup>22</sup>. Dans ses cours sur la personnalité juridique, Raymond Saleilles affirme qu'il s'agit, en effet, d'une vision essentiellement individualiste héritée de la philosophie de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 où l'homme ne peut vivre en société qu'à condition que l'exercice de sa liberté soit socialement protégé<sup>23</sup>.

Cette place prépondérante accordée à la liberté ressort avec une grande acuité lorsque l'on sait que le droit privé est présenté par Savigny comme science des rapports de droit (privé), décrits, dans le premier volume de son œuvre *Das system des heutigen römischen Rechts*, comme : « *une relation de personne à personne, déterminée par une règle de droit. Cette détermination par une règle de droit consiste en ceci qu'un domaine est assigné à la volonté individuelle dans lequel elle doit régner de façon in-*

---

<sup>16</sup> C'est tout le sens du programme annoncé par Laband dans la préface aux deux premières éditions du *Droit public de l'Empire allemand*. Cf. Laband (1900), p. 9 s.

<sup>17</sup> Ce syntagme est dû à Rudolf von Jhering qui l'utilisait, nous le verrons, dans un sens clairement polémique. Cf. Haferkamp (2004), p. 26.

<sup>18</sup> Jouanjan (1998), p. 52 s., qui trace une intéressante similitude entre cette exigence de systématité et l'architectonique de la raison pure élaborée par Kant dans la *Critique de la raison pure* et interroge plus globalement le rapport de Savigny à la philosophie kantienne.

<sup>19</sup> Cette exigence est explicitement formulée par Puchta. Cf. Puchta (2004), p. 69 ; cf. Wieacker (1995), p. 341 s.

<sup>20</sup> Jouanjan (1998), p. 49.

<sup>21</sup> Cf. Paulson (1997), p. 10-11 qui montre aussi la pertinence de la philosophie kantienne pour la compréhension de la conception de la liberté défendue par Savigny.

<sup>22</sup> Thomas (1984), p. 18.

<sup>23</sup> Saleilles (1922), p. 524 ; cette adhésion au dogme de l'autonomie de la volonté peut surprendre dans la mesure où des auteurs comme Savigny et Puchta ont pu laisser une place assez importante à l'*organicisme* dans leur doctrine, une vision du monde qui s'illustre par son côté anti-individualiste et anti-libéral. Cf. Jouanjan (1998), p. 49.

dépendante »<sup>24</sup>. En plus de ce lien intime de la volonté juridique à la liberté, il nous faut également souligner la vision volontariste du droit qui ressort d'une telle définition. Un rapport de droit est certes un rapport entre personnes, mais c'est avant tout un rapport entre volontés. En ce qu'un rapport de droit engage, par nécessité, une pluralité de personnes, la volonté qui est ici concernée ne doit pas être prise dans son versant intime, son élaboration dans le for intérieur de la personnalité libre, mais considérée uniquement sous l'aspect de sa manifestation externe. Une volonté qui n'est jamais déclarée ne peut créer à elle seule un rapport de droit<sup>25</sup>. La personnalité juridique, le sujet de droit, est donc perçue comme activité, volonté en acte<sup>26</sup>. Cette acception volontariste du droit est également présente chez Puchta, et même radicalisée dans la première partie du *Cursus der Institutionen* (1841). Le privatiste allemand rappelle avec quelque emphase que l'être humain se distingue de l'animal par sa liberté et que celle-ci fonde sa condition de sujet de droit, en même temps qu'elle est le fondement du droit et tous les rapports de droit<sup>27</sup>.

L'individu est plus précisément sujet de droit en ce qu'il possède une volonté, qu'il est capable de déterminer librement<sup>28</sup>. Cette faculté de volonté est l'attribut de la *personne*. La personnalité juridique est ainsi l'abstraction, propre au droit, d'une qualité humaine qui n'est que l'une des facettes de l'être humain<sup>29</sup>. En sa qualité d'abstraction créée par le droit, la personnalité ne doit pas nécessairement être liée à son substrat naturel, l'homme. Cela signifie que la personnalité juridique est une notion susceptible de s'appliquer à différents types d'entités. En résumant à grands traits, les pandectistes reconnaissent essentiellement deux modalités d'application de la notion de personnalité juridique. La qualité de sujet de droit est l'expression d'un être doué d'une volonté libre ; cette faculté appartient naturellement à l'individu<sup>30</sup>, si bien que le droit n'a qu'à reconnaître sa personnalité et non pas à la créer<sup>31</sup>. Cependant, il arrive que

---

<sup>24</sup> Savigny (1840), p. 333 ; nous empruntons la traduction à Jouanjan (1998), p. 53.

<sup>25</sup> Bien que la déclaration de volonté soit indispensable au déploiement d'un effet de droit, les premiers pandectistes affirmeront que la volonté interne doit primer la déclaration dans l'interprétation des actes juridiques, signalant ainsi leur défense de l'autonomie de la volonté. Cf. *infra*, titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>26</sup> Jouanjan (1998), p. 51 et 53.

<sup>27</sup> Puchta (2004), p. 33 s.

<sup>28</sup> Savigny (1855), p.2 : « Tout droit est la sanction de la liberté morale inhérente à chaque homme. Aussi, l'idée primitive de personne ou de sujet du droit se confond avec l'idée d'homme, et l'identité primitive de ces deux idées peut se formuler en ces termes : chaque individu, et l'individu seulement, a la capacité du droit ».

<sup>29</sup> Puchta (2004), p. 57 : « le concept de personne repose sur une abstraction, dans la mesure où nous ne comprenons pas dans ce concept la pleine essence de l'être humain mais seulement, immédiatement, sa qualité d'être sujet de volonté » et plus loin, p. 59 : « le droit fait de l'être humain une personne et détermine son activité en tant que personne. La personnalité est la possibilité d'une volonté juridique pensée comme la qualité d'un sujet ».

<sup>30</sup> Pour cette raison, Savigny s'autorise à parler de « personne naturelle » pour qualifier l'individu. Cf. Savigny (1855), p. 230.

des individus se groupent dans le but d'agir en commun et de nouer des rapports de droits. La nécessité de penser un rapport juridique engageant des associations d'hommes exige l'attribution de la personnalité à de telles entités. La notion de personnalité juridique sert ici à attacher certains effets de droit à une entité unique, qui mènera alors une existence juridique indépendante de celles des membres individuels du groupe qui lui a donné naissance<sup>32</sup>. Cette personnalité juridique propre au groupe ne possède cependant pas – aux yeux de Savigny et de son école – un caractère empirique immédiat ; la volonté libre d'un groupe ne s'affiche pas avec la même netteté et la même évidence que celle de l'individu<sup>33</sup>. Dans son traité de droit romain, Savigny affirme ainsi que ce type de personne juridique n'a, dès lors, qu'une « existence juridique »<sup>34</sup> et se trouve dénuée de toute existence empirique. Cela signifie que la personnalité est ici une *création* légale qui permet d'individualiser le groupe par le biais d'une personnalité juridique unique, distincte de celle de ses membres.

En d'autres termes, Savigny reprend et développe ici ce que l'on a coutume d'appeler la *théorie de la fiction*. Héritée du droit romain, elle a fait l'objet d'une réception favorable par l'école médiévale des postglossateurs avant d'être incorporée à l'édifice conceptuel des pandectistes<sup>35</sup>. Dans son acception la plus courante, la fiction juridique se définit comme une opération intellectuelle relevant de la technique juridique qui consiste à prendre « *pour vrai ce qui est certainement contraire au vrai* »<sup>36</sup>. Le procédé de la fiction juridique impose ainsi d'avoir recours à des assimilations inexactes mais nécessaires<sup>37</sup> afin d'étendre certaines catégories juridiques hors de leur champ d'application initial, sans avoir ainsi à modifier ces catégories<sup>38</sup>. Il n'est pas difficile de déceler le caractère conservateur de la théorie de la fiction puisqu'elle implique non d'adapter le droit aux faits mais commande de remodeler l'ordre des choses en fonction du droit existant<sup>39</sup>. Si nous revenons maintenant à notre objet de préoccupation sous l'angle de la théorie de la fiction, il nous faut considérer que la personnalité

---

<sup>31</sup> Saleilles (1922), p. 311.

<sup>32</sup> Savigny (1855), p. 273.

<sup>33</sup> Pour reprendre les termes de Raymond Saleilles : « *elle ne s'affiche pas à l'extérieur avec les mêmes caractères d'individualisation* ». Cf. Saleilles (1922), p. 311.

<sup>34</sup> Savigny (1855), p. 230 ; Cf. Gierke (1954c), p. 103-104.

<sup>35</sup> Saleilles (1922), p. 310 ; Thomas (1995), p. 17 s.

<sup>36</sup> Il s'agit là de la définition la plus couramment avancée. Elle émane du juriste italien Cinus de Pistoia (1270-1336). Auparavant, Azon (1150-1225) avait défini la fiction comme une « *interprétation contraire à la vérité* », tandis que Balde (1327-1400) affirmera plus tard que la fiction juridique porte à « *prendre le faux pour le vrai* ». Cf. Thomas (1995), p. 17.

<sup>37</sup> Cf. Gény (1921), p. 175 s.

<sup>38</sup> Tel était le mode de défense de la théorie de la fiction proposé par Jhering dans « *l'Esprit du droit romain* ». Cf. Thomas (1995), p. 19.

<sup>39</sup> Savigny (1855), p. 233 : « *le droit fait des fictions pour ne pas accepter des notions en contradiction avec ses règles fondamentales [...] par ce moyen le droit courbe les faits sous sa règle au lieu de se courber sous les faits* ». Une critique d'un tel rapport entre le droit et les faits avait déjà été entreprise par le jurisconsulte italien Bartole (1313-1356). Cf. pour une contextualisa-

juridique est certes une catégorie de droit qui sied en premier lieu à l'homme et à sa faculté de volonté libre. Elle doit cependant être étendue en raison du besoin pratique de rendre compte – à l'aide des catégories juridiques existantes – du fait que des hommes s'associent en vue de nouer des rapports juridiques en commun. Ainsi, le groupe en lui-même ne possède, sur le plan de la réalité positive, aucune faculté autonome de vouloir mais la création légale de la fiction de la personnalité juridique des associations nous commande d'envisager de manière délibérément artificielle – de faire « comme si » en somme – que de telles associations fonctionnent à la manière d'un individu doué de volonté. L'absence de volonté factuelle d'une association exige néanmoins qu'une personne naturelle, seul être doué d'une telle qualité, agisse en qualité d'*organe* de la personne morale, dont la volonté sera également fictive<sup>40</sup>. Nous verrons quelque peu plus loin comment la réception de la théorie de la fiction dans la théorie allemande du droit public donna lieu à un virulent débat entre Laband et Gierke<sup>41</sup> et à une tentative de dépassement par Jellinek<sup>42</sup>.

Maintenant que la connexion qui relie les concepts de personnalité juridique, de sujet de droit et de volonté nous est apparue sous un jour plus clair, il nous reste à analyser le contenu de cette notion juridique de volonté qui est à la racine de la conception du droit privé des pandectistes. Dans leur esprit, la notion de volonté visée par le droit se singularise en ce qu'elle est une *volonté indépendante de tout contenu*, une volonté réduite à l'état de pure *potentialité (Potenz)*<sup>43</sup> ; Puchta parle plus exactement de puissance de la volonté (*Willensmacht*), un néologisme qui aura – nous le verrons – une belle postérité chez les publicistes s'inscrivant dans son sillage. En cela, les pandectistes s'inscrivent dans la définition kantienne du droit, arrêtée par le philosophe de Königsberg dans la *Métaphysique des mœurs*. Dans cet essai, Kant limite le concept de droit aux rapports *extérieurs* que les « arbitres » – ce terme désignant la faculté consciente de désirer selon des principes déterminés par le sujet<sup>44</sup> – entretiennent entre eux. Autrement dit, le droit ne traite que du versant externe de la volonté, sa manifestation envers autrui. Tous les éléments internes de la volonté – le but poursuivi, le souhait ou le désir du sujet à l'origine de l'acte de volonté – sont ainsi exclus de la science juridique<sup>45</sup>.

---

tion historique et politique de cette critique de la théorie de la fiction, Quentin Skinner, *Les fondements de la pensée politique moderne*, Paris, Albin Michel, 2009, p. 34 s.

<sup>40</sup> Savigny (1855), p. 306 et 309.

<sup>41</sup> Cf. *infra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>42</sup> Cf. *infra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3.

<sup>43</sup> Puchta (2004), p. 38.

<sup>44</sup> Kant (1994), p. 161. Cf. Jouanjan (2006), p. XVI.

<sup>45</sup> Kant (1994a), p. 16 : « *le concept du droit* [...] premièrement ne concerne que le rapport extérieur et, plus précisément, pratique d'une personne à une autre, en tant que leurs actions peuvent, comme facta, avoir une influence les unes sur les autres (immédiatement ou médiatement). Mais, deuxièmement, il ne signifie pas la relation de l'arbitre au souhait (par conséquent

Cette caractéristique de la volonté juridique permet à Puchta d'opérer la distinction capitale entre le droit et la morale. La volonté morale doit posséder un certain contenu, une substance morale, en ce qu'elle doit être orientée vers le bien. En revanche, l'objet du droit est une volonté située « par-delà le bien et le mal » car elle est libre de toute détermination matérielle. Il s'agit d'une conception formelle, où la volonté est prise comme simple possibilité de vouloir<sup>46</sup>. Ce formalisme de la volonté juridique permet de fonder l'égalité des hommes en tant que sujets de droits, tous investis d'une égale capacité de vouloir<sup>47</sup>. De même, exclure ainsi tout élément matériel dans la définition de la volonté juridique est un moyen efficace d'évacuer tout principe non-juridique de la science du droit. L'une des prémisses épistémologiques essentielles du positivisme juridique – la pureté méthodologique de la théorie du droit – fait ici une apparition à titre de conséquence de cette acception formaliste de la volonté. Un auteur comme Gerber saura s'en souvenir lorsqu'il entreprendra d'édifier une science « dépolitisée » du droit public.

Enfin, il convient de prêter une attention particulière à la conception de Puchta du droit subjectif. Celui-ci est perçu comme un rapport de volonté, compris comme puissance (*Macht*) sur un objet, qui a pour finalité la soumission de celui-ci, ou en d'autres termes, la maîtrise et la domination (*Herrschaft*) de l'objet par le titulaire du droit subjectif<sup>48</sup>. L'essence profonde du droit subjectif consisterait alors dans un droit à dominer (*herrschen*)<sup>49</sup>. L'un des plus importants pandectistes, Bernhard Windscheid (1817-1892), exprime encore plus clairement cette caractéristique majeure du droit subjectif lorsqu'il qualifie celui-ci comme capacité de domination accordée par l'ordre juridique<sup>50</sup>. Le droit objectif consistera alors en un « codage » systématique des possibilités de la volonté<sup>51</sup>.

Puchta est un privatiste, si bien que lorsqu'il établit sa théorie du droit subjectif, il envisage le droit de propriété comme paradigme, qui permet à son titulaire de disposer librement de sa chose<sup>52</sup>. La théorie allemande du droit public qui émergera dans la se-

---

pas non plus au simple besoin) d'autrui, comme c'est le cas par exemple dans les actions de bienfaisance ou de cruauté, mais purement et simplement à l'arbitre d'autrui. Troisièmement, dans cette relation réciproque des arbitres, n'intervient pas non plus la matière de l'arbitre, c'est-à-dire la fin que tout individu peut concevoir pour l'objet qu'il veut ». C'est Kant qui souligne.

<sup>46</sup> Jouanjan (1998), p. 54.

<sup>47</sup> Puchta (2004), p. 65.

<sup>48</sup> Ibid., p. 59.

<sup>49</sup> Jouanjan (1998), p. 54.

<sup>50</sup> Windscheid (1891), p. 88 : « *Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft* ».

<sup>51</sup> Jouanjan (2005), p. 215. Cf. Windscheid (1891), p. 81 : « *die Aufgabe der Rechtsordnung ist [die] Regelung des menschlichen Wollens* ».

<sup>52</sup> Puchta (2004), p. 60-61 ; cf. Jouanjan (1998), p. 54.

conde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle saura cependant tirer un riche profit de cette définition du droit subjectif comme volonté orientée vers la domination. Gerber, Laband et Jellinek, dans une moindre mesure il est vrai, feront du droit subjectif de domination de l'Etat le concept prégnant de la science du droit public.

## 2. Carl Friedrich von Gerber (1823-1891)

### 2.1 *La méthode de la science du droit public*

Il convient à présent de mesurer la portée exacte de l'influence des pandectistes sur cette nouvelle science du droit public qui prend naissance en Allemagne dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. L'auteur principal qui assura le passage de certaines conceptions centrales des pandectistes du droit privé au droit public est sans conteste Carl Friedrich von Gerber. Cela n'est guère étonnant lorsque l'on sait que ce dernier débuta sa carrière académique dans le domaine du droit privé, marquée par plusieurs écrits inspirés de l'esprit des pandectistes, notamment *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatsrechts* en 1846 et surtout *System des deutschen Privatsrechts* en 1848. Il s'orientera vers le droit public au tournant des années 1850.

Cette influence se ressent en premier lieu sur la méthode. La méthode que Gerber tire des pandectistes se traduit avant tout par une quête de la scientificité (*Wissenschaftlichkeit*). La condition de celle-ci est la construction d'un système conceptuel basé sur un concept fondateur<sup>53</sup>. L'entreprise de Gerber consistera alors à édifier un système de concepts purs du droit public<sup>54</sup>. L'influence de Kant est ici manifeste : ces concepts purs du droit public sont les conditions *a priori* de l'intelligibilité des institutions juridiques positives. La méthode consistera plus précisément à créer des concepts purement *juridiques* et ainsi à autonomiser la science du droit en expulsant toute considération politique, philosophique ou éthique de sa systématique<sup>55</sup>. Cette autonomie du droit à l'égard de tout élément extra-juridique est l'un des fondements de la doctrine qui prendra plus tard l'appellation de « positivisme juridique ». A cet égard, il n'est pas surprenant que Hans Kelsen ait salué Gerber pour son rôle fondateur d'une théorie juridique de l'Etat dénuée de considérations politiques ou morales<sup>56</sup>.

Cet important travail de formalisation et de purification du droit public doit avant tout servir à sa *dépolitisation*. La séparation du droit public et de la politique est certainement l'un des postulats les plus fondamentaux de la méthode adoptée par cette science du droit public dont Carl Friedrich von Gerber fut le fondateur. Il convient de souli-

---

<sup>53</sup> Pöggeler (1998), p. 11, cela correspond tout à fait à la *Begriffsjurisprudenz* présentée dans la précédente section.

<sup>54</sup> Jouanjan (2005), p. 213.

<sup>55</sup> Gerber (1998), p. 237 ; cf. Losano (1984), p. 105.

<sup>56</sup> Kelsen (1923), p. VII ; nous le verrons, le juriste autrichien est en revanche bien plus critique sur le reste de la doctrine de Gerber et de ses successeurs. Cf. *infra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 5.

gner que cette distinction revêt plusieurs significations qui répondent à des considérations tant épistémologiques que politiques. Cela s'explique, en premier lieu, par le manque de clarté et l'ambivalence qui caractérise, dans l'œuvre publiciste de Gerber, la notion de politique, puisque celle-ci recouvre à la fois la référence à la situation politique concrète (le jeu des partis, les rapports de forces politiques au sein d'un Etat donné, etc ...) et à la discipline scientifique chargée d'étudier ce phénomène<sup>57</sup>. L'exigence de distinction entre le droit public et la politique sert tout d'abord à assurer l'autonomie de la science du droit public vis-à-vis de toute science sociale étudiant le phénomène politique. En second lieu, l'exclusion de la politique de l'étude du droit public vise à éviter que la théorie de l'Etat ne soit qu'une affaire d'opinions subjectives où s'affrontent les différentes visions de l'Etat et de son pouvoir ayant cours dans la société civile<sup>58</sup>. L'étude exclusive des concepts généraux émanant du droit constitutionnel positif permet de conférer à la science du droit public un objet d'étude doté d'une objectivité et d'une clarté dont est privée la masse des opinions politiques, par nature subjectives et contingentes<sup>59</sup>.

Selon Michael Stolleis, cette entreprise de dépolitisation du droit public répondait aux inquiétudes de la classe moyenne suscitées par les troubles politiques survenus en Europe suite au « Printemps des peuples » de 1848. Le but implicite de l'entreprise consistait ainsi à empêcher que la théorie du droit public soit la continuation des conflits politiques de l'époque, marquée tant par des offensives venues des milieux réactionnaires et « autocratiques », que par des attaques provenant des mouvements révolutionnaires aux aspirations démocratiques<sup>60</sup>. Dans un même sens, l'entreprise de purification menée par Gerber cherchait également à détacher le droit public de son poids historique et rompait ainsi avec l'école historique du droit. À cet égard, ces concepts purs du droit public fonctionnent d'une certaine manière à l'image d'idées platoniciennes immuables, existant dans un monde conceptuel doté d'une structure propre, auxquels l'on peut rapporter la diversité des institutions ayant existé dans l'histoire<sup>61</sup>.

Cette méthode marquée par un fort systématisme implique donc de trouver le concept fondateur du droit public, à partir duquel l'on pourra bâtir l'entier de l'édifice du droit public. La première étape de l'entreprise scientifique de Gerber consistera donc à trouver le principe juridique particulier qui caractérise le droit public<sup>62</sup>. Ce premier pas

---

<sup>57</sup> Kremer (2008), p. 278.

<sup>58</sup> Gerber (1852), p. 22.

<sup>59</sup> Cf. Kremer (2008), p. 280-281.

<sup>60</sup> Stolleis (1992), p. 277 ; cf. Schönberger (2000), p. 6 qui estime que cette dépolitisation de la science du droit public sera l'une des raisons du succès considérable rencontré par l'œuvre du disciple de Gerber, Paul Laband.

<sup>61</sup> Jouanjan (1997), p. 14.

<sup>62</sup> Gerber (1852), p. 12-13.

doit aider à construire la démarcation entre droit privé et droit public, afin de constituer l'autonomie scientifique de ce dernier. A cette fin, il est permis de s'inspirer de notions du droit privé lorsqu'elles émanent d'un principe général du droit, qu'il convient alors d'adapter aux nécessités du droit public. En revanche, le simple transfert d'un principe du droit privé dans la théorie du droit public est proscrit pour des raisons scientifiques<sup>63</sup>. Dans les *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Gerber affirme avec force que le droit public ne pourra jamais véritablement s'élever au niveau d'une science autonome s'il demeure une science dérivée, empruntant ses principes constitutifs à d'autres sciences, telles que la philosophie ou le *droit privé*<sup>64</sup>.

## 2.2 *Le puissance publique (Staatsgewalt)*

La recherche de cette notion unificatrice du droit public garantissant l'autonomie de la discipline tant à l'égard d'éléments métajuridiques que du droit privé amène Gerber, paradoxalement, à s'inspirer à nouveau des pandectistes. Nous l'avons vu, ceux-ci ont fait du droit privé un système des possibilités de la volonté juridique, en déduisant la notion de droit subjectif de la faculté de vouloir propre à l'individu. A cet égard, Gerber est un héritier de Puchta, en ce qu'il fait également de la volonté le noyau fondamental de la théorie du droit public<sup>65</sup>. Le droit public est donc entendu comme un sous-système général du droit où le principe premier est la volonté comme puissance, comme possibilité. Ce concept formel de volonté est commun au droit privé et au droit public en tant que fondement du système général du droit.

Dès les premières lignes de son ouvrage majeur de droit public, les *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* de 1865, Gerber dévoile que « *le pouvoir de volonté de l'Etat, le pouvoir de l'Etat, est le droit de l'Etat* »<sup>66</sup>. En d'autres termes, le droit public (*Staatsrecht*) est la doctrine du pouvoir de l'Etat, qui doit servir à répondre aux deux questions suivantes : « *que peut vouloir l'Etat en tant que tel ? (contenu et portée du pouvoir de l'Etat) Par quels organes et sous quelle forme peut et doit s'exprimer sa volonté ?* »<sup>67</sup>. Le droit public n'est ainsi rien d'autre que l'étude du pouvoir de l'Etat, entendu comme le pouvoir de *volonté* de l'Etat.

Le droit public est donc, tout comme le droit privé, un système des possibilités de la volonté. Cependant, les deux disciplines se distinguent sur plusieurs points. Premièrement, le droit privé est lié à la personnalité juridique de l'individu ainsi qu'aux personnes morales fondées sur son modèle, alors que le droit public s'appuie sur le pou-

---

<sup>63</sup> Cette exigence sera clairement formulée par Laband. Cf. Laband (1900), p. 4.

<sup>64</sup> Gerber (1998), p. 236-237.

<sup>65</sup> Jouanjan (1997), p. 36.

<sup>66</sup> Gerber (1998), p. 3 : « *die Willensmacht des Staats, die Staatsgewalt, ist das Recht des Staats.* »

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 3-4 : « *Das Staatsrecht ist also die Lehre von der Staatsgewalt, und beantwortet die Fragen : was kann der Staat als solcher wollen ? (Inhalt und Umfang der Staatsgewalt), durch welche Organe und in welchen Formen kann und soll sich sein Wille äussern ?* ».

voir de volonté du « *peuple politiquement unifié revêtu de la personnalité juridique* »<sup>68</sup>, incarné par l'Etat. Deuxièmement, le droit privé régit un pouvoir de volonté qui peut s'orienter dans toute direction, tandis que le pouvoir de volonté de l'Etat est nécessairement déterminé par un but. C'est ici que le pouvoir de l'Etat trouve chez Gerber sa limitation, celui-ci ne peut en effet s'orienter que vers un domaine qui répond à un *but de l'Etat*<sup>69</sup>. Cependant, l'établissement d'une limite *juridique* au pouvoir de l'Etat demeure un exercice périlleux. En effet, la législation est définie par Gerber comme l'une des formes de la manifestation de volonté de l'Etat<sup>70</sup>. Une telle affirmation engage deux conséquences : l'Etat est à la fois *distinct* de l'ordre juridique et lui *préexiste*, dans la mesure où la volonté de l'Etat est la condition de création du droit. Dans de telles conditions, la limitation juridique de l'Etat ne peut que prendre la forme d'un acte de volonté de l'Etat envers lui-même. Cette problématique est laissée de côté par Gerber mais sera subtilement traitée par Jellinek.

Enfin, la volonté juridique qui est saisie par le droit public est une volonté de domination de l'Etat (*das Herrschen*), que Gerber définit comme l'action juridique dans l'intérêt du but de l'Etat dotée d'un effet obligatoire à l'égard du peuple entier<sup>71</sup>. En somme, le droit public est la formalisation juridique de la domination sous le concept de *puissance publique*<sup>72</sup>, sa construction dans les formes et les limites du droit<sup>73</sup>. Gerber fait donc de la domination l'un des principaux signes de distinction entre le droit public et droit privé. Plus exactement, le droit public régit tous les rapports de volontés verticaux (de domination, de subordination) entre l'Etat et ses sujets<sup>74</sup>. Dans le système du droit public élaboré par le juriste allemand, la volonté de l'Etat est comprise dans sa qualité unique de domination. Les différentes formes par lesquelles la volonté de l'Etat s'exprime ne sont ainsi conceptualisées qu'à titre de déclinaisons de son pou-

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 19.

<sup>69</sup> Ibid., p. 31.

<sup>70</sup> Ibid., p. 145 ; Cf. Pauly (1993), p. 151.

<sup>71</sup> Jouanjan (1997), p. 55. Gerber donne une formule synthétique de la distinction entre droit public et droit privé au début des *Grundzüge*. Cf. Gerber (1998), p. 4, n. 2 : « *das System des Privatrechts ist ein System von Willensmöglichkeiten, welche durchweg an die Willensmacht der individuellen menschlichen (oder ihr nachgebildeten) Persönlichkeit angeknüpft sind. Auch das Staatsrecht ist ein System von Willensmöglichkeiten, aber angeknüpft an die mit Persönlichkeit bekleidete Macht des politisch geeinten Volks. Sein Ausgangspunkt ist mithin nicht wie die menschliche Persönlichkeit eine nach allen Richtungen freie Willensmacht, sondern eine solche, die sich nur innerhalb des Rahmens ihrer Zweckbestimmungen bewegen kann. Ihr rechtlicher Wille ist das Herrschen, d.h. rechtliches Handeln im Interesse des Staatszweck mit einer das ganze Volk verpflichtenden Wirkung. Man kann also auch sagen : das Staatsrecht ist die Lehre vom Staatswillen* ».

<sup>72</sup> Le terme allemand « *Staatsgewalt* » est tantôt traduit par « *puissance publique* », tantôt par « *pouvoir d'Etat* ». Nous permettrons donc d'utiliser ces deux variantes, attendu qu'elles recouvrent la même notion.

<sup>73</sup> Jouanjan (2005), p. 242.

<sup>74</sup> Gerber (1998), p. 215 et 217.

voir de domination. En ce sens, les différents organes de l'Etat expriment au même titre sa volonté, mais dans des formes différentes : le législatif commande à la volonté des hommes sous la forme de règles générales et abstraites, l'exécutif et le judiciaire sous la forme de décisions individuelles et concrètes<sup>75</sup>.

Dans la mesure où le pouvoir de domination au bénéfice de l'Etat est un pouvoir de volonté capable de s'imposer à une autre volonté ou à un objet – une *Willensmacht* – il est également permis d'affirmer que Gerber range la domination de l'Etat dans la catégorie juridique du droit subjectif tel que les pandectistes avaient conceptualisé cette notion. En revanche, l'individu n'est doté, en droit public, que d'un statut *passif*. En effet, la domination de l'Etat se traduit juridiquement comme l'exercice de son droit de puissance sur ses « objets naturels » : les citoyens, les communes et le territoire étatique<sup>76</sup>. Le droit public saisit les individus comme membres de la communauté politique, où ils sont juridiquement unis comme *objets* de la domination étatique<sup>77</sup>. Par conséquent, les individus ne sont titulaires d'aucun *droit public subjectif* opposable à l'Etat, en ce qu'ils ne possèdent aucune possibilité de volonté dans les rapports de droit public. Ils ne peuvent être protégés que par des « effets-réflexes » (*Reflexwirkungen*) du droit objectif, soit des protections accordées aux individus par un acte d'autorité de l'Etat<sup>78</sup>. Dans le droit public gerbérien, il n'existe qu'une unique catégorie de droit public subjectif : le droit de puissance publique (*Gewaltsrecht*) de l'Etat. Il reviendra à Georg Jellinek de critiquer cette conception, faisant de l'existence de droits publics subjectifs des individus l'une des conditions *sine qua non* de la conception du droit public comme un ensemble de rapports de volonté.

### 2.3 La personnalité juridique de l'Etat

Le dernier, mais non des moindres, emprunt de Gerber aux pandectistes concerne le concept de personnalité juridique, dont il entend revêtir l'Etat. En effet, la volonté n'émane pas du néant, elle est nécessairement attachée à une personne, plus précisément à un sujet de droit, attendu que le droit subjectif se définit avant tout à travers le concept de volonté. Le caractère juridique de la volonté de domination de l'Etat nécessite qu'elle puisse être *imputée* à une personnalité juridique. Celle-ci est intimement liée à la possibilité de vouloir, une conception directement héritée des pandectistes. Pour concevoir l'Etat comme un centre de volontés orientées vers la domination<sup>79</sup>, il

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 136-179 ; Kremer (2008), p. 211.

<sup>76</sup> Gerber (1998), p. 44-45.

<sup>77</sup> Ibid., p. 46 et surtout, p. 226-228. Dans les *Grundzüge* de 1865, Gerber emploie le terme de « *Staatsbürger* » pour qualifier le statut de droit public des individus. Dans son premier essai consacré au droit public, *Über öffentliche Rechte* publié en 1852, Gerber utilise terme – plus explicite – d'« *Untertanen* ». La position juridique de l'individu était déjà celle d'un objet de la puissance publique. Cf. Gerber (1852), p. 76.

<sup>78</sup> Gerber (1998), p. 34 et 47 ; cf. Hummel (2002), p. 305.

<sup>79</sup> Cf. Jouanjan (2005), p. 246.

est essentiel de lui conférer la personnalité juridique. Pour cette raison, Gerber affirme dès les premières lignes des *Grundzüge* que le point de départ et l'achèvement du droit public résident dans la personnalité de l'Etat, qu'elle est même la condition de sa scientificité<sup>80</sup>. Le droit public se trouve arrimé au concept central de personnalité de l'Etat qui exprime sa qualité de sujet voulant et agissant au même titre que la science pandectiste du droit privé s'appuie sur la personnalité de l'individu. Le parallèle est ici particulièrement manifeste<sup>81</sup>.

La réponse au problème méthodologique posé par l'hypothèse d'une personnalité juridique de l'Etat passera par la construction d'une notion de personnalité propre au droit public, en ce qu'elle ne s'applique qu'à l'Etat. La pureté de la méthode exige en effet la constitution d'un concept originaire de personnalité juridique qui ne soit pas dérivé du droit privé<sup>82</sup>. La particularité de la personnalité juridique de l'Etat tient dans la nature différente de la volonté qui y est attachée, et qui diffère sur deux points essentiels de la volonté attachée à la personnalité juridique de l'individu en droit privé. Ces points ont déjà été soulignés : la volonté de l'Etat comme personnalité est, dans un premier temps, nécessairement dirigée vers un but de l'Etat alors que la volonté de l'individu n'est orientée vers aucune direction prédéterminée. Dans un second temps, l'Etat dispose d'un droit subjectif de domination pour l'accomplissement des tâches nécessaires à la réalisation d'un but de l'Etat, c'est-à-dire que *lui seul* est capable d'exprimer une volonté juridiquement obligatoire pour l'ensemble du peuple<sup>83</sup>. En termes imprégnés d'hégélianisme, Gerber défend l'idée que la volonté de l'Etat possède ce pouvoir particulier car elle incarne la volonté du « *peuple conscient de lui-même* ». En ce sens, le peuple – pensé sur le modèle de l'organisme et non comme l'agrégation de volontés individuelles – est le substrat concret de la personnalité juridique de l'Etat<sup>84</sup>. Gerber affirme que seul l'Etat permet au peuple de parvenir à la « conscience collective juridique » et d'acquérir ainsi la capacité de vouloir en tant qu'*unité*. En

---

<sup>80</sup> Gerber (1998), p. 4 : « *in der Persönlichkeit des Staats liegt der Ausgangs- und Mittelpunkt des Staatsrechts ; mit der Anknüpfung an sie ist zugleich die Möglichkeit und Richtung eines wissenschaftlichen, d.h. durch einen einheitlichen Gedanken beherrschten Systems gegeben* ». Cf. également *ibid.*, p. 2 n. 2.

<sup>81</sup> Cf. Kremer (2008), p. 232.

<sup>82</sup> Gerber (1998), p. 2 (n. 2) et 226.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 226 : « *Der Staat als Persönlichkeit hat eine eigenthümliche Willensmacht, die Staatsgewalt. Sie ist das Recht zu herrschen, d.h. das Recht, zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben einen das ganze Volk verbindenden Willen zu äussern. Dieser Willensinhalt unterscheidet die juristische Persönlichkeit des Staats specifisch von den juristischen Personen des Privatrechts* ».

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 19-20 : « *die Staatsgewalt ist die Willensmacht eines persönlich gedachten sittlichen Organismus. Sie ist nicht eine künstliche und mechanische Zusammenfassung vieler Einzelwillen, sondern die sittliche Gesamtkraft des selbstbewussten Volks* ».

d'autres termes, le peuple obtient la personnalité juridique dans et par l'Etat<sup>85</sup>. Le droit de domination de l'Etat peut donc être considéré, à certains égards, comme la subjectivisation de la volonté générale<sup>86</sup>. Ce pouvoir extraordinaire assigné à la volonté de l'Etat permet d'ériger celui-ci en plus haute personnalité de l'ordre juridique, un « *su- jet de volonté autonome* »<sup>87</sup> dont l'action n'est déterminée que par sa propre volonté<sup>88</sup>.

A la lecture du précédent paragraphe, il apparaîtra surprenant d'apprendre que Gerber rejetait avec virulence la théorie de la personnalité de l'Etat dans son premier essai de droit public, *Über öffentliche Rechte* (1852). Il y opposait trois raisons qui trahissent en partie les orientations politiques qu'il tentera de concilier avec la théorie de la personnalité de l'Etat dans les *Grundzüge* de 1865. Tout d'abord, le recours à la personnalité juridique de l'Etat revient à user d'une notion de droit privé (la personne et sa volonté), le droit public est alors dépourvu d'un concept propre le démarquant du droit privé (problème méthodologique)<sup>89</sup>. Deuxièmement, Gerber est un conservateur qui souscrit alors entièrement au principe monarchique. Or l'attribution de la puissance publique à cette abstraction qu'est l'Etat conçue sous la forme d'une personnalité juridique amoindrit fatalement le statut du Monarque régnant. En effet, l'Etat acquiert le pouvoir suprême et s'érige au rang d'unique souverain ; le monarque est alors réduit au rang d'organe de l'Etat, au même titre que les Assemblées législatives, et n'a ainsi que des droits dérivés de la Constitution. Le pouvoir du monarque est alors juxtaposé aux autres pouvoirs au lieu de leur être superposé<sup>90</sup>. Le principe monarchique, auquel Gerber adhère alors pleinement, exige au contraire que le monarque possède un pouvoir originaire de commandement. Troisième raison, qui explique la seconde, Gerber est en 1852 encore fortement sous l'influence des théories politiques de Friedrich Julius Stahl (1802-1861), où souveraineté et pouvoir d'Etat se confondent. Cela signifie que le pouvoir suprême de l'Etat s'identifie à l'acteur concret possédant la plus grande force : le monarque<sup>91</sup>.

Olivier Jouanjan remarque à juste titre que la théorie de la personnalité de l'Etat permet un déplacement dans la doctrine de la souveraineté. Celle-ci cesse d'être l'attribut

---

<sup>85</sup> Ibid. p. 1-2 : « *die juristische Betrachtung des Staats aber ergreift zunächst die Thatsache, dass das Volk in ihm zum rechtlichen Gesamtbewusstsein und zur Willensfähigkeit erhoben wird, m.a.W. dass das Volk in ihm zur rechtlichen Persönlichkeit gelangt* » ; Cf. Schönberger (1997a), p. 29, qui souligne bien le caractère conservateur d'une telle conception, où le peuple n'obtient son unité que dans l'Etat, qui s'identifiait alors à la bureaucratie monarchique.

<sup>86</sup> Cf. Jouanjan (1998), p. 66 ; ce point décisif permet de distinguer l'organicisme de Gerber de l'organicisme « objectif » auquel souscrit l'Ecole historique du droit.

<sup>87</sup> Hummel (2002), p. 302. Cf. Thomas (1984), p. 31, qui préfère l'expression de « *centre autonome de décision* ».

<sup>88</sup> Gerber (1998), p. 22.

<sup>89</sup> Gerber (1852), p. 18-19.

<sup>90</sup> Gerber (1852), p. 16 ; cf. Jouanjan (2005), p. 240.

<sup>91</sup> Oertzen (1962), p. 188 ; Uhlenbrock (2000), p. 58 ; Jouanjan (2005), p. 241.

direct du monarque pour devenir la qualité de l'Etat en tant que personne, si bien que l'on peut réellement parler de « *souveraineté de l'Etat* » au sens propre, où le pouvoir de l'Etat est indépendant de toute puissance extérieure ou supérieure<sup>92</sup>. Par la conceptualisation de la notion de personnalité de l'Etat, Gerber dépasse les théories patrimoniales de l'Etat – qui connaissaient alors une certaine vogue en Allemagne – qui font de la souveraineté un droit patrimonial du détenteur concret du pouvoir de l'Etat<sup>93</sup>.

Il est d'autant plus surprenant d'apprendre qu'un conservateur comme Gerber se fit l'apologète de l'idée de souveraineté de l'Etat comme personne juridique. En Allemagne, cette idée était plutôt l'apanage d'auteurs libéraux, en particulier durant la période du *Vormärz*, tels que Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876)<sup>94</sup>. Le but de la construction de la personnalité juridique de l'Etat était alors de limiter les pouvoirs du monarque et de le soumettre à un ordre juridique supérieur incarné par la Constitution. Eriger l'Etat au rang de souverain revenait à faire du monarque un organe de ce dernier, et donc séparé du lieu de la souveraineté<sup>95</sup>. Dans les *Grundzüge* de 1865, Gerber s'attèlera ainsi à la tâche délicate consistant à admettre la notion de personnalité juridique de l'Etat tout en conservant le substrat conservateur et antilibéral des objections développées en 1852. Fidèle au principe monarchique, Gerber se trouve donc confronté à un dilemme : comment concilier sa conception de l'Etat-personne comme titulaire de la volonté suprême et le pouvoir absolu du monarque ? Pour ce faire, il recourt à une théorie de l'organe affirmant que l'Etat est une personne agissant par le biais d'organes, qui sont ainsi les représentants (*Vertreter*) de l'Etat. Gerber élève le monarque au rang d'organe suprême de l'Etat, celui dont la volonté vaut comme volonté générale et volonté de l'Etat. Le monarque est ainsi « la personnification » (*Verkörperung*) de l'Etat car il offre un substrat concret à sa volonté<sup>96</sup>. Plus précisément, la volonté du Monarque *représente* la volonté de l'Etat, il est le « support du pouvoir de l'Etat ». Les effets de la personnalité de l'Etat, dont on pouvait craindre qu'ils atténuent la puissance du monarque, sont ainsi grandement atténués<sup>97</sup>. En effet, lorsque Gerber faisait du peuple le substrat de la personnalité juridique de l'Etat, il ouvrait la possibilité d'un processus démocratique de formation de la volonté de l'Etat, puisqu'il rendait possible l'identification de la volonté du peuple et de la volonté de

---

<sup>92</sup> Jouanjan (2005), p. 247.

<sup>93</sup> Ibid., p. 246-247 ; Losano (1984), p. 106. Sur les théories patrimoniales, cf. notre section consacrée à Max von Seydel, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.

<sup>94</sup> Cf. Uhlenbrock (2000), p. 39.

<sup>95</sup> Hummel (2002), p. 301 ; Stolleis (1992), p. 333 ; Pauly (1993), p. 81-82 ; le fait que Gerber fut l'élève d'Albrecht à Leipzig peut être un élément d'explication. Cf. Losano (1984), p. 103 et 107.

<sup>96</sup> Gerber (1998), p. 77 : « *Der Monarch ist das oberste Willensorgan des Staats. Sein Wille soll als allgemeiner Wille, als Wille des Staats gelten. In dem Monarchen wird die abstrakte Persönlichkeit der Staatsgewalt verkörpert* ».

<sup>97</sup> Cf. Jouanjan (2005), p. 250-251.

l'Etat. Sa théorie de l'organe rend caduque une telle éventualité et donne une orientation résolument conservatrice à sa théorie de l'Etat<sup>98</sup>.

A cet égard, les hésitations de Gerber autour de la personnalité de l'Etat traduisent l'ambiguïté politique à l'œuvre derrière ce concept. En effet, la conception de Gerber de l'Etat comme personne juridique se situe aux antipodes de sa première théorisation par Albrecht. Dans la perspective libérale de celui-ci, la formulation de la personnalité juridique de l'Etat était le moyen d'assurer la commune soumission du monarque et du peuple à la Constitution<sup>99</sup>. En revanche, l'Etat-personne envisagé par Gerber est le moyen de créer un sujet de volonté émancipé de toute limite. La personnalité juridique de l'Etat est donc ici un moyen de soumission de la société civile à l'Etat, et non la condition de la limitation de son pouvoir<sup>100</sup>. En ce sens, Gerber est bien plus l'héritier de la conception pandectiste de la personne morale, où celle-ci se trouve séparée de ses membres et réduite à sa qualité de sujet voulant et agissant. Sa volonté prend la forme de droits subjectifs qui sont l'expression de sa capacité d'infléchir une autre volonté ou de dominer un objet. L'apport de Gerber à la théorie de la personnalité juridique tient dans l'affirmation que la personnalité de l'Etat est nécessairement orientée vers la domination et déterminée par un but. Pour le reste, il reprend l'acquis théorique légué par la science pandectiste du droit privé<sup>101</sup>.

### 3. Paul Laband (1838-1918)

#### 3.1 L'« exécutif testamentaire » de Gerber

Paul Laband est l'auteur d'un monumental *Droit public de l'Empire allemand* en quatre volumes (première édition en 1876), dont l'influence considérable survécut à la dissolution de l'empire wilhelmien et s'étendit jusqu'aux dernières années de la République de Weimar, où le « labandisme » devint un objet d'intense polémique<sup>102</sup>. L'autorité intellectuelle du constitutionnaliste allemand franchit également les frontières du Rhin, son ouvrage majeur étant traduit en français à partir de 1900. L'œuvre de Laband dépasse certes de loin l'ampleur des écrits de droit public de Gerber. Cependant, certaines prémisses théoriques fondamentales sont identiques chez les deux juristes<sup>103</sup>, si bien que Laband a parfois été qualifié, à juste titre, d'« exécutif testa-

---

<sup>98</sup> Pauly (1993), p. 155.

<sup>99</sup> Uhlenbrock (2000), p. 46.

<sup>100</sup> Schönberger (1997a), p. 50-51 ; Kremer (2008), p. 233-234.

<sup>101</sup> Kremer (2008), p. 234-236 ; Uhlenbrock (2000), p. 76.

<sup>102</sup> La charge la plus sévère émana certainement de Hermann Heller dans son article paru en 1926, *Die Krisis der Staatslehre*. Heller reproche à Laband et à Gerber de professer un formalisme vide de sens dont la prétendue pureté vis-à-vis des considérations sociologiques ou politiques cache mal l'absolutisation de certains principes politiques précis liés à l'Etat bismarckien. Cf. Heller (2012), p. 12-28 ; cf. également : Pauly (1993), p. 30-36 et Oertzen (1962), p. 183 s. pour une bonne synthèse de la question.

<sup>103</sup> Pauly (1993), p. 186.

mentaire » de Gerber<sup>104</sup>. Pour s'en convaincre, il suffit de relire les préfaces aux deux premières éditions du *Droit public de l'Empire allemand*. Nous y trouvons l'énoncé d'un programme, basé sur la purification de la science du droit public de tout élément non-juridique ou issu du droit privé et sur la recherche de notions fondatrices, s'inscrivant dans la droite ligne de Gerber et, plus globalement, des pandectistes<sup>105</sup>. Laband explique que la méthode juridique est avant tout une dogmatique. Elle construit son objet à partir de la logique et exclut ainsi tout élément téléologique de ses considérations. Il s'agit donc de rapporter chaque institution du droit public à son concept fondateur, sans égard pour le but poursuivi par l'institution étudiée – ce dernier étant situé au-delà de son concept – afin d'aboutir à une vision strictement objective du droit<sup>106</sup>. Les considérations téléologiques ainsi exclues de la science du droit, celle-ci n'est plus que la construction d'un système de concepts généraux auxquelles doivent être rapportées les institutions particulières, grâce à la méthode de la subsomption<sup>107</sup>. L'une des caractéristiques majeures qui sera plus tard attribuée au positivisme, celui de complétude de l'ordre juridique, trouve ici son origine. En effet, Laband n'hésite pas à affirmer : « *il n'y a de particulier dans la constitution allemande, comme dans toute législation, que l'application effective et l'enchaînement des principes généraux du droit. La création d'un principe juridique absolument nouveau et sans pareil, qui ne puisse pas être subordonné à un principe de droit plus élevé et général, est aussi impossible que la découverte d'une nouvelle catégorie logique ou la naissance spontanée d'une nouvelle force dans la nature* »<sup>108</sup>.

Pour l'établissement de la généalogie des notions fondamentales qui seront déconstruites par Duguit – avant tout les concepts de personnalité juridique de l'Etat et de puissance publique entendue comme droit subjectif – la signification de Laband est cependant moins importante que ne le laisserait suggérer sa postérité, car il se fait ici aussi l'héritier direct de Gerber. Son œuvre mérite néanmoins d'être analysée car elle contient quelques développements inédits, notamment en regard de la nécessité d'adapter les notions précitées à la réalité d'un Etat fédéral comme l'était l'Empire allemand créée en 1871. Ses considérations sur la nature de la personnalité juridique sont également riches d'enseignements.

---

<sup>104</sup> Stolleis (1992), p. 341 ; ce qualificatif fut utilisé pour la première fois par l'historien du droit Ernst Landsberg (1860-1927) dans sa *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* parue en 1910.

<sup>105</sup> Laband (1900), p. 1-11 ; Gaudemet (1989), p. 966.

<sup>106</sup> Cf. Wilhelm (1958), p. 9.

<sup>107</sup> Ibid., p. 10 ; Schönberger (1997a), p. 85-86 ; un simple coup d'œil à la table des matières de l'*opus magnum* de Laband finit d'emporter la conviction. Il y développe la même logique : il débute la plupart des chapitres par la définition générale d'un concept juridique dont il développe les notions et les institutions particulières qui en découlent par la suite.

<sup>108</sup> Laband (1900), p. 3.

### 3.2 La définition de l'Etat fédéral

Après une introduction historique consacrée à la formation de l'Empire allemand, Laband entre dans le vif du sujet et tente de fonder la nature *juridique* de celui-ci en tant qu'Etat fédéral. Il débute par opérer une distinction décisive entre la *Confédération d'Etats (Staatenbund)* et l'*Etat fédéral (Bundesstaat)*. Le but de la distinction consistera à trouver la forme politique qui permette de maintenir l'unité de la personnalité juridique et de la puissance publique de l'Empire allemand nouvellement créée<sup>109</sup>. Il s'agit en cela de s'opposer à une partie de la doctrine de l'époque – menée par le bavarois Max von Seydel – qui soutenait que les Etats fédérés demeuraient seuls souverains, l'Empire allemand n'étant dès lors qu'une Confédération d'Etats et non un Etat fédéral<sup>110</sup>. Pour distinguer ces deux formes de fédération, Laband débute paradoxalement par faire une analogie avec le droit privé. L'Etat correspond à la personne juridique de droit privé, tandis que la Confédération peut être comparée à une société régie par le droit privé. La différence tient au fait que seule la personne juridique est un sujet de droit, la société n'étant qu'un rapport de droit<sup>111</sup>. Ainsi, la Confédération est un rapport de droit entre Etats qui n'acquiert pas la qualité de sujet de droit, celle-ci revenant uniquement à l'Etat.

Cela signifie que seul un Etat dispose de la personnalité juridique, qui se traduit par la possession de droits de souveraineté propres et d'une volonté souveraine indépendante et indivisible<sup>112</sup>. Dans un Etat fédéral, l'unité et l'indépendance du pouvoir d'Etat tient en ce que la volonté de l'Etat fédéral est une volonté *indépendante* de celle de ses membres, tandis que la volonté de la Confédération d'Etat se constitue de la somme des volontés des membres. La puissance centrale de l'Etat fédéral est alors seule souveraine<sup>113</sup>. La particularité de la puissance d'un Etat fédéral est qu'elle s'exerce *médiatement*, avec le concours des membres de la fédération<sup>114</sup>. Ceux-ci conservent néanmoins le droit de prendre part et de coopérer à la formation et à la manifestation de la volonté de l'Etat fédéral. La constitution d'un Etat fédéral n'équivaut donc pas à la soumission des collectivités fédérées à l'une d'entre elles ou à un Etat étranger, mais signifie leur unification dans une communauté d'ordre supérieur : « *ce n'est point à un souverain « physique » différent d'[elles]-mêmes, qu'[elles] sont poli-*

---

<sup>109</sup> Stolleis (1992), p. 345.

<sup>110</sup> Cf. Maulin (2003), p. 37-38.

<sup>111</sup> Laband (1900), p. 100.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 101 et 110 : « *si l'on entend par souveraineté la puissance supérieure, suprême, qui se détermine seulement elle-même, cette conception implique logiquement le caractère d'absolutisme et par suite le caractère d'indivisibilité, car une souveraineté divisée serait une souveraineté bornée, une demi-souveraineté, c'est-à-dire non pas une quasi-antinomie [...] mais bien dans toute la force du terme une contradictio in adjecto* ».

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 102 et 153.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 104-105.

*tiquement subordonné[e]s, mais à une personne idéale dont [elles] sont [elles]-mêmes le substratum* »<sup>115</sup>.

### 3.3 Le droit propre de domination

Le critère fondamental de définition de l'Etat est l'existence d'un droit propre de domination (« *eigenes Herrschaftsrecht* ») en faveur de l'Etat. Laband reconnaît explicitement la paternité de cette notion à Gerber<sup>116</sup>, ce qui n'empêche pas le Professeur de Strasbourg d'offrir sa définition de la domination : « *dominer, c'est avoir le droit d'ordonner à des personnes libres des actes, des abstentions, des prestations et de les contraindre à s'y conformer* »<sup>117</sup>. Ce droit de domination est un concept exclusif au droit public car il est susceptible de s'appliquer sur les personnes, alors que le droit privé ne connaît des droits de domination que sur les choses, à l'exemple des droits réels<sup>118</sup>. Au reste, ce droit de domination prend la forme d'un droit subjectif entendu comme pouvoir de volonté. Laband affirme de façon explicite que le droit de domination au bénéfice de l'Etat s'exprime par le pouvoir dont dispose l'Etat de briser unilatéralement la volonté des individus par sa propre volonté<sup>119</sup>. A cet égard, Laband se fait le digne héritier de Gerber en ce qu'il refuse, lui aussi, toute forme de droits publics subjectifs des citoyens opposables à l'Etat, ceux-ci étant des *objets* de la domination étatique. L'auteur du *Droit public de l'Empire allemand* réitère l'idée selon laquelle les protections accordées aux citoyens ne sont qu'un reflet de la volonté de l'Etat qui se limite elle-même en posant une loi – qui est un acte de volonté de l'Etat – concédant certaines garanties aux individus<sup>120</sup>. Laband reconnaît, comme Gerber, que le peuple, soit les citoyens pris collectivement, forme le substrat de l'Etat sans qu'il n'en découle des prérogatives réelles au bénéfice du peuple<sup>121</sup>.

Il convient enfin de préciser que ce droit de domination est un droit *propre* (*eigenes*) de l'Etat<sup>122</sup>. Cela signifie que ce dernier exerce cette faculté d'ordonner à des hommes libres en son propre nom, et non en vertu d'une délégation ou à titre d'organe d'une

---

<sup>115</sup> Ibid., p. 108.

<sup>116</sup> Ibid., p. 116.

<sup>117</sup> Ibid., p. 119.

<sup>118</sup> Ibid., relevons tout de même que Laband précise de manière claire un peu plus loin que la plus grande partie de l'activité de l'Etat s'exerce sans intervention de droits de domination et que l'Etat peut tout à fait accomplir ses activités par d'autres biais que la domination. Il s'agit de comprendre que, d'un point de vue méthodologique, la domination est mise en avant comme caractéristique spécifique de la puissance d'Etat afin d'opérer la distinction entre droit public et droit privé.

<sup>119</sup> Ibid., p. 120.

<sup>120</sup> Laband (1900), p. 239 ; Cf. Jouanjan (1998), p. 67.

<sup>121</sup> Uhlenbrock (2000), p. 87-88 ; en ce qui concerne l'Etat fédéral, Laband va plus loin, précisant que celui-ci n'est pas la réunion des 56 millions de citoyens mais des 25 Etats-membres de l'Empire allemand.

<sup>122</sup> Avant même la traduction en français du *Droit public de l'Empire allemand*, la théorie de Laband relative au droit propre de l'Etat avait été introduite en France par Louis le Fur dans sa

puissance supérieure<sup>123</sup>. Ces intuitions théoriques seront développées avec une plus grande acuité par Jellinek et, en France, par Raymond Carré de Malberg lorsqu'ils feront de l'autonomie constitutionnelle le signe distinctif de l'existence d'une puissance publique propre à l'Etat<sup>124</sup>. Un Etat se caractérise donc par sa puissance de domination et non par la souveraineté, en ce qu'il peut exister des Etats non-souverains. Un Etat peut être en quelques points juridiquement soumis à une autorité supérieure ou extérieure et conserver une puissance d'Etat se traduisant par des droits de domination sur des hommes libres. Un Etat ne cesse donc d'être un Etat lorsqu'il cesse d'être souverain. Selon Laband, un tel état de fait est confirmé par les critères de la reconnaissance d'un Etat en droit international, où les autres Etats reconnaissent à un Etat un droit propre de domination sur un territoire et des sujets, et non une domination indépendante de toute puissance supérieure<sup>125</sup>. Les Etats membres d'un Etat fédéral peuvent donc demeurer des Etats même s'ils perdent leur souveraineté, dans la mesure où ils sont sujets de droits de domination<sup>126</sup>. Ils se distingueront de l'Etat fédéral par le fait que celui-ci possède une volonté indépendante et *dominant* les Etats-membres<sup>127</sup>. Sur ce point, Laband se distingue de Gerber qui continuait d'amalgamer puissance d'Etat (« *Staatsgewalt* ») et souveraineté (« *Souveranität* »), faisant de la seconde la propriété d'une puissance d'Etat parfaite<sup>128</sup>.

De ces subtils développements, Laband déduit que l'Empire allemand doit être considéré comme un Etat fédéral, comme l'attestent plusieurs dispositions de sa Constitution<sup>129</sup>. Cette qualité d'Etat fédéral permet à l'Empire de disposer d'une personnalité de droit public indépendante ainsi que d'une puissance d'Etat propre, la puissance d'Empire (« *Reichsgewalt* »)<sup>130</sup>. Ainsi, l'Empire allemand peut devenir un objet d'étude du droit public, en ce qu'il possède les deux caractéristiques essentielles – déjà établies par Gerber – d'un Etat : la personnalité juridique et le droit de puissance publique.

---

thèse monumentale consacrée à la théorie juridique de l'Etat fédéral et publiée en 1896. Cf. Le Fur (1896), p. 378 s.

<sup>123</sup> Laband (1900), p. 114 et 122.

<sup>124</sup> Cf. *infra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.2 et III, 3.4.1.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 139 ; cf. Pauly (1993), p. 194.

<sup>127</sup> Laband (1900), p. 158. Celle-ci se traduit concrètement par la possibilité qu'a l'Etat fédéral d'élargir sa sphère de compétence par une décision majoritaire des Etats-membres, tandis que la Confédération d'Etats est soumise à la règle de l'unanimité. Ainsi, pour prendre un exemple parlant qui nous est proche, l'actuelle « Confédération » suisse est bien un Etat fédéral, selon les critères labandiens, malgré son appellation officielle. En effet, l'attribution d'une compétence à la « Confédération » nécessite une révision constitutionnelle soumise à l'approbation de la *majorité* du peuple et des cantons, et ne requiert pas l'unanimité de ces derniers. Cf. art. 140 al. 1 let. a et art. 142 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101).

<sup>128</sup> Gerber (1998), p. 22, n. 5.

<sup>129</sup> Cf. Laband (1900), p. 152-157.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 158-160.

L'organisation de la puissance d'Empire en organes occupe une part substantielle du premier volume du traité de Laband. Il convient ici seulement de souligner que le sujet de la puissance d'Empire est l'Empire compris comme personnalité juridique. L'Empereur n'est ainsi qu'un *organe* de l'Empire aux pouvoirs dérivés de sa Constitution<sup>131</sup>. Laband relativise cependant cette affirmation en établissant que l'Empereur, dans le système constitutionnel de l'Empire allemand, occupe une place privilégiée. A l'instar de Gerber, le Professeur de Strasbourg adhère à l'idée que l'Empereur est l'incarnation concrète de l'Empire, en ce qu'il est l'unique représentant de l'Empire vis-à-vis des tiers dans les affaires extérieures et intérieures<sup>132</sup>. De surcroît, la fonction gouvernante dévolue à l'Empereur lui confère un certain contrôle sur les autres organes de l'Etat – notamment les assemblées législatives – qui ne bénéficient pas d'une telle mainmise sur l'organe exécutif<sup>133</sup>. Le concept de sanction monarchique de la loi est l'une des manifestations les plus éclatantes de cette hiérarchie des pouvoirs que Laband croit déceler dans le système constitutionnel de l'Empire allemand. Selon le publiciste allemand, la procédure législative se décline en deux phases distinctes. La fixation du contenu de la loi constitue la première étape au cours de laquelle les Assemblées législatives sont appelées à participer. La seconde étape consiste à promulguer la norme afin de lui conférer un caractère obligatoire. De l'avis du Professeur de Strasbourg, seule cette seconde phase nécessite un acte de volonté de l'Etat qui fait ainsi usage de sa puissance publique, puisque la promulgation équivaut à un commandement exigeant l'obéissance à la loi<sup>134</sup>. A cet égard, l'article 17 de la Constitution de l'Empire allemand de 1871 dispose qu'il revient à l'Empereur de promulguer les lois de l'Empire. Si l'on suit la logique du dispositif conceptuel labandien, cela signifie que, même dans la procédure législative, l'Empereur exprime seul la volonté de l'Etat. A cet égard, le Parlement ne peut plus être considéré comme un réel organe de l'Etat, ce qui constitue un moyen habile de disjoindre l'Etat de la société civile<sup>135</sup>.

La prééminence de l'exécutif s'exprime également par la célèbre distinction élaborée par Laband entre loi au sens formel et loi au sens matériel<sup>136</sup>. L'auteur du *Droit public de l'Empire allemand* établit qu'une loi au sens matériel se signale par son contenu. Une loi est réputée matérielle dès lors qu'elle contient une règle de droit dont la nature consiste à modifier la situation juridique personnelle des gouvernés en leur octroyant des droits ou en leur imposant des obligations<sup>137</sup>. Une telle notion permet de faire ap-

---

<sup>131</sup> Ibid., p. 328 : « *L'Empereur exerce, en qualité d'organe de l'Empire, les droits de souveraineté de l'Empire, dans la mesure où la Constitution et les lois de l'Empire l'y appelle* ».

<sup>132</sup> Ibid., p. 346.

<sup>133</sup> Ibid., p. 348.

<sup>134</sup> Laband (1901), p. 276-277.

<sup>135</sup> Cf. Schönberger (1997), p. 267-268.

<sup>136</sup> Pour un aperçu détaillé de la question, cf. Jouanjan (2005), p. 265-273.

<sup>137</sup> Laband (1901), p. 518 ; cf. Carré de Malberg (1922), p. 301.

paraître sous un jour clair l'adhésion fidèle de Laband à la conception du droit défendue par l'École pandectiste puisque la loi apparaît comme un instrument de la volonté de l'Etat lui permettant d'élargir, par l'octroi de droits, ou de restreindre, par la création d'obligations, la sphère de liberté dont dispose la volonté d'une personne juridique placée en face de lui<sup>138</sup>. Une loi au sens formel n'est, en revanche, rien d'autre qu'un acte ayant suivi la procédure législative prescrite par la Constitution. La forme, et non le contenu, en est l'élément caractéristique. Laband cite l'exemple des lois qui régissent « *l'organisation, la compétence et la manière de procéder des autorités publiques, le système des finances publiques [et] le régime des services publics* »<sup>139</sup> qui n'ont de législatif que la forme et non le contenu matériel car ils ne déterminent pas *directement* la volonté des gouvernés. En dépit de leur forme législative, le Professeur de Strasbourg affirme qu'il s'agit avant tout d'actes d'administration. La confection de tels actes peut dès lors prendre la forme d'ordonnances et se passer du concours des Chambres qui demeure en revanche nécessaire à l'élaboration de lois au sens matériel<sup>140</sup>. L'Empereur continue ainsi de disposer d'un pouvoir législatif considérable dans plusieurs domaines stratégiques tels que le budget de l'Etat<sup>141</sup>. Le principe monarchique trouve ainsi une consécration manifeste dans l'œuvre de Paul Laband par cette diminution du pouvoir des Chambres. Il s'agit au même titre d'une tentative visant à empêcher une parlementarisation de l'Empire allemand voulue par la bourgeoisie libérale<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Jouanjan (2005), p. 267.

<sup>139</sup> Laband (1901), p. 361.

<sup>140</sup> Sur cet aspect, les explications de Raymond Carré de Malberg sont très éclairantes : « *toute cette théorie est issue des tendances inhérentes au constitutionnalisme moderne. [...] En Allemagne, où la doctrine de la loi-règle de droit est si répandue, cette doctrine s'inspire, au point de vue politique, de l'idée que le monarque peut bien, en vertu de sa puissance administrative, organiser et régler par ses propres ordonnances les services administratifs, mais qu'en revanche il n'est pas admissible que les droits des sujets puissent être modifiés par le monarque statuant de sa seule volonté en forme d'ordonnance administrative* ». Cf. Carré de Malberg (1922), p. 305.

<sup>141</sup> Laband développa la distinction entre loi au sens matériel et loi au sens formel à la suite du conflit constitutionnel prussien (1859-1866) entre le Roi Guillaume I<sup>er</sup> et la Chambre basse du Parlement prussien dominé par les libéraux. Ceux-ci cherchaient à faire opposition à une réforme de l'Armée par le biais de la compétence budgétaire dont disposait la Chambre. Cf. Jouanjan (2005), p. 266. Laband consacra en 1871 un essai à cette épineuse question. Cf. Paul Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen des preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des norddeutschen Bundes*, Berlin/New York, De Gruyter, 1971.

<sup>142</sup> Schönberger (1997), p. 265 ; Jouanjan (2005), p. 272-273. Duguit n'avait pas manqué de percevoir la dimension de stratégie politique revêtue par la dichotomie loi au sens matériel-loi au sens formel dans la problématique des lois de budget. Cf. Duguit (2003), p. 523-524.

### 3.4 La nature de la personnalité juridique : théorie de la fiction contre théorie de la corporation

Le *Droit public de l'Empire allemand* est un ouvrage dédié, en majeure partie, à l'étude du droit constitutionnel positif de l'Empire. Il se trouve parfois avare en développements théoriques sur certaines notions fondamentales. Il en va ainsi de la notion de personnalité juridique de l'Etat qui est expédiée en une note de bas de page<sup>143</sup>. Aussi concise soit-elle, elle demeure riche d'enseignements : Laband s'oppose d'abord à l'école réaliste représentée par Max von Seydel (1846-1901) qui rejette catégoriquement la caractérisation de l'Etat comme personne juridique au motif que l'Etat n'a point de volonté en lui-même puisqu'il n'existe empiriquement que des volontés individuelles et non des volontés collectives<sup>144</sup>.

De même, il s'oppose à des auteurs comme Otto von Gierke (1841-1921) et Hugo Preuss (1860-1925), partisans de la réalité de la personnalité juridique. Ces auteurs souscrivent, comme les pandectistes, à une vision volontariste du droit subjectif et de la personnalité juridique<sup>145</sup>. En revanche, ils s'opposent vigoureusement à la théorie de la fiction défendue par Savigny, Puchta ou Windscheid. A cet égard, l'opposition de Gierke aux pandectistes dépasse de loin la simple querelle de doctrine sur une question de technique juridique mais possède également une dimension politique. Gierke a notamment reproché, en des termes d'une grande virulence, aux pandectistes d'avoir servi « *la réaction politique* » et surtout d'avoir « *tué l'âme allemande dans le droit germanique* »<sup>146</sup>. Gierke choisit de délaissier ainsi la référence au droit romain pour l'étude de la personnalité morale et décide de s'inspirer du droit corporatif allemand dont il publie une monumentale histoire en cinq volumes publiés entre 1868 et 1913<sup>147</sup>. De cette étude, il ressort que Gierke et son école n'envisagent nullement la personnalité morale comme une création artificielle de l'ordre juridique – postulat de base de la théorie romaniste de la fiction – mais comme l'expression de l'existence de personnes collectives réelles dotées d'une volonté collective tout aussi réelle sur un plan empirique<sup>148</sup>. A ce propos, Gierke reconnaît que la personnalité et la volonté des

---

<sup>143</sup> Laband (1900), p. 158, n. 1.

<sup>144</sup> Cf. *infra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.

<sup>145</sup> Il n'est ainsi pas étonnant que Gierke offre une définition du droit subjectif singulièrement similaire à celle des pandectistes : « *le droit subjectif est puissance ou soumission extérieure de la volonté, dominer ou être dominé* », Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. 1 : *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, p. 253.

<sup>146</sup> Cf. Jouanjan (1998), p. 48 ; Stolleis (1998), p. 82.

<sup>147</sup> Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 5 vol., Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954.

<sup>148</sup> Gierke (1963), p. 608 : « *la capacité de vouloir et d'agir des corporations est une réalité existant dans et avec leur personnalité. Pour nous, le droit leur attribue la personnalité précisément parce qu'il voit en elles les sujets d'une volonté collective une et continue. Ici, comme dans l'individu, nous voyons la base de la subjectivité dans une volonté qui est la force interne,*

corporations sont, dans une certaine mesure, des concepts abstraits car elles ne peuvent être directement appréhendées par les sens. L'affirmation de la réalité de la personnalité et de la volonté d'un groupe sert essentiellement à souligner un aspect spécifique de la vie effective de celui-ci qui n'est autre que l'unité de la volonté de la corporation émergeant parmi la pluralité des associés<sup>149</sup>. En tout état de cause, si le droit positif appréhende la personnalité morale, il se contente d'en reconnaître l'existence, mais ne la crée en aucun cas<sup>150</sup>. Toute formation sociale génère nécessairement des règles chargées de réguler son existence. Chez Gierke, l'Etat ne possède ainsi en rien le monopole de la création du droit ; un point sur lequel Duguit insistera longuement en invoquant l'autorité de Gierke et Preuss<sup>151</sup>.

D'un point de vue global, Laband se range du côté de la théorie de la fiction et reproche aux deux écoles précitées, aux visions pourtant diamétralement contradictoires<sup>152</sup>, de commettre la même erreur épistémologique, en ce qu'elles ignorent à quel niveau ontologique se situe la notion de personnalité. Se demander si une personne collective est dotée d'une existence réelle est une question vaine, car celle-ci se meut dans le « monde des idées ». Rejeter une idée juridique comme la personnalité de l'Etat revient à rejeter le Droit dans son ensemble, puisque celui-ci n'est qu'un ensemble d'idées. En effet, la personnalité juridique de l'individu n'a pas plus d'existence réelle que celle de l'Etat, la nature créant des individus, et non des sujets de droit<sup>153</sup>. Ce renvoi à la nature abstraite de la personnalité juridique explique le recours à la théorie de l'organe auquel procède Laband, ainsi que tous les auteurs admettant l'abstraction de la personnalité juridique<sup>154</sup>. Dans la mesure où une entité abstraite ne saurait avoir de volonté propre, une personne physique doit agir en qualité d'organe de la personne morale vis-à-vis des autres sujets de droit<sup>155</sup>. Ainsi, l'organe se voit investi d'une double nature, personne physique dans la réalité positive, personne morale dans le monde juridique.

---

*principe des actes extérieurs* ». Nous empruntons la traduction à Léon Michoud. Cf. Michoud (1924), p. 69.

<sup>149</sup> Gierke (1954b), p. 887 : « [Die Gesamtpersönlichkeit] ist schlechthin nur die als Person begriffene Einheit in der Gesamtheit. [Sie] ist keine bloß fingierte, sondern eine reale Existenz ; aber ihr Begriff ist ein abstrakter, weil er von der sinnlichen Erscheinung des Genossenverbandes nur eine bestimmte in tiefer Besonderheit sinnlich nicht wahrnehmbare Seite abhebt ».

<sup>150</sup> Gierke (1963), p. 37.

<sup>151</sup> Duguit (2003), p. 133.

<sup>152</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux vives critiques adressées par Hugo Preuss à Max von Seydel. Cf. Preuss (1889), p. 142-143.

<sup>153</sup> Laband (1900), p. 159.

<sup>154</sup> Nous verrons deux exemples particulièrement éloquentes plus loin lorsque nous étudierons les œuvres de Georg Jellinek et de Raymond Carré de Malberg.

<sup>155</sup> Laband (1900), p. 345 n. 1.

La controverse doctrinale entre Laband et Gierke s'est épanouie en plusieurs endroits de l'œuvre doctrinale du Professeur de Strasbourg. Celui-ci avait notamment eu l'occasion de développer sa conception de l'unité des personnes morales et de leur relation à leurs membres dans un article de 1885 consacré, en partie, à la personnalité juridique des sociétés commerciales.

Comme cela a été précisé plus haut, la doctrine de Gierke souligne que l'unité d'une personne morale et de sa volonté n'est en rien une fiction juridique. Une telle unité émerge de l'organisation et de la structure interne du groupe qui permet de faire émerger une volonté collective distincte de celle des associés. Gierke poursuit son raisonnement en prenant soin de préciser que la personnalité collective doit certes être distinguée de la personnalité individuelle des associés mais que l'on ne peut en inférer une séparation radicale entre les deux termes. En effet, les associés sont à la fois la condition et la raison d'être de la corporation. Une corporation sans membres est une chose impensable, un néant, à l'image d'un individu sans corps<sup>156</sup>. Dans la théorie de la corporation de Gierke, la *personne collective* (*Verbandsperson*) – Gierke privilégie ce terme à celui de personne morale – ne se situe ainsi pas en situation de tierce partie vis-à-vis de la pluralité de ses membres mais se lie à eux dans une relation organique. Par cette affirmation, il s'agit de comprendre la position anti-individualiste de Gierke, en ce qu'il envisage la corporation et ses membres unis par un destin commun. La corporation n'existe pas pour son propre bénéfice mais pour le bénéfice de ses membres, et son activité se trouve déterminée et limitée par ce but. De même, les membres de la corporation ne vivent pas uniquement pour eux-mêmes mais également pour le bien-être de la corporation, si bien que leur activité est aussi liée et limitée par ce but. Cette dialectique crée ainsi la possibilité de coordonner de manière harmonieuse les droits et les obligations de la corporation comme unité et de ses membres compris comme pluralité<sup>157</sup>. Gierke voit là l'expression de la double nature de l'être humain, à la fois être individuel en soi mais également membre d'une collectivité. L'existence humaine se déploie ainsi sur deux niveaux dotés d'une même réalité : le niveau individuel et le niveau collectif. Au-dessus de la volonté individuelle de l'homme existe également la volonté commune du groupe dans lequel l'individu est nécessairement inséré<sup>158</sup>.

Dans son article, Laband prend le contre-pied total des développements théoriques de Gierke. Le Professeur de Strasbourg rétorque que l'érection d'une collectivité en per-

---

<sup>156</sup> Gierke (1954b), p. 887 : « *Die Genossenschaft gewinnt als solche eine eigne Rechtswesenheit, welche unabhängig von der Sonderpersönlichkeit ihrer Glieder besteht und in unwandelbarer Kontinuität mit sich selbst identische bleibt, wenn auch die Mitglieder wechseln. Das genossenschaftliche Rechtswesen ist eine Gesamtpersönlichkeit, weil es einer Genossengesamtheit immanent ist, aus und in ihr lebt und ohne sie so wenig wie die Einzelperson ohne einen Körper bestehen könnte* » ; cf. Heller (2012), p. 18.

<sup>157</sup> Gierke (1954b), p. 40 et 906. Cf. Lewis (1935), p. 39-40.

<sup>158</sup> Gierke (1915), p. 92-94.

sonne juridique ne peut être que l'œuvre du législateur, réitérant ainsi son adhésion à la théorie de la fiction. La création de la personnalité juridique d'une société devient *ipso facto* le garant de son unité, puisqu'en la constituant en personne juridique, l'ordre juridique permet de faire « *de la somme des existences particulières une unité fondamentale au sein de laquelle il n'y a aucune diversité* »<sup>159</sup>. Cette absence de diversité n'est rien d'autre que l'expression de l'unique qualité de la société comme personnalité juridique, et donc comme sujet de droit<sup>160</sup>. En conséquence, Laband affirme que toute personne juridique doit être pensée sur le modèle de l'individu, c'est-à-dire comme une unité logiquement indivisible<sup>161</sup>. Les termes de cette querelle de doctrine ne doivent pas être exclusivement compris comme une dispute autour d'une question de technique juridique. La théorie de la fiction revient à donner un pouvoir absolu au législateur dans le contrôle de toute forme d'association, puisque lui seul peut lui conférer une existence juridique. Cet aspect autoritaire de la théorie de la fiction sera constamment soulevé et dénoncé par ses adversaires, par Gierke en première ligne en Allemagne<sup>162</sup>, par Michoud et Duguit en France<sup>163</sup>.

De plus, Laband s'inscrit également dans la droite lignée des pandectistes où la définition de la personne juridique se résume à son statut de sujet de volonté *clos*<sup>164</sup>. Le juriste de Strasbourg reprend donc également à son compte la méfiance qu'un Savigny nourrissait à l'égard de la conception corporative de la personne morale. A rebours des conceptions de Gierke qui entendait faire de la personne collective un tout harmonieux incluant l'individu et la collectivité<sup>165</sup>, la conception pandectiste de la personne morale revient à opérer une séparation stricte entre la personnalité juridique de la société et celle des membres qui la constituent. Dans son *Traité de droit romain*, Savigny affirme en effet que la personne juridique ne peut être dissoute par la volonté de ses membres, car elle constitue une personnalité *indépendante* ; seule la force publique peut ordonner la dissolution d'une personne morale<sup>166</sup>. À l'appui de sa démonstration,

---

<sup>159</sup> Laband (1885), p. 495.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 492 ; une affirmation réitérée dans le *Droit public de l'Empire allemand*. Cf. Laband (1900), p. 141.

<sup>161</sup> *Ibid.* : « *la personne, dans la doctrine du droit, n'a pas d'autre qualité que cette unique qualité qui constitue tout son être, à savoir la propriété d'être un sujet de droit. Par suite, toute personne est une unité, c'est-à-dire quelque chose de logiquement indivisible, un « individuum ». Il ne peut y avoir de la personne qu'une conception individualiste ; car nier l'individualité, c'est nier en même temps la personnalité* ». Nous soulignons.

<sup>162</sup> Cf. Black (1990), p. XVII.

<sup>163</sup> Pour la critique de Michoud, cf. *infra*, 1<sup>re</sup> Partie, III, 2.1.1. Pour la critique de Duguit, cf. *infra*, 2<sup>e</sup> Partie, III, 1.1.

<sup>164</sup> Uhlenbrock (2000), p. 85-86.

<sup>165</sup> Cf. Baume (2002), p. 122 ; Black (1990), p. XVII.

<sup>166</sup> Savigny (1855), p. 273 : « *la personne juridique une fois constituée ne doit pas être dissoute par la seule volonté des membres actuels, car elle existe indépendamment de ses membres ; il faut encore l'autorisation de l'autorité souveraine. D'un autre côté, les personnes juridiques*

Laband explique que cette séparation se démontre par l'existence juridique indépendante que mènent une personne morale et les personnes physiques qui en sont en membres : une personne morale demeure identique à travers le temps, quand bien même les membres qui la constituent changent en permanence<sup>167</sup>. Dans son grand traité de droit public, Laband reprend cette distinction et l'illustre à l'aide d'un exemple. Si l'on se représente la ville de Berlin comme une personne juridique, l'on fait nécessairement abstraction des particuliers qui l'habitent. Cela signifie que l'on ne conçoit pas ceux-ci comme s'ils étaient dénués d'existence, mais comme des unités distinctes de la personne juridique de la ville de Berlin. Il ne s'agit pas d'arracher la collectivité à ses membres mais de les isoler théoriquement comme des unités séparées, porteuses de droits et de devoirs distincts. La création de la personnalité juridique de la ville de Berlin par le droit aboutit ainsi à faire de la « *somme des existences particulières une nouvelle unité fondamentale, dans laquelle il n'y a point de pluralité* »<sup>168</sup>. Il s'agit donc avant tout d'une opposition *logique*<sup>169</sup>. Plus loin dans son imposant traité, Laband affirme ainsi explicitement que l'Etat est toujours la personnification d'une communauté populaire et qu'il est impossible d'envisager l'Empire allemand sans le peuple allemand<sup>170</sup>. Cette affirmation de principe est cependant fortement nuancée par la façon dont le publiciste allemand conçoit l'agencement des pouvoirs du II<sup>e</sup> Reich, où, nous l'avons vu, la représentation populaire partielle incarnée par le Parlement se trouve dévalorisée au profit de l'Empereur.

Si dans son article de 1885, le Professeur de Strasbourg traite alors de la personnalité juridique des sociétés commerciales et se situe donc sur le terrain du droit privé, nous estimons que Laband a appliqué la même théorie de la personnalité juridique à l'Etat dans le *Droit public de l'Empire allemand* afin de servir ses orientations politiques conservatrices. Cette homologie entre la conception romaniste de la personne juridique et la doctrine de l'Etat comme puissance de domination avait d'ailleurs été reconnue par Laband lui-même dans son discours du rectorat de 1880 consacré précisément à la signification de la réception du droit romain pour le droit public allemand. Laband y affirme sans détours que le développement de l'Etat absolu et la réception du droit romain ne forment qu'un seul et même phénomène en Allemagne en ce que l'absolutisme s'est servi du droit romain pour fonder ses prétentions dominatrices<sup>171</sup>.

Dans son essai *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Hugo Preuss tente d'élaborer une théorie de l'Etat basée sur la doctrine de la corporation de Gierke. Le

---

*peuvent être dissoutes par la décision seule de l'autorité, malgré la volonté de leurs membres, si elles viennent à compromettre la sûreté ou les intérêts de l'Etat ».*

<sup>167</sup> Schönberger (1997a), p. 94

<sup>168</sup> Laband (1900), p. 142.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Ibid., p. 161.

<sup>171</sup> Laband (1880), p. 39 ; Cf. Stolleis (1998), p. 81-82.

futur « père » de la Constitution de la République de Weimar procède notamment en érigeant la conception de l'Etat de Laband en contre-modèle. Alors que la théorie corporative adopte une position holiste et entend concevoir Etat et individus comme s'intégrant de façon indissociable dans un ensemble organique<sup>172</sup>, la théorie labandienne développe une vision « individualiste » en construisant juridiquement l'Etat sur un modèle de la personnalité juridique hérité du droit privé romain. Celui-ci est dominé par le concept central de personne juridique qui, à l'image d'un individu, recouvre une unité close, autonome et indivisible de volonté, autant de qualités que Gerber et Laband attribuent à l'Etat compris comme personne juridique<sup>173</sup>. Cela explique notamment le refus de Laband – faisant suite à celui de Gerber – de reconnaître un statut juridique autonome à l'individu en droit public. Dans son traité sur le droit allemand de la corporation, Otto von Gierke démontre également comment le concept allemand de corporation s'est érigé contre la notion romaine de personne juridique, où celle-ci interdit que l'on envisage la personnalité morale d'une collectivité comme un simple agencement d'autres personnes juridiques. Ainsi, le concept d'Etat personne morale inspiré du droit romain ne peut recevoir la personnalité juridique des individus en son sein<sup>174</sup>. Selon Christoph Schönberger, cette conception de la personne morale permet en effet de valoriser l'Etat au détriment de l'individu et de la société civile. La démarcation stricte entre l'Etat-personne et ses membres – les citoyens, la société civile – permet de bloquer les possibilités de participation de ces derniers à la puissance pu-

---

<sup>172</sup> Dans son ouvrage, Preuss procède à une certaine dévalorisation de l'Etat en ce qu'il entend faire de celui-ci une simple corporation parmi d'autres, s'intégrant dans une grande chaîne organique de corporations (la famille, la tribu, le peuple ; la commune, l'Etat, l'Empire, la communauté internationale). En sa qualité de corporation, l'Etat ne peut se penser indépendamment du peuple qui le constitue. Preuss (1889), p. 138 s., notamment p. 166 : « *Die Personen der Bürger als Theile der Gesamtperson des Staates sind die Zellen, welche dem sie umschliessenden Organismus Nahrung zuführen ; und die Gesamtperson des Staates schützt die Gliedpersonen der Bürger als integrirende Theile ihres eignen Selbst* ». Cf. également Gierke (1915), p. 94. La théorie organiciste de l'Etat ainsi développée ne doit cependant pas être interprétée comme une doctrine ayant pour but premier de protéger l'individu contre l'Etat. La théorie de l'« Etat organique » suppose en effet que l'individu et l'Etat forment un tout et ont donc un destin lié ; il est possible d'exiger le sacrifice de l'individu au profit de l'Etat, ce qui atteste le versant anti-individualiste et anti-libéral de cette doctrine. Cf. Baume (2002), p. 122.

<sup>173</sup> Preuss (1889), p. 110-111 ; Cf. Gierke (1954c), p. 36 s.

<sup>174</sup> Cf. Gierke (1954b), p. 29 : « *die römische Persönlichkeit ist daher absolut. Sie ist nur durch sich selbst bestimmt, wird dagegen weder durch Verbindung mit anderen Subjekten noch durch die ihr unterworfenen Objekte afficirt oder modificirt [...] Die römische Person ist also nach aussen wie nach innen souverän. Sie ist ferner untheilbar wie die Individualität. Ihr Gesammter und überall gleicher Gehalt ist wesentlich für ihren Begriff, sie kann ohne Selbsterstörung kein Stück von sich ablösen, sie kann daher auch nicht Theil oder Glied einer andern Persönlichkeit sein* ». Hugo Preuss relève à juste titre que cette définition de la personne juridique de droit romain peut s'appliquer sans modification à l'Etat-personne conceptualisé par Gerber et Laband. Cf. Preuss (1889), p. 111.

blique<sup>175</sup>. Cette séparation *épistémologique* permet ainsi la sujétion *politique* des citoyens.

Nous verrons plus bas qu'il s'agira ici de l'un des aspects les plus problématiques de la réception de la théorie de l'Etat de Laband – et des « pandectistes de droit public » en général – dans la doctrine française de droit public. A ce propos, Raymond Carré de Malberg opposera une doctrine allemande basée sur le dogme de la « souveraineté de l'Etat », où ce dernier apparaît comme une personne morale close et séparée de la nation, à la théorie française de la « souveraineté nationale » où nation et Etat sont indissolublement liés, le second n'étant que l'organisation juridique de la première<sup>176</sup>.

#### 4. Georg Jellinek (1851-1911)

Georg Jellinek est, pour notre propos, un auteur doublement important. En premier lieu, il a développé avec rigueur et exhaustivité certaines notions qui étaient restées à l'état d'intuition ou d'ébauche conceptuelle chez Gerber et Laband. Par exemple, la thèse de la personnalité juridique de l'Etat est développée par Jellinek avec une grande richesse d'arguments. Le juriste allemand a également amendé les conceptions de ses prédécesseurs sur des points substantiels et enrichi la science allemande du droit public de certaines notions qui seront appelées à un important rayonnement dans la culture juridique européenne, à l'image de la doctrine de l'autolimitation de l'Etat par le droit ou de la théorie des statuts. En second lieu, Jellinek est un auteur capital en regard de la relation de son œuvre à celle de Duguit. Ce dernier semble, en effet, avoir érigé son collègue allemand en parangon de la théorie germanique de l'Etat. De l'aveu même du Professeur de Bordeaux, Jellinek est à l'origine de son premier ouvrage majeur – *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* publié en 1901 – rédigé pour répondre point par point au *System der subjektiven öffentlichen Rechte* de Jellinek, dont la première édition parut en 1892. Toute proportion gardée, nous pourrions inférer de cette affirmation que Jellinek joua pour Duguit le rôle que Hume joua pour Kant, soit celui d'un auteur dont la lecture l'aura sorti de son « sommeil dogmatique » et contre qui il aura bâti les éléments fondamentaux de sa théorie<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Schönberger (1997a), p. 95.

<sup>176</sup> Cf. *infra*, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.1.

<sup>177</sup> Duguit (1927), p. 549-550 : « *Ma doctrine est le contre-pied des théories allemandes et le livre, où je l'ai exposée pour la première fois, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, a été écrit en réponse au livre de Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 1892. La doctrine allemande du droit public est exclusivement subjectiviste. Elle fait de la puissance publique un droit subjectif dont l'Etat personne est le sujet. Ma doctrine est essentiellement objectiviste : je nie la puissance publique conçue comme droit subjectif ; je nie la personnalité de l'Etat conçue comme sujet de droit* ».

#### 4.1 *Un renversement méthodologique : la « rematérialisation » de la théorie de l'Etat*

Jellinek est, à certains égards, un héritier des théories de Gerber et Laband et compte parmi les fondateurs de cette nouvelle science germanique du droit public née au tournant des années 1850<sup>178</sup>. Cependant, sa doctrine s'écarte sur certains points notables des travaux de ses aînés, notamment sur la méthodologie choisie, qu'il convient de traiter dès à présent.

La rénovation de l'épistémologie juridique à laquelle s'attèlera Jellinek peut trouver des éléments d'explication dans sa biographie. Avant de se consacrer au droit, Jellinek a étudié la philosophie, obtenant même un doctorat dans cette discipline grâce à une thèse bien éloignée des préoccupations juridiques, puisqu'elle portait sur la comparaison entre les systèmes philosophiques de Schopenhauer et de Leibniz. De surcroît, une partie importante de sa carrière académique se déroula à Heidelberg, un foyer très actif du débat philosophique à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Il n'est ainsi pas impossible qu'il ait mis à profit ses larges connaissances en la matière lors de l'élaboration de sa méthodologie juridique<sup>179</sup>. Jellinek est en effet un adepte de l'idéalisme subjectif issu de Kant, dont l'épistémologie l'a beaucoup inspiré<sup>180</sup>. Ainsi, plusieurs concepts prégnants de la science du droit public – à commencer par le plus fondamental : l'Etat – apparaîtront à Jellinek comme le produit d'une *synthèse* de données empiriques réalisée par l'esprit humain à l'aide de catégories *a priori* de la connaissance<sup>181</sup>. Cela signifie que le droit est avant tout un phénomène psychique interne à l'homme qui participe des sciences de l'esprit opposées aux sciences de la nature, celles-ci portant sur l'étude du monde physique<sup>182</sup>.

La conceptualisation juridique impose donc le recours à un substrat empirique car, dans une perspective kantienne, toute connaissance dérive de l'expérience. Cette exigence épistémologique conduira Jellinek à opérer une rupture avec l'*Isolierung* du droit et le positivisme pur soutenus par Gerber et Laband<sup>183</sup> où tout élément non-juridique était banni pour des motifs de scientificité. La construction d'une science du droit public passera chez Jellinek par la « rematérialisation » du droit public et la mobilisation d'un matériau issu des diverses variétés des sciences sociales (histoire,

---

<sup>178</sup> Jouanjan (2005), p. 289-290.

<sup>179</sup> Cf. Schönberger (2000), p. 14-15.

<sup>180</sup> Jellinek déplore en 1892 : « *Überhaupt spinnt sich ein grosser Teil juristischer Kontroversen in allen Disziplinen der Rechtswissenschaft nur deshalb unaufhörlich fort, weil der Jurisprudenz bisher kein Kant erstanden ist, dem sie eine Kritik der juristischen Urteilskraft zu verdanken hätte* ». Cf. Jellinek (1919), p. 13 ; il participe donc, à sa manière, au renouveau kantien connu par la philosophie allemande dans la période 1870-1918 et qui s'incarnera en philosophie dans les écoles de Marbourg et Bade.

<sup>181</sup> Jouanjan (2005), p. 291.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 299

<sup>183</sup> Schönberger (1997a), p. 216-217 ; Cf. Thomas (1984), p. 31-32.

science politique, sociologie, philosophie, etc ...) permettant d'obtenir une base empirique aussi complète et approfondie que possible du phénomène étatique<sup>184</sup>. Jellinek n'est donc nullement partisan d'un isolement du droit des autres sciences de l'esprit. Il est en effet intimement convaincu que des événements historiques et sociaux sont à la base des concepts fondamentaux du droit constitutionnel<sup>185</sup>. La particularité de la méthode juridique tiendra aux catégories transcendantales utilisées pour la construction du concept d'Etat. Le sujet connaissant devra en effet faire usage de catégories *juridiques* pour bâtir une définition juridique de l'Etat. Selon Olivier Jouanjan, c'est une divergence de perspective qui est à l'origine de la fameuse théorie jellinéquienne de la « *Zwei-Seiten-Lehre* » qui informe son ouvrage majeur, *L'Etat moderne et son droit*<sup>186</sup>. Le premier volume bâtit le concept *social* de l'Etat, tandis que le second volume est entièrement dédié à l'édification d'un concept proprement juridique de l'Etat. Il ne faudrait ainsi pas voir dans cette doctrine des « deux faces » deux formes d'Etat distinctes qui coexisteraient l'une à côté de l'autre. Concept social et concept juridique sont deux « types »<sup>187</sup> d'Etat construits par le sujet connaissant sur la même base empirique, mais obtenus à l'aide de catégories transcendantales distinctes, les catégories des sciences sociales d'un côté, les catégories de la science du droit de l'autre. La différence tient en ceci que les premières sont des sciences *causales* qui analysent la corrélation entre certains facteurs historiques et sociaux et la naissance et l'organisation de l'Etat. En revanche, la seconde est une science *normative* qui ne porte pas sur ce qui *est* (Sein), mais sur les prescriptions contenues dans les règles de droit qui indiquent ce qui *doit être* (Sollen)<sup>188</sup>. Il n'y a donc pas deux formes d'Etat qui coexisteraient côte à côte mais simplement deux perspectives distinctes sur le même objet<sup>189</sup>, deux types de synthèse subjective d'un même substrat empirique opérés à l'aide de différentes catégories *a priori*. Les postulats subjectivistes de l'épistémologie kantienne sont donc scrupuleusement respectés.

---

<sup>184</sup> Jellinek (2005), p. 15-16 : « *sans doute, la doctrine juridique de l'Etat devra isoler le côté juridique pour en faire une étude approfondie : elle n'en devra pas moins s'appuyer sur des principes que seule peut donner la connaissance générale de l'Etat* ».

<sup>185</sup> Jouanjan (2005), p. 311.

<sup>186</sup> Edition originale : Georg Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, 2 vol., Berlin, O. Häring, 1900. Nous utilisons la traduction française de Georges Fardis publiée initialement en 1911 et rééditée en 2005 aux éditions Panthéon-Assas.

<sup>187</sup> Le « type » chez Jellinek est à rapprocher, dans une certaine mesure seulement, de l'« idéal-type » développé par Max Weber, un ami proche et un collègue de Jellinek à Heidelberg. Cf. Anter (2000), p. 77-79.

<sup>188</sup> Jellinek anticipe sur ce point la théorie pure du droit de Kelsen. Cf. Jellinek (2005), p. 89 : « *La dogmatique du droit ne peut pas et ne veut pas connaître les faits en soi, leur entité propre. Elle ne constate pas des lois naturelles qui agissent avec une force invincible. Son objet est de saisir le contenu des normes, règles hypothétiques qui n'ont rien de commun avec les rapports nécessaires de causalité* ». Cf. Maulin (2003), p. 20.

<sup>189</sup> Jouanjan (2005), p. 311.

#### 4.2 La nature de l'Etat ; le concept social de l'Etat

Jellinek débute ainsi par s'attacher à construire, en premier lieu, le concept *social* de l'Etat. Au niveau le plus fondamental, Jellinek conçoit l'Etat comme une « *somme de relations sociales bien définies se traduisant en actes [...] une juxtaposition et une succession d'actes bien définis, se traduisant en relations d'homme à homme* »<sup>190</sup>. Cette somme de rapports sociaux possède néanmoins une unité, l'Etat, car le sujet connaissant, à l'aide des catégories de la connaissance héritées de l'épistémologie kantienne, opère la synthèse et lui confère ainsi une unité. L'Etat est ainsi perçu comme une « *synthèse subjective* », une fonction de l'esprit humain. Il s'agit donc d'un phénomène intérieur à l'homme et non d'une substance existant en soi<sup>191</sup>. L'Etat *en soi* est donc aussi inconnaissable que l'est le noumène dans la philosophie de la connaissance de Kant<sup>192</sup>. Jellinek poursuit sa définition de l'Etat en précisant qui si celui-ci est relation, il s'agit plus précisément de rapports de *volonté* d'une multitude d'hommes, plus précisément « *des hommes qui commandent et d'autres qui obéissent à ces commandements, voilà ce qui forme le substratum de l'Etat* »<sup>193</sup>. L'Etat se constitue donc de rapports de domination entre gouvernants et gouvernés qui prennent la forme de rapports de volonté à volonté.

Le juriste allemand poursuit son investigation en cherchant le *principe d'unification* qui permet de faire de l'Etat une unité. Il constate que le territoire n'est pas un principe suffisant pour définir l'Etat car des unités extérieures, mécaniques comme les unités dans l'espace et les unités dans le temps ne suffisent pas à expliquer le concept d'Etat. En effet, des hommes qui vivent dans un territoire limité vis-à-vis d'autres hommes ne constituent pas encore un Etat<sup>194</sup>. Il exclut ensuite les *unités causales* – tout ce qui partage une cause commune se rapporte en effet à notre esprit comme une unité – car elles lui semblent également insuffisantes pour constituer une unité durable. Par exemple, une nation peut être constituée par une même cause : la descendance d'une même souche. Cependant, il arrive bien souvent que cette cause disparaisse ou s'étiolle en raison des vagues successives d'émigration et d'immigration, sans pour autant remettre en cause l'existence de l'Etat<sup>195</sup>. Une troisième catégorie, celle des *unités formelles* ne trouve également pas grâce à ses yeux. Par formes, Jellinek entend les institutions tels les parlements, les ministères ou l'armée qui peuvent posséder une forme commune perdurant à travers le temps. Jellinek estime cependant que la « *catégorie de*

---

<sup>190</sup> Jellinek (2005), p. 283, nous soulignons.

<sup>191</sup> Ibid., p. 284.

<sup>192</sup> Ibid., p. 266 : « *A la base du monde où s'exerce notre activité et dans lequel l'Etat a sa place, nous ne pouvons mettre que les faits subjectifs de notre conscience et non pas la réalité objective des choses que nous ne pouvons connaître que dans une mesure très limitée* ».

<sup>193</sup> Ibid., p. 286.

<sup>194</sup> Ibid., p. 287

<sup>195</sup> Ibid., p. 288

*l'unité formelle ne suffit pas par elle-même à mettre de l'ordre dans la diversité des rapports étatiques* »<sup>196</sup>.

C'est finalement la catégorie de l'*unité téléologique* – basée sur une fin, un but commun et durable – qui lui semble la plus apte à qualifier l'Etat comme unité : « *l'unité de l'Etat [...] est une unité essentiellement téléologique ; une multitude d'hommes est à nos yeux unie quand elle est reliée par des fins constantes intimement cohérentes, et plus ces fins ont de l'importance, d'autant plus caractérisée est l'unité* »<sup>197</sup>. L'Etat est plus précisément caractérisé comme *unité d'association*, à savoir une unité d'hommes réunis autour d'un but commun<sup>198</sup>. L'unité est cependant limitée à la préservation des buts de l'association, ce qui place l'individu dans une situation double : il est à la fois membre de l'association mais aussi individualité libre de tout lien d'association<sup>199</sup>. Ce double statut assigné à l'individu prendra une importance particulière lorsqu'il s'agira de définir sa relation juridique à l'Etat. Une fois cette prémisse théorique essentielle posée, Jellinek détaille deux autres éléments constitutifs de l'Etat. Il constate tout d'abord que l'activité de l'unité d'association étatique déploie son activité sur une portion délimitée du territoire terrestre peuplée par des hommes établis à demeure sur un même lieu<sup>200</sup>. Cela apporte un premier complément à la définition de l'Etat qui doit dès lors être considéré comme une unité d'association d'*hommes sédentaires*.

Ces éclaircissements posés, il nous est possible de présenter la définition de l'Etat qui semble à Jellinek la plus complète et précise : « *L'Etat est l'unité d'association, composée d'hommes sédentaires et dotée originairement de la puissance de domination* »<sup>201</sup>. Cette définition permet de saisir le concept *social* de l'Etat. D'un point de vue méthodologique, il convient de souligner que Jellinek parvient à une telle définition par la synthèse de divers phénomènes sociaux et historiques qui sont à la base des concepts fondamentaux du droit constitutionnel. Cette synthèse sociale lui servira de base de travail à la construction du concept *juridique* de l'Etat. Si ce dernier a pour base le concept social de l'Etat, il n'en est ni la déduction, ni la transposition, mais une perspective différente sur le même objet.

#### 4.3 *Le concept juridique de l'Etat ; la personnalité juridique de l'Etat*

Une conception *juridique* de l'Etat présuppose que celui-ci se soumette au droit, ainsi seulement il peut être titulaire de droits et de devoirs. Or l'Etat se définit comme le

---

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Ibid., p. 289-290.

<sup>198</sup> L'Etat est d'ailleurs le type d'association où l'unité présente la plus haute intensité, étant donné que « *l'Etat est de toutes les associations celle qui a le plus de fins constantes et l'organisation la plus parfaite et la plus compréhensive* », Jellinek (2005), p. 290.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Jellinek (2005), p. 291 ; la notion juridique de territoire est détaillée dans : Jellinek (2005a), pp. 17-34.

<sup>201</sup> Jellinek (2005), p. 292.

pouvoir suprême sur un territoire donné, celui qui n'est limité par aucun autre. La limitation de son pouvoir par le droit passera donc nécessairement par une limitation que l'Etat s'impose à lui-même. L'autolimitation de l'Etat est ainsi la condition première de sa conceptualisation *juridique*<sup>202</sup>. A y regarder de près, la définition juridique de l'Etat ne varie que peu en comparaison de sa définition sociale. En effet, Jellinek définit juridiquement l'Etat comme la « *corporation d'une nation sédentaire dotée originellement de la puissance de domination ou bien pour nous servir d'un terme très usité depuis quelque temps, la corporation territoriale dotée originellement de la puissance dominatrice* »<sup>203</sup>.

La corporation est donc l'élément distinctif du concept juridique de l'Etat. A ce propos, Jellinek prend bien garde de préciser que l'on a ici affaire ni à une fiction ni à l'hypostase d'une entité possédant une existence réelle dans le monde objectif, ce qui l'amène à s'écarter, sur ce point précis, de Gierke malgré l'emprunt du concept de corporation<sup>204</sup>. Selon la méthodologie propre à Jellinek, la corporation doit être perçue comme la « *synthèse juridique par laquelle on ne fait qu'exprimer les rapports juridiques de l'unité d'association et ses rapports avec l'ordre juridique* »<sup>205</sup>. La corporation est donc une somme de relations juridiques. En sa qualité de *synthèse*, elle permet de penser l'Etat comme *unité*<sup>206</sup>. Cela permet ainsi de conférer une visibilité à la multiplicité d'actions que le concept d'Etat recouvre en réalité. En ce sens, Jellinek voit dans l'Etat compris comme une corporation une *abstraction* de ce faisceau de relations juridiques. A travers cette théorie de l'abstraction, Jellinek dépasse la théorie romaniste de la fiction. Celle-ci se définissait comme une opération intellectuelle consistant à concevoir une existence juridique à des phénomènes dénuée d'existence positive<sup>207</sup>. L'abstraction chez Jellinek prend appui sur un réel substrat empirique – l'ensemble des relations entre gouvernants et gouvernés à la base le phénomène étatique – qu'elle subsume ensuite sous un concept juridique unitaire : l'Etat comme personne juridique<sup>208</sup>. Un concept juridique comme la personnalité remplit donc une

---

<sup>202</sup> Jellinek (2005), p. 295 ; L'autolimitation de l'Etat est d'abord posé par Jellinek comme postulat. La nature et les modalités exactes de cette autolimitation sont développées dans le dernier chapitre du premier volume de *L'Etat moderne et son droit*. Nous nous permettons de suivre une telle structure de raisonnement.

<sup>203</sup> Ibid., p. 296.

<sup>204</sup> Ibid., p. 295-296 ; Kersten (2000), p. 275-276.

<sup>205</sup> Ibid., p. 295

<sup>206</sup> Jellinek (2005a), p. 37 *in fine*.

<sup>207</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 1.

<sup>208</sup> Jellinek (1919), p. 17 et Jellinek (2005), p. 88 : « *Le monde juridique est un monde d'abstractions, mais non pas de fictions. A la base de l'abstraction il y a toute une suite de processus réels qui se sont passés dans le monde extérieur et dans notre être interne. Tout autre est le caractère de la fiction. A la place des faits réels, elle fait intervenir des faits imaginaires : elle donne à ceux-ci la même réalité, elle les place sur la même ligne. L'abstraction repose sur des faits, la fiction sur la fantaisie pure* ». Cf. Kersten (2000), p. 248-250.

fonction de forme synthétique<sup>209</sup>, ce qui démontre que l'épistémologie kantienne adoptée par le juriste allemand lui permet de s'écarter de la théorie de la fiction que défendait encore ardemment Laband contre Gierke.

Cette conception de l'abstraction permet de comprendre comment Jellinek construit sa notion de la personnalité juridique. La synthèse juridique qu'elle produit permet de mettre de l'ordre dans l'entrelacement des rapports de droits qui engagent une multiplicité d'individus<sup>210</sup>. En même temps, elle aménage un *lieu juridique*<sup>211</sup> à partir duquel l'on peut imputer des manifestations de volonté à un sujet précis. La notion de corporation permet de cette manière d'ériger l'Etat en *sujet de droit* et lui confère *ipso facto la personnalité juridique*. Il convient à cet endroit de rappeler la définition de la personnalité juridique que Jellinek donnait dès son *Système des droits publics subjectifs* en 1892, où il définissait – de manière ici peu originale – celle-ci comme la « *faculté d'être titulaire de droits, en un mot la capacité juridique* »<sup>212</sup>. Jellinek poursuit en précisant qu'un tel sujet de droit possède nécessairement une volonté que l'on peut *imputer* à ce dernier<sup>213</sup>. Attribuer la personnalité juridique à l'Etat permet de créer ce sujet de droit auquel l'on peut imputer les manifestations de volonté de la communauté. A cet égard, la filiation qui unit Jellinek aux pandectistes demeure entière.

La personnalité juridique de l'Etat n'a donc aucune existence réelle, attendu que les seules unités capables de volonté dans le monde physique sont les individus. L'Etat comme personne est une pure création du droit et n'existe que dans les bornes de ce dernier. Une abstraction est, à cet égard, dénuée de volonté autonome. La volonté de l'Etat doit ainsi être portée dans le monde empirique par des individus qui auront la charge de l'incarner en qualité d'*organe de l'Etat*, sans quoi celui-ci serait dénué d'existence juridique effective<sup>214</sup>. A cet égard, la fonction du droit – du droit constitutionnel en particulier – est de déterminer à quelles conditions il est convenu d'admettre que la manifestation de volonté d'un ou plusieurs individus vaut volonté de l'Etat. Il s'agit de saisir ici que seul l'Etat comme personne juridique est titulaire de la puissance d'Etat et que les organes n'ont aucun droit propre – et donc aucune personnalité juridique indépendante qui mettrait en péril l'unité de l'Etat – mais uniquement des *compétences* concédées par la Constitution<sup>215</sup>. Le pouvoir d'Etat peut dès

---

<sup>209</sup> Jellinek (2005), p. 278.

<sup>210</sup> Jellinek (1919), p. 28.

<sup>211</sup> Jouanjan (2005), p. 329.

<sup>212</sup> Jellinek (1919), p. 28 : « *Persönlichkeit oder Person ist die Fähigkeit, Träger von Rechten sein zu können, mit einem Wort die Rechtsfähigkeit* ».

<sup>213</sup> Pour la définition du droit subjectif incluant cet élément de volonté, cf. *infra*.

<sup>214</sup> C'est tout le sens de cette formule restée célèbre : « *L'Etat ne peut exister que par le moyen de son organe ; si par la pensée on supprime l'organe, il ne faut point dire qu'il reste un Etat, support de l'organe ; c'est le néant juridique* ». Cf. Jellinek (2005a), p. 248.

<sup>215</sup> Le juriste de Heidelberg profite de l'occasion pour réaffirmer que la théorie de la personnalité juridique de l'Etat revient à faire du Monarque un organe de l'Etat quand bien même on lui

lors s'assimiler à l'ensemble des compétences des organes de l'Etat aménagées par la Constitution avec laquelle la personnalité juridique de l'Etat se confond. Sur ce point, Jellinek ne semble pas loin d'aboutir à l'identification de l'Etat et de l'ordre juridique, annonçant en ce sens l'œuvre future de Kelsen.

Il convient ainsi d'être attentif au fait que lorsque l'on parle de volonté de l'Etat, seules les manifestations de volonté d'individus s'offrent à l'observateur ; en revanche, dans le monde « éthico-juridique » n'existent que les actes de volonté de l'Etat. La volonté de l'individu se trouve ainsi dédoublée : elle est la volonté psychologique d'un individu dans le monde phénoménal mais se transmue en volonté de l'Etat dans le monde juridique. A cet égard, la catégorie de la personnalité juridique permet de créer un point d'imputation unique par la synthèse des différentes manifestations de volonté des organes de l'Etat dans un concept unitaire<sup>216</sup>. Il convient de relever que si Jellinek a pu s'écarter de la théorie de la fiction par sa conception de l'abstraction, il demeure fidèle à l'un de ses postulats fondamentaux qui consiste à admettre une réalité *duale*, divisée en une réalité empirique accessible aux sens et une réalité « juridique » composée d'idées et d'abstractions présentes uniquement dans l'esprit humain.

Chez Jellinek, la fonction synthétique de la personnalité juridique de l'Etat ne remplit pas uniquement cette fonction technique consistant à imputer une volonté unique à un sujet de droit précis, elle remplit également une fonction politique en ce qu'elle seule confère une unité au peuple. Jellinek souscrit à une vision hobbesienne du peuple qu'il n'envisage, dans le monde des faits, que comme une masse éclatée d'individus incapable de fonder une volonté commune. L'organisation juridique de l'Etat qui fonde sa personnalité permet de faire, en droit, du peuple une unité agissante en créant un pouvoir politique unique dans lequel se fond la multiplicité des individus. En somme, l'Etat est le garant unique de l'unité du peuple qui ne dispose d'aucune existante juridique indépendante de ce dernier<sup>217</sup>. Jellinek se fait en ceci l'héritier fidèle de Gerber, ce dernier ayant posé d'une manière particulièrement nette que la personnalité juridique de l'Etat permettait l'unification politique du peuple par la création d'une volonté commune<sup>218</sup>.

---

concéderait la qualité d'organe suprême. Selon certains auteurs, Jellinek s'écarte ainsi clairement du principe monarchique auquel adhéraient encore Gerber et Laband. Cf. Maulin (2003), p. 53 s.

<sup>216</sup> Jellinek (1919), p. 30.

<sup>217</sup> Jellinek (2005a), p. 60 : « *Les membres du peuple sont liés entre eux par la communauté du droit et des obligations. Cette communauté trouve son expression juridique objective dans l'organisation politique. C'est parce qu'il existe un pouvoir politique unique que la multiplicité des membres se fond dans l'unité du peuple. Cette unité est celle du peuple, qui constitue l'Etat, celle de la multitude unifiée politiquement. C'est la raison pour laquelle le peuple, au sens juridique, ne saurait se concevoir en dehors de l'Etat.* »

<sup>218</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.3.

Après avoir dégagé les traits principaux de la personnalité juridique de l'Etat, il nous faut examiner comment Jellinek rend compte *juridiquement* de son pouvoir. Selon le concept social d'Etat dégagé par Jellinek, l'unité d'association étatique se constitue, nous l'avons vu, d'une *somme de rapports de volonté* qui sont essentiellement des *rapports de domination* entre gouvernants et gouvernés<sup>219</sup>. Dominer ne signifie rien d'autre qu'être capable d'imposer sans condition sa volonté à d'autres volontés. A cet égard, le *droit subjectif* est la notion utilisée par la science juridique pour appréhender ce fait de domination à l'aide de ses catégories propres. Jellinek ajoute ensuite que l'Etat est seul titulaire de ce pouvoir irrésistible dont la spécificité consiste en ce qu'il gouverne « *grâce à une puissance qu'[il] tire originairement de [lui]-même et qu'[il] ne tient juridiquement parlant d'aucune autre puissance* »<sup>220</sup>. L'Etat n'est donc subordonné à aucun autre pouvoir que le sien propre. En apparence, ce pouvoir de domination semble recouvrir la définition classique de la souveraineté connue depuis Bodin comme : « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République [...] c'est-à-dire la plus grande puissance de commander, [elle] n'est limitée ni en puissance ni en charge à un certain temps* »<sup>221</sup>. En réalité, il n'en est rien. Dans le second volume de l'*Etat moderne et son droit* – consacré à la théorie *juridique* de l'Etat – le juriste de Heidelberg prend soin de distinguer puissance d'Etat et souveraineté. Selon Jellinek, cette seconde catégorie ne peut être admise comme qualité essentielle de l'Etat car il s'agit en réalité d'une notion historiquement marquée qui correspond au développement de l'Etat unitaire<sup>222</sup>. Au même titre que Laband, Jellinek constate la limite que cette notion rencontre lorsqu'il s'agit de rendre compte du caractère étatique des collectivités fédérées d'un Etat fédéral qui sont autant d'Etats *non-souverains*. Il relève ainsi qu'il faut chercher le caractère étatique dans le pouvoir *originaire* de domination au bénéfice de l'Etat. Il s'agit ici d'une réitération du concept de droit propre de domination développé par Laband. Le maître de Heidelberg se montre en revanche plus précis que son collègue de Strasbourg<sup>223</sup>. Il établit que le caractère originaire de la puissance de commander s'établit par l'autonomie d'organisation constitutionnelle dont dispose un Etat. Si un Etat possède la faculté de se doter d'une Constitution qui lui est propre, alors la qualité d'Etat ne peut lui être refusée car il tire sa puissance de sa propre volonté<sup>224</sup>. L'Etat souverain se distingue en ce qu'il possède la compétence de déterminer par lui seul l'étendue de sa compétence<sup>225</sup>. Le principe de la « compétence-compé-

---

<sup>219</sup> Jellinek (2005a), p. 64 : « *le pouvoir de domination est un pouvoir irrésistible. Exercer un pareil pouvoir, c'est commander d'une manière absolue et être à même de contraindre par la force à l'exécution des ordres donnés* ».

<sup>220</sup> Jellinek (2005), p. 291.

<sup>221</sup> Bodin (1993), p. 111.

<sup>222</sup> Jellinek (2005a), p. 142-143.

<sup>223</sup> Sur le rapport de Jellinek à la théorie de Laband, cf. Le Fur (1896), p. 381 s.

<sup>224</sup> Jellinek (2005a), p. 149.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 155.

tence » (*Kompetenz-Kompetenz*) différencie ainsi l'Etat souverain de l'Etat non-souverain. L'Etat non-souverain peut donner des ordres inconditionnés par le biais d'organes qui lui sont propres et qu'il a lui-même créés grâce à sa faculté d'auto-organisation, mais uniquement dans les domaines de compétence qui lui ont été octroyés par l'Etat qui lui est superposé<sup>226</sup>. En d'autres termes, un Etat est souverain lorsqu'il peut retirer à d'autres des compétences. Un Etat n'est pas souverain lorsqu'il trouve dans l'ordre juridique d'un autre Etat un obstacle à l'agrandissement de ses compétences<sup>227</sup>.

#### 4.4 La double nature du droit subjectif

L'attribution de la personnalité juridique à l'Etat a pour conséquence de l'ériger en sujet de droit. Il s'agit dès lors de définir la notion de droit subjectif retenue par Jellinek afin d'en souligner l'originalité. Chez Jellinek, le droit subjectif est doté d'une nature double, composée d'un élément formel et d'un élément matériel. Il reprend, en premier lieu, la définition formelle du droit subjectif développée par les pandectistes<sup>228</sup>, où ce dernier se définit à travers le concept de volonté compris comme *puissance* de vouloir (« Willensmacht » ou, encore plus explicite, « Willensherrschaft »)<sup>229</sup>. Cependant, Jellinek constate avec Jhering<sup>230</sup> qu'une volonté sans objet est une contradiction dans les termes, que la volonté possède nécessairement un objet ou un but. La volonté, comme d'autres facultés humaines (voir, entendre, sentir, penser), ne peut se concevoir sans contenu déterminé ; l'on doit nécessairement vouloir *quelque chose*. L'objet de la volonté est l'intérêt, portant sur un bien utile à l'accomplissement d'un but humain établi selon un jugement de valeur subjectif. Tout le but du droit consiste justement dans la protection de tels intérêts<sup>231</sup>. Pour cette raison, le sujet de droit est défini comme celui qui peut mettre en mouvement l'ordre juridique en faveur de son intérêt<sup>232</sup>.

L'introduction d'un tel élément *matériel* constitue la condition *sine qua non* à l'unité de l'Etat. Une unité sans volonté commune est une impossibilité logique. La communauté des volontés suppose un but, un intérêt commun permettant de les unifier dans

---

<sup>226</sup> Ibid., p. 156.

<sup>227</sup> Ibid.

<sup>228</sup> Conception que même Gierke ne remettra pas en question. Dans ton traité consacré au droit privé allemand, Gierke propose la définition suivante : « *le droit subjectif est puissance ou soumission extérieure de la volonté, dominer ou être dominé* », Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. 1 : *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, p. 253.

<sup>229</sup> Jellinek (1919), p. 42

<sup>230</sup> Jhering (1901), p. 7 ; cf. *infra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.2. La dédicace à Jhering du « *System der subjektiven öffentlichen Rechte* » atteste la dette intellectuelle de Jellinek envers son éminent compatriote.

<sup>231</sup> Jellinek (1919), p. 43 : « *ein Interesse ist ein Gut nach der subjektiven Wertschätzung für die menschlichen Zwecke. Der ganze Zweck des Rechtes besteht in dem Schutz von Gütern und Interessen* ».

<sup>232</sup> Ibid., p. 57.

une volonté commune. Il s'agit là de la condition nécessaire pour penser l'Etat comme *unité téléologique*. En effet, le pouvoir d'Etat est certes exercé par une pluralité de personnes, dont les activités témoignent cependant « *de buts constants, unifiés et liés entre eux* », si bien qu'ils apparaissent comme unité au sens courant du terme<sup>233</sup>. Ainsi, les manifestations des organes de l'Etat ne pourront valoir comme volonté de l'Etat que si elles sont dirigées en direction d'un intérêt de l'unité d'association à la base du phénomène étatique ; en d'autres termes, elles doivent s'orienter en direction de l'*intérêt général*, une notion qui permet de développer sa théorie du *but de l'Etat*, où le juriste de Heidelberg établit que le « *principe suprême auquel doit se conformer l'activité de l'Etat est de favoriser le développement progressif de l'ensemble du peuple et de ses membres* »<sup>234</sup>. L'intérêt collectif que doit protéger l'Etat est, à cet égard, une réalité sociale et non une création juridique de l'Etat ; celui-ci peut en favoriser la satisfaction mais ne peut le créer de toute pièce. La théorie du but de l'Etat permet d'illustrer la méthodologie élaborée par Jellinek, en ce que la théorie juridique de l'Etat puise ici son matériau dans la théorie sociale de l'Etat. En ce sens, le pouvoir de l'Etat trouve son fondement dans un élément d'ordre matériel<sup>235</sup>.

#### 4.5 Penser l'autonomie de l'individu : la théorie des statuts

Jellinek est parfois assimilé à un partisan de la *Herrschaft*, de l'Etat entendu comme puissance de domination, dans la droite ligne des Gerber et Laband<sup>236</sup>. Ce raisonnement hâtif manque un aspect pourtant fondamental de l'édifice conceptuel jellinékien, qui s'incarne dans la célèbre théorie des statuts. Celle-ci permet notamment d'offrir à l'individu et à la société civile en général de solides garanties contre le pouvoir de l'Etat.

En effet, Jellinek concède la personnalité juridique dans les rapports de droit public à l'Etat, mais également aux individus. Pour comprendre la nécessité de reconnaître la personnalité juridique tant à l'Etat qu'aux individus, il nous faut nous rappeler que la définition *juridique* de l'Etat donnée par Jellinek dans la première partie de *L'Etat moderne et son droit* reposait sur la conception de l'Etat comme *corporation*<sup>237</sup>. Si Jellinek fait également sienne la définition de l'Etat comme puissance de domination – déjà établie par Gerber et Laband – il la complète par un aspect *corporatif* d'une importance décisive. A cet égard, il nous semble manifeste que Jellinek s'appuie sur la doctrine de Gierke afin de nuancer la théorie de l'Etat de Gerber et Laband<sup>238</sup>. Selon Jellinek, les individus sont en effet *membres* de la corporation qu'est l'Etat, c'est-

---

<sup>233</sup> Jellinek (1919), p. 29 ; Cf. Paulson (1997), p. 13 pour la traduction et les commentaires.

<sup>234</sup> Jellinek (2005), p. 410.

<sup>235</sup> Maulin (2003), p. 185-186.

<sup>236</sup> Pour un exemple dans la littérature francophone récente, cf. Hummel (2002), p. 304-305.

<sup>237</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3 ; Jellinek (2005), p. 296.

<sup>238</sup> Sur les rapprochements des doctrines de Jellinek et Gierke, cf. Kersten (2000), p. 274-276.

à-dire qu'ils sont la condition de son existence : « *Le substratum de la corporation est toujours constitué par des hommes qui forment une unité d'association* »<sup>239</sup>. L'Etat est ainsi dédoublé en deux pôles constitutifs, à la fois groupement par voie d'autorité et compagnie d'associés, l'élément d'autorité et l'élément associatif se combinant de façon homogène dans la corporation étatique<sup>240</sup>. À ces deux facettes de l'Etat correspond également un double statut de l'individu. Lorsque l'Etat agit comme puissance de domination, les individus ne sont qu'objets de l'*imperium*, sujets d'obligations passives d'obéissance et de soumission. En revanche, lorsque l'Etat est pensé comme corporation, le peuple gagne une qualité subjective en ce qu'il devient un facteur de la formation de la volonté de l'Etat. Dans l'un de ses derniers écrits d'envergure publié en 1906, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Jellinek ira même jusqu'à affirmer explicitement que le processus de formation des normes a moins lieu dans la sphère étatique, et plus particulièrement parlementaire, que dans la structure (*Gliederung*) informelle de la société civile, où se nouent une série d'interactions et de rapports d'influence entre différents acteurs politiques : groupes d'intérêts, syndicats de travailleurs et patronaux et autres associations de citoyens de diverses sortes<sup>241</sup>.

Cette qualité subjective accordée au peuple implique que l'homme soit reconnu par l'Etat comme personne, sujet de droits, c'est-à-dire comme individu titulaire de *droits publics subjectifs*<sup>242</sup>. Christoph Schönberger estime que le statut actif ainsi octroyé par Jellinek au citoyen répond au souci de donner une résonance dans la théorie de l'Etat aux importantes mobilisations politiques connues par l'Empire allemand à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, à l'exemple de l'ascension notable de la social-démocratie ou de partis politiques comme le *Zentrum*<sup>243</sup>. Ainsi la théorie de l'Etat n'est plus coupée des réalités sociales, réfugiée dans un quelconque ciel d'idées pures du droit public. Le peuple fait ainsi son entrée dans la théorie de l'Etat et cesse d'être un objet purement passif comme il l'était encore chez Gerber et Laband<sup>244</sup>.

A un niveau plus fondamental, il est ici capital de rappeler que, selon Jellinek, l'Etat comme personne juridique n'est nullement une *substance*, mais la synthèse subjective d'une série de relations. Le concept « Etat » permet de synthétiser l'ensemble des relations juridiques qui se nouent entre gouvernants et gouvernés au sein d'une même unité téléologique. Pour devenir un concept juridique, l'Etat doit ainsi être appréhendé comme *relation entre plusieurs personnes*<sup>245</sup>. En effet, il n'y a de droit possible

---

<sup>239</sup> Jellinek (2005), p. 295.

<sup>240</sup> Jellinek (2005a), p. 37.

<sup>241</sup> Jellinek (1906), p. 74 ; un point de vue que soutiendra également Kelsen dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* publiés en 1911. Cf. *infra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 5.

<sup>242</sup> Jellinek (2005a), p. 38.

<sup>243</sup> Schönberger (2000), p. 10.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 25 et 27.

qu'entre sujets de droit<sup>246</sup>. Sur ce point, Jellinek est fidèle à la tradition pandectiste. Dans son *Traité de droit romain*, Savigny affirme en effet que la définition du droit ne s'épuise pas dans la notion de droit subjectif<sup>247</sup> mais que la nature exacte du droit consiste en une série de *rappports de droit*, soit un système complexe où les différentes prétentions subjectives des sujets de droit se « *balancent et se limitent mutuellement* »<sup>248</sup>. Un sujet de droit isolé est donc une représentation impossible sur un plan logique. Un ordre juridique est toujours un ensemble de normes régissant les relations d'une multiplicité de sujets aux intérêts et prétentions qui convergent ou s'opposent. Dès lors, l'Etat ne peut détenir des droits que s'il a en face de lui d'autres sujets de droit dont il peut étendre ou limiter les possibilités du déploiement de leur volonté juridique. En conséquence, Jellinek affirme qu'« *un rapport de domination factuel ne devient juridique qu'à partir du moment où les deux membres de la relation, le dominant et le dominé, se reconnaissent comme les titulaires de droits et de devoirs réciproques [...]. Un ordre juridique qui n'attribue de droits qu'à une seule personne est une chose absurde* »<sup>249</sup>. Jellinek attaque ici directement le droit public de Gerber et Laband et s'éloigne très distinctement de la conception de ces derniers, où les individus ne sont jamais des sujets de droits mais des objets (*Untertanen*) de la volonté dominante de l'Etat, rendant impossible la constitution d'un rapport de droit public.

Tel que nous l'avons vu plus haut, le droit subjectif implique également un élément matériel lié à l'*intérêt* de son titulaire. L'Etat est donc obligé de reconnaître les droits subjectifs des individus et donc d'admettre l'existence d'une *sphère d'intérêts propre* aux individus. Jellinek pose ainsi les fondements nécessaires à la conceptualisation de la *société civile* comme sphère autonome d'intérêts, séparée et protégée de la puissance d'Etat<sup>250</sup>. Il est cependant important de souligner que les individus ne tiennent leurs droits subjectifs que *par et dans l'Etat*. Si l'Etat s'attribue la personnalité de droit propre, les individus l'obtiennent par une attribution juridique nécessitant une intervention étatique, si bien que la personnalité juridique des individus n'est pas « *le fondement mais le résultat de la communauté de droit* »<sup>251</sup>. En ce sens, les individus doivent également reconnaître à l'Etat des droits subjectifs – et donc un intérêt, l'intérêt collectif – qui lui est également propre.

De cette dialectique de la reconnaissance nouée entre l'Etat et l'individu, pivot de la théorie du droit public de Jellinek, naît la *doctrine des statuts*. Ceux-ci pourraient être définis comme les positions possibles – Jellinek parle d'« états » (*Zustände*) – de l'in-

---

<sup>245</sup> Jouanjan (2004), p. 11.

<sup>246</sup> Jellinek (2005a), p. 49-50.

<sup>247</sup> Savigny (1840), p. 7.

<sup>248</sup> Ibid., p. 8 ; cf. Jouanjan (2011), p. 208-209.

<sup>249</sup> Jellinek (1919), p. 10. Cf. Jouanjan (2005), p. 333 pour la traduction et les commentaires.

<sup>250</sup> Schönberger (2000), p. 23.

<sup>251</sup> Jellinek (1919), p. 29 ; cf. Pauly (2001), p. 298.

dividu vis-à-vis de l'Etat<sup>252</sup>. Selon Olivier Jouanjan, cette doctrine possède avant tout une dimension méthodologique. Elle établit une typologie des relations possibles entre les deux titulaires de droits publics subjectifs (Etat et individus) et forme ainsi le système des « catégories juridiques de la subjectivité »<sup>253</sup>. La doctrine des statuts n'a donc pas pour objet de dévoiler « l'étendue réelle (dans un droit positif donné) ou souhaitable (du point de vue d'un droit naturel que Jellinek évacue scientifiquement) des capacités juridiques des personnes »<sup>254</sup>. Dans une perspective transcendantale, les statuts doivent ainsi se comprendre comme les conditions d'intelligibilité du statut juridique de l'individu et de ses rapports juridiques possibles avec l'Etat.

Ces statuts sont au nombre de quatre et répondent à deux types de relations antagonistes :

1/ D'abord une relation de *négation* réciproque s'incarnant dans deux statuts où la personnalité de l'Etat ou de l'individu se trouve limitée ou niée par l'activité de l'autre :

a/ le *statut passif* (*status subjectonis*) : il correspond au rapport de droit où l'individu est nié dans sa personnalité et donc dans sa qualité de sujet de droit. Comme chez Gerber et Laband, l'individu est ici uniquement *objet* de la puissance publique. D'un point de vue formel, seul l'Etat veut ; d'un point de vue matériel, l'intérêt général prime<sup>255</sup>.

b/ le *statut négatif* (*status libertatis*<sup>256</sup>) : le statut négatif est symétriquement inverse au statut passif. Ici, c'est la personnalité de l'Etat qui est restreinte pour laisser aux individus une sphère « libre d'Etat » (*staatsfrei*)<sup>257</sup>. De ce statut naissent des droits de défense qui imposent à l'Etat une obligation négative d'abstention. Le statut négatif recouvre donc des libertés fondamentales telles les libertés d'expression, de religion, de réunion, d'association, etc. permettant de s'opposer à l'*imperium* de l'Etat dans la sphère de liberté des individus. Dans le langage juridique contemporain, on parlerait de libertés dites de « première génération ».

2/ Ensuite une relation d'action réciproque qui se décline elle aussi en deux statuts. L'Etat et l'individu n'apparaissent plus ici comme deux pôles antagonistes cherchant à limiter voire à nier la personnalité de l'autre, mais cherchent à collaborer à l'activité de l'autre sujet de la relation<sup>258</sup> :

---

<sup>252</sup> Cf. Alexy (2000), p. 209-210.

<sup>253</sup> Jouanjan (2005), p. 335.

<sup>254</sup> Ibid., p. 334.

<sup>255</sup> Ibid.

<sup>256</sup> Symbole non négligeable, le *status libertatis* renvoie au statut de droit romain qui permettait de distinguer l'homme libre de l'esclave. Cf. Pahud (2013), p. 95.

<sup>257</sup> Jellinek (1919), p. 86-87.

<sup>258</sup> Selon Carl Schmitt, cette dualité des rapports juridiques entre l'Etat et l'individu trahit l'ambiguïté inhérente aux Constitutions des Etats de droit modernes, divisées entre une composante

a/ le statut *actif* (*Status der aktiven Zivilität*) : le statut actif est celui de l'individu agissant en faveur de l'Etat, il correspond à la participation de l'individu à l'action étatique. Les droits contenus dans un tel statut sont donc essentiellement les droits politiques de suffrage et d'éligibilité. L'accès à la fonction publique relève également du statut actif<sup>259</sup>.

b/ le statut *positif* (*status civitatis*) : l'Etat se met ici au service de l'individu en agissant dans son intérêt, en lui offrant accès à certains services ou certaines prestations ou en aménageant les procédures nécessaires à la défense juridique des intérêts de l'individu<sup>260</sup>. L'effectivité de ce statut implique l'existence d'obligations d'agir – on parlerait aujourd'hui d'obligations positives – de l'Etat.

#### 4.6 *L'autolimitation de l'Etat comme nécessité transcendantale*

Les différents statuts esquissés ci-dessus recourent des rapports *de droit* et entrent dans la définition juridique de l'Etat. Dans son monumental ouvrage *L'Etat moderne et son droit*, la théorie de l'autolimitation clôt la première partie<sup>261</sup>, consacrée à la théorie sociale de l'Etat, et inaugure la théorie proprement juridique de l'Etat. La position de l'idée d'autolimitation dans l'économie globale du propos de Jellinek ne doit pas être mésestimée puisqu'elle suppose connus plusieurs éléments décisifs de sa conception du droit et de l'Etat. La théorie de l'autolimitation fait donc office de centre névralgique de la conception jellinéquienne de l'Etat. Cela explique sûrement en partie pourquoi la théorie de l'autolimitation fera l'objet des plus vives critiques adressées à l'œuvre de Jellinek. Duguit en fut l'un des plus féroces contempteurs, comme nous aurons largement l'occasion d'y revenir. Sous des horizons différents, Hans Kelsen n'hésita pas à qualifier pareille théorie de « *faux problème* »<sup>262</sup>.

Nous avons ébauché plus haut les termes du dilemme. L'Etat est décrit comme la formation possédant la puissance de domination, ce qui implique une indépendance marquée par une suprématie sur tout autre pouvoir. Jellinek ajoute également que le droit est avant tout l'affaire de l'Etat et qu'il ne saurait exister de droit antérieur à l'Etat. En effet, si la formation du droit n'est pas exclusivement du ressort de l'Etat – bien que la dynamique de l'Etat moderne tende progressivement à faire de la création du droit une

---

libérale et une composante démocratique. Tantôt l'individu tient l'Etat dans l'*éloignement* de sa sphère d'autonomie grâce aux droits fondamentaux (composante libérale), tantôt il se *joint* à l'activité de l'Etat en participant à son pouvoir à titre de citoyen, par le truchement des droits politiques (composante démocratique). Cf. Schmitt (1993), p. 306 pour la référence à Jellinek et p. 337 s. pour de plus amples développements.

<sup>259</sup> Jellinek (1919), p. 136 s. ; Jouanjan (2005), p. 335.

<sup>260</sup> Jellinek (1919), p. 114-135 ; Jouanjan (2005), p. 335.

<sup>261</sup> Jellinek (2005), p. 502-564.

<sup>262</sup> Kelsen (1997), p. 250 ; Kelsen reproche implicitement à Jellinek de céder à un « *dualisme imaginaire du droit et de l'Etat* », que sa propre théorie est justement censée dépasser en identifiant l'Etat à l'ordre juridique. Pour une vive critique des reproches adressés par Kelsen à Jellinek, cf. Jouanjan (2005a), p. 75-76.

prérogative exclusive de l'Etat – il en a du moins la garde, le rôle d'en assurer la protection, si bien que le droit se décline en « *droit établi par l'Etat et en droit admis par l'Etat* »<sup>263</sup>. S'il doit donc y avoir limitation du pouvoir de l'Etat par le droit, il ne pourra nécessairement s'agir que d'une *autolimitation*. Dès lors, comment faire en sorte que cet omnipotent maître du droit s'inscrive dans l'ordre juridique qu'il a lui-même créé alors que rien ne semble pouvoir l'y contraindre<sup>264</sup> ?

La réponse à pareille interrogation suppose acquise l'idée fondamentale et novatrice, présentée dans les sections précédentes, selon laquelle l'Etat dans son acception juridique de personne morale n'est en rien une entité monolithique dotée d'une existence réelle dans le monde empirique mais consiste en une synthèse que l'on se fait d'une somme de relations entre des personnes qui se reconnaissent mutuellement des droits et des devoirs. Or il est impossible d'envisager de telles relations si l'un des termes du rapport, l'Etat, n'est pas obligé par la norme chargée de régler un tel rapport. En cela, toute la théorie des statuts dont le but est de fournir le cadre des rapports juridiques possibles entre sujets de droit se reconnaissant la possibilité de vouloir dans son intérêt propre serait niée. L'on ne pourrait ainsi plus envisager de relations *juridiques* entre l'Etat et l'individu où ceux-ci sont soumis à une règle commune. Il ne s'agirait que de relations de pur fait, basées sur un rapport de force<sup>265</sup>.

Ensuite, les considérations épistémologiques sur la nature abstraite de la personnalité juridique de l'Etat engagent des conséquences décisives quant aux modalités concrètes de l'exercice de sa puissance. Dans le monde phénoménal, la volonté de l'Etat est toujours exprimée par l'intermédiaire de ses organes. Ceux-ci n'exercent que des compétences dérivées de l'ordre juridique et ne possèdent aucun pouvoir original. L'étendue du pouvoir des organes de l'Etat est toujours limitée par le cercle des attributions conféré à chaque organe par l'ordre juridique. Le pouvoir de l'Etat n'existe juridiquement qu'à travers une série de normes qui régissent les conditions auxquelles une volonté individuelle peut être imputée à l'Etat. La puissance étatique doit donc nécessairement se couler dans les formes du droit pour se déployer dans le monde des faits. La souveraineté en tant que puissance inconditionnée réside dans l'organisation globale des compétences constitutionnelles des organes de l'Etat. Celui-ci est souverain en droit et non pas omnipotent en fait<sup>266</sup>. Comme le rappelle avec pertinence Eric Maulin, l'autolimitation de l'Etat est « *l'expression d'une institutionnalisation de la puissance, laquelle prend toujours la forme du droit et, par consé-*

---

<sup>263</sup> Jellinek (2005), p. 548 ; ainsi des normes peuvent tout à fait être édictées au sein d'une unité non-étatique, à l'image des statuts d'une association privée. Cependant, les règles qui sous-tendent la validité juridique des statuts de l'association relèvent de l'ordre juridique étatique (en l'espèce, le code civil) ; Cf. Kersten (2000), p. 413.

<sup>264</sup> Cf. Pauly (2001), p. 297-298.

<sup>265</sup> Jellinek (2005), p. 553.

<sup>266</sup> Jellinek (2005a), p. 141.

quent, d'une constitution. Elle est inséparable d'un processus d'immanentisation de la puissance dans l'ordre juridique institué »<sup>267</sup>. L'autolimitation de l'Etat n'est ainsi pas un acte volontaire des gouvernants. Elle exprime la nécessité d'un ordre juridique pour penser l'Etat sous l'angle juridique, comme le résume Jellinek dans une formule sans équivoque : « *l'Etat peut, il est vrai, choisir sa constitution ; mais il lui faut avoir une constitution. L'anarchie est une possibilité de fait, ce n'est pas une possibilité de droit* »<sup>268</sup>. L'Etat peut certes s'affranchir de toute limite, mais seulement en respectant les formes du droit, par exemple en s'attribuant une nouvelle compétence par la modification de la Constitution. En posant ainsi une règle de droit, l'Etat fixe une nouvelle limite à son pouvoir. L'Etat n'est jamais soumis à telle ou telle limite particulière, mais à un régime de limitation permanente<sup>269</sup>. Cela dit, cette limitation frappe par son caractère *formel*. Que l'Etat possède nécessairement une Constitution ne nous indique rien sur le contenu précis du texte constitutionnel<sup>270</sup>.

Enfin, Jellinek développe un troisième raisonnement tout aussi fondamental en ce qu'il engage toute une conception des conditions de validité du droit. En effet, Jellinek se distingue de nombre de ses compatriotes et prédécesseurs en ce qu'il ne fait pas de la force et de la contrainte le fondement du droit. La validité d'une norme ne tiendrait pas nécessairement au fait – comme c'est le cas chez Jhering<sup>271</sup> – qu'elle soit adossée à un système de contrainte capable d'en assurer l'effectivité. Le fondement de validité du droit résiderait plutôt dans sa reconnaissance subjective par les justiciables. En d'autres termes, Jellinek estime que le droit tire sa validité de son intériorisation par les sujets de droit, ainsi convaincu que le droit est avant tout un phénomène humain interne. En ce sens, le droit ne peut avoir force obligatoire que lorsqu'il possède « *la puissance d'agir comme motif pour déterminer la volonté* »<sup>272</sup>. La garantie du caractère obligatoire d'une norme ne doit ainsi pas être cherchée dans une réalité factuelle purement extérieure aux individus, à l'image de la contrainte matérielle, mais plutôt dans un pouvoir sociopsychologique capable d'infléchir la volonté des justiciables<sup>273</sup>.

---

<sup>267</sup> Maulin (2003), p. 79.

<sup>268</sup> Jellinek (2005a), p. 129.

<sup>269</sup> Ibid., p. 136-137.

<sup>270</sup> Ibid., p. 137 ; Jellinek affine son point de vue en affirmant que certaines impossibilités de fait ne peuvent pas devenir des possibilités juridiques. Par exemple, le juriste allemand soutient que « *l'accroissement de la compétence de l'Etat trouve sa limite dans la personnalité reconnue de l'individu* », un acquis sur lequel il est politiquement impossible de revenir depuis la chute des régimes absolutistes.

<sup>271</sup> Cf. *infra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.

<sup>272</sup> Jellinek (2005), p. 504.

<sup>273</sup> Landau (2000), p. 301 ; cela explique ainsi pourquoi cette explication « sociopsychologique » ne figure pas dans le second volume de *l'Etat moderne et son droit* consacré exclusivement à la théorie *juridique* de l'Etat.

Un tel pouvoir est notamment acquis lorsque le commandement contenu dans une norme conserve une certaine régularité. La force psychologique du normatif exige ainsi une certaine répétition des choses. En effet, Jellinek reconnaît chez l'homme une disposition psychologique l'incitant à tenir comme normatif et donc obligatoire un fait répété et régulier<sup>274</sup>. Une telle inclination propre à l'homme est notamment satisfaite lorsque les modifications de normes répondent à des formes stables, conférant au transitoire un élément de permanence. Chez Jellinek, la validité des normes trouve son origine dans cette *force normative du factuel* répétée sur le long terme. À cet égard, la constance de l'ordre juridique – autrement dit la sécurité du droit – suscite chez l'individu le rapport de confiance aux normes nécessaire à leur caractère obligatoire. L'acte d'édition d'une norme suscite en effet l'*attente* qu'elle subsistera tant qu'elle ne sera pas abrogée selon les formes prévues à cet effet<sup>275</sup>. Il doit nécessairement exister une norme auquel l'individu puisse se référer pour orienter son action. Si au moment d'agir, l'individu ne perçoit aucune règle à laquelle se fier au motif que l'Etat avec qui il est en relation peut à tout moment l'avoir changée, il se trouve fatalement face à un néant normatif et sera incapable de reconnaître une quelconque norme comme obligatoire<sup>276</sup>. Ainsi, l'Etat est contraint de posséder un ordre juridique stable pour susciter la confiance nécessaire à la validité des normes. En d'autres termes, l'Etat est contraint de soumettre son action aux formes du droit.

Deux remarques conclusives s'imposent enfin. Tout d'abord, l'autolimitation de l'Etat ne doit pas être réduite à une réalité de fait qui s'appuierait sur une étude empirique démontrant que les Etats ont de tout temps possédé un ordre juridique. Tout comme Olivier Jouanjan, nous estimons que la théorie postulant l'autolimitation de l'Etat par le droit possède une nature « métajuridique » et remplit un rôle analogue à celui joué par la théorie des statuts, en ce qu'il s'agit d'une nécessité transcendante pour penser « *le droit public, l'Etat, le rapport de droit entre l'Etat et l'individu et, plus généralement, un ordre juridique [...]* Aussi n'est-il pas exagéré de dire que cette théorie remplit dans la doctrine jellinéquienne du droit un rôle analogue à celui que tient, dans la *Théorie pure du droit, l'hypothèse transcendante de la norme fondamentale* »<sup>277</sup>.

Enfin, la théorie des statuts et la théorie de l'autolimitation peuvent toutes deux être considérées comme des développements de cette *dialectique de la reconnaissance* qui est à la racine de la théorie jellinéquienne du droit et de l'Etat<sup>278</sup>. Ces deux théories participent d'une même conviction dans la nature intersubjective de l'Etat. L'Etat doit se limiter par son propre droit afin de respecter les attentes de ses justiciables, ainsi

---

<sup>274</sup> Ibid., p. 302.

<sup>275</sup> Jellinek (2005), p. 552

<sup>276</sup> Jouanjan (2005a), p. 77.

<sup>277</sup> Jouanjan (2005a), p. 79.

<sup>278</sup> Nous devons cette découverte à Olivier Jouanjan.

seulement ceux-ci pourront développer la confiance nécessaire à la force obligatoire des normes. De même, cette dimension relationnelle se ressent avec acuité dans la définition juridique de l'Etat, conçu comme une série de rapports juridiques engageant des personnes qui se reconnaissent un égal statut de sujets de droits, investies de droits et d'obligations, à commencer par l'obligation fondamentale de respecter le droit<sup>279</sup>.

## 5. Excursus : Kelsen et le « pandectisme de droit public »

Nos considérations nous ont permis jusque-là d'établir la filiation méthodologique et conceptuelle qui unit la science pandectiste du droit privé à la science du droit public. Les points de convergence portent en premier lieu sur une méthode basée sur un impératif de pureté se réfléchissant dans l'exclusion de toute considération politique ou morale de la science juridique. En second lieu, les deux écoles partagent une vision commune du travail dogmatique du juriste ; celui-ci consiste à élaborer un système pyramidal de concepts dominé par une notion fondatrice. La notion juridique de volonté domine ainsi les systèmes « pandectistes » de droit public et de droit privé en leur permettant de penser des catégories juridiques dérivées, puisque c'est bien dans cette notion de volonté que les concepts de personnalité juridique et de droit subjectif prennent leurs racines. A cet égard, l'Etat est pensé sur le modèle de la personne morale héritée de la lecture pandectiste du droit privé romain où il apparaît comme une unité indivisible et un sujet de volonté autonome. En revanche, la volonté de l'Etat est érigée en concept indépendant puisqu'elle possède la particularité d'être orientée vers la domination. Cette singularité a, nous l'avons vu, l'avantage méthodologique de distinguer droit privé et droit public comme deux domaines scientifiquement autonomes.

Cette conception du droit public développée par Gerber, Laband et – de façon plus subtile et nuancée – chez Jellinek<sup>280</sup> reçoit, chez la majorité des commentateurs, l'appellation de « positivisme de droit public » (*staatsrechtlicher Positivismus*)<sup>281</sup>. Une

---

<sup>279</sup> L'examen approfondi de cette structure dialogique de l'ordre juridique dépasse de loin les intentions de notre propos. Il convient tout de même de souligner que la théorie de l'Etat de Jellinek – au contraire de celle de Gerber et Laband – a un contenu matériel puisé dans l'étude empirique de l'Etat moderne, fondé sur la reconnaissance de l'individu comme titulaire de droits et sur l'extension progressive de ces droits à un cercle toujours plus large de titulaires. Il s'agit donc d'une théorie de l'Etat sous-tendue par des valeurs libérales. De même, nous ne pouvons manquer de souligner l'écho particulier qu'une telle conception intersubjective de l'Etat et du droit trouve dans certaines recherches contemporaines, notamment les travaux d'Axel Honneth sur la reconnaissance. Ce dernier se réfère à Jellinek, de manière trop faible à notre sens. Cf. Honneth (2000), p. 140.

<sup>280</sup> Les rapports problématiques entretenus par Jellinek avec la théorie de l'Etat de son époque fait l'objet d'une thèse. Cf. Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

<sup>281</sup> Kersten (2000), p. 31 qui le décrit justement comme suit : « *Der staatsrechtliche Positivismus nach 1866/1871 war ein im Spätkonstitutionalismus herrschendes Methodenpostulat gesetzte-*

telle dénomination nous apparaît ambivalente. Elle permet certes de souligner le refus de tout jusnaturalisme de la part des auteurs précités ainsi que leur volonté de rendre raison du droit par le droit. Cela étant, cette appellation occulte le lien fondamental qui unit le courant Gerber-Laband-Jellinek aux pandectistes de même qu'elle devient problématique lorsque l'on confronte cette doctrine au modèle actuel de référence du positivisme juridique : la théorie pure du droit de Kelsen. Il nous faut ainsi rendre compte sommairement de la critique kelsénienne du « labandisme » car elle possède une valeur particulière pour notre propos. En effet, le reproche principal que Kelsen adresse au pandectisme de droit public est au fond exactement le même que celui formulé par Duguit à la même époque. Sous couvert d'élaboration d'une théorie scientifique du droit public, le « pandectisme » de droit public ne serait qu'une idéologie visant à fournir une justification théorique du pouvoir de l'Etat monarchique bismarckien<sup>282</sup>. Cette corrélation entre la théorie labandienne du droit public et le système politique de l'Empire allemand nous paraît pertinente au regard de l'Histoire. La dissolution de l'Empire allemand et la naissance de la République de Weimar provoquèrent en effet une crise du modèle labandien et une importante querelle de méthodes (*Methodenstreit*) appuyée sur une volonté de renouveau de la théorie du droit et de l'Etat<sup>283</sup>. A titre incident, nous pouvons relever que la critique du modèle de l'Etat proposé par Laband et la tentative de refonder le droit public sur des bases radicalement nouvelles avaient déjà été entreprises par Duguit dès la publication de *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* en 1901<sup>284</sup>.

La déconstruction de la doctrine de l'Etat de Laband débute tôt dans l'œuvre de Kelsen puisque le juriste autrichien s'attèle à une telle critique dès les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, une thèse d'habilitation publiée en 1911, lorsque le « pandectisme » de droit public dominait encore la théorie de l'Etat en Allemagne. Dans ce premier écrit d'envergure, Kelsen rejoint pleinement l'impératif de pureté qui doit caractériser la science du droit. De même, il bâtit sporadiquement des concepts juridiques qui lui servent à expliquer certains phénomènes non-juridiques, ce qui atteste l'influence de la méthode constructiviste issue de la théorie pandectiste sur son œuvre de jeunesse<sup>285</sup>.

---

*positivischer, logischer und politikneutralisierender (nicht politikneutraler!) Behandlung des Reichs- und Landesstaatsrechts ».*

<sup>282</sup> Une lettre de Kelsen datée de 1933 ne laisse guère de place au doute quant à la critique de fond du juriste autrichien à l'égard du labandisme : « *l'affirmation selon laquelle la Théorie pure du droit ne serait que « labandisme » est dépourvue de sens. S'il est certainement vrai que Laband a essayé de séparer le droit positif de la politique, il est tout aussi vrai qu'il n'y pas parvenu. La doctrine de l'Etat de Laband est en réalité une idéologie du principe monarchique qu'il a étudié d'une façon complètement inadmissible et en opposition au droit positif* ». Cf. Hans Kelsen, Lettre à Renato Treves du 3 août 1933, in : *Droit et société*, 7-1987, p. 326.

<sup>283</sup> Jouanjan (2002), p. 13-15 ; Stolleis (2002), p. 155-157.

<sup>284</sup> Cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie et Titre II.

Pour le reste, il oppose un refus net du positivisme de droit public. Son opposition porte en premier lieu sur les résultats obtenus par l'épistémologie adoptée par la doctrine dominante du droit public allemand. A ce propos, il reproche à cette école de ne pas avoir respecté pleinement son idéal de pureté, introduisant en sous-main des concepts psychologiques et sociologiques dans la science juridique. Selon Kelsen, la purification de la théorie du droit de tout élément extra-juridique implique de radicaliser la frontière entre le monde physique (*Sein*) et le monde normatif (*Sollen*)<sup>286</sup>. Il refuse ainsi que l'on porte un point de vue « juridique » sur un objet trouvant son existence dans le monde sensible, la science du droit ne devant porter que sur les normes juridiques dont l'existence est purement idéale. La « *Zwei-Seiten-Lehre* » de Jellinek est ici visée au premier chef, dont le postulat de base affirme que l'on peut adopter tant un point de vue causal que normatif sur le même objet : l'Etat.

Sur cette base épistémologique, Kelsen entend déconstruire le dogme de la volonté construit par la théorie pandectiste et poursuivi par le positivisme de droit public que l'on peut à bon droit qualifier de « *positivisme de la volonté de l'Etat* »<sup>287</sup>. La théorie de l'abstraction de Jellinek sur laquelle se base le juriste de Heidelberg pour construire la volonté – et la personnalité juridique – de l'Etat<sup>288</sup> est dénoncée en raison de ses lacunes méthodologiques. Kelsen rend compte des difficultés théoriques que l'on rencontre pour passer d'une notion psychologique existant dans les faits (la volonté de l'individu) à une notion ne possédant qu'une réalité « éthico-légale » (la volonté de l'Etat). Sur la base unique d'éléments factuels, il apparaît impossible de déduire un concept qui ne relèverait pas, lui aussi, exclusivement de la facticité<sup>289</sup>. Kelsen tente de dépasser cette acception psychologisante du sujet de droit en renonçant au concept psychologique de volonté pour en faire une notion construite juridiquement<sup>290</sup>. La volonté de l'Etat lui apparaît moins comme une qualité essentielle de ce dernier qui pré-existerait au droit que comme une construction entièrement déterminée par l'ordre juridique. A l'appui de sa démonstration, le juriste autrichien établit que le droit positif détermine les faits matériels qui doivent être considérés comme des actes étatiques. Prenons un exemple concret : une loi dispose que tout contribuable ne s'acquittant

---

<sup>285</sup> Cf. Paulson (1996), p. 799-800 pour plusieurs exemples concrets.

<sup>286</sup> Kelsen (1923), p. 8

<sup>287</sup> Schönberger (2010), p. 54.

<sup>288</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3.

<sup>289</sup> Kelsen (1923), p. 178-179 : « [si] l'abstraction, telle que Jellinek la conçoit, n'est basée [...] que sur des faits, il est alors difficile de comprendre comme elle peut conduire à un concept différent d'un concept relevant des sciences explicatives (les sciences empiriques) ; et si l'abstraction procède uniquement de « faits » psychologiques, il est difficile de percevoir comme l'on peut arriver à quelque chose d'autre qu'un concept purement psychologique, par exemple – comme Jellinek le prétend – à un concept spécifiquement éthico-légal ». Nous traduisons.

<sup>290</sup> Paulson (1997), p. 16.

pas de sa facture d'impôt est soumis à une amende émanant de l'administration fiscale. Si un tel fait matériel se produit (un contribuable X ne paye pas ses impôts), il forme le fait conditionnant qui implique que l'appareil d'Etat doit (*soll*) se mettre en branle (par le biais de la volonté particulière d'un fonctionnaire de l'administration fiscale) pour infliger une amende au contribuable récalcitrant ; un fait matériel qui sera perçu comme un acte de volonté *imputé* à l'Etat en vertu de la signification que la norme de droit fiscal confère à cet acte. D'un point de vue logique, la norme a précédé l'acte de volonté de l'Etat si bien que la validité de la norme constitue la volonté de l'Etat, et non l'inverse<sup>291</sup>. Dans cette perspective, l'Etat ne saurait préexister au droit, sans quoi toute théorie purement juridique de l'Etat serait impensable. Cela permet à Kelsen d'abolir définitivement le dualisme entre le droit et l'Etat qui continuait d'être défendu, selon lui, par Jellinek. Par ce fait, la volonté de l'Etat cesse d'être une catégorie d'ordre psychologique et n'est plus qu'un concept normativement construit<sup>292</sup>. L'Etat peut ainsi être appréhendé comme un « point d'imputation » créé par un complexe de normes légales lui imputant certains actes, si bien que la personnalité juridique de l'Etat n'est plus que la personnification de l'ordre juridique<sup>293</sup>.

En outre, cela signifie que le droit – considéré comme système de normes – détermine la volonté de l'Etat comme celle de l'individu par le principe d'imputation<sup>294</sup>, si bien que l'on ne saurait parler de rapports de domination entre l'Etat et l'individu, mais plutôt d'un rapport de coordination où Etat et individus partagent une commune soumission à l'ordre juridique. Dans l'exemple présenté plus haut, la volonté de l'Etat comme la volonté du contribuable indécis ont été déterminées par la norme juridique. La loi fiscale prescrit que l'Etat doit diriger sa volonté contre la volonté récalcitrante du contribuable. L'on a ainsi moins affaire à un droit subjectif de puissance publique de l'Etat – compris comme pouvoir inhérent à sa volonté – qu'à une commune obéissance due à la norme juridique par l'individu et l'Etat. L'ordre juridique apparaît dès lors comme l'unique « souverain ».

Ce sont précisément ces développements épistémologiques qui sont à la racine du rejet de la conception de l'Etat comme un sujet de volonté. En posant l'individu comme modèle de référence de la personnalité juridique, les « pandectistes » de droit public

---

<sup>291</sup> Kelsen (1923), p. 183-184 ; Paulson (1997), p. 17.

<sup>292</sup> Kelsen (1925), p. 59 : « *ce n'est pas à l'acte de volonté réel subjectif auquel on doit obéissance ; c'est à une norme juridique objective, laquelle pour le cas considéré tire son contenu de l'acte de volonté réel psychique ; à la place du vouloir réel psychique apparaît le Sollen juridique* ». Nous empruntons la traduction à Léon Duguit. Cf. Duguit (1927), p. 60.

<sup>293</sup> Schönberger (2010), p. 55 ; Paulson (1996), p. 804 ; Uhlenbrock (2000), p. 116.

<sup>294</sup> Paulson (1996), p. 804 s. ; L'auteur précise que, chez Kelsen, la différence entre l'Etat et l'individu tient en ceci que l'Etat est un point d'imputation central car il s'identifie à l'ensemble de l'ordre juridique puisque l'Etat est susceptible de devoir mettre sa « volonté » en action pour mettre en œuvre toute norme de droit positif. Par opposition, l'individu n'est lui qu'un point d'imputation périphérique.

ont succombé à une forme d'anthropomorphisme, dans la mesure où ils ont partiellement bâti leur conception de l'Etat-personne à l'image de la personnalité juridique de droit privé, théorisée par Savigny et Puchta sur le modèle de l'individu perçu comme une unité close et autonome de volonté<sup>295</sup>. En d'autres termes, Kelsen reproche à Gerber et Laband d'avoir hypostasié une réalité empirique pour la transférer dans le monde normatif. Dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen s'efforce de renverser ce paradigme. Le but du juriste autrichien sera de passer d'une conception de l'Etat comme *substance* à une compréhension de l'Etat comme *fonction*<sup>296</sup>. L'auteur des *Hauptprobleme* n'envisage nullement l'Etat comme une unité homogène et fermée produisant le droit par sa volonté, mais comme une fonction dont se sert la société pour mettre en œuvre le droit. L'action législative est ainsi perçue comme un phénomène social où les intérêts contradictoires de la société sont canalisés par les formes du droit et de l'Etat<sup>297</sup>. Comme le résume justement Christoph Schönberger, le positivisme de droit public fondé par Gerber avait brossé « *le tableau d'un Etat homogène et fermé, d'une personne supérieure qui produit le droit par des actes de volonté, Kelsen n'y voit qu'un enchevêtrement social d'intérêts et d'idées duquel, au cours de la procédure de la création du droit, naissent des règles obligatoires* »<sup>298</sup>. De créateur du droit, l'Etat est réduit au rang subalterne de simple exécutant<sup>299</sup>.

L'idée centrale d'unité de l'Etat développée par les « pandectistes » de droit public est, à ce titre, dénoncée comme une autre mystification. Le juriste autrichien estime qu'elle repose sur la double fiction de l'unité du peuple et de l'existence d'un intérêt général<sup>300</sup>. Kelsen juge impossible de placer le peuple sous le signe de l'unité puisque ce dernier est invariablement traversé de multiples contradictions et déchiré en tendances politiques opposées<sup>301</sup>. En conséquence, il ne saurait exister d'intérêt général mais uniquement des intérêts de groupe, si bien que le pouvoir étatique n'est jamais que l'expression de la mainmise d'intérêts de groupe sur l'appareil d'Etat<sup>302</sup>.

A la lumière de l'ensemble de ces considérations, il nous semble manifeste que Kelsen opère une rupture décisive avec le positivisme de droit public dès la publication des *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* en 1911. Il est ainsi infondé de présenter Kelsen

---

<sup>295</sup> Paulson (1996), p. 810-811.

<sup>296</sup> Schönberger (2010), p. 56.

<sup>297</sup> Kelsen (1923), p. 547.

<sup>298</sup> Schönberger (2010), p. 56.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>300</sup> Gerber défend en effet l'idée que la personnalité juridique de l'Etat est l'une des conditions de l'unité du peuple comme entité agissante. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.3 ; Laband conçoit, quant à lui, l'Etat comme la personnification d'une communauté populaire. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4. Jellinek construit l'Etat comme une personne juridique capable de mobiliser l'ordre juridique en faveur de l'intérêt général. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.4 et 4.5.

<sup>301</sup> Kelsen (1923), p. 625

<sup>302</sup> *Ibid.* ; cf. Schönberger (2010), p. 56-57.

comme le continuateur d'un mouvement positiviste homogène que le juriste autrichien viendrait achever à la suite des travaux de Gerber, Laband et Jellinek<sup>303</sup>. Nous nous sommes limités aux *Hauptprobleme* puisqu'il s'agit du seul écrit d'envergure publié par le juriste autrichien lors de la période choisie pour notre étude (1850-1918) couvrant, en Allemagne, l'époque de domination du « labandisme » s'épanouissant dans l'horizon politique de l'Empire wilhelmien. A cet égard, la généalogie de la théorie de l'Etat qui sera attaquée par Duguit peut s'arrêter à Jellinek. En effet, le doyen de Bordeaux opposera une critique au « pandectisme » de droit public similaire sur bien des points à celle de Kelsen. Comme nous aurons l'occasion de l'étudier, Duguit dénoncera le subjectivisme à l'œuvre dans cette doctrine tout comme il tentera de déconstruire les fictions qui le constituent. Il niera que le pouvoir de l'Etat puisse être un droit subjectif émanant d'une personne juridique abstraite pour ne voir dans le phénomène étatique qu'une puissance matérielle supérieure en mains d'un groupe particulier d'individus : les gouvernants. Surtout, il tentera de refonder la science du droit sur la base d'une conception objectiviste où les actes de volonté individuels ne peuvent recevoir aucune valeur juridique s'ils ne sont pas mis en relation avec une norme de droit objectif qui leur préexiste. S'il est permis d'opérer des rapprochements ponctuels entre Duguit et Kelsen, on ne saurait guère aller plus loin, tant leurs systèmes divergent dans leurs orientations fondamentales. En effet, l'œuvre de Kelsen est fondée sur la séparation et l'autonomie de la science du droit vis-à-vis des sciences sociales, à travers la distinction du *Sein* et du *Sollen*. Comme Kelsen le confessera lui-même : « Dès mes tout premiers travaux, je me suis efforcé d'assurer dans deux directions, la pureté de la théorie ou – ce qui est synonyme – l'indépendance du droit comme objet d'une connaissance scientifique. D'une part, contre les prétentions d'une prétendue approche sociologique qui cherche, par une méthode scientifique causale, à s'emparer du droit comme d'un fragment de la réalité naturellement donnée. D'autre part contre la théorie du droit naturel, qui [...] expulse la théorie du droit hors du domaine de la législation positive [et] la tire vers des postulats éthico-politiques »<sup>304</sup>. Le premier adversaire identifié par le juriste autrichien est précisément le type de théorie du droit qui fut celle de Léon Duguit. Ce dernier fera précisément du droit un fragment de la réalité sociale, observable comme le sont les phénomènes naturels. En conséquence, sa méthodologie fera le pari d'un dialogue constant et intime entre la science juridique et la sociologie, à contre-courant du projet kelsénien<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> Paulson (1996), p. 800.

<sup>304</sup> Kelsen (1923), p. V. ; Nous empruntons la traduction à Renaud Baumert. Cf. Baumert (2009), p. 370.

<sup>305</sup> Cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II.

## II. Les conceptions « réalistes » du droit et de l'Etat en Allemagne dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle

### Introduction

Les tenants de la personnalité juridique de l'Etat que sont Gerber, Laband et Jellinek ne représentent qu'un courant de la théorie de l'Etat qui émerge dans l'Allemagne de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. En mettant ces auteurs en exergue, nous avons voulu retracer la généalogie de quelques notions centrales qui seront la cible principale de Léon Duguit. Nous n'avons pas la prétention d'offrir une histoire du droit public allemand. Comme précisé en introduction, nous plaçons notre étude sous l'angle du débat, si bien que les auteurs choisis le sont moins pour leur importance objective dans l'histoire de la théorie de l'Etat que pour la signification polémique qu'ils ont eue pour Duguit. Ainsi, il ne nous sera pas possible d'explorer dans le détail certaines doctrines capitales s'étant développées durant cette période, à l'exemple des théories organicistes de l'Etat, ou des doctrines de l'Etat comme incarnation d'un « esprit national » développées par l'Ecole historique du droit, ou encore certains théoriciens du droit naturel.

Ces précautions rappelées, il nous faut encore aborder un dernier courant qui se caractérisa par son rejet de toutes les doctrines précitées<sup>306</sup>, et que nous qualifierons de courant « réaliste ». Les auteurs attachés à cette école s'illustrèrent notamment par leur critique féroce adressée à la « *Begriffsjurisprudenz* » de droit public incarnée par Gerber et Laband. Une telle théorie est perçue par certains représentants majeurs de ce courant comme une vaine spéculation de l'esprit à laquelle ils entendent substituer une observation lucide des faits. La révolte contre la domination d'un certain « idéalisme » dans la science juridique fut sonnée par Rudolf von Jhering (1818-1892) dans son fameux pamphlet « *Der Kampf ums Recht* » (1872). Le flambeau fut ensuite porté au cœur la théorie de l'Etat par le jeune juriste bavarois Max von Seydel (1846-1901) avec un opuscule visant à une refondation de la théorie de l'Etat sur une base réaliste, publié en 1873.

Par leur volonté de faire l'économie de toute fiction « métaphysique » dans la connaissance du droit et de l'Etat, ces auteurs auraient pu devenir de solides alliés de Léon Duguit dans son entreprise similaire d'édification d'une théorie réaliste de l'Etat. Cependant, tant Jhering que Seydel placeront – eux aussi ! – la puissance et la force au centre de leur doctrine, succombant ainsi aux charmes de la *Herrschaft*, qui nous semble réellement avoir été l'un des *leitmotive* principaux de la théorie allemande du droit public au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Cf. Stolleis (1992), p. 435.

<sup>307</sup> Cf. Jouanjan (2011), p. 210.

## 1. Rudolf von Jhering (1818-1892)

### 1.1 La « lutte pour le droit » : une conception réaliste et immanente du droit

Il peut sembler surprenant que l'une des attaques les plus vives contre la tendance dominante de la « *Begriffsjurisprudenz* » vienne de Rudolf von Jhering, que peu de choses semblaient prédisposer à une telle entreprise. En effet, il fut de longues années un ami proche de Gerber. Les deux juristes entretenirent une longue et dense correspondance<sup>308</sup> et fondèrent ensemble en 1857 les *Annales pour la dogmatique du droit privé romain et germanique d'aujourd'hui*. L'article qui inaugure la revue est signé Jhering et correspond en tous points au programme dogmatique établi par les pandectistes puis repris par Gerber et Laband<sup>309</sup>. Jhering avait déjà établi les linéaments de ce programme en ouverture du premier volume de *L'Esprit du droit romain* (1852) : la tâche du juriste y consiste moins dans l'étude des règles que dans un travail de *production* de concepts juridiques fondamentaux dont il faut établir les articulations logiques avant de poser les règles qui en découlent<sup>310</sup>.

Au tournant des années 1870, Jhering renverse ses convictions théoriques et se fait le chantre d'une analyse réaliste du droit, dont l'expression culmine dans le célèbre pamphlet de 1872, *Der Kampf ums Recht*, qui deviendra rapidement l'un des ouvrages les plus lus et les plus commentés de la science juridique<sup>311</sup>.

D'emblée, Jhering reproche aux pandectistes – il cite nommément Savigny et Puchta – de se méprendre sur l'origine du droit. Ceux-ci placeraient la naissance du droit dans un monde harmonieux de concepts, détaché de la réalité effective<sup>312</sup>. Ils ignoreraient ainsi la dimension avant tout agonale du droit. En effet, Jhering fait de la *lutte* le principe générateur de tout droit. À l'appui de sa démonstration, Jhering prend à témoin l'histoire : « *toutes les grandes conquêtes qu'enregistre l'histoire du droit : l'abolition de l'esclavage, de la servitude personnelle, la liberté de la propriété foncière, de l'industrie, des croyances, etc. ont dû être remportées ainsi au prix de luttes ardentes, souvent continuées pendant des siècles* »<sup>313</sup>. En d'autres termes, Jhering passe à une conception immanente du droit : celui-ci se fait et se défait par le jeu des rapports de force successifs qui constituent l'histoire. Une conception du droit n'est pas anodine au regard du contexte historique. La *Lutte pour le droit* est publiée au lendemain de la Commune de Paris et s'inscrit dans un horizon politique marqué par l'émergence

---

<sup>308</sup> Réunie et publiée en 1984. Cf. Mario LOSANO (éd.), *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 693 p.

<sup>309</sup> Losano (1984), p. 29-30 ; Jouanjan (2006), p. XI-XIII.

<sup>310</sup> Le concept possède donc une suprématie logique sur la norme. Cf. Jhering (1880), p. 26-44.

<sup>311</sup> Cf. Jouanjan (2006), p. XXII ; l'ouvrage sera traduit en 17 langues et connaîtra une vingtaine de rééditions en langue allemande jusqu'à la fin de la République de Weimar.

<sup>312</sup> Jhering (2006), p. 6.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 9.

du mouvement socialiste et de la théorie marxiste, celle-ci adoptant également une conception agonale du droit. Le paradigme inauguré par Jhering rend possible une lecture sociologique du droit qu'embrassera Duguit, mais dans une perspective et avec des résultats radicalement différents de ceux obtenus par Jhering. La vision réaliste du droit développée par ce dernier s'oppose diamétralement à la lecture transcendante des pandectistes, ceux-ci concevant la création du droit comme un processus paisible détaché de la vie concrète des hommes. Le droit, chez Jhering, est également guidé par l'idée d'évolution et s'adapte ainsi aux conditions du lieu où il s'épanouit, à rebours des concepts juridiques atemporels qui formaient l'objet d'étude prioritaire des pandectistes de droit privé comme de droit public. Cette conception évolutionniste du droit doit également être placée dans le contexte idéologique dans lequel évolue Jhering au moment où il rédige son pamphlet. Le juriste allemand a été fortement marqué par la lecture du célèbre essai de Darwin « *l'origine des espèces* » (1859) et l'idée de lutte pour la vie qui structure la trame de son argumentation. De même, Jhering fut un lecteur assidu des œuvres de Herbert Spencer (1820-1903) et partisan de la philosophie évolutionniste de ce dernier, dont il entendait porter les acquis dans la théorie juridique<sup>314</sup>.

## 1.2 La redéfinition du droit subjectif

Si l'on admet que le droit est une lutte, il reste à déterminer l'objet du conflit. Jhering résout cette question en remettant en cause l'acception formaliste du droit subjectif défendue par les pandectistes. Dans un important ouvrage dont la parution débuta en 1877, *Der Zweck im Recht*, Jhering refuse de considérer que la substance du droit réside dans le pouvoir de la volonté, compris comme simple potentialité, libre de détermination matérielle. Au fond, Jhering leur reproche de pêcher par excès de kantisme, dans la mesure où les pandectistes se refusent à prendre en considération le but poursuivi par une manifestation de volonté. Il y voit là une impossibilité logique, dans la mesure où le but constitue le « *motif déterminant du vouloir* » et qu'une volonté ne peut être envisagée sans considération du but qui la détermine<sup>315</sup>. A cet égard, Jhering place dans l'*intérêt* le but recherché par toute action humaine<sup>316</sup>. Cette assertion permet d'éclairer les termes de cette lutte que constitue le droit. Celui-ci apparaît en effet comme le champ de bataille où se déroule « *l'engrenage chaotique des buts, des aspirations, des intérêts des hommes* »<sup>317</sup>. Ainsi, un individu qui lutte pour la conquête d'un droit cherche avant tout à obtenir la protection de ses intérêts par l'ordre juri-

---

<sup>314</sup> Cf. Brimo (1978), p. 237 ; Losano (1984), p. 31 ; Jouanjan (2006), p. XXV ; à cet égard, il n'est pas anodin que l'un des principaux ouvrages de Jhering, *Der Zweck im Recht*, fut traduit en français sous le titre « *L'évolution du droit* ».

<sup>315</sup> Jhering (1901), p. 7.

<sup>316</sup> Ibid., p. 36.

<sup>317</sup> Jhering (2006), p. 10.

dique. À la conception du droit subjectif comme pouvoir de la volonté, Jhering substitue donc une définition de celui-ci comme *intérêt juridiquement protégé*<sup>318</sup>.

Jhering fait grief à la doctrine de la volonté de ne porter que sur la manifestation extérieure du droit, négligeant la recherche de son essence intime<sup>319</sup>. En identifiant personnalité juridique et capacité de vouloir, les pandectistes se trouvent bien empruntés lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement le statut des personnes incapables de discernement et donc dénués de volonté consciente. En effet, toutes « *les législations du monde protègent le côté purement humain de la personnalité [des personnes incapables] : le corps et la vie, mais encore leur accordent-elles, sauf de légères modifications, la même capacité patrimoniale qu'aux personnes capables de volonté* »<sup>320</sup>. La situation des personnes incapables possède une importante valeur heuristique pour Jhering car elle lui permet de substituer sa définition du droit subjectif et de la personnalité juridique à celle des pandectistes. Jhering établit que le véritable sujet de droit n'est pas celui qui *veut* mais celui qui *profite*. En d'autres termes, ce n'est pas celui *par* qui un acte juridique est accompli qui est sujet de droit, mais celui *pour* qui l'acte est réalisé. Le sujet de droit est donc le destinataire de l'utilité d'un droit<sup>321</sup>. Ainsi seulement il est possible d'admettre des êtres dénués de volonté consciente au rang de sujet de droit. Le résultat de cette construction dogmatique est la dégradation de la volonté au rang d'élément *formel* lié au seul *exercice* d'un droit, tandis que l'intérêt fait figure d'élément *substantiel*, en ce qu'il vise à assurer la *jouissance* du droit à son bénéficiaire, le sujet de droit<sup>322</sup>.

Si Jhering parvient à construire la personnalité juridique des personnes incapables de discernement sans le recours à la moindre fiction<sup>323</sup>, il éprouve une difficulté lorsqu'il appréhende le cas des associations. Si le sujet de droit est celui dont l'intérêt est satisfait par l'exercice d'un droit, seul l'homme individuel peut être reconnu comme sujet de droit car lui-seul est en mesure de nourrir des intérêts<sup>324</sup>. Une association vise toujours à satisfaire les intérêts moraux ou patrimoniaux de ses membres ; elle ne nourrit pas un intérêt distinct et encore moins contraire aux intérêts de ses membres considérés isolément. Les véritables sujets de droit sont donc toujours les membres de l'asso-

---

<sup>318</sup> Cette définition était déjà acquise dans *L'esprit du droit romain*. Cf. Jhering (1888), p. 328. Cette recherche de l'intérêt comme origine des droits démontre également l'influence exercée par l'utilitarisme de Bentham sur la pensée de Jhering.

<sup>319</sup> Jhering (1888), p. 318.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 333-334.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 322. Il n'est en effet pas nécessaire de postuler une volonté potentielle à la personne incapable pour l'admettre comme sujet de droit.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 328 : « *Tout droit privé existe pour assurer à l'homme un avantage quelconque, pour venir en aide à ses besoins, pour sauvegarder ses intérêts, et concourir à l'accomplissement des buts de sa vie. Le destinataire de tout droit, c'est l'homme* ».

ciation. Seule une nécessité pratique pousse le juriste à concevoir l'association sous la forme d'une personne juridique distincte. Afin de faciliter les rapports juridiques avec les tiers, il convient de se figurer que l'association constitue une personne juridique, sans quoi les tiers ne sauraient vers qui diriger leur action. Jhering est forcé d'admettre que l'association n'est qu'un « *être artificiel* »<sup>325</sup>, fruit d'un procédé de technique juridique bien commode : la fiction<sup>326</sup>. Les critiques de Duguit sur la doctrine de l'intérêt porteront, entre autres, sur ce point précis, qui démontrerait l'incapacité de cette doctrine à bâtir une théorie véritablement réaliste du droit<sup>327</sup>.

### 1.3 *L'Etat comme organisation sociale de la contrainte*

Fort de cette définition du droit comme intérêt juridiquement protégé, Jhering établit que la délicate entreprise du droit consiste dès lors à opérer un arbitrage entre la profusion des intérêts contradictoires qui s'affrontent au sein de la société civile : la paix sociale devient ainsi l'un des buts du droit<sup>328</sup>. L'Etat joue ici un rôle fondamental. Si le droit doit introduire l'équilibre dans la mécanique des intérêts qui constitue la société, son effectivité dépendra de l'existence d'un système de contrainte. Dans *Der Zweck im Recht*, Jhering propose une définition exhaustive de la contrainte : « *la contrainte, entendue dans un sens général, consiste dans la réalisation d'un but au moyen de l'assujettissement d'une volonté étrangère. La contrainte suppose activement et passivement un être vivant doué de volonté* »<sup>329</sup>. Chez Jhering, la notion de contrainte est le pivot autour duquel gravite la théorie de l'Etat et du droit. En effet, l'Etat est défini comme « *l'organisation du pouvoir qui exerce la contrainte* »<sup>330</sup>, tandis que le droit est défini comme la « *l'ensemble des normes en vertu desquelles, dans un Etat, s'exerce la contrainte* »<sup>331</sup>.

Ainsi, l'Etat n'est rien d'autre que « *l'organisation sociale de la contrainte* »<sup>332</sup>. Il dispose de la contrainte dans un but principal : créer le droit – nécessaire à la paix sociale – et assurer son effectivité<sup>333</sup>. La réalisation de ce but rend nécessaire l'émergence d'un pouvoir public qui agit en quelque sorte en qualité de « bras armé » du droit. Il détient ainsi la suprématie sur toute autre autorité et se trouve capable de commander la soumission. La condition factuelle de la suprématie du pouvoir public tient

---

<sup>325</sup> Ibid., p. 215

<sup>326</sup> Jhering définit la fiction comme un « *mensonge technique consacré par la nécessité* ». Cf. Ibid., p. 296.

<sup>327</sup> Cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.2.

<sup>328</sup> Jhering (2006), p. 1 ; Brimo (1978), p. 238.

<sup>329</sup> Jhering (1901), p. 159.

<sup>330</sup> Ibid., p. 160.

<sup>331</sup> Ibid., p. 215.

<sup>332</sup> Ibid., p. 207.

<sup>333</sup> La nécessité de la contrainte pour assurer le respect du droit est un élément encore présent chez le jeune Kelsen, auteur des *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 5.

dans la faculté supérieure d'organisation de la force qui est celle de l'Etat, dont le but consiste à empêcher l'émergence d'une force organisée concurrente au sein de la société<sup>334</sup>. Le résultat essentiel de cette entreprise est que la contrainte sociale devient le *monopole* de l'Etat. Ces développements théoriques nous semblent anticiper sur bien des points la définition que donnera Max Weber en 1919 de l'Etat moderne comme titulaire du monopole de la violence légitime<sup>335</sup>.

Ce monopole de la contrainte assigné à l'Etat conduit à une conséquence capitale, en ce qu'il rend l'Etat source unique du droit. Jhering affirme que le critère décisif de définition de la norme juridique tient dans l'existence d'un système de coercition capable d'en assurer le respect<sup>336</sup>. Dans la mesure où l'Etat a le monopole de la contrainte, ne seront règles de droit que celles garanties par la contrainte étatique. Comme chez Jellinek quelques années plus tard, Jhering admet le pouvoir normatif d'organisations non-étatiques, à l'exemple d'une association et des règles contenues dans ses statuts. Cependant, le respect de ces règles ne pourra être obtenu que par la mise en branle du pouvoir de contrainte détenu uniquement par l'Etat. Dès lors, ce dernier demeure le gardien exclusif du droit.

#### 1.4 *L'autolimitation de l'Etat chez Jhering*

La limitation juridique du pouvoir de l'Etat peut dès lors apparaître problématique, dès lors que l'appareil étatique est investi de la plus haute puissance de fait. Le dilemme s'accroît avec l'attribution à l'Etat de la maîtrise intégrale du droit. Jhering estime pourtant parvenir à une solution en développant une conception de l'action de l'Etat qui semble anticiper la théorie de l'autolimitation de l'Etat que développera plus tard Jellinek. En somme, il s'autorise à étendre à l'Etat les fondements de l'anthropologie développée dans les premières pages de *der Zweck im Recht*. Il estime ainsi que l'Etat, à l'image des individus, agit en premier lieu *dans son intérêt*<sup>337</sup>. L'intérêt de l'Etat réside dans le respect du droit par ses sujets, condition de la paix sociale. Or

---

<sup>334</sup> Jhering (1901), p. 212-13.

<sup>335</sup> Les similitudes sont en effet frappantes. Cf. Weber (1959), p. 108 : « *L'Etat moderne est un groupement de domination de caractère institutionnel qui a cherché (avec succès) à monopoliser, dans les limites d'un territoire, la violence physique légitime comme moyen de domination et qui, dans ce but, a réuni dans les mains des dirigeants les moyens matériels de gestion. Ce qui veut dire qu'il en a exproprié tous les fonctionnaires qui, suivant le principe des « états », en disposaient autrefois de leur propre droit et qu'il s'est substitué à eux, même au sommet de la hiérarchie* ».

<sup>336</sup> Jhering (1901), p. 213 : « *l'Etat est la source unique du droit, car les normes qui ne peuvent être imposées par celui qui les établit ne sont pas des règles de droit* » et plus loin, p. 215 : « *les prescriptions revêtues par lui [l'Etat] de cette sanction [la contrainte] sont donc seules des normes juridiques* ». Et, last but not least, cette formule restée célèbre, p. 216 : « *la contrainte exercée par l'Etat constitue le criterium absolu du droit ; une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens ; c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas* ».

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 250.

Jhering observe que l'expérience démontre que l'Etat est d'autant mieux obéi lorsqu'il limite sa force par le droit. Son action gagne également en légitimité à mesure qu'il observe les normes qu'il a posées ; l'Etat se prémunit ainsi contre les révoltes citoyennes susceptibles de mettre en péril son existence<sup>338</sup>. Jhering ajoute qu'une politique marquée par la soumission volontaire de l'Etat à l'ordre juridique assure la sécurité juridique nécessaire au développement, par exemple, du commerce et de l'industrie<sup>339</sup>.

### 1.5 Conclusion

En fin de compte, Jhering parvient à une définition de l'Etat et de son pouvoir singulièrement similaire à celle des « pandectistes » de droit public, alors qu'il s'était pourtant attaché à critiquer et renverser la méthode de ces derniers. En effet, peu de chose semble séparer le pouvoir de contrainte de l'Etat chez Jhering de la volonté de l'Etat orientée vers la domination défendue par Gerber ou du droit de domination propre de l'Etat théorisé par Laband. Ces conceptions s'inscrivent toujours dans un cadre de relations entre l'Etat et l'individu essentiellement asymétrique, où la volonté suprême de l'Etat est en mesure de soumettre la volonté de l'individu.

## 2. Max von Seydel (1846-1901)

En 1873, un jeune juriste bavarois de 27 ans, Max von Seydel, fait paraître un opuscule d'une petite centaine de pages intitulé *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*. Dès la préface, Seydel annonce que le but de son essai sera de poser les bases nécessaires à une théorie réaliste de l'Etat, débarrassée des fictions qui nuisent à la clarté de la science du droit public. En ce sens, Seydel s'inscrit explicitement dans la lignée du programme proposé par Jhering une année auparavant dans *Der Kampf ums Recht*<sup>340</sup>.

Selon Seydel, une telle tâche exige de faire table rase de la plupart des théories de l'Etat ayant alors cours en Allemagne, des conceptions organicistes à la notion de personnalité de l'Etat. Toutes ces doctrines commettraient la même erreur : elles érigent une simple image, une vue de l'esprit, en entité autonome capable de volonté<sup>341</sup>. Les théories combattues par le juriste bavarois ignoreraient que l'Etat n'est pas un concept juridique, mais un *fait*. L'Etat est simplement l'expression de la volonté d'un certain nombre d'hommes de se soumettre à une volonté supérieure<sup>342</sup>.

---

<sup>338</sup> Ibid., p. 253.

<sup>339</sup> Ibid., p. 254 ; Duguit fait un bon résumé de la conception de l'autolimitation de l'Etat chez Jhering. Cf. Duguit (1919), p. 172-174.

<sup>340</sup> Seydel (1873), p. VI.

<sup>341</sup> Ibid., p. 5.

<sup>342</sup> Ibid., p. 1-3 ; nous ne sommes ici pas loin d'une théorie du contrat social, ce que Seydel concède. Il reproche cependant aux tenants de cette théorie de faire usage d'un concept *juridique* qui ne peut exister au moment de la constitution de l'Etat, dans la mesure où la création du droit vient nécessairement *après* cet acte de fondation.

Seydel entend certes rompre avec la plupart des courants de la science juridique de son temps, il n'en reste pas moins tributaire d'un certain « dogme » de la volonté qui traverse l'œuvre de la plupart des auteurs étudiés ci-dessus. Le jeune publiciste s'éloigne cependant des vues de ses éminents collègues sur un point capital : il ne reconnaît l'existence que de volontés *individuelles*. Si la personnalité est la notion juridique censée embrasser tout être rationnel capable de volonté, alors celle-ci ne peut revenir qu'aux individus. En effet, une observation réaliste des faits conduit à n'identifier que des individus sous de pareils traits<sup>343</sup>. Ainsi, si l'Etat se caractérise par la soumission d'un groupe d'hommes à une volonté supérieure, celle-ci ne pourra être que celle d'un individu ou d'un groupe d'individus puisqu'il ne saurait exister que des volontés d'individus<sup>344</sup>. Trois décennies plus tard, Léon Duguit critiquera la théorie de la personnalité juridique de l'Etat en des termes rigoureusement identiques<sup>345</sup>.

La conséquence qui découle de cette prémisse est une séparation entre le souverain et l'Etat. Selon Seydel, l'Etat est l'*objet* de la domination du souverain et non sujet du droit de domination, puisqu'une fiction ne peut avoir de volonté. La confusion de l'Etat et du souverain qui est à la racine de la doctrine de la personnalité juridique de l'Etat constitue ainsi une erreur logique<sup>346</sup>. Il s'agit ainsi de parler de droit du souverain *sur* l'Etat et non de droit *de* l'Etat<sup>347</sup>. À ce propos, Seydel trace un parallèle entre le droit sur l'Etat du souverain et le droit du propriétaire sur sa chose, attestant ainsi son adhésion à une théorie patrimoniale de l'Etat. Ce courant de la théorie de l'Etat sera ensuite développé en Allemagne, sous le nom de « courant néo-patrimonial » (*neopatriomniale Strömung*) par les juristes Conrad Bornhak (1861-1944), Hermann Rehm (1862-1917) et Philipp Zorn (1850-1928), demeurant cependant un courant minoritaire de la doctrine de droit public<sup>348</sup>.

Seydel reconnaît uniquement l'existence de volontés individuelles, mais admet toutefois que la volonté individuelle du souverain possède une caractéristique propre, distincte de la volonté de l'individu. Comme Jhering, Seydel voit dans le but et plus précisément dans la notion d'intérêt un élément consubstantiel au concept de volonté humaine. Alors que la volonté de l'individu vise son intérêt personnel, la volonté du souverain doit nécessairement avoir pour but la préservation de l'intérêt général<sup>349</sup>.

---

<sup>343</sup> Ibid., p. 6.

<sup>344</sup> Ibid., p. 7.

<sup>345</sup> Cf. Duguit (1927), p. 602 : « *j'accepte entièrement toute la partie négative de la doctrine de Seydel* ». Nous le verrons, le bât blessera lorsque Duguit analysera la partie constructive de l'œuvre de Seydel. Cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 4.1.

<sup>346</sup> Seydel (1873), p. 6.

<sup>347</sup> Ibid., p. 7-8 : « *Es ist sonach immer und allezeit der Herrscherwille ein Wille über den Staat, nicht ein Wille des Staates und in der Verkenning dieses Verhältnisses liegt das Fehlerhafte des Bildes von der Staatspersönlichkeit* ».

<sup>348</sup> Kersten (2000), p. 39 ; Schönberger (1997a), p. 310 ; Uhlenbrock (2000), p. 94-95.

Il s'agit ici d'être attentif au fait qu'un tel frein au pouvoir du souverain n'est en rien une limitation juridique mais simplement une limite inhérente au concept d'Etat<sup>350</sup>. Selon Seydel, le droit est un concept de pouvoir (*Machtbegriff*), en ce que l'origine du droit doit être recherchée dans la domination (*Herrschaft*), celle-ci n'étant que l'expression du pouvoir (*Macht*)<sup>351</sup>. Chez le jeune juriste bavarois, le fait a toujours priorité sur la norme. Le pouvoir de domination n'est rien d'autre que l'expression du pouvoir de fait du souverain sur l'Etat, présenté comme la condition de la naissance du droit. En effet, le droit n'est rien d'autre que l'ensemble des normes par lesquelles la volonté du souverain gouverne les hommes placés sous sa domination. La volonté du souverain est ainsi la *source* de toute règle de droit et possède ainsi une priorité logique sur le droit<sup>352</sup>. En somme, le pouvoir du souverain ne peut trouver son origine dans une règle de droit, car celui-ci est le *fait* nécessaire à l'existence même du droit. En ce sens, le publiciste bavarois développe une vision *décisionniste* du droit et de l'Etat. En relevant l'irréductible caractère factuel de l'origine de l'Etat, Seydel s'oppose à l'ensemble de la tradition positiviste qui s'est souvent refusée à aborder la question de la naissance de l'Etat dans la mesure où un tel phénomène ne peut être appréhendé par l'ordre juridique en vigueur. Sur ce point, les intuitions de Max von Seydel seront réactivées de manière polémique par Carl Schmitt lorsqu'il entreprendra sa critique du « normativisme »<sup>353</sup>.

Ainsi, Seydel manifeste une véhémence certaine à l'égard de la science du droit public de son temps. Cependant, il n'en reprend pas moins certains éléments fondamentaux : l'importance conférée à la force de la volonté, l'apologie de la *Herrschaft* et l'assignation du droit dans les limites de l'Etat. Son versant réaliste s'exprime avant tout dans le refus de la personnalité de l'Etat et de toute fiction juridique<sup>354</sup>. Cependant, il parvient à un tel résultat en plaçant le souverain dans une position *extra-juridique* et se trouve ainsi incapable de fonder, en droit, une limite à son pouvoir.

---

<sup>349</sup> Seydel (1873), p. 8 ; en ce sens, Seydel se rapproche de Gerber. L'auteur des *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* plaçait en effet dans la notion de « but de l'Etat » la source de limitation du pouvoir de ce dernier.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 12 : « *der Grund des Rechtes ist die Herrschaft, der Grund der Herrschaft ist die Macht* ».

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 13 ; en ce qui concerne la coutume, Seydel prend soin de préciser que la reconnaissance du souverain est nécessaire pour élever la coutume au rang de droit. Ainsi Seydel rejoint là les auteurs étudiés dans les sections précédentes, dont le trait commun consiste à enserrer la création et l'application du droit dans le strict cadre étatique, conception contre laquelle s'élèvera Duguit.

<sup>353</sup> Cf. Carl Schmitt, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, p. 40-45.

<sup>354</sup> Jouanjan (2011), p. 210.

### III. La « réception » de la conception allemande de la souveraineté de l'Etat chez les juristes de la III<sup>e</sup> République

#### Introduction

La défaite de l'armée française lors de la guerre franco-allemande de 1870 eut des répercussions qui dépassent de loin la simple histoire militaire et politique. La déroute de Sedan marqua, chez un nombre considérable d'intellectuels français, le début d'une importante crise de la pensée marquée par une relation particulièrement problématique à l'Allemagne<sup>355</sup>. Tous les milieux intellectuels furent touchés par cette profonde remise en question qui prit tantôt la forme d'une fascination pour le voisin allemand, qui avait prouvé sa nette supériorité lors du conflit de 1870, tantôt les aspects d'une vive répulsion, notamment à l'égard du système politique et du climat idéologique dominant de l'Empire.

Dans la présente section, nous étudierons un cas particulier de cette réception problématique de l'« idéologie allemande » dans la science juridique française. Si les juristes français ont pu, au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, éprouver une admiration et trouver une source d'inspiration dans le positivisme rigoureux de certains de leurs homologues allemands, c'est que celui-ci leur est apparu comme la condition nécessaire de l'accès de la théorie du droit au rang de science. A l'image du positivisme allemand, une partie de la doctrine française de droit public fera progressivement de la séparation entre le droit et la politique l'une des conditions de la scientificité de sa matière<sup>356</sup>. Une telle tendance apparaîtra déjà dans l'œuvre fondatrice d'Adhémar Esmein pour trouver son aboutissement dans les travaux de Raymond Carré de Malberg. Dans la préface à la traduction française du *Droit public de l'Empire allemand* de Laband parue en 1900, Ferdinand Larnaude constatait, à ce titre, un notable déplacement à l'œuvre dans l'influence étrangère exercée sur la science du droit française. Si les jurisconsultes de l'Hexagone se sont longtemps inspirés du système britannique – notamment en raison de l'importance qu'y possède le parlementarisme – le spectre s'était progressivement déplacé en direction de l'Allemagne. À cet égard, tant la subtile dogmatique qui imprègne la méthodologie de la science juridique allemande que la rigoureuse structure de l'administration impériale – qui a prouvé toute son efficacité lors du conflit de 1870 – sont les raisons invoquées pour justifier pareille influence<sup>357</sup>.

Cependant, la réception des notions développées outre-Rhin n'est pas allée sans susciter des critiques<sup>358</sup> et des adaptations. En effet, les différences notables qui séparent

---

<sup>355</sup> Schönberger (1997), p. 257. À ce sujet, voir l'étude classique de Claude Digeon, *La crise allemande de la pensée française*, Paris, Presses Universitaires de France, 1959.

<sup>356</sup> Schönberger (1997), p. 258-259 ; Redor (1992), p. 29.

<sup>357</sup> Cf. Laband (1900), p. IX-XIX ; cela n'empêche nullement le doyen de la Faculté de Droit de Paris d'assortir ses louanges d'importantes réserves.

l'histoire, les traditions et le système politiques et institutionnels français et allemands ont amené les constitutionnalistes français à intégrer les concepts d'origine allemande à leur édifice théorique de manière parfois très critique. Nous en aurons une illustration particulièrement frappante lorsqu'il nous faudra relater l'élaboration, sous l'angle de la théorie juridique, du concept de souveraineté nationale, étranger au contexte historique, intellectuel et politique de l'Allemagne impériale.

## 1. Adhémar Esmein (1848-1913)

### 1.1 *La fondation de la science française du droit constitutionnel*

De l'avis unanime de la doctrine, Adhémar Esmein est le fondateur de la science française du droit constitutionnel. La publication de la première édition de ses *Eléments de droit constitutionnel* en 1896 accompagne l'accès du droit constitutionnel au rang de discipline autonome au sein de l'Université française et lui donne ses orientations principales : l'étude du droit constitutionnel positif tout d'abord, puis du droit constitutionnel comparé et de l'histoire institutionnelle française<sup>359</sup>.

Esmein cherche, en premier lieu, à définir l'autonomie du droit constitutionnel par rapport aux autres disciplines, notamment à l'égard de la puissante domination du droit civil et du droit romain<sup>360</sup>. A cette fin, il s'efforce, au début des *Eléments*, d'établir le caractère scientifique du droit constitutionnel<sup>361</sup>. Une telle préoccupation fait écho à la volonté exprimée par Gerber de constituer le droit public en science autonome<sup>362</sup>. Le juriste français pense, comme son collègue allemand, qu'une telle entreprise passe nécessairement par la constitution d'une méthode assurant la scientificité de cette nouvelle discipline qu'est le droit constitutionnel. A cet égard, la méthode employée par Esmein se caractérise par sa dualité. Il entend certes maintenir la méthode dogmatique, basée sur la construction d'un système logique des concepts fondamentaux sur lesquels repose les institutions<sup>363</sup>, mais souhaite la compléter par une méthode dite « d'observation », qui s'appuie sur l'étude des systèmes constitutionnels du passé ainsi que de certains ordres juridiques étrangers. C'est ainsi que le droit comparé et l'histoire du droit deviennent des éléments essentiels de l'étude du droit constitu-

---

<sup>358</sup> Les travaux de Léon Duguit sont certainement l'un des exemples les plus frappants de refus des doctrines allemandes.

<sup>359</sup> Beaud (2011), p. 32 ; Boudon (2009), p. 87-88 : en France, le droit constitutionnel devient une matière de doctorat en 1882 et cours de licence en 1889.

<sup>360</sup> Cf. Sacriste (2011), p. 37 s.

<sup>361</sup> Boudon (2009), p. 89.

<sup>362</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.1.

<sup>363</sup> Dans un article paru en 1900, Esmein définit comme suit la méthode dogmatique : « *en suivant la logique des idées, on arrive à découvrir les conceptions fondamentales sur lesquelles repose une institution et à faire un système de règles* ». Cf. Esmein (1900), p. 493.

tionnel<sup>364</sup>. Dès sa seconde édition, le manuel d'Esmein verra, pour cette raison, son titre complété pour devenir *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*.

Pourtant, de nombreux auteurs ont relevé que sa méthode penchait nettement vers une dogmatique juridique où l'observation n'aurait qu'un rôle subalterne<sup>365</sup>. Dans un célèbre article polémique publié en 1903, Raymond Saleilles pose un réquisitoire sans appel. Les tenants de la méthode dogmatique – auxquels Esmein est réputé appartenir<sup>366</sup> – raisonnaient par concepts *a priori*, c'est-à-dire par « *certaines principes directeurs, susceptibles de servir de base à un raisonnement déductif, que l'on dût poursuivre en pure logique abstraite* ». Ces principes formeraient ainsi « *une sorte de constitution non écrite supérieure à l'autre et admise sous forme implicite* », cette admission découlant du fait que cette constitution informelle serait l'expression de « *certaines théories politiques admises du consentement général du pays* »<sup>367</sup>. Ainsi, la dogmatique juridique serait plus la traduction de préférences politiques subjectives que le fruit d'une observation objective et impartiale des faits<sup>368</sup>. Lorsqu'il s'agit de dresser la liste des postulats qui ont fonction d'axiomes chez certains constitutionnalistes français, Saleilles aboutit à un résultat singulièrement équivalent à celui de Duguit : « *la théorie de la souveraineté, [le] principe de la séparation des pouvoirs, [les] postulats relatifs aux droits subjectifs de l'individu en matière de droit public, ce que l'on est convenu de désigner sous le nom des droits de l'homme et du citoyen [...] et [les] autres données primordiales de cette nature* »<sup>369</sup>.

Certains passages cruciaux des *Eléments* attestent en effet la préférence marquée du constitutionnaliste français pour la méthode dogmatique<sup>370</sup>. Dans la préface à la première édition, Esmein déclare que l'un de ses objectifs consistera à dégager et à construire « *la théorie juridique des institutions fondamentales et des règles supérieures* » propre aux systèmes constitutionnels des « *peuples libres d'Occident* », en précisant bien que son travail procédera par ordre logique et non historique<sup>371</sup>. L'adhésion à la méthode dogmatique s'affirme avec une meilleure acuité dans l'introduction.

---

<sup>364</sup> Esmein offre un condensé de sa méthode dans un rapport publié en 1896. Cf. Esmein (1984), p. 125 : « *il existe deux méthodes également nécessaires. L'une aussi vieille que le droit lui-même procède par l'analyse abstraite et par la déduction : c'est la méthode dogmatique. L'autre est une méthode d'observation : elle procède par l'histoire du droit et le droit comparé ; elle est appelée à renouveler toutes les sciences juridiques* ».

<sup>365</sup> Une telle attaque fut portée par une génération plus jeune de juristes représentée par Maurice Deslandres (1862-1941), Raymond Saleilles (1855-1912) et François Géný (1861-1959). Cf. Sacriste (2001), p. 84-89.

<sup>366</sup> Esmein n'est pas nommé visé par l'article de Saleilles, mais plusieurs indices laissent à penser qu'il en est l'une des cibles principales. Cf. Sacriste (2001), p. 86-87.

<sup>367</sup> Saleilles (1903), p. 102.

<sup>368</sup> Ibid., p. 120.

<sup>369</sup> Ibid., p. 102.

<sup>370</sup> Boudon (2009), p. 90-91.

<sup>371</sup> Esmein (1914), p. XVII-XVIII.

Esmein y cherche à fonder l'autonomie et la particularité du droit constitutionnel pour la connaissance du phénomène étatique, notamment face à la sociologie. Alors que celle-ci s'attache à découvrir les lois qui régissent le développement des sociétés humaines, le droit constitutionnel prend pour objet un Etat arrivé à une forme fixe puis tente d'en dégager « *l'esprit et les principes fondamentaux, dont il tire les conséquences ; il en construit le système logique et juridique* »<sup>372</sup>. L'on croirait lire ici une paraphrase du programme méthodologique annoncé par Puchta, basé sur un travail de construction dogmatique d'un système de concepts juridiques répondant aux règles de la logique, selon l'exigence qui sera plus tard formulée par Laband<sup>373</sup>. Enfin, le plan de l'ouvrage, que Esmein prend soin de détailler, ne laisse guère de place au doute. Il y déclare l'existence de principes généraux du droit constitutionnel communs à tous les « *peuples libres d'Occident* ». Le juriste français affirme que la diversité des systèmes constitutionnels propre à l'Ancien Régime, où chaque Etat se développait en conformité à ses traditions nationales, a été bouleversée par la révolution politique et philosophique que constitue la philosophie des Lumières. Il serait depuis désormais possible de dériver des principes et des « *institutions-types* » à partir des « *règles de la raison et de la justice naturelle* »<sup>374</sup>. À la diversité des institutions a donc succédé un fonds commun de principes et d'institutions conformes à la liberté moderne, qu'Esmein prend comme point de départ de son traité. A divers endroits des *Eléments*, Esmein précise quelque peu le statut épistémologique de ces principes. Dans une perspective résolument jusnaturaliste, le juriste français les présente comme « *des données de la raison humaine, de la droite raison* »<sup>375</sup> et les pose soit comme des axiomes<sup>376</sup>, soit comme des hypothèses dont on tire des conséquences logiques en vue de l'élaboration d'un système<sup>377</sup>.

L'influence de la méthode dogmatique – dont nous avons montré les origines allemandes<sup>378</sup> – sur le travail d'Adhémar Esmein peut surprendre au premier abord. Dans la préface à la seconde édition des *Eléments*, le juriste français justifie son refus de tenir compte de la littérature constitutionnelle allemande, car il reproche au système constitutionnel allemand de ne pas avoir la liberté moderne comme objet direct<sup>379</sup>. Pour cette raison, il justifie son choix des systèmes constitutionnels français, anglais

---

<sup>372</sup> Ibid., p. 31.

<sup>373</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 1. et 4.1.

<sup>374</sup> Esmein (1914), p. 59-60.

<sup>375</sup> Ibid., p. 263.

<sup>376</sup> Ibid., p. 554.

<sup>377</sup> Cf. Boudon (2009), p. 91.

<sup>378</sup> Dans la préface à la sixième édition des *Eléments*, publiée à titre posthume, Joseph Barthélémy ne s'y trompe pas en attribuant l'origine de la méthode dogmatique dont s'inspire Esmein aux « *légistes du droit public allemand* ». Il s'évertue ensuite de démontrer le primat de la méthode d'observation dans la méthodologie générale d'Esmein. Cf. Esmein (1914), p. VIII et s.

<sup>379</sup> Ibid., p. XX.

et américain comme objet exclusif d'étude. Il confesse cependant au même endroit sa dette intellectuelle envers la science allemande<sup>380</sup>. A notre sens, les similitudes entre la méthode dogmatique allemande et la méthode construite par Esmein sont telles que c'est certainement au niveau de la méthode que s'exprime en premier lieu la dette intellectuelle du juriste français envers ses collègues d'outre-Rhin.

S'il répudie le système constitutionnel allemand, la méthode dogmatique, en revanche, sert ses orientations politiques. Dans la France de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la querelle des méthodes en droit constitutionnel fut souvent l'occasion d'affrontements politiques<sup>381</sup>. La méthode dogmatique était utilisée par les juristes attachés au régime républicain, dont Adhémar Esmein était l'une des plus éminentes figures<sup>382</sup>. En posant les acquis de 1789 comme des fruits de la seule raison, les juristes républicains leur confèrent une validité universelle et légitiment les institutions républicaines qui en découlent par le recours aux règles apodictiques de la logique. Cette méthode fut fortement critiquée par les juristes conservateurs – voire de tradition monarchiste – qui lui reprochent son esprit d'abstraction. A cet égard, ils émettent le souhait de renouer avec une méthode expérimentale basée sur l'étude historique afin de redécouvrir l'importance des traditions nationales dans la génération des systèmes politiques et institutionnels<sup>383</sup>.

## 1.2 *L'Etat comme personnification juridique de la nation*

Adhémar Esmein fut l'un des théoriciens les plus éminents et l'un des défenseurs les plus ardents de la notion de personnalité juridique de l'Etat, estimant qu'il s'agissait de la « *notion la plus élevée qu'ait dégagée le droit public moderne* »<sup>384</sup>. Les *Eléments de droit constitutionnel* s'ouvre sur cette phrase, devenue depuis un canon de la doctrine constitutionnelle française<sup>385</sup> : « *L'Etat est la personnification juridique d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique* »<sup>386</sup>. Cette formule synthétique résume tout ce que Duguit tentera de réfuter tout au long de son œuvre<sup>387</sup>. Pour

---

<sup>380</sup> Ibid. p. XXI : « *voilà pourquoi, moi, qui doit tant par ailleurs à la science allemande, je ne l'ai point mise ici à contribution. J'ai largement puisé, au contraire, dans la littérature constitutionnelle de l'Angleterre et des Etats-Unis* »

<sup>381</sup> Sacriste (2001), p. 83.

<sup>382</sup> Ibid., p. 86-87 ; Cf. Boudon (2012), p. 4-9 qui montre que le républicanisme de Esmein était somme toute assez modéré.

<sup>383</sup> Cf. Boudon (2009), p. 92.

<sup>384</sup> Esmein (1914), p. 41.

<sup>385</sup> Pinon (2009), p. 217.

<sup>386</sup> Esmein (1914), p. 1.

<sup>387</sup> Il ne faut pas chercher bien loin pour trouver chez Duguit un refus de la théorie de la personnalité juridique de l'Etat défendue par Esmein. Une attaque nette est développée dès les premières pages du premier ouvrage majeur du doyen de Bordeaux *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Cf. Duguit (2003), p. 4.

cette raison, il nous faut à présenter en étudiant les éléments constitutifs et les conséquences.

Il convient tout d'abord de relever que la souveraineté de l'Etat est attribuée à une personne *juridique*, ce qui exclut que l'exercice de l'autorité publique échoie à une personne *physique*. Le souverain s'incarne désormais dans une fiction qui « personnifie » la nation toute entière<sup>388</sup>. Plus loin, le publiciste français précise sa conception de la fiction en affirmant que « *les fictions légales traduisent parfois les réalités les plus hautes, qui, pour ne pas tomber sous le sens, n'en existent pas moins* »<sup>389</sup>. Avec Léon Michoud, il nous semble exact de voir dans cette assertion un parent proche de la théorie de l'abstraction développée par Jellinek. Pour rappel, l'abstraction consiste en une opération intellectuelle permettant de traduire en langage juridique certains éléments de la réalité, à l'inverse de la fiction proprement dite qui ne s'appuie sur aucun substrat empirique<sup>390</sup>. En tout état de cause, cette conception aboutit à déléguer la puissance publique à une personne juridique qui se substitue aussi bien au Monarque qu'au peuple<sup>391</sup> en tant que titulaire de la souveraineté. Le peuple et la nation sont ainsi distingués afin que le corps électoral soit réduit à la qualité de représentant de la nation à qui l'on transmet uniquement l'*exercice* de la souveraineté. La majorité électorale n'est donc nullement le *titulaire* de la souveraineté qui ne revient qu'à la nation. Esmein décrit celle-ci comme une entité « *distincte des vies additionnées des individus qui la composent à un moment donné [qui] a vraiment une sorte de vie propre [...] où se combinent l'activité et la pensée des générations passées avec celle de la génération présente, où se prépare le sort des générations futures* »<sup>392</sup>. A notre sens, cette perception englobante de la nation poursuit le but de mettre l'accent sur l'unité du corps social, quitte à nier les conflits et dissensions susceptibles de l'agiter. En outre, cette définition aussi large qu'abstraite de la nation amène Esmein à reconnaître qu'il ne s'agit pas là exactement d'une personne réelle en ce qu'elle ne peut posséder par elle-même une volonté<sup>393</sup>. Dès lors, la volonté de la nation – nécessaire à l'exercice de la souveraineté – doit être *représentée* par différents individus pris dans le corps de la nation. Cette représentation peut être, en premier lieu, prise en charge par le corps électoral – Esmein parle alors de *gouvernement direct* – qui s'octroie alors directement l'exercice de la souveraineté<sup>394</sup>. En second lieu, la représentation de la volonté nationale peut être confiée à des élus qui exerceront la souveraineté au nom de la na-

---

<sup>388</sup> Esmein (1914), p. 1-2.

<sup>389</sup> Ibid., p. 41.

<sup>390</sup> Michoud (1911), p. 498.

<sup>391</sup> Maulin (2003), p. 99.

<sup>392</sup> Esmein (1914), p. 285.

<sup>393</sup> Ibid., p. 299 ; Esmein nuance cette assertion dans un autre passage des *Eléments*. Il s'appuie sur une citation d'Ernest Renan pour affirmer que la nation peut être considérée comme une personne possédant un caractère, un esprit et des intérêts déterminés. Cf. Ibid., p. 285.

<sup>394</sup> Ibid., p. 299.

tion ; on parlera alors de *gouvernement représentatif*. Le représentant élu est alors représentant de la nation tout entière et non de ses électeurs, devant lesquels il n'est pas juridiquement responsable. Il est dès lors aisé de comprendre pourquoi Esmein considère que toute forme de mandat impératif est incompatible avec le principe de souveraineté nationale<sup>395</sup>. Sur la base d'une analyse critique de ces développements d'Esmein, Duguit affirmera que l'idée de mandat ne peut cependant pas être écartée dans l'analyse du lien qui unit la nation à l'Etat. S'il est vrai qu'aucun mandat ne lie les représentants à leurs électeurs, le lien qui unit la nation tout entière à la Représentation nationale peut être qualifiée de mandat politique<sup>396</sup>. Selon Duguit, la notion de représentation en droit public s'inspire en droite ligne du mandat de droit privé. Le rôle du mandataire, l'Etat, consiste à *vouloir* à la place du mandant, la nation, en raison de son incapacité à développer une volonté par elle-même<sup>397</sup>. L'Etat-mandataire possède ainsi le droit de vouloir pour la nation-mandante, et les actes issus de la volonté de l'Etat produiront les mêmes effets juridiques que s'ils émanaient de la volonté de la nation<sup>398</sup>.

Il nous semble ici important de souligner que la définition esmeinienne de l'Etat comme personnification juridique d'une nation traduit l'impossibilité méthodologique d'envisager séparément l'Etat et la nation lorsque l'on étudie leur relation à la lumière du principe de souveraineté nationale<sup>399</sup>. Sur un plan théorique, Etat et nation se trouvent chez le juriste français en relation de dépendance réciproque. L'Etat comme personne trouve dans la nation l'élément concret *préexistant* à sa structure juridique, sans lequel le mécanisme de représentation qu'il instaure resterait sans objet. De même, la nation trouve dans l'Etat sa personnification juridique, qui permet à la nation de posséder une volonté distincte et supérieure à la somme des individus qui la composent, qui est l'élément premier de la définition juridique de la souveraineté. Selon Esmein, le principe de souveraineté nationale a notamment pour fonction de donner une existence légale à l'opinion publique qui émane de la nation<sup>400</sup>. Ainsi, la distinction entre nation et Etat est essentiellement d'ordre méthodologique. La nation incarnerait le versant sociologique de l'Etat – inaccessible à la science du droit – tandis que la notion de personnalité juridique serait la façon d'appréhender l'Etat sous un angle purement juridique, renforçant ainsi l'autonomie du droit – et du droit constitutionnel en particulier – sur les autres sciences de l'esprit<sup>401</sup>.

---

<sup>395</sup> Ibid., p. 307 s.

<sup>396</sup> Duguit (2005), p. 173.

<sup>397</sup> Ibid., p. 174.

<sup>398</sup> Ibid. Duguit se contente ici de restituer la notion de la représentation qui habitait les hommes de 1789. La propre conception de la représentation de Duguit est toute autre. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.2.

<sup>399</sup> Cf. Linditch (1997), p. 195.

<sup>400</sup> Esmein (1914), p. 286-288 ; Duguit se montrera très critique sur ce point. Cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.2.

La souveraineté de l'« Etat-nation » est sommairement définie par le juriste français comme l'existence d'une volonté supérieure aux volontés individuelles<sup>402</sup>. Malgré cette définition succincte, Esmein fait de la souveraineté la qualité essentielle de l'Etat et la catégorie distinctive du droit public. Son adhésion – fût-elle implicite ou involontaire – aux conceptions développées par les « pandectistes » de droit public est ici manifeste<sup>403</sup>. De même, le caractère abstrait de la personnalité juridique de l'Etat rend nécessaire le concours de volontés individuelles à l'exercice concret de la souveraineté. Cependant, les gouvernants ne forment, au mieux, que des organes de l'Etat – un terme germanique auquel Esmein répugnait – qui n'ont que la *compétence* d'exercer certains actes de souveraineté déterminés : « *la souveraineté ne réside pas tout entière dans un sujet unique, individuel ou collectif; plusieurs sujets distincts y ont part à la fois et la possèdent comme par indivis, de telle sorte que, pour accomplir certains actes de souveraineté, leur volonté sera nécessaire* »<sup>404</sup>. Un tel agencement conceptuel est qualifié de « souveraineté négative », en ce que l'Etat comme totalité est souverain car il n'est soumis à aucune puissance supérieure à l'externe. A l'interne, sa souveraineté est exercée par des organes non-souverains qui ne peuvent s'arroger la propriété de la souveraineté, celle-ci ne revenant qu'à l'Etat compris comme une totalité regroupant l'ensemble des institutions<sup>405</sup>.

La séparation entre l'Etat et ses organes engage deux conséquences. En premier lieu, cette séparation est la garantie que la souveraineté s'exerce dans l'intérêt de tous. Faire d'une personne fictive le titulaire de la souveraineté vise à éviter que celle-ci soit confisquée par un ou des individus qui composent la nation qu'il s'agisse de magistrats, de gouvernants aussi bien que de simples citoyens formant une majorité électorale<sup>406</sup>. En second lieu, la séparation de l'Etat de ses organes permet de penser la continuité de l'Etat à travers les multiples changements de formes que l'Etat peut subir au gré des réformes et des révolutions. L'Etat peut certes connaître de multiples modifications dans la nature, la composition et l'agencement de ses organes, sa personnalité juridique demeurera intacte en ce qu'elle demeure distincte et indépendante des organes et des personnes chargés d'exercer son pouvoir. Une telle distinction est l'assurance que l'Etat dure aussi longtemps que la nation qu'il personnifie<sup>407</sup>. L'Etat survit ainsi également à la succession des générations qui composent la nation.

---

<sup>401</sup> Linditch (1997), p. 195 ; Denquin (2009), p. 139 ; Redor (1992), p. 54.

<sup>402</sup> Esmein (1914), p. 1 : « *ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souveraineté* ».

<sup>403</sup> Cf. Carré de Malberg (1922), p. VI.

<sup>404</sup> Esmein (1914), p. 5.

<sup>405</sup> Maulin (2003), p. 100.

<sup>406</sup> Esmein (1914), p. 2.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

### 1.3 *Souveraineté et liberté*

A ce stade de notre résumé, Esmein semble s'inscrire en droite ligne de la conception allemande de la souveraineté que nous retrouvons chez Gerber, Laband et Jellinek. En effet, il en reprend les deux éléments constitutifs majeurs : l'attribution de la souveraineté à une personne fictive et la conception de la souveraineté comme volonté supérieure aux volontés individuelles. Pourtant, Esmein affirme en préambule des *Eléments* qu'il a sciemment ignoré les développements du droit constitutionnel survenus en Allemagne au motif que celui-ci n'aurait pas la liberté moderne comme objet premier<sup>408</sup>. Bien que le concept de *Herrschaft* ne fasse l'objet d'aucune réfutation théorique<sup>409</sup>, son évacuation par Esmein peut être expliquée en raison du décalage profond entre les fondements de la science allemande du droit public et ceux de la science du droit constitutionnel bâtie par le juriste français. Ce décalage tient en ce que la source de tout droit est l'Etat chez les auteurs allemands précités, tandis que l'individu joue un tel rôle chez Esmein<sup>410</sup>.

Sur cette base, Esmein entend limiter son étude aux constitutions qui consacrent la liberté moderne. Or le critère qu'Esmein établit pour distinguer les constitutions qui ont la liberté pour objet direct de celles qui ne tendraient, selon l'expression de Montesquieu qu'à « *la gloire des citoyens de l'Etat et du Prince* »<sup>411</sup> peut surprendre au premier abord, puisque ce sont les constitutions qui « *ont pris pour base le principe de la souveraineté nationale* » qui sont censées incarner le respect de la liberté moderne<sup>412</sup>.

La définition de la liberté « moderne » correspond chez Esmein aux libertés individuelles et aux principes corrélatifs qui sont contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, auxquels le juriste français voue une fidélité sans borne<sup>413</sup>. L'aspect problématique de cette démarche théorique consistera à concilier sa conception de la souveraineté qui repose sur l'existence d'une volonté supérieure aux individus et capable de s'opposer à eux et la présence d'un corpus inviolable de libertés individuelles. La solution que propose Esmein pour opérer une telle conciliation est, à vrai dire, d'un grand classicisme, puisqu'elle consiste essentiellement dans l'apologie de certains éléments fondamentaux du paradigme républicain<sup>414</sup>. Le couple droits indi-

---

<sup>408</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.1.

<sup>409</sup> A cet égard, Pierre-Henri Prélôt remarque, non sans pertinence, qu'Esmein se contente de construire un droit constitutionnel qui sied à ses préférences politiques. Cf. Prélôt (2009), p. 118.

<sup>410</sup> Esmein (1914), p. 542 : « *la source de tout droit est dans l'individu, parce que lui seul est un être réel, libre et responsable* ».

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. XXI

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. XX ; Esmein ajoute également les constitutions « *des monarchies, qui, sans proclamer ce principe, ont adopté et pratiquent le gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet* ».

<sup>413</sup> Boudon (2012), p. 5.

<sup>414</sup> Cf. Prélôt (2009), p. 115.

viduels-souveraineté nationale forme en effet la matrice à partir de laquelle se développe sa conception du droit constitutionnel.

En premier lieu, le juriste français soulève que la souveraineté nationale s'exprime sous forme de lois. Celles-ci sont l'expression de la volonté souveraine de la nation ayant valeur de volonté générale. En raison de l'impersonnalité et de la généralité qui la caractérisent, la loi apparaît aux yeux d'Esmein comme l'une des meilleures protections contre l'arbitraire. Le pouvoir du souverain est ainsi endigué par l'obligation de statuer « *non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et pour toujours* »<sup>415</sup>. L'argument n'a rien d'original et semble être directement puisé chez Jean-Jacques Rousseau. Dans le *Contrat social*, le philosophe genevois remarquait déjà que les lois s'appliquant à tous, le souverain ne peut édicter de lois injustes, à moins d'être injuste envers lui-même, ce qui lui apparaît impossible. Ainsi, l'« *universalité de la volonté et de l'objet* » réunie dans la loi devient le meilleur frein au despotisme<sup>416</sup>.

L'adhésion d'Adhémar Esmein à la philosophie politique de Rousseau s'arrête à ce stade. En historien avisé, il pointe du doigt le caractère fictif du contrat social, qui ne correspond à aucune réalité empirique, la formation d'une nation ne résultant pas d'un acte spontané, mais d'une longue évolution où la volonté consciente des hommes est de faible importance<sup>417</sup>. S'il accorde quelque crédit à la notion de contrat social, c'est uniquement parce qu'elle s'appuie sur une idée directrice qui lui paraît exacte, à savoir que « *le droit public, comme le droit privé, a son point de départ dans l'individu, moralement libre, raisonnable et responsable. La puissance publique n'existe que dans l'intérêt des individus qui composent la société : elle ne peut s'exercer légitimement qu'en respectant les données de la raison et les droits de l'individu* »<sup>418</sup>. L'individualisme qu'il estime au fondement de la théorie du contrat social le pousse en revanche à repousser les conséquences de celle-ci. En effet, le contrat social – dans son acception rousseauiste – est purement et simplement rejeté, car elle exige « *l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté* »<sup>419</sup>. Par ce rejet, Esmein s'inscrit dans la tradition libérale, incarnée notamment par Benjamin Constant, pour qui il est inacceptable que la réalisation du contrat social implique le renoncement de chacun à ses droits individuels et plaide en conséquence pour une souveraineté *limitée* par ces derniers<sup>420</sup>.

---

<sup>415</sup> Esmein (1914), p. 20.

<sup>416</sup> Rousseau (1996), p. 71.

<sup>417</sup> Esmein (1914), p. 278-279 ; Prélot (2009), p. 117-118.

<sup>418</sup> Esmein (1914), p. 279

<sup>419</sup> Rousseau (1996), p. 54.

<sup>420</sup> Esmein (1914), p. 279 ; Prélot (2009), p. 117. Pour une synthèse des critiques adressées par Benjamin Constant à Rousseau, cf. Hoffmann (1982), p. 23-40, surtout p. 29 pour la question de l'aliénation des droits. L'auteur reproche à Constant d'avoir ignoré que l'abandon de la li-

En conséquence, le juriste français renonce à faire usage de la fiction du contrat social comme fondement de la souveraineté nationale. A ce titre, il substitue au contrat social deux postulats censés donner une assise théorique plus solide à la souveraineté nationale. Dans un premier temps, Esmein affirme que la puissance publique et le gouvernement qui l'exerce ne peuvent exister que dans l'intérêt de tous les membres qui composent. A cet égard, il qualifie une telle idée d'« *axiome* »<sup>421</sup>, ce qui atteste clairement un usage de la méthode dogmatique. En second lieu, il déduit de ce premier postulat la conséquence que « *ce qui est établi dans l'intérêt de tous doit être réglé par les intéressés, par la volonté générale, tous les citoyens participent à cet établissement, sauf à subir la loi de la majorité* »<sup>422</sup>.

Esmein parvient enfin à penser la corrélation entre souveraineté nationale et droits individuels lorsqu'il s'agit de définir ce en quoi consiste l'intérêt de tous : « *en droit et en raison, c'est dans leur seul intérêt [aux individus] que fonctionne la société politique. Mais le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres ; et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de le diriger lui-même [...] Or, assurer ce libre développement, c'est justement le but des diverses libertés qui constituent les droits individuels : en les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'Etat perdrait sa première et principale raison d'être* »<sup>423</sup>. A cet égard, Esmein marque ici aussi son adhésion aux principes fondamentaux de la philosophie politique libérale, en reprenant à son compte l'idée de primauté de l'individu sur la communauté<sup>424</sup>. Dans cet esprit, il se fait également l'ardent défenseur du jusnaturalisme lorsqu'il affirme que ces droits individuels sont supérieurs et antérieurs à l'Etat<sup>425</sup>.

#### 1.4 L'autolimitation du législateur

Si la souveraineté de l'Etat est nécessairement limitée par les droits des individus, le moyen permettant de garantir une telle limitation doit être également analysé. Esmein refuse notamment le contrôle de constitutionnalité des lois, rejoignant ainsi la tendance dominante au sein de la doctrine française avant la première guerre mondiale<sup>426</sup>. Il est vrai que plusieurs arguments, tant d'ordre technique que politique, plaidaient pour un tel refus. Le principal obstacle technique consistait en l'absence de toute ga-

---

berté naturelle est la condition d'accès à une nouvelle forme de liberté, la liberté civile. Le même reproche peut être adressé à Esmein.

<sup>421</sup> Esmein (1914), p. 280.

<sup>422</sup> Ibid., p. 281.

<sup>423</sup> Esmein (1914), p. 542.

<sup>424</sup> Cf. Prélôt (2009), p. 119.

<sup>425</sup> Esmein (1914), p. 30.

<sup>426</sup> Cf. Baumert (2011), p. 139 ; le contrôle de constitutionnalité des lois sera l'objet d'une adhésion bien plus large dans la doctrine de l'entre-deux-guerres.

rantie constitutionnelle des droits fondamentaux. L'armature constitutionnelle de la III<sup>e</sup> République bâtie par les trois lois constitutionnelles de 1875 ne contenait en effet aucun catalogue de droits fondamentaux, se contentant d'agencer les relations entre les différents organes de l'Etat. Aucune norme de référence ne pouvait ainsi soutenir un contrôle de constitutionnalité des lois à l'aune des droits fondamentaux. Seule la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclamait une série de droits individuels. Cependant, son caractère juridique demeurait controversé en doctrine. Dans les *Eléments*, Esmein se refuse à accorder une quelconque valeur de droit positif à la Déclaration de 1789. A cette fin, il opère une distinction – devenue classique<sup>427</sup> – entre les *déclarations* des droits et les *garanties* des droits. Dans l'analyse du juriste parisien, les déclarations – dans laquelle Esmein range naturellement la Déclaration de 1789 – ne sont que de simples proclamations de principe à caractère dogmatique et n'ont par conséquent aucune force de loi<sup>428</sup>. Elles ne peuvent acquérir une telle qualité qu'une fois concrétisées dans une loi<sup>429</sup>. En revanche, la catégorie des garanties des droits se distingue sur plusieurs aspects : il s'agit de véritables lois positives et obligatoires de rang constitutionnel visant à protéger les droits des individus contre les atteintes émanant du pouvoir législatif<sup>430</sup>.

Outre cette contrainte technique liée à l'absence de toute codification positive des droits fondamentaux, la conception rigide de la séparation des pouvoirs qui avait alors cours en France explique le refus de tout contrôle de constitutionnalité des lois. Le contrôle des lois par le juge était perçu comme une activité politique incompatible avec leur fonction de magistrat. Dans un ouvrage paru en 1931, Raymond Carré de Malberg expliquera fort justement la dichotomie à l'origine de ce refus. Depuis l'art. 3 de la Déclaration de 1789, la loi est réputée être l'œuvre du souverain dont le pouvoir réside dans la nation ; celle-ci délègue le pouvoir législatif à ses représentants qui deviennent dépositaires de la souveraineté nationale, inaugurant un régime que le

---

<sup>427</sup> Prélot (2009), p. 126.

<sup>428</sup> Esmein (1914), p. 559.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 562

<sup>430</sup> *Ibid.*, p. 559 ; Esmein est, avec Raymond Carré de Malberg, l'un des principaux auteurs à refuser une quelconque valeur de droit positif à la Déclaration de 1789. Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, le publiciste alsacien soulève le caractère purement déclaratoire et critique les formules vagues et abstraites de la Déclaration, ajoutant qu'il s'agit d'un obstacle à son applicabilité directe devant les Tribunaux, faute de concrétisation au niveau législatif. Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 581. Tel n'était pas l'avis de Léon Duguit – rejoint sur ce point par Maurice Hauriou – qui reconnaissait une valeur de droit positif à la Déclaration de 1789, en s'appuyant notamment sur la volonté des auteurs de la Déclaration. Cf. Duguit (1928), p. 184. Nous reviendrons sur la position de Duguit plus tard. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2, 2). La controverse ne trouvera véritablement fin qu'avec la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel qui affirme la valeur constitutionnelle de la Déclaration par le biais du renvoi à ce texte contenu dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

juriste alsacien qualifie de « *souveraineté parlementaire* »<sup>431</sup>. En effet, si l'art. 6 de la Déclaration de 1789 précisait que la confection des lois était dévolue à la l'ensemble des citoyens *ou* à leurs représentant, cette option orientée vers un régime de démocratie semi-directe fut vite abandonnée, puisque déjà la Constitution de 1791 prévoyait que l'édiction des lois était *exclusivement* déléguée au corps législatif composé des représentants de la Nation<sup>432</sup>. Esmein rejoint sur ce point cette tendance. En effet, il condamne fermement le référendum à l'aide d'arguments puisés chez Montesquieu : les citoyens sont capables d'élire des représentants mais ne peuvent juger des lois, faute de temps et d'instruction<sup>433</sup>. De plus, le corps électoral ne forme, dans l'esprit du publiciste français, qu'une partie restreinte d'un ensemble englobant, la nation, si bien qu'il apparaît illogique de conférer un droit de censure au corps électoral sur les représentants de la nation.

Selon le paradigme inauguré dès les lendemains de la Révolution, les juges, ainsi dépourvus de caractère représentatif, n'ont qu'un statut de fonctionnaires et n'expriment pas la volonté générale ; ils n'exercent que des fonctions, c'est-à-dire « *des compétences, des offices ou des commissions, qui leur ont été attribués par le souverain dans la Constitution* »<sup>434</sup>. Ils ne concourent aucunement à la formation de la volonté générale et la nation ne s'exprime donc nullement à travers eux. Avec Raymond Carré de Malberg, nous pouvons inférer de cette distinction une opposition radicale entre représentants, qui exercent le pouvoir souverain, et fonctionnaires, simples agents au service de ce dernier. Il s'établit donc une claire hiérarchie des pouvoirs, au faite de laquelle se situe le Parlement, dont l'œuvre législative subordonne les autres autorités, exécutives ou judiciaires. La portée de la distinction revêt à cet égard un caractère absolu : « *elle impliquait que la Législature et les autorités de la seconde sorte se trouvaient investies de puissances d'essence différente* »<sup>435</sup>. Dans un article paru en 1894 dans le premier numéro de la *Revue du droit public et de la science politique en*

---

<sup>431</sup> Carré de Malberg (1931), p. 20 : « *de ce concept représentatif il résulte aussi que le Parlement, puisqu'il représente le souverain, en détient la puissance dans ce qu'elle a de suprême. Ses pouvoirs, législatif ou autres, participent de la souveraineté dont il est investi représentativement. Tranchons le mot, ce Parlement conçu comme le représentant de la nation, devient effectivement le souverain* ».

<sup>432</sup> Constitution française de 1791, art. 1, chapitre III, section I, en lien avec le préambule du titre III, art. 2.

<sup>433</sup> Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, livre II, Chapitre 2 : « *comme la plupart des citoyens, qui ont assez de suffisance pour élire, n'en ont pas assez pour être élus ; de même le peuple, qui assez de capacité pour se faire rendre compte de la gestion des autres, n'est pas propre à gérer par lui-même* » ; cf. Esmein (1894), p. 28 ; Denquin (2009), p. 143. L'auteur des *Eléments* disqualifie ainsi avec véhémence l'idée rousseauiste selon laquelle la volonté générale ne se délègue pas. Cf. Esmein (1914), p. 400 ; cf. Denquin (2009), p. 143 pour une appréciation critique des arguments d'Esmein.

<sup>434</sup> Carré de Malberg (1931), p. 21.

<sup>435</sup> Ibid.

*France et à l'étranger*, Esmein critique avec sévérité une telle érection du corps législatif en organe souverain, sans pour autant établir – à l'inverse du constat que posera son collègue alsacien – qu'il s'agit du régime retenu par les lois constitutionnelles de 1875. Dans son article, Esmein convoque l'argument classique lié au risque de despotisme inhérent à l'exercice de la souveraineté par un seul et unique organe<sup>436</sup>. Cette prééminence accordée au pouvoir législatif touche également un point fondamental de sa doctrine qui n'est autre que sa conception de l'Etat comme personne juridique. Celle-ci implique que la souveraineté n'est rattachée qu'à la figure juridique de l'Etat. Ce dernier s'exprime à travers ses organes qui remplissent chacun une fonction différente dans l'exercice de la souveraineté. Ils sont ainsi chacun séparés et situés à équidistance de l'Etat<sup>437</sup>, afin qu'aucun d'entre eux ne s'arroge la souveraineté en propre. Cela implique que chaque pouvoir est investi d'une dignité égale et « *représente la nation au même titre, dans la mesure de ses attributions, le pouvoir exécutif pour gouverner, le pouvoir judiciaire pour juger, le pouvoir législatif pour légiférer* »<sup>438</sup>.

Il est assez paradoxal que l'attachement à l'équilibre des pouvoirs que professe Esmein ne l'amène aucunement à se faire le défenseur du contrôle de constitutionnalité des lois. Dans les *Eléments*, le juriste français se borne à constater la domination de l'interprétation de la séparation des pouvoirs en faveur du pouvoir législatif, en se gardant cependant bien de proclamer la supériorité de cette conception sur la vision américaine où un contrôle judiciaire large de l'activité législative est admis<sup>439</sup>. Face à l'absence de limitation hétéronome du pouvoir du souverain incarné dans la figure du législateur, Esmein propose une forme de limite autonome qui s'apparente à une *auto-limitation* ou à une *autorégulation* du législateur. Cette limitation que le souverain s'impose à lui-même n'est pas, comme chez Jhering, une forme de calcul stratégique de l'Etat visant à obtenir l'obéissance de ses assujettis. Il s'agit plutôt d'un acte d'adhésion spontané du législateur aux principes visant à limiter son pouvoir. Dès les premières pages des *Eléments*, Esmein affirme avec aplomb que l'idée selon laquelle la souveraineté de l'Etat est limitée par les droits des individus qui lui sont à la fois antérieurs et supérieurs est largement établie et admise<sup>440</sup>. Le juriste français estime en conséquence que la limitation de la souveraineté de l'Etat ne nécessite pas l'instauration d'un contrôle technique de la loi confiée au pouvoir judiciaire, dans la mesure où la nécessité de garantir les droits individuels a suffisamment pénétré les « *mœurs* » et l'« *esprit national* »<sup>441</sup>. A titre d'illustration, Esmein cite le cas de l'Angleterre où le pouvoir du Parlement n'est soumis à aucune restriction particulière et où les droits in-

---

<sup>436</sup> Esmein (1894), p. 27.

<sup>437</sup> Denquin (2009), p. 141.

<sup>438</sup> Esmein (1894), p. 26-27.

<sup>439</sup> Esmein (1914), p. 597 ; Cf. Prélot (2009), p. 128-129.

<sup>440</sup> Esmein (1914), p. 30.

<sup>441</sup> Prélot (2009), p. 127.

dividuels paraissent – en raison de leur degré de pénétration dans l'esprit national – assurés comme en aucun autre pays<sup>442</sup>. Sur ces prémisses, le constitutionnaliste français place sa confiance dans le « *tribunal de l'opinion publique* » pour ramener le corps législatif à la raison en cas d'abus commis par ce dernier<sup>443</sup>.

Sur ce point, Esmein ne fait également pas preuve d'une grande originalité. Confier la sauvegarde des droits fondamentaux à l'attachement des citoyens et de leurs représentants à ces derniers plutôt que de l'assurer dans un équilibre des institutions résultant de la séparation des pouvoirs fut un argument plusieurs fois avancé en France pour justifier le refus du contrôle de constitutionnalité des lois. Une telle argumentation émergea déjà en 1795 lors des débats à la Convention relatifs au projet de jury constitutionnaire proposé par Sieyès, qui passe aujourd'hui pour l'une des premières tentatives d'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois en France<sup>444</sup>. Ce projet fut rejeté à l'unanimité par la Convention. Le discours de Thibaudeau devant celle-ci semble à cet égard avoir emporté la conviction de l'ensemble des députés. Il y dévoilaît que l'instauration d'un gardien de la constitution situé au-dessus des autres pouvoirs ne résout aucune question s'il n'existe pas en même temps un second gardien chargé de surveiller le premier, provoquant le risque d'une régression à l'infini, intenable sur un plan logique. En conséquence, il affirmait que « *les gardiens les plus sûrs et les plus naturels de toute constitution sont les corps dépositaires des pouvoirs, ensuite tous les citoyens* »<sup>445</sup>, une conception qui sera reprise pour l'essentiel par Esmein<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> Esmein (1914), p. 564 ; le juriste parisien relève cependant que le bicamérisme peut également être l'une des sources de modération du pouvoir de l'Etat.

<sup>443</sup> Prélot (2009), p. 129 (n. 69). Cf. Esmein (1914), p. 595 : « [la Constitution], *en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation* ». Ce contrôle de l'opinion est notamment assuré par la liberté de la presse, celle-ci étant, selon Esmein, aux démocraties modernes ce que l'*agora* ou le *forum* étaient aux démocraties antiques. Cf. Ibid., p. 1141.

<sup>444</sup> En réalité, une telle préoccupation commença à émerger dès 1791, cf. Lucien Jaume, Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la révolution et des premières années du XIX<sup>e</sup> siècle ?, in : Dominique Chagnollaud (éd.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 17-20.

<sup>445</sup> Cf. Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 96-97. Voir la note 73 pour une critique des contradictions que comporterait l'intervention de Thibaudeau.

<sup>446</sup> Une conception qui conserve une certaine vivacité de nos jours. Dans le monde anglo-saxon, un auteur comme Jeremy Waldron réactive cette idée selon laquelle un fonctionnement régulier des institutions de l'Etat de droit suffit à assurer une protection adéquate des droits fondamentaux, à condition que ceux-ci fassent l'objet d'une considération effective au sein des autorités et de la société civile, permettant ainsi de se passer d'instances correctrices comme la justice constitutionnelle. Cf. Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in : *The Yale Law Journal*, vol. 115, n° 6, avril 2006, p. 1346-1406 ; du même auteur : *Law and Dis-*

### 1.5 Conclusion

L'ensemble des développements conceptuels menés par Adhémar Esmein sur la structure juridique de l'Etat, la nature de son pouvoir et de sa limitation s'est déroulé, il est vrai, sans aucun recours substantiel aux travaux des juristes allemands de son époque. A cet égard, il n'est pas adéquat d'avancer le terme de « réception » pour qualifier le rapport intellectuel entre Esmein et les juristes allemands de droit public. Néanmoins, les résultats obtenus n'en sont pas moins singulièrement similaires sur plusieurs points importants. Ce rapprochement effectué entre la doctrine d'Adhémar Esmein et celle des publicistes d'outre-Rhin n'est pas de notre seul fait. Elle nous provient directement de Duguit. Dans l'introduction à *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, le juriste français associe directement son collègue parisien aux juristes allemands favorables à une conception de l'Etat sous la forme d'une personne juridique dotée d'un droit subjectif de commandement<sup>447</sup>. La partie critique et négative de l'œuvre du Doyen de Bordeaux n'est donc pas seulement dirigée contre les juristes allemands, mais également contre la doctrine d'Adhémar Esmein<sup>448</sup>.

Sur un plan épistémologique, nous avons pu relever une appétence particulière du constitutionnaliste parisien pour la méthode dogmatique et le raisonnement déductif, l'un des seuls et rares points sur lequel il exprime une dette intellectuelle envers ses collègues de l'Empire allemand.

En ce qui concerne les concepts de fond, il rejette ouvertement toute influence germanique, ce qui ne l'empêche pas d'établir certains concepts qui convergent étroitement avec les travaux de Gerber, Laband ou Jellinek. La similitude la plus manifeste a trait à la conception de la souveraineté comme une volonté supérieure aux volontés individuelles et qui n'est limitée par aucune autre volonté. Si une telle conception demeure classique et renvoie plus à Bodin ou Hobbes qu'à la théorie allemande de l'Etat, le rapprochement se précise réellement lorsqu'Esmein attribue lui aussi une telle volonté à l'Etat comme personne juridique dont il reconnaît le statut abstrait, ce qui l'amène à concevoir l'existence d'organes de l'Etat pour concevoir l'exercice concret de la souveraineté. Cette construction artificielle – qui permet notamment de penser l'unité et la continuité de l'Etat – a pour but de donner une expression juridique, l'Etat, à une réalité inaccessible à la science du droit, la nation, dont l'étude relève plutôt des sciences sociales. Une telle dualité s'était déjà exprimée chez Gerber et surtout chez Jellinek avec sa conception de la théorie de l'Etat à deux faces (*Zwei-Seiten-Lehre*). A cet égard, le juriste français se singularise par le poids qu'il accorde à l'idée de nation

---

*agreement*, Oxford, Oxford University Press, 2001 et *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

<sup>447</sup> Duguit (2003), p. 4-5.

<sup>448</sup> Cf. Sacriste (2011), p. 497.

qui, sans être totalement absente, n'a pas la même centralité et n'occupe pas la même fonction chez les auteurs allemands<sup>449</sup>.

Enfin, la question de la limitation de la souveraineté de l'Etat n'aboutit, chez Esmein comme chez les Allemands, qu'à l'établissement d'une limite *autonome* au pouvoir de l'Etat, en ce que son pouvoir n'est limité que par un acte de volonté de ce dernier. Le juriste français prend certes le contre-pied d'une certaine doctrine germanique lorsqu'il place la source du droit dans l'individu et non dans l'Etat. Cependant, son adhésion aux postulats philosophiques du jusnaturalisme ne l'empêche pas de confier la garde des droits individuels à la prudence et à la modération des pouvoirs constitués. Sur ce point, il reviendra à Léon Duguit d'affirmer que seule une limitation hétéronome du pouvoir de l'Etat est cohérente et effective.

## 2. Léon Michoud (1855-1916)

Notre recherche ne pouvait contourner la figure imposante de Léon Michoud, et ceci pour deux raisons. D'une part, il demeure, aujourd'hui encore, une référence incontournable pour toute réflexion théorique sur les notions de personnalité morale et de sujet de droit. De son article de 1895 sur la responsabilité de l'Etat à son compendium de plus de 1000 pages sur *la théorie de la personnalité morale* publié en 1906, Michoud aura mené un travail dogmatique sur les notions précitées qui reste, aujourd'hui encore, sans égal dans la doctrine de langue française.

D'autre part, l'œuvre du Professeur de Grenoble représente un exemple particulièrement marquant de réception problématique de la théorie allemande du droit dont nous parlions en introduction de ce chapitre. Une grande partie de ses raisonnements est imprégnée de doctrines allemandes. Il montre à leur égard une grande considération et les expose avec soin et détails<sup>450</sup>. Il adopte cependant une position ambivalente à leur endroit. Le juriste français les rejette pour une part, invoquant des arguments tantôt politiques, tantôt épistémologiques. En revanche, Michoud reprend et combine entre eux plusieurs développements de certaines doctrines qui se sont pourtant toujours frontalement opposées dans le contexte discursif allemand. En conséquence, sa théorie de la personnalité morale peut être considérée comme un syncrétisme des différentes conceptions allemandes sur le sujet.

### 2.1 *La nature de la personnalité morale*

L'entreprise théorique débute par l'établissement du lieu ontologique à assigner aux personnes juridiques qui ne sont pas des personnes physiques, en d'autres termes les personnes morales<sup>451</sup>. Le juriste français se distingue par sa réfutation des construc-

---

<sup>449</sup> Sur ce point particulier, cf. Linditch (1997), p. 195.

<sup>450</sup> A cet égard, nous rejoignons l'avis de Raymond Saleilles qui qualifiait l'ouvrage de son « *col-lègue et ami* » Michoud d'« *admirable musée scientifique* ». Cf. Saleilles (1922), p. 306-307.

tions théoriques des deux courants majeurs de la théorie du droit qui se sont affrontés sur cette question. En effet, il critique tant la théorie de la fiction défendue par les pandectistes qui n'accorde aucune existence réelle aux personnes morales que les conceptions défendues par Gierke et son école postulant l'existence réelle des personnes morales.

A titre liminaire, il nous faut relever que la définition de la personne juridique proposée par Michoud est, en apparence, dénuée de toute originalité. Il débute par établir la notion juridique de personne qui désigne un être capable d'avoir des droits et des obligations en propre et se confond donc avec la qualité de sujet de droit. Une telle qualité n'est cependant pas l'apanage de l'homme naturel puisque la particularité du concept de personne juridique est de désigner également « *un sujet de droit qui n'est pas en même temps un être humain, une personne physique* »<sup>452</sup>. La confusion opérée entre la personnalité juridique et la qualité de sujet de droit ainsi que son attribution possible à des titulaires qui ne sont pas des personnes physiques sont deux éléments qui caractérisaient déjà la définition de la personnalité juridique offerte par les pandectistes, qu'ils évoluent sous l'horizon du droit privé ou du droit public<sup>453</sup>.

### 2.1.1 La critique de la théorie de la fiction

Bien que le Professeur de Grenoble adhère à l'idée que la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique, il adresse une critique sévère à la théorie de la fiction des pandectistes, rejoignant sur ce point Léon Duguit. A ce stade, il nous faut rappeler que selon cette théorie, l'homme naturel seul est une personne dotée d'une existence réelle, la personnalité attribuée à toute autre entité ne peut s'expliquer que par la *création légale d'une fiction juridique* où l'on établit l'existence d'une personne fictive qu'il s'agit de traiter comme une personne réelle<sup>454</sup>. A cet égard, la critique de Léon Michoud se décline en cinq arguments.

La première objection est de caractère politique et dénonce l'absolutisation de la puissance étatique à laquelle conduirait la théorie de la fiction. Dans la mesure où la personne morale n'entretient aucune correspondance avec la réalité, son existence est suspendue à la volonté du législateur. Elle n'est ainsi qu'une « *faveur* » accordée de façon arbitraire par l'Etat aux groupements et associations qui lui sont agréables. De surcroît, la conséquence de la théorie de la fiction – du moins telle qu'elle est développée chez Savigny – aboutit à ériger une personne morale totalement distincte de ses membres<sup>455</sup>, si bien que celle-ci subsiste à la disparition de ses membres dont la vo-

---

<sup>451</sup> Si l'ouvrage de Michoud a pour objet la théorie de la personnalité *morale*, il emploie indistinctement les termes de personne *morale* et de personne *juridique*.

<sup>452</sup> Michoud (1924), p. 3-4.

<sup>453</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 1.1 et 4.3.

<sup>454</sup> Michoud (1924), p. 16. Sur ce point, nous pouvons également renvoyer à nos développements précédents. Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 1.1.

lonté n'est pas suffisante pour la dissoudre, une intervention de l'autorité dans ce sens étant encore nécessaire<sup>456</sup>. La mainmise de l'Etat sur l'existence des personnes morales semble ainsi absolue<sup>457</sup>.

Le second reproche que Michoud adresse à la théorie de la fiction a trait à son impuissance théorique à saisir le fait social que la notion de personnalité morale exprime. Par exemple, le fait que des biens n'appartiennent pas à des individus mais à des groupes est une réalité sociale connue à toute époque. Dire qu'ils sont propriété d'une personne fictive est une manière d'affirmer en termes voilés qu'ils n'appartiennent en réalité à personne. Une pareille conception aboutit à des théories que Michoud juge baroques au regard des habitudes d'esprit françaises, telle la doctrine des patrimoines sans sujet d'Aloïs von Brinz (1820-1887) auquel le juriste grenoblois reconnaît au moins le mérite de faire l'économie de toute fiction juridique<sup>458</sup>. Rejoignant les termes de sa première objection, Michoud dénonce dans l'absence de tout titulaire concret de tels patrimoines la possibilité d'une « *mainmise universelle de l'Etat sur les biens dont il s'agit, ces biens n'ayant pas de propriétaires réels* »<sup>459</sup>.

La troisième critique se situe au cœur de notre sujet. La théorie de la fiction implique que la personnalité morale soit toujours une création légale qui requiert le concours de l'Etat. Par conséquent, la théorie de la fiction est incapable de penser la personnalité juridique de l'Etat. En effet, il semble impossible sur un plan logique que l'Etat, auteur de la fiction, soit engendrée par elle<sup>460</sup>. Selon la définition générale de la personnalité morale défendue par le Professeur de Grenoble, une telle notion implique un sujet titulaire de certains droits subjectifs. En sa qualité de personne morale, l'Etat est notamment titulaire d'un droit subjectif de commandement comprenant la faculté d'énoncer des prescriptions sous forme de lois<sup>461</sup>. La personnalité juridique de l'Etat est donc nécessairement un élément qui préexiste à toute codification légale. Lorsque l'Etat légifère sur les prérogatives et les obligations que sa personnalité morale implique, il ne crée pas cette dernière mais se contente de la reconnaître et de la réglementer<sup>462</sup>.

---

<sup>455</sup> Là aussi, ce point a été soulevé lors de notre étude de la controverse entre Gierke et Laband, ce dernier reprenant à son compte la théorie de la fiction de Savigny. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>456</sup> Savigny (1855), p. 273.

<sup>457</sup> Michoud (1924), p. 17-18.

<sup>458</sup> Sur cette théorie de Brinz et sa réception en France, cf. Florence Bellivier, Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France, in : Beaud Olivier/Wachsmann Patrick (éd.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 165-177.

<sup>459</sup> Michoud (1924), p. 21.

<sup>460</sup> Michoud (1911), p. 495.

<sup>461</sup> Nous verrons plus bas (2.2) comment Michoud théorise le lien nécessaire qui unit la personnalité morale de l'Etat et le droit de puissance publique qui y est rattaché.

En conséquence, Michoud estime que la personnalité juridique est une notion générale commune au droit privé et au droit public et leur est tout autant nécessaire, contrairement à Savigny qui situait la notion de personnalité uniquement sur le terrain du droit privé. Sur ce point, l'argumentation du juriste français rejoint celle des « pandectistes de droit public »<sup>463</sup>.

En effet, l'idée de droit subjectif exige corrélativement un sujet capable de le posséder et de l'exercer. Certes, la nature des droits varie selon les domaines. Le droit public saisit, par exemple, des droits de domination sur des personnes que ne connaît pas le droit privé. De telles prérogatives répondent néanmoins à la définition du droit subjectif et nécessitent d'être attribuées à un titulaire précis. Cette exigence est notamment nécessaire à l'existence du droit public. La personnalité juridique de l'Etat permet de faire entrer la théorie de la souveraineté dans le domaine du droit et de soumettre l'action de l'Etat aux formes de ce dernier. Sur ce point, le juriste français précise que l'on ne peut concevoir juridiquement le pouvoir de l'Etat que comme « *un ensemble de droits et d'obligations se rattachant à un sujet permanent tel que l'homme ou un groupe humain. Nous ne comprenons pas une souveraineté in abstracto, n'appartenant à personne et ayant cependant des obligations* »<sup>464</sup>. A cet égard, Michoud récuse la théorie patrimoniale de l'Etat défendue par Seydel, la jugeant obsolète. L'attribution des droits de souveraineté à la personne concrète chargée de son exercice est impuissante en raison de son individualisme. Elle est à elle seule incapable de justifier le droit de commander et le rapport d'obéissance qui peut lier deux individus. La théorie de la personnalité de l'Etat a l'heureux avantage de préciser que le ou les individus exerçant un droit de souveraineté n'agissent pas en leur nom propre mais en qualité d'organe de l'Etat et donc au nom de la collectivité qu'il représente et qui possède des droits supérieurs à ceux de l'individu isolé<sup>465</sup>. Si l'on n'admet pas cette hypothèse, il est, par exemple, impossible de concevoir l'Etat comme personnalité unique disposant d'un patrimoine lui permettant d'agir sur le terrain du droit privé en faveur de l'intérêt général qu'il représente<sup>466</sup>.

A l'aide de sa quatrième objection, le juriste français dénonce l'ignorance dont feraient preuve les tenants de la théorie de la fiction concernant le rôle du législateur dans les rapports sociaux. Les personnes morales ne sont jamais le fruit d'une création *a priori* du législateur, celui-ci ne peut qu'en admettre ou en prohiber l'existence *a posteriori*<sup>467</sup>. Michoud note que le législateur n'a jamais pu, en aucune époque de

---

<sup>462</sup> Michoud (1924), p. 26 et 293.

<sup>463</sup> Ibid., p. 22.

<sup>464</sup> Ibid., p. 23.

<sup>465</sup> Ibid., p. 24 ; sur ce point-là, Michoud ne souscrit pas au jusnaturalisme de Esmein.

<sup>466</sup> Ibid., p. 25 ; Le juriste grenoblois affiche ici aussi son désaccord avec Savigny et son école qui admettait la personnalité juridique de l'Etat en droit privé par la *théorie du fisc*, où l'Etat apparaissait sous la forme d'une fondation distincte de l'Etat.

l'histoire, avoir une prise réelle sur l'existence des personnes morales. La volonté de certains hommes de se grouper en vue d'un but commun et d'affecter un patrimoine à cette fin est en effet une réalité sociale indépendante de la volonté de l'Etat. Celui-ci peut certes intervenir pour tenter de prohiber ce fait, notamment lorsque des associations constituent une menace pour l'ordre public. L'intervention de l'Etat n'en demeure pas moins toujours réactive et ne peut empêcher que les associations prohibées reviennent à la vie si elles correspondent à un besoin social. La personnalité morale doit ainsi moins être perçue comme la création artificielle et arbitraire de l'Etat que comme la *reconnaissance* que ce dernier accorde à une réalité sociale<sup>468</sup>.

Enfin, la cinquième et dernière critique se rapporte à la séparation entre la personne morale et ses membres qui caractérise la théorie de la fiction développée par Savigny. Celle-ci conçoit en effet la personne morale – cette unité « *idéale et fictive* »<sup>469</sup> – en situation d'extériorité absolue à l'égard des personnes physiques qui exercent ses manifestations de volonté, si bien qu'ils lui apparaissent comme des tiers et non comme ses éléments constitutifs<sup>470</sup>. Michoud démontre, exemple à l'appui, les conséquences pratiques d'une telle séparation : « *Agissent-ils [les membres de la personne morale] au nom du groupe ? On les traitera comme s'ils représentaient un tiers, et on comparera la personne morale à un pupille représenté par son tuteur. La personne morale pourra disparaître sans leur volonté et continuer de vivre malgré leur volonté contraire ; si elle disparaît, on les considérera comme absolument étrangers aux biens qu'elle laisse, ceux-ci sont regardés comme vacants* »<sup>471</sup>. Sur le fond, ces quelques exemples servent à souligner le reproche majeur qui est adressé à la théorie de la fiction. Son nom même trahit sa tare : elle n'a aucun rapport avec la réalité concrète. La séparation opérée entre la personne morale et les personnes physiques qui la constituent revient à traiter ceux-ci comme des éléments subalternes dans la définition de la personne morale. Or les membres d'une personne morale comme une association ne sont pas qu'un accessoire de son existence mais sa condition même. L'unité de la personne morale ne s'épuise pas dans sa qualité de sujet de droit<sup>472</sup>. Si la personne morale possède une telle qualité, c'est qu'il existe en amont un phénomène social où plusieurs hommes manifestent la volonté de s'unir, que l'ordre juridique doit ensuite reconnaître en attribuant la personnalité juridique à une telle association. La séparation entre la personne morale et les personnes physiques qui la composent trahit en somme une incompréhension quant au mode de constitution des personnes morales<sup>473</sup>.

---

<sup>467</sup> Ibid., p. 27-28.

<sup>468</sup> Ibid., p. 32-33.

<sup>469</sup> Ibid., p. 35.

<sup>470</sup> Ibid.

<sup>471</sup> Ibid., p. 36.

<sup>472</sup> Telle était la position pandectiste soutenue par Laband. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>473</sup> Ibid., p. 37.

## 2.1.2 La critique de la théorie de la volonté

La réfutation de la théorie de la fiction amène le Professeur de Grenoble à postuler l'existence réelle des personnes morales<sup>474</sup>. Il n'adhère cependant pas aux arguments avancés par certains juristes allemands à l'appui d'une telle affirmation. Il rejette notamment les théories organicistes d'un Gierke ainsi que les conceptions développées par Ernst Zitelmann (1852-1923). Michoud leur reproche d'édifier un concept de personne juridique qui prend pour modèle l'être humain comme être doué de volonté. Selon eux, la personne morale serait une personne collective dotée d'une existence réelle en ce qu'elle posséderait une volonté collective distincte de la volonté des individus<sup>475</sup>. Il conteste au même titre la conception médiane proposée par Jellinek et, en France, par Carré de Malberg selon laquelle la réalité empirique ne connaît que des volontés individuelles mais que celles-ci sont érigées en volonté collective par les catégories de la raison juridique<sup>476</sup>. Une telle hypothèse ne serait que la reformulation de la théorie de la fiction sous d'autres termes. D'une part, elle aboutit à l'idée que les personnes morales n'ont aucune volonté en propre mais que celle-ci doit leur être attribuée par une abstraction de l'esprit. D'autre part, cette théorie de l'abstraction développée par Jellinek provoque également le risque de voir le droit s'éloigner de la réalité concrète<sup>477</sup>.

Sur le fond, le juriste grenoblois fait grief à tous ces auteurs de centrer la notion juridique de personne sur l'idée exclusive de volonté, alors qu'elle n'est que l'une des nombreuses facultés de l'être humain. Michoud y perçoit là aussi une vision artificielle et détachée de la réalité. La fonction du droit est d'embrasser l'homme réel avec l'ensemble de ses aspirations et de ses désirs, et non point de se conformer à une construction abstraite et métaphysique<sup>478</sup>. Ainsi, si ces auteurs contestent la théorie de la fiction soutenue par les pandectistes, ils les rejoignent dans le rôle central qu'ils attribuent à la volonté dans la définition de la personnalité juridique et du sujet de droit.

A cet égard, la source de leur mécompréhension de la personnalité juridique serait à chercher dans une erreur d'analyse de la nature du droit subjectif. Ainsi, la perception du droit subjectif comme pouvoir de la volonté n'est que la description de son *résultat*, qui consiste à donner à son titulaire un certain pouvoir protégé par la loi, mais ne

---

<sup>474</sup> Au préalable, Michoud a sévèrement critiqué les auteurs qui n'admettent que l'individu dans leur théorie juridique. Dans la mesure où Léon Duguit est un représentant majeur de ce courant, nous n'étudierons les critiques de Michoud à leur endroit que lorsque nous aborderons les critiques de Léon Duguit.

<sup>475</sup> Cf. Michoud (1924), p. 69.

<sup>476</sup> Sur Jellinek, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3 et Jellinek (1919), p. 30 ; cf. Carré de Malberg (1920), p. 28.

<sup>477</sup> Michoud (1924), p. 95-97.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 78 ; même un auteur comme Jellinek, qui a pourtant dénoncé – sous l'influence de Jhering – la théorie de la volonté est rangée dans cette catégorie d'auteurs.

constitue en rien son fondement ou son origine<sup>479</sup>. Michoud s'appuie sur la réfutation de la définition du droit subjectif comme pouvoir de la volonté proposée par Jhering<sup>480</sup>. A titre de démonstration, le juriste français cite le cas des « *fous et des infans* », qui, bien qu'incapables de volonté libre, possèdent néanmoins, dans la plupart des ordres juridiques, la personnalité juridique et donc des droits subjectifs. Une telle réalité contredit de manière frontale la théorie de la volonté développée, entre autres, par les pandectistes où la personnalité juridique apparaissait comme l'attribut nécessaire de toute personne douée d'une volonté libre.

De cet exemple particulier, il convient de tirer des conclusions plus larges. En effet, Michoud affirme que même chez l'homme adulte, ce n'est jamais « *la volonté en elle-même et pour elle-même qui est protégée* »<sup>481</sup>. Tout ordre juridique protège certains actes de volition comme il en prohibe d'autres. Le critère déterminant qui amène le législateur à protéger certains actes de volonté en leur conférant le statut de droit n'est autre que l'*intérêt* que cette volonté représente ainsi que sa conformité avec l'idéal d'ordre et de justice que le législateur a cherché à exprimer<sup>482</sup>. La redéfinition du droit subjectif à laquelle s'attèle Michoud présente à ce stade une frappante similitude avec l'entreprise théorique de Jhering. Pourtant, le juriste français s'écarte de son éminent collègue allemand en ce qu'il refuse de supprimer tout élément volitif dans la définition du droit subjectif ; une volonté est en effet toujours nécessaire pour la représentation et la défense d'un intérêt, sans qu'il s'agisse nécessairement de la volonté du titulaire du droit. La définition du droit subjectif proposée par le Professeur de Grenoble est ainsi la suivante : « *l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre* »<sup>483</sup>.

### 2.1.3 La réalité de la personne morale

L'acquis majeur de la déconstruction de la théorie de la fiction opérée par Léon Michoud est certainement le constat que la personnalité morale n'est jamais une création artificielle de l'Etat mais reflète un fait social que ce dernier reconnaît. La critique de la théorie de la volonté amène à la conclusion qu'il ne s'agit point de la reconnaissance d'une volonté, mais d'un intérêt digne d'être protégé, celui-ci étant à la racine des droits subjectifs qui sont les attributs de la personnalité juridique.

Sur ce fondement, Michoud établit les deux critères qui permettent d'établir l'existence d'une personne morale et qui président à la reconnaissance de la personnalité

---

<sup>479</sup> Ibid., p. 98.

<sup>480</sup> Jhering (1901), p. 36 ; cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.2.

<sup>481</sup> Michoud (1924), p. 100.

<sup>482</sup> Ibid., p. 101.

<sup>483</sup> Ibid., p. 103.

juridique d'un groupe par l'Etat. Ces deux critères recourent logiquement les deux éléments constitutifs de sa définition du droit subjectif.

En premier lieu, il faut qu'il existe un intérêt collectif distinct des intérêts individuels des membres<sup>484</sup>. L'intérêt ainsi placé à la racine du droit subjectif, la conception de la réalité de la personne morale devient plus aisée puisqu'il n'est plus nécessaire de tenter de démontrer l'existence positive de volontés collectives, avec le cortège de problèmes métaphysiques qu'une telle question porte en elle. Le simple constat de l'existence d'intérêts collectifs et permanents qui amènent les hommes – dont Michoud affirme qu'ils sont avant tout des êtres sociaux – à se grouper forme la première condition pour reconnaître la personnalité morale aux différents groupements<sup>485</sup>.

En second lieu, un groupe doit posséder « *une organisation capable de dégager une volonté collective qui le représentera dans les rapports juridiques* »<sup>486</sup>. Il convient cependant de ne pas se méprendre sur le sens que Michoud confère à la notion de volonté collective. Sur un plan empirique, une telle volonté collective prendra nécessairement l'aspect phénoménal d'une volonté individuelle. Une telle volonté individuelle devra cependant être socialement admise comme la volonté du groupe au regard de l'organisation qui le structure. Cette organisation peut émaner de la volonté consciente des membres, à l'image des associations volontaires où l'unanimité des membres est nécessaire à sa constitution par l'adoption de statuts. L'organisation du groupe peut aussi être imposée de l'extérieur par l'Etat sans que la volonté des membres n'intervienne, à l'exemple de certaines subdivisions administratives du territoire (communes, départements, provinces, etc.) dont l'organisation est souvent réglée par une norme de rang supérieur posée par l'Etat<sup>487</sup>.

Si ces deux éléments d'ordre empirique sont réunis, le groupe en question présente les qualités nécessaires pour être titulaire de droits et d'obligations. L'acquisition de la personnalité morale ne requerra alors plus qu'un acte de reconnaissance de la part de l'ordre juridique et non point un acte de création. Par un tel acte de reconnaissance, l'Etat ne se fait que l'exécutant d'une règle de droit qui confère la qualité de sujet de droit à des groupements satisfaisant aux deux critères précités. Le rôle de l'Etat s'en retrouve totalement reconfiguré : de créateur du droit, il devient « organe du droit », devant appliquer un droit objectif qui lui préexiste. Quand bien même l'Etat serait seul créateur du droit, celui-ci demeure en tout état cause incapable de créer les conditions matérielles nécessaires à l'apparition de la personnalité morale. Si Michoud se réclame explicitement de Gierke sur ce point<sup>488</sup>, une telle conception des rapports entre l'Etat et le droit s'apparente clairement à un acte d'adhésion à une théorie du droit

---

<sup>484</sup> Pour les détails sur ce premier critère, cf. Ibid., p. 112-116.

<sup>485</sup> Ibid., p. 110-111 ; Cf. Linditch (1996), p. 42.

<sup>486</sup> Michoud (1924), p. 116-117.

<sup>487</sup> Ibid., p. 117-120.

naturel. Dans le second tome de la *Théorie de la personnalité morale*, le juriste grenoblois reconnaît une telle filiation et y affirme sa fidélité. Selon lui, la notion de droit ne s'épuise pas dans la loi positive posée par la volonté de l'Etat. Des relations de droit ont eu lieu avant l'émergence du phénomène étatique et ont perduré après la constitution des Etats, comme en témoigne le phénomène de la coutume. Cette observation atteste que les règles de droit se forment en situation d'antériorité et d'extériorité par rapport à l'Etat, si bien que sa maîtrise sur le droit est nécessairement limitée. En la matière, l'Etat doit se borner à un rôle d'*interprète* des règles de droit qui s'élaborent dans la conscience sociale<sup>489</sup>.

Pour la question qui nous préoccupe, la conséquence pratique de cette supériorité du droit objectif en est que le contrôle de l'Etat sur les formes d'associations non-étatiques est ainsi diminué et aboutit *in fine* à une revalorisation de la société civile au détriment de l'Etat. Le Professeur de Grenoble relève qu'une telle action de reconnaissance laisse cependant une importante marge d'appréciation à l'Etat. Il conserve notamment le droit de réglementer les conditions de formation des associations, afin de prévenir la constitution d'associations présentant un risque pour l'ordre public.

## 2.2 *L'Etat comme personne morale*

L'hypothèse de l'existence réelle des personnes morales aboutit à la conclusion qu'une telle existence peut être démontrée dès lors que certains éléments de fait sont réunis. Dans la mesure où l'objectif principal du juriste grenoblois consiste à édifier une théorie générale de la personnalité morale, il apparaît logique qu'il applique de pareilles modalités à sa conception de la personnalité morale de l'Etat. Les conditions empiriques qui président à la constitution de l'Etat comme personne morale recourent la « théorie des trois éléments », établie au début du XX<sup>e</sup> siècle par différents auteurs, dont Jellinek dans sa définition sociale de l'Etat<sup>490</sup>. Michoud emploie cependant une formulation légèrement différente, afin de faire coïncider cette théorie avec sa définition générale de la personnalité morale. La naissance d'un Etat est ainsi subordonnée à la présence d'un « *groupe humain ayant vis-à-vis des groupes voisins une certaine indépendance* »<sup>491</sup>, ce qui correspond à l'existence d'une *population*, qui doit nécessairement évoluer sur un *territoire* donné et être dotée d'une « *organisation suffisante pour qu'une volonté réussisse à s'imposer, à l'intérieur et à l'extérieur, comme la volonté du groupe* »<sup>492</sup>, un critère qui répond à l'exigence d'un *gouvernement effectif*.

---

<sup>488</sup> Ibid., p. 125 ; Cf. Gierke (1963), p. 22 : « *Jedenfalls ist gewiss, dass auch bei der speciellen Verleihung von Korporationsrechten der Staat insoweit, als er ein Rechtssubjekt begründet, nur als Organ des objektiven Rechts fungiert. Hat nun aber so das Recht die Macht, die Eigenschaft der Rechtssubjektivität zu erzeugen, so ist es doch schlechthin nicht im Stande, die tatsächliche Unterlage dieser Eigenschaft zu erschaffen* ».

<sup>489</sup> Michoud (1924a), p. 56.

<sup>490</sup> Cf. Uhlenbrock (2000), p. 105.

<sup>491</sup> Michoud (1924), p. 289.

L'acquisition par l'Etat de la personnalité juridique est également soumise à un acte de *reconnaissance*. Au niveau international, un Etat acquiert sa personnalité par la reconnaissance que lui octroient les autres Etats. Les faits constitutifs nécessaires à la naissance d'un Etat ne sont ainsi jamais créés *ex nihilo* par une volonté extérieure, celle-ci pouvant tout au plus faciliter leur émergence<sup>493</sup>. Au niveau interne, l'Etat doit lui-même se reconnaître comme personne morale. Aux yeux du Professeur de Grenoble, une telle reconnaissance est nécessaire à l'édification d'une définition juridique de l'Etat, conçu comme porteur de droits et d'obligations. La personnalité juridique de l'Etat est ainsi une notion commune au droit international et au droit interne et également, comme nous l'avons vu, au droit public et au droit privé et ne fait qu'exprimer la qualité de sujet de droit de l'Etat<sup>494</sup>.

Cela étant, l'apport le plus important de la personnalité morale de l'Etat est qu'elle permet l'imputation de droits et obligations à une personne juridique unique qui n'est autre que « *l'incarnation juridique de la Nation* ». Léon Michoud envisage la personnalité de l'Etat – à l'image de Jellinek en Allemagne ou de Carré de Malberg en France – comme le moyen de conférer une *organisation* juridique et une *unité* à la nation, ce dernier terme renvoyant à une réalité dépourvue d'existence juridique propre<sup>495</sup>. Une définition proprement juridique de l'Etat est ainsi construite. A la différence des deux auteurs précités, Michoud conçoit ce dédoublement Etat/nation comme une réalité empirique résultant de l'organisation de l'Etat, et non comme une abstraction dictée par des motifs épistémologiques ou une fiction juridique.

Enfin, la conception de l'Etat comme personne morale remplit une double fonction au regard de la question de la souveraineté. Les deux éléments dégagés par le Professeur de Grenoble dans sa définition générale de la personnalité morale permettent de penser juridiquement le pouvoir de l'Etat mais également sa limitation. Dans un premier temps, la puissance publique ne peut être envisagée comme un droit subjectif que s'il existe une volonté capable de l'exercer. Michoud rejoint Esmein lorsqu'il aventure une définition de l'Etat comme « *collectivité nationale organisée* »<sup>496</sup>. L'organisation de la nation en Etat lui confère l'unité nécessaire à sa conceptualisation en tant que personne juridique ; cela permet en conséquence la conception d'une volonté de l'Etat, non qu'il existerait en ce sens une volonté collective dotée d'une existence empirique mais que l'organisation et la structure juridique de l'Etat sont susceptibles d'élever certaines volontés individuelles au rang de volonté du groupe, à l'exemple des

---

<sup>492</sup> Ibid.

<sup>493</sup> Ibid., p. 291.

<sup>494</sup> Ibid., p. 297-302.

<sup>495</sup> Ibid., p. 313 : « *la nation n'a en effet aucune existence juridique distincte ; l'Etat n'est que la nation elle-même (la collectivité), juridiquement organisée ; et il est impossible de comprendre comment celle-ci pourrait être conçue comme un sujet de droit distinct de l'Etat* ».

<sup>496</sup> Ibid., p. 317 et p. 288.

membres d'un parlement édictant des lois non en leur nom propre mais en leur qualité de représentant de la nation. Pour le reste, la nature du droit de puissance publique est puisée chez Laband. Il consiste en un droit de commandement sur des personnes, en ce sens qu'il est possible de leur ordonner des actions ou des abstentions<sup>497</sup>. Comme le droit propre de domination théorisé par l'auteur du *Droit public de l'Empire allemand*, ce droit de commander est défini comme la caractéristique essentielle de l'Etat, nécessaire à la défense et à la représentation de l'intérêt de la nation<sup>498</sup>. Il se distingue de la souveraineté proprement dite en ce que celle-ci désigne une qualité éventuelle de cette puissance de commander, consistant en l'absence de toute volonté supérieure<sup>499</sup>.

Cependant, la définition du droit subjectif ne s'épuise pas dans la conception d'une volonté capable de l'exercer. Il faut encore que cette volonté s'exprime dans le but de défendre ou de représenter un intérêt déterminé. Or la nature même de la personnalité juridique de l'Etat, qui n'est autre que la représentation des intérêts collectifs de la nation implique une limitation du droit de puissance publique<sup>500</sup>. Dans la mesure où Michoud se refuse à concevoir une volonté collective existante *en soi*, la simple existence de volontés individuelles ne permet nullement d'expliquer le droit de commander qu'un homme possède envers l'un de ses semblables. En effet, une volonté individuelle isolée ne peut par elle-même s'imposer à une autre volonté du même ordre, puisque les intérêts d'un homme isolé ne sont en rien supérieurs à ceux d'un autre homme<sup>501</sup>. Un individu ne peut être en mesure de faire prévaloir sa volonté que lorsqu'il est possible de déterminer qu'il agit au nom de la collectivité et que sa volonté *représente* l'intérêt général. C'est ainsi la double nature du droit subjectif qui permet à Michoud de fonder et de limiter le droit de puissance publique de l'Etat. A l'image de la conception des « pandectistes de droit public », ce droit s'exprime sous la forme d'une volonté possédant la faculté de s'imposer sur toute autre volonté. La théorie du droit subjectif développée par le juriste grenoblois relativise cependant cet élément, le réduisant à l'aspect phénoménal du droit subjectif. L'élément déterminant tient dans le mécanisme de représentation en faveur de l'intérêt général qui permet de conférer une certaine supériorité à une volonté individuelle. La notion de personnalité morale de l'Etat réduit celui-ci à un mécanisme de représentation de la collectivité nationale. Cela implique qu'aucun organe ne peut s'arroger l'entier de la souveraineté en propre

---

<sup>497</sup> Michoud (1924a), p. 61.

<sup>498</sup> *Ibid.*, p. 72 : « le droit général de puissance publique est donc pour l'Etat ce qu'est pour l'individu le droit général de liberté. Il est un attribut inséparable de l'idée même d'Etat, attribut qui lui est nécessaire pour remplir sa fin, comme le droit de liberté est nécessaire à l'homme pour remplir la fin que lui impose sa qualité d'être intelligent et libre. L'intérêt de la collectivité postule le droit de commandement, comme l'intérêt de l'individu postule le droit de liberté ».

<sup>499</sup> Pour les détails, nous nous permettons de renvoyer à nos développements sur la conception de l'Etat fédéral chez Laband. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.2.

<sup>500</sup> Michoud (1924), p. 317.

<sup>501</sup> *Ibid.*, p. 318.

puisqu'il n'est qu'un fondé de pouvoir de la nation et ne se confond jamais avec elle. Le détenteur concret du pouvoir (le Roi, le Parlement, etc ...) ne peut ainsi amalgamer son intérêt personnel à l'intérêt général<sup>502</sup>.

Cette dualité entre l'intérêt général et l'intérêt privé est à la base d'une hiérarchie entre les différentes volontés que régleme une ordre juridique. Elle autorise également le Professeur de Grenoble à élaborer une dialectique relativement sommaire des rapports entre l'Etat et ses citoyens. Si l'Etat est titulaire d'un droit de commander, il ne peut l'exercer au-delà de ce que prescrit l'intérêt de la collectivité, tout individu possédant le droit de résister à un ordre dépassant l'intérêt général<sup>503</sup>. Léon Michoud se refuse néanmoins à toute tentative de délimitation de ce dernier. Il se borne à constater que la conception de l'intérêt général varie selon les époques et dépend des variations de l'opinion publique de la nation<sup>504</sup>. Partant, un tel objet dépasse largement le cadre de l'étude d'une notion strictement juridique comme la personnalité morale.

### 2.3 Conclusion

L'ensemble de l'édifice conceptuel élaboré par Léon Michoud pour résoudre l'épineuse question de la personnalité juridique de l'Etat s'est élaboré sous le patronage des théories allemandes sans que l'on puisse pourtant parler de filiation directe. La problématique de l'existence réelle ou fictive des personnes morales et celle touchant à la définition du droit subjectif sont résolues à l'aune des différents courants de la doctrine allemande dont le juriste français soupèse les différents arguments, que ce soit pour en rejeter certains ou en accepter d'autres afin de les combiner pour parvenir à des résultats inédits. Ainsi, le Professeur de Grenoble adopte une position médiane vis-à-vis du débat allemand relatif à ces deux problématiques. Il refuse tant la théorie de la fiction des pandectistes que la théorie de la réalité de la personne morale de Gierke. Son hypothèse relative au mode d'existence des personnes morales se situe à équidistance. La constitution et l'existence d'une personne morale dépendent de différents éléments d'ordre empirique que l'Etat doit se borner, sauf exceptions, à reconnaître. La volonté de la personne morale n'est en revanche pas une réalité du même ordre puisqu'il ne saurait exister de volonté collective en soi dans le monde empirique. Il faut dès lors une intervention de l'Etat pour aménager un régime juridique protégeant la faculté d'une volonté individuelle de représenter ou défendre l'intérêt collectif de la personne morale. En ce sens, Michoud rejoint quelque peu l'artificialisme propre à la théorie de la fiction, puisque l'existence effective de la personne morale est suspendue à une intervention étatique<sup>505</sup>. De même, sa définition du droit subjectif

---

<sup>502</sup> Michoud (1924a), p. 54.

<sup>503</sup> Michoud (1924), p. 318.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>505</sup> La critique de Duguit à Michoud portera justement sur ce point précis. Cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.

l'amène à se positionner entre deux théories germaniques rivales, puisqu'il combine la *Willenstheorie* de Savigny, Puchta et Windscheid à la doctrine de l'intérêt de Jhering.

La question plus précise de la personnalité juridique de l'Etat l'amène en revanche à rejoindre pleinement certains arguments avancés en Allemagne pour la défense d'une telle notion. Dans le second volume de son traité, Michoud invoque l'autorité de Gerber pour affirmer que la personnalité juridique de l'Etat forme le point central du droit public. Lorsque l'Etat et son pouvoir deviennent des notions juridiques, la souveraineté peut être rangée dans le cadre du droit et ainsi soumise à la discipline de la pensée juridique<sup>506</sup>. Rejoignant implicitement de Jellinek, le juriste français rajoute que la qualité de personne morale de l'Etat amène à repenser les rapports que celui-ci entretient avec ses assujettis. L'Etat fait face aux individus en qualité de sujet de droit « *vis-à-vis d'un autre sujet de droit, les droits de ces deux sujets s'opposant et se limitant l'un l'autre [...] en admettant que tous les sujets de droit, lui comme les autres, sont traités de la même manière quant aux droits qui leur appartiennent* »<sup>507</sup>. De cette manière, une limite théorique au pouvoir de l'Etat devient possible ; celui-ci cesse alors d'être un simple « *phénomène de plus grande force* »<sup>508</sup>.

### 3. Raymond Carré de Malberg (1861-1935)

#### 3.1 Un juriste alsacien face à l'Allemagne

La relation qui unit Raymond Carré de Malberg à la doctrine allemande de droit public et à l'Allemagne en général est particulièrement problématique. Nous sommes loin de penser que le sens d'une œuvre s'épuise dans la biographie de son auteur. Toutefois, l'ambiguïté qui caractérise le positionnement du juriste alsacien envers ses homologues d'outre-Rhin peut certainement trouver une part d'explication dans son parcours de vie<sup>509</sup>. Âgé de neuf ans lorsqu'éclate la guerre Franco-allemande en 1870, le jeune Carré de Malberg y perd son père, qui tombe sous les balles allemandes dans les environs de Metz. La déroute française et l'annexion de l'Alsace et de la Moselle à l'Empire bismarckien le contraint également à fuir son village natal, ce qu'il vit comme un profond traumatisme et qui le porte à nourrir un fort attachement à sa région d'origine. Lorsque celle-ci revient dans le giron français en 1918, Carré de Malberg s'empresse de retrouver la terre de ses origines, après un long exil dans la région de Nancy. L'élément déterminant de ce retour est sans nul doute sa nomination à la chaire de droit public de l'Université de Strasbourg en remplacement – le symbole n'est pas anodin – de Paul Laband, la figure emblématique du droit public de l'Empire

---

<sup>506</sup> Michoud (1924a), p. 74-75.

<sup>507</sup> Ibid., p. 75.

<sup>508</sup> Ibid.

<sup>509</sup> Cf. Beaud (1997), p. 219 s.

allemand. Carré de Malberg aura la charge d'enseigner la doctrine française de droit public, dont il est convaincu de la supériorité sur la doctrine allemande<sup>510</sup>.

Ces éléments ramassés de biographie nous permettent de saisir toute la défiance qui peut animer le juriste alsacien envers les doctrines allemandes de l'Etat. Sa position ne prend pourtant pas les aspects – comme ce sera en apparence le cas chez Duguit – d'un refus catégorique de ces dernières. L'avant-propos de l'ouvrage majeur du juriste alsacien, *La Contribution à la théorie générale de l'Etat*, est une excellente illustration de la position ambivalente qu'il adopte. Il s'y interroge notamment sur la pertinence de la notion de puissance publique comme qualité première de l'Etat et critère essentiel du droit public. Au lendemain du premier conflit mondial – le professeur de Strasbourg publie son traité en 1922<sup>511</sup> – la domination, telle que l'ont théorisée les tenants allemands de la *Herrschaft*, n'apparaît plus comme l'élément primordial de l'activité de l'Etat, laissant place à l'idée de collaboration : « *le droit public interne est-il parvenu à l'aube d'une ère meilleure, au cours de laquelle le fonctionnement de l'activité étatique sera assuré, non plus au moyen d'ordres impérieux et de contraintes irrésistibles s'exerçant sur les individus et impliquant l'existence d'une volonté étatique supérieure à eux, mais par le libre jeu des efforts individuels [de] chaque citoyen [...]. Domination ou collaboration : dans lequel de ces deux sens se formera le droit de l'avenir ?* »<sup>512</sup>. Bien qu'il ne soit pas explicitement nommé, il nous paraît évident que Léon Duguit est l'auteur visé par cette citation, tant il passait à cette époque pour la figure emblématique d'une théorie de l'Etat faisant l'économie de la notion de domination. A cet égard, Carré de Malberg reconnaît que la collaboration des citoyens à l'exercice des activités de l'Etat est une réalité indéniable consacrée tant par le suffrage universel que par l'impossibilité que rencontre l'appareil d'Etat à réguler plusieurs aspects de la vie sociale. Le développement et la complexification de l'économie ont ainsi amené l'Etat à élargir son rôle dans ce domaine. Sur ce point, le juriste alsacien relève que les procédés de commandement siéent mal à la nature des affaires d'ordre économique, celles-ci exigeant plutôt des procédés de collaboration impliquant les personnes intéressées<sup>513</sup>.

Carré de Malberg se refuse toutefois à abandonner le concept de puissance publique malgré tout le crédit qu'il porte à la notion de collaboration. Il dénonce notamment

---

<sup>510</sup> Pour de plus amples informations biographiques, cf. Robert Redslob, Raymond Carré de Malberg. La personnalité, in : *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Paris, Dalloz, p. 15 s.

<sup>511</sup> *La Contribution à une théorie générale de l'Etat* a cependant été élaborée en très grande partie avant la première guerre mondiale. En conséquence, nous nous sommes permis de prendre cet ouvrage en considération bien que sa publication soit intervenue au-delà de la période d'étude que nous avons choisie.

<sup>512</sup> Carré de Malberg (1922), p. VII.

<sup>513</sup> *Ibid.*, p. X-XI.

les insuffisances propres à cette dernière, en ce que la collaboration des citoyens serait bien incapable de prendre en charge certaines fonctions régaliennes de l'Etat comme la police et la justice. Lorsque d'importants et graves conflits d'intérêts et de valeur surgissent au sein de la société civile, les conditions mêmes d'une collaboration efficace font défaut, dans la mesure où les individus appelés à collaborer sont en position d'adversaires, voire d'ennemis. Dès lors, le « *désir d'ordre de l'ensemble [du peuple]* »<sup>514</sup> commande que l'Etat puisse intervenir comme autorité extérieure et transcendante aux conflits qui agitent la société. Un tel rôle dévolu à l'Etat exige que celui-ci dispose d'une volonté supérieure aux volontés individuelles afin de les ramener à l'ordre par voie de commandement. En situation d'exception, la puissance publique apparaît encore et toujours comme le critère distinctif de l'activité de l'Etat.

A la suite de cette démonstration, Carré de Malberg poursuit son raisonnement par de précieuses considérations méthodologiques. L'argument qui le pousse à considérer que la puissance publique demeure la qualité essentielle de l'Etat est en effet d'ordre épistémologique. Le juriste alsacien soutient que la science juridique a, entre autres, pour tâche de définir et de caractériser l'ensemble des facultés que peut comporter un droit au profit de son titulaire<sup>515</sup>. La situation d'exception possède à ce titre une grande valeur heuristique car elle permet de révéler le maximum de facultés contenues dans un droit et la limite extrême jusqu'où celles-ci peuvent s'étendre<sup>516</sup>. A ce propos, le cas-limite de la guerre civile évoqué ci-avant permet de démontrer que la puissance dominatrice s'impose comme l'élément spécifique de l'Etat et le « *point culminant de sa définition* »<sup>517</sup>. A titre accessoire, il est intéressant de relever que le mode de raisonnement déployé par Carré de Malberg fait singulièrement écho avec les réflexions menées par Carl Schmitt dans son ouvrage *Théologie politique* publié en 1922, soit la même année que la *Contribution* du juriste alsacien<sup>518</sup>.

La prééminence de la notion de puissance de l'Etat ainsi sauvée, comment donc le Professeur de Strasbourg manifeste-t-il son hostilité envers les théories allemandes ? Il leur adresse deux griefs qui s'avèrent en réalité partiellement infondés. En premier lieu, il reproche aux « *Allemands* » d'avoir conçu l'Etat comme une personne morale

---

<sup>514</sup> Ibid., p. XI.

<sup>515</sup> Ibid., p. XIII.

<sup>516</sup> Ibid., p. XIII-XIV : « *il est permis de dire que la science juridique ne s'attache pas, d'une façon principale, aux situations moyennes et normales ; mais elle vise plutôt les cas extrêmes, les possibilités extraordinaires, et l'on peut même ajouter qu'elle est amenée par là à prévoir habituellement le pire* ».

<sup>517</sup> Ibid., p. XV.

<sup>518</sup> Cf. Carl Schmitt, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988. La valeur heuristique de l'état d'exception pour la définition de la souveraineté y est en effet énoncée dès l'ouverture à l'aide de la fameuse affirmation selon laquelle « *est souverain celui décide de la situation exceptionnelle* ». La supériorité de l'Etat sur la société civile est quant à elle développée en détails dans l'œuvre ultérieure du juriste allemand.

séparée et située au-dessus de la nation afin de réduire les citoyens à un rang de sujet passif, si bien qu'« *une fois constitué, l'Etat n'est donc point la personnification de la nation, il ne personnifie que lui-même* »<sup>519</sup>. Si une telle critique renvoie à la reprise de la théorie de la fiction par les « pandectistes » de droit public qui s'appuie sur la séparation entre la personne morale et ses membres concrets ou bien au statut passif d'*Untertanen* attribué par Gerber et Laband aux citoyens, elle s'avère partielle et ne rend compte qu'imparfaitement de la position allemande à ce sujet. Il est vrai que la nation n'occupe pas la même centralité chez les auteurs allemands que chez un Esmein, par exemple. En revanche, Raymond Carré de Malberg semble ici ignorer que le peuple occupe la fonction de substrat concret à la personnalité de l'Etat chez Gerber<sup>520</sup> ou que celle-ci apparaît comme la personnification de la communauté populaire chez Laband<sup>521</sup>. Chez cet auteur, l'opposition entre la personnalité de l'Etat et la personnalité de ses citoyens n'a pas pour but de nier l'existence juridique de ces derniers mais remplit une fonction logique qui permet d'abstraire et de séparer l'unité de l'Etat de la pluralité de ses membres<sup>522</sup>. De même, la doctrine allemande de droit public n'a pas unanimement réduit les citoyens à un statut passif et subordonné, tel que nous l'avons observé dans la théorie des statuts de Jellinek<sup>523</sup>. Entre le peuple « *conscient de lui-même* » et capable de volonté comme unité à travers l'Etat-personne de Gerber et Laband et la nation personnifiée par l'Etat élaborée par la doctrine française, la frontière est réellement difficile à percevoir<sup>524</sup>.

En second lieu, Carré de Malberg développe un reproche que l'on trouve également sous la plume de Duguit, selon lequel les « *Allemands* » auraient abusé de la notion de *Herrschaft* au point d'en faire un moyen politique de conquête et d'asservissement des peuples étrangers<sup>525</sup>. Une lecture directe des auteurs allemands précités n'autorise pas une telle affirmation. La création des concepts de *Herrschaft* ou de *Staatsgewalt* avait pour but premier de conférer une autonomie scientifique à la science du droit pu-

---

<sup>519</sup> Carré de Malberg (1922), p. 11 et XIX.

<sup>520</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.3.

<sup>521</sup> Laband (1900), p. 161 : « *En général, tout Etat est la personnification d'une communauté populaire et nous avons déjà remarqué qu'on ne peut se représenter l'Empire allemand sans le peuple allemand* ».

<sup>522</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>523</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.5.

<sup>524</sup> A cet égard, Carl Schmitt remarque que les termes de peuple et nation peuvent être utilisés de façon presque interchangeable dans la théorie de l'Etat, le terme de nation lui semblant néanmoins plus apte à traduire l'idée d'unité politique du peuple. Cf. Schmitt (1993), p. 214-215 : « *nation et peuple sont souvent employés comme notions interchangeables, mais le mot nation est plus frappant et prête moins aux confusions. Il désigne en effet le peuple en tant qu'unité capable d'action politique, avec la conscience de sa spécificité politique et la volonté d'exister politiquement, tandis que le peuple qui n'existe pas comme nation ne représente qu'un groupement humain dont la cohésion peut être ethnique, culturelle, mais pas nécessairement politique* ».

<sup>525</sup> Carré de Malberg (1922), p. XIX.

blic naissante et en aucun cas de servir de discours de légitimation à quelque agression militaire d'un pays voisin. Sans argumentation solide, il est périlleux d'imputer la responsabilité de la récupération politique de certaines doctrines à leurs auteurs, *a fortiori* quand celle-ci intervient après leur mort.

La théorie de l'Etat de Carré de Malberg nous apparaît en réalité comme une « *réitération* » de la théorie allemande<sup>526</sup>, à tout le moins sur les objets qui préoccupent notre recherche. La doctrine du Professeur de Strasbourg se signale par son adhésion à la méthodologie du positivisme juridique qui se traduit de façon notable par le lien indissoluble qu'il trace entre la personnalité juridique et la souveraineté de l'Etat assimilée à un droit subjectif de l'Etat.

### 3.2 *La personnalité de l'Etat : un concept purement juridique*

#### 3.2.1 L'identité de l'Etat et de la nation

Dès les premières pages de ses investigations théoriques sur la personnalité juridique de l'Etat, Carré de Malberg s'attache à s'inscrire dans le contexte français issu de la Révolution de 1789, qui voit l'émergence du concept de souveraineté nationale. Le juriste alsacien reprend mot pour mot la définition d'Adhémar Esmein selon laquelle la clé de voûte de la personnalité de l'Etat tient dans la correspondance exacte qui s'instaure entre l'Etat et la nation, le premier étant la personnification juridique de la seconde<sup>527</sup>. Carré de Malberg met un point d'honneur à distinguer cette définition d'origine française à l'acception allemande en la matière qui s'appuie sur une séparation stricte entre les deux termes et une domination de l'Etat sur la nation ; nous avons vu dans la section précédente qu'une telle critique, quoique non dénuée de pertinence, demeurerait imparfaite et partielle. Cet antagonisme que le Professeur de Strasbourg trace entre les doctrines française et allemande lui sert surtout à souligner l'identité de la nation et de l'Etat. Les droits et le pouvoir de l'Etat n'expriment rien d'autre que les droits et le pouvoir de la nation. Une distinction entre souveraineté de l'Etat et souveraineté nationale est par ailleurs impensable si l'on entend par là la souveraineté attribuée à deux personnes juridiques différentes. Dans la mesure où la souveraineté se définit comme la faculté d'une puissance de s'épanouir sans être contrariée par aucune autre puissance d'ordre supérieur, la souveraineté de l'une de ces personnes doit nécessairement exclure celle de l'autre. Ainsi, Etat et nation sont également souverains car ils forment la même personne<sup>528</sup>. L'identité tracée entre les deux termes engage donc un refus de tout découplage entre l'Etat et la nation. Une telle conception permet ainsi de désavouer la tentative d'élaborer une souveraineté de l'Etat au détriment de la nation, que Carré de Malberg pense identifier dans la théorie allemande de

---

<sup>526</sup> Linditch (1997), p. 197 ; Beaud (1994a), p. 1269-1270.

<sup>527</sup> Carré de Malberg (1922), p. 13.

<sup>528</sup> Ibid.

l'Etat. En ce sens, le juriste alsacien rejoint Léon Michoud dans sa critique de la séparation entre la personne morale et ses membres portée par la théorie de la fiction : les membres de la nation « *ne sauraient être considérés, dans leurs rapports avec la personne Etat, comme étant de tout point des tiers, absolument étrangers à celle-ci* »<sup>529</sup>. Carré de Malberg refuse symétriquement que l'on attribue la souveraineté à la nation puisque celle-ci ne saurait avoir un tel pouvoir que lorsqu'elle est juridiquement organisée de telle sorte à devenir un sujet de droit<sup>530</sup>. Au final, si la distinction entre Etat et nation subsiste dans le vocabulaire théorique du juriste alsacien, c'est en raison de la fonction méthodologique qu'elle occupe. Les deux termes sont en effet l'expression d'une même réalité considérée sous deux angles distincts : « *les mots nation et Etat ne désignent que les deux faces d'une seule et même personne. Ou plus exactement la notion de personnalité étatique est l'expression juridique de cette idée que la nation, en s'organisant en Etat, se trouve par là érigée en un sujet de droit, lequel est précisé-ment l'Etat* »<sup>531</sup>. La relation entre la nation et l'Etat ne peut donc être saisie à travers la catégorie du mandat représentatif, comme le voulait la tradition révolutionnaire. Le mandat est un acte juridique bilatéral qui exige la manifestation concordante de deux volontés. La perfection de l'acte a pour condition sine qua non la réunion de deux personnes *distinctes*, chacune investie d'une pleine capacité de volonté. Dans la configuration élaborée par Carré de Malberg, la nation est un être abstrait dénuée de volonté qui ne parvient à une existence effective qu'à travers l'organisation constitutionnelle de l'Etat. Un rapport d'identification entre l'Etat et la nation se substitue ainsi au rapport de représentation<sup>532</sup>.

### 3.2.2 La critique de la réalité de la personnalité juridique

La citation qui clôt la section précédente trahit une influence manifeste du positivisme juridique allemand tel qu'il se constitue jusqu'à l'œuvre de Georg Jellinek. Au fond, la personnalité morale de l'Etat est la traduction juridique (l'Etat) d'un phénomène qui ne l'est pas (la nation). A la différence du juriste de Heidelberg, Carré de Malberg se contente d'élaborer une théorie purement juridique de l'Etat sans la doubler d'une théorie sociale<sup>533</sup>. En ce sens, Carré de Malberg cherche à ériger une notion de la personnalité de l'Etat purement juridique, en ce que le droit – domaine d'idées et d'abstractions<sup>534</sup> – est ici à distinguer de la réalité empirique. En conséquence, le Professeur de Strasbourg s'attache à disqualifier les deux principales théories qui, s'appuyant sur

---

<sup>529</sup> Ibid.

<sup>530</sup> Ibid., p. 14-15.

<sup>531</sup> Ibid., p. 15.

<sup>532</sup> Pour une perspective critique de cet aspect de la doctrine de Carré de Malberg, cf. Bacot (1985), p. 14 s. et Brunet (2004), p. 29 s. Nous reviendrons plus loin sur le concept de représentation. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.

<sup>533</sup> Cf. Beaud (1994a), p. 1276.

<sup>534</sup> Carré de Malberg (1922), p. 21.

la réalité de la personnalité morale, ont construit un dualisme entre une personnalité morale réelle et une personnalité proprement juridique qui ne serait que la reconnaissance et la formalisation juridique de la première<sup>535</sup>. Il s'agit en premier lieu de la doctrine de Léon Michoud qui fonde la personnalité juridique de l'Etat sur l'intérêt collectif qu'il représente et, en second lieu, des théories organicistes de l'Etat défendues par Gierke et Preuss.

Carré de Malberg s'en prend à la doctrine de Michoud au motif qu'elle s'appuierait sur une dichotomie erronée entre l'intérêt collectif et l'intérêt privé. L'admission d'une personnalité juridique et d'une volonté propres à l'Etat au motif qu'il défendrait un intérêt distinct des intérêts individuels serait une idée à rejeter car l'intérêt collectif de l'Etat n'est, en dernière instance, que l'expression d'intérêts individuels. L'activité de l'Etat ne peut avoir d'autre but que de satisfaire les intérêts individuels de ses membres. De surcroît, L'Etat étant un être abstrait, il ne saurait jouir à titre propre, si bien que l'on ne peut admettre que des intérêts individuels, puisque dans l'ordre de la réalité, seul l'individu concret possède la capacité de nourrir des intérêts<sup>536</sup>.

De même, la doctrine de Gierke est disqualifiée à l'aide d'un mode argumentatif que nous avons déjà rencontré chez Michoud et que nous retrouverons chez Duguit. Sur un plan strictement empirique, Carré de Malberg n'admet l'existence que de volontés individuelles et ne laisse aucune place pour une volonté collective qui résulterait d'une fusion des volontés individuelles. Les volontés exprimées par les citoyens lors d'un suffrage demeurent une somme de volontés individuelles tout comme la volonté des individus chargés de diriger la collectivité ne peut être admise sans médiation comme volonté de l'Etat mais demeure, sur le plan des faits positifs, que la simple volonté des gouvernants<sup>537</sup>.

### 3.2.3 La personnalité de l'Etat comme catégorie juridique

Raymond Carré de Malberg ne renonce nullement à concevoir l'Etat comme une personne distincte des membres de la collectivité qu'il personnifie et disposant d'une autorité supérieure. La personnalité de l'Etat n'est cependant pas du ressort de la réalité positive mais ne trouve son existence que par et dans le droit. Cela signifie que l'Etat apparaît comme une personne dès que nous l'observons sous son aspect juridique. Sous cet angle, l'Etat se réduit à un ensemble des normes réglant l'organisation de la collectivité dans une unité juridique disposant d'une autorité supérieure chargée de diriger le groupe. La personnalité de l'Etat n'est ainsi en rien une propriété naturelle du groupe qui préexisterait à sa structuration constitutionnelle. Carré de Malberg n'admet pas que la personnalité juridique soit simplement préconstituée par la réunion d'élé-

---

<sup>535</sup> Ibid., p. 25.

<sup>536</sup> Ibid., p. 26.

<sup>537</sup> Ibid., p. 27.

ments empiriques, réaffirmant en cela son opposition à Michoud et Gierke. Sur cet aspect, il s'oppose également à Jellinek qui continuait à percevoir dans la notion de personnalité juridique de l'Etat l'expression de faits sociaux ayant trait à l'existence d'une communauté d'intérêts permettant de constituer l'Etat en unité téléologique<sup>538</sup>. Aux yeux du publiciste alsacien, la personnalité de l'Etat n'émane que de l'ordre juridique avec « *l'établissement duquel a coïncidé la naissance de l'Etat* »<sup>539</sup>. Sur ce point précis, Carré de Malberg ne semble pas loin de rejoindre l'entreprise théorique contemporaine de Kelsen qui vise à supprimer le dualisme entre Etat et droit par l'identification du premier à l'ordre juridique qui le structure. A cet égard, les considérations du Professeur de Strasbourg sur la question de la naissance de l'Etat et du pouvoir constituant originaire sont symptomatiques de cette position. Dans la perspective du positivisme juridique qu'il adopte et revendique<sup>540</sup>, le juriste alsacien affirme que l'acte créateur de l'Etat ne peut faire l'objet d'aucune qualification juridique<sup>541</sup>. Cela signifierait sinon qu'un droit préexiste à l'Etat, ce que Carré de Malberg ne peut admettre, dans la mesure où le droit et l'Etat sont inextricablement liés : « *le droit, au sens propre du mot, n'est pas autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible. Or, précisément, cette autorité dominatrice n'existe que dans l'Etat* »<sup>542</sup>. S'il ne saurait exister de droit avant l'Etat, il ressort, à notre sens, qu'il n'y pas plus de place, dans le système conceptuel malbergien, pour un Etat qui préexisterait au droit. En effet, le droit est un commandement issu de la puissance d'Etat que celui-ci ne peut déployer que lorsqu'il est constitué en personne morale. Or l'Etat n'acquiert une telle qualité qu'à la faveur de l'organisation constitutionnelle qui le structure en une unité juridique<sup>543</sup>.

---

<sup>538</sup> Beaud (1994a), p. 1278.

<sup>539</sup> Carré de Malberg (1922), p. 28.

<sup>540</sup> L'adhésion de Carré de Malberg au positivisme juridique est acquise aux yeux de l'ensemble des commentateurs. Cf. Cuhe (1934), p. 73 ; Maulin (2003), p. 8 ; Mineur (2010), p. 17. Cela étant, le juriste alsacien n'a laissé aucun écrit systématique d'ordre méthodologique ou épistémologique. Dans la *Contribution*, l'on ne trouve que des affirmations sporadiques qui ont cependant le mérite de la clarté. Par exemple, cf. Carré de Malberg (1922a), p. 144 : « *le juriste, en effet, ne connaît que l'ordre juridique existant. La science du droit ne se préoccupe, par conséquent, que du fondement juridique des institutions [...] Elle n'a donc point, pour sa part, à rechercher le fondement des institutions au point de vue historique et sociale, ni davantage à fournir leur justification au point de vue politique et philosophique* ». Seul un article publié au soir de sa vie (1934) d'une dizaine de pages sobrement intitulé « *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique* » répond à une telle qualification. Cette contribution déçoit cependant quelque peu. Carré de Malberg se contente d'affirmer que la science juridique a pour objet exclusif le droit positif défini comme l'ensemble des « *règles adoptées et sanctionnées, dans chaque Etat, par des voies de puissance publique* ». Cf. Carré de Malberg (1934), p. 195. Une définition qui, sur ce point, rappelle le lien indissoluble établi par Jhering entre droit et contrainte étatique.

<sup>541</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 490 ; cf. Maulin (2003), p. 127-135 ; Bacot (1985), p. 66.

<sup>542</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 490.

Ainsi, le droit et l'Etat sont en situation d'engendrement réciproque. Une divergence de taille subsiste néanmoins entre l'auteur de la *Contribution* et Hans Kelsen. Chez Carré de Malberg, la définition du droit positif implique l'existence factuelle d'un ordre matériel de contrainte. En termes kelséniens, cela signifie que le droit positif relèverait également de la sphère du *Sein* et non point exclusivement du *Sollen*, une perspective à laquelle le juriste autrichien n'aurait pu adhérer<sup>544</sup>.

En ce qui concerne la conception d'une volonté de l'Etat, la même logique préside à sa création que celle régissant la constitution de sa personnalité juridique. La volonté de l'Etat n'émane que de l'organisation juridique de la nation qui érige certaines volontés – qui conservent l'aspect phénoménal de volontés individuelles – au rang de volonté collective de l'Etat. A cet égard, les normes de compétence constitutionnelles posent les conditions d'une telle érection<sup>545</sup>. Il s'agit là d'une reprise des développements théoriques réalisés par Georg Jellinek dans le *System der subjektiven öffentlichen Rechte*<sup>546</sup>.

Dans la mesure où le Professeur de Strasbourg n'ancre nullement sa théorie de la personnalité juridique de l'Etat dans la réalité observable, la question de son adhésion à la théorie de la fiction se pose inévitablement. Carré de Malberg rejette énergiquement cette filiation et la contourne en ayant recours à la notion de « réalité juridique ». En premier lieu, la notion de personnalité juridique répond à une réalité, à savoir que, dans toute société humaine, des droits sont attribués à des groupes et non seulement à des individus. En second lieu, il ne peut s'agir là d'une réalité « absolue » puisque la personnalité juridique n'a point d'existence empirique, mais plutôt d'une réalité qui a été, en quelque sorte, informée à l'aide d'une catégorie juridique. La notion de personnalité juridique remplit justement une telle fonction, en ce qu'elle est seule capable d'expliquer en droit l'ensemble des faits « *qui se rapportent à la constitution et au fonctionnement juridiques de l'Etat* »<sup>547</sup>. En l'espèce, la « réalité juridique » que la no-

---

<sup>543</sup> Carré de Malberg (1922), p. 65 : « *l'Etat doit avant tout son existence au fait qu'il possède une Constitution. Si en effet l'organisation de la communauté nationale est le fait primordial en vertu duquel elle se trouve érigée en Etat, il faut en déduire que la naissance de l'Etat coïncide avec l'établissement de sa première Constitution, écrite ou non, c'est-à-dire avec l'apparition du statut qui pour la première fois a donné à la collectivité des organes assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne étatique* ».

<sup>544</sup> Qui plus est, plusieurs passages de la *Contribution* montrent que Carré de Malberg ne semble pas tout à fait identifier Etat et ordre juridique et pense que le premier maîtrise le second comme un objet qui lui serait extérieur. Par exemple, cf. *ibid.*, p. 231 : « *les règles de droit destinées à régir l'exercice de la puissance étatique ne peuvent être l'œuvre que de l'Etat lui-même. Si la souveraineté n'est pas nécessairement un pouvoir sans limites, du moins il est de l'essence de l'Etat souverain que lui seul détermine, de sa propre volonté, les règles juridiques qui formeront la limitation de sa puissance souveraine* ».

<sup>545</sup> *Ibid.*

<sup>546</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3.

<sup>547</sup> Carré de Malberg (1922), p. 30.

tion de personnalité de l'Etat permet d'exprimer a trait au fait que la collectivité des nationaux ne peut être réduite à « *une simple société d'individus, mais qu'elle forme en son ensemble indivisible un sujet unique de droits, donc une personne juridique* »<sup>548</sup>. A notre sens, la *Zwei-Seiten-Lehre* de Jellinek et l'épistémologie kantienne qui la sous-tend posent ici leur marque : la personnalité juridique de l'Etat est l'une des catégories qui permet de constituer différents faits se rapportant à l'Etat en autant d'objets de connaissance valides pour la science du droit.

### 3.3 Fonctions théoriques de la notion de personnalité de l'Etat

Le fait premier que la personnalité de l'Etat met en forme et traduit dans le langage juridique a trait à son unité. A cet égard, la façon dont Carré de Malberg envisage l'unité de l'Etat sous son aspect juridique se révèle être une combinaison des vues de Jellinek et Laband sur ce thème<sup>549</sup>. Au maître de Heidelberg, il emprunte l'idée selon laquelle l'Etat est une unité de nature *téléologique*. La communauté de buts et d'intérêts qui lie les hommes d'une nation passe ainsi pour la base empirique première de la personnalité de l'Etat<sup>550</sup>. Cependant, le juriste alsacien s'empresse d'affirmer qu'il ne revient pas au juriste d'analyser ces éléments d'ordre plus sociologique que juridique ; le publiciste doit se contenter d'analyser la structure juridique formelle qui fonde l'unité étatique. Le positivisme de l'auteur de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* s'affirme ici sous sa forme la plus stricte<sup>551</sup>. A ce titre, il ajoute que les différents facteurs sociaux ou politiques d'unification demeurent inefficaces à fonder à eux seuls l'unité de l'Etat, celle-ci ne prenant réellement forme que par le biais d'une organisation juridique déterminée<sup>552</sup>.

Une unité d'hommes réunis par la poursuite de buts communs peut en effet se constituer selon différentes structures et ne s'exprime pas nécessairement par la forme Etat, celui-ci se distinguant par la structure qui le constitue. La distinction opérée par Laband entre Confédération d'Etats et Etat fédéral est ici d'une précieuse aide au juriste

---

<sup>548</sup> Ibid., p. 40 ; Eric Maulin décèle chez Carré de Malberg une dichotomie absolue entre « réalité juridique » et « réalité naturelle ». Selon l'auteur, le juriste alsacien se contenterait de décrire des phénomènes proprement juridiques au lieu de procéder à une interprétation juridique des phénomènes naturels. Les passages que nous venons de citer semblent cependant indiquer que cette dichotomie est loin d'être aussi nette. En revanche, il est exact de dire que Carré de Malberg se contredit lorsqu'il se refuse à aborder juridiquement l'acte constituant originaire – de nature factuelle – alors qu'il prétend que la personnalité juridique de l'Etat permet d'exprimer certains faits juridiquement. Cette incohérence est à imputer au manque de réflexion épistémologique et méthodologique qui grève la *Contribution* du juriste alsacien. Cf. Maulin (2003), p. 192-197.

<sup>549</sup> Avec Eric Maulin, il nous semble pertinent d'affirmer qu'il s'agit là des deux auteurs ayant exercé la plus grande influence sur la pensée du juriste alsacien. Cf. Maulin (2003), p. 20-27.

<sup>550</sup> Carré de Malberg (1922), p. 31.

<sup>551</sup> Ibid., p. 44 ; cf. Beaud (1994a), p. 1277 qui souligne la proximité du positivisme de Carré de Malberg et de la théorie pure du droit de Kelsen sur ce point.

<sup>552</sup> Carré de Malberg (1922), p. 44.

alsacien<sup>553</sup>. L'Etat se distingue des autres types d'union en ceci que son organisation produit une volonté autonome et supérieure à la simple somme des volontés individuelles des membres du groupe<sup>554</sup>. Cette forme d'union est qualifiée de corporation par Carré de Malberg, certainement inspiré par la terminologie utilisée par Jellinek dans sa définition juridique de l'Etat. En cela, la forme corporative est garante de l'unité juridique du groupe puisqu'un tel type d'union se caractérise par un processus de concentration et de synthèse qui permet la « *réduction des volontés individuelles en une volonté unitaire qui sera celle de la collectivité* »<sup>555</sup>. Par le biais de cette organisation unifiante, l'ensemble des facultés juridiques du groupe se trouve concentré dans la volonté du groupe, qui s'érige ainsi en sujet de droit à part entière<sup>556</sup>. De ces considérations générales, Carré de Malberg déduit que la personnalité juridique de l'Etat se constitue selon la même logique, puisque la faculté de vouloir est à considérer comme le fondement de la personnalité juridique, selon une conception que n'aurait pas renié Gerber ou Laband : « *la collectivité que l'Etat personnifie, devient sujet de droits par là même qu'elle possède une organisation d'où résulte pour elle une volonté s'exerçant en son nom et pour son compte au moyen de ses organes : entre ces deux termes, volonté propre et droits propres, la transition est immédiate : car d'une façon générale, tout être admis juridiquement à faire valoir comme sa volonté propre, soit la volonté qu'il exerce lui-même, soit celle qu'exercent pour lui ses organes, acquiert par cela seul un pouvoir juridique qui suffit à faire de lui un sujet de droits* »<sup>557</sup>.

L'autonomie de la personnalité de l'Etat par rapport à ses membres concrets ne permet pas seulement d'en saisir l'unité, mais également la continuité. Comme la plupart des auteurs – à l'exception notable de Gierke et son école – acquis à la théorie de la personnalité morale de l'Etat, Carré de Malberg admet que l'Etat n'est qu'une personne abstraite dont la volonté et la faculté d'agir est exercé par des individus concrets qui ont qualité d'organes de l'Etat. Ce couple qui forme l'armature conceptuelle de l'Etat personne morale possède également l'avantage de donner une clé de compréhension à la continuité de l'Etat. En effet, la distinction entre l'Etat et ses organes explique la permanence de l'Etat à travers les vagues de réformes institutionnelles et constitutionnelles, si bien que Carré de Malberg affirme la supériorité de l'Etat sur le gouvernement : « *l'Etat, c'est la collectivité organisée, mais ce n'est point l'organisation de cette collectivité* »<sup>558</sup>. Une compréhension qui ne serait en revanche guère possible si l'Etat se confondait avec la personne des gouvernants comme le postulent les théories patrimoniales de l'Etat. Pour ce même motif, l'Etat ne peut simplement être assimilé

---

<sup>553</sup> Pour un rappel de cette distinction chez Laband, cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.2.

<sup>554</sup> Carré de Malberg (1922), p. 32.

<sup>555</sup> Ibid.

<sup>556</sup> Ibid., p. 33.

<sup>557</sup> Ibid., p. 36.

<sup>558</sup> Ibid., p. 49.

au peuple car l'immutabilité de l'Etat ne peut être conçue si celui-ci est confondu avec la masse changeante d'individus qu'il personnifie<sup>559</sup>.

De même, le fait que l'Etat forme une unité indivisible séparée des individus isolés est érigé par le juriste alsacien en *criterium* essentiel du droit public. Si l'Etat n'avait pas qualité de personne juridique, le droit n'aurait plus que des relations entre individus à appréhender, qui tombent essentiellement dans le domaine du droit privé. Pour assurer son autonomie, le droit public doit nécessairement se concevoir comme le droit régissant l'organisation de la corporation étatique dans son unité ainsi que ses relations aux individus qui lui sont soumis<sup>560</sup>.

### 3.4 La puissance de l'Etat

#### 3.4.1 La valeur heuristique de l'Etat fédéral

Le projet d'ériger une théorie juridique de l'Etat basée sur sa personnalité morale n'est pas l'unique emprunt de Carré de Malberg aux publicistes allemands de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Tout au long des considérations du juriste alsacien sur cette notion, il est apparu de manière saillante que la conception de l'Etat comme personne juridique était la condition nécessaire à la construction théorique d'une volonté de l'Etat. Il est ainsi logique, d'un point de vue systématique, que Carré de Malberg s'attache à définir les contours de cette volonté une fois achevée la description de la personnalité juridique de l'Etat. Il se refuse cependant à réduire la volonté de l'Etat à la notion de souveraineté, dont il estime l'usage malaisé en raison de la polysémie de ce terme<sup>561</sup>, n'hésitant pas à affirmer que les notions de personnalité juridique et de souveraineté sont profondément différentes<sup>562</sup>.

La notion de souveraineté suscite de telles réserves chez le Professeur de Strasbourg pour la simple raison qu'elle ne constitue pas, selon lui, un élément essentiel de l'Etat. A égard, il reprend la distinction déjà établie par Laband et Jellinek entre Souveraineté (*Souveranität*) et puissance d'Etat (*Staatsgewalt*). Afin de démontrer que seule la seconde représente un élément constitutif de l'Etat, Carré de Malberg s'appuie sur la catégorie de l'*Etat fédéral* dont il offre une définition riche de détails et qui possède une valeur heuristique indéniable puisqu'elle permet d'interroger le statut d'élément essentiel de l'Etat généralement attribué à la souveraineté<sup>563</sup>. A titre de base théorique,

---

<sup>559</sup> Ibid., p. 48.

<sup>560</sup> Ibid., p. 50-51.

<sup>561</sup> A la suite d'une minutieuse rétrospective historique, Carré de Malberg parvient à dégager trois acceptions différentes du terme de souveraineté : « dans son sens originare, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe ». Cf. *ibid.*, p. 79.

<sup>562</sup> Ibid., p. 81.

Carré de Malberg reprend la distinction fondamentale – que nous retrouvons chez Laband – entre Confédération d'Etats (*Staatenbund*) et Etat fédéral (*Bundesstaat*)<sup>564</sup>. Cette distinction, dont l'origine se situe aux alentours de 1848, permettait de rendre compte de la constitution d'Etat fédéraux comme la Suisse, l'Empire allemand ou les Etats-Unis d'Amérique qui ne pouvaient s'appréhender sous la catégorie de l'Etat *unitaire*. Ni Confédération, ni Etat unitaire, l'Etat fédéral, en tant que troisième terme, devint vite une catégorie phare de la doctrine publiciste de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>565</sup>. A cet égard, Carré de Malberg adhère aux précisions données par son prédécesseur à la chaire de droit public de l'Université de Strasbourg, selon lesquelles l'Etat fédéral se distingue de la Confédération d'Etats en ce que le premier ne produit pas seulement une « *union sociale d'Etats en vue d'une action commune, mais une fusion des Etats confédérés en une unité étatique supérieure constitutive d'un Etat nouveau et distinct* »<sup>566</sup> qui possède donc une volonté propre.

Dans le cas de l'Etat fédéral, la volonté des Etats fédérés ne peut être qualifiée de souveraine. Le trait majeur de l'Etat fédéral est en effet de consacrer la souveraineté de ce dernier et la non-souveraineté des Etats membres<sup>567</sup>. Leur subordination se manifeste en ceci qu'ils ne disposent pas, au contraire de l'Etat fédéral, de la « compétence de la compétence » (*Kompetenz-Kompetenz*). Cela signifie que seul l'Etat fédéral est maître de son cercle de compétences qu'il peut élargir ou restreindre par le biais d'une modification de son ordre juridique propre, en général sa Constitution<sup>568</sup>. Aussi large que soit son cercle de compétence effectif, l'Etat membre reste en cela toujours soumis à l'Etat fédéral. Dès lors que l'on tient la définition traditionnelle de la souveraineté issue de Bodin – la souveraineté en tant que plénitude suprême d'une puissance indépendante – comme l'un des traits essentiels de l'Etat, les collectivités fédérées ne peuvent être plus tenues pour des Etats car elles demeurent, de manière irréductible, sous la tutelle de l'Etat fédéral. La conséquence théorique majeure est que l'Etat fédé-

---

<sup>563</sup> Ibid., p. 147 : « *le cas de l'Etat fédéral est spécialement intéressant, parce qu'il engage directement la question de savoir si le critérium de l'Etat ne doit pas être recherché ailleurs que dans la souveraineté* ».

<sup>564</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.2.

<sup>565</sup> Cf. Maulin (2003), p. 33 ; cf. également l'imposant article d'Olivier Beaud, La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération, in : Jean-François Kervégan/Heinz Mohnhaupt (éd.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie. Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1997, p. 197-270.

<sup>566</sup> Carré de Malberg (1922), p. 94 ; le juriste alsacien se montre en revanche bien plus critique sur le reste de la théorie labandienne de l'Etat fédéral. Cf. Ibid., p. 98-101.

<sup>567</sup> Ibid., p. 123.

<sup>568</sup> Ibid., p. 125-126 ; le fait qu'une révision constitutionnelle requiert l'approbation d'une majorité des collectivités fédérées n'enlève rien au fait qu'une telle révision pourra s'opérer au détriment de la volonté contraire de certains Etats membres.

ral n'est alors plus qu'une variante de l'Etat unitaire, puisqu'il demeure seul titulaire de la souveraineté une, absolue et indivisible<sup>569</sup>.

L'autonomie théorique du concept d'Etat fédéral nécessite, aux yeux du juriste alsacien, de tracer une nette distinction entre la souveraineté et la notion de puissance de l'Etat<sup>570</sup>. Les considérations que Carré de Malberg développe à ce propos portent également le sceau distinctif de la théorie allemande de l'Etat développée par Laband et Jellinek. Comme nous avons pu l'observer, la souveraineté n'est, pour les auteurs précités que rejoint Carré de Malberg, qu'une qualité de la puissance d'Etat qui réside dans son absence de subordination à une autre puissance capable de l'obliger juridiquement<sup>571</sup>. Puissance d'Etat et souveraineté se confondent dans le même titulaire dans un Etat unitaire comme la France<sup>572</sup> mais se disjoignent dans des Etats fédéraux où les *Etats* fédérés non-souverains disposent néanmoins d'une puissance d'Etat.

En conséquence, l'Etat se caractérise essentiellement en ce qu'il possède une puissance d'Etat qui doit être qualifiée de puissance de domination. Plus précisément, la puissance de domination a comme signe distinctif qu'elle est un droit *propre*, selon le terme de Laband, ou *originaire*, selon la terminologie privilégiée par Jellinek, de l'Etat. Les explications fournies par Carré de Malberg sur cette notion de droit originnaire de l'Etat sont pratiquement une paraphrase de l'œuvre du maître de Heidelberg sur cette question. La puissance propre de domination au bénéfice d'un Etat réside ainsi essentiellement dans sa faculté d'auto-organisation que Carré de Malberg développe comme suit : « *le pouvoir [d'une collectivité] de se donner à elle-même sa Constitution, c'est-à-dire de déterminer par sa propre volonté, soit les organes qui exerceront sa puissance, soit l'étendue et les conditions d'exercice de cette puissance* »<sup>573</sup>. En ce qui concerne la problématique de l'Etat fédéral, un Etat fédéré doit être considéré comme un Etat à part entière dès lors qu'il dispose d'une *autonomie constitutionnelle*, c'est-à-dire qu'il est en mesure, de sa *propre volonté*, de se doter d'une Constitution ou de la réviser de manière autonome si sa Constitution lui a été octroyée par l'Etat fédéral. A titre d'exemple, le pouvoir d'Etat d'un canton suisse est organisé par une Constitution qui relève du seul droit cantonal à la suite d'une procédure constituante qui se situe à l'échelon cantonal. En revanche, l'organisation poli-

---

<sup>569</sup> Ibid., p. 130 et p. 140 : « *ce pouvoir supérieur de détermination des compétences appartient à l'Etat fédéral sur les Etats particuliers, tandis que l'Etat particulier ne peut rien à cet égard sur l'Etat fédéral. Donc l'Etat fédéral a la souveraineté : il l'a en entier ; à l'Etat particulier elle manque pour le tout* ».

<sup>570</sup> Pour une critique acérée de cette distinction, cf. Beaud (1994a), p. 1258 s. Nous verrons que la position de Léon Duguit à ce sujet ne fut pas moins critique.

<sup>571</sup> Carré de Malberg (1922), p. 151 ; cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.2 et 4.3.

<sup>572</sup> Pour cette raison, Carré de Malberg émet une nuance quant à la critique allemande du terme de souveraineté en précisant que celui-ci qualifie avec exactitude le pouvoir d'Etat qui s'exerce en France. Cf. Ibid., p. 192-194.

<sup>573</sup> Ibid., p. 159.

tique des communes est régie par le droit cantonal et non par leur propre volonté. Les communes sont ainsi dénuées de toute faculté d'auto-organisation et ne peuvent prétendre à la qualité d'Etat, bien qu'elles disposent souvent de prérogatives de puissance publique, à l'image du pouvoir de police municipal.

Carré de Malberg reprend également à son compte les deux corollaires déduits par Jelinek de cette définition du droit originaire de domination de l'Etat et qui permettent de saisir ce dernier avec une acuité plus fine. En premier lieu, l'organe suprême de l'Etat doit lui appartenir en propre, une collectivité qui aurait pour organe suprême l'organe d'un Etat supérieur ne bénéficierait ainsi pas de l'autonomie d'organisation qui caractérise l'Etat<sup>574</sup>. En second lieu, les organes propres à un Etat se doivent d'exercer l'ensemble des fonctions de la puissance étatique, qui sont les pouvoirs de législation, d'administration et de justice. Ainsi, la qualité d'Etat nécessite qu'il dispose de la jouissance complète de tous les pouvoirs étatiques<sup>575</sup>. En somme, la puissance d'Etat doit nécessairement être *indivisible*. Dans le cas de l'Etat fédéral, les domaines dans lesquels se déploie la puissance d'Etat des collectivités fédérées peuvent être limités par la Constitution de l'Etat fédéral. Elles conservent néanmoins leur statut d'Etat dès lors qu'elles conservent les trois fonctions précitées dans les domaines de compétence qui leur sont dévolus.

### 3.4.2 La puissance de l'Etat comme droit subjectif

Maintenant que les raisons conduisant à admettre la puissance d'Etat comme l'un des éléments constitutifs de ce dernier nous sont apparues sous un jour plus clair, il nous reste à présenter la catégorie choisie par Carré de Malberg pour en offrir une lecture strictement juridique. La nature exacte de la puissance d'Etat répond, chez le constitutionnaliste alsacien, à la définition du droit subjectif comme pouvoir de la volonté telle que cette acception s'était dessinée dans la science juridique allemande au XIX<sup>e</sup> siècle.

Dans la section précédente, nous avons indiqué en filigrane que la puissance de l'Etat consistait en un pouvoir originaire de *domination*. A ce titre, Carré de Malberg précise que cette domination doit concrètement se comprendre comme une hiérarchie de volontés : « *les droits de domination, au contraire, impliquent essentiellement une supériorité du pouvoir du sujet dominateur sur les personnes dominées* »<sup>576</sup>. Il importe de préciser que cette supériorité de la volonté de l'Etat relève, dans la perspective positiviste adoptée par le juriste alsacien, uniquement du droit. Le fondement ainsi que la suprématie de la puissance étatique sont d'ordre strictement juridique. La Constitution de l'Etat est en effet l'acte juridique qui fonde l'organisation de la nation en personne juridique dotée d'une volonté unifiée qui devient, *juridiquement* parlant, la volonté la

---

<sup>574</sup> Ibid., p. 164.

<sup>575</sup> Ibid., p. 166.

<sup>576</sup> Ibid., p. 153.

plus puissante<sup>577</sup>. Une fois formulés en termes juridiques, les rapports de domination peuvent conçus sous la forme d'un rapport de « *subjectivité bilatérale* » entre deux sujets de droit dont le sujet actif, l'Etat, est en mesure d'imposer sa volonté au sujet passif, l'individu<sup>578</sup>. A l'aune d'une telle conception, il n'est guère étonnant que Carré de Malberg conclue ses quelques 189 pages de considérations théoriques sur la notion de puissance de l'Etat en ces termes : « [la science juridique] *ne doit pas hésiter à étendre aux pouvoirs de domination étatique la qualification de droits subjectifs de l'Etat, c'est-à-dire de droits assurés à la personne étatique par l'ordre juridique en vigueur dans l'Etat* »<sup>579</sup>.

### 3.5 La limitation de la puissance de l'Etat

L'épistémologie positiviste adoptée par Raymond Carré de Malberg le conduit tout naturellement à procéder à l'analyse de la limitation de la puissance d'Etat de la même manière qu'il a abordé son fondement et ses modalités, c'est-à-dire d'un point de vue strictement juridique. Il nous est déjà apparu que la puissance d'Etat n'était, en droit, que le fruit de son organisation juridique. Dans la mesure où l'on est autorisé à parler de puissance de l'Etat, il convient de parler uniquement de puissance organisée, c'est-à-dire « *régie par des principes juridiques, appelée à s'exercer selon certaines formes et au moyen de certains organes, et dès lors limitée par du droit* »<sup>580</sup>. Cette citation ne fait, au fond, qu'exprimer un autre acte d'adhésion du juriste alsacien à la théorie du droit et de l'Etat de Georg Jellinek. Les deux théoriciens de l'Etat estiment que ce dernier est source de tout droit, la limitation juridique du pouvoir de l'Etat prend donc chez eux la forme d'une *autolimitation*. Cela étant, cette notion ne doit pas se comprendre comme un choix délibéré de « l'Etat-personne » qu'il pourrait révoquer à tout moment, nos deux juristes ne cédant pas à cette forme naïve d'anthropomorphisme. La limitation du pouvoir de l'Etat par son droit apparaît comme la condition *transcendantale* pour penser juridiquement l'Etat. L'ordre juridique étant le seul fondement de la personnalité de l'Etat et de sa puissance, l'abolition de tout ordre juridique reviendrait tout simplement à abolir l'Etat comme personne morale et tous les droits de domination qu'il peut déployer par sa volonté, elle aussi constituée par l'ordre juridique<sup>581</sup>. Cela signifie également que l'Etat est voué à un « *régime de limitation permanente* », que sa volonté souveraine est susceptible de faire et de défaire à sa

---

<sup>577</sup> Ibid., p. 196.

<sup>578</sup> Ibid., p. 255. Comme Jellinek, Carré de Malberg assigne un double statut à l'individu en droit public. En tant que membre de la collectivité, il a un statut actif lui permettant de collaborer à la formation de la volonté étatique. En tant qu'individu isolé, il redevient sujet passif de la puissance d'Etat. Cf. Ibid., p. 250.

<sup>579</sup> Ibid., p. 258.

<sup>580</sup> Ibid., p. 229.

<sup>581</sup> Ibid., p. 229 : « *Toute puissance qui ne peut naître et subsister que moyennant l'établissement et l'application d'une règle juridique, est forcément une puissance limitée par le droit. Ainsi que le dit Jellinek [...], si absolue que soit la puissance de l'Etat et alors même qu'il lui serait*

guise les règles de droit qui constituent et régissent son pouvoir, sans toutefois pouvoir faire l'économie d'un ordre juridique<sup>582</sup>. Carré de Malberg soutient que la formalisation juridique de la puissance d'Etat est l'une des conditions de sa maîtrise, dans la mesure où elle permet de s'assurer qu'elle s'exerce selon « *certaines règles formant d'une façon stable le droit public de la communauté* »<sup>583</sup>. Si l'on se prive, en revanche, de ces bornes régulières et stables que l'ordre juridique pose à la puissance d'Etat, la puissance gouvernante se résume – et c'est la perspective qu'adoptera Duguit – à une simple puissance matérielle supérieure – donc un élément factuel et non juridique – mise en mains des gouvernants. Dans la mesure où la puissance publique n'est plus qu'une question de force, cela ouvre « *la voie à l'action révolutionnaire permanente* », faisant d'une telle théorie un puissant facteur d'anarchie<sup>584</sup>.

Ainsi, les limites au pouvoir d'Etat ne sont pas simplement d'ordre moral ou politique mais également d'ordre juridique. En d'autres termes, cela signifie que ce ne sont plus simplement les considérations extra-juridiques aux accents jusnaturalistes – morales, politiques, religieuses, etc. – sur la *légitimité* du pouvoir de l'Etat qui sont susceptibles de lui poser des bornes. Le problème de la légitimité est résolu par sa réduction à une question d'ordre juridique et formel ayant trait à la logique interne de la *légalité* constitutive de la puissance de l'Etat<sup>585</sup>. En plaidant pour une limite autonome au pouvoir de l'Etat, Carré de Malberg se place, de son aveu même, à l'encontre de la tendance dominante de la doctrine française qui soutenait alors, dans une perspective souvent jusnaturaliste, l'antériorité et la supériorité du droit sur l'Etat. Cette tendance est déjà apparue chez Esmein, s'est trouvée argumentée de façon résolue par Michoud et réapparaîtra chez Duguit. Si l'on omet momentanément ce dernier, Carré de Malberg voit dans cette adhésion massive de la doctrine française au droit naturel la marque de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789<sup>586</sup>. A ce titre, l'auteur de la *Contribution* fait remarquer qu'une telle déclaration n'obtient réellement la qualité de droit qu'une fois reconnue et consacrée par la loi positive, à qui il revient encore de fixer les conditions d'exercice, de réglementer la mise en œuvre et d'assurer la sanction positive de ces droits, si bien que tout cela relève du « *point de vue spécial de la science du droit, purement et simplement de l'auto-limitation [...] une règle qui tire son origine de l'ordre naturel des choses, ne peut être qualifiée règle de droit, tant qu'elle n'est pas entrée dans l'ordre juridique en vigueur* »<sup>587</sup>.

---

*juridiquement possible de tout faire, il y a toujours une chose que l'Etat ne peut faire : il ne peut supprimer tout ordre juridique et fonder l'anarchie, car il se détruirait ainsi lui-même* ».

<sup>582</sup> Ibid., p. 234.

<sup>583</sup> Carré de Malberg (1922), p. 198.

<sup>584</sup> Ibid., p. 203.

<sup>585</sup> Beaud (1994a), p. 1286 ; Redor (1992), p. 55.

<sup>586</sup> Ibid., p. 236.

<sup>587</sup> Ibid. p. 238-239 ; sur ce point, Carré de Malberg anticipe ce que formulera Hans Kelsen à l'encontre du droit naturel dans la *Théorie générale du droit et de l'Etat* : « *A mesure que la théorie*

Outre cette réappropriation de la théorie allemande de l'autolimitation de l'Etat, le juriste alsacien voit dans l'idée de souveraineté nationale – qu'il estime à la racine du droit public français et de sa spécificité<sup>588</sup> – un second facteur de limitation de la puissance d'Etat. Le mérite de cette théorie réside, aux yeux du juriste alsacien, dans la négation de toute souveraineté personnelle. En effet, la souveraineté nationale implique que « *la puissance de domination étatique ne peut se concevoir que dans l'être synthétique et abstrait qui personnifie la collectivité nationale et qui n'est autre, en définitive, que l'Etat* »<sup>589</sup>. Si la notion de souveraineté nationale est d'abord dirigée contre la souveraineté personnelle du Monarque, le juriste alsacien la construit également comme une machine de guerre contre le concept de souveraineté populaire. La souveraineté n'est pas plus la propriété individuelle du Roi qu'elle n'est la propriété collective des citoyens où chacun posséderait une fraction de souveraineté<sup>590</sup>. Ainsi, la souveraineté nationale se veut *indivisible*, investie dans la nation toute entière et non point divisément par le pouvoir absolu accordé à une majorité populaire<sup>591</sup>. L'auteur de la *Contribution* estime que souveraineté monarchique et souveraineté populaire procèdent d'une même nature, en ce qu'elles consacrent le pouvoir absolu et originare d'individualités concrètes – qu'il s'agisse du Roi ou d'une majorité de citoyens – qui transcende la constitution juridique de l'Etat<sup>592</sup>.

La souveraineté nationale inaugure en revanche un nouveau paradigme. Cette dernière est en effet la première forme *impersonnelle* de souveraineté, où celle-ci est attribuée à la Constitution, soit à l'ordre juridique qui constitue la nation en Etat compris comme un sujet de droit. L'absence de réalité positive de l'Etat comme personne juridique – cet être « *synthétique et abstrait* » – implique que l'expression de la volonté de l'Etat soit confiée à des personnes physiques dotées d'une telle existence empirique. Celles-ci seront simplement considérées comme des organes de l'Etat dotés de compétences *dérivées* de la Constitution<sup>593</sup>. Ainsi, le pouvoir des différents organes de l'Etat devient nécessairement limité par le cercle de leurs attributions établies par les normes de compétence constitutionnelles. La souveraineté absolue n'existe alors plus que

---

*du droit naturel laisse son ordre « naturel » se développer, non selon le principe statique, mais selon le principe dynamique, et laisse s'infiltrer le principe de délégation dans le droit naturel, pour peu qu'elle se préoccupe de la concrétisation et de l'application du droit naturel aux relations humaines réelles, le droit naturel se transforme de façon imperceptible, de lui-même pour ainsi dire, en droit positif* ». Cf. Kelsen (1997), p. 447. En revanche, l'adhésion de Carré de Malberg à la théorie de l'autolimitation et sa définition du droit positif centrée sur l'effectivité continue de le tenir éloigné du juriste autrichien.

<sup>588</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 167.

<sup>589</sup> Ibid., p. 174.

<sup>590</sup> Ibid., p. 175 : « *Tel est aussi le sens du principe de souveraineté nationale : celle-ci est dans la nation, elle ne s'analyse pas en une souveraineté personnelle des nationaux* ».

<sup>591</sup> Ibid., p. 173 et p. 177.

<sup>592</sup> Maulin (2003), p. 125.

<sup>593</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 144 et 174-175.

dans l'addition spéculative des prérogatives de l'ensemble des organes de l'Etat<sup>594</sup>. Il est intéressant de relever que Carré de Malberg voit dans la structure constitutionnelle de la III<sup>e</sup> République une expression du principe de souveraineté nationale bien qu'il ne soit explicitement consacré par aucun texte de droit constitutionnel positif en vigueur. Dans sa thèse consacrée à la théorie de l'Etat du publiciste alsacien, Eric Maulin y voit, à juste titre selon nous, une influence de la méthode dogmatique élaborée par les pandectistes et appliquée en droit public par Carl Friedrich von Gerber et Paul Laband<sup>595</sup>. En effet, Carré de Malberg n'étudie pas les règles de droit constitutionnel isolément mais les considère comme un ensemble logique exprimant certains concepts généraux. Le principe de souveraineté nationale consacré par la Révolution française fait figure de principe général du droit constitutionnel français ; il permet ainsi de donner une cohérence et une unité internes aux trois lois constitutionnelles de 1875<sup>596</sup>. Le publiciste alsacien reviendra largement sur cette interprétation lorsqu'il publiera son essai *La loi expression de la volonté générale : étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*. Il verra dans la structure constitutionnelle de la III<sup>e</sup> République l'expression d'une « souveraineté parlementaire » qui consacre la prééminence de l'organe législatif sur les autres organes de l'Etat. Ce constat s'inscrit à l'évidence en faux contre sa conception de la souveraineté nationale<sup>597</sup>.

Les célèbres développements théoriques de Raymond Carré de Malberg sur le pouvoir constituant dérivent en ligne directe de sa conception de la souveraineté nationale<sup>598</sup>. Nous avons déjà vu que le pouvoir constituant originaire avait été évacué par le juriste alsacien pour des motifs épistémologiques, l'acte créateur de l'Etat ne pouvant logiquement s'inscrire dans un ordre juridique donné<sup>599</sup>. Sa conception de la souveraineté nationale s'inscrit également dans ce mouvement de pensée puisqu'elle lui permet de réduire le pouvoir constituant à une simple puissance dérivée. Ce dernier, au même titre que les organes de l'Etat institués par la Constitution, possède un cercle de prérogatives strictement délimité par le texte constitutionnel. Dans l'esprit du juriste alsacien, les prérogatives attribuées au pouvoir constituant dans les régimes se réclamant du principe de souveraineté nationale sont par ailleurs assez maigres puisqu'elles ne consistent qu'à instituer les autorités chargées d'exercer la puissance d'Etat. Le pouvoir constituant n'exerce ainsi proprement aucune des fonctions – législative, exécutive,

---

<sup>594</sup> Ibid., p. 551 : « *Dans un pays de souveraineté nationale, la nation seule, agissant par l'ensemble de ses organes, est souveraine* ». C'est Carré de Malberg qui souligne.

<sup>595</sup> Maulin (2003), p. 105.

<sup>596</sup> Eric Maulin souligne que Carré de Malberg érige même le principe de la souveraineté nationale comme critère essentiel de l'Etat moderne en général. Cf. Maulin (2003), p. 108 s.

<sup>597</sup> Nous avons déjà constaté ce problème dans l'œuvre d'Adhémar Esmein, sans que celui-ci ne semble en avoir pris conscience. Nous nous permettons de renvoyer à nos développements précédents pour une problématisation plus précise. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.4.

<sup>598</sup> Maulin (2003), p. 126.

<sup>599</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.2.3.

tive ou judiciaire – attachées à la puissance de l'Etat<sup>600</sup>. En ce qui concerne la position du peuple, il convient d'inférer du système conceptuel mis en place par le Professeur de Strasbourg que le corps des citoyens – dès lors qu'il a qualité de pouvoir constituant dans l'ordre juridique en vigueur – n'apparaît plus que comme un *organe* de l'Etat dont le pouvoir est borné par la Constitution. Selon Carré de Malberg, le peuple ne peut même pas être assimilé à un organe de l'Etat dans les régimes strictement représentatifs – comme c'est le cas de la III<sup>e</sup> République française – car il n'a qualité que de corps électoral ; il peut ainsi nommer ceux qui auront la charge de former la volonté de l'Etat mais il ne peut l'exprimer par lui-même<sup>601</sup>. La souveraineté populaire est ainsi bel et bien neutralisée. Les conséquences politiques de tels développements ne sont pas à négliger. Dans le régime de souveraineté nationale que Carré de Malberg décrit en même temps qu'il le promeut<sup>602</sup>, le peuple n'existe réellement que par et dans l'Etat. Il n'existe en tant qu'unité que par le biais de l'organisation unifiante de l'Etat qui lui confère une volonté propre qu'il ne peut exercer en propre mais uniquement par l'entremise d'organes le représentant. Il s'agit, comme chez Jellinek, d'une vision essentiellement hobbesienne où le peuple est perçu comme une multitude informe qui ne peut trouver une existence juridique que par le biais de l'organisation de l'Etat<sup>603</sup>.

### 3.6 Conclusion

Malgré les dénégations de principe qu'il formule dans l'avant-propos de la *Contribution*, l'influence de la théorie allemande de l'Etat sur Raymond Carré de Malberg est considérable. En premier lieu, la méthode avec laquelle il aborde le phénomène étatique est imprégnée des positions de l'école de l'*Isolierung* sur ce sujet, qui consiste à opérer une distinction méthodologique entre réalité empirique et réalité juridique. La seconde utilise la première comme substrat en la restructurant selon sa logique exclusive, à l'aide de catégories propres au droit. En ce qui concerne le phénomène de l'Etat et de son pouvoir, le juriste alsacien explique leur fonctionnement à l'aide de catégories juridiques comme la personnalité juridique, le droit subjectif ou l'organe de l'Etat, qu'il puise également chez les « pandectistes » de droit public (Laband et surtout Jellinek). Comme ces auteurs, il s'appuie sur la problématique de l'Etat fédéral pour construire une théorie juridique de l'Etat où la puissance d'Etat apparaît comme l'un de ses éléments constitutifs. A cet égard, nous avons montré le lien indissoluble qui unit la personnalité juridique à la puissance de l'Etat, assimilée à un droit subjectif de ce dernier. Il s'agit là encore d'un emprunt – et non des moindres – à la conceptualisation juridique de l'Etat par les auteurs précités de l'Empire allemand.

---

<sup>600</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 550-551.

<sup>601</sup> Ibid., p. 411-424.

<sup>602</sup> Cf. Maulin (2003), p. 90-91.

<sup>603</sup> Beaud (1994a), p. 1284.

Carré de Malberg s'attache certes à contribuer à une théorie *générale* de l'Etat, il n'en demeure pas moins qu'il s'attèle à cette entreprise sur la base des données fournies par le droit constitutionnel *français*<sup>604</sup>. Pour cette raison, la souveraineté nationale occupe une place centrale dans ses préoccupations théoriques, puisqu'il en fait le concept fondateur du droit public français et l'élément qui permet de le distinguer nettement du droit public allemand basé sur la souveraineté du seul Etat. Cela étant, la souveraineté nationale nous est apparue comme l'agencement juridique capable de fonder une limite autonome au pouvoir de l'Etat. En conséquence, nous estimons que la théorie de la souveraineté nationale de Carré de Malberg découle directement de son adhésion à la théorie allemande de l'autolimitation de l'Etat par le droit<sup>605</sup>. En effet, il s'agit dans les deux cas de concevoir l'Etat limité par son propre droit. La théorie de l'autolimitation visait à démontrer la nécessité transcendante d'un ordre normatif pour concevoir juridiquement la puissance d'Etat. Le concept de souveraineté nationale démontre que la puissance souveraine de l'Etat s'exerce par le biais d'organes qui tirent l'ensemble de leurs prérogatives de l'ordre juridique, plus précisément de la Constitution. Le titulaire de la souveraineté, la Nation, est un être abstrait, presque insaisissable, qui ne gagne une existence concrète qu'à la faveur d'une organisation juridique instituant des organes chargés de parler en son nom. L'on pourrait ainsi soutenir qu'avec sa conception de la souveraineté nationale, Carré de Malberg rend raison de la conception allemande de l'autolimitation de l'Etat dans des termes propres au droit constitutionnel français. Le juriste alsacien concevait la souveraineté nationale comme le moyen de tenir à distance les théories allemandes de l'Etat. La séparation n'est en réalité pas aussi nette que cela.

#### IV. Conclusion de la première partie

La première partie de notre recherche entendait faire émerger le paradigme de la souveraineté de l'Etat qui formera l'adversaire théorique principal de Léon Duguit. Ce modèle repose sur deux postulats : l'Etat est une personne morale et cette qualité lui octroie un droit subjectif de domination. Le « subjectivisme » sera le nom donné par Duguit à cette doctrine. Nous avons présenté le développement de ces notions à travers les étapes successives qu'elles ont connues, de leur formalisation en droit privé à leur transposition en droit public. Cette construction ne s'est pas faite sans heurts et plusieurs acceptions de la personnalité morale et du droit subjectif ont pu ainsi émer-

---

<sup>604</sup> Tel est l'intitulé complet de son maître ouvrage : *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*. Cette double ambition d'élaborer à la fois une théorie générale de l'Etat et une théorie particulière de l'Etat français est, selon Eric Maulin, assez mal explicitée par Carré de Malberg et source d'incertitudes sur la portée de son œuvre. Cf. Maulin (2003), p. 13-17.

<sup>605</sup> *Ibid.*, p. 123.

ger. A cet égard, les oppositions qui sont nées de ces débats doctrinaux sont riches d'enseignements sur les conséquences épistémologiques et politiques des différentes positions adoptées.

Le conflit doctrinal sur la conception de l'Etat comme personne morale est en premier lieu structuré par l'opposition entre la théorie de la fiction et la théorie de la réalité de la personnalité juridique. Sous les apparences d'une querelle concentrée sur une question de technique juridique, ce débat engage en réalité autant des divergences philosophiques sur la conception de l'homme que des désaccords de nature politique sur le rôle de l'Etat et la portée de son pouvoir. Si l'on suit la trame du débat entre Gierke et Laband – qui ne fait que reprendre la théorie de la fiction développée par les pandectistes – il apparaît que la théorie de la fiction se distingue avant tout par son caractère *individualiste*. En prenant l'individu libre de toute détermination sociale comme fondement de leur conception de la personnalité juridique, les pandectistes ne pouvaient effectivement penser certaines réalités sociales qu'en les envisageant comme des fictions. Ainsi, ce n'est que par une assimilation volontairement inexacte à la personne humaine que les associations d'hommes peuvent bénéficier du statut de sujet de droit. Tout autre est la conception des tenants de la réalité de la personnalité morale comme Otto von Gierke ou Léon Michoud. Ces auteurs mettent l'accent sur la nature sociale de l'homme. La réalité de la personnalité morale n'est dès lors rien d'autre que l'expression de cette dimension sociale de l'existence humaine. L'homme vit nécessairement inséré dans une pluralité de groupes sociaux qui eux-mêmes ne tiennent leur existence que de leurs membres. L'individuel et le collectif sont ainsi en situation d'interdépendance et chacun se trouve fondé à réclamer de la part de l'autre certains actes ou certaines abstentions nécessaires à son épanouissement. Cette possibilité de diriger sa volonté contre une volonté étrangère pour lui imposer un certain comportement n'est, en termes juridiques, rien d'autre que la définition de la personnalité juridique. La réalité de la personnalité juridique des différentes formes d'associations n'est ainsi que la reconnaissance par le droit de la socialité naturelle de l'homme. L'originalité de Léon Duguit sera de ne postuler que l'existence d'individus tout en soulignant leur nature sociale. A cet égard, il renverra les théories « pandectistes » et organicistes de l'Etat dos à dos dans la mesure où elles sont toutes deux intenable dans sa conception de la science du droit, fondée uniquement sur la réalité positive saisie par l'observation.

Le débat sur le caractère fictif ou réel de la personnalité juridique est également le terrain d'un affrontement aux dimensions politiques autour du rôle de l'Etat. La dénonciation de la théorie de la fiction a pour but de mettre en avant l'absolutisation de la puissance de l'Etat à laquelle cette doctrine aboutit. Si la capacité d'agir des associations n'est plus qu'une concession légale de l'Etat, alors celui-ci s'arroge la mainmise sur toute forme de pluralisme social. A cet égard, il convient de relever que la concep-

tion générale du droit développée par l'école pandectiste ne connaît guère de médiation entre l'individu et l'Etat. En droit privé, l'individu – et les personnes morales conçues sur son modèle – règne en maître et se voit réduit à sa faculté de vouloir ; en droit public, l'Etat domine comme unique sujet de droit, également réduit à sa capacité de volonté autonome.

Au-delà de cette controverse sur le caractère fictif ou réel de la personnalité juridique, la notion de personnalité morale de l'Etat révèle sur d'autres points comment des constructions épistémologiques peuvent être implicitement sous-tendues par des considérations politiques. Dans la seconde édition des *Principes de droit public* parue en 1916, Maurice Hauriou remarque, non sans pertinence, que le problème de la personnalité de l'Etat est le signe d'une crise de légitimité politique, plus particulièrement d'une « crise de personnification »<sup>606</sup>. Elle marque en effet une défiance vis-à-vis de la centralisation de la souveraineté dans la personne du souverain. En détachant la souveraineté de son titulaire concret, la notion de personnalité de l'Etat permet de penser la *continuité* de l'Etat et d'envisager son pouvoir sous le signe d'une certaine impersonnalité, puisque celui-ci est désormais situé au-delà des individus qui se succèdent à sa tête, ces derniers n'ayant plus que la qualité subalterne d'organes de l'Etat.

De même, la théorie de la personnalité juridique de l'Etat s'est avérée, chez les auteurs étudiés ci-dessus, essentielle pour penser l'*unité* de l'Etat. La notion d'unité peut ici s'entendre en deux sens. En premier lieu, l'Etat comme personne juridique est en effet l'outil épistémologique nécessaire pour percevoir l'unité à l'œuvre derrière la somme des volontés individuelles – ayant fonction d'organes de l'Etat – qui forment le phénomène étatique. La personnalité de l'Etat devient la condition pour penser juridiquement l'existence d'une volonté collective imputable à un sujet de droit précis. En second lieu, si la volonté de l'Etat peut être qualifiée de collective, c'est que la personnalité juridique qui en est le support est réputée être la personnification de la nation, chez les Français, ou du peuple, chez les Allemands, qui sont tous les deux pensés sous le signe de l'unité. Le contexte historique et politique permet de relever les enjeux portés par une telle conceptualisation. L'attribution de la souveraineté à une unité capable de volonté embrassant l'*ensemble* du corps social permet de conjurer la crainte de « décomposition de l'Etat » née en Europe à la suite du développement des mouvements démocratiques et de l'introduction progressive du suffrage universel aux alentours de 1870<sup>607</sup>. C'est également une façon de faire face aux défis posés par le développement du mouvement ouvrier et de la pensée socialiste et marxiste dont la notion de lutte des classes vise à dénoncer l'unité du peuple comme un mythe politique destiné à masquer les conflits sociaux. A cet égard, nous pouvons légitimement nous demander si les tenants de la personnalité juridique de l'Etat ne ré-

---

<sup>606</sup> Hauriou (1916), p. 606.

<sup>607</sup> Cf. Maulin (2003), p. 92.

activent pas une certaine conception organiciste de ce dernier. L'Etat est en effet censé incarner le peuple ou la nation comme une entité indivisible et unie qui transcende la simple somme des individus qui la composent et les groupements particuliers qui s'opposent en son sein. Pour ce faire, l'Etat-personne les intègre dans une structure juridique harmonieuse<sup>608</sup>. En ce sens, la théorie de la personnalité morale de l'Etat vise à la fois à dissimuler les antagonismes au sein de la société et à affirmer que l'unité du peuple se réalise par et dans l'Etat. Une double affirmation dont le caractère mystificateur fera l'objet d'une vive dénonciation chez les juristes de la République de Weimar<sup>609</sup>.

Si la théorie de la personnalité juridique de l'Etat permet de penser une certaine correspondance entre Etat et société civile, il faut relever que la place effective qu'occupe le peuple chez certains auteurs étudiés est assez ambiguë, notamment chez Gerber et Laband. Ceux-ci restent en effet à la conception pandectiste de la personne morale, close et séparée de ses membres. Il leur est ainsi difficile de penser la participation des citoyens à l'activité de l'Etat. Cela ressort de façon symptomatique chez Gerber, où le peuple demeure en arrière-fond, réduit à un statut assez flou de « substrat naturel » de l'Etat et dénué de prérogatives réelles. L'imbrication du peuple et de l'Etat ressort de façon plus visible dans la définition de l'Etat comme corporation offerte par Jellinek. Chez Raymond Carré de Malberg, la conception de l'Etat-personne vise à neutraliser toute forme de souveraineté personnelle. Nous avons vu que tant la souveraineté monarchique que la *souveraineté populaire* étaient visées par une telle entreprise.

La notion de puissance publique établit en revanche une stricte séparation entre l'Etat et la collectivité qu'il personnifie, marquée par une hiérarchie en faveur du premier. Là aussi, les enjeux politiques prennent l'aspect de considérations épistémologiques. La hiérarchisation entre Etat et société civile est en effet constituée par la distinction entre droit privé et droit public. Celui-ci devient, chez Gerber et Laband, l'étude de la seule volonté de l'Etat, rangée dans la catégorie de la domination. Le statut de l'individu y est purement passif puisqu'il n'est que l'objet du droit de domination de l'Etat. Il n'a dès lors la qualité de sujet de droit que dans les rapports régis par le droit privé. La résolution de l'épineuse question de la limitation du pouvoir de l'Etat devient alors malaisée. Dans la mesure où les publicistes étudiés dans cette première partie souscrivent à une épistémologie positiviste, les facteurs de limitation de la puissance d'Etat doivent être inhérents à la logique interne qui préside aux réflexions sur la conception juridique de l'Etat et de son pouvoir. Tout le sens de la théorie de l'autolimitation de l'Etat réside dans cette recherche de facteurs autonomes de limitation de la puissance

---

<sup>608</sup> Beaud (1994a), p. 1273 ; Redor (1992), p. 41.

<sup>609</sup> Nous en avons proposé un bref aperçu lorsque nous avons évoqué la critique de Kelsen de la théorie labandienne de l'Etat et, de façon plus marginale, les travaux d'Hermann Heller, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 5.

étatique par l'exclusion de toute explication hétéronome, essentiellement pour des motifs de pureté méthodologique. Léon Duguit insistera longuement sur les impasses d'une telle démarche, au prix cependant d'une lecture quelque peu spéculaire.

A ce titre, trois facteurs autonomes de limitation de la puissance d'Etat ont été avancés. La formalisation juridique de la domination en droit de puissance publique constitue un premier élément. Le pouvoir d'Etat cesse d'être le *fait* du prince comme dans la théorie patrimoniale de l'Etat qui est encore défendue à cette époque par des auteurs comme Max von Seydel. La *Staatsgewalt* est désormais enchâssée dans le cadre du droit : elle doit s'exprimer dans des formes et par des organes établis par le droit public, en principe à travers la Constitution. L'Etat est ainsi littéralement un Etat *de droit* (*Rechtsstaat*) qui coule toute son action dans des formes juridiques préétablies. En second lieu, il faut être attentif au fait qu'aucun des publicistes étudiés n'a repris telle quelle la définition du droit subjectif des pandectistes de droit privé qui caractérisaient ce dernier comme un pouvoir indéterminé de la volonté. Gerber fut le premier à distinguer la volonté de l'individu de la volonté de l'Etat en ce que celle-ci est nécessairement déterminée par certains buts précis. Les auteurs qui insisteront, à la suite de Jhering, sur l'importance de l'intérêt dans la définition du droit subjectif ne feront que radicaliser cette approche. Des auteurs comme Georg Jellinek ou Léon Michoud reconnaissent des droits subjectifs à l'Etat dans la mesure où ceux-ci s'exercent en faveur de l'intérêt général. Le troisième et dernier facteur de limitation de la puissance d'Etat doit être recherché dans la nature fictive de la personnalité juridique de l'Etat. L'utilité première de l'attribution de la souveraineté à un être synthétique et *abstrait* est d'éviter que la souveraineté soit confisquée par une personne *concrète*. Les gouvernants sont ainsi réduits à une qualité d'organe ne disposant que de certaines prérogatives attribuées par la Constitution et se trouvent ainsi séparés du lieu réel de la souveraineté. La souveraineté de l'Etat, dans sa définition courante de pouvoir suprême et inconditionné, n'existe plus que dans l'addition spéculative de l'ensemble des compétences de tous les organes de l'Etat réunis. En d'autres termes, la Constitution – qui n'est autre que l'Etat-personne dans la globalité de son organisation juridique – devient l'unique souverain. La souveraineté peut ainsi devenir une notion exclusivement juridique. Les conséquences d'une telle conception neutralisant tout pouvoir personnel – qu'il soit d'origine monarchique ou populaire – peuvent notamment s'illustrer par l'embarras ressenti par Gerber devant les conséquences de sa conception de l'Etat comme personne morale sur le statut du Monarque. Laband y répondra sans ambages en élevant l'Empereur en organe suprême du système constitutionnel de l'Empire allemand. Une problématique similaire émergera en France où la prééminence du Parlement dans l'architecture institutionnelle de la III<sup>e</sup> République le fera apparaître comme le véritable souverain. En ce sens, la théorie de la souveraineté de l'Etat comme personne juridique s'est élaborée en contradiction certaine avec le contexte institutionnel de son énonciation.

Selon nous, l'un des apports majeurs de cette doctrine consiste à répondre à l'épineuse question philosophique, qui préoccupera beaucoup Léon Duguit, consistant à établir les raisons qui permettent à une volonté individuelle de s'imposer à une autre volonté individuelle. Avec la théorie de la personnalité juridique de l'Etat, un individu n'est en mesure d'imposer sa volonté que si celle-ci est juridiquement imputée à l'Etat censé personnifier le peuple dans son unité. Le pouvoir de l'Etat n'est plus justifié de manière transcendante, comme dans la Monarchie de droit divin où le Souverain tenait son pouvoir de Dieu ; la puissance d'Etat est immanente à l'ordre juridique qui l'institue et se trouve ainsi sécularisée<sup>610</sup>.

---

<sup>610</sup> Maulin (2003), p. 82.



## 2<sup>e</sup> Partie : **La critique de Léon Duguit**

### **Introduction**

Au terme de la première partie de notre recherche, il nous apparaît que l'effort constant des juristes allemands et français étudiés fut de formaliser juridiquement le phénomène de domination étatique. Cette entreprise fut réalisée par l'application de catégories juridiques issues du droit privé. Sous la plume des publicistes allemands et français, la puissance publique est ainsi devenue un droit subjectif au bénéfice d'une personne juridique, l'Etat, et à la portée définie par les différentes conceptualisations relatives aux limites juridiques au pouvoir de l'Etat. La mise en échec de ce paradigme constitue le point nodal de la critique que Duguit oppose à la doctrine de son temps. Des motifs autant épistémologiques que politiques président à cette volonté de rupture avec la théorie dominante du droit public. En effet, le juriste français entend tout d'abord rénover de fond en comble la méthodologie juridique. Influencé par le positivisme d'Auguste Comte et la méthode sociologique d'Emile Durkheim, Duguit cherche à évacuer de la science du droit l'ensemble des notions qui ne sont pas corroborées par l'observation des faits (I). Les concepts de personnalité juridique et de droit subjectif sont ainsi déconstruits, même quand ils sont appliqués à l'individu. Cependant, c'est bien la personnalité juridique de l'Etat (II) et le droit subjectif de puissance publique (III) que Duguit veut éliminer définitivement de la théorie du droit public. Le juriste perçoit dans ces deux catégories juridiques d'intenable outils de légitimation de la force gouvernante. L'érection de la puissance publique au rang de droit subjectif implique de postuler une hiérarchie entre deux volontés : la volonté de l'Etat peut s'imposer unilatéralement à la volonté des individus alors que l'inverse n'est pas possible. Selon Duguit, la conception de l'Etat comme personnification juridique de la collectivité vise à légitimer cette hiérarchie de volontés. La doctrine publiciste combattue par Duguit se serait ainsi fourvoyée dans la création imaginaire d'une personnalité et d'une volonté collectives, auxquelles les auteurs attaqués confèreraient une supériorité de nature, ce que le juriste français juge insoutenable. Il ne peut exister de volonté proprement collective, mais seulement une somme de volontés individuelles. Ainsi la

prétendue volonté collective est ramenée à sa nature de volonté humaine. Or il n'existe aucun moyen de fonder la supériorité intrinsèque d'une volonté humaine sur une autre volonté humaine, à moins d'avancer différentes hypothèses sur l'origine du pouvoir politique que Duguit tente également d'invalidier à travers une lecture dévastatrice de certains discours de la philosophie politique moderne. Par ce travail de sape opéré sur plusieurs catégories essentielles du droit public, Duguit entend éliminer les obstacles qui entraveraient la conception d'une limite juridique claire et cohérente du pouvoir de l'Etat, tâche primordiale de toute théorie du droit public. A ce titre, Duguit juge très sévèrement la doctrine allemande de l'autolimitation de l'Etat ainsi que la théorie française du droit naturel (IV) en raison de leurs inconséquences dans l'établissement d'une limitation de la puissance publique.

## I. La recherche d'une nouvelle méthode pour la science du droit

Dans la préface à la seconde édition du *Traité de droit constitutionnel*<sup>611</sup>, Duguit tire un bilan accablant de la théorie du droit de son époque. Le doyen de Bordeaux déplore le décalage entre l'état de développement des sociétés européennes du début du XX<sup>e</sup> siècle et la vétusté des concepts dont se sert encore la science du droit : « *la construction juridique individualiste, subjectiviste et métaphysique, qui par la révolution nous est venue de Rome et de la scolastique médiévale, a fait son temps, [...] il est impossible de plier aux vieux cadres les relations si complexes, si variées, naissant aujourd'hui entre les individus et les collectivités, et [...] il faut définitivement bannir de la jurisprudence les concepts métaphysiques de substance, de sujet de droit, de droit subjectif, sources de controverses sans fin, épuisantes et stériles* »<sup>612</sup>.

Parmi cette série d'anathèmes que nous aurons l'occasion d'examiner un à un, le vocable « métaphysique » doit retenir notre attention car il revient souvent chez le juriste français lorsque celui-ci qualifie une doctrine qu'il entend réfuter. Le sens que prend ce terme sous la plume acérée de Duguit ne peut être saisi qu'à travers un détour par la philosophie des sciences d'Auguste Comte, l'un des maîtres à penser de Léon Duguit<sup>613</sup>. Le juriste français s'appuie sur la périodisation en trois étapes du progrès scientifique, conceptualisée par Comte à travers sa fameuse « loi des trois états », dont Duguit se réclame en 1908<sup>614</sup>. Dans la première leçon de son cours de philosophie positive, Comte affirme que la connaissance humaine connaît trois états théoriques différents : l'état théologique (ou fictif), l'état métaphysique (ou abstrait) et

---

<sup>611</sup> Par commodité de langage, nous nous permettrons de faire référence au *Traité de droit constitutionnel* par le simple vocable de « *Traité* ».

<sup>612</sup> Duguit, (1927), p. VIII.

<sup>613</sup> Cf. Pinon (2011), p. 72 s.

<sup>614</sup> Duguit (1922a), p. 12.

l'état positif (ou scientifique). Ces trois stades correspondent à une loi générale d'évolution des sciences, le dernier stade incarnant l'étape ultime du développement de la connaissance scientifique<sup>615</sup>. Dans l'état théologique, les phénomènes sont perçus comme des produits de l'action directe et continue d'agents surnaturels. Dans cette phase première de développement de la connaissance, l'esprit humain opère un recours systématique à des *fictions* pour expliquer les relations effectives entre les phénomènes. L'état métaphysique, que Comte établit comme une continuation du précédent, voit le remplacement de ces agents surnaturels par « *des forces abstraites, véritables entités (abstractions personnifiées) inhérentes aux divers êtres du monde, et conçues comme capables d'engendrer par elles-mêmes tous les phénomènes observés* »<sup>616</sup>. L'état métaphysique n'apparaît ainsi aux yeux de Comte que comme une simple sophistication du premier état, en ce que les agents surnaturels sont remplacés par de simples abstractions capables de fournir une explication globale et unitaire à l'ensemble des phénomènes observés. Par exemple, l'affirmation selon laquelle la « nature » serait à l'origine de l'ensemble des phénomènes naturels observables est une affirmation aussi fautive que de postuler une divinité à l'origine de tout fait. La « nature » en soi n'a pas plus de réalité positive que Dieu. En ce sens, l'état métaphysique perpétue les errements de l'état théologique dans le recours aux fictions comme élément d'appréhension des phénomènes. Dans l'état positif, l'esprit humain renonce à la recherche de concepts absolus, de l'origine et de la destination de l'univers, pour ne se concentrer que sur les faits, cherchant, par l'observation et le raisonnement, à découvrir les lois effectives qui les gouvernent, c'est-à-dire « *leurs relations invariables de succession et de similitude* »<sup>617</sup>. L'état positif se distingue donc des étapes précédentes par le refus d'utiliser tout concept *a priori* ou toute prénotion comme chemin d'accès à la connaissance. La méthode scientifique est réaliste et empirique, elle ne s'appuie que sur des faits observables et répétés selon une certaine logique dans l'expérience.

Duguit entend rénover la science du droit sur ces prémisses méthodologiques. Dès les premières pages du *Traité*, il constate en effet que la théorie du droit est restée engoncée dans les conceptions éculées de l'état métaphysique : « *c'est que dans le siècle par excellence des sciences positives, le domaine du droit est resté encombré de notions d'ordre purement métaphysique ; c'est qu'on n'a pas su apporter à l'étude du problème juridique une méthode véritablement réaliste. Éliminer tout ce qui n'est pas un fait directement constaté [...] voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit* »<sup>618</sup>. Que Duguit convoque l'esprit de son siècle ne doit pas nous surprendre. Le climat intellectuel français est, dans la se-

<sup>615</sup> Comte (1996), p. 52.

<sup>616</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>617</sup> *Ibid.*

<sup>618</sup> Duguit (1927), p. 3.

conde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, imprégné de positivisme et de scientisme<sup>619</sup>. La volonté d'appliquer les outils méthodologiques – observation et expérimentation – issus des sciences de la nature se fait jour dans les sciences humaines. Les exemples les plus probants en sont certainement la psychologie – avec les travaux de Théodule Ribot et plus tard de Charcot et Janet – et la sociologie, avec l'apparition de l'organicisme sociologique et de la sociologie durkheimienne qui, toutes deux, auront une influence décisive sur le parcours intellectuel de Duguit<sup>620</sup>. Ces disciplines se sont, entre autres, bâties sur un programme épistémologique articulé autour d'une exigence commune : détrôner et récuser les transcendances de toutes origines, qui placent un Dieu, un dogme ou une métaphysique à l'origine du réel et des modes de connaissance du réel<sup>621</sup>. La rénovation de la science du droit entreprise par Duguit doit être appréhendée dans cette dynamique d'époque<sup>622</sup>.

L'épistémologie juridique édiflée par les pandectistes sur la base de l'étude du droit romain constitue, à notre sens, l'un des principaux adversaires théoriques combattus par Duguit. Les fondements méthodologiques que propose le doyen de Bordeaux se situent en effet aux antipodes de l'idéalisme juridique des pandectistes. Dans la première partie de notre thèse, nous avons établi que la scientificité de la méthode juridique s'établissait, chez les juristes de cette école, par un travail « *logico-déductif* » portant directement sur les concepts ; un travail qui est pensé sur le modèle des mathématiques<sup>623</sup>. Si l'un des premiers pandectistes comme Georg Friedrich Puchta s'inscrivait encore dans le sillage de l'Ecole historique du droit en ce qu'il considère le droit comme système et comme *histoire* – la connaissance du droit est alors encore dépendante d'un substrat empirique – ses épigones abandonneront totalement cette exigence. Cet abandon s'illustre par l'idéal de *pureté* qui devient alors la seconde condition de scientificité de la méthode juridique, en ce que le droit doit se tenir éloigné des autres sciences de l'esprit (histoire, philosophie, sociologie, morale, etc ...), dont les enseignements ne sont plus nécessaires à la découverte des concepts fondamentaux du droit. Paul Laband demeure celui qui a exprimé avec le plus de netteté l'ensemble de ces exigences méthodologiques, à l'occasion des préfaces aux première et seconde éditions du *Droit public de l'Empire allemand*. Dans la préface à la première édition, il affirmait sans ambages la priorité logique des principes généraux du droit sur les règles de droit particulières, les premiers formant le cadre conceptuel nécessaire à l'intelligibilité des secondes<sup>624</sup>. Dans la préface à la seconde édition, il posait des directives très claires quant à la méthodologie à adopter, faisant de la logique formelle la

---

<sup>619</sup> Nicolet (1982), p. 289.

<sup>620</sup> Ibid. ; Peset (1971), p. 353 s. ; Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.2 et 1.4.

<sup>621</sup> Nicolet (1982), p. 317.

<sup>622</sup> Ibid., p. 296-297.

<sup>623</sup> Cf. Jouanjan (2003), p. 135-136.

<sup>624</sup> Laband (1900), p. 3.

seule méthode adéquate à la science du droit<sup>625</sup>. Le modèle construit par Laband érige les concepts juridiques au rang de données *a priori* servant à l'interprétation des règles de droit positif par un travail de subsumption. A l'image des idées platoniciennes, ces concepts purs du droit forment un tout cohérent et harmonieux situé au-delà de l'existence empirique des hommes et dotés d'une validité universelle. Chez Georg Jellinek, la théorie de la connaissance dans la science du droit s'est muée en une forme de néo-kantisme. Les principes généraux du droit fonctionnent à la manière des règles de l'entendement dans l'épistémologie kantienne : ils forment les catégories subjectives *a priori* – donc posées avant toute expérience – qui serviront à la connaissance expérimentale du droit<sup>626</sup>. Tous les phénomènes liés au droit et à l'Etat doivent être structurés selon les règles propres à ces formes subjectives afin de former un objet de connaissance valide<sup>627</sup>.

Un tel paradigme de scientificité est ainsi l'exact contraire de la méthode réaliste et empirique préconisée par Léon Duguit<sup>628</sup>. Le juriste bordelais admet « *l'objectivité du phénomène par rapport au sujet qui le constate et l'appréhension directe du phénomène par le sujet* »<sup>629</sup>. L'épistémologie développée dans l'œuvre du Doyen de Bordeaux se singularise par un refus radical de tout subjectivisme<sup>630</sup>. Comme l'a bien montré Marc Réglade dans un long article consacré à la théorie générale du Droit du juriste bordelais, Duguit est persuadé de la concordance de la réalité avec les idées que nous nous en faisons, ce qui l'amène à combattre toutes les formes subjectives et les catégories *a priori* utilisées pour rendre la réalité connaissable<sup>631</sup>. Léon Duguit est donc, sur un plan épistémologique, un adversaire résolu du néo-kantisme qui connaît alors un succès certain dans la philosophie des sciences au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>632</sup>. Sur le fond, le doyen de Bordeaux refuse que l'on double la réalité naturelle d'une réalité « juridique » peuplée de concepts désincarnés de toute réalité positive<sup>633</sup>. A cet égard,

<sup>625</sup> Ibid., p. 9.

<sup>626</sup> Cf. Bonnard (1929), p. 35.

<sup>627</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.1 où nous rappelons à quel point Jellinek ne peut être assimilé à un simple continuateur des travaux de Gerber et Laband.

<sup>628</sup> Comme le souligne Delphine Espagno, la méthode scientifique à laquelle Duguit adhère se fonde sur l'observation et l'expérimentation. L'auteur relève que le juriste Bordelais a été en cela fortement influencé par les travaux du médecin Claude Bernard (1813-1878). Cf. Espagno (2013), p. 24. Roger Bonnard avait également incidemment relevé cette filiation, cf. Bonnard (1932), p. 10.

<sup>629</sup> Bonnard (1929), p. 36.

<sup>630</sup> Pisier-Kouchner (1972), p. 36.

<sup>631</sup> Réglade (1932), p. 23.

<sup>632</sup> Nous l'avons vu, Jellinek en fut l'ardent défenseur dans la science du droit. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.1.

<sup>633</sup> Duguit (1927), p. 462-463 : « *je n'admets comme réel, dans le monde social comme dans le monde physique, que ce je constate par l'observation directe ; et tout ce que je constate ainsi, je l'admets comme réel. Il n'y a de réel que l'observable, et tout l'observable est réel. Tel est le postulat indispensable de toute science* ».

nous verrons que Duguit entreprend la critique de la personnalité juridique de l'Etat sur cette base. Au lieu d'envisager le droit public comme des rapports n'engageant que des individus (les gouvernants et les gouvernés), seul résultat possible d'une observation impartiale des faits, la doctrine majoritaire de droit public inventerait de toute pièce la fiction d'un Etat-personne dont les gouvernants ne seraient que les organes dérivés.

Dans la mesure où les concepts juridiques ne sont pas induits de l'étude des faits observables, leur absence de base empirique les fait rentrer dans la catégorie des idées « métaphysiques » que Duguit cherche à évacuer de la science du droit<sup>634</sup>. Si un concept est *a priori*, alors il est réputé imaginaire. S'il est vrai, c'est qu'il est dérivé de l'expérience et cesse donc d'être un concept *a priori*. L'anticonceptualisme de Duguit connaît ainsi des limites puisqu'il accepte sans objection l'utilisation de la méthode déductive et de concepts abstraits lorsque ceux-ci ont été induits de l'observation des faits<sup>635</sup>. La distinction entre concepts *a priori* et concepts *a posteriori* est capitale pour saisir la conception duguiste de la science du droit : les premiers sont à proscrire en ce qu'ils sont le produit unique de la subjectivité du juriste, les seconds sont acceptables dans la mesure où ils ne sont que la généralisation ou l'abstraction de faits objectifs constatés par l'observation<sup>636</sup>. Dans ce même esprit, Duguit combat tout idéalisme juridique qui postule l'universalité et l'atemporalité des concepts fondamentaux de la science du droit, sur le modèle des catégories logiques ou des lois de la nature. Dans la mesure où les catégories juridiques doivent se modeler sur les faits sociaux et leur évolution, Duguit s'inscrit totalement en faux contre une telle idée, étant intimement convaincu que les catégories juridiques naissent des besoins pratiques d'une société donnée et s'adaptent à leur évolution<sup>637</sup>.

L'origine de ce refus du subjectivisme dans la recherche scientifique est à chercher dans les travaux du sociologue Emile Durkheim (1858-1917). Nés à une année d'écart, Léon Duguit et Emile Durkheim furent également de proches collègues à

---

<sup>634</sup> Duguit (2008), p. 232 : « *l'attitude phénoméniste ou positiviste déclare que l'homme ne peut connaître que des faits [...] ne peut saisir par l'esprit que les choses et les faits qu'il constate directement par les sens, que l'homme ne peut pas, ne doit pas affirmer que ses purs concepts répondent en quoi que ce soit à une réalité quelconque* ». Cf. Espagno (2013), p. 26.

<sup>635</sup> Duguit (1927), p. XVII : « *la méthode réaliste [...] n'exclut point, bien au contraire, le raisonnement déductif, qui est l'instrument par excellence de l'investigation et de la découverte scientifiques, sous deux conditions toutefois, d'abord qu'il ait pour point de départ une donnée directement observée, et secondement que les conséquences auxquelles il conduit soient vérifiées par l'observation et abandonnées si les faits les contredisent* » ; sur le sujet, voir le témoignage de son élève Marc Réglade : « *je l'ai souvent entendu proclamer dans son enseignement que, si un seul fait contredit les conséquences d'une théorie, c'est que celle-ci est mal construite et qu'elle est à refaire* ». Cf. Réglade (1932), p. 25.

<sup>636</sup> Duguit (1927), p. 72.

<sup>637</sup> Duguit (1912), p. 3.

l'Université de Bordeaux, ce qui explique en partie l'influence considérable que le second exercera sur le premier<sup>638</sup>. Un tel ascendant s'exprime notamment dans la conception du travail scientifique qui unit les deux auteurs. Dans son ouvrage *Les règles de la méthode sociologique*, paru en 1895, le sociologue français soutient la thèse devenue fameuse selon laquelle les faits sociaux doivent s'observer comme des choses<sup>639</sup>. Durkheim entend par cela que les faits sociaux doivent s'observer de l'extérieur et en eux-mêmes, c'est-à-dire « *détachés des sujets conscients qui se les représentent* »<sup>640</sup>. Un tel procédé implique donc l'abandon de toute forme de prénotion ou de préjugé que l'on pourrait former à l'égard d'un fait en dehors d'une analyse empirique<sup>641</sup>. Durkheim reproche notamment à plusieurs de ses contemporains de poser au préalable une conception subjective – et donc en partie arbitraire – de leur objet de recherche pour en déduire par la suite les catégories constitutives. Ainsi, leur recherche ne porte nullement sur des choses, mais sur des idées<sup>642</sup>. A titre d'exemple, le sociologue français attaque la sociologie d'Herbert Spencer à partir de ces griefs. Spencer postule que la notion de société implique l'idée de collaboration comme essence de la vie sociale. Or Spencer pose une telle définition comme un axiome sans l'induire d'une observation des faits de la vie sociale. Dès lors, sa sociologie n'est plus que l'expression de l'idée qu'il se fait de la société<sup>643</sup>. Nous aurons l'occasion de voir que Duguit ne procède pas autrement dans sa démarche critique. Les catégories juridiques qu'il passe au crible de son analyse sont justiciables de ce même grief, en ce qu'elles expriment plus l'idée que s'en font leurs auteurs que la réalité sociale qu'elles sont censées recouvrir.

La rénovation de la science du droit que souhaite entreprendre Duguit s'apparente ainsi à une « rupture épistémologique », en ce que le doyen de Bordeaux s'évertue d'évacuer toutes les prénotions et préjugés – assimilés à autant de « fictions » – qui entravent la connaissance de la nature réelle du droit et de l'Etat<sup>644</sup>. Il convient toutefois de remarquer qu'une telle tentative s'incarne de manière assez désarticulée dans son œuvre. Le lecteur à la recherche d'un « discours de la méthode juridique » sera irrémédiablement déçu. Seules des remarques méthodologiques éparses enrichissent le propos de Duguit, en général à l'occasion de la critique de telle ou telle notion réputée « fictive » ou « métaphysique ». Duguit n'a jamais eu l'ambition de rénover l'épistémologie des sciences sociales dans sa globalité. L'essentiel de son outil méthodolo-

<sup>638</sup> Cf. Pinon (2011), p. 70.

<sup>639</sup> Durkheim (2010), p. 115.

<sup>640</sup> Ibid., p. 131.

<sup>641</sup> Ibid., p. 135 ; Cf. Aron (1967), p. 363.

<sup>642</sup> Durkheim (2010), p. 125.

<sup>643</sup> Ibid., p. 122-123 ; Cf. également Durkheim (2013), p. 262 s.

<sup>644</sup> Sur la notion de « rupture épistémologique », nous ne pouvons que renvoyer aux travaux fondateurs de Gaston Bachelard. Cf. Bachelard (1980) p. 13-22.

gique est puisé dans le positivisme de son temps, incarné par les figures d'Auguste Comte et d'Emile Durkheim. L'entreprise de Léon Duguit consiste essentiellement dans la transposition de ce legs dans la science juridique. A cet égard, l'ampleur de cette de rénovation de la science du droit auquel s'attache le juriste français explique pourquoi son œuvre possède un important versant *néгатif*. La structure de son *opus magnum*, le *Traité de droit constitutionnel* en trois volumes, l'atteste. Le premier volume est presque entièrement consacré à la réfutation de plusieurs notions sur lesquels est bâtie la science du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle. Cette partie négative de l'entreprise scientifique de Duguit s'apparente à une gigantesque – le premier tome du *Traité* compte 763 pages ! – et haletante chasse aux fictions. Aux yeux du doyen de Bordeaux, les notions juridiques construites ou légitimées par un recours à des constructions théoriques sans base empirique claire et observable trahissent des insuffisances logiques ou techniques propres à une méthode erronée, quand elle ne sont pas le simple camouflage de prise de positions politiques implicites, dissimulées sous l'apparence de discussions scientifiques.

A cet égard, ce sont avant tout les notions de personnalité juridique de l'Etat et de droit subjectif de puissance publique que Duguit entend déconstruire dans son œuvre de constitutionnaliste. Il prétend démontrer que ces deux notions ne sont que des postulats *a priori* qui ne résistent pas à l'étude des faits. En démontant leur caractère fictif, Duguit entend, dans un premier temps, prouver que ces concepts sèment la confusion sur la source réelle du droit, qui ne découle pas de la prétendue volonté de l'Etat, mais des interactions qui se nouent entre les hommes d'une société donnée. Dans un second temps, le juriste français souhaite démontrer que cette confusion rend le droit incapable de s'adapter et de répondre aux préoccupations des sociétés modernes. Il faut donc se pencher sur ce versant critique de l'œuvre duguitienne, avant d'analyser son versant positif, qui formera la matière de la suite et de la fin de notre recherche.

## **II. La personnalité juridique de l'Etat**

### **1. Une approche phénoménologique de l'Etat**

De son ouvrage fondateur *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* de 1901 à l'œuvre de la maturité que constitue la 3<sup>e</sup> édition du *Traité de droit constitutionnel* publiée en 1927, Duguit a un adversaire théorique majeur dans la doctrine de droit public de son temps. Cet objet de critique a fourni la matière de la première partie de la présente thèse, en ce qu'elle consistait à présenter un courant important de la conception de l'Etat chez les juristes allemands et français de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle. Dans son premier ouvrage d'envergure, Duguit déclare dès la première page que toutes « *les théories modernes de l'Etat et du droit public reposent sur la notion de l'Etat-personne, sur la notion de l'Etat conçu comme la personnification de la*

*collectivité* »<sup>645</sup> qui bénéficierait à ce titre d'un droit originaire de commandement lui permettant d'« *imposer souverainement sa volonté parce qu'elle est d'une nature supérieure à celle des sujets* »<sup>646</sup>. Il s'agit ici du « subjectivisme » dont nous parlions déjà dans l'introduction générale. La progression de la déconstruction de cette doctrine dans le *Traité de droit constitutionnel* s'effectue en conformité avec le programme méthodologique adopté par le juriste bordelais. Duguit débute par fournir une description phénoménologique de l'Etat fondée sur les données issues de l'observation. Il s'attache ensuite à critiquer l'ensemble des prénotions et des concepts métaphysiques relatifs au concept de personnalité juridique, à l'Etat, à la légitimité et aux limites de son pouvoir qui viennent contrarier la connaissance scientifique du phénomène étatique<sup>647</sup>.

Selon Léon Duguit, l'Etat est un fait social marqué par un phénomène de différenciation politique<sup>648</sup>. Ce dernier s'observe dès lors qu'au sein d'une société donnée, un groupe d'hommes se trouve, *en fait*, dans « *la possibilité d'imposer leur volonté par la contrainte matérielle aux autres membres de la société, un groupe d'hommes qui paraissent commander aux autres et qui peuvent imposer l'exécution de leurs ordres apparents par l'emploi de la force matérielle lorsque besoin est* »<sup>649</sup>. Ce phénomène de différenciation aboutit ainsi à créer deux groupes distincts d'*individus* au sein d'un même groupe social. Les individus en mesure d'imposer leur volonté par la contrainte matérielle sont les *gouvernants* ; les individus qui se voient imposer la volonté des gouvernants constituent le groupe des *gouvernés*<sup>650</sup>. La différenciation entre gouvernants et gouvernés est, à quelques rares exceptions près, le propre de toute société humaine, si bien que Duguit ne reconnaît qu'une différence de degré et non de nature entre la horde primitive dirigée par un chef ou un groupe d'anciens et l'Etat moderne doté d'une complexe organisation constitutionnelle<sup>651</sup>.

Dans chaque cas, le fait social que l'on nomme « Etat » conserve la même nature : il s'agit d'un phénomène de plus grande force<sup>652</sup>. Cette force supérieure peut par ailleurs se décliner en différentes formes, de la force matérielle brute à la force économique en passant par la force morale, religieuse ou intellectuelle<sup>653</sup>. La volonté des gouvernants

<sup>645</sup> Duguit (2003), p. 1-2

<sup>646</sup> Duguit (1927), p. IX.

<sup>647</sup> Telle est la structure du chapitre V du premier volume du *Traité de droit constitutionnel*.

<sup>648</sup> Duguit (1894), p. 170.

<sup>649</sup> Duguit (1927), p. 535.

<sup>650</sup> Ibid.

<sup>651</sup> Ibid., p. 536 et 657-658 ; cf. le long historique dressé par Duguit dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit (2003), p. 246-255. Duguit s'oppose donc à l'idée affirmant que l'Etat est un phénomène historiquement marqué, apparu en Europe vers le XVI<sup>e</sup> siècle. Sur ce point, cf. Beaud (1994), p. 35 s.

<sup>652</sup> Ibid., p. 539.

<sup>653</sup> Ibid., p. 655.

ne s'impose donc pas aux gouvernés en raison d'une nature supérieure ou d'un autre motif qualitatif et intrinsèque, mais uniquement grâce à un plus important *quantum* de force à leur disposition<sup>654</sup>. La puissance de contrainte au bénéfice des gouvernants doit présenter en tout cas un caractère irrésistible. Si la puissance des gouvernants se voit empêcher d'agir efficacement par une puissance rivale d'une force plus ou moins équivalente, alors il n'est plus possible de parler d'Etat. Il convient de qualifier une telle situation d'anarchie, dans sa signification étymologique d'absence de pouvoir<sup>655</sup>. Sur ce dernier point, Duguit s'inspire en ligne directe de la conception de l'Etat développée par Rudolf von Jhering, dont nous avons déjà eu l'occasion de souligner l'important versant réaliste<sup>656</sup>.

Nous pouvons proposer deux clés d'analyse de la conception de l'Etat comme fait social défendue par le Doyen de Bordeaux. En premier lieu, le concept de fait social nous semble directement renvoyer aux travaux d'Emile Durkheim sur le sujet. Dans *Les règles de la méthode sociologique*, le collègue de Duguit à l'Université de Bordeaux affirme que le fait social « se reconnaît au pouvoir de coercition externe qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur les individus ; et la présence de ce pouvoir se reconnaît à son tour soit à l'existence de quelque sanction déterminée, soit à la résistance que le fait oppose à toute entreprise individuelle qui tend à lui faire violence »<sup>657</sup>. La définition réaliste de l'Etat proposée par Léon Duguit s'accorde en effet avec cette compréhension du fait social. La différenciation politique à l'origine du phénomène étatique n'est pas le résultat d'un choix délibéré des gouvernés ou des gouvernants. La différenciation politique est une forme de division du travail, une loi sociale affectant toutes les formes de société à divers degrés d'intensité et s'imposant avec une nécessité d'airain à l'ensemble des membres du corps social<sup>658</sup>. Cette conception de l'origine de l'Etat permet à Duguit de se distancier nettement de la notion de contrat social. L'origine de l'Etat ne pourrait être située dans le contrat puisque cela impliquerait que celui-ci trouverait son fondement dans un accord entre individus. Cela reviendrait à accorder le primat de l'individu sur la société en affirmant qu'un fait social pourrait s'appréhender par son versant individuel, ce que l'approche sociologique héritée de Durkheim proscrit<sup>659</sup>.

---

<sup>654</sup> Duguit (1928), p. 46.

<sup>655</sup> Duguit (1927), p. 537.

<sup>656</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3

<sup>657</sup> Durkheim (2010), p. 109.

<sup>658</sup> Telle est la position de Durkheim dans son ouvrage *De la division du travail social*. Cf. Durkheim (2013), p. 178 s. Sur l'influence des travaux de Durkheim relatifs à la division du travail sur l'œuvre de Duguit, cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.

<sup>659</sup> Dans un article publié à titre posthume, Durkheim développe une critique du Contrat social de Rousseau à l'aide de cet argument, tout en soulignant que l'œuvre de Rousseau ne peut se réduire à un tel atomisme. Cf. Durkheim (1918), p. 13-15.

En second lieu, l'assimilation de l'Etat à un fait social permet à Duguit de se positionner dans la querelle des méthodes qui agite la théorie de l'Etat de son temps. Le juriste français entend s'élever contre le dualisme méthodologique qui consiste à prétendre que l'Etat pourrait s'appréhender à la fois comme un phénomène social si l'on adopte les catégories des sciences causales comme la sociologie ou comme un phénomène juridique si l'on conçoit l'Etat à l'aide des catégories des sciences normatives comme l'est la science du droit<sup>660</sup>. Duguit dénonce ce dualisme chez Jellinek qui entend rendre complémentaires le concept social et le concept juridique de l'Etat<sup>661</sup>, comme il critique l'entreprise de Kelsen visant à les rendre incompatibles<sup>662</sup>. La méthode de Duguit est résolument moniste et se bâtit sur le dialogue constant de l'ensemble des sciences sociales, du droit et de la sociologie en particulier<sup>663</sup>. C'est pour cela qu'il écrit que « *sans doute toutes les sciences sociales se pénètrent intimement, ou plutôt il n'y a qu'une science sociale, et les distinctions faites sont toutes arbitraires ; elles ne sont que des classifications, rendues nécessaires par l'insuffisance de l'esprit humain. C'est pourquoi nous avons repoussé les doctrines, qui tendent à séparer complètement les caractères politiques, économiques et juridiques de l'Etat* »<sup>664</sup>. A partir des données fournies par l'observation sociologique, l'Etat apparaît de façon univoque comme un fait irréductible de différenciation entre gouvernants et gouvernés. Afin de saisir tout ce qui oppose Duguit aux principaux théoriciens de la personnalité juridique de l'Etat, nous pensons ici avant tout à Jellinek et Carré de Malberg, il est important de retenir que Duguit est à mille lieux de concevoir l'Etat comme un concept juridique dont la positivité s'établirait sur la base de l'examen des normes du droit positif instituant des organes chargés d'exprimer la volonté dominatrice d'une personnalité abstraite. Dans cette conception, le fait de savoir si les individus élevés en organes de l'Etat ont *effectivement* le pouvoir d'imposer leur volonté importe peu. En revanche, pour Duguit, l'existence de l'« Etat » est attestée dès lors que le phénomène de différenciation entre gouvernants et gouvernés a acquis une effectivité factuelle. Il y a donc une opposition claire entre une conception proprement juridique de l'Etat et une acception où le fait l'emporte sur la norme de droit positif.

---

<sup>660</sup> Duguit (1927), p. 538.

<sup>661</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.1

<sup>662</sup> Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, J.C.B Mohr, 1922.

<sup>663</sup> Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II.

<sup>664</sup> Duguit (2003), p. 259. Duguit admet que l'on ne peut parler du caractère juridique ou social de l'Etat que s'il l'on entend par là l'analyse des différentes modalités de l'action des gouvernants, selon qu'ils interviennent dans le domaine du droit ou dans les affaires d'ordre économique-social.

## 2. L'Etat comme personne juridique

Dans la première partie de notre thèse, nous avons dressé la généalogie des différentes conceptions juridiques de l'Etat en Allemagne et en France entre 1870 et 1918. Il en est notamment ressorti que la notion de puissance publique possède la même armature logique que le droit subjectif. La puissance publique n'est rien d'autre qu'une puissance de contraindre, soit le pouvoir d'une volonté de s'imposer à une autre volonté. Une telle volonté est nécessairement l'attribut d'une personne juridique dont l'unique qualité s'exprime dans sa faculté de volonté. Dans cette première partie, nous avons vu apparaître, au sein des débats doctrinaux, trois titulaires possibles de la puissance publique. Celles-ci peuvent être divisées en deux tendances diamétralement opposées. La première est représentée par le courant que nous avons appelé « réaliste »<sup>665</sup> et se caractérise par la négation du concept de personnalité juridique de l'Etat. Pour les auteurs rattachés à ce courant, l'Etat est un *fait* de puissance (Rudolf von Jhering) et le titulaire du pouvoir souverain est toujours un individu ou un groupe d'individus concrets (*Herrscher*) et non une abstraction juridique (Max von Seydel).

Le second courant fonde son système sur la personnalité juridique de l'Etat. En Allemagne, la théorie pandectiste incline différents auteurs à faire de l'Etat comme personne juridique la condition première de la science du droit public. L'attribution de la personnalité juridique à l'Etat est, d'un point de vue logique, la condition permettant de l'ériger en sujet de volonté et donc en sujet de droit. Il est ainsi possible de comprendre pourquoi les publicistes allemands comme Gerber et Jellinek ont estimé que la personnalité juridique de l'Etat constituait, en quelque sorte, le « bouclage » du système du droit public<sup>666</sup>. En France, les auteurs étudiés souscrivent également à la théorie de la personnalité juridique de l'Etat telle qu'elle s'est développée en Allemagne en y ajoutant cependant un élément de taille. La doctrine publiciste française – représentée en première ligne par Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg – présente l'Etat comme un mécanisme de personnification juridique de la *nation*, une notion qui demeure partiellement inconnue de la doctrine allemande<sup>667</sup>.

Léon Duguit s'évertue à passer au crible de son réalisme les trois doctrines précitées. Il rejette en intégralité l'ensemble des doctrines basées sur la personnalité juridique de l'Etat (cf. *infra*, 2.1-3.2). Le juriste français entend démontrer que les notions développées par la doctrine publiciste allemande et française sont autant de fictions qui ne résistent pas à l'analyse des faits. S'il loue le versant négatif de la théorie patrimoniale de l'Etat pour son économie de la notion de personnalité juridique, il en rejette les affirmations positives dans la mesure où elles aboutissent à faire de la souveraineté un

---

<sup>665</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II.

<sup>666</sup> Jouanjan (2005), p. 244 ; cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I.

<sup>667</sup> cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, Titre I, III.

droit subjectif et se révèlent inaptes à fonder une limite juridique cohérente au pouvoir de l'Etat (cf. *infra*, 4).

### 2.1 La critique générale de la personnalité juridique

La critique que Duguit oppose à la personnalité juridique de l'Etat procède par paliers successifs. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit entreprend une déconstruction générale de la notion de sujet de droit. A la lecture de sa démonstration, il apparaît que la démarche du juriste français répond tout du long à la même exigence méthodologique : donner une définition du sujet de droit calquée sur la réalité directement observable et rejeter toutes les constructions théoriques qui s'en écarteraient, celles-ci étant assimilées à des *fictions*. Selon Duguit, la qualité de sujet de droit désigne « l'être soumis aux règles du droit objectif »<sup>668</sup>. En d'autres termes, le sujet de droit est le destinataire de la permission ou du commandement contenu dans la règle de droit. Duguit établit, sur cette prémisse, que seul un être doté d'une volonté consciente peut être considéré comme un sujet de droit<sup>669</sup>. En effet, seul un être doué de conscience peut saisir le commandement – qu'il s'agisse d'une obligation d'agir ou de s'abstenir – contenu dans une règle de droit et adapter son comportement en conséquence<sup>670</sup>. De plus, l'application d'une règle de droit objectif doit avoir pour condition un acte de volonté poursuivant un but déterminé par la règle de droit<sup>671</sup>. Par exemple, un homme ne peut être condamné pour meurtre – à l'aune de la règle topique dans la plupart des législations pénales – que s'il a agi *dans le but* de donner la mort et non s'il a commis un homicide dans un but de légitime défense<sup>672</sup>. Le droit ne peut s'appliquer qu'à un être capable de discernement, car seul un tel être peut avoir conscience des buts qui déterminent sa conduite. Or l'observation des faits conduit, selon Duguit, à affirmer que seul l'*individu conscient de ses actes* possède une telle volonté consciente des buts qu'elle poursuit. En conséquence, Duguit affirme « *qu'il n'y a donc de sujet de droit que l'homme individuel conscient et maître de ses actes* »<sup>673</sup> ou, selon une terminologie qui nous est plus proche, seule une personne physique capable de discernement serait sujet de droit.

<sup>668</sup> Ibid., p. 452.

<sup>669</sup> Ibid., p. 452-453.

<sup>670</sup> Ibid., p. 452.

<sup>671</sup> Ibid. : « *les lois juridiques sont des lois de but, c'est-à-dire des lois qui déterminent le but au sens large, comprenant l'objet médiat et le but proprement dit, que doivent avoir certains actes de volontés pour qu'à leur suite se produisent des effets socialement garantis* ». L'importance capitale de la notion de but dans la pensée de Duguit sera démontrée en détails plus loin. Cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I et II.

<sup>672</sup> Il faut donc demeurer attentif au fait que c'est bien le but, et non l'objet, de l'acte de volonté qui détermine la production de l'effet de droit. Dans l'exemple mentionné, les conséquences juridiques sont radicalement différentes. L'objet de l'acte est identique dans les deux cas, la mort d'un homme, mais les suites juridiques varieront considérablement selon le but poursuivi. Cf. Duguit (2003), p. 165.

<sup>673</sup> Duguit (1927), p. 453.

Une telle conception de la personnalité juridique vient heurter de plein front la tradition civiliste dominante. Le droit privé positif et la doctrine en ce domaine reconnaissent – du temps de Duguit comme aujourd'hui – la qualité de sujet de droit à des individus incapables de discernement. A l'inverse, un homme capable de discernement n'est pas nécessairement sujet de droit, à l'exemple du statut de l'esclave en droit romain. En ce sens, il a fallu admettre que la personnalité juridique n'est pas une réalité naturelle, mais une création juridique contrefactuelle. C'est l'hypothèse de la théorie de la fiction dont nous avons élaboré les contours précédemment<sup>674</sup>. La nature ontologique de la personnalité juridique a connu cependant des élaborations plus poussées. Chez Jellinek, la personnalité n'est pas une fiction, mais la synthèse d'une série de relations juridiques opérée par un processus d'abstraction intellectuelle. La personnalité, comme les autres catégories juridiques, est un produit du sujet connaissant, et donc interne à l'esprit humain<sup>675</sup>. Nous trouvons chez Raymond Saleilles (1855-1912) un mode de raisonnement similaire, appliqué non pas à la personnalité juridique de l'Etat comme c'est le cas chez Jellinek, mais à la personnalité juridique des personnes incapables de discernement. A l'instar de Jellinek, Saleilles estime que toute science, et donc la science juridique, procède par synthèse constructive<sup>676</sup>. Dans le cas particulier des personnes incapables, il faut analyser le rapport de représentation qui se noue entre un tuteur et son pupille pour saisir que la personnalité juridique comporte un élément de création intellectuelle. Il est admis que le tuteur, lorsqu'il exerce un droit de son pupille, doit l'exercer « *comme il l'eût été par celui pour lequel il intervient, en dehors de toutes considérations purement personnelles à qui [le droit] se trouve avoir été remis* »<sup>677</sup>. Pour ce faire, le tuteur doit s'identifier à la personne du pupille en ne tenant compte que de la situation personnelle du pupille, et non de ses propres intérêts, afin d'agir comme l'incapable aurait agi s'il avait eu le discernement requis. Par la pensée, le tuteur doit ainsi prêter à son pupille tous les attributs de la personnalité, dont il trouve le modèle dans la figure de l'homme capable de discernement<sup>678</sup>. La personnalité juridique de l'incapable comporte ainsi nécessairement un « *élément d'idéalisation* »<sup>679</sup> puisqu'il s'agit de se figurer l'incapable sous les aspects d'un homme doué de raison. Bien qu'il s'agisse d'une conception de l'esprit, Saleilles estime que la personnalité juridique n'est pas une fiction, mais une *réalité juridique*. Pour Saleilles, une réalité juridique implique « *un rapport qui s'établit entre une réalité extérieure et une conception de l'esprit, une conception intellectuelle et doctrinale* »<sup>680</sup>. Si l'on conçoit les incapables comme des personnes juridiques, c'est en raison de la conception moderne qui veut que tout homme possède une valeur sociale

---

<sup>674</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 1.

<sup>675</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.1.

<sup>676</sup> Saleilles (1922), p. 577.

<sup>677</sup> *Ibid.*, p. 578.

<sup>678</sup> *Ibid.*, p. 581.

<sup>679</sup> *Ibid.*, p. 578.

digne d'être protégée ; la personnalité juridique apparaît alors comme le moyen adéquat de protection, dans la mesure où « *il n'y a de personnalité juridique qu'en faveur de ceux qui ont, par eux-mêmes, une valeur sociale, c'est-à-dire à qui les autres reconnaissent, au point de vue de la vie en société, la nécessité d'avoir des droits, qu'ils exercent, pour eux-mêmes et non pour d'autres, à titre personnel et non fonctionnel* »<sup>681</sup>. Ce n'est donc pas la faculté effective de volonté, dont sont dépourvus les incapables, qui est au fondement de leur personnalité juridique, mais la valeur sociale qu'on leur reconnaît en considérant qu'ils ont des droits qu'ils peuvent opposer à autrui pour se défendre contre toute forme d'atteinte à leur dignité<sup>682</sup>. Cette démonstration renforce l'idée que la personnalité juridique n'est pas un donné de la nature mais un artefact culturel, le produit d'une convention sociale. A ce titre, Saleilles n'exclut pas totalement que la personnalité juridique soit un jour attribuée aux animaux, si une dignité analogue à celle de l'homme leur est socialement reconnue<sup>683</sup>. La conception artificialiste de la personnalité explique, aux yeux de Saleilles, pourquoi la qualité de sujet de droit peut également être retirée à des individus lorsque la société cesse de leur reconnaître une quelconque valeur sociale<sup>684</sup>. Ce fut le cas des esclaves dans l'Antiquité romaine ou, plus proche de nous, des juifs dans l'Allemagne nazie.

Léon Duguit se montre peu sensible à ces subtiles élaborations théoriques. Le juriste français dénonce la curieuse propension de ses pairs à brandir le masque de la personnalité chaque fois qu'une situation doit être juridiquement protégée<sup>685</sup>. Pour expliquer le fait que la société protège certaines situations – la situation des personnes incapables en l'espèce – les juristes dénoncés par Duguit sont obligés d'inventer par l'esprit un droit subjectif – un pouvoir d'imposer sa volonté pour parer à toute atteinte – dont le titulaire se trouve être la personne incapable de discernement à laquelle l'on prête fictivement les traits d'un homme investi d'un pouvoir de volonté consciente<sup>686</sup>. Le programme épistémologique de Duguit réduit le réel à l'observable et la connaissance scientifique à l'observable. Au prisme de ce réalisme, il n'est pas difficile de comprendre les raisons qui poussent Duguit à repousser la théorie élaborée par Saleilles. Dans la mesure où le sujet de droit y est partiellement une création de l'esprit, la réalité ob-

<sup>680</sup> Ibid., p. 573. Saleilles précise ensuite : « *si le rapport est vraiment adéquat à la réalité de fait qu'il a en vue, s'il correspond exactement aux faits, s'il se manifeste par les données et concepts juridiques qui sont universellement admis comme expression, sur le terrain du droit, des faits extérieurs qu'ils impliquent, toutes les conditions de la réalité juridique se trouvent réunies* ».

<sup>681</sup> Ibid., p. 584.

<sup>682</sup> Ibid. Peu importe que les incapables n'exercent pas eux-mêmes leurs droits. Par convention, on admettra que les actes du tuteur valent comme si le pupille les avait lui-même accomplis.

<sup>683</sup> Ibid., p. 579. Saleilles formule cependant quelques réserves à ce propos.

<sup>684</sup> Ibid., p. 584.

<sup>685</sup> Duguit (1927), p. 468.

<sup>686</sup> Ibid., p. 471.

servable se voit altérer par un élément d'intellectualité. Saleilles se trouve dès lors incapable de construire sa théorie avec les données que lui fournit la seule observation des faits et rompt avec les stricts critères de scientificité posés par Duguit. Le recours à des fictions de l'esprit amène ainsi Duguit à qualifier sommairement la doctrine de son collègue de « *fatras métaphysique* »<sup>687</sup>.

Duguit ne nie pas la nécessité de protéger les intérêts moraux et patrimoniaux des personnes incapables de discernement. Il conteste en revanche tout recours aux fictions ou aux créations intellectuelles dans l'élaboration de la protection juridique des intérêts des personnes incapables. Pour comprendre la démarche de Duguit, il faut conserver en mémoire qu'il n'existerait qu'une seule acception réaliste du sujet de droit qui consiste à n'admettre que l'homme individuel doué de raison au rang de sujet de droit, car seul lui est en mesure de saisir les commandements contenus dans les règles de droit. Preuve en est, selon lui, que lorsqu'une règle de droit est violée par un incapable, la responsabilité civile ou pénale de celui-ci n'est pas engagée et qu'aucune voie de droit répressive ou réparatrice n'est ouverte contre la personne incapable de discernement<sup>688</sup>. Les incapables ne sont donc en aucun cas les destinataires des règles du droit objectif. En revanche, les esclaves étaient, en droit romain, destinataires directs de plusieurs règles de droit. L'esclave avait notamment une responsabilité pénale avérée et pouvait nouer de rapports de droit de manière autonome<sup>689</sup>. Bien qu'il fût juridiquement considéré comme un objet par le droit romain, l'esclave possédait objectivement certains attributs de la personnalité juridique<sup>690</sup>.

A la suite de cette première démonstration, Duguit révèle que les règles de droit qui protègent les intérêts moraux et patrimoniaux des incapables ne font pas naître des droits subjectifs dont ceux-ci seraient les titulaires. L'interprétation conforme à la réalité observable doit plutôt amener à concevoir de telles règles comme « *une série de défenses qui sont adressées aux autres hommes de faire quoi que ce soit qui puisse léser les intérêts moraux ou matériels de l'individu privé de raison* »<sup>691</sup>. Le destinataire de toute règle protégeant les intérêts des personnes incapables est toujours un homme doué de raison, en mesure de saisir l'injonction contenue dans la règle de

---

<sup>687</sup> Ibid., p. 469.

<sup>688</sup> Duguit (1927), p. 471-472.

<sup>689</sup> Pahud (2013), p. 143.

<sup>690</sup> Duguit subit ici l'influence du *Manuel élémentaire de droit romain* (1<sup>re</sup> édition : 1895) de Paul Frédéric Girard qui marqua son époque par l'attention particulière de son auteur à l'évolution du droit romain à travers l'histoire. Sur l'esclavage, Girard affirme que si le statut juridique de l'esclave était bien celui d'un objet, la qualité d'être humain doué de raison des esclaves avait conduit à leur reconnaître certains attributs de la personnalité. Dès avant la fin de la République puis sous l'Empire, la personnalité de l'esclave fut tacitement reconnue dans la sphère du droit du patrimoine, du droit des personnes et du droit des actions. Cf. Girard (2003), p. 103-110. Cf. Duguit (1927), p. 460-461.

<sup>691</sup> Ibid., p. 472-473.

droit. En ce sens, l'incapable n'est pas plus sujet de droit que l'animal protégé contre les mauvais traitements !<sup>692</sup> Enfin, Duguit achève sa déconstruction de la personnalité juridique des incapables en dénonçant la fiction à l'œuvre dans le principe de représentation. Selon Duguit, le principe de représentation implique une confusion des volontés. Lorsque le tuteur accomplit un acte en faveur de son pupille, on admet, dans la doctrine civiliste traditionnelle, que la « *volonté potentielle de l'inconscient est représentée par la volonté active de son tuteur* »<sup>693</sup>. En somme, on est porté à admettre que l'incapable exerce son droit *propre* par la médiation de son tuteur. L'acte juridique réalisé par le tuteur sera reçu, en droit, comme s'il émanait de la volonté propre de la personne incapable de discernement<sup>694</sup>. Duguit combat cette conception du principe de représentation car elle se baserait sur une idée fautive. L'exercice d'un droit dont les effets profitent à un tiers ne revient en rien à exercer le droit de celui-ci. Si l'on admet la définition du droit comme pouvoir de la volonté, il est possible d'exercer un droit au profit d'une personne tierce mais l'on ne peut exercer le droit d'une autre personne, car cela reviendrait à vouloir à la place de cette personne<sup>695</sup>. La volonté est une faculté essentielle de la personne individuelle ; elle en est inséparable comme les autres facultés essentielles de la personne humaine. En effet, on ne peut pas plus aliéner sa volonté que l'on ne peut se départir de sa vue ou de son odorat au profit d'autrui. Une personne qui exerce un droit dont les effets profitent à une autre personne est donc toujours réputée exercer son droit propre<sup>696</sup>. Si l'on admet que les personnes incapables de discernement ont des droits propres, on devrait également admettre qu'elles possèdent un pouvoir de volonté. Une telle hypothèse entre manifestement en contradiction avec les faits observables. Le pouvoir de volonté des personnes incapables ne peut dès lors être que le fruit d'une fiction légale – établie à la faveur du principe de représentation – ou d'une « réalité » juridique que Duguit réduit sans scrupules au rang de fantômes métaphysiques, indignes d'une science rigoureuse basée sur les faits observables. Duguit estime que la source de cette conception erronée réside dans une mauvaise compréhension de la logique de fonctionnement du droit. Le

<sup>692</sup> Ibid.

<sup>693</sup> Ibid., p. 474.

<sup>694</sup> Ibid., p. 475.

<sup>695</sup> La conception du droit subjectif de Michoud et surtout de Jhering, qui définit le droit subjectif comme intérêt juridiquement protégé, est ici visée au même titre puisque l'exercice du droit nécessite toujours une volonté pour l'exercer.

<sup>696</sup> Duguit (2005), p. 8 : « *Celui qu'on dit agir pour un autre ou représenter un autre, n'exerce point le droit d'un autre ; car ce qu'on appelle un droit ne peut être qu'un pouvoir de vouloir [...] On peut vouloir telle chose, soit au profit de soi-même, soit au profit d'un autre. On veut ou on ne veut pas ; mais on ne peut vouloir comme si un autre voulait. On ne peut exercer le droit d'un autre, puisque ce serait exercer le pouvoir de vouloir de cet autre. Quand on veut légitimement, on exerce toujours son droit propre, car on manifeste sa volonté, non la volonté d'un autre, et l'exercice d'un droit est toujours une manifestation de volonté. L'idée de représentation est donc fautive en soi, puisqu'elle a pour point de départ une chose fautive* ».

système que Duguit combat développe une vision *subjectiviste* du droit, où l'on postule que c'est la volonté du sujet qui produit l'effet de droit d'un acte juridique. Selon le juriste français, cela signifierait « *que toutes les fois qu'à la suite d'un acte juridique certaines conséquences se produisent à l'égard d'un être partie à cet acte, c'est que cet être est sujet de droit subjectif et titulaire de certains droits* »<sup>697</sup>. En ce sens, le droit subjectif conçu comme un pouvoir de volonté doit être plus précisément compris comme un pouvoir de production juridique<sup>698</sup>.

Si l'on veut saisir avec acuité la critique de Duguit, il faut prendre la mesure du renversement de paradigme qu'il propose. Dans le système duguiste, la volonté individuelle est impuissante à créer par elle-même un effet de droit<sup>699</sup> ; celui-ci est toujours déclenché par la règle de droit. La conception du Doyen de Bordeaux est donc essentiellement *objectiviste*. La volonté d'un sujet n'est pas productrice de droit ; une déclaration de volonté n'est qu'un fait auquel une règle du droit objectif attache certaines conséquences juridiques déterminées. La règle de droit crée l'effet juridique lorsqu'une déclaration de volonté est conforme aux principes qu'elle pose. Ainsi, une déclaration de volonté faite par un individu sain d'esprit dont l'objet et le but visent à protéger ou servir les intérêts d'un individu dépourvu de raison déploiera des effets juridiques *uniquement si* une règle de droit attache des effets juridiques à toute déclaration de volonté ayant pour objet et but de protéger de tels intérêts<sup>700</sup>. Il n'est plus nécessaire de concevoir spéculativement une volonté potentielle à la personne incapable que le tuteur aurait pour fonction de représenter afin de déclencher un effet de droit en faveur de son pupille. Il suffit d'admettre que si l'acte de volonté du tuteur est conforme, quant à son objet et à son but, à la règle de droit qui permet à un individu capable de discernement d'accomplir des actes juridiques au profit d'une personne dénuée de raison, l'effet de droit se produira. La seule personne à laquelle s'adresse la règle est donc le tuteur, individu capable de discernement ce qui achève de démontrer « *qu'il ne peut y avoir que des sujets de droit objectif et que les êtres qui, comme l'infans et le dément, étant dépourvus de volonté consciente, ne peuvent pas être des sujets de droit objectif, ne sont pas des sujets de droit du tout* »<sup>701</sup>.

## 2.2 La personnalité juridique des associations

Dans sa critique générale du sujet de droit, Léon Duguit prête une attention particulière à la personnalité juridique des associations puisqu'il s'agit du préliminaire nécessaire à sa critique de l'Etat comme personne morale. L'argument majeur consiste à démontrer l'impossibilité d'ériger une association en sujet de droit, en raison des impasses

---

<sup>697</sup> Ibid.

<sup>698</sup> Duguit (1927), p. 474.

<sup>699</sup> Ibid. ; cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>700</sup> Ibid., p. 476.

<sup>701</sup> Ibid., p. 477

épistémologiques et des non-dits politiques que les diverses théorisations de la personnalité juridique des associations portent en elles. Le terme d'association est ici à comprendre dans un sens large, puisque Duguit vise « *tout groupement formé en vue d'un but commun, que ce groupement se soit constitué spontanément, automatiquement, à une époque indéterminée, ou qu'il soit formé volontairement, consciemment, par un certain nombre d'individus à un moment précis* »<sup>702</sup>. Une telle définition englobe ainsi tant les personnes morales de droit privé que les corporations de droit public, dont l'Etat.

L'érection de tels groupements au rang de sujet de droit apparaît, là aussi, problématique au regard de la définition du droit subjectif comme pouvoir de la volonté. En effet, seul un être doué de conscience est capable de posséder une volonté autonome. À ce titre, seul l'être humain pourrait devenir un sujet de droit (objectif), comme nous venons de le voir. En étudiant la généalogie du concept de droit subjectif chez les pandectistes, nous avons vu que cette position individualiste était défendue par ces auteurs qui entendaient résoudre le dilemme de la personnalité juridique des associations par un recours à une théorie de la fiction : la personnalité juridique des associations est une création propre au droit qui octroie une qualité propre à l'homme, la volonté, à une entité qui ne possède en réalité aucune existence positive dans le monde factuel. En effet, seules des manifestations de volonté individuelles peuvent faire l'objet d'une observation immédiate. C'est ainsi que la qualité de sujet de droit peut être attribuée aux associations qui seront ainsi douées, de droit et non de fait, d'une volonté autonome. L'existence de l'association est ainsi purement fictive, puisqu'il ne s'agit que d'un artifice de la technique juridique<sup>703</sup>. La conciliation du postulat individualiste de la théorie de la fiction et de la nécessité de reconnaître une réalité aussi élémentaire que le fait associatif amène les partisans d'une telle conception à se détacher de la réalité observable et à lui substituer une réalité juridique qui permet un tel accommodement<sup>704</sup>. Maintenant que nous nous sommes familiarisés avec la méthodologie comtienne adoptée par Duguit<sup>705</sup>, il nous est aisé de comprendre l'un des motifs du refus de la théorie de la fiction par le doyen de Bordeaux. La théorie de la fiction est contrainte de modifier les données fournies par l'observation pour que la réalité empirique cadre avec son postulat individualiste. Partant, si une théorie est contraire à la réalité, elle est réputée fautive et son caractère scientifique doit lui être dénié<sup>706</sup>.

<sup>702</sup> Ibid., p. 481-482.

<sup>703</sup> Duguit (1927), p. 484.

<sup>704</sup> Duguit range également Jhering parmi les partisans de la théorie de la fiction, dans la mesure où la protection de l'intérêt collectif exige aussi chez le juriste allemand la création fictive d'une personne juridique afin que cet intérêt soit juridiquement protégé. Cf. Ibid., p. 500-501.

<sup>705</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>706</sup> Duguit (1927), p. 504-507.

L'élévation de l'intérêt au rang d'élément essentiel du droit subjectif – et donc de la personnalité juridique – ne résout pas non plus de manière satisfaisante l'épineux problème de la personnalité des associations. Si l'on détermine que le sujet de droit est la personne qui profite du droit, dont l'intérêt est servi par l'exercice d'un droit subjectif, alors il devient malaisé de concevoir comment l'association pourrait être un sujet de droit. Le fondateur de la doctrine de l'intérêt, Rudolf von Jhering n'a par ailleurs pas manqué d'apercevoir le problème. A titre de postulat, Jhering pose que tout droit existe pour assurer à l'homme un avantage ou une utilité, pour satisfaire l'un de ses besoins ou pour servir ses intérêts. En somme, l'homme est l'unique destinataire de tout droit<sup>707</sup>. En ce sens, le but du droit d'association est toujours de servir l'intérêt de ses membres isolés<sup>708</sup>. L'association, en tant que personne juridique abstraite, n'a pas d'intérêts ou de buts propres ; elle incapable de jouir comme telle<sup>709</sup>. L'intérêt corporatif ne peut dès lors s'analyser que comme une somme d'intérêts individuels. Si les seuls intérêts existants sont les intérêts des membres isolés, alors seuls ceux-ci sont sujets de droit<sup>710</sup>. Pourtant, Jhering admet que l'association est également un sujet de droit. Le juriste allemand reconnaît que l'association n'est qu'un être artificiel mais il justifie cette création par un besoin pratique impérieux. En effet, les rapports juridiques entre une association et un tiers exigent que ce dernier puisse diriger ses actions contre un sujet de droit précis<sup>711</sup>. Si une association n'avait point de personnalité juridique, un tiers souhaitant intenter une action contre elle se trouverait bien emprunté au moment de déterminer la personne intimée. Peu au fait des rapports internes de l'association et des partages de responsabilité en son sein, le tiers ignore fatalement jusqu'à quel point il peut mettre en cause tel ou tel associé, si bien que « *la demande la plus légitime, la prétention la plus incontestable pourra venir échouer devant un pareil écueil, si l'on ne trouve pas le moyen de tourner le danger* »<sup>712</sup>. Pour simplifier le commerce juridique des associations avec d'autres sujets de droit, le juriste est contraint de procéder par « *simplification analytique* »<sup>713</sup>. La personnalité juridique de l'association est donc un procédé de technique juridique, qui consiste à créer un être purement artificiel pour répondre à une nécessité pratique. Jhering précise que cet être juridique n'est rien d'autre qu'un « *masque* »<sup>714</sup> – allusion certaine à l'origine étymologique du mot personne<sup>715</sup> – qui consiste en un « *mécanisme qui sert de véhi-*

---

<sup>707</sup> Jhering (1888), p. 328-329.

<sup>708</sup> Ibid., p. 342.

<sup>709</sup> Ibid., p. 342-343.

<sup>710</sup> Ibid., p. 343 : « *Les véritables sujets de droit, ce ne sont point les personnes juridiques, comme telles, ce sont leurs membres isolés* ».

<sup>711</sup> Ibid., p. 214.

<sup>712</sup> Ibid.

<sup>713</sup> Ibid., p. 215.

<sup>714</sup> Ibid.

<sup>715</sup> Le mot personne dérive du latin *persona*, qui désigne le masque porté par les acteurs dans les tragédies antiques.

*cule aux relations de la communauté avec l'extérieur*<sup>716</sup>. Cette personne artificielle inventée par la raison juridique n'est donc qu'un mandataire des membres de l'association ; elle n'exerce aucun droit propre mais représente les droits des associés, qui demeurent les sujets de droit véritables puisque seuls eux sont en mesure de profiter des actes de l'association<sup>717</sup>. L'association n'est pas réellement un sujet de droit mais on feint de l'admettre pour simplifier le commerce juridique d'un groupe d'hommes mus par des intérêts communs avec des tiers. La personnalité juridique de l'association est donc une fiction, soit un « *mensonge technique consacré par la nécessité* »<sup>718</sup>. Duguit s'empresse de relever la contradiction à l'œuvre dans l'élaboration dogmatique de Jhering. Le juriste allemand affirme que seul l'homme individuel est sujet de droit mais il convient de faire comme si ce n'était pas le cas<sup>719</sup>. Pour que la pluralité soit traitée artificiellement comme une unité, il faut, comme chez Savigny, que « *le droit positif intervienne pour créer une fiction* »<sup>720</sup>. Aux yeux de Duguit, l'élaboration de Jhering présente une facture similaire à celle des pandectistes, en ce qu'elle est obligée d'oblitérer la réalité empirique de fictions afin que les faits observables se conforment à certaines prénotions. Le préjugé consiste à voir derrière toute situation protégée par une règle de droit l'existence d'un droit subjectif et d'un sujet de droit<sup>721</sup>. Que l'on définisse le droit subjectif par la faculté de vouloir ou par la faculté de nourrir des intérêts, la réalité observable n'offre que l'homme individuel comme titulaire de ces deux facultés. Dès lors que l'on cherche à protéger une situation qui ne vise pas seulement l'individu, mais concerne un groupe d'individu, l'on est forcé de prêter ces facultés à un être imaginaire créé pour l'occasion. Les diverses théories relatives au droit subjectif ou à la personnalité juridique sont ainsi condamnées à élaborer des fictions dès lors qu'elles appréhendent une autre situation que celle de l'individu doué de raison<sup>722</sup>. Nous pouvons, à ce stade de notre analyse, mesurer toute l'étendue de l'influence exercée par l'épistémologie d'Auguste Comte sur les fondements de la critique duguiste de la personnalité juridique. Duguit semble avoir particulièrement retenu l'exigence comtienne selon laquelle le savoir positif doit faire l'économie de fictions. De même que le philosophe français reproche aux savoirs élaborés durant l'état théologique et l'état métaphysique d'avoir postulé l'existence chimérique d'êtres surnaturels ou de principes abstraits derrière tout phénomène, Duguit perçoit

<sup>716</sup> Jhering (1888), p. 215.

<sup>717</sup> Ibid. p. 215 et p. 343.

<sup>718</sup> Il s'agit là de la définition que propose Jhering de la fiction. Cf. Ibid., p. 296 et 299 pour le cas de la corporation.

<sup>719</sup> Duguit (1927), p. 501.

<sup>720</sup> Ibid.

<sup>721</sup> Ibid., p. 468.

<sup>722</sup> En effet, la personnalité juridique des personnes incapables de discernement est tout aussi fictive, aux yeux de Duguit, que celle que l'on prête aux associations. Cf. nos considérations précédentes, *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

une faiblesse structurelle similaire dans la construction théorique de la personnalité juridique. Incapables de proposer une explication conforme aux faits de certains phénomènes comme la protection juridique des personnes incapables et des associations, les auteurs critiqués par Duguit créent de toute pièce des sujets de droit imaginaire en affirmant qu'un tel accommodement avec la réalité est dicté par la nécessité. Selon Duguit, le recours aux fictions trahit plus une erreur dans leur conception du droit, entièrement subjectiviste, à laquelle Duguit cherche à substituer une doctrine purement objective.

Cela étant, l'artificialité de la personnalité juridique d'une association n'est pas le seul point qui suscite les protestations du juriste bordelais. À la polémique scientifique s'ajoute une critique politique. En effet, l'unité de la personne juridique nécessite l'intervention discrétionnaire du législateur positif afin de décider que la pluralité soit traitée comme une unité, dans la mesure où seule une fiction juridique permet d'octroyer une volonté distincte à l'association afin que celle-ci représente la pluralité des membres dans des rapports de droit. La capacité juridique des associations est ainsi toujours suspendue à la volonté de l'Etat qui peut décider à tout instant de défaire ce qu'il a fait. Duguit relève qu'une telle conception peut servir les menées de législateurs autoritaires et constitue ainsi une menace pour la liberté d'association<sup>723</sup>. Duguit critique sur cette base la théorie de la personnalité morale des associations développées par Léon Michoud. En reprenant à son compte la théorie du droit subjectif comme intérêt juridiquement protégé, le juriste grenoblois opère la distinction entre l'élément lié à l'intérêt et l'élément lié à la volonté qui forment la nature duale du droit subjectif. Ainsi, si l'intérêt de l'association est collectif, sa défense ou sa représentation – qui nécessite une manifestation de volonté – peut être déléguée à un individu<sup>724</sup>. Duguit loue les mérites théoriques d'une telle construction, car elle possède l'avantage d'éviter l'épineuse conceptualisation d'une volonté collective de l'association. En revanche, le rapport de représentation qu'elle instaure demeure tributaire de l'intervention du législateur et n'échappe ainsi pas à la volonté de l'Etat<sup>725</sup>.

En fin de compte, seule la théorie de la corporation de Gierke échappe au recours à une théorie impliquant une intervention du législateur pour penser l'existence des personnes morales. Cependant, le juriste allemand reconnaît aux corporations un pouvoir de vouloir et d'agir consciemment qui préexiste au droit<sup>726</sup>. La réalité immédiate de l'existence d'une personne collective ne pouvant être appréhendée par l'observation, la théorie de Gierke est balayée sommairement par Duguit, le juriste français la quali-

---

<sup>723</sup> Ibid., p. 485 ; ce reproche avait déjà été adressé aux pandectistes par Gierke. Cf. Black (1990), p. XVII.

<sup>724</sup> Michoud (1924), p. 103 ; cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, III, 2.1.2.

<sup>725</sup> Duguit (1927), p. 509.

<sup>726</sup> Une position qui suscita une controverse doctrinale avec Laband. Cf. Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

fiant de simple « *vue de l'esprit* »<sup>727</sup>. Fidèle au cadre épistémologique qu'il s'est fixé, Duguit relève qu'une telle conception est l'apanage d'une pensée d'ordre métaphysique, qui imagine une substance fixe là où il n'y a qu'un faisceau convergent de volontés individuelles. Le juriste bordelais y voit là une constante de l'esprit humain, qui consiste à expliquer des choses qu'il voit par des entités métaphysiques qu'il ne voit pas. L'observation permet de constater des sommes de volontés individuelles, mais jamais de volonté collective où celle-ci pourrait être rattachée à une personne collective séparée des individus concrets qui la constituent. Sur ce point, la position de Duguit peut être rapprochée de l'individualisme des pandectistes, en ce qu'il ne reconnaît de volonté consciente qu'aux individus<sup>728</sup>.

### 3. Le problème de l'Etat-personne

#### 3.1 La théorie « allemande » de l'Etat-personne

##### 3.1.1 La théorie de la fiction, de l'abstraction et de la réalité de la personnalité juridique de l'Etat

Après avoir développé cette critique générale de la personnalité juridique des associations, Duguit dispose d'une base solide pour entreprendre la déconstruction de la doctrine concevant l'Etat comme une personne morale, l'adversaire principal de son œuvre de constitutionnaliste. Il ne lui restera dès lors plus qu'à reformuler cette critique générale de la personnalité juridique des associations, en soulignant les problèmes spécifiques qui émergent lorsqu'elle est appliquée à l'Etat. Le but principal du juriste bordelais est de démontrer le caractère *métaphysique* de l'ensemble de ces doctrines, pour mieux leur opposer son modèle réaliste par la suite. Pour ce faire, la méthodologie adoptée par Duguit consistera à confronter la théorie de la personnalité juridique de l'Etat à une série de faits observables qui ne peuvent être conciliés avec cette dernière. Ainsi, le caractère littéralement *méta*-physique de cette doctrine sera démontré<sup>729</sup>.

A cette fin, il nous faut passer en revue les différentes conceptions du statut ontologique de cette notion car elles ne se voient pas toutes opposés les mêmes arguments de réfutation. En premier lieu, Duguit reprend à Michoud la démonstration selon laquelle la théorie de la fiction ne peut nullement s'appliquer à la personnalité juridique de l'Etat. Si celle-ci nécessite une action préalable de l'Etat, cela signifie que ce dernier doit créer par le droit – en principe la Constitution – cet élément nécessaire à son existence juridique, et ce avant même d'exister. Pour reprendre les termes exacts de Michoud, l'Etat, auteur de la fiction, ne peut pas être engendré par elle !<sup>730</sup> Force est

<sup>727</sup> Duguit (1927), p. 489.

<sup>728</sup> Ibid., p. 524,

<sup>729</sup> Rappelons que Duguit qualifie de métaphysique toute construction théorique qui s'éloigne de la réalité observable. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

alors de constater que la théorie de la fiction est logiquement intenable lorsque nous l'appliquons à l'Etat. Elle ne constitue donc qu'un « *cercle vicieux dont il est impossible de sortir* »<sup>731</sup>.

Sur la base d'une réfutation de la théorie de la fiction, Jellinek a développé quant à lui la théorie de l'abstraction. La personnalité de l'Etat n'est pas une fiction mais une synthèse opérée par le sujet connaissant lui permettant de concevoir un groupe d'hommes mû par des buts communs – fait empirique à la base du phénomène étatique – sous la forme d'une unité capable d'agir juridiquement pour la défense et la préservation des buts de la collectivité<sup>732</sup>. L'Etat conçu comme une personne ne répond donc pas à une réalité extérieure objectivement perceptible mais consiste en un construit opéré par un processus de connaissance interne à l'esprit humain. Une telle construction théorique ne pouvait que susciter une vive opposition chez Duguit. Si un élément ne peut faire l'objet d'une observation directe, alors il est réputé fictif et ne constitue en rien un objet de science<sup>733</sup>. Duguit réduit ainsi son collègue allemand à un énième partisan de la théorie de la fiction. Incapable d'élaborer une théorie du droit public sur la seule base des faits observables, Jellinek s'enfermerait dans un monde de « *fantômes métaphysiques* »<sup>734</sup> en créant la notion de réalité juridique pour rendre compte de sa conception de la personnalité juridique. Le caractère fictif de la conception de l'Etat de Jellinek serait attesté, selon Duguit, par la théorie des organes de l'Etat du juriste de Heidelberg. Pour que l'Etat puisse déployer sa volonté dans le monde empirique, il doit agir pas l'entremise d'individus qui auront pour fonction, *dans les faits*, d'exprimer la volonté de l'Etat. Selon l'aveu même de Jellinek, l'Etat ne peut pas exister sans ses organes<sup>735</sup>. Cela signifie que l'Etat n'existe aucunement dans la réalité, celle-ci n'offrant à l'observateur que l'individualité concrète des gouvernants. Dans la conception de la science du droit de Duguit, il faut se tenir aux faits observables et tenter d'en saisir la logique d'apparition et de fonctionnement. La science du droit est empirique et doit trouver son objet d'étude dans la réalité extérieure et non dans l'esprit humain<sup>736</sup>. Jellinek s'écarte manifestement de cet impératif puisqu'il concevrait une hypostase dénuée de toute réalité positive pour expliquer le phénomène de force que représente la distinction entre gouvernants et gouvernés<sup>737</sup>. L'hypostase en question n'est cependant

---

<sup>730</sup> Michoud (1911), p. 495. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 2.1.1.

<sup>731</sup> Duguit (1927), p. 620.

<sup>732</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3 et 4.4.

<sup>733</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>734</sup> Duguit (2003), p. 241.

<sup>735</sup> Nous nous permettons de rappeler la citation : « *L'Etat ne peut exister que par le moyen de son organe ; si par la pensée on supprime l'organe, il ne faut point dire qu'il reste un Etat, support de l'organe ; c'est le néant juridique* ». Cf. Jellinek (2005a), p. 248.

<sup>736</sup> Duguit (2003), p. 5 n. 2 : « *Singulière science que celle qui a pour objet des notions qui ne correspondent à aucune réalité extérieure* ».

<sup>737</sup> *Ibid.*, p. 240.

pas une substance existant en soi dans la réalité empirique, mais – nous l’avons vu – la synthèse subjective de certains phénomènes observables. L’opposition de Duguit à Jellinek tient essentiellement dans ce refus du subjectivisme méthodologique qui traverse toute l’œuvre du Doyen de Bordeaux, partisan d’un objectivisme radical<sup>738</sup>.

Cependant, Duguit semble ignorer que la force de la théorie de l’abstraction de Jellinek réside précisément dans son économie de toute fiction<sup>739</sup>. L’abstraction s’appuie sur des faits objectivement observables. Elle possède donc une base empirique et se construit sur le mode de l’induction. L’Etat n’est que la généralisation des actes des gouvernants – actes d’individus constatables sur un plan empirique – qui sont synthétisés sous une notion unitaire à raison de leur but commun. L’Etat comme personne juridique est bien un concept abstrait, mais construit *a posteriori*, et non pas posé *a priori* de toute expérience. Or Duguit admet comme scientifiquement valables les concepts dérivés d’une base empirique observable<sup>740</sup>. A l’évidence, ce point constitue une occasion de rencontre manquée entre le réalisme de Duguit et l’épistémologie de Jellinek.

La science juridique procède par synthèses, réunissant certains phénomènes empiriques sous un concept unitaire. Tout travail scientifique ne peut se contenter de produire le calque des phénomènes tels qu’ils apparaissent aux sens. A cet égard, toute science de l’esprit ordonne les relations entre les phénomènes selon la table de ses catégories fondamentales. En ce sens, aucune science – la science juridique comme les autres – ne peut faire l’économie d’une certaine dose d’abstraction<sup>741</sup>. La musicologie regroupe une certaine succession de sons sous le concept de « symphonie » au même titre que la science du droit ordonne les relations entre les hommes à travers des constructions théoriques qui donneront autant de droits subjectifs et d’institutions juridiques : droit de propriété, servitude, droit d’héritage ou encore personnalité juridique<sup>742</sup>. Il n’y a donc aucune création de fictions ou d’hypostases dénuées de tout existence empirique, mais un simple travail d’ordonnement des phénomènes qui

<sup>738</sup> Voir d’un réalisme « naïf », cf. Jouanjan (2005a), p. 54.

<sup>739</sup> Ignorance feinte, car Duguit connaissait bien la théorie de l’abstraction de Jellinek, qu’il restitue sur plusieurs pages dans *L’Etat, le droit objectif et la loi positive*. Cf. Duguit (2003), p. 238-241.

<sup>740</sup> Ibid.

<sup>741</sup> Léon Michoud développera ce point à l’occasion de la critique des présupposés épistémologiques de la doctrine de Duguit : « *une théorie juridique ne peut pas ne pas abstraire, c’est de son essence même. Une théorie juridique est un produit de notre esprit, par laquelle nous cherchons à classer les faits de la vie réelle, pour déterminer à quelle règle générale ils seront soumis. Or, pour cela, nous sommes bien obligés d’employer des formules abstraites, saisissant dans les faits les caractères généraux qui les rapprochent et permettent de les grouper. Ce sont ces caractères communs qui nous fournissent les concepts juridiques, tels que ceux de personne, de droit subjectif, d’obligation, etc., sur lesquels nous opérons* ». Cf. Michoud (1924), p. 46-47. Cf. aussi Gény (1924), p. 195 s.

<sup>742</sup> Jellinek (1919), p. 14-16.

constitue la base du travail scientifique. L'empirisme et l'objectivisme intransigeants de Duguit n'auraient, de toute évidence, pas reçu l'approbation d'Auguste Comte qui passe pourtant pour l'un des principaux inspirateurs de l'épistémologie appliquée par le juriste français. Dans un texte de jeunesse rédigé en 1825, Comte affirme que l'empirisme absolu est une impossibilité scientifique. La connaissance procède nécessairement par l'entremise de formes théoriques qui permettent la coordination des phénomènes. Or ces formes ne sont pas données par la nature à l'homme qui doit ainsi créer les outils utiles à son savoir. En ce sens, une part de subjectivité intervient toujours dans la constitution d'une science<sup>743</sup>. Comme l'avait déjà formulé Kant dont Jellinek peut être considéré comme le représentant en matière d'épistémologie juridique, la science dérive de l'expérience mais uniquement à travers certaines formes que l'esprit tire de lui-même non seulement pour ordonner l'expérience mais également pour faire de celle-ci un objet de connaissance identifiable par le sujet connaissant<sup>744</sup>.

Enfin, l'hypothèse de la réalité de la personnalité juridique de l'Etat soutenue par Gierke et Preuss est écartée pour les motifs généraux développés lorsqu'il s'agissait d'analyser la personnalité juridique des associations. Une telle hypothèse repose sur l'affirmation indémontrable que l'Etat est une personne naturellement douée de conscience et de volonté. Toujours aussi expéditif, Duguit déclare qu'il s'agit là d'une hypothèse métaphysique puisque les individus sont les uniques êtres doués de conscience et de volonté objectivement observables<sup>745</sup>. Sur ce point, Duguit trouve en la personne de Georg Jellinek un allié de poids. Dans *L'Etat moderne et son droit*, le juriste allemand critique en termes sévères les théories organicistes de l'Etat auxquelles Gierke et Preuss s'adosent pour soutenir la réalité de la personnalité morale de l'Etat<sup>746</sup>. Jellinek relève, comme Duguit, que ces auteurs tombent directement dans le domaine de la métaphysique en conférant une existence objective à l'Etat conçu sur le modèle d'un organisme vivant<sup>747</sup>. Pour le juriste allemand, ce ne sont là que des « métaphores » et des « manifestations extravagantes de l'imagination individuelle »<sup>748</sup>. Les tenants d'une conception organiciste de l'Etat sont accusés de nager dans la plus totale confusion. L'unité de la personnalité de l'Etat qu'ils pensent percevoir dans le monde objectif n'existe que dans leur esprit. Cette unité n'est en fait que

---

<sup>743</sup> Cf. Auguste Comte, *Considérations philosophiques sur les sciences et les savants*, 1825. Cf. Macherey (1989), p. 22 s.

<sup>744</sup> Ibid., p. 23-24 ; Macherey rappelle ensuite les différences essentielles entre Comte et Kant. Chez le Français, les formes théoriques qui structurent la connaissance sont des variables historiques appelés à se transformer perpétuellement, tandis que l'allemand postule l'universalité et l'atemporalité des catégories *a priori* de la connaissance.

<sup>745</sup> Duguit (1927), p. 620-621.

<sup>746</sup> Jellinek (2005), p. 248 s. ; Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit opère un renvoi discret à la critique de Jellinek des conceptions organicistes. Cf. Duguit (2003), p. 2 n. 3.

<sup>747</sup> Jellinek (2005), p. 253.

<sup>748</sup> Ibid., p. 259.

la synthèse de différents faits individuels qu'opère leur conscience. Prêter à ces synthèses subjectives de l'esprit connaissant une existence empirique revient à renouer avec la notion scolastique de substance où les produits synthétiques de la connaissance humaine sont pris pour des unités dotées d'une réalité objective<sup>749</sup>.

### 3.1.2 La théorie des organes de l'Etat

Nous venons de le voir, l'écart irrémédiable entre la réalité observable et la conception de la personnalité juridique est attesté, selon Duguit, par la théorie des organes de l'Etat. Ce point mérite d'être approfondi puisqu'il permet à Duguit de démontrer l'absence de scientificité du concept de personnalité juridique de l'Etat. Rappelons les termes du problème : dans la mesure où la personnalité juridique de l'Etat – qu'elle se conçoive sur le mode de la fiction, de l'abstraction et même de la réalité<sup>750</sup> – recouvre un être collectif et abstrait, les manifestations de volonté de l'Etat doivent être portées dans la réalité positive par des individus concrets<sup>751</sup>. En ce sens, les gouvernants deviennent les *instruments* « *de vouloir et d'agir de [la] personne corporative* »<sup>752</sup>. Lorsqu'ils évoluent dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles, les gouvernants n'agissent et ne veulent pas en propre, mais c'est bien « *l'Etat qui veut et agit par eux. Il y a entre eux et l'Etat une union intime et indissoluble, aussi étroite que celle de l'homme individuel et de ses organes* »<sup>753</sup>. L'unité de l'Etat est ainsi conservée puisque toutes les manifestations de volonté des organes de l'Etat seront imputées à une personne juridique unique<sup>754</sup>.

Malgré la subtilité d'une telle construction théorique, Duguit n'est nullement convaincu de sa pertinence. Le postulat premier de la théorie des organes de l'Etat affirme que celui-ci est dénuée de toute existence empirique sans le concours de ses organes. A cela, Duguit répond que la qualité d'organe des gouvernants implique l'existence préalable de la volonté de l'Etat dont ils sont les organes. Cependant, cette

<sup>749</sup> Et Jellinek d'écrire ces lignes : « *Accorder à ces synthèses la valeur de réalités objectives, c'est passer brusquement du monde empirique dans le domaine de la métaphysique. Si, en partant de l'hypothèse organique, nous considérons l'Etat comme une unité interne, et qu'en outre nous prétendons que cette unité interne a une existence objective indépendant de notre connaissance, nous émettons, sans conteste une affirmation métaphysique. En effet, qu'on fasse comme l'on voudra, la théorie organique doit nécessairement et dans tous les cas voir dans l'organisme un être, c'est-à-dire une substance, un substrat de toutes les fonctions qui en procèdent. Mais admettre l'existence d'une substance réelle que nous désignerions du nom d'Etat ou de société, c'est rentrer dans le domaine de la croyance métaphysique [...] la personnalité organique devient une entité mystique sitôt qu'elle n'est plus employée seulement comme de simples auxiliaires servant à synthétiser des faits* ». cf. Ibid., p. 254-255.

<sup>750</sup> Gierke lui-même admettait que la personnalité juridique des corporations était investie d'un certain degré d'abstraction, Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>751</sup> Duguit (1928), p. 565.

<sup>752</sup> Duguit (2005), p. 36.

<sup>753</sup> Duguit (1928), p. 573.

<sup>754</sup> Ibid.

volonté n'existe elle-même qu'à travers ses organes. Finalement, il semble impossible de déterminer si c'est la volonté de l'Etat qui existe par ses organes ou bien ceux-ci par la volonté de l'Etat. Duguit perçoit là une contradiction logique qui obère la théorie des organes de l'Etat<sup>755</sup>. A notre sens, Duguit manifeste implicitement son refus du dualisme ontologique – formulé par Jellinek<sup>756</sup> et partiellement repris par Carré de Malberg<sup>757</sup> – que la théorie des organes de l'Etat porte en elle. Chez ces auteurs, la volonté de l'Etat *en tant que telle* existe bel et bien, mais uniquement dans la réalité juridique formée par les normes du droit constitutionnel positif. Ce dernier a une fonction de grille d'interprétation du monde phénoménal, puisqu'il permet de dire à quelles conditions la manifestation de volonté *factuelle* d'un individu doit être considérée *en droit* comme une manifestation de volonté imputable à l'Etat. Ainsi, les faits doivent s'interpréter en fonction d'une règle de droit préexistante. Telle est la conséquence épistémologique inévitable du dualisme opéré entre réalité juridique et réalité positive. Une telle conséquence se situe aux antipodes des exigences de scientificité établies par Duguit. La méthodologie préconisée par le Doyen de Bordeaux – essentiellement inductive – implique de saisir les lois objectives qui gouvernent les faits sociaux avant d'en inférer la règle de droit applicable<sup>758</sup>.

Le second reproche que Léon Duguit adresse à la théorie des organes de l'Etat lui permet de pointer du doigt le silence de la doctrine positiviste – que le juriste bordelais pare du nom sibyllin de doctrine « juridico-organique »<sup>759</sup> – face à la question du pouvoir constituant originaire. Pour les besoins de la démonstration, Duguit feint d'admettre que l'existence des organes de l'Etat dérive de la Constitution. Le pouvoir constituant est nécessairement un organe de l'Etat puisque la Constitution est un texte de droit et que, dans la doctrine positiviste, le droit émane de l'Etat. La question de Duguit est alors très simple dans sa formulation mais porteuse de lourdes questions théoriques : « *mais l'organe constituant lui-même, d'où vient-il ? Organe direct, il émane de la volonté de l'Etat ; il sera lui aussi un organe crée par un autre organe. Et ainsi de suite. Où donc trouver l'organe véritablement direct et primaire, le premier organe de création ? Je n'aperçois que des organes créés et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe vraiment créateur* »<sup>760</sup>. Nous savons que la doctrine positiviste de Jellinek<sup>761</sup> ou Carré de Malberg<sup>762</sup> a délibérément choisi d'exclure cette

---

<sup>755</sup> Ibid., p. 573-574.

<sup>756</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3.

<sup>757</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.2.2 et 3.2.3.

<sup>758</sup> Nous développerons plus loin ce point. Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II.

<sup>759</sup> Duguit (1928), p. 574.

<sup>760</sup> Ibid.

<sup>761</sup> Jellinek accorde certes plusieurs dizaines de pages à la question de la naissance de l'Etat, mais dans la première partie de *L'Etat moderne et son droit*, consacrée à la théorie *sociale* de l'Etat. Il affirme par ailleurs explicitement que la naissance de l'Etat ne peut faire l'objet d'aucune qualification juridique. Cf. Jellinek (2005), p. 423 : « *le droit public est incapable [...] d'expli-*

question de la sphère des préoccupations de la science juridique. En plaçant le point de départ de leur discipline dans le seul droit positif existant, ces auteurs n'avaient pas d'autre choix que de passer la question du pouvoir constituant originaire sous silence.

Telle n'est pas la position d'Otto von Gierke et de Léon Michoud, tous deux défendant l'hypothèse de la réalité de la personnalité morale. Le refus du positivisme étatique manifesté par ces deux juristes les a logiquement amenés à intégrer l'analyse des faits constitutifs de la formation de l'Etat à leur œuvre juridique. A cet égard, Otto von Gierke affirme que la fondation d'un Etat peut être appréhendée juridiquement<sup>763</sup>, car le droit précède et dépasse le simple cadre étatique<sup>764</sup>. A la lumière de ce postulat de l'antériorité du droit sur l'Etat, Michoud donne des précisions utiles sur les rapports que l'Etat entretient avec ses organes. L'auteur de *La théorie de la personnalité morale* précise que la création d'un Etat n'est nullement provoquée par un acte émanant d'un organe constitué mais trouve son origine dans « l'œuvre des forces qui, à un moment donné de son histoire, se disputent la direction politique »<sup>765</sup>. Il n'est donc pas utile de se demander si l'organe précède l'Etat ou l'inverse, puisque les deux sont *simultanément* créés par les forces sociales dont l'action préside à la constitution de la personnalité morale de l'Etat<sup>766</sup>. Cette conception du rapport entre l'Etat et ses organes ne fait que refléter la conception générale de la personnalité morale de Michoud. En effet, ce dernier estime que la personnalité morale d'un groupe est constituée dès lors qu'il possède une organisation interne suffisamment aboutie pour le représenter juridiquement<sup>767</sup>. Il est ainsi logique que la personnalité juridique de l'Etat lui semble acquise au moment où ses organes sont constitués.

Les thèses de Michoud sur la naissance de l'Etat sont certes plus conformes aux inclinations théoriques de Duguit. Le Doyen de Bordeaux adhère pleinement à l'idée que les Etats naissent sous l'influence de forces sociales déterminées<sup>768</sup>. Cependant, Duguit conteste que des faits sociaux puissent donner naissance à une personne juridique distincte des individus. Les forces sociales en action sont composées d'individus, af-

---

*quer le mode de formation d'un Etat nouveau. L'Etat ne saurait établir un code pour sa formation, étant donné que, pour pouvoir légiférer, il doit d'abord exister. [...] L'acte créateur est totalement étranger au droit ».*

<sup>762</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.2.3.

<sup>763</sup> Gierke (1963), p. 24 : « *Die Gründung eines Staates oder einer Kirche kann so gut wie die Errichtung eines Vereines oder einer Stiftung als eine Handlung von bestimmter juristischer Qualität betrachtet und in allen einzelnen Stadien nach Massgabe von Rechtsregeln durchgeführt werden* ».

<sup>764</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

<sup>765</sup> Michoud (1916), p. 134 n. 1.

<sup>766</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>767</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 2.1.3.

<sup>768</sup> Cf. Duguit (1928), p. 575.

firme Duguit, ce sont donc des «*forces humaines et, par conséquent, des forces psychologiques [...] A ces forces psychologiques, il faut une conscience, une volonté qui leur serve de support. Que ce soient les consciences et les volontés individuelles, je le veux bien ; mais il restera à expliquer comment ces consciences et ces volontés individuelles peuvent créer l'organe de vouloir de la personne collective Etat*»<sup>769</sup>. En fin de compte, Duguit en revient à son objection de principe dirigée contre tout concept de personnalité morale. L'accord concordant de plusieurs volontés individuelles n'est pas de nature à susciter la création d'une personne morale tierce, dotée d'une existence distincte des personnes qui la fondent<sup>770</sup>. Faute de fait observable l'attestant, l'hypothèse de l'existence de l'Etat comme personne morale doit donc être définitivement bannie de la science du droit.

### 3.2 *La théorie française de la nation*

Les auteurs français présentés dans la première partie de notre travail ont été sélectionnés en raison de leur adhésion à la théorie de la personnalité juridique de l'Etat. En cela, ils ont pu être rapprochés des auteurs allemands qui les avaient précédés sur cette voie. Les juristes français étudiés ont cependant mis un point d'honneur à se distinguer de leurs homologues d'outre-Rhin par la place centrale qu'ils accordaient au concept de nation. Dans l'œuvre d'Esmein, Michoud et Carré de Malberg, la raison d'être de la personnalité juridique de l'Etat réside précisément dans sa fonction de personification de la nation. A ce propos, un autre élément relie les trois auteurs précités. Si l'Etat est ainsi nécessaire à l'existence juridique de la nation, c'est en raison de l'incapacité de celle-ci d'émettre par elle-même une volonté autonome. Sans l'organisation juridique de l'Etat, la nation serait condamnée à sombrer dans un néant juridique.

Dans son œuvre de constitutionnaliste, Duguit souligne que le droit constitutionnel positif postrévolutionnaire a consacré une autre conception du rapport entre Etat et nation. Les premiers textes constitutionnels apparus après 1789 auraient consacré une conception de la nation où celle-ci est «*une personne distincte de l'Etat, comme elle est distincte des individus qui la composent [...] La nation-personne possède la souveraineté originare, une, indivisible et inaliénable*»<sup>771</sup>. Cette acception apparaît avec une constance remarquable dans les débuts de l'histoire constitutionnelle française puisqu'elle découle de l'art. 3 de la Déclaration de 1789, de l'art. 1<sup>er</sup> du titre III de la Constitution de 1793, de l'art. 25 de la Déclaration de 1793, des art. 17 et 18 de la Déclaration des droits de l'an III et de l'art. 2 de la Constitution de l'an III<sup>772</sup>. Bien que fortement marqués par l'œuvre de Rousseau, les constituants de l'époque se sont résolus – en tout cas dès 1791<sup>773</sup> – à faire une entorse aux principes défendus par le philo-

---

<sup>769</sup> Duguit (1928), p. 576.

<sup>770</sup> Ibid.

<sup>771</sup> Ibid., p. 17-18.

<sup>772</sup> Ibid., p. 18.

sophe genevois en consacrant exclusivement le principe de représentation. La nation, personne souveraine, donne ainsi le pouvoir à l'Assemblée législative de la représenter<sup>774</sup>. La relation qui unit la nation et le corps législatif peut ainsi être juridiquement qualifiée de *mandat représentatif*<sup>775</sup>. Celui-ci présente par ailleurs les caractéristiques majeures du contrat de mandat hérité du droit privé, puisqu'il implique « *l'existence de deux personnes, dont l'une, le mandant est titulaire d'un droit, mais ne l'exerce pas, dont l'autre, le mandataire, exerce le droit dont le mandant est titulaire ; [...] la manifestation volontaire du représentant produit exactement les mêmes effets que celle du représenté ; les effets de droit sont identiquement les mêmes que ceux qu'aurait produits la volonté du représenté* »<sup>776</sup>. Ainsi, la nation est titulaire originaire de la souveraineté dont elle transmet l'exercice à un organe de l'Etat.

Bien qu'il juge par ailleurs très sévèrement la doctrine de Rousseau dans son ensemble<sup>777</sup>, Duguit adhère à la critique du principe de représentation formulée par le philosophe genevois. La volonté est l'attribut nécessaire de la personne, et ne peut ainsi être ni aliénée, ni représentée. En ce sens, toute volonté « *qui veut être représentée, s'aliène et, par conséquent, se détruit elle-même* »<sup>778</sup>. Dans sa critique de la représentation politique, Rousseau ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que la volonté « *ne se représente point : elle est la même ou elle est autre ; il n'y a point de milieu* »<sup>779</sup>. Duguit et Rousseau s'associent ainsi pour dénoncer le caractère *factif* du principe de représentation. Il est tout à fait possible d'exercer un droit au profit d'une personne tierce mais il s'agira toujours de l'exercice d'un droit propre. Dans la mesure où l'exercice d'un droit nécessite une manifestation de volonté, il est impossible d'exercer le droit d'un autre puisque cela signifierait manifester la volonté d'une autre personne, comme si une volonté pouvait se détacher d'une personne pour se reporter momentanément sur une autre personne. A l'évidence, il s'agit là d'une affirmation qui ne repose sur aucune réalité observable<sup>780</sup>. De surcroît, l'idée de mandat représentatif

<sup>773</sup> Cf. nos considérations précédentes, *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.4.

<sup>774</sup> Duguit (2005), p. 17.

<sup>775</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>776</sup> *Ibid.*, p. 6-8.

<sup>777</sup> Cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 1).

<sup>778</sup> Duguit (2005), p. 15.

<sup>779</sup> Rousseau (1996), p. 118 et p. 61 : « *je dis que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même : le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté* ».

<sup>780</sup> Duguit (2005), p. 8-9 : « *Celui qu'on dit agir pour un autre ou représenter un autre, n'exerce point le droit d'un autre ; car ce qu'on appelle un droit ne peut être qu'un pouvoir de vouloir [...] On peut vouloir telle chose, soit au profit de soi-même, soit au profit d'un autre. On veut ou on ne veut pas ; mais on ne peut vouloir comme si un autre voulait. On ne peut exercer le droit d'un autre, puisque ce serait exercer le pouvoir de vouloir de cet autre. Quand on veut légitimement, on exerce toujours son droit propre, car on manifeste sa volonté, non la volonté*

qui lierait la nation à l'Etat aboutit à reconnaître deux personnes morales distinctes comme titulaires de la souveraineté : la nation en est le titulaire originaire et le corps législatif le titulaire dérivé. A l'évidence, une telle conception met à mal le principe de l'indivisibilité de la souveraineté qui se situe au cœur de l'architecture constitutionnelle élaborée dès 1789<sup>781</sup>. Afin de résoudre cette contradiction, Michoud<sup>782</sup> et Carré de Malberg<sup>783</sup> ont bien montré que le droit public français ne connaissait qu'une seule et unique personnalité investie du droit de puissance publique : l'Etat. La nation ne possède aucune volonté autonome et est, à ce titre, dénuée d'existence juridique.

Duguit refuse de faire de la nation une personne pour les mêmes motifs épistémologiques qui l'ont poussé à refuser la personnalité juridique de l'Etat. Dans l'œuvre du Doyen bordelais, la nation ne peut être considérée comme une personne car cela exigerait qu'elle possède une volonté et une conscience en propre. Au même titre que l'Etat, la nation ne peut être considérée comme une personne, dans la mesure où la réunion de volontés concordantes ou d'intérêts convergents ne peut donner lieu, sauf travestissement des faits observables, à la création d'une personne collective déployant une volonté extra-individuelle<sup>784</sup>. Duguit critique notamment la conception de la volonté nationale d'Adhémar Esmein, qui entendait faire de cette notion la formulation juridique de l'opinion publique<sup>785</sup>. Duguit relève que l'opinion publique pourrait être juridiquement construite sous la forme de la volonté nationale si l'on parvenait à démontrer que les idées et les aspirations communes qui forment le substrat de l'opinion publique « *ne sont que les manifestations d'une conscience une et réelle, existant derrière les consciences individuelles ou au-dessus d'elles. Alors seulement il serait exact de dire que la forme juridique de cette conscience nationale, révélée par la psychologie sociale, est la personnalité juridique de la nation prise comme telle* »<sup>786</sup>, ce que Duguit, on le sait, estime impossible en science positive. Le juriste bordelais révèle ainsi que l'opinion publique n'est rien d'autre que l'addition approxi-

---

*d'un autre, et l'exercice d'un droit est toujours une manifestation de volonté. L'idée de représentation est donc fautive en soi, puisqu'elle a pour point de départ une chose fautive* ».

<sup>781</sup> Ibid., p. 49-50.

<sup>782</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 2.2.

<sup>783</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.2.1

<sup>784</sup> Duguit (2005), p. 65-66.

<sup>785</sup> Cf. Esmein (1914), p. 286 s. : « *la souveraineté nationale est la seule interprétation juridique exacte et adéquate d'un fait social incontestable qui s'impose. Quelle que soit la source légale de la souveraineté chez un peuple, en quelques mains que la loi l'ait placée, elle ne subsiste et ne s'exerce en fait que si elle est obéie par les citoyens ou sujets. Or cette obéissance en peut être obtenue que de deux manières, ou par l'emploi de la force ou par l'adhésion de l'opinion publique [...] La force ne peut point maintenir d'une façon durable la souveraineté légale, si ce n'est dans des conditions exceptionnelles [...] L'opinion, la volonté du plus grand nombre peut seule maintenir parmi les hommes l'empire de la souveraineté [...] Placer la souveraineté légale là où réside nécessairement la souveraineté de fait ou d'opinion, c'est rétablir l'harmonie, c'est traduire dans le droit aussi exactement que possible le fait inévitable* »

<sup>786</sup> Duguit (2005), p. 65.

mative de l'opinion d'individus qui forment la majorité, ce qui implique l'existence corrélative d'opinions minoritaires. En ce sens, il y a une forme de mystification dans le fait d'assimiler l'opinion publique à la volonté de la nation dans son ensemble<sup>787</sup>.

Pour autant, Duguit ne nie pas la réalité du phénomène national. Son but consiste à en faire une réalité observable à la lumière de ses principes épistémologiques. Invité à donner une série de conférences à l'Université de Columbia (New-York) lors de l'année académique 1920-1921, Duguit consacre une conférence à la détermination du concept de nation. Le juriste français intitule son intervention « *qu'est-ce qu'une nation ?* », référence explicite à la célèbre conférence donnée par Ernest Renan le 11 mars 1882 à la Sorbonne<sup>788</sup>. A l'instar du philosophe et historien breton, Duguit estime que la nation ne peut s'expliquer par la dynastie qui l'a constituée ou bien par la race, la langue, la religion, les intérêts ou la géographie partagés par ses membres<sup>789</sup>. Duguit rejoint également Renan lorsque celui-ci définit la nation comme une formation historique dont les éléments constitutifs sont à chercher dans « *la communauté de traditions d'aspirations, de besoins, dans le souvenir des luttes entreprises, des triomphes remportés et surtout des souffrances endurées pour une cause commune* »<sup>790</sup>. Selon les termes mêmes de Renan, le principe unificateur de la nation est ainsi un grand lien de solidarité entre ses membres<sup>791</sup>. Cette définition se rapproche étroitement des orientations de Duguit<sup>792</sup>. Cependant, Duguit juge l'approche de Renan trop imprécise et préfère s'en remettre à l'un de ses grands maîtres à penser, Emile Durkheim, pour déterminer avec une meilleure acuité la nature exacte du lien national. Au-delà de leurs aspirations communes, les citoyens d'une même nation sont unis par un lien d'interdépendance qui découle de la division du travail propre à toute formation sociale<sup>793</sup>. Nous aurons largement l'occasion de revenir sur l'influence exercée par le concept de solidarité sociale développée par Durkheim – essentiellement dans son ouvrage *De la division du travail social* – sur le travail de refondation de la théorie du droit et de l'Etat entrepris par Duguit<sup>794</sup>. Dans le cas précis de l'Etat, et de son lien à la nation, Duguit affirme que celle-ci n'est rien d'autre que le milieu sociologique dans lequel se produit une forme particulière de la division du travail, à savoir la diffé-

<sup>787</sup> Duguit (1928), p. 14.

<sup>788</sup> Cf. Duguit (1922), p. 16.

<sup>789</sup> Duguit (1928), p. 4-7 ; Renan (1992), p. 43-53.

<sup>790</sup> Duguit (1922), p. 16-17.

<sup>791</sup> Renan (1992), p. 54.

<sup>792</sup> Cf. Duguit (1922), p. 17 et Duguit (1928), p. 8.

<sup>793</sup> Duguit (1928), p. 8 : « *les membres d'une même nation sont particulièrement unis entre eux par les liens de la solidarité par division du travail ; car, étant plus près les uns des autres, ils échangent naturellement plus fréquemment et plus facilement les services qu'ils peuvent se rendre à cause de leurs aptitudes différentes* ».

<sup>794</sup> Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.

renciation – « *toute de fait* »<sup>795</sup> – entre gouvernants et gouvernés, à laquelle Duguit réduit le phénomène étatique<sup>796</sup>. La nation constitue la limite – l'autre limite étant le territoire<sup>797</sup> – au champ d'action des gouvernants<sup>798</sup> ; elle n'est plus le sujet ou l'objet de la puissance publique. Il n'est ainsi plus nécessaire de concevoir la nation comme une personne collective dotée d'une volonté propre – qu'elle ait besoin ou non de l'Etat pour la personnifier – hypothèse soutenue par la doctrine majoritaire à l'époque de Duguit – et à laquelle Renan portait aussi un certain crédit<sup>799</sup> – mais scientifiquement intenable selon Duguit.

#### 4. Duguit et la théorie patrimoniale de l'Etat

Dans l'œuvre de Duguit, la théorie patrimoniale de l'Etat se reconnaît au caractère individuel et concret du titulaire de la souveraineté. La puissance publique est ainsi un droit dont la personne gouvernante – l'Empereur, le Roi, le Prince, etc ... – est titulaire *en propre* à raison de sa qualité même<sup>800</sup>. Ce droit confère au Souverain le pouvoir d'imposer « *aux autres sa volonté parce qu'elle est sa volonté, parce que comme telle elle a une certaine qualité qui fait qu'elle s'impose à l'obéissance de tous* »<sup>801</sup>. Cette conception de la puissance publique est dite patrimoniale en raison de l'homologie de celle-ci et du droit de propriété. Dans la longue généalogie de la théorie patrimoniale qui figure dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit indique que la doctrine patrimoniale de l'Etat est née de la confusion des notions d'*imperium* et de *dominium*, élaborés par les juristes romains. L'*imperium* est d'origine ancienne, puisqu'on retrouve les premières traces dès le III<sup>e</sup> siècle avant notre ère. Il s'applique uniquement dans la sphère publique et peut se définir comme un pouvoir personnel de commandement au bénéfice de certains magistrats ; Il symbolise ainsi une relation politique entre un supérieur et un inférieur<sup>802</sup>. Le terme de *dominium* est quant à lui plus tardif,

---

<sup>795</sup> Duguit (1928), p. 15

<sup>796</sup> Ibid., p. 14-15.

<sup>797</sup> Ibid., p. 56-57.

<sup>798</sup> Ibid. p. 15 : « *l'action des gouvernants est déterminée, quant aux personnes auxquelles elle s'applique, par la nationalité de celles-ci. [la nation] n'est ni le sujet ni l'objet de la puissance politique, mais seulement la limite, au point de vue des personnes, de l'exercice de cette puissance politique* ».

<sup>799</sup> Renan affirme en effet que « *les nations [...] agissent à la manière des personnes ayant un caractère, un esprit, des intérêts déterminés ; on peut raisonner d'elles comme on raisonne d'une personne* ». Cette citation fut reprise par Esmein pour appuyer l'idée que la nation forme une individualité distincte de ses membres. Cf. Esmein (1914), p. 285. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.2.

<sup>800</sup> Duguit (1927), p. 595.

<sup>801</sup> Ibid., p. 596.

<sup>802</sup> Gaudemet (1995), p. 13 ; Le grand historien du droit public romain au XIX<sup>e</sup> siècle, Theodor Mommsen, définit quant à lui l'*imperium* comme un « *la puissance publique la plus élevée, y compris la juridiction et le commandement militaire [...], un pouvoir illimité d'ordonner qui est, dans la Rome royale, sans distinction de catégorie d'ordres, concentré dans une seule*

puisqu'il ne fait son apparition qu'au I<sup>er</sup> siècle avant J.-C. Il désignait le pouvoir des hommes sur les choses – annonce du futur droit de propriété – et se trouvait alors strictement confiné au domaine privé et domestique<sup>803</sup>. La confusion s'opère essentiellement dès l'orée du Moyen-Âge<sup>804</sup> et se perpétue sous l'Ancien Régime où le Monarque détient une propriété presque absolue sur son Royaume, à l'image du pouvoir du propriétaire sur sa chose<sup>805</sup>. La puissance publique se mue en droit patrimonial par la force de cette indistinction entre *imperium* et *dominium*.

Nées du besoin de fournir une construction juridique à l'absolutisme royal<sup>806</sup>, les théories patrimoniales s'éclipsèrent de la théorie de l'Etat à mesure que disparurent les régimes politiques qu'elles légitimaient ; l'Ancien Régime fut balayé par la Révolution de 1789 tandis que les Empires centraux ne survécurent pas à leur défaite militaire lors du premier conflit mondial<sup>807</sup>. Pour cette raison, Léon Duguit se montre peu loquace sur les théories patrimoniales de l'Etat. Le juriste français accorde cependant un certain crédit à l'œuvre de Max von Seydel. Nous avons vu que ce dernier avait vivement combattu le concept de personnalité juridique de l'Etat, marque d'un idéalisme juridique qui fonctionne sur la base de fictions<sup>808</sup>. A l'aune du programme réaliste préconisé par Jhering<sup>809</sup>, Seydel en vient à une conclusion intermédiaire très proche de la conception de l'Etat défendue par Duguit : L'Etat est un fait de puissance, où la volonté gouvernante d'un individu (le *Herrscher*) s'impose à des individus groupés sur un territoire donné<sup>810</sup>. Le juriste français loue le réalisme exempt de toute fiction de son collègue allemand autant qu'il critique les conséquences auxquelles il parvient. En effet, le système de Seydel érige la puissance commandante en droit subjectif compris comme pouvoir de la volonté. Duguit refuse une telle conception pour deux motifs. En premier lieu, elle s'expose aux objections qui formeront la trame de la critique de la notion de droit subjectif opérée par le juriste bordelais<sup>811</sup>. La volonté du *Herrscher* est une volonté humaine individuelle et ne saurait s'opposer *comme telle* à une autre volonté humaine, à moins de considérer que la volonté gouvernante tient sa puissance extraordinaire d'une délégation divine<sup>812</sup>. En second lieu, la doctrine néo-patrimoniale de Seydel conduit nécessairement à absolutiser le pouvoir des gouvernants.

---

*main, et, dans la Rome républicaine, il appartient, également dans sa totalité, bien qu'affaibli, aux consuls* ». Cf. Mommsen (1984), p. 24-25.

<sup>803</sup> Gaudemet (1995), p. 14.

<sup>804</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>805</sup> Duguit (1927), p. 597.

<sup>806</sup> Ibid., p. 598-599 ; Pour une perspective critique sur une telle historiographie, cf. Beaud (1994), p. 41.

<sup>807</sup> Duguit (1927), p. 619

<sup>808</sup> cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.

<sup>809</sup> cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.1.

<sup>810</sup> Duguit (1927), p. 601.

<sup>811</sup> cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.

<sup>812</sup> Duguit (2003), p. 269-270 ; cf. *infra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.1.

Lorsque nous avons abordé les thèses du publiciste allemand, nous avons relevé que le droit est uniquement créé par la volonté du *Herrscher*. La volonté des gouvernants est ainsi structurellement placée au-dessus de toute norme juridique capable d'en réguler l'exercice. Duguit voit dans un tel système « *la négation absolue de tout droit public* »<sup>813</sup> puisqu'il rend inconcevable toute limite juridique apportée à la puissance commandante.

### III. La puissance publique

#### 1. La puissance publique comme droit subjectif

Après avoir établi que l'Etat se réduit à un phénomène de différenciation entre gouvernants et gouvernés, Duguit constate dans la foulée un second fait. Le principe de différenciation entre gouvernants et gouvernés et la puissance de contraindre au bénéfice des premiers a paru, dans la plupart des sociétés, légitime et a toujours joui d'une large acceptation. Ce pouvoir de coercition est paru justifié sur le principe car il semblait utile à la vie et au développement du groupe<sup>814</sup>. Duguit relève un curieux tropisme à l'œuvre chez les juristes confronté à ce fait évident que le pouvoir des gouvernants remplit une fonction utile au sein d'un groupe social donné. Si les gouvernants peuvent imposer légitimement leur volonté, cela signifierait qu'ils possèdent un *droit* d'imposer leur volonté aux gouvernés et, cas échéant, d'user du pouvoir de contrainte matérielle à leur disposition pour rompre toute velléité récalcitrante. Toujours préoccupé de débusquer les reliquats de pensée métaphysique dans la science juridique, le juriste bordelais note qu'un tel raisonnement consiste à imaginer un pouvoir « *imaginaire et invisible* » pour expliquer l'efficacité de la force des gouvernants<sup>815</sup>. Au lieu d'analyser à quelles conditions la force gouvernante est socialement efficace, les juristes de droit public estiment que la volonté des gouvernants est en mesure de s'imposer car elle n'est que l'exercice d'un droit subjectif dont la nature consiste dans « *le pouvoir d'une volonté de ne se déterminer jamais que par elle-même ; le pouvoir d'une volonté de fixer elle-même le domaine de son action [...] le pouvoir de donner des ordres dont l'auteur détermine lui-même l'étendue ; le pouvoir en même temps de mettre en mouvement une puissance de contrainte irrésistible pour assurer l'exécution des ordres donnés* »<sup>816</sup>. En présentant le droit subjectif des gouvernants de la sorte, la doctrine publiciste dominante lui prête une essence supposée, qu'elle pose comme un *a priori* de sa recherche<sup>817</sup>.

---

<sup>813</sup> Duguit (1927), p. 603.

<sup>814</sup> Ibid., p. 542.

<sup>815</sup> Ibid.

<sup>816</sup> Ibid., p. 543.

<sup>817</sup> Ibid., p. 547.

Léon Duguit s’embarrasse peu de précautions terminologiques lorsqu’il s’agit de dénommer ce droit de commandement des gouvernants. Il juge « *purement oiseuses* »<sup>818</sup> les subtiles controverses autour de la distinction entre les notions de puissance de domination (*Herrschaft*), puissance ou pouvoir d’Etat ou de souveraineté<sup>819</sup>. Lorsque la doctrine en fait un droit subjectif, ces différentes dénominations recouvrent toujours le même pouvoir permettant à un individu ou à un groupe d’individus d’imposer unilatéralement leur volonté<sup>820</sup>. Le problème philosophique majeur demeure dans les tous cas identique : comment justifier qu’une volonté humaine puisse s’imposer à une autre volonté humaine, si ce n’est en affirmant la supériorité intrinsèque de la première sur la seconde<sup>821</sup>. La résolution de cet épineux questionnement amène la doctrine à devoir affronter frontalement ce que Hans Kelsen nommait élégamment le « *tourment de l’hétéronomie* »<sup>822</sup>. Dans son ouvrage *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), le juriste autrichien constate deux postulats de la raison pratique qui conduisent à rendre particulièrement problématique le pouvoir des gouvernants. La valeur que l’individu a de lui-même l’amène, en premier lieu, à nourrir une méfiance et à exprimer sa protestation contre « *la volonté étrangère devant laquelle il faut plier* », bien que celle-ci soit une donnée élémentaire de toute vie en société<sup>823</sup>. En second lieu, ce sentiment inné incline l’individu à refuser la supériorité de la valeur d’autrui – quand bien même il occuperait une position gouvernante – l’amenant à générer « *ce sentiment qu’il n’est qu’un homme comme lui, qu’ils sont semblables et se demande alors quel droit il a donc de lui commander* »<sup>824</sup>. Duguit part d’un postulat similaire. Il estime que chaque individu possède un sentiment de justice qui s’exprime notamment par un fort attachement à son autonomie individuelle<sup>825</sup>. De ce fait, chaque individu conçoit sa dignité comme égale à celle de tout autre. Sur ce point, il est indéniable que Duguit développe un argument résolument jusnaturaliste<sup>826</sup>.

Le juriste français estime que la doctrine de droit public de son temps fait fausse route dans son approche du problème de l’hétéronomie. Elle tente d’expliquer le pouvoir

<sup>818</sup> Ibid., p. 544.

<sup>819</sup> Nous avons vu plus haut que la distinction entre souveraineté et puissance d’Etat s’était avérée capitale chez différents auteurs – notamment Laband, Jellinek et Carré de Malberg – pour fonder le caractère étatique des collectivités fédérées d’un Etat fédéral. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.2, 3.3, 4.2 et III, 3.4.1.

<sup>820</sup> Duguit (1927), p. 545.

<sup>821</sup> Ibid.

<sup>822</sup> Kelsen (2004), p. 1.

<sup>823</sup> Ibid.

<sup>824</sup> Ibid. Kelsen affirme que ce sentiment de l’individu de sa propre valeur est le fruit de la nature et non de la culture. Une affirmation qui apparaît fort surprenant de la part d’un contempteur aussi résolu et rigoureux de toute forme de droit naturel.

<sup>825</sup> Duguit (1927), p. 121.

<sup>826</sup> La notion de sentiment de justice chez Duguit sera étudiée plus loin. Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.2.3.

des gouvernants par le droit subjectif de puissance publique qu'elle tente de justifier par son origine ou par son titulaire. Or une telle entreprise s'avère lourde de contradictions et de mystifications, que le juriste bordelais s'attache à dévoiler. L'échec de cette doctrine se révèle notamment dans son incapacité à fonder de manière cohérente une limite au pouvoir de l'Etat. L'origine de ces carences se situe, aux yeux de Duguit, dans la mécompréhension des sources de légitimité du pouvoir politique.

## 2. La critique générale du droit subjectif

### 2.1 La réfutation du droit naturel

Duguit procède à la déconstruction de la notion de droit subjectif de puissance publique avec la même radicalité qui fut la sienne au moment de réfuter le concept de personnalité juridique de l'Etat. Le Doyen de Bordeaux échelonne sa critique en différents paliers. Afin de démontrer que la puissance publique comprise comme un droit subjectif est une fiction, le juriste français entend démontrer que la notion même de droit subjectif est une mystification. A cette fin, Duguit porte son attaque, en premier lieu, sur le droit subjectif appliqué aux individus. Dès son premier ouvrage majeur – *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* paru en 1901 – Duguit offre une définition du droit subjectif individuel qui permet d'identifier les courants doctrinaux qu'il combat : « *dans la conception des droits naturels et individuels, l'homme est, par le fait même de sa naissance et de sa vie, investi de certains pouvoirs effectifs qu'on appelle des droits et que [cette] école qualifie de droit subjectifs. [...] Ces droits sont naturels en ce sens qu'ils sont antérieurs et supérieurs à toute société, que l'homme, conçu à l'état d'isolement absolu, sans aucune espèce de relation avec ses semblables a eu et aura toujours ces droits* »<sup>827</sup>.

Il apparaît avec acuité que l'attaque porte sur la notion philosophique d'état de nature, défendue par les tenants du droit naturel et du contrat social. Duguit reconnaît la valeur politique d'une telle théorie, puisqu'elle a permis un important développement des droits des individus et a servi efficacement d'argument philosophique dans le combat politique contre l'absolutisme<sup>828</sup>. Cependant, le prisme réaliste de l'épistémologie de Duguit interdit de reconnaître une quelconque pertinence aux doctrines qui s'établissent sur la base de *fictions*. Or les théories du contrat social ont pour fondement l'hypothèse d'un homme présocial, porteur de droits dérivés de sa nature, qui entrerait en société dans le but de les préserver<sup>829</sup>. Duguit déclare sans ambages

---

<sup>827</sup> Duguit (2003), p. 140-141 ; Cf. également Duguit (1927), p. 200 s.

<sup>828</sup> Duguit (1927), p. 208.

<sup>829</sup> L'art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en l'expression la plus manifeste : « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ; ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

qu'une telle hypothèse doit être invalidée en raison de l'absence totale de preuves attestant sa réalité empirique<sup>830</sup>. Duguit semble ignorer que les théoriciens du contrat social utilisent la fiction de l'homme naturel à titre d'hypothèse transcendantale permettant de penser la logique de constitution des associations politiques, sans pourtant croire qu'une telle figure ait un jour disposé d'une réalité empirique<sup>831</sup>. La critique de Duguit doit cependant se comprendre à l'aune de son programme méthodologique qui implique de rejeter toute *prénotion* de la science du droit.

Une science positive basée sur l'observation impartiale des faits ne peut que se borner à constater les manifestations externes de la volonté mais se trouve incapable de découvrir de manière objective l'essence intime de la volonté humaine<sup>832</sup>. Duguit part du principe que l'essence de la nature humaine est inconnaissable d'un point de vue scientifique<sup>833</sup>. A notre sens, une telle « modestie » s'inscrit là aussi dans le programme épistémologique établi par Auguste Comte ; l'âge positif étant celui où la connaissance humaine renonce à la découverte de concepts absolus. En ce sens, la doctrine du droit subjectif est une théorie métaphysique en car elle procède de la nature de l'homme auquel elle confère des attributs sous la forme de droits subjectifs. La notion de droit subjectif demeurerait tributaire du concept de substance : elle imagine une substance fixe (l'individu) dotée d'attributs (les droits subjectifs)<sup>834</sup> là où il n'y a qu'un fait exprimant un certain type de *relation* sociale : l'individu possède des prérogatives envers un autre individu à certaines conditions socialement déterminées<sup>835</sup>.

L'aspect fondamental de la réfutation duguiste de l'état de nature se concentre donc sur la méprise des théoriciens d'une telle notion quant à la situation éminemment sociale de l'homme. La source de cette méconnaissance prendrait racine dans la confusion entretenue sur le rapport logique et historique entre individu et société. Dans la droite ligne de l'organicisme sociologique et de Durkheim<sup>836</sup>, le juriste français affirme l'antériorité historique et la priorité logique de la société sur l'individu. Ce sont

<sup>830</sup> Cf. Espagno (2013), p. 31.

<sup>831</sup> Cela lui a été notamment vivement reproché par Marcel Waline. Cf. Waline, *L'individualisme et le droit*, Paris, Montchrestien, 1945, p. 95 ; Pisier-Kouchner (1972), p. 38-39.

<sup>832</sup> Duguit (1912), p. 12-13.

<sup>833</sup> Duguit (1927), p. 296.

<sup>834</sup> *Ibid.*, p. 273 : « *La notion de droit subjectif n'est qu'un développement de la notion d'âme. L'activité de cette âme, quand elle est socialement protégée, apparaît avec un caractère particulier que l'on a aussi substantialisé, comme on a substantialisé les divers attributs que l'on prête à la divinité en en faisant des hypostases divines. Le droit subjectif est une hypostase de l'âme humaine, c'est-à-dire une substantialisation d'un de ses prétendus attributs* ».

<sup>835</sup> La façon dont Duguit entend remplacer la notion de droit subjectif – et ses reliquats de jusnaturalisme – par une conception « socialement ancrée » des prérogatives juridiques des individus sera étudiée plus loin. Cf. *infra*, titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>836</sup> Soit les deux courants de la sociologie naissante qui auront le plus durablement influencé Duguit. Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.2 et 1.4.

donc les faits individuels qui doivent être compris à la lumière de leur signification sociale, et non l'état de la société en rapport aux phénomènes individuels<sup>837</sup>. Une telle position méthodologique est donc holiste et antisubjectiviste puisqu'elle implique de replacer le sujet dans l'ensemble social dans lequel il s'inscrit pour en déterminer la nature<sup>838</sup>. L'application de ce postulat à théorie du droit implique que les prérogatives juridiques des sujets saisis par le droit ne sont plus saisies comme des droits découlant de leur essence supposée, mais plutôt comme les fonctions nécessaires à la régulation du corps social.

La critique que Duguit oppose à cette conception du droit subjectif est également tributaire des conceptions développées par Auguste Comte. La définition du droit subjectif comme subordination d'une volonté à une autre volonté révèle en outre un caractère *antisocial*. Elle demeure impuissante à fonder une règle de conduite sociale satisfaisante. La théorie du droit naturel se borne souvent à dire que le droit d'un individu ne doit porter atteinte au droit d'autrui. Elle permet ainsi uniquement d'apporter des limites aux droits<sup>839</sup>. En revanche, si elle permet de fonder une prétention à l'égard d'un autre homme, la théorie du droit subjectif est incapable de fonder des *devoirs* de l'homme, qui sont tout aussi essentiels au fonctionnement régulier d'une société. Sur le fond, le caractère *individualiste* de la doctrine du droit naturel est ici incriminé, en ce qu'elle néglige le fait que l'individu est toujours inscrit dans une société donnée qui lui octroie des prérogatives envers ses semblables autant qu'elle lui assigne des obligations<sup>840</sup>.

Cette confusion sur le rapport entre individu et société est révélée par la contradiction interne qui frapperait la théorie du droit naturel. En effet, Duguit affirme que la nature du droit subjectif ne peut se concilier avec l'hypothèse d'un homme présocial. Selon le juriste français, la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître au droit subjectif une structure ternaire : un sujet actif qui exprime une volonté à l'encontre d'un sujet passif en vue d'obtenir un objet désiré. Un homme isolé et présocial ne peut ainsi avoir aucun droit puisqu'il lui manque un sujet passif auquel il pourrait imposer sa volonté. Robinson sur son île n'a aucun droit. Dès lors, le postulat du droit naturel s'écroule. L'homme ne possède aucun droit de par sa nature dont l'association politique lui octroierait la garantie. Il n'acquiert de tels droits qu'au contact d'autres hommes, comme l'atteste la nature essentiellement relationnelle – et donc sociale – du droit subjectif<sup>841</sup>.

---

<sup>837</sup> Aron (1967), p. 324.

<sup>838</sup> Une telle position est également soutenue par l'autre maître à penser de Duguit, Auguste Comte. Cf. *Ibid.*, p. 82-83.

<sup>839</sup> Duguit (2003), p. 141.

<sup>840</sup> Comte (1890), p. 361 ; cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 42.

<sup>841</sup> Duguit (1917), p. 24.

## 2.2 *Le droit subjectif comme pouvoir de la volonté*

La déconstruction duguiste du concept de droit subjectif ne se concentre pas uniquement sur son fondement. Dès 1908, Duguit s'écarte quelque peu de la critique du droit naturel pour se concentrer sur la définition du droit subjectif compris comme pouvoir de la volonté<sup>842</sup>. Il s'attachera dès lors à définir le droit subjectif comme suit « *le pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer comme telle à une ou plusieurs autres volontés* »<sup>843</sup>.

Duguit constate que cette acception du droit subjectif implique une hiérarchie des volontés. En effet, le droit subjectif consiste en l'octroi au titulaire du droit subjectif du pouvoir d'imposer sa volonté à la volonté d'autrui : le créancier peut imposer sa volonté au débiteur, le propriétaire peut imposer sa volonté de jouir de sa chose comme il l'entend à quiconque y ferait obstacle, etc.<sup>844</sup>. Duguit y voit essentiellement une affirmation d'ordre métaphysique : affirmer qu'une volonté a le pouvoir de s'imposer *comme telle* à une autre volonté, c'est postuler la possibilité qu'une volonté humaine puisse être en soi supérieure à une volonté du même ordre. Duguit s'inspire d'Auguste Comte pour rejeter cette hiérarchie. Dans le premier volume du *Système de politique positive*, le philosophe français affirme que la faculté d'une volonté humaine de s'imposer à une volonté semblable ne peut s'expliquer que si une telle prérogative lui a été conférée par une volonté supérieure ; par exemple, une volonté divine<sup>845</sup>. Une hypothèse que le positivisme comtien adopté par Duguit ne peut que repousser. Sur cette base, il est possible d'établir la logique de la démarche critique que suivra Léon Duguit. Dans les doctrines publicistes allemande et française combattues par le juriste bordelais, les droits subjectifs sont moins l'expression de la nature que le fruit de la volonté de l'Etat<sup>846</sup>, où celle-ci est réputée supérieure à la volonté de l'individu en raison d'un droit subjectif de commandement au bénéfice de l'Etat. Sur ce point, Duguit remarque que le droit d'un individu n'a rien de subjectif s'il ne trouve pas sa source dans la volonté de ce dernier. Si la source du droit subjectif se situe dans le droit objectif, les prérogatives des individus doivent se comprendre comme des « réflexes » du droit objectif et non comme des droits subjectifs à proprement parler<sup>847</sup>. Telle était exactement la position de Gerber et Laband<sup>848</sup>. La critique de Duguit consistera dès lors à démontrer que la prétendue volonté de l'Etat se réduit en dernière instance à

<sup>842</sup> Cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 41.

<sup>843</sup> Duguit (1912), p. 10 ; cf. également Duguit (1922a), p. 14.

<sup>844</sup> Duguit (1927), p. 275 ; Duguit (1912), p. 10.

<sup>845</sup> Comte (1890), p. 361 ; cf. Duguit (1927), p. 552.

<sup>846</sup> Cela est un peu moins vrai en ce qui concerne la doctrine française. Esmein et Michoud font notamment appel à une forme de droit naturel.

<sup>847</sup> Duguit (1927), p. 278.

<sup>848</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.2 et 3.3.

des volontés d'individus et qu'elle ne peut à ce titre se prévaloir d'une quelconque nature supérieure.

### 2.3 *Le droit subjectif comme intérêt juridiquement protégé*

Si la critique de la notion de droit subjectif qu'entreprend Duguit vise avant tout son acception comme pouvoir de volonté, le doyen de Bordeaux n'est guère plus tendre avec l'autre définition « canonique » du droit subjectif, qui décrit celui-ci comme « *intérêt juridiquement protégé* ». Une telle conception du droit subjectif est également d'origine allemande, puisqu'elle fut formulée pour la première fois, nous l'avons vu, par Rudolf von Jhering. Cette définition fut réactivée par Jellinek qui définissait le droit subjectif comme la faculté de mettre en mouvement l'ordre juridique en faveur de son intérêt<sup>849</sup>. En France, une telle acception connaîtra une réception critique dans l'œuvre de Léon Michoud. Dans son volumineux ouvrage consacré à la *théorie de la personnalité morale*, le juriste français décrit le droit subjectif comme suit : « *l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre* »<sup>850</sup>. Duguit ne voit là qu'une fausse alternative à la définition du droit subjectif offerte par les pandectistes. Elle aboutit, en dernière instance, à voir dans le droit subjectif un pouvoir de la volonté. Même en acceptant l'hypothèse où l'intérêt constitue le fondement véritable du droit subjectif, l'on est forcé de constater que l'intérêt ne s'affirme que par une manifestation de volonté nécessairement dirigée vers l'extérieur<sup>851</sup>. De plus, si l'on analyse la deuxième partie du droit subjectif proposé par Jhering, qui veut que l'on ne peut véritablement parler de droit subjectif que lorsque l'intérêt est *juridiquement protégé*, l'on aboutit à la conclusion que le fondement véritable du droit subjectif se situe dans l'ordre juridique. L'intérêt protégé par la loi n'est jamais celui nourri dans le fort intérieur du sujet, mais l'intérêt que le législateur a jugé digne de protection<sup>852</sup>. L'intérêt est ainsi une donnée objective et c'est une contradiction de l'ériger au rang de droit *subjectif*<sup>853</sup>. A cela, il convient d'ajouter que le droit objectif n'est autre – dans la doctrine positiviste que Duguit combat – que l'ensemble des normes posées par la *volonté* du législateur. Afin de déterminer les intérêts juridiquement protégés, on doit interpréter la loi pour chercher le but poursuivi par le législateur, quels intérêts individuels ou sociaux il *veut* protéger. On ne sort ainsi pas du cercle vicieux de la volonté créatrice de droit<sup>854</sup>. De surcroît, une telle conception aboutit à donner à l'Etat un contrôle total

---

<sup>849</sup> Jellinek, (1919), p. 57.

<sup>850</sup> Michoud (1924), p. 105.

<sup>851</sup> Duguit (1912), p. 10 n. 1. ; Cf. Grimm (1973), p. 37.

<sup>852</sup> Duguit (1927), p. 285 ; Cf. Jhering (1888), p. 331 : « *tout droit établi est l'expression d'un intérêt reconnu par le législateur au point de vue de son époque comme méritant et demandant protection* ».

<sup>853</sup> Cf. Jouanjan (2011), p. 198.

<sup>854</sup> Duguit (1927), p. 286.

sur l'autonomie individuelle puisque l'Etat est libre de sélectionner les intérêts privés auxquels il souhaite offrir le concours de la force publique<sup>855</sup>.

La critique des deux définitions des droits subjectifs individuels aboutit, chez Duguit, à une remise en cause du pouvoir de l'Etat en la matière. Avec Evelyne Pisier-Kouchner, nous considérons que la critique sévère que Duguit dirige à l'encontre du concept du droit subjectif vise moins à remettre en cause la théorie des droits naturels de l'homme que la doctrine de la souveraineté comprise comme un droit subjectif de commandement des gouvernants. Dans sa critique du droit subjectif, le juriste français invoque moins souvent l'inégalité des rapports individuels que « *celle des rapports de la personne souveraine et de ses sujets. C'est essentiellement pour pouvoir condamner le droit subjectif de puissance publique que Duguit entreprend de rejeter la notion de droit subjectif. D'où l'importance qu'il attache à définir comme métaphysique cette notion de hiérarchie, de pouvoir d'une volonté de s'imposer à une autre* »<sup>856</sup>.

### 3. La critique du droit subjectif de puissance publique

#### 3.1 Souveraineté ou puissance publique ?

Avant d'entrer dans le vif de la déconstruction du droit subjectif de puissance publique élaborée par Duguit, il nous faut au préalable apporter quelques éclaircissements terminologiques et conceptuels. Si nous voulons caractériser le pouvoir au bénéfice d'un Etat d'imposer unilatéralement sa volonté, le vocabulaire juridique nous offre deux termes : souveraineté et puissance publique (*Staatsgewalt*)<sup>857</sup>. La distinction de ces deux notions est apparue avec netteté chez les juristes allemands du second Reich – Laband et Jellinek en tête – car elle leur était nécessaire pour affirmer le caractère étatique des Etats fédérés de l'Empire. Selon ces auteurs, un Etat est souverain lorsqu'il dispose de la « compétence de la compétence » (*Kompetenz-Kompetenz*), en ce sens qu'il peut élargir ou restreindre son cercle de compétences par sa seule volonté. Un

<sup>855</sup> Cf. Saleilles (1922), p. 546-547 : « il y aurait toujours à craindre [...] que l'autonomie de la volonté ne fût reconnue que dans la mesure où elle aurait en vue un intérêt légitime et par les procédés admis par l'Etat. Ce serait donc l'Etat s'ingérant dans toutes les manifestations de la liberté individuelle, pour en contrôler l'application ».

<sup>856</sup> Pisier-Kouchner (1972), p. 43.

<sup>857</sup> Le terme allemand *Staatsgewalt* a pu être introduit dans la doctrine française par le syntagme « puissance de l'Etat », surtout chez Carré de Malberg. Le terme de « puissance publique » doit ici être privilégié car il s'agit de la notion consacrée par la langue juridique française pour exprimer le pouvoir de commandement de l'Etat. Les éclaircissements d'Olivier Beaud sont pertinents sur ce point. Cf. Beaud (1994a), p. 1262-1263 : « le destin de ce couple puissance publique/*Staatsgewalt* est paradoxal. A l'origine, le vocable allemand est né pour traduire le mot français de puissance publique déjà utilisé par Jean Bodin. [...] Ainsi, la traduction par Carré de Malberg de *Staatsgewalt* en « puissance étatique » ou « puissance d'Etat », a contribué à rendre nouvelle ou même « exotique », l'idée de puissance publique qui était parfaitement connue du droit public français ».

Etat non souverain n'agit que dans les domaines de compétences qui lui sont laissés par l'Etat souverain, mais il agit par sa volonté propre, c'est-à-dire par les organes qu'il s'est donné en vertu de sa capacité d'auto-organisation constitutionnelle. La volonté de l'Etat demeure une volonté de domination, ce à quoi il faut ajouter qu'il s'agit d'une volonté *originnaire* de domination<sup>858</sup>.

Fidèle à sa méthode, Duguit entend démontrer qu'une telle distinction ne résiste pas à l'épreuve des faits. Selon le juriste bordelais, il existe quantité de collectivités décentralisées investies de droits de puissance publique, comme les communes et – exemple plus daté – les colonies de certains Etats. De surcroît, certaines de ces entités décentralisées bénéficient parfois d'une faculté d'auto-organisation. Duguit cite l'exemple des communes françaises qui ont eu ou continuent d'avoir, au moment où le juriste français rédige son *Traité de Droit constitutionnel*, différents attributs de la puissance publique (pouvoir réglementaire, administratif et judiciaire) dont elles peuvent organiser elles-mêmes l'exercice dans certains domaines précis (le pouvoir de police municipale, notamment)<sup>859</sup>. Dans un sens inverse, le pouvoir d'auto-organisation des Etats réputés non-souverains par la doctrine – nous pensons aux Etats fédérés d'un Etat fédéral pour lesquels la notion d'Etat non-souverain a été spécialement créée<sup>860</sup> – est parfois fortement limité au point d'en devenir illusoire. L'autonomie constitutionnelle d'une collectivité fédérée est, en effet, parfois strictement encadrée par la Constitution de l'Etat fédéral. Alors que Duguit s'appuie sur l'article 17 de la Constitution de Weimar pour corroborer une telle assertion<sup>861</sup>, nous pouvons nous référer à une situation qui nous est plus proche. L'article 51 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 dispose que les cantons doivent se doter d'une Constitution *démocratique*<sup>862</sup> (al. 1) qui doit être garantie par la Confédération. Une telle garantie

---

<sup>858</sup> Les considérations de Jellinek et de Carré de Malberg sont éclairantes sur ce point. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3. et III, 3.4.1.

<sup>859</sup> Duguit (1928), p. 135.

<sup>860</sup> Cf. Beaud (1994a), p. 1263 qui souligne la dimension idéologique de la distinction entre *Souveranität* et *Staatsgewalt* dans le contexte du Reich Bismarckien. Il s'agissait de « soutenir la thèse selon laquelle les Etats membres du Second Reich allemand sont de véritables Etats, bien qu'ils soient soumis à la domination de l'un des Etats membres : la Prusse ».

<sup>861</sup> L'art. 17 de la Constitution de Weimar disposait en effet que « chaque Pays (*Land*) doit avoir une Constitution républicaine (*freistaatlich*). La représentation populaire doit être élue au suffrage universel, égal, direct et secret par tous les Allemands, hommes et femmes, selon les principes de la représentation proportionnelle. Le gouvernement du Pays doit jouir de la confiance de la représentation populaire ».

<sup>862</sup> En ce sens, les constitutions cantonales doivent *a minima* garantir la séparation des pouvoirs, l'élection du parlement cantonal par le peuple et la légitimation démocratique directe ou indirecte des membres du gouvernement. Cf. Alexandre Ruch, n° 7-10 ad art. 51, in : Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroradi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève/St-Gall, Dike, 2008. Pour un aperçu complet de la question, cf. Vincent Martenet, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

n'est pas accordée si la Constitution est contraire au droit fédéral (al. 2), qui contrôle autant qu'il limite l'organisation constitutionnelle des cantons suisses.

Ces quelques exemples suffisent à Duguit pour affirmer que la distinction entre souveraineté et puissance publique est purement artificielle, car la conception d'Etats non souverains ne permet pas, à l'aune des critères proposés, de les distinguer d'autres entités territoriales décentralisées<sup>863</sup>. Dans l'un de ces emportements polémiques dont il était parfois capable, le Doyen de Bordeaux n'hésite pas à déclarer : « *je crois pouvoir dire qu'après quarante années d'études de droit public, je reste convaincu que toutes ces discussions sur le sens et la portée du mot souveraineté sont purement oiseuses, que les expressions souveraineté, pouvoir politique, pouvoir de domination sont synonymes et que l'on peut dire aussi dans le même sens puissance publique* »<sup>864</sup>. Duguit postule ainsi l'identité de la souveraineté et de la puissance publique. Les deux termes recourent le pouvoir des gouvernants de dominer et de briser les résistances individuelles. Dans la mesure où Duguit porte peu de crédit à la controverse sur la différenciation entre la souveraineté et la puissance publique, il ne pousse guère la réflexion plus loin, dans la mesure où la souveraineté et la puissance publique conçues comme un droit constituent deux notions tout autant imaginaires<sup>865</sup>. Avec Olivier Beaud, nous pouvons tenter d'affiner la critique de principe de Léon Duguit. En effet, il est permis de douter que l'autonomie constitutionnelle, *criterium* de tout Etat, puisse se concevoir sans indépendance, marque de la souveraineté. Comment un Etat pourrait-il posséder le pouvoir de s'auto-organiser s'il est tenu par quelque sujétion externe ? Comme l'a implicitement relevé Duguit, la capacité d'auto-organisation constitutionnelle d'une entité fédérée est illusoire si l'Etat fédéral est en mesure de restreindre à l'envi cette faculté<sup>866</sup>. Si la collectivité fédérée n'est pas indépendante, alors elle ne peut librement s'auto-organiser. Sa puissance n'est plus originaire mais dérivée de la puissance de l'Etat fédéral (et souverain) qui peut dessiner unilatéralement les contours de son organisation constitutionnelle<sup>867</sup>.

En outre, la doctrine de Jellinek suivie par Carré de Malberg offre une définition de la souveraineté réduite à la seule indépendance de l'Etat vis-à-vis d'une puissance supé-

<sup>863</sup> Duguit (1928), p. 138.

<sup>864</sup> Duguit (1927), p. 544.

<sup>865</sup> Duguit (1928), p. 138.

<sup>866</sup> Plusieurs années avant Duguit, Louis le Fur avait émis une critique du même ordre. Il relevait qu'une collectivité fédérée n'est jamais libre dans la production de ce droit car elle est toujours soumise à une forme de contrôle politique ou juridique de la part de l'Etat fédéral. Cf. Le Fur (1896), p. 381-394.

<sup>867</sup> Beaud (1994a), p. 1260-1261 : « *l'autonomie d'un pouvoir étatique, dont parle Jellinek, suppose logiquement que ce pouvoir est maître de sa propre sphère en dominant les autres [...]. La définition même de la puissance étatique montre qu'elle est nécessairement originaire comme la souveraineté ; elle ne peut admettre une puissance qui lui soit supérieure, sinon elle cesserait d'être originaire pour devenir une puissance dérivée, c'est-à-dire subordonnée* ».

rieure<sup>868</sup>. Ces auteurs réduisent la notion classique de la souveraineté à son versant externe – marquée par l'indépendance – en négligeant son versant interne, incarnée par la suprématie<sup>869</sup>. La souveraineté interne se définit comme la capacité d'imposer unilatéralement sa volonté à un sujet, ce qui rejoint la définition de la puissance publique<sup>870</sup>. La souveraineté n'est donc pas une qualité simplement accessoire de la puissance de l'Etat, celle-ci n'étant, en revanche, que l'aspect interne de la souveraineté. Dans la mesure où souveraineté et puissance publique apparaissent partiellement équivalentes, il nous est possible de comprendre pourquoi Duguit utilise les deux termes indifféremment. C'est également la démarche que nous avons retenue.

### 3.2 *Le problème de l'origine de la puissance publique*

Il ne faut pas s'y tromper, le but principal de l'entreprise n'est pas de réduire l'opacité de la frontière entre souveraineté et puissance publique, mais bien de démontrer que ces deux notions – quelle que soit leur appellation – ne recouvrent une réalité observable que si on les comprend comme un pouvoir de fait des gouvernants, et non comme un droit. Duguit entend prouver que la puissance publique n'est pas un droit en démontrant que la doctrine n'a été capable de concevoir, de manière scientifiquement valable, ni le titulaire, ni le fondement, ni la portée de ce droit<sup>871</sup>. La question du titulaire a été traitée précédemment lorsque nous avons abordé la personnalité juridique de l'Etat ; le problème de la portée du droit de puissance publique fera l'objet d'une section ultérieure qui traitera des impasses prétendument rencontrées par la doctrine allemande et française dans l'élaboration d'une limite juridique cohérente à la puissance publique. La présente section s'interroge sur le fondement de la puissance publique à travers la question de l'origine du pouvoir de l'Etat. En inscrivant cet objet dans la sphère d'investigation de la science du droit, Duguit opère une rupture décisive avec la tendance positiviste qui se dessine à son époque<sup>872</sup>. Au contraire de Jellinek ou Carré de Malberg, Duguit n'hésite pas à aborder de front la question du pouvoir constituant originaire. Plus précisément, le juriste français examine si les grands récits sur l'origine du pouvoir politique ayant eu cours dans la philosophie politique occidentale résistent à l'épreuve des faits observables. Comme l'a fort justement relevé Carl Schmitt, les hypothèses relatives au titulaire du pouvoir constituant originaire se réduisent, très schématiquement, à deux variantes fondamentales<sup>873</sup>. Dans un premier temps, le pouvoir des gouvernants – en général un seul : le Monarque – a pu être considéré comme un droit conféré par la volonté de Dieu. C'est l'hypothèse théocratique. A

---

<sup>868</sup> Cf. Beaud (1994a), p. 1256-1257.

<sup>869</sup> Ibid., p. 1259.

<sup>870</sup> Ibid., p. 1262.

<sup>871</sup> Duguit (1927), p. 542.

<sup>872</sup> Nous avons déjà abordé la critique de Duguit aux juristes positivistes de son temps sur cette question plus haut. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.1.2.

<sup>873</sup> Cf. Schmitt (1993), p. 213 s.

mesure que cette première hypothèse s'effaçait, le pouvoir des gouvernants a été perçu, dans un second temps, comme un droit issu de la volonté du peuple (ou de la nation dans la tradition française). C'est l'hypothèse démocratique. Dans son œuvre critique de théorie de l'Etat, Duguit cherche précisément à saper ces deux fondements alternatifs du droit subjectif de puissance publique dans le but d'exposer en plein jour le manque de scientificité de cette catégorie juridique.

### 3.2.1 Les doctrines théocratiques

La critique générale du droit subjectif a amené Duguit à faire sienne l'analyse comtienne selon laquelle la hiérarchie de volontés que cette notion implique ne peut s'expliquer qu'en admettant l'existence d'une volonté supérieure à l'individu lui conférant des droits subjectifs pouvant s'imposer à d'autres individus<sup>874</sup>. A cet égard, l'application d'un tel raisonnement au problème de la souveraineté ne peut s'effectuer sans soulever de lourdes interrogations : « *le droit ne peut s'expliquer que par l'intervention d'une volonté supérieure. Si la souveraineté est une volonté supérieure à l'individu, elle peut lui conférer un droit ; mais il faut une volonté supérieure à la souveraineté pour que celle-ci soit un droit* »<sup>875</sup>. Le problème généré par une telle conception apparaît dès lors que l'on analyse la souveraineté à l'aune de son caractère originaire. Si la souveraineté est la puissance suprême, elle ne peut être droit car cela signifierait qu'elle est concédée par une puissance supérieure. La souveraineté cesserait ainsi d'être suprême.

Il serait cependant possible d'admettre que la souveraineté demeure le pouvoir absolu *sur terre*, mais qu'elle est de quelque manière concédée par une volonté supraterrrestre<sup>876</sup>. Duguit accorde un certain crédit à une telle hypothèse car elle demeure en cohérence avec l'idée de la souveraineté perçue comme un droit. La pertinence de cette affirmation peut être démontrée si l'on rappelle deux éléments établis par le juriste français. En premier lieu, il est impossible de prouver qu'une volonté humaine possède une supériorité de nature sur une autre volonté humaine<sup>877</sup>. Sur ce point, Duguit demeure dans le registre de l'affirmation et ne procède pas à la moindre analyse critique des critères de hiérarchisation entre êtres humains (savoir, richesse, origine, etc.). Nous avons cependant vu qu'il s'appuie sur le sentiment de justice inhérent à chaque individu qui le pousse à se sentir l'égal de tout homme. En second lieu, l'approche phénoménologique de l'Etat a montré celui-ci comme un phénomène de différenciation politique entre gouvernés et gouvernants, la « volonté de l'Etat » se réduisant à la volonté de ces derniers. Si la volonté de l'Etat n'est en dernière instance que la volonté des individus gouvernants, alors elle n'est pas d'une nature supérieure à la

<sup>874</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.

<sup>875</sup> Duguit (1927), p. 545.

<sup>876</sup> *Ibid.*

<sup>877</sup> *Ibid.*

volonté des individus gouvernés, puisqu'il ne s'agit que de volontés humaines. Une façon habile de contourner cet écueil est de prétendre que la supériorité substantielle de la volonté des gouvernants est octroyée par une volonté supraterrrestre et non-humaine : la volonté divine.

Cette hypothèse est au fondement des doctrines que Duguit appelle théocratiques. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, il leur consacre une douzaine de pages. Il distingue deux formes de doctrine théocratique. En premier lieu, il rend compte des doctrines du *droit divin surnaturel* qui postulent que Dieu a créé non seulement le pouvoir politique mais qu'il a également désigné la personne ou la lignée de personnes (dynastie) chargée de l'exercice du pouvoir politique<sup>878</sup>. Il s'agissait notamment de la doctrine dominante sous l'Ancien Régime pour justifier la monarchie de droit divin, écarter toute prétention politique du Saint-Siège au sujet du Royaume de France et neutraliser les velléités de souveraineté populaire<sup>879</sup>. En second lieu, il présente les doctrines du *droit divin providentiel*. Celles-ci postulent que le principe du pouvoir est l'œuvre divine mais que les titulaires et les formes de la souveraineté sont une œuvre humaine sous la direction invisible de la Providence divine. Cette position est soutenue par certains théologiens illustres comme Thomas d'Aquin, Bellarmin et Suárez<sup>880</sup>. Les doctrines théocratiques ont le mérite de ne pas essayer de justifier la souveraineté sur un plan strictement humain, ce qui semble impossible à Duguit. Ce faisant, elles postulent l'existence d'une volonté située au-delà de la réalité empirique. Duguit invalide ainsi ces doctrines sur le principe, en raison de leur caractère extrascientifique<sup>881</sup>.

### 3.2.2 Les doctrines « démocratiques »

Léon Duguit se montre peu disert sur les doctrines théocratiques car il a en face de lui un corpus théorique historiquement dépassé et dénué de tout ancrage dans le droit public positif de son temps. Il n'en va pas de même de l'autre groupe de doctrines que le juriste français entend déconstruire. Le droit constitutionnel de la III<sup>e</sup> République était en effet dominé par l'idée que « *l'origine du pouvoir politique [est] dans la volonté collective de la société soumise à ce pouvoir [et] que le pouvoir politique est légitime, parce que et seulement parce qu'il est institué par la collectivité qu'il régit* »<sup>882</sup>. Par cette définition large, Duguit englobe toutes les doctrines qui entendent régler « humainement » le problème de l'hétéronomie par la conception d'une volonté collective supérieure à la volonté individuelle. Les notions de souveraineté populaire et de souveraineté nationale sont ici visées au même titre puisque le titulaire de la souveraineté

---

<sup>878</sup> Ibid., p. 557.

<sup>879</sup> Ibid., p. 564-565.

<sup>880</sup> Ibid., p. 567.

<sup>881</sup> Ibid., p. 557.

<sup>882</sup> Duguit (1927), p. 570-571.

y est à chaque fois un être collectif dont la construction est réputée métaphysique<sup>883</sup>. La distinction entre souveraineté populaire et souveraineté nationale – capitale chez Carré de Malberg – ne touche que peu Léon Duguit. Il importe à Duguit de déconstruire les discours légitimant la supériorité intrinsèque de la volonté collective sur la volonté individuelle. Le critique duguiste vise à démontrer, sur un plan épistémologique, les impasses métaphysiques d'une telle hypothèse autant qu'à dénoncer les conséquences politiques insoutenables d'une telle doctrine. Bien qu'elles prétendent concilier la liberté de l'individu et la souveraineté de l'Etat, ces doctrines aboutissent, selon l'analyse de Duguit, à affirmer la toute-puissance de la collectivité et l'asservissement de l'individu à celle-ci.

### 3.2.2.1 Rousseau

L'étude de l'origine de la souveraineté dans les doctrines démocratiques amène le juriste de Bordeaux à réitérer son examen critique du concept de contrat social. En effet, les doctrines démocratiques ont ceci de commun qu'elles fondent la Cité sur le consentement de ses membres qui renoncent ainsi à leur liberté naturelle pour obtenir la sécurité et la garantie de leurs droits naturels. Ensuite, la réunion des volontés de tous a pour effet capital de former « *une volonté une, [un] moi commun, [une] volonté générale* »<sup>884</sup>. Enfin, cette volonté collective implique la soumission des volontés individuelles à la volonté du groupe, portée, dans la plupart des cas, par un individu ou un collège d'individus dont la volonté sera tenue comme « *volonté de tous et de chacun* »<sup>885</sup>. Duguit passe en revue un nombre certains d'auteurs ayant soutenu pareille conception du contrat social – Hobbes, Locke, Jurieu – mais sa verve critique est essentiellement dirigée contre un auteur en particulier : Jean-Jacques Rousseau. Le crédit dont jouit la doctrine du philosophe genevois dans la tradition républicaine française n'a d'égale que la véhémence avec laquelle Duguit la critique ; il la condamne en la qualifiant de « *purs sophismes [qui] ne démontrent rien* »<sup>886</sup> et accuse Rousseau d'être « *le père du despotisme jacobin, de la dictature césarienne et l'inspirateur des doctrines de l'absolutisme de Kant et Hegel* »<sup>887</sup> (sic !). Lorsque Duguit est invité par la prestigieuse *Harvard Law Review* à exposer sa doctrine de l'Etat et du droit, il consacre un chapitre entier à réfuter la doctrine de l'auteur du *Contrat social*<sup>888</sup>.

<sup>883</sup> Cf. Duguit (1918), p. 175 : « *je qualifie de métaphysiques toutes les doctrines qui voient dans l'Etat un être doué d'une personnalité distincte de celle des individus qui forment le groupe social support de cet Etat, et un être personnel possédant une volonté qui est par nature supérieure aux volontés individuelles et n'a au-dessus d'elle aucune autre volonté. Cette volonté reçoit habituellement le nom de souveraineté* ». La déconstruction duguiste de la personnalité des collectivités a été relatée dans la section précédente. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II.

<sup>884</sup> Duguit (1927), p. 577.

<sup>885</sup> Ibid.

<sup>886</sup> Duguit (1922), p. 97.

<sup>887</sup> Duguit (1917), p. 27.

Duguit rejette aussi fermement la philosophie politique de Rousseau car elle combine plusieurs éléments que le Doyen de Bordeaux cherche à évacuer de la théorie de l'Etat. En effet, la doctrine du citoyen de Genève est à la fois métaphysique (ou fictive), individualiste, subjectiviste et volontariste. En premier lieu, Nous avons eu l'occasion de voir que la théorie du contrat social repose sur l'hypothèse contrefactuelle d'un état de nature où l'homme apparaît détaché de tout lien social. Ce postulat est rejeté en bloc par Duguit au regard de son épistémologie réaliste qui bannit toute notion purement spéculative qui n'est pas dérivée de l'expérience<sup>889</sup>. De même, la théorie du contrat social affirme que la société se constitue par un faisceau concordant de volontés individuelles libres, expliquant l'usage de l'allégorie du contrat. Ce postulat place l'individu en position de priorité logique et d'antériorité historique par rapport à la société, signe de l'individualisme foncier de cette théorie. Ensuite, la perfection du contrat social a pour effet de créer une *personne* morale et collective – tantôt appelé Cité, République, corps politique ou *Etat* – dotée d'une *volonté* propre : la volonté générale<sup>890</sup>. Enfin, la volonté du corps politique est souveraine<sup>891</sup>, et donc supérieure à la volonté de l'individu. La volonté générale peut de ce fait s'imposer à toute volonté individuelle qui tenterait de s'opposer à elle<sup>892</sup>. La théorie du contrat social met ainsi en place – dans la lecture qu'en fait Duguit – l'ensemble du dispositif conceptuel qui sera repris implicitement par la doctrine de droit public en Allemagne mais surtout en France : l'acte d'association scellé par le contrat social donne naissance à une personne morale qui représente la totalité du corps social ; un rapport asymétrique entre deux subjectivités s'installe sur ces prémisses où la personne collective est en mesure d'imposer sa volonté à la personne individuelle. La conception de l'Etat que nous retrouvons chez Esmein ou Carré de Malberg répond à une logique similaire : l'Etat personnifie la nation souveraine et bénéficie à ce titre d'un droit subjectif de commandement sur les individus<sup>893</sup>.

---

<sup>888</sup> Léon Duguit, *The Law and the State*, in : *Harvard Law Review*, vol. 31, n° 1 (nov. 1917), pp. 1-185. Le chapitre sur Rousseau se situe aux pp. 27-39.

<sup>889</sup> Cf. *supra*, 2<sup>e</sup> Partie, II, 1.

<sup>890</sup> Rousseau (1996), p. 54-55 : « A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenait autrefois le nom de Cité, et prend maintenant celui de république ou de corps politique, lequel est appelé par ses membres Etat quand il est passif, souverain quand il est actif, puissance en le comparant à ses semblables ».

<sup>891</sup> Comme le montre Gérard Mairé dans son introduction au *Contrat social*, Rousseau fait sien la conception de la souveraineté fondée par Bodin. L'apport théorique du Genevois réside plus dans ses réflexions sur le sujet de la souveraineté. Cf. *ibid.*, p. 16. Telle est également l'analyse de Duguit. Duguit (1918), p. 189.

<sup>892</sup> *Ibid.*, p. 56-57.

<sup>893</sup> Ce qui n'empêche pas ces deux auteurs d'avoir critiqué l'œuvre de Rousseau sur de nombreux points. Nous avons effleuré la question lors de notre étude de l'œuvre constitutionnelle d'Ad-

La critique de Duguit à l'encontre de Rousseau s'effectue à l'aune de sa stricte épistémologie réaliste. Tout d'abord, l'unanimité des voix s'exprimant lors de la conclusion du contrat social signifie que les membres d'une collectivité veulent une même chose en même temps, mais « rien ne prouve que de ce concours de volontés naisse une volonté distincte des volontés individuelles concourantes »<sup>894</sup>. L'observation ne permet pas de constater qu'un tel saut qualitatif s'opère lors de la réunion de plusieurs volontés concordantes. Pour Duguit, le tout n'est jamais rien de plus que la somme des parties. Le Doyen de Bordeaux ne se gêne pas, par ailleurs, pour soulever les contradictions qui traversent le *Contrat social* sur cette question. Rousseau affirme que la volonté générale ne se réduit pas à la somme des volontés individuelles en même temps qu'il précise que la souveraineté de la volonté générale se caractérise par son indivisibilité. Plus loin, il contredit cette idée en déclarant que chaque citoyen possède une fraction de la souveraineté<sup>895</sup>. Duguit poursuit son analyse critique en relevant que l'existence d'une volonté propre à la collectivité ne suffit pas à fonder *ipso facto* sa légitimité. Bien que collective, la volonté générale demeure une volonté humaine et ne peut s'imposer comme telle à l'individu « car l'affirmation que la collectivité a le pouvoir légitime de commander parce qu'elle est la collectivité est une affirmation d'ordre métaphysique ou religieux, tout aussi bien que l'affirmation du droit divin des rois »<sup>896</sup>. La hiérarchie intrinsèque entre les volontés humaines est un objet de croyance, et non de science positive.

Dans un second temps, la critique que le juriste français oppose au philosophe genevois porte sur un point fondamental à résonance politique. Dans le *Contrat social*, Rousseau tente de concilier la liberté de l'individu et sa soumission à la volonté générale. L'entreprise de Rousseau consiste à démontrer que l'universalité de la volonté générale est la garantie de sa rectitude. Dans le chapitre IV du second livre, Rousseau démontre que la volonté du corps politique est réellement générale dès lors qu'elle s'exprime sur un objet également général et abstrait. Lorsque la volonté générale est amenée à statuer sur une situation individuelle et concrète, la prise de décision prend la forme d'un contentieux où les particuliers intéressés sont une partie opposée au public qui forme l'autre partie. Les citoyens sont alors amenés à trancher un cas qui ne les concerne pas, si bien que leur volonté peut être « portée en cette occasion à l'injustice et sujette à l'erreur »<sup>897</sup>. En revanche, les citoyens appelés à former la volonté gé-

---

hémar Esmein. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.3. Pour une étude spécifiquement consacrée à la relation de Carré de Malberg à l'œuvre de Rousseau, cf. Didier Mineur, La notion de volonté générale chez Carré de Malberg. L'abandon du projet positiviste de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, in : Carlos Miguel HERRERA (éd.), *Rousseau chez les juristes. Histoire d'une référence philosophico-politique dans la pensée juridique*, Paris, Kimé, p. 83-94.

<sup>894</sup> Duguit (1927), p. 582.

<sup>895</sup> Rousseau (1996), p. 89.

<sup>896</sup> Duguit (1927), p. 583.

<sup>897</sup> Rousseau (1996), p. 66.

nérale sur un objet général et abstrait devront concevoir une réglementation s'appliquant également à leur situation. Leur décision sera ainsi susceptible de s'appliquer à tous et donc à eux, si bien que « *chacun se soumet nécessairement aux conditions qu'il impose aux autres : accord admirable de l'intérêt et de la justice* »<sup>898</sup>. Ainsi, la volonté générale est dirigée vers l'intérêt de tous et non vers un intérêt particulier. A cet égard, Rousseau admet qu'un acte n'est réellement souverain que lorsque l'ensemble du peuple statue pour l'ensemble du peuple. La loi devient ainsi l'acte de souveraineté par excellence car son caractère général et abstrait garantit la concordance du sujet et de l'objet de la décision<sup>899</sup>. Dans la mesure où le citoyen élabore la loi auquel il est soumis, il n'obéit en rien à une volonté étrangère mais en réalité à sa propre volonté<sup>900</sup>. Dès lors, le problème de l'hétéronomie semble réglé sans le moindre recours à une quelconque transcendance.

La critique de Duguit consiste à s'éloigner de ces arguments à la logique formelle parfaite pour se concentrer sur les modalités pratiques de formation de la volonté générale. La constitution de toute volonté collective implique – sauf quelques rares cas d'unanimité<sup>901</sup> – la formation concomitante d'une majorité et d'une minorité. En ce sens, ce n'est pas réellement la volonté générale qui s'impose, mais plutôt la « *volonté d'un groupe ayant la majorité qui prétend s'imposer à la minorité* »<sup>902</sup>. L'Etat dont le pouvoir est bâti sur le principe de la souveraineté populaire demeure ainsi – en conformité avec l'approche phénoménologique adoptée par Duguit – un phénomène de plus grande force, où la différenciation entre gouvernants et gouvernés s'établit selon un facteur numérique, les plus forts étant simplement les plus nombreux<sup>903</sup>. Rousseau avait cependant prévu cette objection. Dans le *Contrat social*, il reconnaît que tout individu peut avoir une volonté particulière contraire à la volonté générale<sup>904</sup>. Dans l'esprit du philosophe genevois, les individus qui se situent dans la minorité se sont en réalité mépris sur la nature de la volonté générale car celle-ci se détermine par la majorité des suffrages exprimés<sup>905</sup>. Pour cette raison, la voix de la majorité oblige toujours

---

<sup>898</sup> Ibid., p. 67.

<sup>899</sup> Ibid., p. 71 : « *Quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même ; et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi* ».

<sup>900</sup> Ibid., p. 67.

<sup>901</sup> Chez Rousseau, seul le Contrat social exige l'unanimité des membres. L'homme étant naturellement libre, son intégration dans la société exige son consentement volontaire. Ibid., p. 127-128.

<sup>902</sup> Duguit (1918), p. 186 ; Duguit (1927), p. 582.

<sup>903</sup> Ibid., p. 662.

<sup>904</sup> Rousseau (1996), p. 56.

<sup>905</sup> Ibid., p. 128 : « *Quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur : chacun en donnant son suffrage dit*

la minorité<sup>906</sup>. Rousseau admet, de ce fait, que quiconque refuse d'obéir à la volonté générale doit y être contraint, ce qui signifie qu'on le contraint à « être libre »<sup>907</sup>.

Léon Duguit ne va pas plus loin dans l'analyse de la pensée politique de Rousseau. Le juriste français le critique en maints endroits, toujours à l'aide de la même collection d'extraits. Le but de Duguit est de démontrer que la doctrine de Rousseau culmine dans l'absolutisation du pouvoir de l'Etat et dans l'asservissement de l'individu à la volonté de ce dernier. Contrairement à l'ambition théorique de Rousseau, le contrat social ne permet pas à l'individu de conserver sa liberté. L'individu est entièrement assujéti au corps politique et à la volonté générale qui en émane. Les deux termes de cette proposition forment, selon Duguit, les sources de l'imposture que constitue la philosophie politique de Rousseau. Le corps politique n'est constitué que de la somme des volontés individuelles de ses membres. En conséquence, les manifestations de la « volonté générale » ne sont pas l'émanation d'une personnalité collective qui engloberait l'ensemble des citoyens mais sont constituées par les suffrages de la majorité des membres de l'assemblée populaire. Au lieu de continuer d'être libre, l'individu opposé à la volonté générale subit la contrainte du groupe majoritaire exercée contre les membres de la minorité. Sur le fond, la critique de Duguit rejoint la tradition libérale de Constant et Tocqueville qui trace une homologie entre la souveraineté monarchique et la souveraineté populaire telle que l'entendait Rousseau, en ceci qu'il ne s'agirait que de deux variétés d'absolutisme. Au droit divin du Roi l'on aurait substitué le pouvoir absolu du peuple – en fait de la majorité – sans instaurer le moindre mécanisme de contrôle du détenteur du pouvoir souverain<sup>908</sup>.

La défiance affichée par Duguit envers l'œuvre de Rousseau le place au faîte de l'hostilité que nourrit la doctrine publiciste française de son temps à l'encontre de l'auteur du *Contrat social*. Des auteurs aux orientations doctrinales aussi variées que Roger Bonnard, Adhémar Esmein et Maurice Hauriou critiquent avec sévérité la philosophie politique de Rousseau. Ils y perçoivent les prémisses de la terreur jacobine et une

---

*son avis là-dessus et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eût emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre ».*

<sup>906</sup> Ibid.

<sup>907</sup> Ibid., p. 57.

<sup>908</sup> Duguit (1927), p. 587 : « *La Révolution [française], faite pour protéger l'individu contre l'absolutisme monarchique fondé sur le droit divin des rois, fut au premier chef légitime. Qu'on prenne garde de lui substituer l'absolutisme démocratique, fondé sur le droit divin du peuple. Qu'on comprenne que des garanties doivent être prises contre le despotisme des assemblées populaires, plus énergiques encore peut-être que celles établies contre le despotisme des rois. Une chose injuste reste telle, alors même qu'elle est ordonnée par le peuple ou ses représentants, aussi bien que si elle était ordonnée par un prince. Avec le dogme de la souveraineté populaire on est trop enclin à l'oublier ».*

œuvre dont l'élégance du style dissimule des constructions métaphysiques visant à asservir l'individu à la communauté<sup>909</sup>. En Allemagne, Otto von Gierke et Georg Jellinek développent, à la même époque, une dénonciation similaire de l'absolutisme de la souveraineté populaire défendue par Rousseau et des risques qu'elle fait courir à la liberté de l'individu<sup>910</sup>. Cette position de la doctrine de droit public à l'égard de l'idée de souveraineté populaire doit s'inscrire dans un contexte idéologique plus large. Le questionnement critique de la souveraineté populaire est né des doutes suscités par la démocratisation croissante de la vie politique dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, marquée par une forte mobilisation politique et l'émergence des partis de masse<sup>911</sup>. En France, c'est essentiellement le choc traumatique provoqué par la Commune de Paris qui amena une partie des intellectuels à réaliser la nécessité d'endiguer et de canaliser le pouvoir des masses, notamment afin de protéger les minorités du pouvoir de la majorité<sup>912</sup>.

Habituellement peu enclin à suivre la tendance dominante de la doctrine de son temps, Duguit semble ici s'inscrire dans ce courant. A cet égard, l'ascendant exercé par Auguste Comte sur le juriste français a certainement influencé Duguit dans la critique qu'il oppose à Rousseau. Dans son *Cours de philosophie positive*, Comte procède à une remise en cause de l'œuvre de Rousseau à l'aide d'un argumentaire similaire à celui qu'adoptera Duguit. Selon Comte, Rousseau est le représentant par excellence de la philosophie politique « métaphysique »<sup>913</sup>. La raison d'une telle qualification réside dans la conception rousseauiste de l'état de nature<sup>914</sup>. La doctrine de Rousseau est métaphysique car elle cherche à déterminer la cause originaire de la société dans un état présocial de l'homme que ne corrobore aucune étude scientifique des faits. Outre le caractère imaginaire des concepts développés par Rousseau, Comte dénonce plus spécifiquement dans la notion de volonté générale un « *dogme politique* » qui vise à transférer au peuple un droit divin de commandement jadis dévolue au Monarque<sup>915</sup>.

---

<sup>909</sup> Boudon (2013), p. 50-53.

<sup>910</sup> Herrera (2013), p. 11-12.

<sup>911</sup> Cf. Hobsbawm (1989), p. 115 s.

<sup>912</sup> *Ibid.*, p. 132 ; Deux ouvrages symptomatiques de cette tendance sont certainement ceux de Charles Benoist, *La crise de l'Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel*, Paris, Didot, 1897 et de Nicolas Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle : étude historique, juridique et politique*, Paris, A. Rousseau, 1899. Saripolos emploie un vocabulaire identique à celui qu'adoptera Duguit, affirmant que l'argumentation qu'emploie Rousseau pour justifier le pouvoir de la majorité n'est constituée que de « *fictions* » aux conséquences « *monstrueuses* », cf. p. 210-211.

<sup>913</sup> Comte (2012), p. 55.

<sup>914</sup> La critique du guiste de la notion d'état de nature est identique, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.1.

<sup>915</sup> Comte (2012), p. 52-53 ; Comte ajoute à cela une critique élitiste, arguant que la souveraineté populaire est un puissant facteur d'anarchie, puisqu'elle condamne « *indéfiniment tous les supérieurs à une arbitraire dépendance envers la multitude de leurs inférieurs* ».

De ce fait, la doctrine de Rousseau ne représente pas un réel progrès par rapport à la philosophie politique propre à l'état théologique de la connaissance humaine<sup>916</sup>.

### 3.2.2.2 Kant

Aux yeux de Duguit, Rousseau est l'un des fondateurs de la doctrine métaphysique de l'Etat dont la postérité dans la doctrine publiciste au tournant du XX<sup>e</sup> siècle est patente aux yeux de Duguit. Pour mémoire, celle-ci repose sur le double postulat de la personnalité de l'Etat et du droit subjectif de puissance publique. Cependant, Duguit affirme à maintes reprises que ces deux postulats proviennent de la doctrine allemande, dont le juriste français est l'un des plus sévères contempteurs. Cette hostilité à la pensée allemande atteint son paroxysme dans l'article intitulé *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel* publié en 1918 à la *Revue de droit public*. La date de publication n'est pas anodine puisqu'elle correspond à la fin du premier conflit mondial<sup>917</sup>. Duguit, comme d'autres juristes de son époque<sup>918</sup>, a été atteint par la germanophobie qui imprégnait alors le climat intellectuel de la société française. Dans cet article, Duguit élabore une dichotomie sommaire entre la « doctrine allemande », dédiée à l'apologie de la force et à l'absolutisation du pouvoir de l'Etat, et la « doctrine française », toujours préoccupée de protéger la liberté contre la puissance de l'Etat<sup>919</sup>. Après l'étude de l'œuvre de Rousseau – dont il affirme qu'elle est étrangère à l'esprit français – Duguit s'attaque en toute logique à la philosophie politique allemande, en ciblant deux figures de proue de l'idéalisme allemand : Kant et Hegel.

Il n'est pas extravagant que l'examen du système de Kant succède à l'analyse de l'œuvre de Rousseau ; l'influence du contractualisme développé par le citoyen de Genève sur la philosophie politique de Kant fut – de l'aveu même de l'intéressé – considérable<sup>920</sup>. Duguit ne manque pas de remarquer que la philosophie politique des deux auteurs converge sur plusieurs points capitaux. Les deux philosophes placent l'origine de l'Etat dans le contrat social. Cet acte met un terme à l'état de nature<sup>921</sup> et inaugure

<sup>916</sup> Comte (2012), p. 57 ; Sur la loi des trois états de Comte, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>917</sup> L'article en question est en réalité un extrait d'une longue contribution offerte par Duguit à la *Harvard Law Review*, publiée en novembre 1917.

<sup>918</sup> L'exemple le plus frappant étant Carré de Malberg, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.1. Nous avons également eu l'occasion de relever les traces d'une telle hostilité chez Esmein, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.1

<sup>919</sup> Duguit (1918), p. 172 : « [Les doctrines allemandes] depuis Kant jusqu'à Ihering et Jellinek, sont presque toutes une apologie de la force, et, sous le couvert de théories juridiques, n'ont d'autre objet que de fonder l'absolutisme de l'Etat et surtout [...] quand au contraire l'effort opiniâtre et constant de la doctrine juridique française a toujours été depuis 1789 jusqu'à nos jours d'établir le fondement solide d'une limitation juridique au pouvoir de l'Etat et d'en assurer la sanction ».

<sup>920</sup> Cf. Herb (1996), p. 102.

<sup>921</sup> Chez Kant, l'état de nature ne signifie pas absence de société comme chez Rousseau. Il signifie absence de législation et de juridiction pour contrer le risque de violence de tous contre tous. Cf. Goyard-Fabre (1996), p. 153.

l'état civil par la création d'une autorité supérieure, l'Etat, capable de limiter la liberté naturelle de l'homme afin d'assurer la liberté de tous et de mettre un terme à l'insécurité et à la violence propres à l'état de nature<sup>922</sup>. Comme Rousseau, Kant est convaincu que la constitution de l'Etat implique que l'homme abandonne sa liberté naturelle pour cependant la retrouver aussitôt comme membre d'une République. L'homme abandonne la liberté sauvage et déréglée de l'état de nature pour retrouver une liberté intacte dans l'état civil, où sa liberté est garantie par la contrainte des lois publiques<sup>923</sup>. A l'instar de Rousseau, Kant estime que la généralité de la loi est la condition de sa rectitude. Elle assure que la loi sera confectionnée comme si elle émanait de la volonté concordante et unifiée de tous<sup>924</sup>, si bien qu'en obéissant à la loi, le citoyen ne fait qu'obéir à sa propre volonté<sup>925</sup>.

Kant prend soin de souligner l'absence de toute base empirique du contrat social<sup>926</sup>. Chez le philosophe de Königsberg, le droit ne naît jamais du fait<sup>927</sup>. Le contrat social n'est en rien un événement qui pourrait être situé chronologiquement à l'aide d'un travail archéologique classique. Il consiste en une idée régulatrice de la raison pratique qui indique le mode de constitution d'une association politique apte à sauvegarder la liberté des membres de l'association. L'idée de contrat social est donc revêtue d'un caractère transcendantal et non empirique<sup>928</sup>. Kant élabore donc l'Etat tel qu'il doit être (*Sollen*), un Etat « *selon l'Idée* »<sup>929</sup>, pour se trouver en conformité avec les principes de la Raison pratique, et non tel qu'il est (*Sein*) empiriquement<sup>930</sup>. Ces précisions épistémologiques ne pouvaient que condamner la doctrine de Kant à l'aune du réalisme strict défendu par Duguit. La théorie kantienne de l'Etat est un modèle de doctrine métaphysique, puisqu'elle repose intégralement sur des concepts *a priori*<sup>931</sup>.

---

<sup>922</sup> Kant (1971), p. 188-189 ; Goyard-Fabre (1996), p. 163.

<sup>923</sup> Kant (1971), p. 198.

<sup>924</sup> Dans son essai *Sur le lieu commun*, Kant en déduit un impératif catégorique à destination du législateur : « *toute personne qui légifère [doit] produire ses lois de telle façon qu'elles puissent être nées de la volonté unie de tout un peuple et à considérer tout sujet, dans la mesure où il veut être citoyen, comme ayant donné son suffrage à une telle volonté. Car c'est la pierre de touche de la conformité au droit de toute loi publique* ». Cf. Herb (1996), p. 104.

<sup>925</sup> Kant (1971) p. 196 : « *le pouvoir législatif ne peut appartenir qu'à la volonté unifiée du peuple. En effet comme c'est d'elle que doit procéder tout droit, elle ne doit par sa loi pouvoir faire, absolument d'injustice à quiconque. Or il est toujours possible, lorsque quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, qu'il lui fasse, ce faisant, tort, mais ce n'est point le cas en qu'il décide à l'égard de soi [...] Il n'y a donc que la volonté unie et unifiante de tous, dans la mesure où chacun décide la même chose sur tous et tous sur chacun, il n'y a donc que la volonté collective d'un peuple qui puisse être législative* ».

<sup>926</sup> Cf. Herb (1996), p. 103.

<sup>927</sup> Cf. Goyard-Fabre (1996), p. 162.

<sup>928</sup> *Ibid.*, p. 163 s.

<sup>929</sup> Kant (1971), p. 195.

<sup>930</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>931</sup> Duguit (1918), p. 193.

L'Etat de Kant n'est rien d'autre qu'un Idéal platonicien posé en amont de toute expérience<sup>932</sup>. Plutôt que de procéder à la description du phénomène étatique à la lumière des faits, Kant décrit l'idée qu'il se fait de l'Etat ; sa doctrine est oblitérée par sa *pré-notion* de l'Etat et ne remplit donc pas les critères de scientificité élaborés par Durkheim et repris par Duguit<sup>933</sup>. Le juriste français remarque que Kant succombe au même mirage que Rousseau lorsqu'il s'agit de concevoir la volonté générale. Le philosophe allemand la conçoit comme un concept abstrait, sans jamais l'inscrire dans ses manifestations phénoménales, sans quoi il aurait perçu que la volonté dite générale s'inscrit dans la réalité observable comme la simple agrégation des volontés d'une majorité d'individus<sup>934</sup>.

La dénonciation du caractère métaphysique de la philosophie politique kantienne ne constitue cependant pas le cœur du propos de Duguit. Il importe au Doyen de Bordeaux de démontrer que la pensée politique de Kant, auteur allemand, divinise le pouvoir de l'Etat d'une façon telle qu'elle a pu servir de moyen de légitimation aux prétentions « *absolutistes et impérialistes* » qui auraient été celles de l'Allemagne de 1914<sup>935</sup>. A cette fin, Duguit procède à une lecture sélective et orientée du corpus kantien. Pour le juriste français, il n'est pas question de parler du sens de l'impératif catégorique, du droit cosmopolitique ou du projet de paix perpétuelle du philosophe allemand. Il s'agit seulement de présenter certains passages de l'œuvre de Kant qui affirment autant qu'ils légitiment le caractère absolu du pouvoir de l'Etat, et dont Duguit propose une lecture très littérale, alors même que la philosophie politique de Kant peut difficilement se comprendre hors de son contexte historique<sup>936</sup>.

Ce sont essentiellement les passages de la *Doctrine du droit* consacrés au droit de résistance qui forment la matière principale de l'acte d'accusation que dresse Duguit à l'encontre de Kant. Dans un long appendice, Le philosophe allemand déclare que « *l'origine du pouvoir suprême est pour le peuple, qui y est soumis, insondable au point de vue pratique, c'est-à-dire que le sujet ne doit pas discuter activement cette origine comme d'un droit contestable relativement à l'obéissance qu'il lui doit* »<sup>937</sup>. Une telle assertion n'est pas justifiée empiriquement, mais reçoit – conformément

<sup>932</sup> Cf. Herb (1996), p. 108.

<sup>933</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>934</sup> Duguit (1918), p. 202.

<sup>935</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>936</sup> Cf. Tosel (1988), p. 13 s. Admirateur de la Révolution française, Kant dut faire face à la censure exercée par le gouvernement prussien. Le philosophe de Königsberg fut donc contraint d'user d'un art d'écrire basé sur un jeu subtil « *d'ambiguïtés, de contradictions feintes et de thèses à demi dévoilées* ». Il n'est ainsi guère possible de saisir la portée véritable de la philosophie politique kantienne par le biais d'une lecture littéraliste, aveugle à cette ruse d'écriture pratiquée par Kant. Sur cette duplicité kantienne, cf. Domenico Losurdo, *Autocensure et compromis dans la pensée politique de Kant*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1993.

<sup>937</sup> Kant (1971), p. 201.

aux principes de base de la philosophie kantienne – un fondement transcendantal. L'incontestabilité du pouvoir de l'Etat tient dans la fondation rationnelle de l'état civil. Celui-ci met un terme à la violence déréglée de l'état de nature et lui substitue le règne de la loi commune – émanation de la volonté de tous – seule capable d'assurer la conciliation de la liberté de chacun à la liberté de tous. Reconnaître un droit de résistance à l'individu reviendrait à admettre qu'un individu ou un groupe d'individus puisse opposer sa loi particulière à la volonté générale du peuple unifié, condition de la liberté dans l'état civil<sup>938</sup>. De même, l'admission d'un droit de résistance au bénéfice du peuple reviendrait, en tout illogisme, à reconnaître, un droit du peuple de détruire le pouvoir qu'il a lui-même érigé. De surcroît, la résistance à l'Etat et son renversement potentiel ne constituerait rien d'autre qu'un état marqué par une absence complète de loi et donc une rechute dans l'anarchie de l'état de nature<sup>939</sup>. C'est donc par un impératif de la raison pratique que l'obéissance au pouvoir de l'Etat est requise en toute circonstance<sup>940</sup>.

Duguit porte peu d'intérêt aux motifs qui poussent Kant à refuser un quelconque droit de résistance au peuple. Ils reposent pour l'essentiel sur l'idée de contrat social et de volonté générale dont Duguit estime avoir démontré le caractère fictif et métaphysique lors de sa critique de Rousseau : le contrat social est une fiction intenable en science positive autant que le concept de volonté générale n'est que le masque illusoire du pouvoir de la majorité. Le juriste français préfère s'attarder sur les conséquences que Kant déduit de l'impossibilité de construire juridiquement un droit de résistance qui démontreraient que Kant a été « *malgré son rêve de paix perpétuelle, un des grands artisans des conceptions impérialistes et absolutistes de l'Allemagne actuelle* »<sup>941</sup>. Duguit affirme que Kant confère un caractère divin à l'Etat. Comme l'affirme un passage éloquent de la *Doctrine du droit* que Duguit se plaît à citer, Kant déclare qu'un citoyen qui entendrait résister à l'autorité actuellement régnante peut être « *entièrement avec droit, puni, mis à mort ou banni* »<sup>942</sup>, ce qui démontrerait le caractère divin du pouvoir de l'Etat car « *une loi qui est si sacrée (inviolable), qu'au point de vue pratique la mettre en doute, donc en suspendre l'effet un moment, est déjà un crime, ne peut être représentée comme ayant sa source chez les hommes, mais chez quelque législateur*

---

<sup>938</sup> Cf. Goyard-Fabre (1996), p. 202.

<sup>939</sup> Ibid., p. 203

<sup>940</sup> Kant (1971), p. 255 : « *Bien qu'une constitution juridique puisse être affectée de grands défauts et de grossières fautes et avoir besoin l'une après l'autre d'importantes améliorations, il est cependant interdit et punissable de lui résister ; c'est que si le peuple se tenait en droit de pouvoir opposer la violence d'une part à cette constitution, bien qu'elle soit encore défectueuse, et d'autre part à l'autorité suprême, il s'imaginerait avoir le droit de mettre la violence à la place de la législation suprême prescrivant souverainement tous les droits, ce qui produirait une volonté suprême se détruisant elle-même* ».

<sup>941</sup> Duguit (1918), p. 203.

<sup>942</sup> Kant (1971), p. 201.

*suprême et infaillible et telle est la signification de cette assertion : « Toute autorité vient de Dieu », qui n'exprime pas un fondement historique à la constitution civile, mais une Idée comme principe pratique de la raison : on doit obéir au pouvoir législatif actuellement existant, qu'elle qu'en puisse être l'origine »<sup>943</sup>. De la divinisation de l'Etat découle en ligne directe une absolutisation de son pouvoir puisque « dans l'Etat le souverain [Herrscher] n'a que des droits envers les sujets et pas de devoirs »<sup>944</sup>. Le propre de l'union civile, selon Kant, tient dans la subordination des sujets au souverain. Il n'existe entre eux qu'un rapport vertical de commandement et d'obéissance, et jamais une relation horizontale de coordination de droits et de devoirs réciproques<sup>945</sup>.*

Duguit constate ensuite le « glissement »<sup>946</sup> qu'opère Kant dans la détermination du titulaire de la souveraineté. Chez Rousseau, seule la volonté générale exprimée par le peuple bénéficie de l'irrésistibilité de la volonté souveraine. En revanche, Kant l'étend au *régent* soit à l'individu ou au groupe d'individu exerçant le pouvoir exécutif<sup>947</sup>. Kant affirme certes qu'un gouvernement qui serait également législateur doit être qualifié de despotique<sup>948</sup>. Cependant, il ne tolère aucune résistance à l'égard de l'exécutif, même en cas d'abus de ce dernier<sup>949</sup>. Le peuple ne peut jamais opposer une résistance active au gouvernement, tout au plus peut-il manifester une résistance négative, c'est-à-dire par un refus du Parlement de consentir à toutes les exigences du gouvernement sous prétexte de l'administration de l'Etat<sup>950</sup>. Quant à la personne qui porterait atteinte à la vie du régent, Kant qualifie son action tyrannicide de « *haute trahison* » et n'envisage que la peine de mort comme châtement adéquat<sup>951</sup>. Kant semble ainsi placer ainsi le pouvoir exécutif sur un pied d'égalité avec le pouvoir législatif. L'Idée d'Etat dégagée par le philosophe allemand implique – et Kant de distingue de Rousseau sur ce

<sup>943</sup> Ibid., en ce sens, même le pouvoir issu d'une révolution illégale doit, une fois qu'il constitué, être obéi par les sujets de la même façon qu'un pouvoir légal et régulier, cf. Ibid., p. 205.

<sup>944</sup> Ibid.

<sup>945</sup> Cf. cette affirmation explicite de Kant : « *L'union civile elle-même (unio civilis) peut à peine s'appeler une société ; car entre le souverain (imperans) et le sujet (subditus) il n'y a pas de communauté [Mitgenossenschaft], ils ne sont pas associés : ils sont subordonnés l'un à l'autre et non coordonnés* ». Kant (1971), p. 188.

<sup>946</sup> Cf. Goyard-Fabre (1996), p. 203.

<sup>947</sup> Kant (1971), p. 199.

<sup>948</sup> Ibid.

<sup>949</sup> Ibid., p. 201-202 : « *Si l'organe du souverain, le régent, procède contrairement aux lois, si par exemple en ce qui touche les impôts, le recrutement, etc., il agit contre la loi de l'égalité dans la répartition des charges de l'Etat, alors le sujet peut bien opposer des plaintes, mais à cette injustice il ne saurait opposer quelque résistance* ». Dans sa lecture, Duguit a manqué le passage où Kant affirme que le souverain peut déposer le régent. Cf. Ibid., p. 199.

<sup>950</sup> Ibid., p. 204-205.

<sup>951</sup> Ibid., p. 203. Duguit précise qu'il approuve – sans toutefois l'expliquer – la condamnation du tyrannicide par Kant. Cf. Duguit (1918), p. 207.

point – que la volonté générale s'incarne en trois personnes morales<sup>952</sup> investies de trois pouvoirs complémentaires. Chacun possède une nature distincte mais exerce néanmoins une fonction nécessaire dans la logique du pouvoir de l'Etat qui s'exprime comme un rapport de celui qui commande à celui qui obéit<sup>953</sup>. Kant présente ainsi cette logique du politique sous la forme d'un syllogisme : le législateur crée la loi générale (majeure), l'exécutif donne l'ordre de se conduire selon la loi (mineure) et le pouvoir judiciaire dit ce qui est de droit dans un cas particulier (conclusion)<sup>954</sup>. En ce que ces trois pouvoirs procèdent nécessairement de l'Idée d'Etat, chaque pouvoir est investi d'une dignité égale et ainsi chacun se voit octroyer un même caractère impérieux : la volonté du législateur est irréprochable car elle exprime la volonté générale qui ne peut errer, la volonté exécutive est irrésistible car elle est celle qui ordonne et contraint, la volonté judiciaire – quand elle émane du juge suprême – est irrévocable car elle ne peut faire l'objet d'appel<sup>955</sup>. Kant affirme enfin que ce n'est que dans la conjonction de ces trois pouvoirs que réside le « *salut de l'Etat* »<sup>956</sup>.

Au lieu de voir dans cette triade des pouvoirs une préfiguration de la théorie des organes de l'Etat<sup>957</sup>, Duguit préfère ironiser sur le caractère implicitement religieux de la doctrine kantienne. Le juriste bordelais reprend la critique que Rousseau adressait à la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu. Kant serait à l'image de « *ces charlatans du Japon qui dépècent, dit-on, un enfant aux yeux des spectateurs, puis jetant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, font retomber l'enfant vivant et tout rassemblé* »<sup>958</sup>. Le philosophe de Königsberg morcelle l'Etat en trois pouvoirs tout en prétendant conserver son unité. Comme Rousseau, Duguit estime qu'il y a là un mystère que les auteurs qui prétendent concilier l'unité de l'Etat à la division de sa volonté entre différents pouvoirs n'expliquent jamais. Il y a là, affirme Duguit, un mystère de la trinité politique calquée sur le modèle de la trinité divine : « *comme Dieu le fils est engendré par Dieu le père et divin comme lui, de même le pouvoir exécutif est engendré par le pouvoir législatif et souverain comme lui. La souveraineté est une et indivisible ; elle comprend cependant dans l'unité de son essence trois éléments, chacun personnifié et tous également souverains, comme chacun des attributs*

---

<sup>952</sup> Le terme apparaît explicitement sous la plume de Kant. Kant (1971), p. 198.

<sup>953</sup> Ibid.

<sup>954</sup> Ibid., p. 195.

<sup>955</sup> Kant (1971), p. 198.

<sup>956</sup> Ibid., p. 200 : « *Il y a donc trois pouvoirs différents (potestas legislatoria, executoria, iudicatoria), par lesquels l'Etat (civitas) a son autonomie, c'est-à-dire se forme et se conserve lui-même d'après les lois de la liberté. C'est dans leur union que réside le salut de l'Etat (salus reipublicae suprema lex est), par où il ne faut entendre ni le bien du citoyen, ni son bonheur* ».

<sup>957</sup> Kant en est proche à cette différence près que les organes de l'Etat constituent autant de personnes morales à ses yeux. Les tenants de la personnalité de l'Etat nieront catégoriquement que les organes de l'Etat disposent d'une quelconque personnalité juridique, rendant plus aisé la construction de l'unité de l'Etat.

<sup>958</sup> Rousseau (1996), p. 62.

*divins est une personne divine* »<sup>959</sup>. Le juriste français ne pousse pas plus loin l'analyse de l'analogie entre trinité politique et trinité divine ; il préfère en souligner la conséquence pratique : au lieu d'être soumis à un seul pouvoir souverain, l'individu est soumis à trois pouvoirs souverains auxquels il lui est interdit de résister<sup>960</sup>. Le cortège de mystifications métaphysiques qui traverse la philosophie politique kantienne serait orienté vers un seul but : renforcer le pouvoir absolu de le l'Etat au détriment de l'individu. Cela achèverait de démontrer que la doctrine politique de Kant n'est en rien l'héritière des idéaux de 1789. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose, en effet, que la *résistance à l'oppression* est un droit naturel et imprescriptible de l'homme<sup>961</sup>.

La lecture de l'œuvre de Kant proposée par Duguit est assez singulière au regard de la réception générale du kantisme dans les milieux intellectuels français. Il y eut certes des auteurs pour reprocher au kantisme d'être contraire aux traditions françaises. Cependant, il s'agissait pour l'essentiel d'écrivains et d'essayistes proches des milieux nationalistes liés à Maurice Barrès ou à l'Action Française de Charles Maurras<sup>962</sup>, dont les convictions politiques étaient aux antipodes de celles de Duguit<sup>963</sup>. Si ces auteurs réactionnaires attaquaient Kant, c'était en réalité pour mieux attaquer les doctrines républicaines<sup>964</sup>. Il n'est possible de saisir la portée de telles attaques qu'en prenant mesure de l'ampleur de l'accueil favorable réservé à l'œuvre de Kant par plusieurs intellectuels français à la suite de la guerre franco-allemande de 1870. Il était alors de coutume d'opposer Kant au bellicisme de l'Allemagne impériale, en soutenant la thèse des « deux Allemagnes » qui reposait sur l'opposition schématique entre l'Allemagne de Kant favorable aux idéaux de 1789 et l'Allemagne impérialiste de Bismarck et, plus tard, de Guillaume II dont l'hégélianisme aurait été l'expression philosophique<sup>965</sup>. Pour de nombreux philosophes (dont Charles Renouvier, Jules Lachelier, Emile Boutroux et Désiré Nolen), la chute du second Empire constitua une occasion unique de refonder la République par la propagation de principes moraux solides, dont la doctrine kantienne de l'impératif catégorique constituait un modèle privilégié<sup>966</sup>. On se situe loin des affirmations de Duguit sur l'incompatibilité manifeste du corpus conceptuel kantien aux principes fondateurs de la République française. L'explication d'une telle divergence tient peut-être dans l'indifférence affichée par Duguit

<sup>959</sup> Duguit (1918), p. 206.

<sup>960</sup> Ibid., p. 199.

<sup>961</sup> Duguit (1918), p. 211.

<sup>962</sup> Digeon (1959), p. 336.

<sup>963</sup> Cf. Giacuzzo (2014), p. 23.

<sup>964</sup> Digeon (1959), p. 336.

<sup>965</sup> Ibid., p. 334 ; Losurdo (1994), p. 54 ss ; Giacuzzo (2014), p. 11 ; cf. l'article paru dans l'édition du 15 décembre 1870 de la *Revue des deux mondes*, La morale de la guerre. Kant et Bismarck, tome 90, p. 577-594.

<sup>966</sup> Cf. Digeon (1959), p. 334-336.

envers la philosophie morale de Kant, le juriste français préférant se concentrer sur différents traits de la théorie kantienne de l'Etat.

### 3.2.2.3 Hegel

Duguit conclut sa généalogie des philosophies politiques « absolutistes » par un examen des *Principes de la Philosophie du droit* de Hegel. L'étude de la théorie du droit et de l'Etat de ce dernier occupe près des deux tiers de l'article que Duguit publie sur Rousseau, Kant et Hegel en 1918<sup>967</sup>. Deux éléments complémentaires d'explications peuvent être avancés pour comprendre la place prépondérante que Duguit consacre à Hegel. En premier lieu, la complexe systématisme du propos hégélien exige une restitution globale afin de saisir la progression logique des différents moments constitutifs du discours. Duguit s'évertue ainsi de rendre compte de la totalité des *Principes de la philosophie du Droit*, un ouvrage qui n'est lui-même qu'un maillon du système philosophique de Hegel<sup>968</sup>. En second lieu, il faut garder en mémoire la persistante réputation de « *philosophe officiel de l'Etat prussien et de la restauration* » qui a recouvert le nom de Hegel peu après sa mort<sup>969</sup>. Duguit souscrit pleinement à cette représentation d'un Hegel partisan du pouvoir absolu de l'Etat. Encore plus que Rousseau ou Kant, le philosophe de Iéna serait le concepteur par excellence de cette doctrine mensongère où l'Etat apparaît comme le lieu d'une synthèse harmonieuse entre le particulier et le collectif et où la souveraineté de l'Etat ne serait en rien la négation de la liberté individuelle, mais la condition de son effectuation. Hegel serait ainsi la caution philosophique des doctrines publicistes que Duguit combat, puisque la souveraineté de l'Etat devient, sous la plume de Hegel, la réalisation d'une idée morale<sup>970</sup>. La déconstruction de la théorie de l'Etat du philosophe allemand devient alors une étape essentielle de l'œuvre critique de Duguit.

Le juriste français débute par une présentation sommaire des postulats fondamentaux de la philosophie hégélienne. Tout d'abord, Duguit retient l'hypothèse célèbre de l'identité du réel et du rationnel<sup>971</sup>. Cette affirmation consiste à déterminer le sens et

---

<sup>967</sup> La doctrine de Rousseau y est analysée sur 14 pages, la doctrine de Kant voit 18 pages lui être consacrée, tandis que la philosophie hégélienne du droit occupe 52 pages.

<sup>968</sup> Kervégan (2007), p. 8.

<sup>969</sup> Cette accusation fut lancée tout d'abord par Rudolf Haym dans son ouvrage *Hegel und seine Zeit*, publié en 1857, soit en pleine période de désagrégation de l'hégélianisme au profit d'un retour à Kant. Traduction française : *Hegel et son temps. Essai sur la genèse et le développement, la nature et la valeur de la philosophie hégélienne*, Paris, Gallimard, 2008.

<sup>970</sup> Duguit (1918), p. 175.

<sup>971</sup> Ibid., p. 326 ; la citation exacte en allemand est : « *Was vernünftig ist, das ist wirklich ; und was wirklich ist, das ist vernünftig* ». Cette épigramme inscrite dans la préface des *Principes de la philosophie du droit* a donné lieu aux interprétations les plus diverses et contradictoires. Selon Jean-François Kervégan, la source de cette confusion réside dans la mauvaise compréhension de certains exégètes de la distinction entre *Wirklichkeit* (l'effectivité qui marque l'extériorisation phénoménale d'une essence selon un processus d'apparition dialectique) et *Realität* (la ré-

les limites du discours philosophique, en ce que celui-ci se doit d'exposer « *les conditions et les structures d'intelligibilité de ce qui existe* »<sup>972</sup>. Appliqué au concept de l'Etat, la science philosophique doit ainsi se borner à conceptualiser l'Etat tel qu'il est, soit tel qu'il est donné par le présent historique, sans jamais sombrer dans de vaines spéculations sur ce que devrait être l'Etat ou sur ce qu'il deviendra dans le futur<sup>973</sup>. L'identité du penser et de l'Être engage une seconde conséquence, que Duguit s'empresse de relever. La pensée philosophique se doit de restituer la processualité de l'Être dont Hegel a conçu la logique par le développement de la méthode dialectique. Chez Hegel, la réalité est dotée d'une structure contradictoire et son devenir passe nécessairement par l'opposition de deux termes – la thèse et l'antithèse – dont l'opposition est dépassée (*Aufheben*) par l'émergence d'un troisième terme qui conserve les deux premiers termes en les unifiant dans une synthèse conciliatrice. A ce titre, la philosophie politique de Hegel tente une conciliation entre deux conceptions politiques à première vue contradictoires : le principe holiste de la philosophe antique où la Cité est pensée comme une totalité qui englobe l'individu<sup>974</sup> et le principe individualiste de la philosophie politique moderne centrée sur le libre déploiement de la subjectivité<sup>975</sup>. Le concept d'Etat développé par Hegel dans les *Principes de la philosophie du droit* a pour fonction première d'opérer cette difficile conciliation. Duguit remarque à ce propos que l'objectif de Hegel diffère peu des ambitions théoriques de Rousseau et Kant, les deux philosophes ayant également tenté de concilier l'individuel et le collectif<sup>976</sup>. Les *Principes de la philosophie du droit* suivent la trame logique<sup>977</sup> de cette opposition en analysant les différents moments de cette contradiction jusqu'à sa conciliation finale. Duguit s'efforce de relater pas à pas la progression du raisonnement hégélien. Nous allons faire de même, quitte à abandonner Duguit quelques pages, car il nous semble impossible de saisir la conception de l'Etat de Hegel – cible

---

alité empirique qui peut être frappée de contingence et d'irrationalité). Cf. Kervégan (2007), p. 18-26.

<sup>972</sup> Lécivain (2001), p. 19.

<sup>973</sup> Hegel (1998), p. 106-108. Cette limite assignée à la pensée par le temps historique donne tout son sens à cette autre citation fameuse de Hegel : « *La chouette de Minerve ne prend son envol qu'à l'irruption du crépuscule* ».

<sup>974</sup> Un principe que Hegel admirait dans ses jeunes années avant d'en saisir les insuffisances. Cf. Georg Lukács, *Le jeune Hegel*, 2 vol., Paris, Gallimard, 1981.

<sup>975</sup> Pinson (1989), p. 103-104. Duguit exprime également cette idée en termes cependant bien imprécis : « *L'individu c'est la thèse, dont l'antithèse est la société civile. Société civile et individu sont des contradictoires. En posant l'individu, on nie la société civile ; en posant la société civile, on nie l'individu. Mais les deux contradictoires s'unifient et se concilient dans la puissante synthèse qu'est l'Etat* ». Cf. Duguit (1918), p. 329.

<sup>976</sup> Duguit (1918), p. 329.

<sup>977</sup> Et non la trame historique. Dans le discours hégélien, l'ordre des déterminations conceptuelles ne se confond pas avec l'ordre des apparitions historiques concrètes des différents moments du concept. Cf. Lécivain (2001), p. 24.

principale des attaques de Duguit – sans rendre compte sa philosophie politique dans sa systématité.

La première partie du traité de Hegel est consacrée au *droit abstrait*. Au préalable, le philosophe allemand établit que le point départ du droit est la *volonté qui est libre*<sup>978</sup>. Il y a ainsi, chez Hegel, une véritable symétrie entre liberté, volonté et droit<sup>979</sup>. La volonté libre n'est cependant qu'une simple potentialité vide si elle ne vient pas à s'affirmer en s'objectivant dans le monde extérieur. Le procès d'appropriation des choses constitue ainsi l'acte d'affirmation par excellence de la volonté libre<sup>980</sup>. Pour cette raison, la possession devient le premier élément du droit abstrait, où une personne singulière ne se rapporte qu'à elle-même<sup>981</sup> dans l'acquisition d'une chose. En ce sens, le sujet reste dans la sphère de sa particularité puisqu'il ne prend alors en compte que son intérêt et ses désirs personnels<sup>982</sup>. Le procès d'appropriation ouvre alors une ère de compétition et d'antagonismes où chaque sujet cherche à affirmer sa particularité par la prise de possession des choses. La régulation de cette lutte permet l'émergence de la seconde figure logique du droit abstrait : le contrat. Celui-ci permet de régler l'appropriation, l'usage et l'échange d'une chose<sup>983</sup>. La possession devient dès lors un droit, la propriété, que l'autre partie s'engage à respecter<sup>984</sup>. Cependant, les parties au contrat ne sortent pas de la sphère de leur particularité. Leurs engagements résultent de la convergence de deux volontés libres et exclusives qui ne poursuivent que leurs intérêts personnels et non une quelconque forme de bien commun<sup>985</sup>. En ce que le droit abstrait est une sphère où s'affirme le seul libre arbitre d'un sujet, il demeure nécessairement le lieu de la conflictualité. Comme le démontre avec acuité André Lécrivain, c'est à cause « *de son abstraction et de son formalisme – accord restreint à une chose matérielle particulière et expression d'un libre arbitre intéressé et égoïste – que le contrat conduit à la contradiction de l'Unrecht, du non droit et des formes diversifiées de violation du droit. L'exclusivisme de la propriété privée, fondé*

---

<sup>978</sup> Hegel (1998), p. 119 : « *Le terrain du droit est, de manière générale, le spirituel, et sa situation et son point de départ plus précis sont la volonté qui est libre, si bien que la liberté constitue sa substance et sa destination et que le système du droit est le règne de la liberté effectuée* ».

<sup>979</sup> Kervégan (2007), p. 35.

<sup>980</sup> Lécrivain (2001), p. 25.

<sup>981</sup> Hegel (1998), p. 148.

<sup>982</sup> Lécrivain (2001), p. 26 ; Soual (2006), p. 84.

<sup>983</sup> On comprend dès lors pourquoi le droit est réputé *abstrait* à ce stade du discours hégélien puisqu'il se contente de définir « *la forme universelle de l'objectivation de la liberté, mais sa forme seulement* ». Cf. Kervégan (2007), p. 67.

<sup>984</sup> Lécrivain (2001), p. 27.

<sup>985</sup> Hegel (1998), p. 180 : « *Puisque les deux parties contractantes se rapportent l'une à l'autre comme des personnes subsistantes par soi immédiates, le contrat a) procède de l'arbitre ; b) la volonté identique qui pénètre par le contrat dans l'être-là n'est qu'une volonté posée par elle, n'est de ce fait qu'une volonté commune, et non une volonté en soi et pour soi universelle* ».

sur l'arbitraire du Willkür, fait inévitablement de la sphère du droit un lieu de contestation et de violation des accords, et de la justice une apparence ou au, mieux une exigence »<sup>986</sup>. Le troisième et dernier moment logique du droit abstrait est donc le déni du droit (*Unrecht*)<sup>987</sup> où le droit exclusif d'un sujet se voit menacé en permanence par la volonté excluante des autres sujets. Dans la mesure où le droit abstrait n'est que la sphère de la volonté particulière, la réponse au crime apparaît insatisfaisante. Elle consiste dans la vengeance de l'individu lésé contre l'auteur du dommage<sup>988</sup>. La vengeance peut sembler juste dans son contenu, mais sera toujours injuste dans sa forme, puisqu'elle émane d'une volonté subjective et contingente qui a un intérêt particulier dans l'affaire. Elle n'émane pas d'un pouvoir neutre doté d'une volonté universelle en ce sens qu'il poursuit tout crime non parce qu'il porte atteinte à ses intérêts privés mais car il contrevient à la loi publique<sup>989</sup>.

La raison incline donc l'homme à sortir de la justice vengeresse pour s'élever à une justice infligée non plus en raison d'un intérêt particulier, mais d'une législation universelle. Le dépassement de l'arbitraire de la vengeance ne s'opère pas chez Hegel – en opposition aux auteurs contractualistes – par la sortie de l'état de nature et l'entrée dans l'état civil, le droit abstrait n'étant pas l'état de nature, mais le premier degré de l'effectuation de la liberté<sup>990</sup>. C'est une exigence de moralité qui s'empare de la conscience de l'homme et qui le pousse à orienter sa volonté vers l'universel et non plus uniquement en direction de ses intérêts particuliers. La moralité forme ainsi le second moment logique des *Principes de la Philosophie du droit*<sup>991</sup>. Alors que la sphère du droit abstrait ne visait que les actes d'objectivation de la volonté, la sphère de la moralité marque un retour sur soi de la volonté. Le sujet se retire momentanément de l'extériorité de la chose pour se tourner vers l'intériorité de la conscience de soi<sup>992</sup>. Le sujet s'interroge sur le sens de sa volonté libre, sur le contenu qu'il doit donner à son action ; c'est le moment « kantien » de l'autodétermination du sujet moral, où la volonté « *se prend elle-même pour objet, elle est maintenant volonté libre qui se veut volonté libre en et par elle-même* »<sup>993</sup>. Hegel développe une théorie de l'action morale qui se décline en trois phases successives. Dans la première, celle du projet et de la

<sup>986</sup> Lécivain (2001), p. 27.

<sup>987</sup> Hegel (1998), p. 190-205.

<sup>988</sup> Ibid., p. 201.

<sup>989</sup> Cf. Soual (2006), p. 178-179.

<sup>990</sup> Ibid., p. 179.

<sup>991</sup> La doctrine du droit de Hegel couvre ainsi un domaine aux horizons bien plus larges que les seules considérations juridiques. L'inclusion de la morale dans la philosophie du droit marque également une rupture décisive avec la distinction kantienne entre droit, comme doctrine des obligations extérieures, et la morale, doctrine des obligations intérieures. Sur cette divergence entre Kant et Hegel, cf. Kervégan (2007), p. 320.

<sup>992</sup> Lécivain (2001), p. 29.

<sup>993</sup> Soual (2006), p. 184.

responsabilité, le sujet prend conscience de la contingence, en ce qu'il réalise que les buts qu'il assigne à son action peuvent être contrariés par une volonté subjective contraire ou tout autre événement extérieur faisant échec à son projet<sup>994</sup>. De ce fait, le sujet réalise que son action ne touche pas tel point isolé du monde extérieur, mais toujours un élément relié à d'autres dans une totalité<sup>995</sup>. Il élève ainsi sa pensée du singulier à l'universel. Le sujet doit inclure l'universel – en ce sens qu'il doit chercher à connaître les conséquences de son action – dans son acte de réflexion et de volonté, qui devient alors son *intention*<sup>996</sup>. Le sujet ne renie cependant en rien sa particularité. Le but de l'action demeure toujours le *bien-être* du sujet. S'il n'agit pas ou agit en contradiction avec ses intérêts, le sujet se trouve en opposition avec le monde. Lorsqu'il affirme sa volonté dans les choses, il fait du monde extérieur son œuvre propre, en réalisant son but dans un objet particulier<sup>997</sup>. C'est en s'extériorisant ainsi que le sujet trouve sa satisfaction en ce qu'il opère la réconciliation du sujet et de l'objet<sup>998</sup>. Cependant, l'élévation de la conscience du sujet vers l'universel l'amène à considérer autrui dans l'affirmation de sa particularité. Le sujet réalise que son vouloir est en relation avec le vouloir d'autrui qui, comme lui, aspire au bonheur<sup>999</sup>. La question de l'intersubjectivité fait alors une seconde apparition dans les *Principes de la philosophie du droit*. Le problème des relations intersubjectives avait déjà été traité dans l'analyse du droit abstrait, à travers la figure du contrat. La contingence et l'arbitraire qui affectent les relations purement contractuelles en avaient signifié les faiblesses, car leur validité était suspendue au seul libre arbitre des contractants. La reconnaissance d'autrui dans son aspiration au bonheur apparaît alors pour le sujet comme le moyen de dépasser la contingence et l'arbitraire et d'instituer les conditions de réalisation de la liberté subjective de manière universelle<sup>1000</sup>. L'intention du sujet devient véritablement *morale* lorsque son action prend alors en compte son propre bien-être mais également le bien-être de *tous*<sup>1001</sup>, qu'elle transcende la sphère des intérêts égoïstes et particuliers pour prendre en considération l'universalité des sujets<sup>1002</sup>. Parvenu à la

---

<sup>994</sup> Cf. Hegel (1998), p. 215-216. La contingence et l'impossibilité pour un sujet fini d'en déterminer la mesure impliquent que la responsabilité morale d'un sujet ne saurait excéder le strict contenu du projet de son acte.

<sup>995</sup> Soual (2006), p. 214.

<sup>996</sup> Hegel (1998), p. 218. En ce sens, les êtres incapables de discernement ne peuvent engager leur responsabilité morale, puisqu'ils sont dans l'incapacité d'apprécier les conséquences de leurs actes.

<sup>997</sup> D'où l'importance que Hegel confère au Travail comme processus de libération du sujet dans la célèbre dialectique du maître et de l'esclave qui figure dans la *Phénoménologie de l'Esprit*.

<sup>998</sup> Soual (2006), p. 221.

<sup>999</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>1000</sup> Brooks (2013), p. 53 ; Soual (2011), p. 64.

<sup>1001</sup> Hegel (1998), p. 222-223.

<sup>1002</sup> A ce stade, la moralité hégélienne rejoint l'impératif catégorique de Kant qui commande d'agir « *seulement d'après la maxime grâce à laquelle tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle* ».

conscience des conditions d'effectuation de la liberté, le sujet accède à l'Idée du Bien et à la conscience morale. Par ce travail de réflexion intérieure que constitue le moment de la moralité, le sujet est en mesure de se figurer le Bien comme « *liberté réalisée en tant que monde spirituel* »<sup>1003</sup> où la volonté particulière s'accorde à la volonté de tous dans l'action morale du sujet particulier. Celui-ci perçoit alors le Bien comme un devoir à réaliser<sup>1004</sup>. La sphère de la moralité est néanmoins frappée d'insuffisances structurelles qui rendent nécessaire la transition vers une étape ultérieure de l'effectuation de la liberté. A ce stade du discours hégélien, le Bien demeure un devoir abstrait et formel, en ce sens qu'il demeure indéterminé (respecter le bonheur d'autrui ne renvoie encore à aucune situation ou une personne déterminée). La détermination concrète du Bien est alors suspendue à la seule volonté du sujet, dans la mesure où le stade de la moralité correspond à ce moment d'introspection du sujet prenant conscience de la puissance de sa volonté comme faculté complète d'autodétermination. Dès lors, le sujet peut orienter sa volonté aussi bien vers le Bien que vers le Mal, en ce qu'il peut placer sa particularité au-dessus de l'universel ; c'est ce « *mystère la liberté* » qui rend compte de l'infinité de la volonté libre<sup>1005</sup>.

L'analyse des deux premiers modes d'exercice de la volonté libre – qui forme les deux premières parties des *Principes de la philosophie du droit* – s'est achevée sur le constat de leurs insuffisances et de leurs contradictions internes. En premier lieu, l'affirmation de la volonté sans égard au bien-être d'autrui engendre le conflit des intérêts et crée les conditions de la violation du droit (moment du droit abstrait). En second lieu, la réflexion de la volonté libre sur elle-même lui a permis de concevoir les conditions d'effectuation de la liberté sans que celles-ci ne se dotent d'une quelconque objectivité ; le repli du sujet moral sur lui-même l'amène à saisir l'infinité de sa volonté et son basculement possible vers le mal<sup>1006</sup> (moment de la moralité). Le troisième moment logique est celui de la réconciliation, où la subjectivité peut se déployer librement dans un monde objectif conforme aux principes de la moralité intérieure. Il faut ainsi que les principes découverts par la conscience morale du sujet s'objectivent dans une série d'institutions où le sujet peut déployer sa volonté sans renier ses dispositions intérieures ni porter atteinte au bien-être d'autrui.

<sup>1003</sup> Soual (2011), p. 65.

<sup>1004</sup> Hegel (1998), p. 229 : « *le Bien a, avec le sujet particulier, le rapport qui consiste à être l'essentiel de sa volonté, laquelle a ainsi en lui tout simplement son devoir-obligatoire* ».

<sup>1005</sup> Ibid., p. 234 : « *Dans la vanité de toutes les déterminations par ailleurs en vigueur et dans la pure intériorité de la volonté, la conscience de soi est la possibilité de prendre pour principe tout aussi bien l'universel en soi et pour soi que l'arbitraire qui consiste à prendre pour principe la particularité propre élevée au-dessus de l'universel, et à la réaliser par son agir – qui consiste à être méchant* ».

<sup>1006</sup> Cf. Lécivain (2001), p. 35.

Cette sphère de la réconciliation est appelée *Sittlichkeit* en allemand, un terme qui a reçu une certaine diversité de traductions françaises : « *moralité objective* », « *éthïcité* » ou encore « *vie éthique* ». Au contraire de la moralité qui est subjective, la *Sittlichkeit* désigne des principes d'existence et de représentation – les coutumes, les mœurs qui se disent *Sitten* en allemand – qui fondent l'appartenance d'individus à une communauté concrète<sup>1007</sup>. Le Bien n'est dès lors plus un universel abstrait logé dans la conscience du sujet mais trouve une détermination concrète et objective dans les formes de vie sociale d'une communauté donnée<sup>1008</sup>. Hegel renoue ainsi avec l'idéal holiste de la philosophie politique antique où l'individu n'est libre qu'en tant que membre d'une communauté ; il ne sacrifie cependant pas le principe de la liberté individuelle des Modernes puisque la vie éthique est le résultat d'un travail de réflexion de la subjectivité sur elle-même. Les différentes formes et institutions de la vie sociale ne constituent ainsi pas un *deus ex machina* qui s'impose par la contrainte au sujet, mais consistent en une création consciente du celui-ci où peuvent s'articuler « *les relations libres des membres pensants* »<sup>1009</sup>. L'unité du sujet et de l'objet s'accomplit par cette création d'un monde objectif – Hegel parle de « *seconde nature* » pour qualifier l'éthïcité<sup>1010</sup> – conforme aux déterminations intérieures du sujet. En ce sens, la vie éthique est l'effectuation de l'Idée de liberté<sup>1011</sup>.

Hegel envisage trois formes de vie sociale propres à l'éthïcité : la famille, la société civile et l'Etat. La famille constitue la première instance communautaire dont l'unité est scellée par un sentiment réciproque d'amour<sup>1012</sup>. Elle naît ainsi de l'union affective de deux individus de sexe différent (le mariage)<sup>1013</sup> dont la pérennité est assurée par la gestion du patrimoine familial<sup>1014</sup>. La finalité de la famille réside cependant dans la procréation, l'enfant conférant une effectivité objective au sentiment de réciprocité amoureuse à l'origine du mariage<sup>1015</sup>. L'éducation des enfants par les parents doit tendre à faire de ceux-ci des personnes libres, dans ce sens que leur liberté naturelle, contingente et capricieuse, doit être policée, par l'administration de sanctions si nécessaire<sup>1016</sup>, et orientée vers l'universel, soit les mœurs et coutumes éthiques de la communauté dont ils sont amenés à devenir membre à part entière<sup>1017</sup>. La liberté de l'en-

---

<sup>1007</sup> Lefebvre/Macherey (1984), p. 17.

<sup>1008</sup> Hegel s'oppose en cela à la morale kantienne, cf. Brooks (2013), p. 55-58.

<sup>1009</sup> Soual (2006), p. 266.

<sup>1010</sup> Hegel (1998), p. 257.

<sup>1011</sup> Soual (2006), p. 266.

<sup>1012</sup> Hegel (1998), p. 260.

<sup>1013</sup> Ibid., p. 261-267.

<sup>1014</sup> Ibid., p. 268-269.

<sup>1015</sup> Ibid. p. 270 : « *L'unité du mariage qui, en tant que substantielle, est seulement intimité du sentiment et disposition d'esprit [...] devient avec les enfants, en tant qu'unité même, une existence qui est pour soi et un objet qu'ils aiment comme leur amour, comme leur être-là substantiel* ».

<sup>1016</sup> Ibid.

fant devenu majeur s'éprouve alors dans sa capacité de sortir de l'unité naturelle de la famille pour devenir un membre de la société civile et un citoyen de l'Etat<sup>1018</sup>. La finalité de l'éducation est ainsi l'émancipation des enfants, si bien que toute famille est nécessairement vouée à la dissolution<sup>1019</sup>.

La sortie de l'unité familiale marque, pour l'enfant devenu personne libre, l'entrée dans la société civile. La figure majeure de ce deuxième moment logique de l'éthicité est l'individu libre et autonome qui se considère comme fin en soi<sup>1020</sup>. Le moteur de l'action de l'individu n'est ainsi plus le sentiment d'amour envers les membres de sa famille mais son intérêt et ses besoins personnels. Cependant, le sujet n'est jamais en mesure d'assurer par lui-même la satisfaction de l'ensemble de ses besoins. Il doit nécessairement entrer en relation avec autrui afin d'échanger les biens et les services nécessaires à son bien-être. Par là, il agit également pour le bonheur d'autrui qui obtiendra en contrepartie un bien et un service nécessaire à la satisfaction de ses besoins. De ce que chacun agit pour le bien-être d'autrui en cherchant la satisfaction de ses besoins, on peut en déduire que la quête égoïste de son bonheur participe au bonheur général. En ce sens, la société civile se singularise comme un état de dépendance multilatérale<sup>1021</sup> où la subsistance et le bien-être de chacun « *ne sont effectifs et sûrs qu'en connexion avec la subsistance et le bien-être des autres* »<sup>1022</sup>. Ce phénomène d'interdépendance se manifeste et se renforce à travers la division du travail et la spécialisation des tâches qu'elle implique<sup>1023</sup>. Sur ce point, Duguit remarque avec ironie que Hegel exprime dans un langage philosophique particulièrement abstrait ce que les sociologues – Durkheim n'est pas cité mais c'est certainement à lui que le juriste français fait référence – élaboreront sous le concept de solidarité sociale par division du travail<sup>1024</sup>. La lecture des économistes classiques anglais et français (Adam Smith, David Ricardo, Jean-Baptiste Say)<sup>1025</sup> constitue en réalité la véritable source d'inspiration de Hegel dans son analyse du fonctionnement de la société civile.

<sup>1017</sup> Lécivain (2001), 50.

<sup>1018</sup> Hegel (1998), p. 272 et 254 : « *A la question posée par un père sur la manière d'éduquer son fils de manière conforme à l'éthique, un pythagorien donna la réponse suivante (elle est aussi placée dans la bouche d'autres personnages) : fais-le citoyen d'un Etat qui a de bonnes lois* ».

<sup>1019</sup> Que Hegel nomme dissolution éthique, par opposition à la dissolution abstraite (divorce) et à la dissolution naturelle (mort des parents) de la famille. Cf. Ibid., p. 272-273.

<sup>1020</sup> Ibid., p. 279 ; Le statut de l'individu dans la société civile s'oppose à sa position dans la famille, où il se rapportait à celle-ci comme *membre* d'une unité qui l'englobe et non comme personne indépendante. Cf. Ibid., p. 260 : « *la disposition d'esprit [qui règne dans la famille] est d'avoir conscience de soi de son individualité en cette unité en tant qu'essentialité qui est en soi et pour soi, afin d'être en elle non pas comme une personne pour soi, mais comme membre* ». Cf. Lefebvre/Macherey (1984), p. 20-21.

<sup>1021</sup> Hegel (1998), p. 280.

<sup>1022</sup> Soual (2006), p. 343.

<sup>1023</sup> Hegel (1998), p. 290-291.

<sup>1024</sup> Duguit (1918), p. 341.

Au sein de la société civile, le déroulement du commerce intersubjectif n'est pas régi par le seul arbitre des particuliers mais se trouve « *médiatisé par la forme de l'universalité* »<sup>1026</sup>, c'est-à-dire soumis à des règles de droit communes et stables. En l'occurrence, c'est essentiellement le droit civil (droit de propriété, droit contractuel, etc.) qui régit les interactions au sein de la société civile et l'accès de chacun à sa part dans la répartition de la richesse sociale. L'institution de la justice permet de dépasser la vengeance privée – qui demeurerait le problème insoluble du droit abstrait – pour soumettre les conflits humains à des règles dont la généralité et l'abstraction lui impriment le sceau de l'universalité<sup>1027</sup>. Préoccupé de son seul bonheur privé, l'individu ne perçoit cependant dans ce droit universel qu'un simple *moyen* de satisfaction de ses besoins et non une *fin* en soi. La réconciliation du particulier et de l'universel n'est qu'une nécessité objective et n'est pas encore le produit du travail de la subjectivité libre sur elle-même – elle est *en soi* mais pas encore *pour soi* pour parler en termes hégéliens – puisqu'elle ne s'effectue qu'à la faveur des mécanismes du marché où la « main invisible » transmue la quête du bien-être privé en prospérité générale. Au sein de la société civile, Hegel ne perçoit qu'un seul monde éthique où s'opère une telle réconciliation. Après avoir perçu que la dynamique de l'économie libérale fait émerger différentes classes sociales<sup>1028</sup>, le philosophe allemand rend compte de l'importance du phénomène des corporations professionnelles<sup>1029</sup>. Dans celles-ci, le sujet surmonte l'atomisation propre à la société civile bourgeoise et parvient à orienter son activité vers un idéal communautaire, certes encore limité à son corps de métier ou à sa classe sociale<sup>1030</sup>. L'entrée dans une corporation ne signifie néanmoins pas le sacrifice de l'individu à une cause collective, puisqu'il trouve dans cette association la reconnaissance de ses compétences professionnelles autant que le moyen de protéger et de maîtriser ses conditions de travail<sup>1031</sup>. Dans cette « *seconde famille* »<sup>1032</sup> que constitue la

---

<sup>1025</sup> Il s'agit des trois économistes nommément cités par Hegel dans les *Principes de la philosophie du droit*. Cf. Hegel (1998), p. 285.

<sup>1026</sup> Hegel (1998), p. 279.

<sup>1027</sup> Lécivain (2001), p. 77 ; Soual (2006), p. 426.

<sup>1028</sup> Hegel utilise le terme de *Stände*, généralement traduit par « *Etats* ». Il en distingue trois types essentiels : l'état *substantiel* (la paysannerie), l'état *de l'entreprise* (artisanat, commerce et industrie) et l'état *universel* (les fonctionnaires de l'Etat). Cf. Hegel (1998), p. 293-296.

<sup>1029</sup> *Ibid.*, p. 327.

<sup>1030</sup> *Ibid.*, p. 328 ; Plus loin dans les *Principes de la philosophie du droit*, Hegel précise que les corporations ne sont pas les seules formes communautaires que l'on rencontre dans la société civile car l'on compte également parmi celles-ci les communes ou les associations religieuses ou culturelles. Celles-ci jouent notamment un rôle important dans la prévention de l'arbitraire exercé par l'administration. Cf. *Ibid.*, p. 387 et 392. En ce sens, Hegel préfigure la vision du corps social défendue plus tard par Gierke, qui concevra la société sous la forme d'une multitude d'instances communautaires dotées d'une certaine autonomie. Sur Gierke, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>1031</sup> *Ibid.*, 328-329.

<sup>1032</sup> *Ibid.*, p. 329.

corporation, le travailleur s'élève « *de l'individuel, du subjectif et du contingent à la rationalité et l'objectivité de l'universel. C'est en effet seulement dans l'organisation professionnelle que le travailleur peut parvenir à dominer et maîtriser la nécessité inconsciente ou aveugle qui régit la sphère de la production* »<sup>1033</sup>.

Ce n'est que dans et par l'Etat que Hegel conçoit la réconciliation finale du particulier et de l'universel, de l'individu et de la société<sup>1034</sup>. Le fondement de l'Etat réside dans l'adhésion consciente de ses citoyens qui, à la suite d'un travail de réflexion, trouvent dans l'autorité commune garante de normes universelles la condition d'effectuation de leur liberté<sup>1035</sup>. De ce fait, les citoyens prennent l'Etat comme but absolu de leur volonté rationnelle et considèrent leur appartenance comme une « *obligation suprême* »<sup>1036</sup>. L'Etat signifie ainsi le dépassement de tout point de vue particulier, le but du vouloir de l'individu n'étant plus uniquement l'intérêt privé – comme c'était le cas au sein de la société civile – mais également l'intérêt universel de l'association<sup>1037</sup>. A l'inverse de l'Etat antique qui s'imposait comme une totalité substantielle aux individus, l'Etat moderne s'accomplit par la médiation des volontés particulières qui réalisent que leur intérêt privé ne peut se réaliser que s'ils prennent en considération l'intérêt de tous<sup>1038</sup>. L'effectivité de l'Etat dépend donc d'une imprégnation dans les mœurs des citoyens d'un sentiment politique (*politische Gesinnung*)<sup>1039</sup> selon lequel ils ne peuvent exercer leur liberté sans appartenir à une communauté politique qui doit, quant à elle, également reconnaître et protéger les droits de ses membres<sup>1040</sup>.

Ce tableau harmonieux étant dessiné, il faut reconnaître que le rôle crucial joué par l'Etat dans l'institution de la liberté conduit Hegel à minorer la signification de l'individu. Dans la philosophie politique hégélienne, l'individu n'a en effet aucune « *objectivité, vérité et éthicité* » en dehors de l'Etat car lui-seul lui permet de mener une existence conforme à l'Idée de liberté<sup>1041</sup>. Partant, l'Etat possède un « *droit suprême* » vis-à-vis des individus singuliers car l'Etat représente « *la liberté parvenue à son droit suprême* »<sup>1042</sup>. Duguit débute véritablement son réquisitoire contre la doctrine de l'Etat de Hegel sur cette dernière affirmation du philosophe allemand. Selon le juriste français, Hegel succombe au même postulat que Rousseau selon lequel l'individu n'est véritablement libre qu'une fois soumis à la puissance de l'Etat<sup>1043</sup>. Duguit n'ignore

<sup>1033</sup> Lécivain (2001), p. 92.

<sup>1034</sup> Ibid., p. 95.

<sup>1035</sup> Soual (2006), p. 524-525.

<sup>1036</sup> Hegel (1998), p. 333.

<sup>1037</sup> Lécivain (2001), p. 98.

<sup>1038</sup> Hegel (1998), p. 344 ; Soual (2006), p. 536.

<sup>1039</sup> Hegel (1998), p. 349.

<sup>1040</sup> Lécivain (2001), p. 108.

<sup>1041</sup> Hegel (1998), p. 334.

<sup>1042</sup> Ibid., p. 333.

<sup>1043</sup> Duguit (1918), p. 351.

néanmoins pas la critique hégélienne du contractualisme de Rousseau. Dans une longue remarque attenante au § 258 des *Principes de la philosophie du droit*, Hegel loue le philosophe genevois pour sa tentative de fonder un concept d'Etat sur le travail de la seule Raison et non sur des éléments empiriques<sup>1044</sup>. Cependant, Hegel reproche à Rousseau d'avoir placé le fondement de l'Etat dans un contrat, ce qui a pour effet de placer l'origine de l'Etat dans la volonté *particulière* et l'intérêt *privé* des contractants dont l'adhésion à l'Etat est ainsi suspendue à « *leur arbitre, leur opinion et leur consentement exprès relevant du bon plaisir* »<sup>1045</sup>. Si l'Etat n'est que le fruit d'un accord contractuel, cela signifie que l'Etat n'est plus une nécessité dictée par la Raison en ce qu'il est la réalisation effective de l'Idée de liberté, mais un choix gouverné par la contingence (la détresse, le besoin de protection, etc ...) <sup>1046</sup>. Une telle doctrine revient alors à détruire « *le divin* » incarné par l'Etat et à en affaiblir « *l'autorité et la majesté absolues* »<sup>1047</sup>. Cette critique de Rousseau tendrait ainsi à « *diviniser* » l'Etat en le présentant comme la seule institution capable d'apporter le salut aux hommes par la protection des conditions d'une liberté effective<sup>1048</sup>.

Dans l'analyse de Duguit, le caractère absolu de l'Etat ne réside pas uniquement dans le fondement rationnel que lui procure Hegel, mais également dans l'agencement des pouvoirs qu'il juge conforme au concept d'Etat moderne. Selon le juriste français, celui-ci ne serait rien d'autre que le miroir idéalisé de l'Etat autoritaire prussien<sup>1049</sup>. Duguit débute par l'analyse du droit étatique interne que Hegel tente d'élaborer en conformité au concept de l'Etat moderne dont le but est de constituer « *l'effectivité de la liberté concrète* »<sup>1050</sup>. Hegel conçoit l'Etat comme un organisme<sup>1051</sup>, soit une « *totalité structurelle et fonctionnelle s'auto-déterminant et s'auto-différenciant* »<sup>1052</sup>. En ce sens, les différents pouvoirs de l'Etat constituent chacun un moment logique dans le déploiement du concept de l'Etat et participent au même titre à son effectivité et à sa vitalité. Les différents pouvoirs ne peuvent ainsi être considérés isolément mais doivent être étudiés dans leurs interactions réciproques au sein d'une même totalité<sup>1053</sup>, justifiant l'analogie avec un organisme animal où chaque organe fonctionne en relation nécessaire avec les autres organes au sein d'un même ensemble<sup>1054</sup>. Hegel

---

<sup>1044</sup> Hegel (1998), p. 334.

<sup>1045</sup> Ibid., p. 335.

<sup>1046</sup> Ibid., p. 336.

<sup>1047</sup> Ibid., p. 335.

<sup>1048</sup> Duguit (1918), p. 354.

<sup>1049</sup> Duguit (1918), p. 358.

<sup>1050</sup> Hegel (1998), p. 344.

<sup>1051</sup> Ibid., p. 351.

<sup>1052</sup> Lécivain (2001), p. 116.

<sup>1053</sup> Ibid., p. 117.

<sup>1054</sup> Hegel (1998), p. 374 : « *l'idéalisme qui constitue la souveraineté est la même détermination d'après laquelle, dans l'organisme animal, les prétendues parties de celui-ci ne sont pas des*

s'oppose donc à toute forme de séparation des pouvoirs entendue dans un sens purement négatif qui indiquerait une opposition entre les différents pouvoirs où chacun tenterait de limiter les prérogatives de l'autre<sup>1055</sup>. En prétendant sauvegarder ainsi l'unité substantielle de l'Etat, Hegel fournirait, selon Duguit, un mode de légitimation de la toute-puissance étatique en invalidant ce dispositif de prévention de l'arbitraire politique qu'est la séparation des pouvoirs conçue comme un mécanisme de poids et de contrepois entre les différents pouvoirs de l'Etat<sup>1056</sup>.

Dans les *Principes de la philosophie du droit*, Hegel élabore une division tripartite des pouvoirs de l'Etat qui reproduit strictement la structure dialectique de déploiement de l'esprit dans la réalité. Le premier pouvoir a compétence de déterminer et de fixer l'*universel* (le pouvoir législatif) tandis que le second pouvoir consiste à subsumer les cas *particuliers* sous l'universel (le pouvoir gouvernemental). Si la définition des deux premiers pouvoirs ne frappe pas par son originalité, la détermination du troisième pouvoir est assez singulière puisque Hegel ne l'identifie pas au pouvoir judiciaire – comme le faisait encore Kant<sup>1057</sup> – mais au pouvoir princier que le philosophe allemand définit comme « *la subjectivité en tant qu'ultime décision de la volonté, le pouvoir princier, – en lequel les pouvoirs différenciés sont rassemblés en une unité individuelle, et qui est ainsi le sommet et le commencement du tout – à savoir de la monarchie constitutionnelle* »<sup>1058</sup>. Si Hegel place ainsi le pouvoir princier au sommet de la hiérarchie des pouvoirs, c'est en raison de sa fonction logique d'unification et de dépassement dialectique (*Aufhebung*) des deux premiers pouvoirs<sup>1059</sup>. Ceux-ci sont contenus et parviennent à l'effectivité dans la personne du Prince, dont la personne singulière incarne alors la volonté de l'Etat en tant que volonté universelle, dans la mesure où le Prince doit obligatoirement agir dans le cadre de la loi et de la Constitution (récapitulation du pouvoir législatif)<sup>1060</sup> par la voie de décisions particulières sur les *affaires de l'Etat* après avoir consulté les instances de conseil et de gouvernement qui, quant à eux, appliquent l'universel aux individus (récapitulation du pouvoir gouvernemental)<sup>1061</sup>. Bien qu'il trouve dans la loi et le gouvernement des bornes et des guides à son action<sup>1062</sup>, le Prince demeure totalement libre dans l'acte formel de la dé-

---

*parties, mais des membres, des moments organiques, et d'après laquelle l'isolement et le subsister pour soi de ceux-ci sont la maladie* ».

<sup>1055</sup> Hegel (1998), p. 365.

<sup>1056</sup> Duguit (1918), p. 359-360.

<sup>1057</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 2)

<sup>1058</sup> Hegel (1998), p. 366.

<sup>1059</sup> Soual (2006), p. 585-856.

<sup>1060</sup> Cela explique pourquoi Hegel prend fait et cause pour la monarchie *constitutionnelle* et non pour la monarchie féodale ou d'Ancien Régime. Cf. Lécrivain (2001), p. 124.

<sup>1061</sup> Soual (2006), p. 596 ; Lécrivain (2001), p. 122.

<sup>1062</sup> Pour cette raison, Hegel refuse que l'on amalgame la souveraineté construite par la monarchie constitutionnelle et le despotisme qui correspond précisément à « *l'état d'absence de loi, celui où la volonté particulière comme telle, que ce soit celle d'un monarque ou celle d'un peuple*

cision, si bien que cette autodétermination absolue l'érige en organe suprême de l'Etat. Chez Hegel, la souveraineté revient à l'Etat comme totalité structurée en personnalité par la Constitution<sup>1063</sup>, mais celle-ci parvient uniquement à l'effectivité par le truchement du Prince, moyen de déploiement du concept dans la réalité positive.

Fin connaisseur des doctrines juridiques allemandes, Duguit ne peut manquer de remarquer que la doctrine élaborée par Gerber<sup>1064</sup> et poursuivie par Laband<sup>1065</sup>, qui place la souveraineté dans l'Etat comme personne morale en confiant le soin au Monarque d'en être l'incarnation concrète – l'« organe suprême » – n'est qu'une reproduction à l'identique du schème hégélien<sup>1066</sup>. Hegel confèrerait, en outre, un crédit supplémentaire au pouvoir « *absolu* » du Monarque. Chez le philosophe allemand, la prééminence du Prince dans l'agencement des pouvoirs n'est pas à percevoir comme une fabrication contingente liée à un pays (la Prusse) ou à une période déterminée (le XIX<sup>e</sup> siècle) mais comme le déploiement de la raison dans l'histoire et l'unique modèle en conformité avec le concept d'Etat moderne<sup>1067</sup>. Hegel le démontre par son opposition farouche à la souveraineté populaire où il perçoit dans celle-ci une masse de « *pensées confuses au fondement desquelles réside la représentation inculte du peuple* »<sup>1068</sup>. Dans des termes qui trahiraient le penchant réactionnaire de sa pensée politique<sup>1069</sup>, le philosophe allemand assimile tout peuple sans monarque à une simple « *masse informe* » sans Etat et sans existence politique<sup>1070</sup>.

Cette prééminence accordée au pouvoir princier se répercute sur la conception hégélienne des autres pouvoirs. Le pouvoir gouvernemental est réduit à une fonction de mise en œuvre des décisions souveraines du Prince au sein de la société civile<sup>1071</sup>. Le pouvoir gouvernemental – qui comprend l'administration, la justice et la police – agit « *à partir du Prince et en retournant à lui* » car le premier agit sous l'autorité suprême du second afin de rendre effectives ses décisions souveraines en les appliquant à des cas particuliers<sup>1072</sup>. Ensuite, la manière dont Hegel envisage le pouvoir législatif conti-

---

(*ochlocratie*), vaut comme loi, ou plutôt vaut en lieu et place de la loi ». Cf. Hegel (1998), p. 375.

<sup>1063</sup> Ibid., p. 376 et 379.

<sup>1064</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.3.

<sup>1065</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.3.

<sup>1066</sup> Duguit (1918), p. 365.

<sup>1067</sup> Ibid., p. 363 ; Cf. Hegel (1998), p. 370-371.

<sup>1068</sup> Hegel (1998), p. 378.

<sup>1069</sup> Duguit (1918), p. 365-366.

<sup>1070</sup> Hegel (1998), p. 378.

<sup>1071</sup> Duguit (1918), p. 366 ; Duguit oublie-t-il sciemment que la fonction du pouvoir gouvernemental chez Hegel est également de mettre en œuvre les lois élaborées par le Parlement ? Cf. Hegel (1998), p. 386.

<sup>1072</sup> Soual (2006), p. 636 et 637-638 : « *l'exécution est le discernement du sens de la décisions princière et de l'action étatique possible ou nécessaire [...] l'exécution rend effective une décision, elle la conduit au dehors de la pensée du monarque en la faisant entrer dans la sphère de la*

nue de trahir son refus de toute séparation stricte des pouvoirs. Le pouvoir gouvernemental et le pouvoir princier jouent en effet un rôle prépondérant dans le processus législatif. Le Parlement réalise la médiation entre le peuple et l'Etat car sa fonction de représentation confère une existence politique à la diversité des intérêts privés présents dans la société civile<sup>1073</sup> ; sa participation au pouvoir législatif revêt dès lors une importance capitale. Cela étant, le pouvoir gouvernemental doit également intervenir dans la phase d'élaboration des lois car il possède – grâce au travail de son administration en contact permanent avec la société civile<sup>1074</sup> – une vue globale sur la situation et les besoins de l'Etat et exerce, à ce titre, un pouvoir de conseil auprès du Parlement<sup>1075</sup>. Titulaire de l'autorité suprême, le Prince a pour charge la promulgation de la loi, soit la décision souveraine qui fera de la loi une règle obligatoire s'imposant à tous<sup>1076</sup>. Le Prince demeure donc en dernière instance le seul juge de l'opportunité d'une loi en tant qu'il incarne la volonté orientée vers l'universel de l'Etat dans sa personne singulière<sup>1077</sup>. Le Parlement peut porter auprès du Prince les doléances de la société civile et l'informer de son état ; le Monarque conserve cependant le dernier mot. Duguit souligne la proximité manifeste de cette conception du pouvoir législatif avec la doctrine conservatrice que développera Laband un peu plus d'un demi-siècle après Hegel<sup>1078</sup>. A cet égard, il convient de rappeler que Laband conçoit la procédure législative en deux phases. La première consiste à élaborer le contenu de la loi, tâche dévolue au Parlement. La seconde consiste dans promulgation de la loi et se trouve à la charge exclusive de l'Empereur ; il s'agit du seul acte de souveraineté propre à la procédure législative, dans la mesure où la promulgation d'une loi peut être définie comme l'ordre donné par l'Etat à l'ensemble des justiciables de se conformer au contenu de la loi promulguée<sup>1079</sup>. Duguit poursuit sa charge en démontrant que l'organisation interne du Parlement préconisée par Hegel atteste le caractère résolument conservateur de sa pensée politique. Le philosophe allemand n'envisage pas les Chambres parlementaires comme un endroit de représentation des citoyens pris comme individus, mais comme le lieu où s'expriment les grands intérêts sociaux. A la Chambre haute doivent siéger les grands propriétaires fonciers, gardiens du socle de l'« *l'éthicité naturelle* »<sup>1080</sup> comprenant l'ensemble des valeurs traditionnelles, no-

---

*délibération et du conseil gouvernemental, et ensuite dans le monde de la vie, dans le tissu des rapports juridiques et éthiques, par la médiation de l'administration qui applique la mesure ou la loi [...] Cette application n'est pas une perte ou une dispersion du contenu, mais au contraire son entrée dans le monde de la particularité, où il reçoit son ultime positivité, par le travail de l'entendement qui subsume le particulier sous l'universel ».*

<sup>1073</sup> Hegel (1998), p. 400-401.

<sup>1074</sup> Soual (2006), p. 685.

<sup>1075</sup> Hegel (1998), p. 397-398.

<sup>1076</sup> Ibid., p. 397 ; Duguit (1918), p. 367.

<sup>1077</sup> Soual (2006), p. 685.

<sup>1078</sup> Duguit (1918), p. 367.

<sup>1079</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.3.

tamment celles de la famille et du mariage<sup>1081</sup>. L'accès à la Chambre haute ne se fait point par l'élection mais se soumet au principe de l'hérédité et du majorat, afin que les titulaires de ces biens inaliénables trouvent une protection dans le pouvoir politique qui leur est accordé<sup>1082</sup>. La Chambre basse du Parlement doit accueillir les représentants de l'« *élément mobile et variable de la société civile* »<sup>1083</sup>. Celui-ci se compose des classes et milieux sociaux attachés à l'industrie et au commerce et dont la condition évolue au gré des variations de la situation économique. Là aussi, les députés ne représentent pas des individus réunis en une masse informe d'atomes sans ancrage communautaire, mais des intérêts concrets organisés en corporations. La citoyenneté politique est donc conditionnée par l'appartenance à ce type d'organisation<sup>1084</sup>. L'élection n'est également pas une modalité nécessaire d'accès à la Chambre basse puisque la qualité de député exige certaines qualités particulières : sens de l'autorité, sens de l'Etat et une expérience dans la conduite des affaires publiques<sup>1085</sup>. Plutôt qu'un modèle universel conforme à la Raison, Duguit relève que Hegel ne fait qu'anticiper l'organisation bicamérale qu'embrassera la Prusse suite à l'adoption de la Constitution – conservatrice et peu libérale – du 31 janvier 1850<sup>1086</sup>.

Duguit poursuit son étude de l'œuvre hégélienne par la critique de la conception du droit international public développée par le philosophe allemand. Alors que la souveraineté interne de l'Etat se déploie en différentes étapes logiques impliquant une pluralité de pouvoirs, la souveraineté externe laisse apparaître l'Etat comme une totalité unifiée qui cherche à affirmer son individualité et son autonomie à l'égard des autres Etats<sup>1087</sup>. Dès lors, le fondement du droit international ne se trouve que dans la volonté souveraine des Etats, cette forme politique étant la « *puissance absolue sur terre* »<sup>1088</sup>. Duguit relève chez Hegel l'absence complète de droit international extérieur à la vo-

---

<sup>1080</sup> Hegel (1998), p. 403.

<sup>1081</sup> Lécivain (2001), p. 142.

<sup>1082</sup> Hegel (1998), p. 404-405.

<sup>1083</sup> Ibid., p. 407.

<sup>1084</sup> Ibid., p. 406 : « *L'Etat concret est le tout articulé en ses cercles particuliers ; Le membre de l'Etat est membre de tel état [Stände] ; c'est seulement dans cette détermination objective qui est la sienne qu'il peut entrer en ligne de compte dans l'Etat* ». Le versant « corporatif » de la pensée de Hegel et sa proximité avec celle de Gierke s'affirment ici aussi avec une certaine netteté. Hegel reconnaît néanmoins que l'individu en tant que tel peut avoir une existence politique par la liberté qui lui est laissé d'exprimer son opinion sur la conduite des affaires publiques. Cf. Ibid., p. 412.

<sup>1085</sup> Ibid., p. 408.

<sup>1086</sup> Duguit (1918), p. 369. La chambre haute du Parlement prussien, la Chambre de Seigneurs (*Herrenhaus*), était composée de membres uniquement non-élus (à partir de 1853), il s'agissait de membres de la noblesse nommés par le Roi ou disposant d'un siège héréditaire. La chambre basse qui était la chambre des députés (*Abgeordnetenhaus*) voyait son effectif élu selon des modalités se rapprochant du suffrage censitaire.

<sup>1087</sup> Hegel (1998), p. 418-419.

<sup>1088</sup> Ibid., p. 425.

lonté des Etats ; le philosophe ne conçoit en effet aucune règle de droit supérieure à la volonté de l'Etat ni d'autorité en mesure de contraindre la volonté souveraine des Etats<sup>1089</sup>. Le problème de l'effectivité du droit international est dès lors contenu dans ce postulat. Les Etats peuvent certes se lier par des Traités ou des Conventions mais le respect de ceux-ci demeure suspendu à la seule volonté souveraine des Etats contractants, faute d'autorité supérieure capable d'en commander l'observation. Le respect des engagements internationaux n'est ainsi pas une obligation juridique mais relève du simple devoir-être moral. Hegel present ici ce qui sera plus tard théorisé – par Jhering<sup>1090</sup> et, de manière plus subtile, par Jellinek<sup>1091</sup> et Carré de Malberg<sup>1092</sup> – à travers le concept de l'autolimitation de l'Etat.

A la différence des citoyens d'un Etat qui sont assujettis à une autorité commune, les rapports des Etats entre eux demeurent soumis à la contingence de l'*état de nature*<sup>1093</sup>. Les relations interétatiques se présentent sous le même aspect que les rapports entre individus au sein de la société civile. Chaque Etat affirme avant tout sa particularité dans les relations internationales en cherchant la satisfaction de ses intérêts propres et non la réalisation d'un quelconque principe moral universel (la civilisation, la justice, l'humanité, etc.)<sup>1094</sup>. S'ils ne parviennent pas à être réglés par la concorde des volontés étatiques, les différends entre Etats ne peuvent connaître qu'un unique mode de résolution : la *guerre*<sup>1095</sup>. En tant qu'incarnation concrète de l'Etat, le Prince est seul compétent pour mener la politique extérieure de l'Etat et de décider de l'entrée en guerre pour le motif que sa volonté souveraine aura jugé opportun<sup>1096</sup>. Il n'en faut pas plus à Duguit pour assimiler Hegel au philosophe réactionnaire Joseph de Maistre (1753-1821) qui érigeait la guerre en chose « *belle, féconde et sainte* »<sup>1097</sup>. Si un tel rapprochement est excessif, il est vrai que Hegel ne nie pas le phénomène de la guerre ; nous

---

<sup>1089</sup> Duguit (1918), p. 371.

<sup>1090</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4

<sup>1091</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.6

<sup>1092</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.5

<sup>1093</sup> Hegel (1998), p. 426.

<sup>1094</sup> *Ibid.*, p. 428-429

<sup>1095</sup> *Ibid.*, p. 427.

<sup>1096</sup> *Ibid.*, p. 424 ; Hegel rejoint ici le mouvement de neutralisation de la « *guerre juste* » initié par Vattel et que l'on retrouvera jusque dans l'œuvre tardive de Carl Schmitt. Chez ces auteurs, la légitimité d'une déclaration de guerre n'est plus déterminée par sa conformité à certaines valeurs religieuses ou morales mais dépend du seul respect de certaines formes – comme la déclaration de guerre – par les Etats souverains belligérants. Il y a chez Hegel, comme avant lui chez Vattel et plus tard chez Schmitt, une connexion intime entre la conception du *jus ad bellum* et celle du *jus in bello*. En tant qu'ils se reconnaissent comme Etats souverains dotés du même droit de faire la guerre, les Etats belligérants continuent à se reconnaître comme Etats investis d'une même dignité une fois les hostilités déclenchées. Ils s'engagent à respecter dès lors un certain code de conduite (respect des ambassadeurs et des civils, par exemple), attendu que le but de la guerre n'est pas l'anéantissement de l'ennemi, mais sa neutralisation et le retour de la paix. Cf. *Ibid.*, p. 429-430.

venons de voir qu'il démontre qu'elle est inhérente à la cohabitation d'Etats également souverains. André Lécivain précise avec pertinence que la guerre chez Hegel est « *la forme extrême, ultime, de la manifestation de la souveraineté et de l'indépendance d'un Etat* »<sup>1098</sup>. Pour assurer ainsi sa survie, l'Etat est en droit d'exiger de l'individu le service des armes et le sacrifice de ses biens et de sa vie<sup>1099</sup>. Le combat de l'individu pour la sauvegarde de son Etat le conduit au point ultime de l'identification de son destin à celui de sa communauté politique ; l'individu ne se perçoit plus comme fin en soi mais comme maillon d'un tout en lutte contre une autre totalité hostile<sup>1100</sup>. Dans une longue remarque jointe au § 324 des *Principes de la philosophie du droit* partiellement reproduite par Duguit<sup>1101</sup>, Hegel semble, en effet, céder à une forme d'apologie de la guerre<sup>1102</sup>. Le philosophe allemand y affirme que la guerre ne relève en rien de la contingence et doit être perçue comme une nécessité, un « *moment éthique* » où l'on réalise « *la vanité des biens et des choses de ce monde* »<sup>1103</sup>. Une telle situation extrême est nécessaire à la vie des peuples en ce qu'elle « *conserve aussi bien la santé éthique des peuples en son indifférence vis-à-vis des déterminations finies que le mouvement des vents préserve les mers de la putridité dans laquelle un calme durable les prolongerait, comme le ferait pour les peuples une paix durable ou a fortiori une paix perpétuelle* »<sup>1104</sup>. Hegel conclut cette remarque en affirmant que certaines guerres sont nécessaires pour prévenir certains troubles internes et consolider le pouvoir intérieur de l'Etat et que certains peuples ont perdu leur liberté par crainte de la mort<sup>1105</sup>. A la lecture de ces quelques lignes, il semble raisonnable de soutenir que Hegel confère une valeur positive à la guerre.

Les *Principes de la philosophie du droit* s'achèvent sur de brèves considérations sur l'« *histoire du monde* » où Hegel expose les structures de l'historicité<sup>1106</sup>. Chaque Etat, à un moment donné de son existence, représente la figure de proue du procès historique et constitue la pointe avancée du développement de l'Idée de liberté dans le monde<sup>1107</sup>. Selon Hegel, l'histoire mondiale fut scandée par la domination successive

---

<sup>1097</sup> Duguit (1918), p. 373 ; Duguit se réfère au 7<sup>e</sup> entretien des *Soirées de Saint-Pétersbourg* de Joseph de Maistre.

<sup>1098</sup> Lécivain (2001), p. 152.

<sup>1099</sup> Hegel (1998), p. 420.

<sup>1100</sup> Ibid., p. 423-424 ; cf. Soual (2006), p. 752-753.

<sup>1101</sup> Duguit (1918), p. 373.

<sup>1102</sup> Le bellicisme de Hegel est une question âprement débattue. Pour Philippe Soual, Hegel se contente de déterminer la fonction de la guerre dans la vie des peuples et des Etats, ce qui n'en signifie pas l'apologie, à l'image d'un médecin déterminant le rôle des maladies dans l'évolution de l'organisme humain. Cf. Soual (2006), p. 754.

<sup>1103</sup> Hegel (1998), p. 420.

<sup>1104</sup> Ibid.

<sup>1105</sup> Ibid., p. 421.

<sup>1106</sup> Hegel développe bien plus en détails sa vision de l'histoire mondiale dans ses cours sur la Philosophie de l'histoire.

de quatre figures historiques concrètes dont chacune incarne une configuration différente des rapports entre Etat et individu<sup>1108</sup>. Seule la quatrième et dernière configuration – correspondant au *règne germanique* – scelle la réconciliation de l'individu privé et de l'Etat. Le règne germanique correspond à l'émergence de l'Etat constitutionnel moderne où la particularité subjective est reconnue par l'universalité légale à travers la protection de ses droits<sup>1109</sup>. Duguit ne mentionne nullement cette composante libérale de l'Etat moderne que les peuples germaniques auraient amené à l'effectivité ; il est vrai qu'elle desservirait considérablement son propos. Que Hegel voie dans le « *génie germanique le triomphe de la science et de la liberté* »<sup>1110</sup> suffit à Duguit pour percevoir – sans autre forme de procès – en Hegel l'instigateur des doctrines pangermanistes ayant nourri « *la mentalité abominable* » et les ambitions prédatrices de l'Allemagne de 1914<sup>1111</sup>.

L'hostilité affichée par Duguit envers la doctrine hégélienne rejoint la tendance majoritaire des intellectuels français de l'époque. De la défaite de 1870 au conflit de 1914, l'hégélianisme passait en France pour l'expression paradigmatique des visées expansionnistes du second Reich. A ce titre, la conception de l'histoire du monde développée par Hegel était alors considérée comme la simple caution philosophique du projet impérialiste allemand<sup>1112</sup>. Duguit a assurément subi l'influence de ce contexte discursif, ce que l'étude des sources mobilisées par le juriste français confirme. En effet, il s'appuie pour l'essentiel sur l'ouvrage de Lucien Lévy-Bruhl *L'Allemagne depuis Leibniz. Essai sur le développement de la conscience nationale allemande (1700-1848)* qui reproduit l'image d'un Hegel apologiste de la réaction prussienne et théoricien de la mainmise de l'Etat sur l'individu, reprenant en cela le reproche le plus commun adressé à l'encontre de la philosophie politique hégélienne<sup>1113</sup>. Cette légende noire faite à la philosophie politique de Hegel n'est cependant pas une spécificité française. En Allemagne, il existait également une réception hostile à Hegel, particulièrement présente dans les milieux marqués à gauche. Elle débuta avec l'essai de Rudolf Haym *Hegel und seine Zeit*, paru en 1857, avant de trouver son paroxysme après le premier conflit mondial avec la publication de plusieurs essais traçant un trait d'union entre la philosophie de l'histoire du maître de Iéna et la politique de puissance exercée par le Second Reich, de Bismarck à Guillaume II<sup>1114</sup>. Dans le cas allemand comme

<sup>1107</sup> Hegel (1998), p. 434.

<sup>1108</sup> Ibid., p. 438.

<sup>1109</sup> Lécivain (2001), p. 162.

<sup>1110</sup> Duguit (1918), p. 377.

<sup>1111</sup> Ibid., p. 376-377.

<sup>1112</sup> Cf. Digeon (1959), p. 109-110 ; Giacuzzo (2014), p. 26.

<sup>1113</sup> Cf. Lévy-Bruhl (1890), p. 388 ss. Certaines considérations de l'article de Duguit ne sont par ailleurs que de simples paraphrases de l'ouvrage de Lévy-Bruhl.

<sup>1114</sup> Le témoignage le plus symptomatique de ce mode de lecture est certainement l'essai du juriste social-démocrate Hermann Heller, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in*

dans le cas français, il s'agissait d'une lecture sélective, oublieuse de la composante libérale et des inclinations théoriques favorables aux idéaux de 1789 que l'on peut trouver chez Hegel.

#### IV. La limitation de la puissance publique

##### 1. L'Etat comme puissance de domination

La démonstration du caractère fictif et non-scientifique du concept de personnalité juridique constitue l'aspect majeur de la critique de Duguit mais n'en est pas l'unique composante. Au-delà de cette démystification théorique, le juriste français entend souligner les inconséquences pratiques auxquelles seraient condamnées la plupart des doctrines basées sur la personnalité juridique de l'Etat. En effet, celles-ci manqueraient à la tâche essentielle de toute théorie du droit public qui consiste à établir une limite juridique claire et cohérente au pouvoir de l'Etat. Cette affirmation forme l'axe fondamental de la doctrine de Duguit dont le but premier est de démontrer l'existence d'une règle de droit supérieure à l'Etat<sup>1115</sup>.

En retraçant la généalogie de la notion de puissance publique dans la première partie de notre thèse, il nous est apparu que la volonté de l'Etat régie par le droit public se distingue – en particulier chez les auteurs allemands – de la volonté de l'individu en ce que la première est nécessairement orientée vers la domination<sup>1116</sup>. En ce sens, les rapports juridiques entre l'Etat et l'individu devraient « *toujours être des rapports entre deux personnes inégales, l'une souveraine, l'autre non souveraine, l'une supérieure commandante, l'autre inférieure et subordonnée* »<sup>1117</sup>. Selon Duguit, une telle affirmation ne rend compte qu'imparfaitement des modes de rapports juridiques entre l'Etat et les individus. En effet, l'Etat entre parfois dans une relation horizontale d'égalité avec l'individu<sup>1118</sup>. Le fait que l'Etat soit amené à conclure des contrats – de droit administratif comme de droit privé – et à se soumettre à leur caractère obligatoire pour exécuter ses tâches est certainement l'illustration la plus flagrante de cette réalité.

La première réponse apportée à cet épineux problème fut, essentiellement en Allemagne, représentée par la *théorie du fisc*. Celle-ci aboutit à reconnaître à l'Etat une personnalité double : d'une part la personnalité de puissance publique régie par le

---

*Deutschland : ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, publié en 1921. Pour une recension critique de la réception hostile à Hegel dans la pensée européenne au XX<sup>e</sup> siècle, cf. Domenico Losurdo, *Hegel et la catastrophe allemande*, Paris, Albin Michel, 1994.

<sup>1115</sup> Cette volonté est exprimée très clairement dans l'introduction du premier ouvrage majeur de Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, publié en 1901. Cf. Duguit (2003), p. 9 ss.

<sup>1116</sup> Gerber est le représentant le plus manifeste de cette position. Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.2.

<sup>1117</sup> Duguit (1927), p. 622.

<sup>1118</sup> *Ibid.*, Duguit (1928), p. 112.

droit public où l'Etat se trouve en mesure d'imposer unilatéralement sa volonté à ses sujets et, d'autre part, une personnalité soumise au droit privé pour l'ensemble des affaires civiles concernant la fortune publique qui se nouent entre l'Etat et l'individu où les deux interagissent sur un pied d'égalité<sup>1119</sup>. Cette doctrine, déjà désuète du temps de Duguit<sup>1120</sup>, ne peut cependant guère se concilier avec le principe d'unité de l'Etat que la plupart des défenseurs de la personnalité juridique de l'Etat tenaient comme un acquis de leur édifice théorique. En effet, elle aboutit à diviser l'Etat en deux personnes distinctes, brisant ainsi son unité fondamentale<sup>1121</sup>. Un tel fractionnement de l'Etat reviendrait à dire, par exemple, que l'Etat puissance publique n'est pas responsable des actes commis par l'Etat personne privée, et vice et versa. Pour cette raison, la doctrine a été amenée à abandonner la théorie du fisc pour affirmer l'unicité de la personnalité morale de l'Etat<sup>1122</sup>.

La théorie des statuts de Georg Jellinek propose une explication alternative à l'impossibilité faite à l'Etat d'imposer sa volonté unilatérale en toutes circonstances. Elle possède en outre l'heureux avantage de ne pas remettre en cause l'unité de l'Etat. L'épistémologie néo-kantienne de Jellinek avait amené le juriste de Heidelberg à admettre que l'Etat n'est une unité que dans la mesure où l'on conçoit celui-ci non comme une hypostase dotée d'une existence réelle, mais comme une synthèse de relations entre plusieurs personnes. Plus précisément, les relations entre gouvernants et gouvernés forment le substrat empirique du concept juridique d'Etat. La notion de personnalité juridique de l'Etat développée par Jellinek a comme conséquence que l'on doit penser juridiquement l'Etat comme une série de rapports de droit. Or un rapport de droit engage toujours au moins deux personnes porteuses d'intérêts potentiellement concurrents qui se reconnaissent comme titulaires de droits et de devoirs réciproques<sup>1123</sup>. Le *statut négatif* exprime l'ensemble des droits à disposition des individus auquel l'*imperium* de l'Etat ne peut porter atteinte. S'il souhaite s'ingérer dans la sphère de liberté de l'individu, l'Etat doit nécessairement obtenir l'accord de ce dernier, et donc passer par un processus d'ordre contractuel<sup>1124</sup>. Cette subtile construction théorique ne convainc nullement Duguit. Jellinek reste un positiviste. Les droits publics subjectifs

<sup>1119</sup> Mayer (1903), p. 57 : « Ainsi, on arrive à avoir deux personnes morales distinctes, produits d'une division juridique de l'Etat : d'une part, le [...] fisc, l'Etat considéré comme société d'intérêts pécuniaires ou personne morale du droit civil ; d'autre part, l'Etat proprement dit, l'association politique, la personne morale du droit public – rappelons-nous que cette expression « droit public » est souvent négative et signifie l'exclusion du droit civil ».

<sup>1120</sup> A cet égard, voir la présentation de l'état de la littérature présenté par Duguit dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, cf. Duguit (2003), p. 383 s.

<sup>1121</sup> Duguit (1927), p. 623.

<sup>1122</sup> Ibid. ; Duguit s'inspire ici directement de Michoud. Sur la personnalité unique de l'Etat et la critique de la théorie du fisc chez ce dernier, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 2.1.1.

<sup>1123</sup> Cf. *supra*, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.5.

<sup>1124</sup> Jellinek (1919), p. 209 ; Duguit (1928), p. 114.

de l'individu ne sont pas un donné anté-étatique<sup>1125</sup> mais une attribution juridique accordé par l'Etat, créateur exclusif du droit. Ils sont certes une nécessité théorique découlant d'une conception relationnelle de la personnalité juridique. Cependant, la doctrine de Jellinek s'avère incapable de poser une limite claire à la portée de la puissance publique. Si les droits publics subjectifs sont créés par le droit positif, lui-même conçu par la volonté de l'Etat, il est impossible d'opposer des arguments juridiques à un Etat qui limiterait drastiquement la sphère de libertés des individus. Comment l'Etat pourrait-il être réellement lié à un contrat s'il peut, pas sa volonté seule, modifier les conditions de validité dudit contrat par une modification du droit topique ? Dès lors, la sauvegarde des droits fondamentaux est suspendue à la seule faculté d'autolimitation de l'Etat<sup>1126</sup>.

## 2. La théorie de l'autolimitation de l'Etat

La critique de la théorie de l'autolimitation de l'Etat occupe une place centrale chez Duguit. Le juriste français y voit l'aboutissement des doctrines fondées sur la personnalité juridique de l'Etat et sur le droit subjectif de puissance publique, adversaires qu'il combat tout au long de son œuvre. En 1919, il consacre à la notion d'autolimitation un long article dans la *Revue de droit public*. Cette contribution peut être considérée comme le prolongement de l'article *Rousseau, Kant et Hegel* paru dans la même revue l'année précédente. Duguit affirme en effet que le concept de l'autolimitation de l'Etat a été développé par des juristes allemands s'inscrivant dans la filiation de Kant et surtout de Hegel. Sur ce point, l'argumentation de Duguit est relativement sommaire. Le juriste bordelais se contente de citer quelques passages des *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* de Gerber où le publiciste allemand reproduit certaines idées développées par Hegel dans les *Principes de la philosophie du droit*. Par exemple, Gerber affirme que la personnalité juridique de l'Etat est le signe qu'un peuple est parvenu à la conscience de lui-même en tant qu'organisme moral investi d'un pouvoir de volonté unifié dans le but d'œuvrer à la réalisation du bien moral<sup>1127</sup>.

Le véritable point de rapprochement entre les philosophes étudiés dans l'article de 1918 et les juristes analysés dans la contribution de 1919 tient dans leur volonté présumée d'affranchir le pouvoir de l'Etat de toute limite juridique<sup>1128</sup>. A ce titre, Duguit estime que Gerber, Laband, Jellinek ou Jhering n'ont fait que porter l'ambition de Kant ou Hegel dans la science du droit. Duguit soutient que les juristes allemands pré-

---

<sup>1125</sup> Duguit (2003), p. 392 ; cf. Jouanjan (2004), p. 12.

<sup>1126</sup> Duguit (2003), p. 392 ; Duguit (1928), p. 114-115.

<sup>1127</sup> Duguit (1919), p. 163-164.

<sup>1128</sup> Duguit reconnaît certes à Gerber le mérite d'avoir souligné que le pouvoir de l'Etat ne saurait être absolu mais doit servir uniquement les « buts de l'Etat ». Cependant, le publiciste allemand est demeuré incertain sur les critères nécessaires à l'élaboration d'une limite claire à la puissance publique. Cf. Duguit (1919), p. 165-166.

cités ont été incapables de concevoir la limitation juridique du pouvoir de l'Etat de manière claire et cohérente. Pire, il accuse en particulier Jhering et Jellinek d'avoir tracé une frontière illusoire au pouvoir de l'Etat à travers le développement de la doctrine de l'autolimitation de l'Etat ; une illusion que Duguit entend bien dissiper.

Afin de saisir avec justesse les griefs adressés par Duguit à la théorie de l'autolimitation de l'Etat, il nous faut rendre compte de la lecture qu'en propose le juriste bordelais. Celui-ci fait du concept d'autolimitation de l'Etat la conséquence théorique directe de la conception de l'Etat et de la puissance publique développée par la doctrine publiciste allemande. Duguit en rappelle brièvement les principaux axes : 1) L'Etat est une personne juridique indépendante des individus comme de la nation 2) Il est titulaire d'un droit subjectif de puissance publique qui consiste en un pouvoir unilatéral de domination sur les individus 3) La caractéristique majeure de la puissance d'Etat tient dans sa faculté d'autodétermination<sup>1129</sup> ; l'Etat peut fixer l'étendue de son action par sa propre volonté dans le mesure où il détient le monopole de création du droit<sup>1130</sup> 4) Dès lors, la restriction de la portée du pouvoir de l'Etat ne peut résulter qu'un d'un acte de volonté de l'Etat lui-même. En s'autolimitant, l'Etat ne perd en rien sa faculté d'autodétermination, il use simplement de celle-ci d'une façon mesurée<sup>1131</sup>.

Quant aux motifs qui poussent l'Etat à limiter par lui-même l'étendue de son pouvoir, ils sont avant tout, selon Duguit, d'ordre socio-psychologique. Jhering comme Jellinek auraient ainsi cédé à une forme d'anthropomorphisme en concevant l'Etat à l'image d'un individu doté d'une psychologie propre. Le parallèle entre les mobiles de l'action de l'Etat et la psychologie individuelle ressort clairement dans *Der Zweck im Recht* de Rudolf von Jhering. Dans cet ouvrage, le juriste allemand soutient que le motif qui pousse l'Etat à s'autolimiter est exactement le même qui détermine l'homme à contrôler son action : l'intérêt bien compris de celui qui agit. A cet égard, il est dans l'intérêt de l'Etat de se soumettre au droit qu'il a lui-même édicté. Il évite ainsi de susciter la colère de ses assujettis en maintenant des règles régulières qui sont, par ailleurs, nécessaires à l'épanouissement du commerce et de l'industrie. En d'autres termes, l'Etat est mieux obéi lors qu'il se soumet volontairement à son propre droit<sup>1132</sup>.

Duguit détecte le même mode argumentatif chez Jellinek. Le juriste français s'appuie pour l'essentiel sur la section conclusive du premier volume de *l'Etat moderne et son*

<sup>1129</sup> Nous avons vu que Jellinek distinguait puissance d'Etat et souveraineté à l'aide du critère d'autodétermination constitutionnelle. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.3.

<sup>1130</sup> Le monopole exclusif de l'Etat sur la création du droit – ou à tout le moins sur sa réalisation – nous est apparu comme un postulat majeur des doctrines de Jhering et Jellinek, car il est la cause première de l'élaboration du concept d'autolimitation de l'Etat par le droit. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4 et II, 1.

<sup>1131</sup> Duguit (1919), p. 167.

<sup>1132</sup> *Ibid.*, p. 173.

droit de Jellinek où ce dernier développe les conditions psychosociologiques de validité des règles de droit. Jellinek y explique que le fondement de tout droit réside « dans la conviction que l'on a de sa valeur, de sa force normative, de son pouvoir de détermination sur la volonté [...] La norme n'est jamais quelque chose d'uniquement extérieur : il faut aussi qu'elle porte en elle-même la possibilité d'être reconnue comme justifiée par le sujet à qui elle s'adresse »<sup>1133</sup>. Pour être obéi, l'Etat doit être en mesure de susciter une certaine confiance sociale auprès de ses justiciables. A cette fin, l'Etat doit s'engager à respecter et à faire respecter le droit édicté. Toute norme doit donc s'accompagner de la promesse implicite de l'Etat qu'elle subsistera tant qu'il n'y aura pas de raison suffisante pour l'abroger. Ce n'est que dans un cadre normatif stable que les relations entre hommes peuvent s'élever « au-dessus du niveau primitif », permettant à la société civile de s'épanouir<sup>1134</sup>.

Ces arguments n'obtiennent nullement l'adhésion de Léon Duguit. Il ne s'agirait que d'une limitation en trompe-l'œil<sup>1135</sup> puisqu'elle laisse intacte la « puissance irrésistible, inconditionnée de l'Etat »<sup>1136</sup>. Aussi sages et avisées que soient les raisons qui poussent l'Etat à lier son action au droit, sa décision de limitation ne résulte, en dernière instance, que de sa volonté souveraine<sup>1137</sup>. De ce fait, le fondement de l'autolimitation de l'Etat apparaît fragile et facilement révoquant. Duguit appuie son argumentation en relevant les passages où les juristes d'outre-Rhin justifient la nécessité qui contraint parfois l'Etat à agir hors du cadre de la légalité. Après avoir établi que le but du droit est de garantir les « conditions de vie de la société »<sup>1138</sup>, Jhering constate qu'il existe des situations extraordinaires où la légalité ordinaire n'est pas en mesure de protéger les conditions de vie de la société. Il incombe alors à l'Etat d'agir hors du cadre du droit pour garantir le déroulement régulier de la vie sociale<sup>1139</sup>. A mots à peine couverts, Duguit y voit là le rétablissement de l'ancienne théorie de la raison d'Etat où celui-ci peut se soustraire au régime de la légalité en invoquant plus ou moins arbitrairement un état de nécessité<sup>1140</sup>. Le juriste français perçoit les mêmes faiblesses dans la conception du droit international proposée par Georg Jellinek. En effet, le juriste allemand étend les conditions de validité du droit interne au droit internatio-

---

<sup>1133</sup> Jellinek (2005), p. 554.

<sup>1134</sup> Ibid., p. 552.

<sup>1135</sup> Moins diplomate que nous, Duguit qualifie la théorie de l'autolimitation de « tour de passe-passe » et de « doctrine sophistique ». Cf. Duguit (1927), p. 645.

<sup>1136</sup> Duguit (1919), p. 181.

<sup>1137</sup> Ibid.

<sup>1138</sup> Jhering (1901), p. 292.

<sup>1139</sup> Ibid., p. 279-281.

<sup>1140</sup> Duguit (1919), p. 174-175 ; Malgré la virulence de ses propos, on doit reconnaître une certaine honnêteté intellectuelle chez Duguit qui relève que Jhering déplorait les violations de la loi par l'Etat et préconisait que le droit de nécessité soit constitutionnellement réglementé. Cf. Jhering (1901), p. 281.

nal. Le droit international, tout comme le droit interne, possède un fondement psychologique, en ce sens qu'il peut être considéré comme obligatoire dès lors qu'il est reconnu comme tel par ses destinataires<sup>1141</sup>. Les Etats demeurent libres de conclure des traités mais dès lors qu'ils décident d'entrer en rapport avec d'autres Etats, ils doivent se plier à la structure objective des relations internationales. Par là, Jellinek entend démontrer que tout Etat doit nécessairement reconnaître à l'Etat avec lequel il traite la qualité de sujet de droit. Ainsi seulement il peut espérer la garantie de la même reconnaissance de la part de l'Etat cocontractant. Toute ratification de traité de la part d'un Etat comprend donc la renonciation à une part de souveraineté dans la mesure des obligations convenues dans le texte. L'Etat peut dès lors s'attendre au même comportement de la part de l'Etat cocontractant. Cette autolimitation de l'Etat n'est nullement le fruit d'un choix arbitraire, elle exprime plutôt la reconnaissance de la nature objective des relations interétatiques qui mettent en jeu des Etats dotés d'une égale souveraineté<sup>1142</sup>.

Jellinek nuance cependant ce tableau idyllique par une réserve de taille. Le juriste allemand affirme que l'observation du droit international ne saurait mettre en péril l'Etat, si bien que la légalité internationale ne peut contrarier les intérêts vitaux de l'Etat. De ce fait, la « *norme juridique passe à l'arrière-plan parce que l'Etat est supérieur à tout principe juridique [...]: le droit international existe pour les Etats et non les Etats pour le droit international* »<sup>1143</sup>. Jellinek soutient son argumentation en affirmant que le droit international est un droit de nature *anarchique*, en ce sens qu'il n'existe aucun *imperium* capable d'imposer des règles communes aux Etats ; les règles internationales ne sont dès lors que le résultat de rapports de force entre les Etats. De surcroît, il juge bon que des « *formations politiques nouvelles puissent entrer en lutte pour obtenir leur réalisation et assurer leur existence* »<sup>1144</sup>. La perspective d'un ordre juridique international dénué de lacune qui permettrait de résoudre l'ensemble des conflits entre Etats à l'aide de règles juridique prédéfinies est jugée très négativement par le juriste de Heidelberg. Jellinek soutient que le droit positif sert essentiellement à la conservation de l'ordre établi. A ce titre, un ordre juridique international qui régirait intégralement les relations interétatiques ne pourrait qu'aboutir au maintien d'un *status quo* en décalage avec la réalité des rapports de force<sup>1145</sup>. Dans une certaine mesure,

<sup>1141</sup> A ce stade, il est intéressant de noter que le fondement psychologique du caractère obligatoire du droit avait déjà été établi par Jellinek en 1880 dans un court essai consacré à la nature juridique des traités interétatiques. Cf. Jellinek (1880), p. 17-18.

<sup>1142</sup> Ibid., p. 48-49.

<sup>1143</sup> Jellinek (2005), p. 562 ; cf. Jellinek (1880), p. 40.

<sup>1144</sup> Jellinek (2005), p. 562.

<sup>1145</sup> Ibid., p. 562-563 : « *Dans l'état actuel du monde et pour un temps impossible à calculer, un ordre juridique qui relierait entre eux les Etats ou les dominerait, et qui, ne présentant aucune lacune, résolvant tout conflit à l'aide de règles juridiques toutes prêtes, n'aboutirait qu'à la conservation de ce qu'il y a de vicié et de vieilli dans le monde des Etats et serait un obstacle*

Jellinek partage avec Hegel la même conception du droit international réduit à un *droit étatique externe*, où le fondement premier des règles de droit qui s'appliquent entre les Etats réside dans les *volontés souveraines distinctes* des Etats.

Publié à la fin de la première guerre mondiale, l'article de Duguit sur « la doctrine allemande de l'autolimitation de l'Etat » contient une charge très appuyée contre de telles dérogations apportées au principe de limitation du pouvoir de l'Etat en droit international. Le juriste français n'hésite pas à affirmer que cette façon de placer les intérêts vitaux de l'Etat au-dessus de tout principe juridique est de nature à légitimer « *tous les actes tyranniques à l'intérieur, tous les brigandages à l'extérieur. Invasion et pillage de la Belgique, incendie de Louvain, massacre des enfants et des femmes, torpillage du Lusitania, tous les crimes abominables qui ont rempli le monde d'horreur étaient d'avance justifiés par les deux plus grands jurisconsultes de l'Allemagne moderne* »<sup>1146</sup>. Ce style polémique poussé à l'excès est caractéristique du ton général des écrits de Duguit publiés peu après le premier conflit mondial. On retrouve à l'identique cette veine pamphlétaire dans l'article *Rousseau, Kant et Hegel* paru en 1918, où les considérations théoriques sont systématiquement reliées à des problématiques politiques d'une actualité brûlante, puisqu'il s'agit à chaque fois de démontrer la connexion directe entre les doctrines philosophiques et juridiques allemandes et la politique belliqueuse du second Reich. Dans sa contribution de 1919, Duguit poursuit la même inclination. A cet égard, il soutient que la conception du droit international développée par Jellinek a été taillée sur mesure pour correspondre aux ambitions internationales de l'Allemagne qui aspirait à s'octroyer une place de choix dans le concert des nations suite à son unification en 1871<sup>1147</sup>. Il est vrai que l'on peut noter une certaine convergence – ne serait-ce que temporelle – entre l'affirmation de Jellinek selon laquelle les ambitions des Etats émergents ne devraient pas être contrariées au nom de principes juridiques figés – qui auraient condamné l'Allemagne à n'être qu'une « *expression géographique* »<sup>1148</sup> – et l'émergence de l'Empire allemand comme acteur majeur de la scène internationale. Invité à prononcer une série de conférences à l'Université de Columbia en 1921, Duguit réitéra son attaque contre la compréhension jellinéquienne du droit international. Le juriste français soutint que cette conception concevant les relations internationales uniquement sous la forme d'une coexistence

---

*à tous progrès utiles. Que l'on se rappelle les grandes guerres de la seconde moitié du XIXème siècle ! Si ces luttes historiques, qu'aucun principe juridique n'a pu juger, avaient été apaisées par application d'une norme juridique et par un juge quelconque, il est certain que la sentence eût été favorable à l'état des choses existant, le seul légal : l'Allemagne et l'Italie seraient demeurées des expressions géographiques. Les Etats nouveaux de la péninsule des Balkans seraient encore des provinces turques, et les Espagnols continueraient à administrer Cuba et les Philippines ! ».*

<sup>1146</sup> Duguit (1919), p. 188 ; Duguit vise ici Jhering et Jellinek.

<sup>1147</sup> Ibid., p. 189.

<sup>1148</sup> Jellinek (2005), p. 563.

d'Etats souverains risquait de mettre en péril le projet de la Société des nations et ainsi l'ébauche d'un ordre juridique international qu'elle cherchait à instaurer<sup>1149</sup>.

L'attaque de Duguit contre la doctrine de l'autolimitation peut donc, en dernière instance, se décliner en deux arguments principaux. En premier lieu, il ne s'agirait que d'une limitation en trompe-l'œil. L'autolimitation garderait intacte la puissance souveraine de l'Etat et s'effacerait dès lors que les intérêts prépondérants de l'Etat entraîneraient en contradiction avec les normes juridiques censées limiter sa puissance. En second lieu, Jhering et Jellinek auraient été incapables de fonder une limitation *juridique* au pouvoir de l'Etat, ne trouvant que des motifs d'ordre socio-psychologique susceptibles de contraindre l'Etat au respect de son droit<sup>1150</sup>. Cette accusation n'est pas anodine puisque Duguit reproche aux juristes précités rien moins que d'avoir failli à la mission qui incombe à tout théoricien du droit public consistant à élaborer une limite juridique claire et cohérente au pouvoir de l'Etat.

Si Duguit n'est pas parvenu à déceler la trace de l'élaboration d'une théorie juridique de l'autolimitation dans la doctrine allemande de droit public, c'est en raison d'une lecture lacunaire de celle-ci. Afin de réfuter le concept d'autolimitation de l'Etat de Jellinek, Duguit prend appui uniquement sur la première partie de l'*Etat moderne et son droit* du publiciste allemand, consacrée à la théorie sociale de l'Etat. Parvenu au point où il analyse la relation de l'Etat et du droit, Jellinek prend soin de préciser qu'il ne prend en compte, dans la première partie de son ouvrage majeur, que les éléments psycho-sociaux qui fondent l'assujettissement de l'Etat à son droit. Il poursuit en indiquant au lecteur que « *la construction juridique de ces relations sera établie dans une autre partie de l'ouvrage* »<sup>1151</sup>. En effet, c'est dans la seconde partie de l'*Etat moderne et son droit*, consacrée à l'élaboration d'une théorie juridique de l'Etat, que Jellinek s'efforce d'établir les contours d'une limitation proprement juridique de la puissance d'Etat. Cette construction est consubstantielle à la conception de la personnalité juridique de l'Etat défendue par le juriste allemand. Nous l'avons vu dans la première partie de notre recherche<sup>1152</sup>, le concept de « personne juridique » ne renvoie pas, chez Jellinek, à une substance identifiable dans le monde empirique. La personne entendue dans un sens juridique n'est rien d'autre qu'un point d'imputation auquel il est possible de rapporter une série d'actes de volonté. L'Etat-personne n'est dès lors rien d'autre qu'un centre de volontés auquel sont attribuées les actions d'individus agissant en qualité d'organes de l'Etat. Or comment distinguer un individu agissant à titre privé d'un individu agissant pour le compte de l'Etat si ce n'est à travers les règles juridiques qui régissent la désignation de l'individu à la qualité d'organe, ses compé-

<sup>1149</sup> Duguit (1921), p. 123.

<sup>1150</sup> Duguit (1919), p. 183.

<sup>1151</sup> Jellinek (2005), p. 553-554.

<sup>1152</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.6

tences ainsi que les conditions de validité juridique de l'expression de sa volonté ? L'existence de l'Etat ne peut donc se penser indépendamment de l'ordre juridique qui le structure<sup>1153</sup>. Il ne faut ainsi pas concevoir la limitation de l'Etat par le droit comme le choix délibéré de l'Etat-personne guidé par de simples motifs d'intérêts. Cela signifierait que l'Etat serait capable de réflexion et d'action hors de toute structuration juridique, à l'image de l'homme naturel. Le concept de personnalité juridique bâti par Jellinek rejette cette identification naïve de la personne juridique à l'homme individuel. La personnalité juridique n'est en rien une substance dotée d'une existence naturelle, mais un complexe de relations synthétisé dans une unité. A ce titre, l'Etat est la synthèse des relations juridiques que l'Etat entretient – par l'entremise de ses multiples organes – avec d'autres sujets de droit et avec l'ordre juridique<sup>1154</sup>.

Bien que Duguit procède à une lecture hâtive et incomplète de la théorie de l'autolimitation de l'Etat de Jellinek<sup>1155</sup>, nous pensons qu'une connaissance plus précise de celle-ci n'aurait pas convaincu le juriste français de sa pertinence. Chez Jellinek, la limitation de l'Etat par le droit revêt avant tout un caractère formel. La théorie juridique de l'Etat développée par le publiciste allemand implique que l'Etat doit nécessairement posséder un ordre juridique pour que son activité puisse être appréciée au point de vue juridique<sup>1156</sup>. Du fait que l'action de l'Etat doit se couler dans les formes du droit, il n'est pas possible de déduire le contenu précis du droit en question<sup>1157</sup>. Jellinek est lui-même très lucide sur le sujet lorsqu'il affirme que « *ce qu'il y a de permanent, ce n'est pas telle ou telle limite particulière, c'est la limitation elle-même* ». Cette conception qui tend à assimiler l'Etat à son ordre juridique est rejetée par Duguit qui n'y voit qu'une « *construction de pure logique formelle* »<sup>1158</sup>. Elle possède l'inconvénient d'être incapable de limiter l'action effective de l'Etat par le droit. Pour que cela soit possible, il faudrait démontrer que le droit est à la fois antérieur et supérieur à l'Etat, ce que l'ensemble de la doctrine positiviste – de Gerber à Kelsen en passant par Jellinek – refuse précisément. Comment, en effet, limiter *juridiquement* le pouvoir des gouvernants en leur conférant le monopole de la légalité ? Le droit peut bien constituer la forme de l'action de l'Etat ; il n'en constitue pas pour autant la limite si l'Etat peut *légalement* modifier celle-ci à son gré par la modification des lois exis-

---

<sup>1153</sup> Cf. Jellinek (2005a), p. 224. Jellinek précise que l'attribution de la qualité d'organe de l'Etat par l'ordre juridique est une particularité des Etats modernes. Dans les formes plus primitives d'Etat, la reconnaissance d'un homme comme organe de la communauté pouvait jaillir spontanément de la vie sociale du groupe.

<sup>1154</sup> Jellinek (1919), p. 28 s.

<sup>1155</sup> Une lecture lacunaire qui découle d'une mauvaise compréhension de la nature de la personnalité juridique chez Jellinek. Cf. nos considérations précédentes, *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.1.1

<sup>1156</sup> Jellinek (2005a), p. 135.

<sup>1157</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>1158</sup> Duguit (1927), p. 64.

tantes. Partant, l'identification du droit et de l'Etat apparaît à Duguit comme « *la négation même du droit public* »<sup>1159</sup>.

### 3. La théorie du droit naturel (pro memoria)

L'opposition de Duguit envers la doctrine allemande ne l'amène pas à se ranger inconditionnellement derrière les principes formulés dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette attitude qui fut, dans une certaine mesure, celle de Esmein<sup>1160</sup> n'est pas celle de Duguit qui critique avec véhémence la doctrine révolutionnaire française. Certes, Duguit n'affiche pas à son encontre la même intransigeante hostilité qu'à l'égard de la doctrine de l'autolimitation de l'Etat. Malgré sa perspective individualiste que Duguit récuse, le Doyen de Bordeaux reconnaît à la Déclaration de 1789 le mérite d'avoir affirmé sans ambiguïté que le pouvoir de l'Etat est limité par le droit. De ce fait, le juriste français estime que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen restera « *l'éternel honneur de la révolution française* »<sup>1161</sup>.

Cela posé, Duguit estime que le paradigme républicain français est bâti sur deux principes potentiellement contradictoires. D'une part, il s'appuie sur le principe de souveraineté nationale qui confère à la nation un pouvoir originaire et absolu. Duguit identifie cette première composante à l'œuvre de Rousseau dont il a dénoncé les tendances « absolutistes », sur un plan politique, et les mystifications « métaphysiques », sur un plan théorique<sup>1162</sup>. D'autre part, ce paradigme met à l'abri du pouvoir de l'Etat certaines libertés intangibles de l'individu consubstantielles à sa nature. Ce point est également passé au crible du réalisme duguiste. Issue d'un état de nature imaginaire, la théorie des droits naturels de l'homme ne peut, selon le juriste français, être soutenue en science positive. De plus, le jusnaturalisme des Lumières est certes propre à fonder un certain nombre de droits au bénéfice des individus, mais s'avère inapte à déterminer les devoirs qui incombent aux mêmes individus. La théorie du droit naturel se trouve ainsi incapable de régir adéquatement l'ensemble de la vie en société. Elle est donc condamnée en raison de son caractère « antisocial ». Duguit constate ainsi que la doctrine républicaine est contrainte d'osciller en permanence – en fonction de la sensibilité politique de ses représentants – entre l'affirmation de la liberté originaire de l'homme qui culmine dans « *l'anarchisme d'un Stirner ou d'un Bakounine* » et la défense d'une souveraineté nationale absolue qui trouve son point culminant dans « *l'absolutisme complet de l'Etat avec Jean-Jacques Rousseau, Kant et plus près de nous Esmein* »<sup>1163</sup>. L'idée constitutionnelle française reposerait ainsi sur un fondement bien

<sup>1159</sup> Ibid., p. 65.

<sup>1160</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.3 et 1.4.

<sup>1161</sup> Duguit (2003), p. 13-14.

<sup>1162</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 1).

<sup>1163</sup> Duguit (1927), p. 633.

fragile dans la mesure où elle apparaît tiraillée par un principe de *double souveraineté contradictoire* : la souveraineté de la Nation et l'autonomie de l'individu dont Duguit juge qu'elle présente les mêmes qualités que la souveraineté politique. En effet, elle confère à son titulaire le droit que nul n'entrave la libre manifestation de son activité propre<sup>1164</sup>.

A ce stade, Duguit ne dépeint qu'une image aux traits grossiers des idées issues de 1789. Il est imprécis de soutenir que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen poserait deux souverainetés aussi absolues qu'incompatibles. En effet, elle comprend des principes de limitation de ces deux « souverainetés ». La souveraineté nationale trouve sa limite dans les droits inaliénables et imprescriptibles de l'homme que sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression (art. 2). L'autonomie de l'individu ne peut pas plus se déployer de façon absolue puisqu'elle ne saurait permettre d'agir d'une manière qui entrave autrui dans la jouissance de ces mêmes droits. Cette limite fixée par l'article 4 de la Déclaration de 1789 précise en effet que les bornes de chaque droit doivent être établies par la loi. Cette simple précision suffit à Duguit pour affirmer que les révolutionnaires français ont privilégié la souveraineté de l'Etat à la liberté de l'individu. En affirmant qu'il revient à l'Etat de fixer par la loi la portée réelle des différents droits, la Déclaration de 1789 n'apporterait aucune solution convaincante au problème de la limitation du pouvoir de l'Etat puisque « *ces bornes, que ne peut franchir l'Etat, c'est lui-même qui les détermine, que ces limites dans lesquelles il peut toucher aux droits individuels, c'est lui-même qui les fixe dans sa pleine et entière souveraineté* »<sup>1165</sup>. Duguit perçoit dans la doctrine rousseauiste de la volonté générale la suite logique de cette affirmation subreptice de la toute-puissance de l'Etat. Articulée sur l'idée – bien entendu « *fausse* » et « *métaphysique* » aux yeux de Duguit – selon laquelle la volonté générale ne peut errer et contrarier la liberté de l'individu, la doctrine de Rousseau possède une utilité stratégique précieuse en ce sens qu'elle vise à leurrer l'individu en tentant de le convaincre que sa soumission au pouvoir de l'Etat n'est en rien contraire à ses droits naturels.

## V. Conclusion de la deuxième partie

Que reste-t-il de la doctrine classique du droit public à l'issue de cette vaste entreprise de « défétichisation » de certaines des catégories premières de la science du droit ? Cette simple question doit nous amener à mesure l'ampleur du travail critique engagé par Duguit. Au terme de notre analyse de l'œuvre négative de Duguit, nous pouvons constater que le juriste français a su mettre en application son programme méthodologique d'une manière particulièrement systématique. Comme annoncé, la critique du-

---

<sup>1164</sup> Ibid.

<sup>1165</sup> Ibid.

guiste de la science du droit public allemande et française s'apparente à une vaste chasse aux fictions. Nous avons amplement pu constater que cet inlassable travail de sàpe visait à réfuter la conception de l'Etat comme personne juridique dotée d'une volonté supérieure aux volontés individuelles : la puissance publique. Pour ce faire, Duguit a littéralement décomposé le concept d'Etat pour démontrer qu'il ne recouvrait qu'une somme d'individus : les gouvernants. Ramenée ainsi à la simple qualité de volonté d'individus, la prétendue « volonté de l'Etat » peut difficilement accéder à la qualité de droit subjectif. Dans la mesure où cette notion induit une hiérarchie de volontés, il faut parvenir à démontrer que la volonté des individus gouvernants est en quelque point supérieure à la volonté des individus gouvernés. Or l'ensemble des discours sur l'origine de la puissance publique se sont évanouis comme autant de « *fantômes métaphysiques* » à la lueur de la stricte épistémologie réaliste brandie par Léon Duguit. Le but de l'œuvre négative du Doyen de Bordeaux semble ainsi consister en une fondamentale dévalorisation de la puissance gouvernante. En brisant ainsi l'ensemble des doctrines qui fondent la légitimité du pouvoir de l'Etat par son origine, Duguit retire un certain prestige au statut de gouvernant. Les gouvernants ne peuvent désormais plus s'appuyer sur une quelconque forme de délégation (divine ou populaire) pour justifier leur pouvoir. Dès lors, le juriste français tentera de refonder la légitimité des gouvernants en montrant que celle-ci s'assoie sur la fonction sociale particulière exercée par les gouvernants qui implique pour eux moins de droits à faire valoir que de devoirs à accomplir.

A l'ampleur du versant négatif de l'œuvre de Duguit répondra donc la portée considérable de son travail de refondation du droit public, objet immédiat du second titre de notre recherche. Le paradigme que Duguit déconstruit appelle, par inversion, le contre-modèle qu'il lui substituera. De l'aveu même de son auteur, l'œuvre de Duguit est le terrain d'affrontement entre une doctrine de droit public *subjectiviste* – dont l'expression la plus nette serait l'œuvre de Jellinek – et une doctrine « *tout objective* » élaborée par Duguit pour contrer la première<sup>1166</sup>. En niant que la puissance publique soit un droit subjectif, Duguit conteste le pouvoir d'une volonté de donner une règle de conduite à une autre volonté. En d'autres termes, Duguit nie que le fondement du droit soit situé dans le pouvoir d'une subjectivité. A cette fin, il ne suffit pas de prouver que l'on ne peut concevoir – sans sortir des sentiers balisés de la science positive – une personnalité extraordinaire capable, par la seule force de sa volonté, de lier l'ensemble

<sup>1166</sup> Rappelons ces propos de Duguit : « *ma doctrine est le contre-pied des théories allemandes et le livre, où je l'ai exposée pour la première fois, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, a été écrit en réponse au livre de Jellinek, System der öffentlichen subjektiven Rechte, 1892. La doctrine allemande du droit public est exclusivement subjectiviste. Elle fait de la puissance publique un droit subjectif dont l'Etat personne est le sujet. Ma doctrine est essentiellement objective : je nie la puissance publique conçue comme droit subjectif ; je nie la personnalité de l'Etat conçue comme sujet de droit* ». Cf. Duguit (1927), p. 549-550.

des volontés individuelles. Il faut encore construire un fondement objectif aux règles de droit. Toute la théorie générale du droit et de l'Etat de Léon Duguit converge vers ce but. Le juriste français reprendra à son compte les acquis de la sociologie durkheimienne afin de démontrer que le droit n'émane pas de la volonté d'un homme ou d'un groupe d'individus mais prend naissance dans les liens d'interdépendance entre individus propres à toute société humaine. Le fait social est constitutif du droit qui apparaît donc avant l'émergence de l'Etat. Le juriste français établira la dimension proprement juridique de cette règle sociale en montrant qu'elle génère autant de droits que d'obligations à l'endroit des individus, qu'ils soient gouvernants ou gouvernés. Ainsi antérieure et supérieure à l'Etat, la règle de droit telle que comprise par Duguit se révélera être le moyen adéquat de limiter juridiquement le pouvoir de l'Etat.

Titre II : **Théorie générale du droit et de l'Etat  
chez Leon Duguit**



## 1<sup>re</sup> Partie : La règle de droit

### Introduction

Un lecteur peu introduit dans l'œuvre de Duguit pourrait être dérouté en abordant le *Traité de droit constitutionnel*. En général, un tel intitulé suggère un commentaire systématique de la Constitution du lieu et de l'époque de l'ouvrage, voire, pour les productions les plus ambitieuses, un exposé théorique des catégories fondamentales du droit public. Le *Traité de droit constitutionnel* intègre bel et bien ces différentes composantes tout en s'élevant vers une autre dimension. L'œuvre maîtresse de Duguit s'ouvre en effet par un authentique compendium de philosophie du droit. Le juriste français y dévoile sa théorie générale du droit, à travers une élaboration inédite de la notion de règle de droit.

Quelles furent donc les raisons qui poussèrent Léon Duguit à vouloir faire table rase des conceptions juridiques du passé ? Il n'est possible de résoudre cette interrogation qu'en replaçant la doctrine du Doyen de Bordeaux dans son contexte social, politique et scientifique. Nos premières considérations viseront ainsi à tracer à grands traits ce que fut la France de Duguit, soit un pays en mutation agité par des conflits sociaux et politiques d'envergure (I). Les troubles qui ébranlent un pays manquent rarement de se répercuter dans le débat scientifique, dans les sciences sociales en particulier. Dans notre cas, nous relierons la naissance de la sociologie aux bouleversements sociaux de la Troisième République. Si elle permit de constituer la société en objet d'étude autonome, elle s'appliquera également à démontrer que, par-delà l'anomie propre aux époques troublées, le monde social répond à des lois constantes qui lui permettent d'atteindre une situation d'équilibre, sinon d'harmonie. C'est dans cet horizon théorique que nous inscrirons la doctrine de Duguit. La théorie du droit du juriste français nous apparaîtra comme le lieu où s'est noué un dialogue fécond entre la sociologie et la science juridique (II. 1). La sociologie aura, en effet, un impact décisif sur l'œuvre de Duguit. En s'appuyant notamment sur les acquis de l'organicisme sociologique et sur les travaux d'Emile Durkheim, Duguit affirmera la nature éminemment sociale des

règles de droit, en ce que le droit lui apparaîtra comme une émanation spontanée de la vie sociale (II. 2). Un tel postulat est lourd de conséquences théoriques puisqu'il aboutit définitivement à dénier à l'Etat son rôle de créateur exclusif du droit comme le soutenaient les doctrines allemandes de droit public précédemment étudiées.

## I. Une doctrine dans la tourmente de son temps

L'entreprise théorique de Duguit est une réponse aux défis de son temps. Cela n'est pas une affirmation gratuite de notre part. L'intéressé n'était pas avare de déclarations tranchées soulignant l'urgence d'adapter la science du droit aux nécessités contemporaines. A cet égard, il n'est pas anodin que Duguit ouvre son imposant *Traité de droit constitutionnel* par des considérations de la sorte. Le juriste français déplore l'état d'arriération scientifique dans lequel la théorie du droit se serait enlisée au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. Celle-ci serait restée prisonnière de catégories obsolètes, inaptes à régir adéquatement le tissu de relations « *si complexes, si variées, naissant aujourd'hui entre les individus et les collectivités* »<sup>1167</sup>. Dans le même ouvrage<sup>1168</sup> ainsi que dans *les Transformations du droit public* (1913), Duguit constate que les postulats subjectivistes du droit public français<sup>1169</sup> élaborés lors de la Révolution française sont également frappés d'obsolescence. Le Doyen de Bordeaux prend acte des transformations économiques profondes subies par la France dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Le développement des voies de communication et les progrès notables de la division du travail, entre autres, auraient modifié les relations entre les hommes et les classes de telle sorte que les catégories du droit public issues de la Révolution ne seraient plus à même d'en assurer efficacement la régulation<sup>1170</sup>. Ces bouleversements auraient ainsi rendu les hommes si interdépendants que le principe de collaboration devrait se substituer au principe de commandement situé à la racine de la notion de puissance publique<sup>1171</sup>. Dans la mesure où Duguit établit un lien direct entre sa tâche de rénovation du droit public et les bouleversements majeurs rencontrés par la France dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, des éléments de contextualisation nous semblent nécessaires. Il est vrai, en effet, que la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle voit la France subir des profondes transformations sociales et économiques qui se répercutent en conséquences politiques considérables. Il nous faut ainsi dessiner à grands traits ce que fut

---

<sup>1167</sup> Duguit (1927), p. VIII.

<sup>1168</sup> Ibid., p. IX s.

<sup>1169</sup> Que l'on peut résumer par le principe de double souveraineté contradictoire dans lequel s'opposent le droit subjectif de puissance publique de l'Etat et les droits fondamentaux des individus. Sur cette opposition, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 3.

<sup>1170</sup> Duguit (1913), p. XVI-XVII.

<sup>1171</sup> Ibid., p. XVII s.

la France de Duguit. La signification concrète de l'œuvre du juriste français ne pourra ensuite que nous apparaître sous un jour plus clair.

## 1. Un pays sur la voie de la modernisation

La France de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle était une société majoritairement agricole. A l'instar des autres pays européens, la France fut touchée par un phénomène d'industrialisation, mais de manière moins nette que l'Allemagne ou l'Angleterre. Ainsi, l'agriculture employait encore 47.5% de la population active en 1881 alors qu'elle en occupait 55% en 1790. Dans le même laps de temps, la part de la population active dans l'industrie passa de 15% à 26.7%<sup>1172</sup>. L'industrialisation française ne prit véritablement son envol que dans les ultimes années du XIX<sup>e</sup> siècle, grâce à l'émergence de secteurs dynamiques dans des branches nouvelles comme l'électricité, l'automobile ou l'aéronautique<sup>1173</sup>. La France demeura néanmoins un pays essentiellement rural puisqu'en 1911, 55.8% de la population française vivait encore dans des communes de moins de 2000 habitants<sup>1174</sup>. Cependant, cela ne signifie pas que la France ne fut pas touchée par les phénomènes conjoints d'exode rural et d'urbanisation. En effet, la population urbaine française crût de 17.5% à 45% de la population totale entre 1789 et 1914<sup>1175</sup>. Les voies de communication connurent quant à elles une extension conséquente. Le réseau de chemins vicinaux s'accrût de 331 000 à 539 000 kilomètres entre 1871 et 1911. Le chemin de fer fut étendu à l'ensemble du territoire ; 41 000 kilomètres de voies ferrées parcouraient l'Hexagone en 1913 alors qu'il n'y en avait que 24 000 trente ans auparavant<sup>1176</sup>. Suivant cette logique, la densité des câbles télégraphiques croît de 52% rien qu'entre 1877 et 1883<sup>1177</sup>. Cette modernisation suivit celle du transport fluvial, les canaux ayant connu leur plus importante phase de développement entre 1820 et 1840<sup>1178</sup>. Outre de formidables gains de productivité<sup>1179</sup>, l'extension et l'amélioration des voies de communication constituèrent la condition principale de l'émergence d'un véritable marché national<sup>1180</sup>. Les biens de consommation produits en un point précis du territoire pouvaient être livrés à l'autre bout du pays dans un laps de temps raisonnable. Cela mit fin au régime d'autarcie ou de semi-autarcie que connaissaient alors différentes régions françaises<sup>1181</sup>. Ainsi connectées, les différentes régions françaises purent se spécialiser dans des différents secteurs de

<sup>1172</sup> Haupt (1993), p. 73.

<sup>1173</sup> Barjot (1995), p. 221 ; Arnaud (1975), p. 76 s.

<sup>1174</sup> Charle (1991), p. 143.

<sup>1175</sup> Haupt (1993), p. 91.

<sup>1176</sup> Houte (2014), p. 96.

<sup>1177</sup> Ibid., p. 97. ; pour des chiffres plus exhaustifs, cf. Haupt (1993), p. 79-80.

<sup>1178</sup> Haupt (1993), p. 79.

<sup>1179</sup> Cf. Barjot (1995), p. 250-251.

<sup>1180</sup> Ibid., p. 255 s.

<sup>1181</sup> Haupt (1993), p. 189.

production, permettant la constitution de pôles de croissance régionaux<sup>1182</sup>. Cette dispersion géographique de la production induisit une division du travail étendue à l'échelle du territoire national et, en conséquence, une plus grande interdépendance des différentes régions. Ce point ne doit pas être mésestimé, tant la division du travail et le phénomène de l'interdépendance des individus jouera un rôle important dans la théorie générale du droit et de l'Etat de Duguit.

## 2. Divisions et conflits politiques et sociaux

Il serait bien erroné de présenter l'histoire économique et sociale de la Troisième République sous la forme d'un progrès harmonieux et constant de l'ensemble des forces productives. Le dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle est marqué par la première « Grande Dépression » (1873-1896) qui – comme les grandes crises économiques qui lui succéderont – débuta par une crise boursière avant de déployer ses miasmes dans le secteur productif. D'envergure mondiale, cette grande crise permit de prendre la mesure de l'interdépendance croissante à l'œuvre dans l'économie mondiale. La France fut touchée de front par ces bouleversements dès 1882 suite à la faillite de l'Union générale<sup>1183</sup>. Entre 1882 et 1886, ce ne sont pas moins de 200 000 ouvriers qui perdirent leur emploi. Le secteur du bâtiment fut particulièrement touché mais également le secteur tertiaire, tandis que les bureaux de bienfaisance portaient assistance à plus de deux millions de personnes sur la seule année 1885<sup>1184</sup>. Malgré la reprise économique qui s'amorça dès 1896, le climat social ne s'apaisa guère et les grèves réclamant une amélioration des conditions de travail se multiplièrent à l'orée du XX<sup>e</sup> siècle : l'Office du travail enregistre 222 700 grévistes en 1900, 271 000 en 1904 et 438 500 en 1906<sup>1185</sup>. L'ampleur du phénomène jaillit en pleine lumière si l'on tient compte de l'augmentation du nombre de grèves entre 1872 et 1911 ; celui-ci crût de 1667 %, le chiffre des grévistes de 925 % tandis que le nombre de journées de travail perdues connut une augmentation de 2858 %<sup>1186</sup>. La France de Duguit fut ainsi un pays traversé par de profonds conflits sociaux. La conscience populaire gardait en mémoire certaines grèves retentissantes, à l'image des grandes grèves des mineurs d'Anzin en 1884 et de Decazeville en 1886. Le 1<sup>er</sup> mai 1891, neuf personnes furent tuées à Fourmies (Nord) lors de la répression d'une manifestation ouvrière en faveur de la journée de huit heures. Cet événement suscita des débats houleux à la Chambre des députés<sup>1187</sup>. Ces conflits témoignent de la structure de classe qui s'installait dans la société française, dans le dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle. Alors que la France du XIX<sup>e</sup> siècle de-

---

<sup>1182</sup> Ibid., p. 78.

<sup>1183</sup> Houte (2014), p. 172.

<sup>1184</sup> Ibid.

<sup>1185</sup> Ibid., p. 289.

<sup>1186</sup> Charle (1991), p. 300.

<sup>1187</sup> Houte (2014), p. 194-195.

meurait une société de notables où l'ancienne Noblesse continuait de jouer un rôle politique et économique important, la fin de ce siècle vit l'émergence des groupes sociaux constitutifs d'une société industrielle. D'une part, la bourgeoisie industrielle supplanta les rentiers fonciers et les commerçants au sein des classes sociales dominantes. Les industriels profitèrent ainsi des progrès de l'industrialisation, de l'unification du marché et de la concentration des entreprises<sup>1188</sup>. D'autre part, ces mêmes facteurs favorisèrent la formation d'un prolétariat industriel dont la qualité de vie n'était guère meilleure qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle, malgré quelques améliorations à la fin du siècle<sup>1189</sup>. La France de Duguitt était donc une France des inégalités où la disparité des richesses demeurait très marquée. A titre d'exemple, 30% des biens hérités à Paris en 1911 étaient détenus par seulement 0.4% des Parisiens<sup>1190</sup>. L'opposition du monde ouvrier au monde bourgeois ne peut cependant s'expliquer par les seules inégalités sociales. Plusieurs facteurs concoururent à la mobilisation des différents groupes sociaux<sup>1191</sup>. A l'évidence, le développement des voies de communications favorisa la diffusion des idées syndicalistes et révolutionnaires. Dans l'ensemble, la Troisième République bénéficia d'un climat politique favorable à l'épanouissement du syndicalisme, à tout le moins plus propice que les conditions imposées au mouvement ouvrier par le second Empire<sup>1192</sup> ou, avant lui, la Monarchie de Juillet. L'adoption de la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels joua un rôle crucial à cet égard. Consacrant la liberté syndicale, cette loi nouvelle marqua l'essor de la syndicalisation des ouvriers français. De 65 000 au début de la décennie 1880, le nombre de syndiqués passa à 957 000 en 1907 pour dépasser le million à la veille du premier conflit mondial<sup>1193</sup>. Enfin, il est intéressant de noter que la loi de 1884 ne profita pas uniquement au monde ouvrier mais également au patronat. Ce sont ainsi près de 5000 associations patronales réunissant quelques 421 566 adhérents qui furent créées à partir de 1884<sup>1194</sup>. Cette organisation de la société civile en différents corps constitués ne doit pas être minorée. Elle marqua une rupture décisive avec le paradigme instauré par la loi du 14 juin 1791, dite loi Le Chapelier, en référence au nom de son instigateur<sup>1195</sup>. Directement inspirée du *Contrat social* de Rousseau, cette loi prohibait les corpora-

<sup>1188</sup> Haupt (1993), p. 219.

<sup>1189</sup> Cf. Charle (1991), p. 287 qui démontre, études à l'appui, que l'entier du budget d'une famille ouvrière à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle est entièrement consacré aux premières nécessités (la nourriture pèse entre la moitié et les deux tiers du budget, le restant étant consacré au logement et aux vêtements).

<sup>1190</sup> Haupt (1993), p. 217.

<sup>1191</sup> Cf. Charle (1991), p. 301 s.

<sup>1192</sup> Bien que la législation du Second Empire eût déjà aboli le délit de coalition en 1864. Cf. Rosanvallon (1990), p. 169.

<sup>1193</sup> Haupt (1993), p. 242.

<sup>1194</sup> Haupt (1993), p. 222.

<sup>1195</sup> La loi du 21 mars 1884 consacrant la liberté syndicale eut notamment pour effet d'abroger la loi Le Chapelier.

tions de métier au motif qu'aucun intérêt corporatif ne saurait éloigner le citoyen de l'intérêt de la nation toute entière<sup>1196</sup>. L'abandon de ce modèle induisit donc une forme de décentralisation du politique et l'émergence d'un pluralisme social envers lesquelles, nous le verrons, Duguit se montrera attentif.

Ces bouleversements économiques et sociaux ne manquèrent pas de se répercuter dans la sphère politique. La Troisième République fut un régime qui connut de graves divisions et agitations politiques. Que l'on pense à la brève épopée du boulangisme qui parvint à fédérer les colères des victimes de la crise et des déçus de la modernisation<sup>1197</sup>. Le poids du scandale de Panama et le retentissement de l'affaire Dreyfus attestent ce climat de crise et de division. L'industrialisation et l'urbanisation furent, nous l'avons vu, les deux facteurs d'émergence d'un prolétariat urbain. Celle-ci trouvera une traduction politique dans le mouvement socialiste. Bien que profondément divisé tout au long de l'histoire de la III<sup>e</sup> République, le camp socialiste dans son ensemble s'attacha à se construire séparément des républicains<sup>1198</sup>. Aussi surprenant que cela puisse paraître à un lecteur contemporain, les socialistes refusèrent longtemps de se définir par leur appartenance à « la Gauche » afin d'éviter d'être assimilés aux républicains, qu'ils soient « modérés » ou « radicaux »<sup>1199</sup>. Ceux qui se voulaient les héritiers de la Commune n'avaient pas oublié que la III<sup>e</sup> République s'était bâtie suite au massacre des communards lors de la « Semaine sanglante » de mai 1871. Le Parti ouvrier français (POF), fondé en 1882 par Jules Guesde et Paul Lafargue, fut le premier parti d'obédience marxiste à voir le jour en France. S'il ne refusait pas la participation au jeu électoral<sup>1200</sup>, le POF construisit son programme social en opposition frontale au réformisme social du camp républicain, fondé sur le principe de solidarité entre les classes et sur une intervention mesurée de l'Etat dans les affaires économiques et sociales. Les guesdistes étaient fidèles à la théorie marxienne de la lutte des classes et appelaient à un changement global de société par la collectivisation des moyens de production. Alors que les disciples de Jules Guesde acceptaient tout de même de se plier à la légalité parlementaire, d'autres franges du mouvement ouvrier se montrèrent plus radicales. Le parti ouvrier socialiste révolutionnaire (POSR) fondé par Jean Allemane en 1890 se distinguait par son antiparlementarisme intransigeant. Les « allemandistes » privilégiaient l'action syndicale et rejetaient l'action politique entendue dans son acception parlementaire. Ils préconisaient une organisation de type fédéraliste afin de protéger l'autonomie du mouvement ouvrier des luttes politiques internes à la bourgeoisie<sup>1201</sup>. Une telle orientation représentait la ligne idéologique qui gouvernera

---

<sup>1196</sup> Cf. Rosanvallon (1990), p. 95 ; Grimm (1973), p. 11.

<sup>1197</sup> Houte (2014), p. 179 s.

<sup>1198</sup> Démier (2000), p. 366.

<sup>1199</sup> Candar (2005), p. 120.

<sup>1200</sup> Le Parti ouvrier français comptera jusqu'à 12 représentants à la Chambre des députés (en 1898). Cf. Démier., p. 368.

l'action de la Confédération générale du travail (CGT) – alors déjà l'une des principales antennes syndicales de France – dès la charte d'Amiens de 1906. Cette orientation trouva une élaboration théorique poussée, notamment dans les travaux de Georges Sorel, jusqu'à en devenir une doctrine : le syndicalisme révolutionnaire. L'auteur des *Réflexions sur la violence* se plaçait dans le continuum marxiste en ce qu'il faisait de la lutte des classes le moteur de l'action des syndicalistes révolutionnaires. En revanche, l'autonomie de la classe ouvrière exigeait, selon lui, que celle-ci se sépare de l'ensemble des traditions politiques *bourgeoises*, à commencer par la constitution d'un parti et la participation à la démocratie parlementaire<sup>1202</sup>. Au suffrage universel et à la politique parlementaire, Sorel préférait le syndicalisme d'action directe construit autour du mythe de la « grève générale »<sup>1203</sup>. Le combat ouvrier devait ainsi être conduit directement sur le lieu de travail par la coordination au niveau national d'une multitude de grèves dans les différents secteurs de production. Sorel estimait que la classe ouvrière ne pouvait qu'ainsi se muer en acteur capable d'une action unifiée sur le terrain économique et politique. Elle aurait ainsi pu se passer tant du concours de formations politiques traditionnelles que de la médiation de l'Etat<sup>1204</sup>. Il faut ajouter à cela la présence d'un puissant mouvement anarchiste en France au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. Adeptes d'une « propagande par le fait », le mouvement anarchiste se vit imputer la responsabilité de plusieurs attentats, essentiellement lors de la décennie 1890. Le plus marquant d'entre eux demeure certainement l'attentat à la bombe d'Auguste Vaillant au Palais Bourbon le 9 décembre 1893. La condamnation à mort de Vaillant entraîna en représailles l'assassinat du Président de la République Sadi Carnot, le 24 juin 1894, qui succomba aux coups de poignard d'un anarchiste italien<sup>1205</sup>. Le Parlement réagit avec vigueur en adoptant une série de lois répressives à l'encontre du mouvement anarchiste, très vite qualifiées de « lois scélérates ».

### 3. L'Etat en mutation

La Troisième République fut un régime où le poids de l'Etat dans le domaine économique et social s'accrut considérablement. Il nous faut nous arrêter quelques instants sur ce point, car le changement du rôle de l'Etat en France aura une influence directe sur la conception de l'Etat développée par Duguit. Un coup d'œil fugace sur l'évolu-

<sup>1201</sup> Ibid., p. 369.

<sup>1202</sup> De Benoist (2013), p. 28.

<sup>1203</sup> Dans les *Réflexions sur la violence*, Sorel n'hésite pas à affirmer que la grève générale est le « mythe dans lequel le socialisme s'enferme tout entier, c'est-à-dire une organisation d'images capables d'invoquer instinctivement tous les sentiments qui correspondent aux diverses manifestations de la guerre engagée par le socialisme contre la société moderne ». Cf. Sorel (1990), p. 120.

<sup>1204</sup> Sur les implications théoriques et pratiques de la notion de grève générale, cf. Julliard (2006), p. 20 s.

<sup>1205</sup> Houte (2014), p. 198-199.

tion de la comptabilité nationale nous apprend que les dépenses consacrées à l'éducation, aux travaux publics, au soutien à l'économie et aux subventions sociales et locales s'élevaient à 23.8% du budget de l'Etat en 1910-1913 contre 6.8% en 1820-1824<sup>1206</sup>. En décomposant ces chiffres, nous découvrons que les dépenses de transport s'élevaient à 9.4% des dépenses totales de l'Etat en 1912, tandis que les dépenses d'éducation les concurrençaient à hauteur de 9.3%. Les dépenses d'action sociale ne s'élevaient qu'à 4.3% dans la comptabilité nationale. Cependant, ce sont elles qui connurent la hausse la plus sensible sur l'ensemble de la décennie 1902-1912. En 1902, les dépenses d'action sociale n'occupaient qu'une partie famélique du budget de l'Etat : 0.9%<sup>1207</sup>.

L'Etat joua notamment un rôle notable dans le processus de modernisation de la France. Les investissements de l'Etat en matière de voies de circulation furent colossaux, se chiffrant en milliards de francs et pesant lourds sur le budget national<sup>1208</sup>. Ce fut notamment le cas lors de la grande crise des années 1880, où l'Etat intervint de façon active pour pallier le manque d'investissements privés. Le « plan Freycinet » initié en 1878 par le Ministre des travaux publics Charles Freycinet a ici valeur de paradigme. Régi par une loi du 17 juillet 1879, ce grand plan de travaux publics portait sur la construction par l'Etat d'un grand réseau de voies de communication, essentiellement basé sur le rail et, dans une moindre mesure, le transport fluvial<sup>1209</sup>. Le « plan Freycinet » prévoyait à ce titre la création d'un budget extraordinaire basé sur un emprunt obligataire de 500 millions de francs en 1878 et d'un milliard de francs en 1881<sup>1210</sup>. En prenant la charge de la construction de plusieurs milliers kilomètres de voies de transport, l'Etat tentait alors d'endiguer les effets de la crise qui commençaient à apparaître en France. Cette politique interventionniste de l'Etat rompait avec la prépondérance des idées libérales héritées des théories de l'économiste Jean-Baptiste Say (1867-1832)<sup>1211</sup>. Bien que le « plan Freycinet » fut, globalement, un échec<sup>1212</sup>, il marqua l'émergence d'une « *logique de service public* » qui tendait à l'emporter sur la pure logique commerciale promue par les libéraux<sup>1213</sup>.

Les statistiques évoquées plus haut en attestent : la participation de l'Etat au système d'assistance aux plus démunis est demeurée faible. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la prise en charge

---

<sup>1206</sup> Barjot (1995), p. 170.

<sup>1207</sup> Ibid.

<sup>1208</sup> Houte (2014), p. 95-96.

<sup>1209</sup> Gonjo (1972), p. 49.

<sup>1210</sup> Ibid., p. 66-67.

<sup>1211</sup> Barjot (1995), p. 163-164. L'ironie de l'histoire veut que ce soit le petit-fils de Jean-Baptiste Say, Léon Say, alors Ministre des Finances, qui fut chargé de mettre en place le « plan Freycinet ».

<sup>1212</sup> Il fut abandonné en 1883 et la construction des lignes nouvelles fut confiée à des entreprises privées, cependant sous la supervision de l'Etat. Cf. Gonjo (1972), p. 70 s.

<sup>1213</sup> Ibid., p. 251 ; Les lignes construites par l'Etat étaient, en effet, économiquement peu rentables.

des indigents était essentiellement du ressort des municipalités et de l'initiative privée<sup>1214</sup>. Ce faible engagement des pouvoirs publics nationaux contraste avec la grande acuité de la « question sociale » posée à la France par l'émergence de la pauvreté ouvrière liée à l'industrialisation<sup>1215</sup>. A cette lumière, la promesse d'égalité du programme républicain n'apparaissait qu'imparfaitement tenue. La consécration du suffrage universel en 1848 avait certes institué l'égalité souveraineté de tous les citoyens (masculins). Cependant, pour reprendre les termes de Jacques Donzelot, celle-ci contrastait avec « *la tragique infériorité de la condition civile de certains, de ceux-là mêmes qui venaient d'accéder à la capacité politique. [La question sociale] consistait donc en un déficit flagrant de la réalité de la société au regard de son nouveau fondement politique, et appelait la recherche des moyens propres à combler ce déficit pour donner à la République toute sa crédibilité* »<sup>1216</sup>. Le modèle d'assistance aux indigents pensé uniquement en termes de charité individuelle montrait alors ses insuffisances dans une société républicaine fondée sur l'égalité civile et la reconnaissance de tout homme comme sujet porteur de droits<sup>1217</sup>. L'émergence du syndicalisme révolutionnaire fut bien l'expression la plus manifeste de ce paradoxe. Face au manque d'inclusion sociale de la classe ouvrière, la tentation put être grande pour celle-ci de s'exclure par elle-même des institutions politiques de la République, pour orienter son action sur le terrain économique et syndical. Ainsi, ce n'est pas un hasard si l'année de l'apogée du syndicalisme révolutionnaire – 1906, l'année d'adoption de la charte d'Amiens – correspond à la période la plus dure de répression du mouvement ouvrier. Une répression qui fut, circonstance aggravante, l'œuvre de la coalition républicaine née de l'affaire Dreyfus et notamment du Ministre de l'Intérieur Georges Clémenceau, longtemps héraut de la gauche radicale au parlement<sup>1218</sup>.

Ces différents facteurs expliquent pourquoi la Troisième République ne resta pas totalement muette face à la question sociale. Plusieurs lois sociales furent adoptées, non sans susciter d'âpres débats. Nous pouvons mentionner, par exemple, la loi du 15 juillet 1893 sur l'aide médicale gratuite offerte aux malades les plus démunis. Surtout, la décennie 1890 marqua la naissance d'une véritable législation ouvrière qui porta plusieurs atteintes à la liberté contractuelle<sup>1219</sup>. En 1890, le livret ouvrier fut supprimé, marquant une diminution du contrôle social des patrons sur leurs employés<sup>1220</sup>. La même année, une loi relative à la résiliation du contrat de louages de services fut adoptée. Elle permit, entre autres, à l'une des parties – en règle générale l'ouvrier – de ré-

<sup>1214</sup> Rosanvallon (1990), p. 148.

<sup>1215</sup> Ibid., p. 151.

<sup>1216</sup> Donzelot (1994), p. 67-68.

<sup>1217</sup> Rosanvallon (1990), p. 160.

<sup>1218</sup> De Benoist (2013), p. 29.

<sup>1219</sup> Halpérin (2012), p. 170.

<sup>1220</sup> Ibid., p. 270.

clamer des dommages-intérêts en cas de rupture unilatérale et abusive du contrat. En 1890 et 1893, deux lois entrèrent en vigueur afin de renforcer les mesures de sécurité et d'hygiène dans les usines<sup>1221</sup>. En 1892, le travail des femmes et des enfants dans l'industrie fut limité, de même que la durée maximale de la journée de travail des ouvriers masculins fut fixée à douze heures. Ce seuil sera abaissé à onze heures en 1900, puis à dix en 1904<sup>1222</sup>. Le repos dominical fut, quant à lui, consacré par une loi de 1906. En revanche, la garantie d'un salaire minimum ne fut pas totalement acquise. Seuls deux textes à la portée limitée furent adoptés en 1899 et 1915 ; ils ne s'appliquaient qu'aux ouvriers des entreprises de travaux publics et aux ouvriers à domicile. Mais la législation sur laquelle il convient de s'arrêter quelques instants est sans nul doute la loi du 9 avril 1898 sur l'indemnisation des accidents du travail, adoptée par le Parlement après près de vingt ans de discussions<sup>1223</sup>. En effet, cette loi instaurait la première forme de responsabilité civile objective. Désormais, la responsabilité d'un employeur pouvait être engagée dès lors qu'un accident frappait dans son entreprise l'un de ses employés, sans que celui-ci n'ait à démontrer la commission d'une faute par son employeur. Il s'agissait dès lors d'une remise en cause fondamentale du paradigme individualiste sur lequel était bâti le droit civil français dont le régime de responsabilité reposait sur l'idée de faute et de responsabilité individuelles<sup>1224</sup>. Là se trouve la clé de la pénible gestation de cette loi. De surcroît, le droit du travail ne se voyait plus soumis à la stricte logique contractuelle héritée de la révolution individualiste du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le droit du travail était désormais adossé à une sociologie, en ce que son édicition ne devait plus s'effectuer à l'aune de catégories juridiques figées mais en direction de buts sociaux en adéquation avec les nécessités de l'époque<sup>1225</sup>. Nous verrons que Léon Duguit percevra dans cette loi de 1898 autant le signe de la « ruine de l'individualisme »<sup>1226</sup> que l'avènement d'un système juridique basé sur une sociologie objective. Enfin, il est permis de voir une forme d'aboutissement de cet interventionnisme étatique dans la création du Ministère du travail en 1906 et dans l'adoption du Code du travail en 1910.

Les multiples tentatives d'introduire une assurance *obligatoire* pour les retraites constituent la seconde importante remise en question du paradigme individualiste du

---

<sup>1221</sup> Ibid.

<sup>1222</sup> Ibid., p. 272.

<sup>1223</sup> Rosanvallon (1990), p. 174.

<sup>1224</sup> Ewald (1994), p. 231.

<sup>1225</sup> Rosanvallon (1990), p. 176 ; François Ewald explique avec force détails les raisons sociales qui ont poussé à abandonner le régime de responsabilité subjective dans le cas des accidents. Notamment, la complexification du travail en usine rendait presque impossible la preuve d'une faute du patron et l'établissement d'une causalité entre la faute présumée et le dommage subi. De plus, la longueur, la complexité et le coût de la procédure judiciaire faisaient de l'action en justice une voie pratiquement inaccessible à l'ouvrier. Cf. Ewald (1994), p. 248-249.

<sup>1226</sup> Duguit (1912), p. 142.

droit français. En effet, le principe des sociétés de secours mutuel qui formait jusque-là le modèle d'assurance pour les ouvriers reposait encore sur le principe libéral d'adhésion volontaire<sup>1227</sup>. Cela étant, les tentatives – en 1901 et en 1905 – d'instaurer un régime d'assurance obligatoire demeurèrent des échecs, faute d'un consensus suffisant aux Chambres. Une loi sur les retraites ouvrières et paysannes (ROP) sera finalement adoptée en 1910, cependant basée sur un modèle moins ambitieux que les projets de 1901 et 1905<sup>1228</sup>.

Ces hésitations sur le rôle de l'Etat dans la résolution de la question sociale peuvent s'expliquer par les profondes dissensions qui traversaient le champ idéologique et politique de la France de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle quant à la nature de l'Etat et à la portée de son pouvoir. D'un côté, les libéraux s'inquiétaient des dimensions considérables qu'aurait pu prendre l'Etat en cas d'extension incontrôlée de la législation sociale. Les libéraux récusaient l'idée d'une intervention sociale de l'Etat au motif qu'elle bride l'initiative individuelle<sup>1229</sup> et que l'élévation de l'Etat en organisateur du bonheur public est lourde de potentialités liberticides<sup>1230</sup>. De l'autre bord du champ politique, les socialistes prônaient l'avènement de la République sociale fondée sur l'idéal d'une libre association des travailleurs<sup>1231</sup>. Surtout, l'Etat apparaissait aux socialistes et, encore plus, aux syndicalistes révolutionnaires comme le simple bras armé de la bourgeoisie. Le camp socialiste avait notamment en mémoire la répression brutale du soulèvement ouvrier lors des journées de juin 1848 ainsi que le sort sanglant réservé aux communards en 1871.

Entre ces pôles de dissension se tenait le camp républicain. Longtemps divisé sous la III<sup>e</sup> République entre les radicaux et les républicains modérés ou « opportunistes »<sup>1232</sup>,

<sup>1227</sup> Rosanvallon (1990), p. 176.

<sup>1228</sup> Ibid., p. 177 ; Castel (1995), p. 456. Il faudra attendre 1928 pour que soit instauré un régime général d'assurances sociales basé sur l'affiliation obligatoire pour tous les salariés de l'industrie et du commerce.

<sup>1229</sup> Donzelot (1994), p. 77.

<sup>1230</sup> Une expression paradigmatique de cette position libérale sur les dangers d'un rôle social trop accru de l'Etat est sans nul doute le *Discours sur le droit au travail* prononcé par Alexis de Tocqueville à l'Assemblée constituante le 12 septembre 1848. Le philosophe libéral y affirmait que la consécration d'un droit social comme le droit au travail aboutirait à la confiscation de l'ensemble des moyens de production par l'Etat et à une mainmise absolue de celui-ci sur l'individu. Dans cette allocution aux forts accents antisocialistes, Tocqueville fustige ainsi la société que mettraient sur pied les héritiers de Gracchus Babeuf : « *cette société que nous peignent avec délices les socialistes, cette société réglementée, compassée, où l'Etat se charge de tout, où l'individu n'est rien, où la société agglomère en elle-même, résume en elle-même toute la force, toute la vie, où le but assigné à l'homme est uniquement le bien-être, cette société où l'air manque ! Où la lumière ne pénètre presque plus. Quoi ! Ce serait pour cette société d'abeilles ou de castors, pour cette société plutôt d'animaux savants que d'hommes libres et civilisés, que la révolution française aurait été faite !* ».

<sup>1231</sup> Donzelot (1994), p. 78.

<sup>1232</sup> Cf. Nicolet (1982), p. 183 s.

ce dernier trouva une certaine unité d'action et de pensée avec la constitution en 1901 du Parti républicain, radical et socialiste. Sous la III<sup>e</sup> République, on put voir se dessiner – au sein de la doctrine républicaine mais surtout au sein du radicalisme – une tentative de dépassement de l'opposition entre l'individualisme libéral et le collectivisme marxiste. Ce courant de pensée repoussait le principe libéral de concurrence entre individus et la vision individualiste sous-jacente. De même, il se séparait du socialisme révolutionnaire en ce qu'il ne crut jamais à l'efficacité de l'action révolutionnaire et de l'expropriation pour changer l'homme ou le milieu social<sup>1233</sup> ; il se montra également sceptique vis-à-vis du concept de lutte des classes comme clé d'explication du fonctionnement des sociétés modernes. Au libéralisme, il opposait l'idée de coopération et de solidarité qui s'impose à tout homme en raison des liens d'interdépendance qui l'attachent à ses semblables. Au socialisme, il rétorquait qu'il est nécessaire de conserver le droit de propriété, facteur essentiel du développement de l'individualité. Cette voie médiane entre libéralisme et socialisme eut l'occasion de s'épanouir dans différentes strates du champ intellectuel et politique français. Elle trouva son expression la plus manifeste dans la sphère politique avec la pensée solidariste élaborée sous le patronage de Léon Bourgeois. Dans les milieux académiques, il est possible de trouver des développements théoriques similaires dans la sociologie d'Emile Durkheim. Notre recherche doit maintenant démontrer que la pensée juridique novatrice de Léon Duguit s'est construite à partir de certains postulats fondamentaux de cette famille de pensée.

## II. Vers une définition sociologique de la règle de droit

### 1. Le fondement social du droit

#### 1.1 *Le droit et la sociologie*

L'œuvre de Léon Duguit s'ouvre et s'achève par deux ouvrages qui contiennent l'ensemble de sa conception du droit et de l'Etat. Publié en 1901, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* comprend déjà la majeure partie des intuitions et des notions théoriques fondamentales qui seront reprises et détaillées dans le *Traité de droit constitutionnel* dont la troisième et dernière édition paraît en 1927, un an avant le décès du juriste français. Les deux œuvres débent par un exposé de théorie générale du droit où la nature des normes juridiques fait l'objet d'une analyse poussée. Ces prolégomènes du système du guiste cherchent à éclairer plusieurs problèmes importants de la théorie du droit. Le premier stade de la réflexion du juriste français consiste à déterminer l'*origine* des règles de droit. La définition de la *nature* et de l'*objet* de celles-ci forme l'étape ultérieure de ce travail dogmatique.

---

<sup>1233</sup> Cf. Audier (2010), p. 68.

Cette recherche de l'origine du droit amène le juriste français à procéder par opposition schématique. Duguit conçoit deux façons d'envisager le fondement des règles de droit. La première est une conception *subjectiviste* du droit, en ceci que le droit serait intrinsèquement lié à la volonté d'un sujet. Les doctrines subjectivistes et leur implication en droit privé et public ont été analysées en détails dans le premier titre de notre recherche. Que l'on envisage les prérogatives juridiques des individus comme des pouvoirs de leur volonté<sup>1234</sup> ou que l'on considère le droit positif comme l'émanation de la volonté de l'Etat<sup>1235</sup>, on demeure captifs de spéculations inextricables sur le problème d'une éventuelle hiérarchie entre les volontés humaines.

Duguit souscrit quant à lui à une perception du droit symétriquement opposée, qu'il aime à qualifier d'*objectiviste*<sup>1236</sup>. Selon le juriste français, seule une telle conception est scientifiquement valable car ses axiomes sont tous issus de l'observation des faits. Le premier axiome qu'il convient à ce titre de détailler a ainsi trait à la nature *sociale* du droit. A rebours des théories jusnaturalistes, Duguit remarque que l'homme n'a jamais vécu isolé mais toujours intégré à une société donnée, en raison du fait indubitable que l'homme ne peut vivre seul, devant obtenir le concours d'autrui pour satisfaire l'ensemble de ses besoins<sup>1237</sup>. La socialité de l'homme n'est ainsi par le fruit d'un accord entre individus – comme le postule la théorie du contrat social tant combattue par Duguit – mais une nécessité dictée par l'incomplétude de l'homme. Quels que soit l'étendue ou le degré d'organisation du groupe auquel il appartient, l'individu y est toujours soumis à une loi sociale qui lui dicte certaines obligations de même qu'elle lui confère différentes prérogatives envers ses semblables. Il existerait ainsi une conjonction nécessaire entre la nature sociale de l'homme et la nature sociale du droit. Etant incapable de subvenir à l'ensemble de ses besoins par ses seules forces, l'homme doit vivre en société dont l'harmonie requiert qu'elle soit gouvernée par certaines règles. La normativité de la vie sociale semble être, pour Duguit, inhérente à son existence même<sup>1238</sup>.

<sup>1234</sup> Cf. la critique duguiste de la notion de droit subjectif, *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.

<sup>1235</sup> Cf. la remise en cause du concept de puissance publique par Duguit, *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.

<sup>1236</sup> Duguit (1927), p. 22.

<sup>1237</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>1238</sup> Duguit (1927), p. 68 : « *Il reste acquis, non point comme postulat, mais comme constatation directe, que l'homme est un être conscient et sociable. Cela posé, on aperçoit immédiatement la nécessité d'une loi s'imposant à l'homme vivant en société et le caractère de cette loi. Si la constatation directe des faits ne nous permet pas de saisir l'existence d'un pouvoir appartenant à la volonté humaine ou à certaines volontés, elle nous révèle au contraire, directement, l'existence d'une loi s'imposant aux hommes vivant en société. Cette loi est tout simplement celle qui les oblige à vivre en société, parce que, étant donné leur nature, ils ne peuvent ne pas vivre en société. Par cela seul qu'il y a des sociétés humaines, et il ne peut pas ne pas y en avoir, étant donné qu'il y a des hommes, il y a une loi sociale. Affirmer que l'homme est un être social, qu'il vit en société et qu'il ne peut vivre qu'en société, c'est affirmer en même temps*

Duguit est convaincu que les règles de droit qui régissent les rapports des hommes en société sont moins le fruit d'une décision souveraine que la conséquence logique d'une loi objective gouvernant les sociétés humaines. Or la découverte de cette norme sociale objective n'est pas tant le propre de la science du droit, elle incombe bien plus à l'observation sociologique. En conséquence, le juriste Duguit préconise que la science du droit s'adjoigne les services d'une autre science humaine et sociale : la sociologie. Cette exigence méthodologique est apparue précocement chez Duguit. Sa première contribution doctrinale d'envergure était déjà consacrée au dialogue fécond que pourraient nouer la science du droit et la sociologie. Publié en 1889, l'article « *Le droit constitutionnel et la sociologie* » développe plusieurs préoccupations qui annoncent certains points saillants de la doctrine duguiste<sup>1239</sup>. Le juriste français y affichait déjà l'inquiétude qui sera encore la sienne bien des années plus tard concernant l'état de la science du droit en France. Dans sa contribution, Duguit identifie deux défauts majeurs qui affectent les Facultés de Droit de son pays. En premier lieu, l'enseignement du droit y apparaît coupé des réalités de son temps, prisonnier d'une doctrine à la méthodologie désuète, fondée essentiellement sur une exégèse du *texte* de la loi<sup>1240</sup>. A mots couverts, le jeune Duguit vise certainement « l'Ecole de l'exégèse », alors le courant doctrinal dominant d'interprétation du droit civil. Cette école se caractérisait par son positivisme intransigeant, réduisant les sources du droit aux seuls textes légaux<sup>1241</sup>. Une telle méthode appliquée à la Constitution apparaît absurde à Duguit, à une époque de troubles comme le fut la fin du XIX<sup>e</sup> siècle où le sens et la forme de l'unité politique faisait débat et où se bousculaient les multiples attaques et projets de révision à l'endroit du texte constitutionnel<sup>1242</sup>. En second lieu, le juriste français émet une vive protestation contre le manque de scientificité de la méthode à laquelle les Professeurs de droit de son temps auraient majoritairement recours. Critiquée tout au long de l'œuvre de Duguit, cette méthode est déjà qualifiée de métaphysique dans l'article de 1889, en ce qu'elle procède par raisonnement déductif sur la base de concepts posés *a priori*, plus souvent issus de l'imagination de l'auteur que de l'étude impartiale des faits<sup>1243</sup>.

---

*l'existence d'une loi sociale. Ce n'est pas une affirmation a priori, une affirmation d'ordre métaphysique, puisqu'elle résulte de l'observation des faits et de la constitution physiologique et psychologique de l'homme ».*

<sup>1239</sup> Doctrine qui prendra une forme plus ou moins définitive avec la publication de *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* en 1901. Le système de Duguit a donc nécessité une longue décennie de maturation.

<sup>1240</sup> Duguit (1889), p. 3-4.

<sup>1241</sup> Cf. Bonnecase (1924), p. 128.

<sup>1242</sup> Duguit (1889), p. 3 ; le juriste français a sûrement en tête les multiples attaques issues du camp radical au Parlement contre les lois constitutionnelles de 1875. La révision de ces dernières fut, en effet, un élément primordial de l'action politique des radicaux dans les premières décennies de la III<sup>e</sup> République qui militaient ardemment pour la suppression des deux institutions issues du suffrage indirect, le Sénat et la Présidence de la République. Cf. Berstein (1980), p. 30.

La correction de ces défauts nécessite, selon le jeune Duguit, plusieurs ruptures décisives visant à arracher la science du droit de sa gangue métaphysique. La méthode déductive doit être délaissée au profit d'une méthode inductive inspirée de l'épistémologie des sciences de la nature, fondée sur l'observation et l'expérimentation<sup>1244</sup>. En outre, Duguit souhaite que la science juridique se décloisonne et s'ouvre à l'interdisciplinarité. Pour entrer en adéquation avec son époque et les profonds bouleversements économiques, sociaux et politiques qui l'affectent, la théorie du droit public doit devenir une véritable science *sociale* basée sur « *l'étude systématique des faits relatifs à l'origine de l'Etat, à son développement dans les sociétés anciennes et à sa forme dans les sociétés contemporaines, dans le but de déterminer son organisation dans les sociétés futures. Observer et constater des faits ; essayer ensuite de déterminer des lois, c'est-à-dire les rapports fixes qui unissent ces faits dans leur ordre de succession et dans leur ordre de coexistence ; tenter enfin de prévoir, à l'aide de ces lois, les faits de l'avenir, tel est en bref l'objet de ces études ; telle doit être la méthode* »<sup>1245</sup>. Le juriste français estime qu'une telle entreprise peut être menée à bien à travers un dialogue constant de l'ensemble des sciences sociales, à commencer par un dialogue serré entre le droit et la sociologie. A cette fin, Duguit avance à mots couverts la proposition audacieuse d'une réunion des différentes sciences sociales au sein d'une unique Faculté des sciences sociales<sup>1246</sup>. Cette volonté précoce affichée par Duguit de rompre avec une acception strictement positiviste du droit, où celui-ci se réduit à la seule loi écrite, entre en résonance avec la volonté d'élargir le champ des études juridiques des jeunes auteurs de doctrine. Vers 1880, Les Facultés de droit diversifient leur enseignement en introduisant les premiers cours de Droit public, d'économie politique et d'histoire du droit, entre autres, en leur conférant une importance égale à celle accordée au droit privé<sup>1247</sup>. Non sans rencontrer quelques solides résistances<sup>1248</sup>, la doctrine s'orientera vers une analyse pluridisciplinaire de la matière juridique. Esmein fera la part belle à l'histoire et au droit comparé dans sa doctrine, Hauriou et Duguit intégreront les acquis de la sociologie naissante à leur édifice<sup>1249</sup> tandis que Fran-

<sup>1243</sup> Ibid., p. 4-5 ;

<sup>1244</sup> Ibid. p. 6 ; sur l'épistémologie préconisée par Duguit, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>1245</sup> Ibid., p. 4.

<sup>1246</sup> Ibid.

<sup>1247</sup> Bonnecase (1933), p. 376, cf. Sacriste (2011), p. 27 s.

<sup>1248</sup> Cf. par exemple la charge appuyée de Maurice Deslandres contre la sociologie dans sa série d'articles consacrée à la *Crise de la science politique*. Deslandres (1902), p. 63 s.

<sup>1249</sup> Hauriou exprima cependant d'importantes préventions l'endroit de la sociologie au début de sa carrière. Dans un court article de 1893, le juriste toulousain affichait ses réticences à voir des enseignements de sociologie s'imposer dans les facultés de Droit. Arguant des tâtonnements de la sociologie naissante, Hauriou adresse plusieurs griefs à cette science en gestation. Il lui reproche notamment de procéder à une malheureuse assimilation de l'utile et du juste et de réduire l'idéal de justice à une question pragmatique. La croyance au déterminisme universel – ratifiée par Duguit dans son article de 1889 – apparaît à Hauriou comme une hasardeuse hypothèse philosophique, oublieuse de la part de *libre arbitre* qui s'insère nécessairement dans

çois Gény préconisera pour la science du droit une méthode dite de « libre recherche scientifique » axée sur la multidisciplinarité.

### 1.2 Duguit et l'organicisme sociologique

Dans cette contribution de jeunesse ainsi que dans les articles publiés durant la décennie 1890, Duguit insiste lourdement sur l'un des axiomes de base de la sociologie naissante. En effet, Duguit affiche sa conviction de l'existence d'un déterminisme social, en ce sens que l'action des hommes en société serait dirigée par des lois fixes que l'observation sociologique a pour but de découvrir<sup>1250</sup>. Le jeune Duguit rejette notamment la distinction entre sciences sociales et sciences de la nature fondée sur la différence de nature des phénomènes observés. Dans ses premiers écrits sociologiques, Duguit estime en effet que la part de libre arbitre dans les phénomènes sociaux est absolument négligeable. Au même titre qu'il existe un déterminisme biologique, il existerait un déterminisme social tout aussi impérieux<sup>1251</sup>. Les faits sociaux seraient tout aussi implacablement déterminés par des lois objectives que le sont les phénomènes physiques et biologiques<sup>1252</sup>. Dans l'esprit de Duguit, cela justifie que les sciences sociales s'inspirent de la méthodologie propre aux sciences de la nature en recourant aux procédés d'observation. En ce sens, Duguit nourrit l'espoir que les sciences sociales pourront un jour prédire l'évolution des faits sociaux avec cette même exactitude mathématique qui fait la valeur scientifique des sciences de la nature<sup>1253</sup>. Cet optimisme conduit même Duguit à qualifier les sciences sociales de « *sciences dérivées des sciences biologiques* »<sup>1254</sup>.

Le juriste français approfondit sa démonstration de l'identité des objets observés par les sciences sociales et les sciences de la nature en développant une vision organiciste de la société. Dans l'esprit du jeune Duguit, les sociétés humaines sont un fait naturel, naissant et s'épanouissant par « *application d'une loi générale du monde vivant* »<sup>1255</sup>. La structure générale des sociétés serait ainsi identique à celle des corps vivants et organisés<sup>1256</sup>. Les sociétés humaines ne seraient en rien un agglomérat inorganique d'individus mais consisteraient plutôt en un superorganisme où chaque partie interagirait avec les autres au sein d'un tout organisé<sup>1257</sup>. Sous la plume du jeune Duguit, la so-

---

l'évolution des faits sociaux. Cf. Hauriou (1893), p. 3-8. Sur le rapport de Maurice Hauriou à la sociologie, cf. Schmitz (2013), p. 137 s.

<sup>1250</sup> Duguit (1889), p. 11.

<sup>1251</sup> Ibid., p. 7-8.

<sup>1252</sup> Duguit (1893), p. 204 : « [la statistique] établit que les faits sociaux qui paraissent dépendre le plus directement du libre arbitre se produisent néanmoins dans les diverses sociétés humaines avec une constance presque mathématique, et que les mêmes causes font varier toujours dans les mêmes proportions le nombre de ces faits ».

<sup>1253</sup> Ibid.

<sup>1254</sup> Duguit (1889), p. 20.

<sup>1255</sup> Duguit (1894), p. 163.

<sup>1256</sup> Duguit (1889), p. 15.

ciété possède, comme l'être humain, une individualité propre ; elle est « *un être vivant, ayant une existence propre, distincte de celle des individus qui la constituent* »<sup>1258</sup>. Sur le modèle de l'individu, la société serait la réunion d'une série de cellules vivantes, mutuellement solidaires, dont l'agrégation constitue le corps social. Les phénomènes sociaux seraient ainsi strictement identiques aux phénomènes biologiques puisqu'ils seraient également le résultat de l'influence respective des cellules les unes sur les autres. Les facteurs régissant l'évolution des phénomènes sociaux seraient identiques aux causes de développement des organismes vivants : la lutte pour la vie, l'adaptation au milieu et l'hérédité<sup>1259</sup>. L'influence de Darwin et, plus précisément, du darwinisme social de Spencer sur le jeune Duguit est ici patente<sup>1260</sup>. En outre, le corps social posséderait, comme les organismes humains, une série d'organes qui assurent l'exercice des fonctions vitales. Celles-ci se subdivisent en deux classes de phénomènes : les phénomènes de nutrition et de respiration et les phénomènes de cohésion et de direction. Dans les sociétés humaines, la richesse créée par les apports du capital et du travail constitue l'élément de nutrition du corps social, tandis que les voies de communication forment le système circulo-respiratoire des sociétés humaines. L'analyse en revient à l'économie politique<sup>1261</sup>. En ce qui concerne les phénomènes de cohésion et de direction, L'organisme social posséderait, à l'image de l'organisme biologique, un système nervo-moteur chargé de maintenir la cohésion des différentes parties du tout et d'imprimer la direction de l'ensemble<sup>1262</sup>. C'est la tâche du droit que d'assurer la cohésion de l'ensemble des cellules sociales en régissant leurs rapports mutuels. Dans le vocabulaire organiciste que développe alors Duguit, il incombe à l'organe « cérébro-spinal » de l'organisme social, à savoir l'Etat, de réguler les relations entre les différentes cellules. Le but du droit constitutionnel est ainsi d'étudier un élément précis de l'organisme, tandis que la sociologie étudie le fonctionnement de l'organisme dans sa globalité ; le droit constitutionnel devient ainsi, sous la plume du jeune Duguit, une science secondaire dérivée de la sociologie<sup>1263</sup>.

Les contributions dans le domaine de la sociologie publiées par Duguit lors de la décennie 1890<sup>1264</sup> sont rédigées intégralement sous l'emprise de l'organicisme sociologique. Cette influence n'est guère surprenante puisque l'organicisme fut le courant

---

<sup>1257</sup> Ibid.

<sup>1258</sup> Ibid. ; d'où cette formule frappante : « *la société est un individu ; et l'individu est une société* ».

<sup>1259</sup> Ibid., p. 16.

<sup>1260</sup> Herbert Spencer est de loi l'auteur le plus couramment cité dans les premiers articles sociologiques de Duguit.

<sup>1261</sup> Duguit (1889), p. 18.

<sup>1262</sup> Ibid.

<sup>1263</sup> Ibid., p. 19

<sup>1264</sup> A savoir l'article de 1889 précité, ainsi que deux contributions publiées à la *Revue internationale de sociologie* en 1893 et 1894, respectivement intitulées « un séminaire de sociologie » et « Des fonctions de l'Etat moderne. Etude de sociologie juridique ».

majeur de l'analyse sociologique française et européenne jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1265</sup>. Il n'est pas anormal que Duguit, juriste de formation et sociologue autodidacte, soit allé chercher les sources de son inspiration dans les coins les plus avancés de la sociologie naissante. L'appareil critique des premières publications de Duguit atteste une présence quasi-exclusive des auteurs organicistes<sup>1266</sup>. Nous trouvons tout d'abord quelques mentions rapides de l'œuvre gigantesque du sociologue allemand Albert Schäffle *Bau und Leben des socialen Körpers*, publiée en quatre volumes entre 1875-1878, qui fut l'une des premières élaborations systématiques de l'assimilation des organismes sociaux aux organismes biologiques vivants<sup>1267</sup>. Ensuite, il nous faut nous arrêter plus longtemps sur la figure d'Alfred Espinas, cité en plusieurs occurrences, puisqu'il fut, comme Durkheim, un proche collègue de Duguit à l'Université de Bordeaux<sup>1268</sup>. Dans sa thèse de 1877 sur les « sociétés animales », Espinas affirme l'existence d'un continuum entre les sociétés animales et les sociétés humaines dans la mesure où la socialité est commune aux animaux et aux hommes en tant que fait de nature dicté par des nécessités biologiques<sup>1269</sup>. Sociétés humaines et sociétés animales seraient semblables en ce qu'elles sont toutes deux fondées sur le concours réciproque et la dépendance de leurs membres dans les fonctions de nutrition et de reproduction<sup>1270</sup>. Les sociétés animales connaîtraient donc aussi un phénomène de spécialisation des fonctions et de division du travail<sup>1271</sup>, qui n'est pas exclusivement réservé aux sociétés humaines. Certaines sociétés animales avancées seraient en outre similaires aux sociétés humaines en raison du caractère psychologique du lien social. La socialité de certains animaux ne serait pas uniquement du ressort de facteurs physiologiques mais relèverait d'une capacité de représentation d'autrui pouvant générer un authentique sentiment de sympathie pour les individus semblables<sup>1272</sup>. Mais Espinas accentue encore le trait et soutient l'idée d'une homologie entre les organismes cellulaires et les sociétés animales et humaines. Les organismes vivants seraient, à l'image des sociétés, des ensembles organiques où chaque partie occupe une fonction déterminée<sup>1273</sup>. Espinas propose en conséquence que le point de départ de la sociologie se si-

---

<sup>1265</sup> D'Hombres (2009), p. 396.

<sup>1266</sup> Duguit (1889), p. 9.

<sup>1267</sup> On trouve déjà des paraboles organicistes chez Saint-Simon et plus encore chez Auguste Comte, mais l'analogie n'y est pas développée de façon systématique. Cf. Filloux (1979), p. 135-136.

<sup>1268</sup> Fournier (2007), p. 118.

<sup>1269</sup> Espinas (1924), p. 5.

<sup>1270</sup> Ibid., p. 163-164.

<sup>1271</sup> Ibid., p. 414-415.

<sup>1272</sup> Ibid., p. 415.

<sup>1273</sup> Le sociologue français n'est pas avare d'analogies audacieuses. Cf. Ibid., p. 168 : « Faut-il comprendre dans la sociologie les phénomènes de groupement permanent qui sont offerts par les éléments organiques constituant l'individu ? Nous le croyons encore [...] De fait, nous sommes composés de millions de petits êtres dont le concours a été comparé par les plus illustres physiologistes au travail des ouvriers dans une vaste usine, des habitants dans une ville

tue dans la continuité de la biologie, toutes deux étudiant les lois qui régissent la vie des organismes complexes<sup>1274</sup>. Dans cette perspective, la sociologie hériterait d'une méthodologie éprouvée, basée sur l'observation et l'expérimentation, qui lui permettrait un accès plus aisé au statut de science<sup>1275</sup>.

Dans l'œuvre Duguit, nous décelons également quelques fugaces références<sup>1276</sup> qui témoignent de la lecture par le juriste français de *La science sociale contemporaine* (1<sup>re</sup> édition : 1880) du philosophe Alfred Fouillée. Dans sa conception de l'organisme social, Fouillée insiste sur deux points. En premier lieu, toute société serait fondée sur la *division* et la *spécialisation* des fonctions entre les diverses parties vivantes de l'organisme. L'organisme animal et l'organisme social seraient régis par trois fonctions dominantes exercées par trois classes d'organes. Fouillée affirme que la fonction de nutrition est assurée par le système alimentaire (foie, estomac, etc.) dans les organismes vivants, par l'industrie dans les organismes sociaux. La fonction de direction revient respectivement au cerveau et à l'Etat tandis que la fonction de circulation est assurée par le cœur qui, dans les sociétés humaines, trouve son pendant dans le commerce<sup>1277</sup>. En second lieu, toute société humaine ou animale serait fondée sur la *solidarité* et la *collaboration* des diverses fonctions au sein d'un tout organisé<sup>1278</sup>. Fouillée souligne que cette solidarité ressort de la spécialisation des fonctions au sein de l'organisme qui rend ses divers organes interdépendants et les pousse à un échange mutuel de services. Autant que le cerveau a besoin des autres organes pour assurer sa subsistance, les gouvernants ne peuvent se passer du concours des autres hommes pour la satisfaction de leurs besoins<sup>1279</sup>. Fouillée admet cependant une distinction de taille entre les orga-

---

*immense, les artères étant comme les routes et les canaux qui portent les aliments aux différents quartiers, tandis que les nerfs ressemblent aux fils télégraphiques qui transmettent les informations et les impulsions des parties au centre, du centre aux parties ».*

<sup>1274</sup> Ibid., p. 172-173 ; Cf. D'Hombres (2009), p. 420 qui démontre, par un tableau statistique complet, qu'Espinas a construit sa théorie sociologique à travers des références fréquentes et massives aux travaux issus de la biologie et de la zoologie.

<sup>1275</sup> Cf. Fournier (2007), p. 120 : Espinas était convaincu que l'on pouvait appliquer à l'objet « société » la méthode expérimentale dégagée par Claude Bernard.

<sup>1276</sup> Cf. par exemple Duguit (2003), p. 53 n. 1.

<sup>1277</sup> Fouillée (1897), p. 80-81.

<sup>1278</sup> Ibid., p. 78.

<sup>1279</sup> Ibid., p. 80 : « *il faut que les effets de la division et de la spécialisation soient compensés par la solidarité ; il faut dans l'animal que, le cerveau renonçant à se nourrir lui-même, l'estomac se charge d'élaborer sa nourriture, le cœur de la lui transmettre ; il faut, dans la société, que certains hommes prenant pour eux le soin de réfléchir aux affaires communes, d'autres prennent à leur place le soin de pourvoir à l'alimentation et à la défense. Cette solidarité aura pour résultat ce qu'on nomme en économie politique la coopération, c'est-à-dire le concours à un but final qui est la conservation de l'ensemble. Grâce à cette coopération, chacun est à la fois un moyen et une fin par rapport à tous les autres : le laboureur sert au magistrat, le magistrat au laboureur ; le guerrier au laboureur et au magistrat. Ainsi les divers organes de l'être vivant se prêtent un mutuel appui : c'est le « cercle de la vie », et on peut dire que toute société humaine, toute famille, toute nation forme un cercle analogue ».*

nismes vivants et les sociétés humaines. Le philosophe français soutient que, dans les sociétés humaines, les membres ont *conscience* des liens de solidarité qui les unissent, si bien qu'ils peuvent en faire l'objet de leur volonté. Les sociétés humaines se distingueraient des organismes cellulaires en ce qu'elles sont des organismes *conçus* et *voulus* par leur membres<sup>1280</sup>. Ce point fondamental conduit Fouillée à développer le concept hétérodoxe d'« organisme contractuel », sorte de conciliation éclectique entre la théorie contractualiste et l'organicisme sociologique. Les hommes ayant conscience et volonté de leurs liens organiques, on pourrait en déduire que « *cette idée commune entraîne une volonté commune, on a, en définitive, un organisme contractuel. Sans doute ce mode d'association n'est jamais entièrement réalisé entre des hommes donnés ; mais il existe, plus ou moins ébauché, dans toute nation, et c'est vraiment là que la société, au lieu d'être purement végétale ou animale, devient humaine* »<sup>1281</sup>.

Il est également avéré que Duguit connaissait l'ouvrage de René Worms *Organisme et société*<sup>1282</sup> qui est certainement l'un des exposés les plus complets de ce que fut l'organicisme sociologique à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1283</sup>. Publié en 1896, cet essai n'a pas pu influencer les vues organicistes de Duguit qui trouvent leur dernière expression manifeste dans deux contributions publiées à la *Revue internationale de sociologie* en 1893 et 1894. Il nous faut toutefois relever que cette revue fut fondée par René Worms lui-même en 1893 dans le but de favoriser l'étude de la société comprise comme organisme social<sup>1284</sup>. La participation de Duguit aux premiers numéros de cette revue nous permet de mesurer son degré d'implication, notable sans être extraordinaire, dans l'organicisme sociologique.

Il faut nous rendre outre-Manche pour trouver la principale source d'inspiration de l'organicisme du jeune Duguit. Les arguments égrenés par le juriste français pour soutenir sa vision organiciste de la société sont très largement puisés dans les *Principes de sociologie* de Herbert Spencer, traduits en français à partir de 1878. Avant Fouillé et Worms et d'une manière plus systématique qu'Espinas, Spencer a souligné les « *analogies parfaites* »<sup>1285</sup> entre les organismes sociaux et les organismes vivants. Dans son

---

<sup>1280</sup> Ibid., p. 115 et 210 : « *Ce qui constitue une société, à proprement parler, c'est précisément la conscience que les parties ont du tout qu'elles forment. Encore vague dans les simples peuplades, cette conscience existe à son plus haut degré dans les membres d'une nation, car chacun, outre la connaissance qu'il a de soi, a la connaissance des autres et de la nation elle-même ; bien plus, il sent plus ou moins le bien de tous comme son bien propre ; enfin il veut ce bien, il veut la nation comme il se veut lui-même* ». Fortement inspiré par Espinas, Fouillé admet également que les sociétés animales sont également composées de membres conscients, mais à un niveau bien plus rudimentaire. Cf. Ibid., p. 101 s.

<sup>1281</sup> Ibid., p. 115.

<sup>1282</sup> Duguit (2003), p. 2 n. 1.

<sup>1283</sup> Geiger (1981), p. 353.

<sup>1284</sup> Cf. Ibid., p. 348 s. ; En réalité, la *Revue internationale de sociologie* se distingua par son grand éclectisme doctrinal.

traité, Spencer met en avant trois types d'analogie. Tout d'abord, les sociétés humaines et les organismes vivants auraient en commun une structure complexe fondée sur la différenciation des organes et leur spécialisation dans une fonction déterminée qui s'accentuerait en raison directe de la croissance de l'organisme<sup>1286</sup>. A la division du travail social analysée par les économistes correspondrait ainsi la division du travail physiologique mise au jour par la biologie<sup>1287</sup>. En second lieu, la spécialisation des organes propre à la division du travail aurait pour effet de créer des liens d'interdépendance si rigoureux entre les organes que le dysfonctionnement d'un organe entraînerait mécaniquement des troubles dans les autres parties de l'organisme<sup>1288</sup>. Enfin, les organismes sociaux et vivants possèderaient une individualité distincte des cellules qui les composent. En ce sens, les organismes survivent à la disparition de leurs membres. Les cellules d'un organisme meurent et sont remplacées par d'autres, tout comme les citoyens d'un Etat<sup>1289</sup>. Spencer ne manque cependant pas de relever les dissemblances qui ne plaident pas en faveur de l'identification des sociétés humaines aux organismes vivants. L'observation des phénomènes sociaux et organiques amène à reconnaître aux organismes vivants un caractère continu, en ce sens que les unités vivantes qui les composent sont tenues étroitement en contact<sup>1290</sup>. En revanche, les organismes sociaux présentent un caractère discontinu car leurs unités vivantes sont « libres, discrètes et dispersées plus ou moins loin les unes des autres »<sup>1291</sup>. Spencer s'empresse néanmoins de nuancer cette dissemblance afin de maintenir la pertinence de l'assimilation des sociétés humaines aux organismes biologiques. S'il est vrai que les membres d'une société ne sont pas physiquement reliés comme le sont les organes humains, la fonction du langage permettrait d'atténuer sensiblement leur dispersion dans l'espace. Les sentiments et les idées peuvent ainsi circuler d'un homme à un autre. Si la continuité des organismes naturels est physique, celle des organismes sociaux est psychologique. La cohésion et la coopération qui font l'unité de tout organisme vivant ne sont ainsi pas remises en question<sup>1292</sup>.

<sup>1285</sup> Spencer (1904), p. 8.

<sup>1286</sup> Ibid., p. 5-6

<sup>1287</sup> Ibid., p. 8.

<sup>1288</sup> Ibid., p. 8-9 : « Chez un animal, l'arrêt des fonctions pulmonaires met promptement fin aux mouvements du cœur ; si l'estomac cesse absolument de faire son office, toutes les autres parties cessent bientôt d'agir. [...] Dans une société nous voyons que les métallurgistes s'arrêtent quand les mineurs ne leur fournissent plus de matière première ; que les fabricants de vêtements ne peuvent effectuer leur travail lorsque les fabricants de filés et de tissus manquent ».

<sup>1289</sup> Ibid., p. 14.

<sup>1290</sup> Ibid., p. 15.

<sup>1291</sup> Ibid.

<sup>1292</sup> Ibid., p. 18 ; Spencer est un libéral et, manifestement, il ne souhaite pas que sa conception organiciste de la société soit interprétée comme une négation des droits individuels, ce qui l'amène incidemment à relever une autre divergence entre les sociétés et les organismes vivants. Alors que les cellules d'un organisme n'existent que pour le maintien et le bien-être de l'ensemble, « la société existe pour le profit de ses membres ; les membres n'existent pas pour le profit de

Entre 1894 et 1901, Duguit ne publie aucune contribution relevant de la sociologie. Il préfère se concentrer sur des questions de droit constitutionnel<sup>1293</sup>, matière qu'il enseigne à l'Université de Bordeaux depuis 1886. Durant cette période, l'organicisme sociologique est en proie à de vives critiques qui scelleront sa disparition du champ sociologique français<sup>1294</sup>. En 1897, le jeune durkheimien François Simiand fait paraître à la *Revue de Métaphysique et de Morale* une critique acerbe de l'essai de René Worms *Organisme et société*. Selon Simiand, les tenants de la théorie organique de la société n'auraient pas perçu que la société est bien une réalité, mais une réalité *sui generis*, qui ne se laisse pas appréhender par de quelconques analogies imaginées<sup>1295</sup>. Dans les *Règles de la méthode sociologique* (1895), Durkheim avait déjà mis en exergue la spécificité des faits sociaux. Dans la mesure où ceux-ci consistent en « *des manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui* »<sup>1296</sup>, ils ne peuvent être assimilés aux phénomènes organiques qui ne consistent pas, contrairement aux faits sociaux, en « *des représentations et en actions* »<sup>1297</sup>. Durkheim le précisera dans le numéro de l'*Année sociologique* qui paraît en 1902 ; il est impossible de passer directement de l'analyse du monde de la vie à l'examen du monde social sans tenir compte d'un intermédiaire : la psychologie humaine<sup>1298</sup>. Simiand poursuit le réquisitoire en affirmant que les sociétés sont infiniment plus complexes que les organismes et que ce n'est qu'au prix de graves déformations et par un abus singulier de métaphores que les tenants de l'organicisme sociologique ont fondé les analogies entre société et organisme<sup>1299</sup>. Par ailleurs, l'analogie apparaît à Simiand comme un piètre moyen de découverte scientifique. Si elle peut aider à relever quelques traits communs à un groupe de phénomènes, l'analogie – en tout cas l'usage qu'en faisaient les sociologues de l'école organiciste – ne permet pas d'établir des identités entre les phénomènes observés, unique moyen d'induire des généralités scientifiquement valables<sup>1300</sup>. En conclusion, François Simiand prône le divorce des sciences sociales et des sciences de la nature en raison de la dissemblance des faits observés<sup>1301</sup>.

---

*la société. La société ne doit pas perdre de vue que, si grands que puissent être les efforts tentés en faveur de la prospérité du corps politique, les droits du corps politique ne sont rien en eux-mêmes ; ils ne deviennent quelque chose qu'à la condition d'incarner les droits des individus qui le composent* ». Cf. *Ibid.*, p. 21-22.

<sup>1293</sup> Outre des recensions d'ouvrages, Duguit publie deux articles consacrés à l'élection des Sénateurs et à la responsabilité politique des Ministres devant le Sénat.

<sup>1294</sup> Cf. Mucchielli (1998), p. 269 s.

<sup>1295</sup> Simiand (1897), p. 496.

<sup>1296</sup> Durkheim (2010), p. 102.

<sup>1297</sup> *Ibid.* Durkheim précise que l'on ne peut nullement assimiler les faits sociaux aux faits psychiques car ceux-ci ont leur siège dans la conscience des individus, tandis que les phénomènes sociaux se développent dans la conscience de la société. Une conception à laquelle s'opposera toujours Duguit.

<sup>1298</sup> Emile Durkheim, in : *L'Année sociologique*, 5<sup>e</sup> année, 1902, p. 128.

<sup>1299</sup> Simiand (1897), p. 497.

<sup>1300</sup> *Ibid.*, p. 498.

S'il a pu être séduit par les théories organicistes, Duguit les désavoue dès 1901, lorsque paraît son premier ouvrage *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. La critique développée par Duguit à l'encontre de l'organicisme sociologique semble inspirée par les éléments de réfutation que nous avons pu trouver chez Simiand et Durkheim<sup>1302</sup>. Selon Duguit, les subtiles métaphores filées par les sociologues organicistes les ont aveuglés au point qu'ils ont perdu de vue la différence de nature entre les faits sociaux et les phénomènes naturels<sup>1303</sup>, en ce sens que les faits sociaux impliquent des individus conscients des buts qui déterminent leur action, ce qui n'est pas le cas des phénomènes observés par les sciences de la nature<sup>1304</sup>. A notre sens, l'individualité que les organicistes prêtent à l'organisme social a été la pierre d'achoppement sur laquelle le réalisme individualiste de Duguit a buté. Le Doyen de Bordeaux n'ignorait pas que l'organicisme d'un juriste comme Gierke avait conduit ce dernier à postuler la réalité des personnes morales<sup>1305</sup>. La critique de la notion de personnalité juridique développée par le juriste français nous a démontré tout le dédain que Duguit avait pour ces hypostases qui prêtent une réalité à des fictions qui n'ont de siège que dans l'esprit humain<sup>1306</sup>.

À ce stade de notre exposé, il convient avant tout de retenir que l'abandon de l'organicisme par Duguit ne signifie pas son renoncement à certains grands thèmes de cette école de pensée. Duguit restera toujours reconnaissant aux organicistes d'avoir démontré le caractère naturel et spontané des sociétés humaines<sup>1307</sup>. Duguit a ainsi pu trouver dans l'organicisme sociologique une contre-argumentation puissante aux doctrines contractualistes construites sur la fiction d'un état présocial de l'homme et qui font de la société une création artificielle de la volonté humaine<sup>1308</sup>. De même, Duguit continuera de voir dans l'interdépendance des parties et la coopération qu'elle impose la clé d'explication du fonctionnement de la société. Le juriste français n'oubliera pas que cette interdépendance implique une série de devoirs à la charge des hommes, estimant que cette découverte signe la ruine de l'individualisme de la Déclaration de

<sup>1301</sup> Ibid., p. 499.

<sup>1302</sup> Duguit s'appuie également sur la réfutation de l'organicisme sociologique proposée par Gabriel Tarde – sociologue bien connu pour son opposition à Durkheim – dans la *Revue philosophique* 1896, p. 637 s., qui dresse un tableau assez complet des divergences entre les organicismes vivants et les sociétés humaines.

<sup>1303</sup> Duguit (2003), p. 17 où Duguit fait aveu de son abandon des explications organicistes des phénomènes sociaux.

<sup>1304</sup> Cf. Duguit (2008), p. 194. Ce qui amènera Duguit à distinguer les lois de cause des lois de but, cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>1305</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>1306</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II.

<sup>1307</sup> Bien qu'il abandonnera l'organicisme sociologique dès 1901, Duguit continuera à reconnaître à Espinas le mérite d'avoir démontré que la socialité de l'homme est, comme chez certains animaux, un fait « *primaire, irréductible et spontané* ». Cf. Duguit (2003), p. 32.

<sup>1308</sup> Barberis (2003), p. 56.

1789<sup>1309</sup> et révèle le « *néant de la théorie des droits individuels* »<sup>1310</sup>. Il verra ainsi, dans certains droits fondamentaux comme le droit de propriété, moins l'expression de droits inhérents à la personne humaine que des fonctions nécessaires à la régulation du corps social<sup>1311</sup>.

### 1.3 *L'objet de la norme sociale ; l'émergence de la solidarité*

Que le droit trouve son origine directement dans la vie sociale ne nous dit encore rien sur les orientations que prendra son contenu. Dans les linéaments de sa doctrine, Duguit affirme qu'une norme sociale objective dicte la conduite des hommes en société. Il précise nettement cette idée lorsqu'il en vient à définir l'*objet* de la norme sociale. Celle-ci viserait, dans toute société, à prohiber les actes qui portent atteinte à l'ordre social autant qu'à astreindre les hommes à certaines actions qui soutiennent l'équilibre du groupement social<sup>1312</sup>. Or le maintien et le développement de toute vie sociale dépendraient, selon le juriste français, du « *grand fait de la solidarité* » ou, autrement dit, de « *l'interdépendance sociale* »<sup>1313</sup>. Solidaires et interdépendants, les hommes le seraient à deux titres. Tout homme est lié à ses semblables par une série de besoins similaires dont seule la vie en commun est susceptible d'apporter la satisfaction. Duguit parle alors de « *solidarité par similitudes* »<sup>1314</sup>. Cependant, les individus sont également différenciés par leurs besoins et leurs capacités. Ils satisfont leurs besoins variés en nouant un second type de lien social, par l'échange mutuel des services résultant de la diversité de leurs aptitudes. Duguit qualifie ce second type de solidarité de « *solidarité par division du travail* »<sup>1315</sup>.

Une lecture hâtive peut laisser penser que Duguit a bâti l'ensemble de sa doctrine à partir du concept de solidarité sociale qu'il aurait tenté de rendre intelligible grâce à la sociologie d'Emile Durkheim. C'est en tout cas l'impression qu'est susceptible de laisser les premières pages de *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* paru en 1901. En effet, cet ouvrage où le Doyen de Bordeaux expose pour la première fois les axes fondamentaux de sa théorie du droit s'ouvre sur de longues considérations sur la solidarité sociale qui reprennent la distinction entre solidarité par similitudes et solidarité par division du travail établie par Durkheim huit ans auparavant dans sa thèse sur la division du travail social<sup>1316</sup>. Avant d'entrer dans une analyse comparée de la notion

---

<sup>1309</sup> Sur l'anti-individualisme des théories organicistes, cf. *Ibid.*, p. 62.

<sup>1310</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1311</sup> La critique du droit naturel par Duguit a été déjà analysée *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.1. La conception de la liberté-fonction du juriste français sera développée plus bas. Cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>1312</sup> Duguit (1927), p. 83.

<sup>1313</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>1314</sup> Duguit (2003), p. 30 s. ; Duguit (1927), p. 85.

<sup>1315</sup> Duguit (2003), p. 40 s. ; Duguit (1927), p. 86.

<sup>1316</sup> Duguit (2003), p. 23 s.

de solidarité chez Duguit et Durkheim, il nous faut quelque peu élargir le spectre de nos considérations. En effet, l'intérêt intellectuel nourri par ces deux auteurs envers la notion de solidarité sociale doit être cherché au-delà de leurs rapports intellectuels et personnels et de l'émulation réciproque qu'ils ont pu susciter. Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la solidarité sociale est au cœur d'un large contexte discursif qui mêle des enjeux aussi théoriques que politiques. Le terme de solidarité est alors un mot en vogue dans le vocabulaire politique français, essentiellement dans le discours des politiciens radicaux et socialistes<sup>1317</sup>. Duguit s'en agace même quelque peu lorsqu'il écrit en 1901 que « *le mot solidarité est un mot dont on fait aujourd'hui un singulier abus. Il n'y pas de livre, de journal, de réunion, de conférence, de discours d'apparat, où il ne soit maintes fois répété. Pour tout dire, il est à la mode, et il sert à cacher souvent le vide des idées* »<sup>1318</sup>. Au moment où Duguit rédige ces lignes imprégnées d'une certaine irritation, l'exposition universelle de Paris vient d'avoir lieu, en 1900. A cette occasion, le palais de l'Economie sociale accueille plus de 120 congrès qui se déroulent sous le signe de la solidarité<sup>1319</sup>. Le discours d'inauguration du palais prononcé le 1<sup>er</sup> mai 1900 par le Ministre du commerce et de l'industrie Alexandre Millerand exalte la solidarité entre les hommes au point d'en faire la cause première de la grandeur matérielle et morale des sociétés<sup>1320</sup>. Dans ce même lieu, le Président de la République Emile Loubet se félicite du succès de l'Exposition et du fait qu'elle « *aura fourni à la solidarité son expression la plus brillante. La solidarité à qui nous devons déjà de grandes choses [...] nous permettra d'apercevoir d'un peu plus près le but suprême vers lequel tendent les intelligences libres et les cœurs généreux : la diminution des misères de toutes sortes et la réalisation de la fraternité* »<sup>1321</sup>.

Duguit veut aller au-delà de l'emphase de ces discours d'apparat. Le juriste français désire que l'on étudie scientifiquement la solidarité comme un fait propre à révéler la véritable nature du lien social<sup>1322</sup>. Dans cette entreprise, Duguit est précédé par toute une littérature qui entend donner un fondement scientifique au concept de solidarité. En premier lieu, il convient de rappeler que la notion de la solidarité occupe une place centrale dans les conceptions organicistes de la société<sup>1323</sup> qui ont tant marqué Duguit à ses débuts. L'idée ressort notamment chez Fouillée et Spencer de manière appuyée.

<sup>1317</sup> D'Hombres (2010), p. 82.

<sup>1318</sup> Duguit (2003), p. 24 ; Duguit réitérera son agacement lors d'une conférence prononcée à l'Ecole des hautes études en sciences sociales en 1908 : « *On a fait depuis quelques années un abus si étrange de ce beau mot de solidarité que j'hésite maintenant à l'employer. Il n'y a pas de politicien de village qui ne parle de la solidarité sociale, sans comprendre au reste la portée de ces mots* ». Cf. Duguit (1922a), p. 8.

<sup>1319</sup> Fournier (2007), p. 432.

<sup>1320</sup> Ibid.

<sup>1321</sup> Ibid.

<sup>1322</sup> Duguit (2003), p. 23 s.

<sup>1323</sup> Barberis (2003), p. 55.

Ces auteurs insistaient en effet sur l'interdépendance qui relie les parties des organismes vivants et sociaux au sein d'un tout organisé. S'appuyant sur les acquis de la biologie, les tenants de l'organicisme sociologique défendaient l'idée qu'une telle interdépendance est le résultat direct de la division du travail, dont la croissance de l'organisme augmente la densité et la complexification<sup>1324</sup>. A cet égard, le discrédit des théories organicistes n'atténua en rien l'acuité de la réflexion sur les liens entre division du travail, interdépendance et solidarité.

L'émergence du concept de solidarité doit aussi être inscrit dans un contexte plus large, celui de remise en cause, au sein de la sociologie naissante, de quelques notions théoriques héritées de la Déclaration de 1789. En effet, la célébration du centenaire de la Révolution en 1889 ne fut pas uniquement perturbée par les traditionnelles voix discordantes venues des milieux légitimistes. Il existait également une autre littérature critique qui entendait invalider certains principes de la Révolution française à l'aune des acquis de la sociologie<sup>1325</sup>. En 1889, Thomas Ferneuil fait paraître un essai éloquent intitulé *Les Principes de 1789 et la science sociale*. Cet ouvrage, aujourd'hui totalement tombé dans l'oubli, mérite notre attention dans la mesure où il développe certains arguments et éléments de langage que nous retrouverons chez Duguit, parfois par l'entremise de Durkheim<sup>1326</sup>. Ferneuil entame sa déconstruction des dogmes de 1789 par une critique en règle de la philosophie politique de Rousseau dont il estime qu'elle est l'inspiratrice directe des événements de 1789<sup>1327</sup>. Le philosophe genevois y est dépeint comme un esprit abstrait qui fonde sa théorie politique sur des concepts posés *a priori* dont il déduit les conséquences principales par un travail de logique formelle, sans jamais chercher à appuyer sa réflexion sur un travail empirique<sup>1328</sup>. La sociologie moderne ne peut ainsi que s'opposer à une telle méthode puisqu'elle est fondée « *non pas sur les conceptions abstraites de la raison théorique, ou sur les suggestions arbitraires du sentiment, mais sur l'analyse patiente et minutieuse des faits, sur les données expérimentales et positives de la raison pratique* »<sup>1329</sup>. Aussi, ce sont également aux résultats de cette méthode que Ferneuil s'attaque. Il constate une méprise totale à l'œuvre chez les auteurs contractualistes comme Rousseau qui font de l'individu isolé le point de départ de l'association politique. Dans une telle conception, l'individu en vient à subordonner la société et l'Etat à ses fins particulières<sup>1330</sup> alors que les derniers résultats de la sociologie – Ferneuil rédige son

---

<sup>1324</sup> Sur ce point, cf. D'Hombres (2010), p. 86-87.

<sup>1325</sup> Cf. Rosanvallon (1998), p. 107 ; Rosanvallon (2004), p. 265 s. ; Audier (2007), p. 35 s.

<sup>1326</sup> Durkheim avait rédigé en 1890 une recension très favorable de l'essai de Ferneuil. Cf. Durkheim (1890), p. 450 s.

<sup>1327</sup> La critique de Rousseau par Duguit a été examinée plus haut. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 1).

<sup>1328</sup> Ferneuil (1889), p. 2 s.

<sup>1329</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1330</sup> *Ibid.*

texte sous l'emprise de l'organicisme triomphant – tendaient à démontrer qu'Etat et individus ne sont en situation ni d'opposition, ni de subordination mais de coordination au sein d'un ensemble organique<sup>1331</sup>. Cette critique de l'individualisme des Lumières se poursuit à travers une lecture critique de la Déclaration de 1789. L'égalité dont serait investi tout homme par sa simple qualité d'être humain apparaît absurde à Ferneuil tant l'observation des sociétés modernes démontre l'infinie variation des facultés et de moyens physiques et intellectuels qui ont un impact direct sur l'exercice des droits proclamés par les révolutionnaires en 1789<sup>1332</sup>. Il serait ainsi erroné de conférer une valeur absolue à chaque homme alors que l'individu apparaît au contraire toujours « *enserré dans un étroit réseau de fatalités, de nécessités de toute nature, qui, loin de justifier son caractère d'absolu, en font un être essentiellement relatif et contingent* »<sup>1333</sup>. En ce sens, il ne conviendrait plus de donner aux droits individuels un fondement métaphysique et spéculatif, mais il s'agirait de les faire dériver des conditions concrètes de la vie sociale<sup>1334</sup>. Selon Ferneuil, le désir premier de tout individu vivant en société est d'exercer « *certaines activités tendant à la conservation et au développement de la vie. Il doit acquérir certains objets nécessaires à sa subsistance et jouir en sécurité du fruit de ses efforts personnels* »<sup>1335</sup>. L'idée de droit naît sous l'empire de cette nécessité dans la mesure où le droit – le droit de propriété en est l'illustration la plus flagrante – apparaît comme le moyen approprié à l'accomplissement paisible et régulier de ces activités. Si le fondement premier du droit répond à un mobile égoïste, Ferneuil estime que l'égoïsme se transmue chez l'homme en altruisme à mesure que se développe la division du travail. Elle élargit et intensifie les relations de l'homme avec ses semblables. En effet, ce phénomène incline les individus à l'échange et à la collaboration afin d'obtenir les biens et les services propres à satisfaire leurs besoins. Ferneuil en déduit que « *de cette nécessité de l'échange quotidien des produits et des services, de cette coopération obligatoire qu'entraîne le développement de la division du travail entre les membres du corps social, dérive la sympathie réciproque qui constitue le second élément de la notion de droit. Ce que nous*

<sup>1331</sup> Ibid., p. 18.

<sup>1332</sup> Ibid., p. 24-25. Ferneuil succombe là à une confusion certaine entre titularité d'un droit et exercice de celui-ci.

<sup>1333</sup> Ibid., p. 107. Dans sa recension de l'ouvrage, Durkheim abondera dans le sens de Ferneuil : « *l'individu ainsi conçu [l'homme isolé et présocial des théories jusnaturalistes] n'existe pas dans la réalité. L'homme véritable n'a rien de commun avec cette entité abstraite, il fait partie d'un temps et d'un pays, il a des idées, des sentiments qui ne viennent pas de lui mais de son entourage ; il a des préjugés, des croyances ; il est soumis à des règles d'action qu'il n'a pas faites et qu'il respecte pourtant ; [...] on constate que la sphère où l'individu ne dépend que de lui-même est en réalité extrêmement restreinte* ». Cf. Durkheim (1890), p. 453-454.

<sup>1334</sup> Ibid., p. 106 s. et p. 356 : « *Désormais il n'y a pour la science morale que deux fondements possibles : ou la présence d'un ordre des choses transcendant, supérieur à l'individu et à la société, c'est-à-dire les principes métaphysiques et religieux, ou les instincts sociaux et la dépendance des individus à l'égard de la société dont ils font partie* ».

<sup>1335</sup> Ibid., p. 109.

*accomplissons au début pour satisfaire des besoins personnels, l'habitude nous amène à l'accomplir sous l'empire d'un mobile désintéressé pour satisfaire des besoins moraux que l'évolution sociale a suscités en nous* »<sup>1336</sup>. L'auteur des *Principes de 1789 et la science sociale* perçoit dans les corporations et les corps intermédiaires un facteur crucial d'épanouissement du sentiment de solidarité dans le cœur des hommes. En ce qu'ils maintiennent la vitalité d'un idéal communautaire, ils préservent l'individu de l'égoïsme et du repli sur soi<sup>1337</sup>. Duguit réitérera à l'identique un tel raisonnement<sup>1338</sup>.

En conclusion de ses réflexions, Ferneuil propose de supprimer le terme de fraternité de la devise républicaine pour lui substituer le concept de *solidarité*<sup>1339</sup>. Le vocable « fraternité » lui apparaît empreinte d'un mysticisme religieux qui ne peut être admis qu'en cédant à l'hypothèse d'un Dieu unique, créateur de tous les hommes<sup>1340</sup>. En revanche, la notion de solidarité est apte à rendre compte de la nature réelle du lien social à condition que l'on saisisse la solidarité avant tout comme un phénomène d'interdépendance qui induit à l'échange de services et à la coopération des intérêts<sup>1341</sup>. Ferneuil anticipe Durkheim lorsqu'il en vient à soutenir que la division du travail peut être considérée comme la loi des sociétés modernes où « *chaque individu, incapable de se suffire à lui-même subit la nécessité de faire appel aux services d'autrui, et de se rattacher aux membres du corps social par les liens de la solidarité* »<sup>1342</sup>. Cette acception de la solidarité se distingue en outre de l'idéal de fraternité ou de charité en ce qu'elle ne s'exerce pas uniquement par la voie de l'initiative individuelle mais doit parfois être suscitée par la contrainte légale. La loi peut être amenée à contrarier les intérêts particuliers afin de rappeler aux membres du corps social qu'ils ont des obligations mutuelles et qu'ils doivent concéder le sacrifice de certaines convenances personnelles pour le maintien du groupe<sup>1343</sup>. La législation sociale apparaît justifiée

---

<sup>1336</sup> Ibid., p. 112.

<sup>1337</sup> Ibid., p. 357 : « *Le degré de moralité croît en raison directe de la sphère d'activité sociale de l'individu, conséquemment, il faut compter parmi les peuples les plus moraux ceux où les groupes qui entretiennent les liens de solidarité sont les plus florissants, où la famille, les sociétés professionnelles, scientifiques ou philanthropiques, les institutions civiles ou politiques sont les plus vigoureusement constituées et les plus profondément enracinées dans l'âme même de la nation* ».

<sup>1338</sup> Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.2 et 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.1.

<sup>1339</sup> Ferneuil conclut ainsi son essai avec quelque emphase : « *Solidarité politique, solidarité sociale, tel est le but assigné aux efforts des peuples modernes ; telle est la devise que l'auteur voudrait voir inscrire sur le drapeau de la nation que se dispose à célébrer le centenaire de la révolution française* ». Ferneuil (1889), p. 359.

<sup>1340</sup> Ibid., p. 341.

<sup>1341</sup> Ibid., p. 342.

<sup>1342</sup> Ibid. Ferneuil affirme en outre que cette solidarité était moins forte dans les sociétés primitives où les individus accomplissent des tâches identiques et éprouvent ainsi moins le besoin de se rapprocher les uns des autres. L'anticipation des analyses que Durkheim développera quatre ans plus tard est ici manifeste.

lorsqu'elle permet de consolider les liens de solidarité qui font le ciment de la société<sup>1344</sup>.

La sociologie ayant démontré la socialité spontanée de l'homme et l'interdépendance nécessaires des individus, Ferneuil estime qu'il convient de procéder à une redéfinition radicale de la notion de liberté. La conception jusnaturaliste de la liberté devrait être abandonnée car elle se fonde sur le « *sentiment factice de la valeur absolue de la personne humaine* »<sup>1345</sup>. En ce sens, elle place les prétendus droits naturels de l'homme au-dessus de ses obligations envers la société. Une telle acception individualiste de la liberté encourage ainsi l'égoïsme et amène chez l'individu une propension funeste à « *se considérer comme un petit souverain, comme le centre autour duquel tout gravite, et à se croire affranchi de tout lien avec le passé et l'avenir de la communauté à laquelle il appartient* »<sup>1346</sup>. Selon Ferneuil, la sociologie enseigne que l'homme n'a aucune valeur absolue dans la mesure où il ne peut subsister sans le concours de son prochain. Dès lors, la liberté individuelle ne peut être admise qu'à condition de lui conférer un tout autre caractère : « *elle [doit impliquer] pour chaque individu la faculté de développer ses tendances, ses dons naturels, au profit de l'ensemble, et de retirer de la vie sociale l'équivalent des services que sa profession rend à la communauté. Au lieu que l'individu ait le droit d'user et d'abuser de sa liberté, celle-ci n'a de raison d'être et de titre incontestable que si elle se subordonne aux fins de la société et aux nécessités de la vie collective* »<sup>1347</sup>. Cette intuition selon laquelle la liberté doit être fonction des nécessités de la société sera également au centre du travail de redéfinition des catégories fondamentales du droit qu'entreprendra Duguit<sup>1348</sup>.

### 1.3.1 La matrice solidariste

Le développement du *solidarisme* dans les années 1890 donna l'impulsion propre à projeter la notion de solidarité sur le devant de la scène intellectuelle et politique française, au point que certains de ses plus ardents défenseurs ont pu déclarer que le solidarisme était devenu une manière de philosophie officielle pour la III<sup>e</sup> République<sup>1349</sup>.

<sup>1343</sup> Ibid., p. 343.

<sup>1344</sup> Ibid. : « *D'où émanent, par exemple, des mesures législatives telles que l'assurance obligatoire contre la maladie et les accidents, qui force les patrons et les ouvriers à garantir chacun de leur côté l'entretien de caisses de secours, ou telles que l'obligation et la gratuité de l'enseignement primaire, qui contraint tous les citoyens, mariés ou célibataires, pauvres ou riches, à contribuer au service de l'instruction publique ? Comment justifier de pareilles dérogations à la liberté individuelle sinon par ce principe, que les membres d'un même groupe social, famille, corporation, Etat, contractent envers lui des obligations mutuelles, et doivent sacrifier au maintien de ce groupe leurs convenances ou leurs intérêts particuliers* ».

<sup>1345</sup> Ibid.

<sup>1346</sup> Ibid.

<sup>1347</sup> Ibid., p. 338.

<sup>1348</sup> Cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I.

La littérature attribuée à l'économiste Charles Gide (1847-1932) un rôle pionnier dans l'édification de la doctrine solidariste<sup>1350</sup>, tout en percevant un précurseur dans la personne du philosophe Alfred Fouillée (1838-1912)<sup>1351</sup>. En revanche, on reconnaît à l'homme politique radical Léon Bourgeois (1851-1925) le rôle de théoricien « officiel » du solidarisme dans la mesure où il tenta d'en faire une doctrine cohérente et homogène par la publication de l'essai *Solidarité* en 1896. Du rôle important que Bourgeois tint au sein du radicalisme, d'aucuns ont jugé que le solidarisme a pu jouer le rôle d'idéologie tacite du parti radical<sup>1352</sup>. Enfin, nous pouvons trouver chez le sociologue durkheimien Célestin Bouglé (1870-1940) une synthèse doctrinale assez complète de ce que furent les grands axes de la pensée solidariste<sup>1353</sup>. Bien qu'il n'y ait pas lieu de relater ici l'histoire complexe de ce courant de pensée aux dimensions multiples<sup>1354</sup>, nous devons nous y arrêter quelques instants car certaines de ses idées-forces eurent une influence notable sur la conception générale du droit et de l'Etat de Duguit. L'intéressé reconnaîtra tardivement la filiation<sup>1355</sup>.

### 1.3.1.1 Contre le libéralisme ; une vision renouvelée du lien social

En 1889, Gide prononce à Genève une longue allocution devant la société chrétienne suisse d'économie sociale. La conférence de l'économiste français s'inscrit dans un cycle de présentations des différents courants de pensée en matière d'économie politique et de théorie sociale. Alors que différents orateurs se sont succédé pour exposer les vues de l'école chrétienne, de l'école libérale et de l'école collectiviste, Gide vient à la tribune pour présenter ce qu'il appelle mystérieusement « l'école nouvelle »<sup>1356</sup>. Une telle configuration nous permet ainsi dans un premier temps de connaître *contre* quoi le solidarisme s'est bâti. En effet, la conférence de Gide débute par un réquisitoire sans appel contre le libéralisme économique. L'économiste français prononce son acte d'accusation alors que la grande dépression de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (1873-1896) fait encore rage. A ce titre, il constate que les élaborations théoriques des pères de la pensée économique libérale comme Adam Smith, David Ricardo, Jean-Baptiste Say ou Frédéric Bastiat sont loin d'avoir tenu toutes leurs promesses dans la réalité concrète. Au lieu d'avoir suscité la prospérité collective et l'harmonie des intérêts, la quête de l'intérêt privé modéré par la main invisible du marché a plutôt donné naissance à des inégalités et à des injustices flagrantes<sup>1357</sup>. Contrairement aux prédictions de certains pères fondateurs du

---

<sup>1349</sup> Bouglé (1924), p. 7.

<sup>1350</sup> Ibid.

<sup>1351</sup> Un rôle que le principal concerné s'était lui-même attribué. Cf. Audier (2007), p. 20.

<sup>1352</sup> Bernstein (1980), p. 37. Pour un avis plus nuancé, cf. Audier (2007), p. 23 s.

<sup>1353</sup> Cf. Bouglé (1924), p. 5 s.

<sup>1354</sup> Une histoire qui a, par ailleurs, déjà été écrite à plusieurs reprises. Cf. Bouglé (1924), p. 7 s. ; Charmont (1927), p. 141 s. ; Gurvitch (1932), p. 567 s. ; Audier (2007), p. 1 s.

<sup>1355</sup> Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1.4.

<sup>1356</sup> Gide (2001), p. 148.

<sup>1357</sup> Gide (2001), p. 149-152.

libéralisme, la vertu publique n'a nullement éclo du concours des vices privés. L'allocation de Gide est riche d'exemples imagés issus de la vie quotidienne qui attestent le règne de l'égoïsme généralisé dans les sociétés où les axiomes libéraux seraient intégralement mis en pratique<sup>1358</sup>. Comme Ferneuil dans son essai *Les Principes de 1789 et la sociologie*, Gide n'envisage le libéralisme que dans une acception dépréciative qui réduit la pensée libérale à une froide axiomatique de l'intérêt privé, à une exaltation de l'individualisme et à une apologie de l'égoïsme<sup>1359</sup>. L'« école nouvelle » qu'entend défendre Gide s'oppose ainsi à la vision du lien social qui découlerait des principes fondamentaux du libéralisme, en ce sens que ceux-ci feraient de la compétition des individus le moteur de l'évolution sociale, dans un esprit proche du darwinisme social<sup>1360</sup>. C'est donc moins la pensée des libéraux des XVIII<sup>e</sup> siècle qui attire les foudres des solidaristes. Bouglé reconnaîtra sans détour qu'il est impensable de réduire la pensée d'un Kant, par exemple, à une banale apologie du « culte de soi » alors que le cœur de morale kantienne consiste à soumettre l'action du sujet à une règle généralisable<sup>1361</sup>. Les attaques des solidaristes étaient plutôt dirigées contre les déviations subies par la pensée libérale au XIX<sup>e</sup> siècle, transformant celle-ci en un individualisme rétif à toute espèce de contrainte et de règle<sup>1362</sup>. Si des penseurs « *immoralistes* » comme Nietzsche ou Stirner sont explicitement visés<sup>1363</sup>, la pensée de Spencer focalise les critiques. La justification de la libre concurrence et la condamnation des politiques sociales que développe le sociologue s'appuient s'appuie pour l'essentiel sur la théorie darwinienne de l'évolution. Selon Spencer, le progrès des sociétés humaines serait à l'image de l'évolution du monde animal, fruit de la concurrence et de la lutte<sup>1364</sup>. En France, le darwinisme social fut propagé par des économistes libéraux comme Gustave de Molinari (1819-1912) et Yves Guyot (1843-1928), tous deux influencés par Spencer<sup>1365</sup>, qui présidèrent durant de longues années aux destinées du *Journal des économistes*. Ces auteurs affirmaient dans leurs écrits l'existence d'une analogie entre les lois économiques et les lois darwiniennes de l'évolution, toutes deux étant réputées facteurs de progrès auxquels aucune intervention correctrice ne saurait porter atteinte<sup>1366</sup>.

<sup>1358</sup> Ibid., p. 152.

<sup>1359</sup> Ibid., p. 152-153.

<sup>1360</sup> Ibid., p. 165.

<sup>1361</sup> Bouglé (1924), p. 112-113.

<sup>1362</sup> Ibid., p. 115-116.

<sup>1363</sup> Ibid., p. 118 s. Bouglé accuse Nietzsche de prêcher un individualisme anti-égalitaire ; Rappelons également que Duguit voyait dans « *l'anarchisme d'un Stirner* » l'aboutissement de l'individualisme exprimé par la Déclaration de 1789. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 3.

<sup>1364</sup> Bouglé (1924), p. 117.

<sup>1365</sup> Jones (1993), p. 152.

<sup>1366</sup> C'est bien sûr le socialisme qui est visé en première ligne, de même que toutes les interventions sociales de l'Etat telles que préconisent les auteurs solidaristes. Sur le darwinisme social en France, cf. la thèse de Jean-Marc Bernardini, *Le darwinisme social en France (1859-1918). Fascination et rejet d'une idéologie*, Paris, CNRS Histoire, 1997. Nous renvoyons le lecteur plus spécifiquement aux p. 176 s.

En plus de douter des bénéfices que la société pourrait tirer de la concurrence de ses membres<sup>1367</sup>, Gide accuse l'école libérale de se méprendre sur les causes d'épanouissement de l'individualité. Les libéraux ne percevraient celles-ci que dans le « repli sur soi » et la compétition avec autrui<sup>1368</sup>. En revanche, l'« école nouvelle » promue par l'économiste français part d'un postulat opposé en ce qu'elle estime que « *l'individualité d'un être quelconque se développe précisément en raison inverse de la vie pour soi-même et en raison directe de la vie pour autrui* »<sup>1369</sup>. Dans des termes évasifs qui trahissent la doctrine en gestation, Gide estime que la socialisation de l'individu accompagne le développement de son individualité, que l'homme enrichit sa personnalité à mesure qu'il s'inscrit dans un ensemble concentrique de cercles sociaux<sup>1370</sup>. Gide voit dans l'association et la coopération et non dans la compétition le facteur de développement de l'individu<sup>1371</sup>. Bourgeois abondera dans ce sens, tournant résolument le solidarisme vers une définition non agonistique du lien social. S'il ne remet pas en cause la scientificité de la théorie darwinienne de « lutte pour la vie », l'ancien Président du Conseil soutient que la seule initiative individuelle est un principe insuffisant d'évolution sociale. Livrées à elles-mêmes, les énergies individuelles sont incapables de produire les conditions de pérennité de la vie individuelle et collective. Seule l'association disciplinée des actions individuelles est en mesure de créer les combinaisons sociales durables qui autorisent un progrès de la civilisation, si bien que « *la loi de solidarité des actions individuelles finit par apparaître entre les hommes, les groupes d'hommes, les sociétés humaines [...] non comme une cause de diminution, mais comme une condition de développement ; non comme une nécessité extérieurement et arbitrairement imposée, mais comme une loi d'organisation intérieure indispensable à la vie ; non comme une servitude, mais comme un moyen de*

---

<sup>1367</sup> L'économiste français ne croit en effet pas à l'effet de « sélection des meilleurs » que les libéraux prêtaient à la concurrence car « *ce ne sont pas nécessairement les meilleurs, du moins pas les meilleures au point de vue moral, qui réussissent dans la concurrence ; ce sont les plus habiles, ce qui n'est pas la même chose, et ce sont aussi, bien souvent les moins scrupuleux* ». Cf. Gide (1932), p. 156.

<sup>1368</sup> Gide (2001), p. 167.

<sup>1369</sup> Ibid., p. 166.

<sup>1370</sup> Ibid., p. 167-168 : « *Celui qui donne sa vie, – je ne dis pas nécessairement qui la perd, mais qui la donne, qui la dépense pour d'autres, – dans les cercles de plus en plus élargis de la famille, de la cité, de la patrie, de l'humanité, la retrouve en effet, non point par métaphore, mais à la lettre, dans un accroissement de vie, dans un progrès de son individualité de père, de citoyen, d'homme. L'individualisme, c'est la concentration d'un être qui se replie sur soi-même ; l'individualité, c'est un épanouissement, l'épanouissement d'un être qui se déploie au-dehors. Et voilà pourquoi l'école nouvelle peut hardiment condamner et combattre les doctrines individualistes sans avoir à craindre de compromettre la dignité ni l'individualité de la personne humaine* ».

<sup>1371</sup> Ibid., p. 168. Cf. Bourgeois (1907), p. 78 : « *ce n'est pas la lutte pour la vie, c'est l'union pour la vie qui paraît être la loi de l'évolution humaine* ».

*libération* »<sup>1372</sup>. Bien loin de s'opposer, vie individuelle et vie sociale croissent et s'épanouissent en raison directe l'une de l'autre.

### 1.3.1.2 Science, morale et droit de la solidarité

Le mot d'ordre de l'« école nouvelle » promue par Gide n'est ainsi pas de mettre en exergue les oppositions entre les hommes mais d'insister sur les liens de solidarité qui les unissent. L'« école nouvelle » se voit ainsi, en toute logique, rebaptisée en « école de la solidarité »<sup>1373</sup>. Cela posé, la solidarité dont il est ici question n'est pas – contrairement à la liberté ou à l'égalité autour desquelles pivotent libéralisme et socialisme – un idéal vague. Elle est encore moins un succédané de la charité chrétienne<sup>1374</sup>. Elle est un *fait* constaté par la science<sup>1375</sup>. Nous trouvons ici un motif cardinal du solidarisme qui sera également au cœur de l'argumentaire de Duguit. Les auteurs solidaristes appréhendent la solidarité comme un fait observable par des procédés scientifiques dont il est possible de dériver des principes moraux et des règles juridiques<sup>1376</sup>. Ainsi que l'écrira Célestin Bouglé, les solidaristes étaient tout habitués du scientisme et du positivisme ambiant à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. En ce sens, le solidarisme doit être appréhendé comme une tentative d'élaboration d'une théorie morale et juridique de la solidarité arrimée aux acquis des sciences naturelles et sociales et entraînant l'abandon de tout référent théologique ou métaphysique<sup>1377</sup>.

Nous trouvons la première trace d'un usage systématique des sciences de la nature visant à donner un crédit scientifique à la théorie solidariste dans une conférence donnée par Gide en 1893 devant le Cercle des étudiants protestants de Paris<sup>1378</sup>. L'économiste français affirme avec enthousiasme que les sciences de la nature auraient démontré de manière indubitable que la solidarité constitue le principe de fonctionnement de tout organisme vivant<sup>1379</sup>. Une telle affirmation témoigne d'une récupération des thèmes

<sup>1372</sup> Bourgeois (1998), p. 28.

<sup>1373</sup> Gide (2001), p. 170.

<sup>1374</sup> Cf. Gide (1932), p. 193 s.

<sup>1375</sup> Gide (2001), p. 170.

<sup>1376</sup> Charmont (1927), p. 147.

<sup>1377</sup> Cf. Bouglé (1924), p. 18-19. Cette assertion de Bouglé doit cependant être quelque peu relativisée. Gide et, dans un bien moindre mesure, Bourgeois ont subi l'influence du théologien protestant suisse Charles Secrétan (1815-1895) qui avait élaboré une théorie de la solidarité sur la base de la théologie protestante. Cf. Gurvitch (1932), p. 569-576 ; Audier (2007), p. 32-33.

<sup>1378</sup> Intitulée « L'idée de Solidarité en tant que programme économique », cette conférence fut ensuite publiée dans le premier numéro de la *Revue internationale de sociologie*, paru en 1893, auquel Duguit avait également collaboré. Cf. Gide (1893), p. 385 s.

<sup>1379</sup> Gide (1893), p. 386 : « *La solidarité est un fait, un fait d'une importance capitale dans les sciences naturelles, puisqu'il caractérise la vie. Si l'on cherche en effet à définir l'être vivant, l'individu, on ne saurait le faire que par la solidarité des fonctions qui unit des parties distinctes, et la mort n'est autre chose que la rupture de cette solidarité entre les divers éléments qui constituent l'individu* ».

organicistes par les auteurs solidaristes<sup>1380</sup>. A l'encontre de Darwin, les auteurs solidaristes préféreront invoquer les travaux de naturalistes comme Alfred Espinas, Henri Milne-Edwards (1800-1885) ou Edmond Perrier (1844-1921), qui avaient démontré que le règne animal connaît des formes de d'entraide et de collaboration bien plus larges que ne le laissait supposer la théorie du *struggle for life*<sup>1381</sup>. Le recours aux sciences naturelles dans l'édification du concept de solidarité est aussi largement imputable aux découvertes de Louis Pasteur sur la propagation microbienne<sup>1382</sup>. Gide et plus tard Bourgeois loueront à plusieurs reprises les découvertes du chimiste français qui auront permis d'introduire l'idée de solidarité « *non plus seulement dans les intelligences, mais dans les préoccupations journalières et intimes de chacun de nous. Chacun sait désormais que sa santé et sa vie dépendent dans une large mesure non seulement de la santé de ses voisins, de ses concitoyens, mais de tout ou tel acte insignifiant de leur part, du fait de cracher à terre, par exemple et d'y semer les bacilles de la tuberculose* »<sup>1383</sup>. Selon Pierre Rosanvallon, les découvertes de Pasteur auraient contribué à métamorphoser la conception du lien social dans la mesure où la société ne peut plus être définie en termes de composition et d'agrégation mais doit être appréhendée comme un système d'interaction et d'interdépendance<sup>1384</sup>. En effet, les découvertes de Louis Pasteur sur le processus d'action microbien révèlent qu'un lien invisible – le microbe – relie les hommes à leur insu. L'allégorie libérale présentant les hommes comme autant de monades isolées vivant une vie séparée est balayée par la médecine pastorienne qui enseigne qu'une « *interdépendance profonde existe entre tous les vivants, par-delà l'apparence de leur dissociation* »<sup>1385</sup>. Gide estime à ce titre que cette acception renouvelée du lien social est également liée aux découvertes de l'économie politique – Gide vise en première ligne Adam Smith et Frédéric Bastiat<sup>1386</sup> – relatives au phénomène de la division du travail social. La spécialisation que ce phénomène entraîne diminue la capacité de chacun de se suffire à lui-même, le rendant d'autant plus dépendant des services d'autrui<sup>1387</sup>. Dans sa conférence de 1893, Gide relève avec enthousiasme que l'échange de services entre personnes interdépendantes – qui est au fondement de la division du travail – n'a été possible qu'à la faveur du prodigieux développement des voies de transports et de communication dont nous

---

<sup>1380</sup> Cf. Gide (1932), p. 51 ; Bourgeois (1998), p. 25 ; Bourgeois (1907), p. 3-4.

<sup>1381</sup> Bouglé (1924), p. 67-68 ; Bourgeois (1998), p. 26-27 ; L'ouvrage de l'anarchiste russe Pierre Kropotkine (1842-1921) *L'entraide, un facteur d'évolution* est également parfois sollicité.

<sup>1382</sup> Audier (2007), p. 40-42.

<sup>1383</sup> Gide (1893), p. 387-388 ; Dans ses cours au collège de France lors de l'année 1927-1928 – portant précisément sur le concept de solidarité – Charles Gide reconnaît une nouvelle sa dette intellectuelle envers Pasteur. Cf. Gide (1932), p. 10-11.

<sup>1384</sup> Rosanvallon (2004), p. 391. Cf. les propos laudateurs de Léon Bourgeois à l'égard de Pasteur, Bourgeois (1914), p. 57.

<sup>1385</sup> Rosanvallon (1990), p. 130 ; cf. également Ewald (1986), p. 360 s.

<sup>1386</sup> Gide (1932), p. 65.

<sup>1387</sup> Gide (1893), p. 387.

avons déjà fait mention<sup>1388</sup>. En 1896, Léon Bourgeois radicalisera la position de Gide. Pour le l'homme d'Etat radical, la « *loi de solidarité est universelle* »<sup>1389</sup>. A l'orée du XX<sup>e</sup> siècle, elle était constatée par les différentes strates du champ scientifique. Elle fut tout d'abord établie par l'astronomie qui a mis en lumière la loi de solidarité des corps célestes par l'observation du mouvement des astres. La théorie darwinienne enseigna ensuite à l'homme la dépendance à son milieu et à la « *race dont il sort* »<sup>1390</sup>. La médecine grâce à Pasteur – nous l'avons vu – révéla un aspect funeste de la solidarité en montrant que l'homme est sans cesse menacé par la maladie des autres. Enfin, l'économie politique classique dévoila l'interdépendance des hommes qui découle de la division du travail.

Si la solidarité est un fait objectif que les efforts conjugués des différents champs scientifiques ont permis de révéler, les auteurs associés à la pensée solidariste n'ont pas manqué de soutenir que la solidarité est également dotée d'une dimension morale et juridique. Cependant, l'interdépendance des hommes est un fait naturel qui n'a aucune valeur morale en soi<sup>1391</sup>, si bien que du constat de ce qui est, il n'est pas possible de déduire directement ce qui doit être. Pour cela, il ne suffit pas de démontrer scientifiquement la nécessité des lois de solidarité, il faut encore que la morale démontre à quelles conditions cette nécessité s'accorde à un certain idéal de justice, capable de « *déterminer l'adhésion des consciences à une règle d'action commune, ayant le caractère d'un devoir* »<sup>1392</sup>. En conséquence, Gide comme Bourgeois se sont efforcés de penser la médiation qui permet le passage du constat scientifique à l'impératif moral et juridique<sup>1393</sup>.

A ce propos, Gide estime que la solidarité est appelée à passer par trois phases successives. Elle possède en premier lieu un caractère fatal, automatique, et la solidarité s'impose comme une nécessité inconsciente ou par la voie d'un pouvoir despo-

<sup>1388</sup> Ibid., p. 388-389 et Gide (1932), p. 7-8 : « *Ce n'est pas pour rien que l'avènement de l'idée de solidarité est à peu près contemporaine de l'invention du téléphone [...] Ces moyens de communications ont eu pour résultat de faire de chaque homme notre prochain [...] Quand on voyage en chemin de fer, que l'on voit, des deux côtés de la voie, ces milliers de fils et qu'on pense que chacun de ces fils est un lien qui met en communication, ou deux personnes, ou deux villes, ou deux pays, alors le fait du rapprochement des hommes prend une signification inconnue du passé* ». Cf. *supra*, Titre II. 1<sup>re</sup> Partie, I, 1.

<sup>1389</sup> Bourgeois (1998), p. 24.

<sup>1390</sup> Ibid.

<sup>1391</sup> Gide (1893), p. 390 ; Bouglé (1924), p. 47 ; Gide (1932), p. 182-183.

<sup>1392</sup> Bourgeois (1907), p. 8.

<sup>1393</sup> La problématique est exposée avec une grande limpidité par Bourgeois : « *En deux mots, comment établir sur la doctrine scientifique de la solidarité naturelle une doctrine pratique de la solidarité morale et sociale, une règle précise des droits et des devoirs de chacun dans l'action solidaire de tous ? Comment déterminer, d'après les limites naturelles de la solidarité qui existe de fait entre les hommes, les limites morales de la solidarité de droit qu'il doivent consentir ou qui peut leur être justement imposée ?* ». Cf. Bourgeois (1998), p. 30.

tique<sup>1394</sup>. Ce n'est que dans un second temps que la solidarité peut devenir un fait volontaire, dès lors que les hommes *prennent conscience* des liens d'interdépendance qui les unissent<sup>1395</sup>. Les différents devoirs issus des liens de solidarité que nous rencontrons dans les sociétés modernes – le « *service militaire, le paiement des impôts, et dans certains pays la contribution de la part du patron aux assurances ouvrières contre les accidents, les maladies, la vieillesse* »<sup>1396</sup> – peuvent encore être entretenus par voie de coercition afin d'ancrer le sentiment de la solidarité chez les individus récalcitrants mais « *tout homme qui voit clairement à quelles fins ils tendent, les remplit spontanément et volontairement* »<sup>1397</sup>. Enfin, Gide pense que les « *pays civilisés* » sont à l'aube d'une troisième et dernière phase du développement de la solidarité où celle-ci prendra la forme d'une coopération dénuée de contrainte et résultera du libre concours des volontés<sup>1398</sup>. Cet optimisme est nourri par l'important phénomène de syndicalisation apparu en France suite à l'adoption de la loi Waldeck-Rousseau de 1884 ainsi que par l'efflorescence des sociétés coopératives de production et de consommation<sup>1399</sup> dont l'économiste français fut un important théoricien ainsi qu'un ardent promoteur.

Léon Bourgeois estime également que les lois de solidarité n'ont une dimension morale que lorsqu'elles parviennent à s'inscrire dans la pleine conscience de l'homme. Forts de leur connaissance, les hommes seront amenés à redéfinir une doctrine des droits et des devoirs qui tiendra compte des liens nécessaires d'interdépendance<sup>1400</sup>. Seule la pleine connaissance de ses déterminations peut permettre à l'homme de les tourner à son avantage<sup>1401</sup>. On comprend dès lors pourquoi les solidaristes attachèrent une importance cruciale à l'apprentissage de la solidarité à l'école et, plus largement, à l'éducation comme catalyseur d'une régénération des mœurs<sup>1402</sup>. Ce n'est, en effet, qu'en ayant une conscience aigüe de l'interdépendance sociale qu'il devient incontes-

---

<sup>1394</sup> Gide (1893), p. 391.

<sup>1395</sup> Ibid., p. 391-392 et Gide (1932), p. 162 : « *Les solidaristes ne nient pas les solidarités naturelles, mais ils voudraient les compléter ou les corriger par des solidarités voulues, réfléchies, conscientes* ».

<sup>1396</sup> Gide (1893), p. 392.

<sup>1397</sup> Ibid. Comme le précisera Célestin Bouglé, les solidaristes entendent faire la distinction « *entre la solidarité objective et la solidarité subjective, entre la solidarité fatale et la solidarité consentie : il s'agit pour eux [les solidaristes] d'aider l'humanité à s'élever de celles-ci à celles-là* ». Cf. Bouglé (1924), p. 51.

<sup>1398</sup> Gide (1893), p. 392-393.

<sup>1399</sup> Gide (1893), p. 393.

<sup>1400</sup> Bourgeois (1998), p. 33.

<sup>1401</sup> Bouglé (1924), p. 56.

<sup>1402</sup> Ibid., p. 182 s. ; Bourgeois (1907), p. 84 et 97 : « *L'éducation ! Comme le disait Michelet, c'est le premier et le dernier mot de la politique [...] Et par l'éducation, nous entendons nettement l'éducation sociale, c'est-à-dire celle qui a pour but d'élever les hommes à la notion du devoir social* » ; cf. l'intervention du solidariste Buisson, in : Bourgeois (1907), p. 189 s ; Audier (2007), p. 305-306.

table que « *les lois morales qui s'imposent à l'individu ne peuvent être cherchées en dehors des conditions générales de la vie en société* »<sup>1403</sup>. L'intelligence des liens de solidarité doit notamment emporter avec elle l'abandon de la fiction jusnaturaliste d'un homme isolé poursuivant son développement exclusif par l'exercice de droits abstraits de sa nature supposée<sup>1404</sup>. Bourgeois invite les hommes à ne plus se concevoir comme des fins en soi, mais comme membres d'un vaste réseau de liens d'interdépendance qui apparaît vite comme le cadre essentiel de développement de la vie individuelle<sup>1405</sup>. En conséquence, l'homme d'Etat radical tient pour essentiel que les libertés individuelles ne « *doivent point se heurter, se faire échec et s'entre-détruire* »<sup>1406</sup>. Le lien social ne peut ainsi pas consister en une lutte anémique d'intérêts contradictoires ; il importe de discipliner la liberté individuelle afin qu'elle s'oriente en faveur de l'intérêt du corps social pris dans son ensemble.

Bourgeois s'efforce ensuite d'élaborer le fondement des charges qu'il convient de faire peser sur la liberté individuelle. Ce fondement s'appuie sur l'antériorité logique et historique de la société sur l'individu. En premier lieu, la société précède l'individu car elle est la condition fondamentale de conservation et de développement de la vie individuelle<sup>1407</sup>. Dans la mesure où il tirera profit des services d'autrui tout au long de sa vie, l'homme peut être considéré comme le débiteur de ses contemporains. En second lieu, la société précède historiquement l'individu. Chacun naît dans une société donnée et, de ce fait, « *prend sa part d'un héritage accumulé par les ancêtres de lui-même et de tous ; [chacun], en naissant, commence à jouir d'un capital immense qu'ont épargné d'autres générations antérieures* »<sup>1408</sup>. Par ce lien qui le rattache au labeur de ses ancêtres, l'homme ne contracte pas uniquement une dette auprès de ses contemporains au cours de sa vie, mais il *naît* débiteur de l'association humaine pour les générations passées et futures<sup>1409</sup>. Cet appel à des concepts juridiques comme « dette » ou « débiteur » ne doit pas être dédaigné dans la mesure où c'est une véritable

---

<sup>1403</sup> Ibid.

<sup>1404</sup> Ibid., p. 33-34

<sup>1405</sup> Ibid., p. 34 : « [L'homme] est un être ayant sa vie propre et ayant droit à conserver et à développer cette vie ; mais il appartient en même temps à un tout sans lequel cette vie ne pourrait être ni développée, ni conservée ; sa vie même n'a été possible, elle n'est ce qu'elle est que parce que le tout dont il fait partie a été avant lui, parce que d'autres vies inférieures à la sienne ont été, avant la sienne, conservées et développées grâce à cet ensemble, et ont déterminé l'épanouissement de la vie commune supérieure d'où il est lui-même issu ».

<sup>1406</sup> Ibid., p. 38.

<sup>1407</sup> Bourgeois (1907), p. 15.

<sup>1408</sup> Bourgeois (1998), p. 43.

<sup>1409</sup> Ibid.

construction juridique de la solidarité sociale qu'entreprend Bourgeois<sup>1410</sup>. Pour déterminer la cause de cette obligation de l'homme envers ses semblables, il évoque le concept de *quasi-contrat* tel que défini à l'article 1370 du Code civil. Celui-ci dispose que « *certain engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé* »<sup>1411</sup>. Cette disposition précise encore que ce type d'obligations peut notamment résulter d'un « *fait personnel à celui qui se trouve obligé* ». Bourgeois procède alors à une interprétation large et extensive de cet acte juridique afin de démontrer qu'un quasi-contrat d'association lie l'ensemble des membres du corps social<sup>1412</sup>. La simple naissance de l'individu au sein d'une société donnée apparaît à Bourgeois comme le fait générateur de l'obligation. Il s'agit là d'un « *fait matériel de jouissance* »<sup>1413</sup> qui précède nécessairement le consentement que l'individu pourrait donner à son appartenance sociale. L'individu retire un double avantage de son inclusion dans une société, par les services que lui rendent ses contemporains et par l'héritage matériel et intellectuel légué par ses ancêtres. Bourgeois estime que ce double apport constitue pour chaque individu le matériau essentiel au développement de ses facultés ; il est ainsi la condition de sa liberté<sup>1414</sup>. Les obligations qui viendront grever sa liberté – l'impôt sur son revenu par exemple – seront donc à comprendre comme la contrepartie des avantages que l'homme retire de sa socialité. En ce sens, le lien social revêt réellement un caractère contractuel puisqu'il prend la forme d'un échange synallagmatique. Il n'en a simplement pas la forme puisque l'échange ne résulte pas de la manifestation concordante des volontés des associés<sup>1415</sup>.

---

<sup>1410</sup> Cf. *Ibid.*, p. 38 où Bourgeois affirme que la dette de l'individu envers la société doit être reconvenue non « *pas seulement par une raison d'utilité, c'est par une raison de morale et plus rigoureusement encore par une raison de droit, qu'il est nécessaire qu'il en soit ainsi* ».

<sup>1411</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>1412</sup> Dans un article paru en 1898 dans la *Revue de métaphysique et de morale*, le philosophe Alphonse Darlu expose toutes les distorsions que Bourgeois et certains autres tenants du solidarisme – Darlu vise en particulier le germaniste Charles Andler – ont fait subir à l'idée de quasi-contrat afin d'ériger cette catégorie quelque peu obscur et oublié du droit civil en principe premier d'une nouvelle philosophie sociale. L'auteur reproche essentiellement aux solidaristes d'avoir négligé le fait qu'un quasi-contrat et les obligations qui en découlent naissent, selon le Code civil, suite à un fait *volontaire* d'une personne. Cf. Darlu (1898), p. 118 s.

<sup>1413</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>1414</sup> Dans la mesure où Bourgeois définit la liberté comme « *la possibilité pour l'être de tendre au plein exercice de ses facultés, au plein développement de ses activités* ». Cf. *Ibid.*, p. 38. Cf. Bouglé (1924), p. 77 : « *La puissance sociale précède et seule rend possibles les libertés individuelles. Présentez donc l'autonomie personnelle comme un point d'arrivée, et non plus comme un point de départ* ».

<sup>1415</sup> Cf. Andler (1897), p. 522 : « *[Les quasi-contrats] ressemblent au contrat, non par les causes qui les rendent valides, mais par l'effet légal. On peut imaginer, par métaphore, qu'elles reposent sur un consentement qui, s'il n'avait pas été empêché par des causes légales ou de fait, aurait fait l'objet d'un contrat* ».

### 1.3.1.3 Un plaidoyer pour l'Etat social

Dans sa conférence de 1889, Gide développe également à l'encontre du libéralisme économique un argumentaire qui sera commun aux auteurs de la famille solidariste. En effet, l'économiste français reproche aux libéraux d'avoir une vision exagérément dépréciative de l'Etat. Charles Gide vise explicitement les écrits de Herbert Spencer dont de nombreux écrits sont un authentique plaidoyer pour un Etat limité<sup>1416</sup>. Dans son pamphlet *L'Individu contre l'Etat* (1884), Spencer reprend la dichotomie entre *société militaire* et *société industrielle* qu'il avait développée dans ses *Principes de sociologie*<sup>1417</sup>. Il convient, au préalable, de relater cette distinction capitale car elle nous permettra de saisir l'ampleur de l'opposition entre libéraux et solidaristes relativement au rôle de l'Etat dans les sociétés développées.

Selon Spencer, les sociétés militaires reposent sur une coopération forcée, en ce sens que l'ensemble des individus sont mobilisés par un Etat fort qui leur assigne un statut au sein d'une échelle strictement hiérarchisé<sup>1418</sup> de même qu'il tend à réguler positivement toutes leurs actions<sup>1419</sup>. Dans une société au caractère militaire marquée, l'individu est « *la propriété de l'Etat. Si la conservation de la société est la fin principale, la conservation de chaque membre est la fin secondaire, fin secondaire qu'il faut assurer dans l'intérêt de la principale* »<sup>1420</sup>. Le pouvoir de l'Etat est ici la règle, la liberté individuelle l'exception, l'enrégimentement de l'individu venant réprimer l'initiative privée<sup>1421</sup>. En conséquence, l'action publique doit suppléer le défaut d'initiative individuelle, ce qui vient étendre la sphère d'activité de l'Etat<sup>1422</sup>. En revanche, les sociétés industrielles – qu'il convient de ne pas confondre avec les sociétés industrielles<sup>1423</sup> – constituent un paradigme symétriquement opposé. La relation entre Etat et individu s'inverse au point que « *l'individualité du citoyen, au lieu d'être sacrifiée par la société, doit être protégée par la société* »<sup>1424</sup>. L'individu n'est plus assigné à un

<sup>1416</sup> Cf. Blot (2007), p. 141 s.

<sup>1417</sup> Spencer (1883), p. 757 s.

<sup>1418</sup> Spencer (1885), p. 2.

<sup>1419</sup> En ce sens que l'Etat n'impose pas uniquement des obligations négatives à la charge des individus, mais également des obligations positives d'action. Cf. Spencer (1883), p. 765.

<sup>1420</sup> Ibid., p. 762.

<sup>1421</sup> Ibid., p. 797.

<sup>1422</sup> Ibid., p. 797-798 : « *L'état mental [des individus dans les sociétés militaires] est celui de la résignation passive et de l'expectative. Lorsque le type militaire est entièrement développé, tout doit se faire par l'action publique, non seulement pour la raison qu'elle se fait sentir dans toutes les sphères, mais parce que, si elle n'y dominait pas, aucune autre autorité ne s'y créerait, puisque les idées et les sentiments qui pourraient les créer sont obliérés* ».

<sup>1423</sup> Une société industrielle exprime un certain type d'organisation sociale, une société industrielle est une société où s'épanouit une large et intense activité productive de richesses. A ce titre, des sociétés de type militaire où l'organisation du travail s'appuie sur la hiérarchie et la coercition peuvent être qualifiées de sociétés industrielles, à l'exemple de l'Egypte antique. Cf. Ibid., p. 804-805.

<sup>1424</sup> Ibid., 809.

statut et à une fonction par voie hiérarchique. Il devient libre de choisir son activité. L'individu n'obtiendra plus les produits nécessaires à sa subsistance par une décision arbitraire de l'Etat mais par un procédé d'échange avec autrui. Chaque individu est conduit à échanger le produit de son activité libre contre un produit d'une valeur équivalente. La société industrielle est donc le type social où le pouvoir de l'Etat s'efface au profit de la généralisation des relations par voie de *contrat*<sup>1425</sup>. A la coopération forcée des sociétés militaires s'oppose la collaboration volontaire des sociétés industrielles qui repose sur l'accord des intérêts individuels. Le rôle de l'Etat se limite alors à prescrire des obligations d'abstention aux individus en leur commandant l'interdiction d'empiéter sur la sphère de liberté d'autrui<sup>1426</sup>. L'Etat, dans une société industrielle, doit se restreindre d'une telle manière que sa fonction primordiale consistera à donner force aux contrats conclus entre les individus afin que « *chaque citoyen ne fasse ni plus ni moins de profit que son activité ne lui en procure* »<sup>1427</sup>, ce qui exclut – le détail est important – « *toute action publique impliquant une distribution artificielle de bénéfices* »<sup>1428</sup>.

Cette distinction théorique entre société militaire et société industrielle élaborée dans *Les Principes de sociologie* est réactivée d'une manière polémique dans *L'Individu contre l'Etat*. Elle permet à Spencer de fustiger l'action sociale de l'Etat britannique en la présentant comme une résurgence d'un type militaire de société<sup>1429</sup>. Constatant l'inflation législative en matière sociale dont se serait rendu coupable le législateur britannique à partir de 1860<sup>1430</sup>, le sociologue anglais remarque que les lois sociales possèdent un caractère coercitif<sup>1431</sup> qui induit des formes de collaboration forcée propre aux sociétés militaires<sup>1432</sup>. En effet, la mise en œuvre des mesures de coercition contenues dans les différentes législations sociales exige un accroissement de l'appareil administratif et une augmentation de la pression fiscale sur les individus et, de ce fait,

---

<sup>1425</sup> Ibid., p. 813 : « *A mesure qu'avec le déclin du militarisme et l'ascendant de l'industrialisme, la puissance comme la portée de l'autorité diminuent, et que l'action libre augmente, la relation de contrat devient générale ; enfin, dans le type industriel pleinement développé, cette relation devient universelle* ».

<sup>1426</sup> Ibid., p. 814.

<sup>1427</sup> Ibid., p. 848.

<sup>1428</sup> Ibid.

<sup>1429</sup> Dans les *Principes de sociologie*, Spencer n'avait déjà pas hésité à affirmer que la politique interventionniste de Bismarck en matière économique et sociale constituait un exemple particulièrement flagrant de militarisme dans une société moderne. Cf. Ibid., p. 785.

<sup>1430</sup> Spencer (1885), p. 13-17.

<sup>1431</sup> Les lois sociales énumérées par Spencer contiennent en effet des obligations qui tendent à diriger l'action des individus. Le sociologue anglais cite pêle-mêle des législations sur la vaccination obligatoire, sur l'interdiction d'employer des femmes ou des enfants dans différents secteurs de l'agriculture ou de l'industrie, sur le contrôle sanitaire obligatoire des exploitations agricoles, sur l'horaire d'ouverture des débits de boisson, etc ...

<sup>1432</sup> Ibid., p. 6 s.

une restriction de leurs libertés<sup>1433</sup>. Une telle dynamique est lourde d'effets négatifs. Convaincus que l'Etat est désormais l'artisan du bonheur public, les citoyens seraient déresponsabilisés et amenés à se complaire dans une attitude passive, sollicitant de la part de l'Etat la solution à tous leurs problèmes<sup>1434</sup>. Le sociologue anglais y voit le germe d'un « esclavage futur » dont le socialisme naissant serait l'expression paradigmatique, puisqu'il aspirerait à imposer despotiquement la solidarité aux hommes au lieu que celle-ci émerge spontanément des échanges contractuels<sup>1435</sup>.

Loin de rejoindre ces prédictions apocalyptiques, Charles Gide pose, dans sa conférence de 1889, le constat selon laquelle l'extension de la sphère d'activité de l'Etat est le produit d'une évolution continue et régulière – « *depuis l'origine des sociétés jusqu'à nos jours* »<sup>1436</sup> – qui conduit à la monopolisation de certaines fonctions par l'Etat. Alors que la fonction de défense était autrefois répartie entre les mains d'une multitude de seigneurs féodaux avant de devenir un service public national, d'autres activités ont suivi ce cheminement, passant progressivement du domaine privé au domaine public : le service postal, les transports, l'éducation, l'assistance et les hôpitaux, etc.<sup>1437</sup>. Selon l'économiste français, l'individu ne peut être agent de progrès que lorsque son intérêt personnel coïncide avec l'intérêt général. Dans le cas contraire, l'action correctrice de l'Etat lui apparaît nécessaire<sup>1438</sup>. Gide voit, en outre, dans l'extension du rôle de l'Etat le produit de la division du travail qui provoque une complexité croissante des rapports sociaux<sup>1439</sup>. L'interdépendance accrue entre les hommes entraîne une confusion des domaines de la vie individuelle et de la vie sociale, ce qui explique les empiètements croissants de l'Etat dans des sphères jadis régies par la seule liberté individuelle<sup>1440</sup>. Durkheim saura exprimer avec une plus grande acuité pareille intuition. La considérable division du travail social qui préside au fonctionnement des sociétés supérieures a pour effet de susciter des contacts plus fréquents et intimes entre les différentes parties du corps social. Cette interdépendance des parties est propice au phénomène de *contagion*, comme le démontre l'exemple des crises économiques. Un secteur de l'économie en difficulté peut mettre rapidement l'ensemble

<sup>1433</sup> Ibid., p. 19 : « *chacun de ses impôts implique une nouvelle contrainte, restreint encore davantage la liberté du citoyen. Car chaque exaction nouvelle implique le discours suivant adressés aux contribuables : « Jusqu'ici vous avez été libres de dépenser cette portion de vos gains de la manière qui vous plaisait ; dorénavant vous ne serez plus libres de la dépenser de cette façon, mais nous la dépenserons pour le bien public ». Ainsi, soit d'une manière directe ou indirecte, et le plus souvent des deux manières à la fois, le citoyen est, à chaque étape de la marche de cette législation coercitive, privé de quelques libertés dont il jouissait auparavant ».*

<sup>1434</sup> Ibid. p. 44-45.

<sup>1435</sup> Ibid., p. 61-62.

<sup>1436</sup> Gide (2001), p. 154.

<sup>1437</sup> Ibid.

<sup>1438</sup> Ibid., p. 153-154.

<sup>1439</sup> Ibid., p. 156.

<sup>1440</sup> Ibid.

du système productif en péril dès lors que le tissu social cesse d'être composé de petits segments autonomes<sup>1441</sup>. Or, un « *trouble d'une certaine généralité ne peut se produire sans retentir dans les centres supérieurs* »<sup>1442</sup>. Dans la configuration qui est celle des sociétés industrialisées, l'action positive de l'Etat dans l'ordre économique et social apparaît comme une impérieuse nécessité afin qu'un trouble localisé ne devienne un véritable fléau social. C'est sous l'empire d'une telle conception que Gide put s'autoriser à affirmer que l'intervention de l'Etat doit être considérée comme « *l'expression visible du lien invisible, mais réel, qui unit les hommes vivant dans une même société* ». En 1893, Gide confirmera cette intuition en définissant l'Etat comme « *la forme la plus large de la solidarité sociale* » dont l'action se justifie dès lors qu'elle permet d'imposer le sentiment de la solidarité aux individus chez qui une telle sensibilité fait défaut<sup>1443</sup>. En économiste averti, Gide n'ignorait pas les travaux des économistes allemands rattachés à l'école dite du « socialisme d'Etat » comme Karl Rodbertus (1805-1875) et Adolph Wagner (1835-1917). Ses considérations sur l'extension du rôle de l'Etat leur sont en partie redevables<sup>1444</sup>. Dans ses *Fondements de l'Economie politique*, Wagner établit une corrélation nécessaire entre l'augmentation de l'activité économique et l'extension de l'activité et des fonctions de l'Etat, hypothèse théorique que les économistes nomment aujourd'hui « loi de Wagner »<sup>1445</sup>. Plusieurs facteurs explicatifs sont avancés par l'économiste allemand afin de démontrer que le développement économique induit une extension et une intensification des activités étatiques<sup>1446</sup>. En premier lieu, les sociétés les plus industrialisées connaissent une division du travail marquée et, en conséquence, un nombre important d'échanges. Il revient à l'Etat d'assurer la construction et le maintien des différentes infrastructures – les voies de transports et de communication notamment – nécessaires à l'instauration d'un marché unifié étendu à l'ensemble du territoire<sup>1447</sup>. En second lieu, la croissance

---

<sup>1441</sup> Durkheim (2013), p. 203.

<sup>1442</sup> Ibid.

<sup>1443</sup> Gide (1893), p. 394 : « [L'école de la solidarité] ne repoussera nullement l'intervention de l'Etat dans les questions économiques [...] Elle se réjouira donc quand l'Etat forcera par des lois les propriétaires rapaces à aménager leurs immeubles dans l'intérêt de la santé publique, ou les patrons à se préoccuper de la santé de leurs ouvriers, ou les boutiquiers récalcitrants à fermer leurs magasins le dimanche pour ménager la santé de leurs employés, ou quand il soumettra à des règlements draconiens les débitants d'alcool ou les kiosques qui vendent des feuilles obscènes ».

<sup>1444</sup> Gide consacre de nombreuses pages aux « socialisme d'Etat » dans son *Histoire des doctrines économiques*. Cf. Gide (1944), p. 459 s. Dans ses *Principes d'économie politique*, il relève que le solidarisme peut être considéré, à certains égards, comme une forme plus libérale de socialisme d'Etat. Cf. Charles Gide, *Principes d'économie politique*, 26<sup>e</sup> éd., Paris, L'Harmattan, 2000, p. 86.

<sup>1445</sup> Gide en faisait déjà mention sans cependant parler explicitement de « loi de Wagner », cf. Gide (1944), p. 494. Sur la loi de Wagner, cf. Rendu (1910), p. 31 s.

<sup>1446</sup> Wagner (1893), p. 893.

<sup>1447</sup> Fellmeth (1981), p. 280.

économique s'accompagne généralement d'une complexification de l'activité économique et des rapports sociaux. Cela amène l'Etat à accroître son activité législative et réglementaire afin de fournir un cadre juridique stable aux relations entre les hommes propre à régler leurs conflits de la manière la plus pacifique qui soit<sup>1448</sup>. Enfin, l'augmentation du niveau de vie conduit les individus à nourrir un nombre croissant de besoins dans des domaines tels que la santé, la culture et l'éducation dont la faible rentabilité sied peu à l'initiative privée et rend le concours de l'action publique indispensable<sup>1449</sup>. En France, Emile Durkheim parviendra à des conclusions analogues. Dans ses leçons de sociologie professées à l'Université de Bordeaux – dont il est présumé que Duguit fut un auditeur fidèle<sup>1450</sup> – Durkheim réfute, de manière assez succincte, les théories libérales qui entendent réduire l'Etat au rôle négatif de gardien des libertés individuelles. Une telle vision est balayée par une série de faits manifestes qui attestent, au contraire, une extension et une diversification croissante des activités de l'Etat<sup>1451</sup>. Dans sa thèse de 1893 sur la division du travail social, Durkheim posera un constat similaire à celui de Gide : la centralisation accrue de différentes fonctions au bénéfice de l'Etat (L'éducation, la santé et l'assistance publiques, la construction et l'entretien des voies de transport et de communication, etc.) est en corrélation avec l'évolution des sociétés<sup>1452</sup>. Le sociologue français met en liaison directe ce grossissement de l'appareil étatique avec le principe de division du travail. Ce phénomène a pour trait majeur la démultiplication et la complexification des fonctions qu'occupent les individus au sein d'une société. En ce sens, l'Etat ne peut manquer d'adapter son organisation à cette dynamique afin que son action puisse s'étendre à toutes les ramifications du corps social en cas de troubles sociaux<sup>1453</sup>.

Ces quelques références contemporaines à l'œuvre de Duguit démontrent l'émergence dans la France et dans l'Allemagne de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle d'un discours scientifique sur l'Etat radicalement opposé aux thèses libérales. La croissance de l'appareil administratif ne devait dès lors plus être perçue « *comme un fait morbide, dû à un concours de circonstances accidentelles* »<sup>1454</sup>. Au contraire, il y avait lieu, avec Durkheim, d'y discerner « *un phénomène normal, qui tient à la structure même des sociétés supérieures, puisque [l'organe gouvernemental] progresse d'une manière régulièrement continue, à mesure que les sociétés se rapprochent de ce type* »<sup>1455</sup>. La doctrine solidariste présente cependant la spécificité de permettre l'extension du pouvoir de l'Etat

<sup>1448</sup> Wagner (1893), p. 899.

<sup>1449</sup> Ibid.

<sup>1450</sup> Cf. *infra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.

<sup>1451</sup> Durkheim (2010a), p. 89.

<sup>1452</sup> Durkheim (2013), p. 200.

<sup>1453</sup> Ibid., p. 203.

<sup>1454</sup> Ibid., p. 201.

<sup>1455</sup> Ibid.

sans pour autant l'ériger en puissance personnifiée supérieure aux individus. C'est un avantage de la doctrine dont se targuaient certains de ses représentants<sup>1456</sup>. Léon Bourgeois se montrera limpide et incisif sur le sujet. Les obligations de l'homme découlent du fait de l'association et du bénéfice qu'en retire l'individu, et nullement d'un droit unilatéral de commandement aux mains de l'Etat<sup>1457</sup>. Surtout, Bourgeois revêt les obligations d'un caractère contractuel en mobilisant la notion de quasi-contrat. La sanction en cas de non-exécution devra être perçue comme l'acte par lequel les co-contractants contraignent l'individu à ses obligations sociales<sup>1458</sup>. Plutôt que de tenter d'attaquer de front les critiques de Spencer sur l'Etat social comme le fait Gide, Bourgeois les contourne habilement en démontrant que sa théorie du quasi-contrat est une extension au droit public du domaine contractuel. En ce sens, le politicien radical se réjouit que sa doctrine rejoigne ce « *progrès de la civilisation* » que constitue l'extension du contrat dans les relations sociales. En effet, un tel phénomène diminue la place faite à l'autorité pour l'étendre d'autant aux conventions librement consenties<sup>1459</sup>. Adoptant une perspective résolument réaliste qui ne pouvait déplaire à Duguit, Bourgeois affirme qu'il ne saurait y avoir de droits là où il n'y a pas un être « *dans le sens naturel et plein du mot* » – soit un être doué de conscience et de volonté – capable de devenir le sujet de ces droits<sup>1460</sup>. L'Etat ne peut ainsi pas être « substantifié » afin d'être érigé en sujet de droit autonome et supérieur<sup>1461</sup>. Son rôle doit se borner à exé-

---

<sup>1456</sup> Bouglé (1924), p. 84 ; Cf. Gurvitch (1932) p. 587-588. Ce trait est particulièrement mis en avant par le solidariste Charles Andler, que l'on connaît aujourd'hui mieux pour ses qualités de germaniste. Dans un article paru dans la *Revue de métaphysique et de morale* en 1897, Andler définissait le solidarisme comme une forme de « socialisme libéral » venant abolir la distinction entre droit privé et droit public. La théorie du quasi-contrat aurait ceci de prodigieux, selon Andler, qu'elle conférerait un caractère contractuel à l'ensemble des rapports sociaux, y compris entre gouvernants et gouvernés. Dans une doctrine où tout n'est question que de droits et de devoirs réciproques entre individus, la place faite à un droit de commandement au bénéfice d'une puissance personnifiée est tout bonnement nulle. Cf. Andler (1897), p. 520 s.

<sup>1457</sup> Bourgeois (1998), p. 35.

<sup>1458</sup> Bourgeois (1907), p. 91.

<sup>1459</sup> Ibid.

<sup>1460</sup> D'où cette affirmation : « *Ce n'est donc pas entre l'homme et l'Etat ou la société que se pose le problème du droit et du devoir ; c'est entre les hommes eux-mêmes, mais entre les hommes conçus comme associés à une œuvre commune et obligés les uns envers les autres par la nécessité d'un but commun. Il ne s'agit pas de définir les droits que la société pourrait avoir sur les hommes, mais les droits et les devoirs réciproques que le fait de l'association crée entre les hommes, seuls êtres réels, seuls sujets possibles d'un droit et d'un devoir* ». Cf. Bourgeois (1998), p. 35 ; Bourgeois (1907), p. 52.

<sup>1461</sup> Célestin Bouglé relevait, dans des termes proches de ceux employés par Duguit, qu'il s'agissait là d'un trait marquant de la conception allemande de l'Etat. A son encounter, il appelait à dénoncer « *ces survivances de la mythologie, ces illusions métaphysiques, ramenons les esprits au culte des réalités sociales concrètes, qui ne consistent qu'en personnalités distinctes, et nous aurons du même coup réduit la tendance interventionniste, qui menace de paralyser l'initiative des personnalités* ». Cf. Bouglé (1924), p. 155.

cuter le quasi-contrat d'association et à assurer le respect des obligations qui en découlent<sup>1462</sup>.

Le solidarisme met ainsi en avant l'individu et place au cœur de sa doctrine le développement de l'individualité. Si elle dénonce les excès d'individualisme de certaines tendances du libéralisme de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la pensée solidariste s'accorde avec les libéraux pour faire de « *la liberté du développement physique, intellectuel et moral de chacun des hommes [...] la première condition de l'association humaine* »<sup>1463</sup> ; elle n'est pas le moyen mais bien « *la fin du progrès social* »<sup>1464</sup>. Pour cette raison, Gide, le premier, estima que le solidarisme doit être distingué également du socialisme. Dans l'esprit des solidaristes, socialisme équivaut à collectivisme et signifie l'absorption de l'individu par la collectivité<sup>1465</sup>. En ce sens, Gide pose ce qui forgera l'identité doctrinale du solidarisme, par-delà la variété de ses fondements intellectuels : une tentative d'élaboration d'une « troisième voie » dépassant le clivage entre libéralisme et socialisme<sup>1466</sup>. En ouverture de son essai *Solidarité*, Léon Bourgeois n'hésitera pas à soutenir que la doctrine de la solidarité se profile comme une synthèse conciliatrice entre les doctrines opposées du libéralisme et du socialisme<sup>1467</sup>.

L'« école nouvelle » esquissée par Gide en 1889 s'oppose au socialisme – avant tout à son expression marxiste, collectiviste et révolutionnaire<sup>1468</sup> – à deux titres, par le refus de la lutte des classes et par une conception plus nuancée du droit de propriété<sup>1469</sup>. En premier lieu, le solidarisme n'est pas favorable à la disparition des distinctions de classe qui ne sont pas – hormis lorsqu'elles conduisent à des inégalités excessives – forcément synonymes d'injustice<sup>1470</sup>. La lutte des classes apparaît à Gide peu propice à instaurer la solidarité sociale qui requiert plutôt leur collaboration<sup>1471</sup>. S'inspirant de la conception durkheimienne de la solidarité par division du travail, Gide estime que

<sup>1462</sup> Ibid., p. 157.

<sup>1463</sup> Bourgeois (1998), p. 38.

<sup>1464</sup> Bouglé (1924), p. 149.

<sup>1465</sup> Ibid., p. 160.

<sup>1466</sup> Audier (2007), p. 66. Cf. les aveux de Gide en 1927 qui fait état des attentes de nombre d'intellectuels de sa génération : « *On attendait quelque chose qui ne fût ni l'Economie libérale, ni le socialisme marxiste. Et voici justement qu'entre les deux, une route plus aimable s'ouvrirait : c'était le Solidarisme. Le Solidarisme, ce n'était pas le libéralisme des Economistes, ce n'était pas la concurrence, puisque le nom même dit le contraire [...] Ce n'était pas non plus la lutte de classe des marxistes c'était le contraire ; puisque la solidarité implique que tous les individus sont dépendant des uns des autres, dans le mal comme dans le bien* » Cf. Gide (1932), p. 17.

<sup>1467</sup> Bourgeois (1998), p. 13 s.

<sup>1468</sup> Audier (2007), p. 245-246.

<sup>1469</sup> La critique solidariste du socialisme est ainsi proche des arguments des radicaux, cf. Mièvre (2001), p. 142-143.

<sup>1470</sup> Gide (2001), p. 168.

<sup>1471</sup> Gide (1893), p. 396 ; Bouglé (1924), p. 178 s.

l'abolition des classes sociales entraînerait l'effacement de la différenciation des individus qui est au fondement de la solidarité sociale, puisque c'est précisément la spécialisation des individus qui les pousse à l'échange mutuel de services<sup>1472</sup>. L'idée de lutte des classes porte en elle une conception résolument agonistique du politique et des rapports sociaux. Au contraire, le solidarisme adopte une position pacificatrice, cherchant à résoudre les conflits sociaux sans bouleverser la structure de la société. Dès lors, il est aisé de saisir tout le profit que les radicaux purent tirer de la doctrine solidariste dans la mesure où le radicalisme n'entendait nullement céder aux sirènes révolutionnaires des socialistes tout en développant un programme social plus avancé que les républicains « modérés ».

Le solidarisme diffère également des doctrines socialistes en ce qu'il répugne aux procédés violents, telle l'expropriation des détenteurs des moyens de production. Le droit de propriété doit être conservé dans la mesure où il est perçu par les auteurs solidaristes comme un instrument essentiel au développement de l'individualité<sup>1473</sup>. A cet égard, Gide en appelle plus modestement à rompre avec la tradition civiliste issue du droit romain qui érige le droit de propriété en pouvoir absolu et perpétuel sur une chose<sup>1474</sup>. L'économiste français affirme que toute propriété a des origines sociales en ce sens que tout bien cristallise en lui le travail des générations passées et présentes<sup>1475</sup>. La propriété privée ne peut ainsi être accaparée d'une façon exclusive par une seule personne, mais « *doit être sociale dans ses fins comme elle l'est dans ses origines* »<sup>1476</sup>. L'usage de la propriété peut ainsi être grevé de multiples charges dans l'intérêt public, le propriétaire conservant le droit de garder le rendement de sa terre ou de son capital à titre de rémunération<sup>1477</sup>. Cette conception où la propriété apparaît dédoublée, investie à la fois d'un versant individuel et d'un versant collectif, fut développée

---

<sup>1472</sup> Gide (1893), p. 396. Appelé à donner une série de cours au Collège de France lors de l'année académique 1927-1928, Gide modifiera totalement son point de vue : « *Quant à la thèse de Durkheim que la division du travail, et plus généralement toute différenciation, serait un facteur de paix, qu'elle éviterait les conflits, la lutte entre les individus, elle est bien peu confirmée par les faits. Où existe-t-il un égoïsme plus féroce que l'égoïsme professionnel, que l'esprit de corps ? Tous les conflits sociaux, tout ce qu'on appelle la lutte de classes, c'est le résultat de la différenciation. C'est parce qu'il y a d'un côté des patrons et de l'autre des ouvriers, d'un côté des prêteurs et de l'autre des emprunteurs, d'un côté des propriétaires et de l'autre des fermiers ou locataires, d'un côté le capital et de l'autre le travail, que le monde économique donne l'image d'un champ de bataille* ». Cf. Gide (1932), p. 87-88 ; Cf. Castel (1995), p. 449.

<sup>1473</sup> Gide (2001), p. 168.

<sup>1474</sup> Gide (1932), p. 168.

<sup>1475</sup> Ibid., p. 168-169 : « *La terre, d'abord, est-il besoin de le dire, n'a pas été créée par l'homme et elle a été enrichie par tout ce qui les générations successives y ont accumulé. Et de même la propriété de n'importe quel capital, d'une usine, d'une mine, d'une machine, du plus humble instrument porte l'empreinte aussi de découvertes et du travail de je ne sais combien d'hommes qui s'en sont servi, qui l'ont perfectionné, qui l'ont comme consacré par une pratique millénaire* ».

<sup>1476</sup> Ibid., p. 170.

en France une décennie avant l'émergence du solidarisme. En effet, le philosophe Alfred Fouillée avait tenté de démontrer l'origine à la fois individuelle et sociale de toute richesse dans l'ouvrage *La propriété sociale et la démocratie*, publié en 1884. L'objectif annoncé par Fouillée est identique à celui des solidaristes, en ce qu'il consiste à trouver une voie médiane entre l'individualisme possessif des libéraux et le collectivisme des socialistes<sup>1478</sup>. Fouillée affirme que toute richesse produite par l'activité humaine n'est pas exclusivement réductible au travail de son producteur direct. Il y a, tout d'abord, dans tout produit un apport de la nature qui n'a jamais été façonné par le travail humain et dont, en conséquence, aucun homme ne peut revendiquer la propriété absolue<sup>1479</sup>. Ensuite, il convient d'admettre que l'activité productive de chacun bénéficie de l'apport d'autrui, qu'il appartienne à une génération passée ou présente. Un produit manufacturé n'est jamais l'œuvre exclusive d'un seul homme ou d'une seule entreprise ; il porte en lui une part du patrimoine matériel et intellectuel légué par les génies et inventeurs du passé<sup>1480</sup>. Ainsi est-il impossible « *de regarder comme purement individuelle et absolue la propriété scientifique, artistique, littéraire et industrielle : on considère qu'elle renferme un apport social, dont la société ne peut entièrement se désister* »<sup>1481</sup>. Toute propriété renferme ainsi plusieurs parts que pourraient revendiquer des maîtres différents, si bien qu'il est justifié que l'on grève la propriété individuelle de certaines obligations en paiement des avantages que chacun retire du travail d'autrui<sup>1482</sup>.

Ce n'est que par cette mutation de la notion de propriété privée que les auteurs se réclamant du solidarisme purent préconiser l'intervention de l'Etat dans l'ordre économique et social<sup>1483</sup>. On trouve notamment une justification appuyée chez Bourgeois

<sup>1477</sup> C'est précisément ce dernier point qui autorise Gide à affirmer que la conception solidariste de la propriété diffère de l'acception socialiste et « collectiviste » du terme. Cf. Ibid., p. 171 ; Cf. Bouglé (1903), p. 499.

<sup>1478</sup> Fouillée (1884), p. V s. ; sur la conception de la propriété de Fouillée, cf. Crétois (2014), p. 311-315.

<sup>1479</sup> Fouillée (1884), p. 14-20.

<sup>1480</sup> Fouillée parvient se montrer éloquent dans la démonstration : « *Les économistes ne sont-ils pas les premiers à nous apprendre que, depuis l'organisation de la société, chaque travailleur a des milliers de coopérateurs inconnus, les uns morts, les autres vivants ? Celui qui a inventé la charrue laboure encore, invisible, à côté du laboureur. Gutenberg imprime encore tous les livres que lit le monde entier. L'idée survit dans le milieu social à l'intelligence qui l'a créée, comme le son d'une voix assez puissante pour se propager encore à l'infini après que la voix s'est tue [...] Le plus grand génie, a dit Goethe, ne fait rien de bon s'il ne vit que sur son propre fonds. Chacun de mes écrits m'a été suggéré par des milliers de personnes, des milliers d'objets différents : le savant, l'ignorant, le sage et le fort, l'enfant et le vieillard ont collaboré à mon œuvre. Mon travail ne fait que combiner des éléments multiples qui tous sont tirés de la réalité : c'est cet ensemble qui porte le nom de Goethe* ». Cf. Fouillée, Ibid., p. 21-23.

<sup>1481</sup> Ibid., p. 23.

<sup>1482</sup> Ibid., p. 24.

<sup>1483</sup> Bouglé (1924), p. 62 ; Ewald (1998), p. 327 ; Castel (1995), p. 483 s.

pour une interdiction des trusts et des monopoles<sup>1484</sup> ainsi qu'une légitimation de l'expropriation pour cause d'intérêt public et de l'introduction du contrôle ouvrier sur la gestion des entreprises chez Gide<sup>1485</sup>. Mais l'essentiel n'est pas là. En conclusion de son essai *Solidarité*, Bourgeois s'interroge précisément sur les mécanismes nécessaires à l'acquittement de la dette sociale née du quasi-contrat d'association. Il estime indubitable que « *la loi positive peut assurer par des sanctions impératives l'acquittement de la dette sociale, l'exécution de l'obligation qui résulte pour chacun des hommes de son état de débiteur envers tous* »<sup>1486</sup>. Bourgeois ne perçoit pas, contrairement à Spencer, dans l'impôt ou dans les diverses formes de législation sociale le surcroît d'un nouvel esclavage, mais plutôt l'expression de « *l'obligation naturelle qui existe pour tout homme de concourir aux charges de l'association dont il partage les profits et de contribuer à la continuité de son développement* »<sup>1487</sup>. L'impôt progressif sur le revenu est donc la première exigence découlant des postulats du solidarisme<sup>1488</sup>. La part du revenu soumise à impôt doit être appréhendée comme le paiement de la dette sociale que chacun contracte en raison du profit qu'il retire de son inscription dans une société donnée<sup>1489</sup>. La progressivité de l'impôt doit, quant à elle, permettre que la dette sociale soit équitablement répartie entre tous<sup>1490</sup>. Si l'impôt rend les hommes solidaires dans le partage des richesses, il revient à l'*assurance* de les rendre solidaires contre les risques « *imputables à des fatalités naturelles, au hasard, comme ceux de la maladie, de l'incendie, des accidents* »<sup>1491</sup>. Ces deux applications socio-économiques du concept de solidarité – l'impôt et l'assurance – doivent être inscrites dans un contexte plus large que le simple débat doctrinal ou académique. Le solidarisme peut également être défini comme une entreprise de justification de certaines lois sociales – ou de projets de lois finalement refusés par les Chambres – de la III<sup>e</sup> République<sup>1492</sup>. La rédaction par Bourgeois de l'essai *Solidarité* lors de l'année 1895 est contemporaine de son mandat de Président du Conseil où il s'engagea fortement dans la tentative d'introduction d'un impôt progressif sur le revenu<sup>1493</sup>. Outre l'édification d'une fiscalité proportionnelle aux revenus, on peut noter un important activisme des

---

<sup>1484</sup> Bouglé (1903), p. 492.

<sup>1485</sup> Gide (1932), p. 173-174.

<sup>1486</sup> Bourgeois (1998), p. 52.

<sup>1487</sup> Ibid., p. 53.

<sup>1488</sup> Gide (1932), p. 173.

<sup>1489</sup> Cf. Bourgeois (1907), p. 56 : « *Il y a une part de notre liberté, de notre propriété, de notre personnalité qui est d'origine sociale ; c'est cette part sociale de nous-même qu'il faut mutualiser ; au-delà nous n'avons plus le droit de rien imposer aux hommes* ».

<sup>1490</sup> Bouglé (1924), p. 167 ; Bourgeois (1907), p. 93-94.

<sup>1491</sup> Bourgeois (1907), p. 48.

<sup>1492</sup> Audier (2007), p. 261.

<sup>1493</sup> Le projet de Bourgeois sera à maintes reprises qualifié d'« inquisition fiscale » par les Chambres. Devant l'échec de son projet au Sénat, Bourgeois préférera démissionner de la Présidence du Conseil. Cf. Mièvre (2001), p. 147.

solidaristes en faveur d'interventions étatiques propres à rétablir l'équilibre entre privilégiés et déshérités<sup>1494</sup>. Par exemple, la limitation du temps de travail apparaît aux solidaristes moins comme une atteinte à la liberté contractuelle que comme le moyen nécessaire à la protection de la partie faible du contrat de travail, l'employé<sup>1495</sup>. Surtout, il convient de relever le travail théorique de fond des solidaristes en faveur d'un système complet de prévoyance du risque social, capable de « *prendre en charge l'individu de sa naissance à sa mort, à son domicile comme à son atelier* »<sup>1496</sup>. A cet égard, il est possible de dresser une liste conséquente de lois de type assurantiel ayant reçu les faveurs des solidaristes. Nous avons fait mention plus haut<sup>1497</sup> de la loi sur les accidents du travail adoptée le 9 avril 1898 suite à seize années de débats parlementaires. En reconnaissant l'existence d'un risque inhérent au travail industriel, cette législation retirait des conditions de responsabilité la faute de l'employeur, dont la preuve était devenue un fardeau trop lourd à porter pour l'ouvrier<sup>1498</sup>. Désormais, la réparation du dommage subi par un ouvrier suite à un accident survenu en usine était intégralement mise à la charge du chef d'entreprise, quelle que soit la diligence déployée par ce dernier dans l'organisation du travail<sup>1499</sup>. Premier cas de responsabilité objective dans le droit civil français, cette législation désarrimait le droit de la responsabilité civile de la notion cardinale de *faute* pour l'entraîner sur le terrain de la *solidarité*<sup>1500</sup>. Comme l'écrit justement François Ewald, les promoteurs de la loi de 1898 cherchaient « *à se libérer de la manière de penser le droit par principes universels et intemporels pour le concevoir en termes d'objectifs sociaux : en l'occurrence mettre fin à l'antagonisme du capital et du travail en permettant à tout ouvrier victime d'un accident d'être indemnisé* »<sup>1501</sup>. Une telle conception de la responsabilité du propriétaire des moyens de production est donc génératrice de solidarité sociale. A notre sens, elle peut égale-

<sup>1494</sup> Cf. Bouglé (1903), p. 492.

<sup>1495</sup> Bourgeois (1907), p. 85 ; Bouglé (1903), p. 493.

<sup>1496</sup> Rosanvallon (1990), p. 176.

<sup>1497</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.

<sup>1498</sup> Ewald (1986), p. 248-249.

<sup>1499</sup> Une simple lecture du premier article de la loi du 9 avril 1898 nous permet de mesurer à quel point la notion de faute fut évacuée de ce nouveau régime de responsabilité : « *Les accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail, aux ouvriers et employés occupés dans l'industrie du bâtiment, les usines, manufactures, chantiers, les entreprises de transport par terre et par eau, de chargement et de déchargement, les magasins public, mines, minières, carrières, et, en outre, dans toute exploitation ou partie d'exploitation dans laquelle sont fabriquées ou mises en œuvre des matières explosives, ou dans laquelle il est fait usage d'une machine mue par une force autre que celle de l'homme ou des animaux, donnent droit, au profit de la victime ou de ses représentants, à une indemnité à la charge du chef d'entreprise, à la condition que l'interruption de travail ait duré plus de quatre jours* ». Le concept de faute réapparaît néanmoins à l'article 20 de la loi, précisant que l'indemnité peut être exclue en cas d'accident provoqué intentionnellement, minoré en cas de faute inexcusable de l'employé ou majoré dans l'hypothèse d'une faute inexcusable du chef d'entreprise ou l'un de ses substituts.

<sup>1500</sup> Cf. Ewald (1986), p. 282-283.

<sup>1501</sup> *Ibid.*, p. 286.

ment être reliée à la transformation de la notion même de propriété à laquelle les solidaristes s'étaient attelés. En effet, ce n'est qu'en cessant de considérer le droit de propriété en tant que pouvoir absolu et perpétuel qu'un régime de responsabilité objective put être envisagé. Un tel dispositif juridique se marie en toute logique avec cette conception renouvelée de la propriété, où celle-ci apparaît comme une liberté grevée d'obligations sociales. Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, l'idée d'assurance contre le risque s'étendit du risque professionnel au risque social tout court<sup>1502</sup>. En guise de preuves, nous pouvons citer les lois d'assistance aux personnes démunies, telles la loi de 1893 sur l'aide médicale obligatoire aux personnes sans ressources et la loi de 1905 sur l'assistance obligatoire aux vieillards, aux infirmes et aux incurables<sup>1503</sup>. L'exemple le plus flagrant de cette entreprise de mutualisation des risques de la vie demeure néanmoins la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes. Inspirée elle aussi par un objectif de solidarité entre les classes, cette loi mit sur pied le premier système de retraite général et obligatoire, incluant une participation patronale, ouvrière et étatique au régime de capitalisation.

L'objet du quasi-contrat d'association consiste donc en une *mutualisation* des avantages et des risques de la vie sociale. Bourgeois estime que les individus associés en viendront à ratifier le quasi-contrat d'association dès lors qu'ils seront assurés de recevoir – par l'impôt – la juste rétribution de leur labeur et d'être prémunis – par l'assurance – contre les risques de la vie. C'est donc bien à une théorie du *contrat social* que le solidarisme aboutit. Cependant, le consentement apparaît *a posteriori* chez les solidaristes tandis qu'il était présumé *a priori* chez les auteurs jusnaturalistes<sup>1504</sup>. La distinction est d'importance. L'adhésion au contrat social ne succède plus au long apprentissage de l'état de nature. La théorie du quasi-contrat démontre – par sa ratification intervenant *post festum* – que l'état naturel de l'homme est exclusivement social, en ce sens que la société précède toujours l'individu<sup>1505</sup>. Les individus solidaires n'ont donc jamais débattu, à l'origine, des conditions du contrat d'association mais « *on conviendra que tout devrait se passer, dans la société qu'ils forment, comme si chacun d'eux avait consenti à ces conditions* »<sup>1506</sup>. Cette adhésion *a posteriori* répond, cela étant, aux mêmes motifs qui président au consentement de toute convention, à savoir l'équivalence commutative des prestations échangées. La mutualisation des avantages et des risques de la vie sociale à laquelle procède le quasi-contrat d'association a, en effet, pour fonction précise d'assurer une certaine équivalence dans la jouissance des premiers et dans la protection contre les seconds<sup>1507</sup>.

---

<sup>1502</sup> Ibid., p. 323.

<sup>1503</sup> Rosanvallon (1990), p. 175.

<sup>1504</sup> Bourgeois (1907), p. 46.

<sup>1505</sup> Ewald (1986), p. 326.

<sup>1506</sup> Bouglé (1903), p. 486.

<sup>1507</sup> Bourgeois (1907), p. 79 ; Bouglé (1903), p. 496.

### 1.3.1.4 Duguit et le solidarisme

Duguit a reconnu tardivement sa dette intellectuelle à l'égard du solidarisme, à tout le moins d'une manière explicite. Invité par l'Université de Columbia lors de l'année académique 1920-1921, Duguit donne deux conférences sur la « *conception solidariste de la liberté* » et les « *principales conséquences de la conception solidariste de la liberté* »<sup>1508</sup>. Le simple intitulé de ces deux allocutions ne laisse qu'une place modeste au doute quant à la part de l'héritage du solidarisme revendiquée par Duguit. Le Doyen de Bordeaux perçoit en effet dans la doctrine solidariste une conception renouvelée de la liberté, appelée à corriger les errements de la conception « individualiste » issue de la tradition jusnaturaliste du XVIII<sup>e</sup> siècle. Nous connaissons les principaux griefs de Duguit à l'endroit du l'école du droit naturel<sup>1509</sup>. Réduit à de vaines spéculations sur un état présocial de l'homme, le jusnaturalisme est invalidé par Duguit en raison de son caractère métaphysique, ce qui signifie, dans le vocabulaire duguiste, qu'une telle hypothèse est empiriquement invérifiable. L'idée que l'homme serait investi de droits subjectifs en raison de sa simple dignité d'être humain peut ainsi bien former un objet de croyance respectable à plus d'un titre, mais en aucun cas une affirmation à valeur scientifique<sup>1510</sup>. En revanche, la doctrine solidariste part d'un postulat qui apparaît à Duguit plus conforme aux exigences d'une science positive. Il est ainsi plus juste d'affirmer avec les solidaristes que « *la société est le fait primaire et irréductible, que l'homme est par nature un être social, qu'il ne peut vivre qu'en société et qu'il y a toujours vécu* »<sup>1511</sup>. De ce postulat qu'il partage avec les auteurs solidaristes, Duguit en tire les conséquences les plus décisives pour la définition de la liberté. L'homme ayant un besoin impérieux de la société pour vivre, la conservation et le développement de la vie individuelle sont nécessairement reliés à la vie sociale. Ainsi, l'homme est contraint de conformer l'usage de ses facultés aux conditions générales de la société car « *s'il n'agissait pas de cette manière, la vie sociale serait atteinte dans son principe même, la société se désagrègerait et l'individu lui-même disparaîtrait* »<sup>1512</sup>. Loin de faire de la liberté un droit inaliénable dont la protection serait le but premier de la société, Duguit affirme sans ambages que la conception solidariste de la liberté aboutit à transformer celle-ci en *devoir*. Il ne serait point loisible à l'homme d'user ses facultés comme bon lui semble. Au contraire, la nature sociale de l'homme engendre une double obligation : une obligation négative de ne rien faire qui puisse empêcher le maintien et le développement de la vie sociale et une obligation positive de contribuer, dans la mesure de ses facultés, à son épanouissement<sup>1513</sup>. Cette notion

<sup>1508</sup> Duguit (1922), p. 141 s.

<sup>1509</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.1.

<sup>1510</sup> Duguit (1922), p. 139.

<sup>1511</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>1512</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>1513</sup> *Ibid.*, p. 149-150.

de la liberté-devoir, commune à Duguit et aux solidaristes, sera essentiellement utile au juriste français dans son travail de redéfinition du droit de propriété<sup>1514</sup>.

En s'engageant dans la construction d'une théorie des devoirs sociaux de l'homme, Duguit et les solidaristes ont élaboré le moyen leur permettant de justifier une extension des prérogatives de l'Etat<sup>1515</sup> tout en dévalorisant son image de puissance commandante. Le prestige de l'Etat est annihilé à l'aide d'un réalisme radical commun à Duguit et aux auteurs solidaristes. A ce titre, il n'est pas anodin que le juriste français, auteur relativement avare en citations, prenne soin de citer à plusieurs reprises les propos capitaux que tient Bourgeois dans l'essai *Solidarité* de 1896 où il affirme que l'Etat se réduit à un groupe d'individus pris dans le même réseau de liens de solidarité que les gouvernés. Le problème du droit ne peut dès lors se poser qu'entre individus, sans qu'intervienne d'une quelconque façon une personne juridique dotée d'un pouvoir supérieur de commandement<sup>1516</sup>. Le devoir de tout homme de contribuer à la réalisation de la solidarité sociale incombe ainsi autant aux individus gouvernés qu'aux individus gouvernants. Dans une telle configuration, les obligations de l'Etat sont nettement plus larges que dans la théorie libérale d'un Spencer où l'Etat doit se limiter à assurer la sécurité intérieure et extérieure, à garantir l'exécution des contrats et à protéger de la propriété privée et, plus largement, des droits naturels de l'homme<sup>1517</sup>. Duguit est lucide quant au fait que « *la conception solidariste de la liberté conduit à reconnaître à l'Etat des pouvoirs plus grands* »<sup>1518</sup>. La contribution des gouvernants à la solidarité entre les hommes implique un certain nombre d'actions positives. Il leur revient notamment d'intervenir dans l'ordre économique et social afin de pallier les dérégulations du marché et de régler les rapports de travail de sorte à instaurer un

---

<sup>1514</sup> Cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 2.

<sup>1515</sup> A cet égard, il nous semble judicieux de rappeler que Duguit fut entre 1887 et 1892 le secrétaire de rédaction de la *Revue d'économie politique* où se réunissaient des auteurs favorables à l'intervention de l'Etat dans les questions sociales, visant en même temps à contrer l'hégémonie de l'Ecole libérale en économie politique. Cf. Fournier (2007), p. 141-143 ; Sacriste (2011), p. 347 ; Blanquer/Milet (2015), p. 67-68.

<sup>1516</sup> Rappelons les termes exacts du propos : « *En détruisant la notion abstraite et a priori de l'homme isolé, la connaissance des lois de la solidarité naturelle détruit du même coup la notion également abstraite et a priori de l'Etat, isolé de l'homme et opposé à lui comme un sujet de droits distincts ou comme une puissance supérieure à laquelle il serait subordonné. L'Etat est une création des hommes : le droit supérieur de l'Etat sur les hommes ne peut donc exister ; il n'y a pas de droits là où il n'existe pas un être, dans le sens naturel et plein du mot, pouvant devenir sujet de ces droits [...] Ce n'est donc pas entre l'homme et l'Etat ou la société que se pose le problème du droit et du devoir ; c'est entre les hommes eux-mêmes, mais entre les hommes conçus comme associés à une œuvre commune et obligés les uns envers les autres par la nécessité d'un but commun* ». Cf. Bourgeois (1998), p. 35. Duguit reproduit par deux fois ces propos dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Cf. Duguit (2003), p. 25 et 95.

<sup>1517</sup> Sur ce « *plaidoyer pour un Etat limité* » que constitue l'œuvre politique de Spencer, cf. Blot (2007), p. 141 s.

<sup>1518</sup> Duguit (1922), p. 159.

certain équilibre entre patrons et ouvriers<sup>1519</sup>. L'activité individuelle étant la condition fondamentale de pérennité des sociétés modernes basées sur une intense division du travail, l'Etat se doit d'œuvrer au développement et à la conservation de la force de travail individuelle. Cet objectif légitime ainsi une action résolue de l'Etat en matière d'éducation ainsi que des mesures d'hygiène sociale propres à assurer la santé publique<sup>1520</sup>. Il ne nous appartient pas d'entrer ici dans une analyse comparée des conséquences pratiques que Duguit et les solidaristes déduisent de leur conception commune de la liberté. Chacun visait un but propre. Les solidaristes avaient pour ambition de construire un programme de politique sociale de l'Etat tandis que Duguit était en quête d'une refondation de la science du droit appuyée sur les acquis de la sociologie<sup>1521</sup>. A ce stade, il convient uniquement de souligner que la conception solidariste des devoirs de l'homme est à la racine de la définition de la notion de service public chez Duguit<sup>1522</sup>. La définition du service public élaborée par Duguit n'est qu'une déclinaison spécifique aux gouvernants du devoir que les solidaristes mettent à la charge de tout homme de contribuer à la réalisation de la solidarité sociale. Pour le juriste français, le service public peut être défini comme « *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 gouvernante* »<sup>1523</sup>. Les obligations des gouvernés et des gouvernants répondent ainsi à un fondement identique dérivé des lois de la solidarité. Les devoirs de l'Etat sont particuliers en ceci que les gouvernants jouissent du monopole de la force et de la contrainte. En raison de cette capacité spéciale, il apparaît logique à Duguit qu'ils prennent en charge toute activité où le concours de la force publique s'avère nécessaire<sup>1524</sup>.

Bien que Duguit partage avec les solidaristes une volonté sans appel de relativiser la liberté individuelle en la doublant d'une théorie des devoirs sociaux de l'homme, la construction dogmatique d'une telle entreprise laisse apparaître de profondes divergences. La doctrine de Bourgeois est lestée de nombreuses précautions locutoires propres à assurer une certaine consonance entre le solidarisme et les idéaux de 1789. L'ancien Président du Conseil rappelle que l'homme est un moyen mais également une *fin en soi* et que « *la liberté du développement physique, intellectuel et moral de chacun des hommes est la première condition de l'association humaine* »<sup>1525</sup>. De plus

<sup>1519</sup> Ibid., p. 156-157.

<sup>1520</sup> Duguit (1922), p. 158-159.

<sup>1521</sup> Cf. Crétois (2014), p. 320.

<sup>1522</sup> L'analyse de cette notion, centrale chez Duguit, sera entreprise plus loin. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.

<sup>1523</sup> Duguit (1928), p. 61.

<sup>1524</sup> Ibid., p. 62.

la théorie de la dette sociale n'est point contraire à la liberté individuelle puisque « *cette dette une fois acquittée, la liberté commence. Il y a une part de notre liberté, de notre propriété, de notre personnalité qui est d'origine sociale ; c'est cette part sociale de nous-mêmes qu'il faut mutualiser ; au-delà nous n'avons plus le droit de rien imposer aux hommes* »<sup>1526</sup>. Surtout, l'hypothèse du quasi-contrat d'association imaginée par Bourgeois demeure une doctrine contractualiste soucieuse du consentement libre des individus à leurs obligations sociales ; elle demeure une théorie individualiste de l'Etat qui entend consacrer l'autonomie de l'individu<sup>1527</sup>. Duguit n'a jamais donné aucun crédit à la théorie du quasi-contrat<sup>1528</sup>. A ses yeux, cette doctrine n'est pas moins une fiction que la théorie jusnaturaliste du contrat social ; toutes deux reposent sur un consentement construit de manière contrefactuelle. A l'image de toutes les fictions juridiques, la philosophie du quasi-contrat de Bourgeois se construit sur le mode du « comme si ». Comme l'écrit justement François Ewald, l'objet du contrat « *est de s'accorder sur le fait que l'on fera comme si le jeu des solidarités résultait d'un contrat* »<sup>1529</sup>. Bourgeois est en ce sens contraint d'admettre le caractère présumé du consentement des associés au quasi-contrat social lorsqu'il affirme que la loi délimitant les droits et les devoirs de chacun ne sera jamais qu'une « *interprétation et une représentation de l'accord qui eût dû s'établir préalablement entre eux s'ils avaient pu être également et librement consultés : ce sera donc la présomption du consentement qu'auraient donné leurs volontés égales et libres qui sera le seul fondement du droit* »<sup>1530</sup>. En conséquence, Duguit a toujours jugé inutile de s'appuyer sur la théorie du quasi-contrat, simple « *expression d'une technique juridique vieillie et artificielle* »<sup>1531</sup>. Ce n'est nullement dans la tradition civiliste individualiste que le juriste français choisira de bâtir les fondements de sa théorie de la solidarité. Fidèle à ses inclinations de jeunesse et à l'esprit positiviste qui l'habitera toute sa vie, Duguit préférera s'orienter vers les travaux sociologiques de son temps qui lui permettront de procéder à une refonte radicale des catégories premières de la science du droit. A cet égard, la rencontre entre Duguit et Durkheim fut décisive.

#### 1.4 Duguit, Durkheim et le concept de solidarité sociale

Duguit demeurera sa vie durant convaincu de l'apport capital de la sociologie à la science du droit. Dans l'œuvre de la maturité que constitue le *Traité de droit constitutionnel*, le Doyen de Bordeaux soutiendra inflexiblement l'existence d'une norme sociale objective antérieure qui surdétermine le contenu du droit positif<sup>1532</sup>. En revanche,

---

<sup>1525</sup> Bourgeois (1998), p. 38.

<sup>1526</sup> Bourgeois (1907), p. 56.

<sup>1527</sup> Cf. Darlu (1898), p. 115.

<sup>1528</sup> Cf. par exemple Duguit (1922a), p. 8.

<sup>1529</sup> Ewald (1986), p. 369.

<sup>1530</sup> Bourgeois (1998), p. 47-48.

<sup>1531</sup> Duguit (2003), p. 39.

les critères précis qui président aux lois de fonctionnement des sociétés ont fluctué entre l'article de 1889 et les ouvrages de la maturité inaugurés par *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901). Le juriste français a donc quelque peu tâtonné pour trouver les sources de son inspiration dans la sociologie de son temps. Avant 1890, la sociologie est encore une science en gestation en France<sup>1533</sup>. L'Université de Bordeaux, où officie Duguit, fait figure de pionnier en la matière en instituant en 1887 le premier cours de « science sociale » au sein de la Faculté des lettres, qui sera dispensé par Emile Durkheim<sup>1534</sup>. C'est à ce dernier que l'on doit indiscutablement la constitution de l'« Ecole française de sociologie » lors de la décennie 1890<sup>1535</sup>. La fondation de la revue *L'année sociologique* en 1896 scella la réunion d'un groupe de chercheurs autour d'un programme épistémologique commun – basé notamment sur la volonté de bâtir la sociologie en discipline scientifique autonome – dont Durkheim avait dessiné les contours dans *Les règles de la méthode sociologique* en 1895<sup>1536</sup>. Duguit ne fut jamais partie intégrante de ce groupe de travail<sup>1537</sup>. Le Doyen de Bordeaux est resté exclusivement juriste tout au long de sa vie et ne s'est jamais aventuré dans aucun travail sociologique de terrain.

La littérature consacrée au doyen de Bordeaux a relevé à plusieurs reprises l'ascendant exercé par la sociologie d'Emile Durkheim sur le travail de refondation de la science du droit auquel s'est attelé le juriste français<sup>1538</sup>. Nous savons peu de choses sur les rapports personnels de Duguit et Durkheim si ce n'est que le sociologue français a pu fréquenter à quelques reprises les « *causeries dites sociologiques* » que son collègue juriste organisait à son domicile<sup>1539</sup>. La biographie de Durkheim rédigée par Marcel Fournier nous apprend également que Duguit fréquenta les cours de sociologie dispensés par Durkheim à l'Université de Bordeaux<sup>1540</sup>. Ces éléments ne doivent pas nous conduire à surévaluer l'influence exercée par Durkheim sur Duguit car elle est pour l'essentiel circonscrite à la notion centrale de solidarité dont le juriste propose une réception partielle et une lecture critique. Il y a lieu ici de rappeler que Duguit n'a pas attendu l'émergence de Durkheim comme chef de file de la sociologie française pour

<sup>1532</sup> Duguit (1927), p. 65 s.

<sup>1533</sup> Fournier (2007), p. 209 s.

<sup>1534</sup> Berthelot (2001), p. 34.

<sup>1535</sup> Ibid., p. 36 ; Mucchielli (1998), p. 208 s.

<sup>1536</sup> Mucchielli (1998), p. 220-221.

<sup>1537</sup> Pourtant, *L'Année sociologique* eut l'occasion d'accueillir les contributions de plusieurs juristes, comme Emmanuel Lévy et Paul Huvelin. Cf. Chazel (1991), p. 34.

<sup>1538</sup> Au-delà de la simple mention des rapports personnels et intellectuels entretenus par Durkheim et Duguit, plusieurs contributions se sont penchées sur la portée exacte de l'influence du sociologue sur son collègue juriste, cf. Pisier-Kouchner (1977), p. 95-114 ; Didry (1990), p. 5-27 ; Fonbaustier (2004), p. 1053-1061.

<sup>1539</sup> Didry (1990), p. 7 ; cf. Fournier (2007), p. 117-118 qui précise que Durkheim, étant peu mondain, jugeait bien superficiels ces écarts de l'existence studieuse qu'il entendait mener.

<sup>1540</sup> Ibid., p. 132.

orienter son attention sur cette discipline. Avant même la publication de la thèse de Durkheim sur la division du travail social en 1893, Duguit avait développé une dilection précoce pour les études sociales, comme en témoigne l'article de 1889 dont nous avons fait mention<sup>1541</sup>, ainsi que le séminaire de sociologie organisé à l'initiative de Duguit à l'Université de Bordeaux lors du second semestre de 1891<sup>1542</sup>. Si les travaux de Durkheim ont pu si facilement capter l'intelligence de Duguit, c'est certainement en raison des prédispositions favorables à la recherche sociologique que ce dernier avait déjà développées au cours de ses premières recherches<sup>1543</sup>.

De son côté, Durkheim n'a jamais fait grand cas des travaux de Duguit. Nous n'avons trouvé qu'une unique mention du juriste français dans les écrits de Durkheim. Dans la recension d'un article de Raymond Saleilles que Durkheim rédige pour le sixième numéro de *L'année sociologique* (1903), le sociologue range son ancien collègue de l'Université de Bordeaux<sup>1544</sup> – en s'appuyant sur l'un de ses « livres récents »<sup>1545</sup> – parmi les tenants d'une forme quelque peu renouvelée de jusnaturalisme<sup>1546</sup>. L'épithète est peu flatteuse pour Duguit, puisque Durkheim reproche à cette école de faire place à une conception du droit « subjective, manquant d'autorité et laissant trop de place à l'arbitraire »<sup>1547</sup>. Ainsi, les deux auteurs ont eu l'occasion de se distancier l'un de l'autre – certes de manière discrète – si bien que l'on ne peut réduire Duguit au rang de simple épigone de Durkheim.

---

<sup>1541</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.2.

<sup>1542</sup> Duguit a publié un compte-rendu assez complet de ce séminaire dans la *Revue internationale de sociologie* de mai-juin 1893. A sa lecture, on constate que l'existence de ce séminaire dut tout à l'initiative de Duguit qui regrettait que l'enseignement de la sociologie générale ne figure pas au programme des cours obligatoires. Ayant réuni autour de lui un groupe de sept docteurs, le juriste bordelais mena une série de « colloques privés » qui visaient à résoudre certains problèmes fondamentaux de la sociologie générale. A en lire le compte-rendu dressé par Duguit, on constate que le petit groupe de chercheur parvint aux mêmes conclusions que celles formulées par Duguit dans son article paru en 1889. La sociologie apparaissait alors encore comme une science devant se modeler sur les sciences de la nature par l'adoption de la méthode d'observation. Elle devait ainsi parvenir à découvrir les lois qui déterminent les faits sociaux avec la même « constance presque mathématique » avec laquelle les lois de la nature gouvernent les phénomènes physiques et biologiques. Cf. Duguit (1893), p. 201-206.

<sup>1543</sup> Cf. Chazel (1991), p. 27-28.

<sup>1544</sup> La recension dont nous parlons est parue en 1903, soit une année après la nomination de Durkheim à la faculté des lettres de l'Université de Paris.

<sup>1545</sup> Il s'agit sans nul doute de *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* publié en 1901. Cet ouvrage a fait l'objet d'une recension très neutre dans le 5<sup>e</sup> volume de *L'année sociologique* (1900-1901, p. 351-354). L'auteur du compte-rendu souligne l'emprunt des thèses de Durkheim réalisé par Duguit sans pour autant souligner les divergences conceptuelles entre les deux auteurs. Le reste de l'article consiste en un résumé succinct des thèses majeures de Duguit, dénué d'appréciation positive ou négative.

<sup>1546</sup> Durkheim (1975), p. 325.

<sup>1547</sup> *Ibid.*, p. 326.

Duguit s'est contenté de se réapproprier certains concepts élaborés par Durkheim pour les intégrer d'une manière toute personnelle dans son propre édifice conceptuel<sup>1548</sup>. A cet égard, c'est essentiellement la lecture de la thèse d'Emile Durkheim *De la division sociale du travail*, publiée en 1893 avec un retentissement notable<sup>1549</sup>, qui a exercé une influence profonde sur Duguit, l'amenant à reconsidérer de fond en comble sa conception de la règle sociale. A partir de *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* que Duguit publie en 1901, le juriste français abandonne les explications sociologiques fondées sur les analogies organicistes et ne tente plus d'expliquer la fonctionnalité du droit dans ce cadre. Dès lors, les sociétés humaines n'apparaîtront plus à Duguit sous la forme d'organismes réductibles aux corps organisés du monde vivant. Le juriste français fondera désormais l'unité des sociétés sur le vaste réseau de liens de solidarité et d'interdépendance unissant les membres d'un même corps social. A cet égard, Duguit expliquera toujours sa conception de la solidarité sociale en recourant à l'acception duale développée par Durkheim qui distingue solidarité par similitudes et solidarité par division du travail<sup>1550</sup>.

#### 1.4.1 La solidarité par similitudes

La façon dont Duguit procède à la réception du concept de solidarité construit par Durkheim dans *De la division du travail social* donne un premier aperçu des disparités qui séparent les deux auteurs. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit emprunte certes à Durkheim la dichotomie entre solidarité par similitudes, que le sociologue nomme également *solidarité mécanique*, et solidarité par division du travail, appelée tantôt par Durkheim *solidarité organique*. Duguit offre cependant une lecture assez personnelle du premier type de solidarité. Le juriste français affirme que toute homme est doté d'un « *vouloir vivre* » qui l'amène à chercher à écarter toutes les causes destructives de sa vie<sup>1551</sup>. Ce désir de perpétuer son existence, commun à tous les individus, crée une première communauté de sentiment entre les hommes. Cette identité de besoin constitue ainsi le premier facteur de socialité de l'être humain. Cette nécessité d'écarter les différentes causes de souffrance amène l'individu à faire société avec ses semblables. Tous ensemble, ils partagent ce besoin de protection dont ils ne trouvent satisfaction que dans une vie en commun qui leur offre une protection meilleure que s'ils se trouvaient livrés à eux-mêmes<sup>1552</sup>. Si l'humanité ne forme pas une seule société, c'est en raison de différents facteurs contingents – et Duguit énumère :

<sup>1548</sup> Il est ainsi réducteur d'affirmer, comme le fait Evelyne Pisier-Kouchner, que Duguit se contente de recopier les thèses de Durkheim sur les deux types de solidarité et leur évolution. Cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 84 et 86.

<sup>1549</sup> Fourmier (2007), p. 192 s.

<sup>1550</sup> Duguit a exposé à maintes reprises sa conception de la solidarité, toujours en reproduisant le schème durkheimien. Cf. Duguit (2003), p. 23 s. ; Duguit (1922), p. 147 s. ; Duguit (1927), p. 85 s.

<sup>1551</sup> Duguit (2003), p. 34.

<sup>1552</sup> *Ibid.*, p. 35 s.

« communauté d'habitat, d'origine, de croyances religieuses, de dangers, de souffrances, de victoires »<sup>1553</sup> – qui l'ont amenée à se constituer en une pluralité de groupes aux rapports parfois hostiles. A ce stade, il serait possible de voir dans cette première définition du lien social une banale réitération de la théorie du contrat social prise dans son acception hobbesienne. Duguit prend cependant soin de repousser l'amalgame. A cette occasion, le juriste français oppose, pour la première fois, un refus de principe à la théorie du contrat social, qui sera rééditée à maintes reprises dans son œuvre ultérieure. Duguit dénonce cette confusion à l'œuvre dans la théorie du contrat social qui consiste à affirmer que la volonté humaine crée les conditions de la vie sociale alors que ce sont plutôt celles-ci qui impriment leur marque à la pensée et à la volonté individuelles<sup>1554</sup>.

A l'évidence, présenter la solidarité par similitudes en mettant l'accent sur le vouloir-vivre propre à chaque être humain ne reproduit pas fidèlement la compréhension durkheimienne de cette notion. L'utilisation même du concept de « vouloir-vivre » nous semble plus renvoyer à la philosophie de Schopenhauer, qui jouissait d'une vogue particulière dans la France de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1555</sup>, qu'aux travaux sociologiques d'Emile Durkheim. Le sociologue définit *la solidarité par similitudes* ou *solidarité mécanique* comme le mode d'inclusion de l'individu dans un groupe social où la conscience collective prend le pas sur la conscience individuelle, en ce sens que la cohésion sociale est assurée par une série de croyances, de traditions, et de pratiques collectives partagées par l'ensemble des membres du groupe<sup>1556</sup>. Ainsi, la solidarité par similitudes caractérise essentiellement les groupes sociaux homogènes où les consciences individuelles sont directement modelées sur la conscience collective<sup>1557</sup>. Durkheim insiste également sur le fait que la solidarité sociale ne peut faire l'objet d'une observation directe mais qu'il y a lieu d'analyser le système juridique d'une société donnée pour déterminer le type de solidarité qui y prévaut. Les sociétés régies par la solidarité par similitudes sont ainsi dominées par un droit de type essentiellement répressif. Ce dernier a pour fonction de réprimer les atteintes aux similitudes qui fondent la cohésion du groupe social en punissant l'individu qui se serait par trop écarté du type collectif<sup>1558</sup>.

---

<sup>1553</sup> Ibid. p. 35.

<sup>1554</sup> Ibid. p. 38 : « *ce n'est pas pour nous l'intelligence humaine qui crée volontairement la société ; c'est l'intelligence et la volonté humaine qui se modèlent sur la société. Nous ne disons pas : la société existe, parce que les hommes veulent vivre en commun ; mais les hommes ont toujours vécu en commun, ne peuvent vivre qu'en commun ; du jour où ils ont compris cette nécessité de la vie commune, ils l'ont voulue* ».

<sup>1555</sup> Cf. Digeon (1959), p. 336-339.

<sup>1556</sup> Durkheim (2013), p. 73 s.

<sup>1557</sup> Ibid. ; ce sont essentiellement les sociétés peu développées qui forment le paradigme des groupes sociaux où domine la solidarité par similitudes.

<sup>1558</sup> Ibid., p. 74-75.

Une mise en perspective des définitions de la solidarité par similitudes proposées par Duguit et Durkheim laisse donc apparaître de substantielles divergences. En premier lieu, l'homogénéité des croyances, des traditions et des pratiques collectives qui sont au fondement de la compréhension durkheimienne de la solidarité par similitudes n'a pas un caractère aussi essentiel chez Duguit. Le juriste français tient pour primordial le besoin identique chez tout homme de mener une vie en société pour diminuer sa souffrance. La communauté de croyances et de tradition n'intervient qu'à titre de facteur contingent afin d'expliquer pour quel motif l'humanité s'est constituée en une pluralité de groupes distincts et parfois rivaux. Duguit précise que l'individu se comprend solidaire d'un groupe précis *mais aussi* de l'humanité toute entière, une dimension universelle que l'on ne retrouve pas chez Durkheim, à tout le moins dans sa définition de la solidarité par similitudes<sup>1559</sup>. Duguit préfère prendre appui sur l'essai *De la solidarité morale* (1879) d'Henri Marion – qui fut par ailleurs membre du jury de thèse de Durkheim – pour consolider une telle acception de la solidarité par similitudes. Dans cet ouvrage, Marion soutient qu'il est possible de considérer – à toute le moins de manière spéculative – l'humanité comme formant une seule et immense société<sup>1560</sup> dans la mesure où tous les hommes sont dotés d'une nature identique qui les poussent à rechercher la compagnie des autres afin d'alléger leurs peines et d'accroître leurs joies. En ce sens, la société apparaît à Marion, comme à Duguit, « *doublement douce comme apportant à l'individu un surcroît de jouissances et un adoucissement de ses misères* »<sup>1561</sup>.

De plus, Duguit nuance un point essentiel de l'acception durkheimienne de ce premier type de solidarité. Le sociologue français tient pour acquis que les sociétés où prédomine la solidarité par similitudes sont celles qui affichent une très grande homogénéité, soit là où le corps social n'est que la répétition d'agrégats identiques, la ressem-

<sup>1559</sup> Cf. Fournier (2007), p. 184 qui relève quelques passages de la thèse de Durkheim où celui-ci envisage l'avènement d'une fraternité universelle, avant de la rejeter. Il concède cependant que la seule hypothèse plausible d'extension des cercles de solidarité concerne la formation future de sociétés toujours plus vastes. En cela, Durkheim sera rejoint par Duguit dans le *Manuel de droit constitutionnel*, où le juriste français fait preuve d'une plus grande retenue : « *cette solidarité ou interdépendance sociale embrasse-t-elle tous les membres de l'humanité ? Assurément oui. Mais ces liens sont encore bien lâches et biens incertains ; l'humanité est actuellement encore divisée en un certain nombre de groupes sociaux plus ou moins étendus, et l'homme ne se conçoit guère que solidaire des autres hommes appartenant au même groupe que lui. Viendra-t-il un jour où la solidarité humaine absorbera les solidarités locales, régionales ou nationales, un jour où l'homme se considérera comme citoyen du monde ? Espérons-le ; mais ce ne sera certainement que dans un lointain avenir* ». Cf. Duguit (1923), p. 8.

<sup>1560</sup> Marion (1879), p. 156.

<sup>1561</sup> Ibid., p. 158 ; dans la suite de son essai, Marion décrit toute une palette de sentiments qui se développe chez l'homme en société. Partant du principe que la sympathie est « le fait fondamental de la vie sociale », Marion estime que ce sentiment se décline dans l'amour, l'amitié et l'admiration, soit les états de conscience qui font le ciment de la vie en société. Cf. Ibid., p. 159 s. Autant de raisonnements qui ne seront pas repris par Duguit.

blance psychique entre les individus étant presque totale<sup>1562</sup>. Dans ce type de société – Durkheim vise surtout les sociétés dites « primitives » – la conscience individuelle devient « *une simple dépendance du type collectif et en suit tous les mouvements, comme l'objet possédé suit ceux que lui imprime son propriétaire. [...] L'individu ne s'appartient pas [...] c'est littéralement une chose dont dispose la société* »<sup>1563</sup>. Réaliste intransigeant et soucieux de démonstrations empiriques, Duguit doute qu'une telle homogénéité ait un jour existé. Le Doyen de Bordeaux prend appui sur les travaux de Spencer pour affirmer, à l'encontre de Durkheim, que mêmes les sociétés les plus primitives ont toujours comporté une certaine variété de types individuels provoquée, entre autres, par la différence entre les hommes et les femmes : « *les hommes et les femmes, se trouvant exposés, par la dissemblance de leurs fonctions dans la vie, à des influences dissemblables, commencent dès le début à prendre des situations différentes dans la société comme dans la famille* »<sup>1564</sup>. L'homogénéité parfaite qui forme le critérium primordial de la solidarité par similitudes se trouve invalidée en raison de son absence de base empirique. A cet égard, Duguit relève que Durkheim est contraint d'admettre que ces sociétés parfaitement homogènes ne sont qu'une hypothèse qui ne trouve aucune confirmation empirique<sup>1565</sup>. Une telle hypothèse n'est ainsi aux yeux de Duguit qu'un postulat *a priori* qui ne résiste pas à l'analyse rigoureuse des faits ; celle-ci démontre l'existence de disparités substantielles au sein des différentes sociétés humaines<sup>1566</sup>.

Cela étant, la principale divergence tient dans le refus catégorique du concept de conscience collective chez Duguit. Les hommes ont beau partagé des aspirations communes, ces phénomènes n'ont toujours qu'une dimension *individuelle*. En effet, le juriste français estime, comme Henri Marion avant lui<sup>1567</sup>, que la volonté commune à toute homme de mener une vie en société demeure invariablement une volonté individuelle. Certes, elle peut être « *déterminée par un but qu'on peut en un sens appeler collectif parce qu'il est le même pour tous les membres du groupe, mais qui, au fond, est un but individuel, car c'est le désir de diminuer la souffrance individuelle par la vie commune. Et serait-il réellement un but collectif, la volonté resterait toujours individuelle, parce qu'elle a pour élément générateur une pensée individuelle, exclusivement individuelle. De volonté collective, nous n'en voyons point ; il y a des hommes qui pensent la même chose, qui veulent la même chose, qui veulent moins souffrir et*

---

<sup>1562</sup> Durkheim (2013), p. 103.

<sup>1563</sup> Ibid., p. 100.

<sup>1564</sup> Duguit (2003), p. 42 ; Duguit cite ici les *Principes de sociologie* de Spencer.

<sup>1565</sup> Ibid., p. 41.

<sup>1566</sup> Ibid., p. 43.

<sup>1567</sup> Dans son ouvrage *De la solidarité morale*, dont nous savons que Duguit l'avait lu, Marion affirme que la notion de conscience collective ne peut être tolérée dans le champs scientifique qu'à titre de métaphore. La seule réalité observable étant l'individu, la solidarité comme idée morale ne peut agir que sur le sujet individuel. Cf. Marion (1879), p. 153-154.

*plus vivre ; il y a des hommes qui veulent vivre en commun dans ce but ; mais ce sont toujours les individus qui pensent et qui veulent. C'est toujours le moi individuel qui s'affirme et qui est partout* »<sup>1568</sup>. Ce réalisme prôné par Duguit<sup>1569</sup> avec une certaine radicalité se place aux antipodes des partis pris méthodologiques de Durkheim. Il est vrai que le sociologue français concède que la conscience collective n'est pas une réalité directement observable ayant pour substrat un organe unique. Il affirme néanmoins que l'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une même société forment un système ayant « *sa vie propre* »<sup>1570</sup>. En somme, la conscience collective est une réalité *distincte* des consciences des individus bien qu'elle se manifeste concrètement par sa réfraction dans les consciences individuelles. Ainsi, la conscience collective est « *tout autre chose que les consciences particulières, quoiqu'elle ne soit réalisée que chez les individus. Elle est le type psychique de la société, type qui a ses propriétés, ses conditions d'existence, son mode de développement, tout comme les types individuels, quoique d'une autre manière* »<sup>1571</sup>. Cette distinction qualitative entre conscience individuelle et conscience collective est par ailleurs la clé de voûte de la définition durkheimienne de la solidarité par similitudes puisque celle-ci se caractérise par l'étroite dépendance de la conscience individuelle à la conscience collective. Cette relation de dépendance autorise notamment Durkheim à qualifier la solidarité par similitudes de *solidarité mécanique* puisque ce type de solidarité est le signe des sociétés où les consciences individuelles suivent mécaniquement les mouvements de la conscience sociale<sup>1572</sup>. Duguit récuse quant à lui le terme de solidarité mécanique car cela impliquerait l'application à la société des lois physiques et donc une confusion entre lois sociales et lois de la nature<sup>1573</sup>. Il n'en reste pas moins que la notion de conscience collective constitue la pierre d'achoppement qui conduit Duguit à proposer une définition de solidarité par similitudes sensiblement différente de celle de Durkheim et ce malgré une dénomination similaire.

<sup>1568</sup> Duguit (2003), p. 37.

<sup>1569</sup> Il peut être intéressant de noter que Duguit n'a pas toujours été aussi réfractaire à la notion de conscience collective. Dans le compte-rendu du séminaire de sociologie organisé par ses soins en 1891, Duguit et ses élèves admettent la notion de « *conscience sociale* ». Le juriste français s'empresse cependant de lui donner une inflexion nettement individualiste. La conscience sociale y est définie comme une composante de la conscience individuelle impliquant les sentiments d'appartenance et de solidarité envers un groupe social donné. Cf. Duguit (1893), p. 206-207.

<sup>1570</sup> Durkheim (2013), p. 46.

<sup>1571</sup> Ibid.

<sup>1572</sup> Ibid., p. 100.

<sup>1573</sup> Duguit (2003), p. 40 n. 1 ; le juriste français n'a, sur ce point, pas procédé à une lecture attentive de son collègue de l'Université de Bordeaux. Dans *De la division du travail social*, Durkheim affirme certes que les sociétés où prévaut la solidarité mécanique sont à l'image des corps inorganiques où les molécules n'ont aucun mouvement propre. Il précise cependant qu'il ne s'agit que d'un raisonnement par *analogie* – qui lui permet de mieux illustrer son propos – et non d'une stricte identification. Cf. Durkheim (2013), p. 100.

Duguit ne nie pas la pertinence de la définition durkheimienne de la solidarité par similitudes, bien qu'elle lui apparaisse secondaire. Afin de rendre compte de la formation de la solidarité par similitudes telle que l'entend Durkheim, le juriste français préfère renvoyer à l'ouvrage *Les lois de l'imitation* (1890) de Gabriel Tarde<sup>1574</sup>. Une telle référence n'est pas à négliger. Les historiens de la sociologie savent que l'opposition de Tarde et Durkheim fut « totale : opposition de caractère, opposition de méthode et surtout opposition d'objectif »<sup>1575</sup>. Le strict espace de notre recherche est bien trop étroit pour relater tous les détails de la controverse. Il nous semble néanmoins important de mentionner quelques divergences entre Tarde et Durkheim car elles permettent de mettre en lumière la propre opposition de Duguit à la conception durkheimienne de la solidarité par similitudes. En effet, Tarde rend compte des similitudes sociales en faisant l'économie de la notion de conscience collective. Dans un esprit proche de Duguit, Tarde reproche à Durkheim de céder à une « mythomanie métaphysique » dans son élaboration de ce concept. La conscience collective ne serait qu'un objet factice dont l'observation ne permettrait pas d'attester l'existence. Selon Tarde, les similitudes sociales ne proviennent en rien d'une conscience collective extérieure à l'individu, mais se bâtissent au contraire dans les relations entre les consciences individuelles<sup>1576</sup>. En effet, un vaste phénomène d'imitation serait la cause de toutes les similitudes sociales au point d'en devenir la véritable loi de la vie sociale<sup>1577</sup>. Les croyances, traditions ou modes propres à un groupe social ont pour origine une ou plusieurs actions individuelles d'*invention* qui se répandent, par une propagation de proche en proche, dans l'ensemble du groupe à mesure que les individus *imitent* le modèle pour lequel ils éprouvent de l'admiration<sup>1578</sup>. La propension à imiter est dans la nature de tout être social<sup>1579</sup> car c'est par l'imitation que s'opère la cohésion sociale. Elle a en effet la précieuse utilité de souder un groupe en répandant en son sein les pensées et les pratiques qui feront l'unité du groupe<sup>1580</sup>. Ce résumé succinct est suffisant pour saisir en quoi le détour par les travaux de Tarde ont été d'une précieuse utilité à Duguit dans sa compréhension de la solidarité par similitudes. Le juriste français ne voit que des individus comme acteurs du monde social. La théorie de l'imitation de Tarde rend compte des similitudes entre individus par une série d'actions interindividuelles d'influence, sans recourir à la notion abstraite de conscience collective. Le ré-

---

<sup>1574</sup> Ibid., p. 58.

<sup>1575</sup> Milet (1970), p. 247.

<sup>1576</sup> Ibid., p. 249-250.

<sup>1577</sup> Tarde (2001), p. 74.

<sup>1578</sup> Ibid., p. 119 s. Chez Tarde, l'imitation est en partie un phénomène irrationnel que le sociologue français compare au somnambulisme. C'est souvent un mélange de fascination et de suggestion inconsciente qui poussent les hommes à imiter l'action de leurs semblables.

<sup>1579</sup> On la retrouve ainsi aussi bien chez l'homme « primitif » que chez l'individu « civilisé », cf. Ibid., p. 142 s.

<sup>1580</sup> Milet (1970), p. 218.

alisme intransigeant de Duguit se coule bien mieux dans cette perspective interactionniste que dans l'hypothèse holiste de Durkheim où l'individu n'est que la dépendance d'une conscience collective entendue comme une entité abstraite séparée des individus. De plus, Gabriel Tarde soutient que l'imitation est une loi de la vie sociale que l'on retrouve à tous les stades de développement des sociétés humaines. Ainsi les similitudes sociales et la solidarité qui en découle ne sont pas l'apanage des sociétés primitives. Nos considérations suivantes démontreront que Duguit soutient également une telle hypothèse à l'encontre de Durkheim.

#### 1.4.2 La solidarité par division du travail

Duguit se montre en revanche plus fidèle envers Durkheim dans sa définition du second type de solidarité qui régit les sociétés humaines, la solidarité par division du travail. Les deux auteurs affirment que la clé de l'évolution qui mène des sociétés primitives aux sociétés modernes consiste en un lent processus de différenciation des individus. Duguit souligne ainsi que la civilisation n'est que l'accroissement des ressemblances entre les individus qui conduisent au développement d'une pluralité croissante d'aptitudes, d'aspirations et de besoins au sein d'une société donnée<sup>1581</sup>. Durkheim relève quant à lui que les sociétés modernes sont caractérisées par une plus grande disparité des types individuels. Le poids de la conscience collective diminue à mesure que les ressemblances entre les individus s'atténuent. La conscience individuelle cesse d'être le simple calque de la conscience collective pour développer ses propres traits et caractéristiques. Ce processus de différenciation des individus n'est en rien fortuit ; il constitue le résultat de la *division du travail social* qui accompagne le développement des sociétés. Plus le travail est socialement divisé, plus l'individu est poussé à se spécialiser dans un domaine particulier et ainsi à développer son individualité qui le distinguera des autres membres du groupe social. La division du travail implique ainsi, dans un premier temps, un mouvement centrifuge qui sépare les individus de leur groupe social. En se spécialisant, les individus développent leur propre personnalité et leur dépendance envers l'être collectif s'en trouve moins accusée.

La division du travail social ne signifie cependant pas la fin de la cohésion sociale mais une transformation de ses modalités. Dans les sociétés fortement homogènes où prédomine la solidarité par similitudes, les individus sont inclus dans le groupe social à travers le partage d'un ensemble de croyances, de traditions et de pratiques collectives. Le mouvement de différenciation individuelle induit par la division du travail vient dissoudre cette communauté d'idées et de pratiques et libérer la conscience individuelle du poids de la conscience collective. Les individus demeurent cependant mu-

<sup>1581</sup> Duguit (2003), p. 43. Cf. également les considérations de Duguit sur l'évolution ayant conduit des cités antiques aux nations modernes, *ibid.*, p. 62-79.

tuellement solidaires en raison du lien d'*interdépendance* créée par la division du travail. En effet, ce phénomène ne provoque pas uniquement la dissemblance des individus mais signe également une certaine perte de leur autonomie. La division du travail implique que chaque individu se spécialise et occupe une fonction au sein du corps social qui lui permet de satisfaire un certain type de besoins. Pour obtenir la satisfaction de l'ensemble de ses besoins, l'individu est donc contraint d'obtenir le concours des autres membres de la société, qui, spécialisés dans une autre fonction, lui procureront les biens et les services nécessaires à son entretien en attendant un comportement similaire de sa part. La cohésion sociale n'est plus le fruit de la dépendance directe des consciences individuelles vis-à-vis de la conscience collective. Elle se constitue désormais par la dépendance de chaque partie de la société envers les autres parties. La solidarité par division du travail laisse l'individu se spécialiser et l'autorise à développer des facultés personnelles qui lui permettront de se distinguer des autres membres du groupe social. Ce mouvement centrifuge est néanmoins contrebalancé par un mouvement centripète qui lui est concomitant. Les liens d'interdépendance créés par la division du travail rendent chaque individu spécialisé dans une fonction dépendant des services des autres individus spécialisés. Chaque individu est ainsi poussé à interagir avec ses semblables et à procéder à un échange mutuel de services. Individualisation et socialisation ne sont donc pas en état d'opposition mais en situation d'engendrement réciproque. En effet, une forte spécialisation des individus est la condition d'une plus intense inclusion de ceux-ci dans le groupe. Si une multitude conséquente d'individus spécialisés dans une fonction particulière vient à désertir leur communauté, alors l'équilibre entier du groupe social est menacé puisque certaines tâches essentielles à sa pérennité ne seront plus effectuées. Dans les sociétés où les dissemblances individuelles sont pratiquement absentes, les désertions n'ont qu'un impact modéré sur l'économie intérieure de la vie sociale<sup>1582</sup>. Duguit rejoint parfaitement Durkheim dans la description de cette dialectique de la division du travail<sup>1583</sup>.

En dépit d'une convergence manifeste dans l'acceptation de la solidarité par division du travail, une différence méthodologique sépare Duguit de son collègue de l'Université de Bordeaux. Le juriste français ne fait pas rigoureusement du droit un indicateur du type de solidarité qui prévaut dans une société donnée, alors qu'il s'agit d'un élément méthodologique primordial dans l'ouvrage de Durkheim<sup>1584</sup>. A l'inverse, Duguit

---

<sup>1582</sup> Durkheim (2013), p. 123-124.

<sup>1583</sup> Cf. Duguit (2003), p. 48 : « *le lien social devient plus étroit, la socialisation augmente par la division du travail. Mais cette solidarité par division du travail a pour facteur essentiel le développement des activités individuelles, la formation des vocations. Sans vocation individuelle, pas de division du travail. Cette espèce de solidarité est la condition d'une forte structure sociale ; mais elle est elle-même conditionnée par l'accroissement intensif de l'individualité. La socialisation augmente en raison directe de l'individualisation ; de telle sorte que socialisation et individualisation ne s'excluent point, mais que l'une procède de l'autre. L'opposition qu'on nous montre entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif n'existe pas* ».

n'évoque les notions de droit répressif et de droit restitutif que pour manifester son scepticisme concernant la fonction heuristique de cette distinction. Le juriste français doute fortement que les progrès de la division du travail entraînent un effacement du droit répressif qui signifierait une modification essentielle de la structure de la société. En effet, les normes pénales continuent d'occuper une place importante dans les systèmes législatifs des sociétés avancées<sup>1585</sup>. Les seules observations conséquentes que Duguit consacre au droit dans son rapport aux différentes formes de solidarité ont trait à la relation entre la division du travail et le droit contractuel.

Il y a encore deux points sur lesquels il est possible de déceler, avec certaines réserves, quelques divergences entre Duguit et Durkheim. En premier lieu, il apparaît partiellement erroné à Duguit de lier le développement de la division du travail social à la disparition progressive de la solidarité par similitudes. La thèse de Durkheim établit un processus d'évolution des sociétés primitives vers les sociétés développées articulé sur la disparition progressive de la solidarité par similitudes au profit de la solidarité par division du travail. En revanche, Duguit ne relie pas le développement de la division du travail à une quelconque disparition de la solidarité par similitudes. La conception de la nation moderne du juriste français en témoigne. S'appuyant sur Renan<sup>1586</sup>, Duguit estime que le facteur d'unité des nations modernes repose sur la communauté des traditions, des besoins et des aspirations<sup>1587</sup>. La différenciation des individus produite par la division du travail n'entraîne nullement, selon Duguit, la disparition de la solidarité par similitudes. Les individus spécialisés et différenciés des sociétés modernes continuent de partager d'une manière assez intense une série de traditions, de valeurs et de pratiques qui fondent la solidarité nationale.

De surcroît, une forme inédite de solidarité par similitudes est suscitée par la division du travail social. Ce phénomène aboutit certes à différencier les individus par leur spécialisation dans une tâche déterminée. Au sein d'un même groupe social, il y a toujours une pluralité d'individus spécialisés dans la même tâche et susceptibles de rendre le même service. Ils développent en conséquence une solidarité par similitudes en raison de leur profession commune qui les incline à développer des besoins et des états de conscience similaires<sup>1588</sup>. Ces personnes ont donc naturellement tendance à s'associer au sein de groupes professionnels chargés de défendre leurs intérêts communs. Duguit n'éprouve aucune difficulté à relier ses développements théoriques aux évolutions législatives connues par la France à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. En 1884, le gouvernement dirigé par Pierre Waldeck-Rousseau fait adopter la loi autorisant la création

<sup>1584</sup> Cf. Lenoir (1993), p. 175.

<sup>1585</sup> Duguit (2003), p. 216.

<sup>1586</sup> Nous avons eu plus haut l'occasion d'étudier le rapport de Duguit à la conception de la nation de Renan. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.2.

<sup>1587</sup> Duguit (2003), p. 74.

<sup>1588</sup> *Ibid.*, p. 58.

de syndicats professionnels qui provoque un large mouvement de syndicalisation des travailleurs français<sup>1589</sup>. Cette législation fut suivie de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 consacrant la liberté d'association. Duguit perçoit dans ces législations l'aube d'un vaste « *mouvement associationniste* » prêt à recouvrir le territoire national d'un vaste réseau d'associations, de mutualités et de groupements professionnels<sup>1590</sup>. Le juriste français juge par ailleurs très positivement un tel phénomène. A rebours de ce qu'il juge être la faiblesse de la pensée libérale, Duguit estime que les groupes corporatifs sont la condition du développement de l'individualité et non de sa répression<sup>1591</sup>. L'argumentation proposée reste en revanche assez nébuleuse : « *la formation chaque jour plus active de ces groupes corporatifs et mutualistes ne tend point à diminuer ou à absorber la personnalité individuelle ; elle tend au contraire à l'affirmer de plus en plus. Par elle les liens de solidarité unissent l'homme aux autres hommes deviennent plus nombreux et plus complexes ; par elle le champ de la conscience individuelle s'élargit. A mesure que le mouvement associationniste s'accroît, l'homme moderne se saisit comme uni aux autres hommes [...] l'homme se sent d'autant plus homme, il est en effet d'autant plus homme qu'il est plus associé* »<sup>1592</sup>. Ces lignes portent la marque d'un contexte idéologique précis que nous avons esquissé plus haut en y inscrivant le solidarisme<sup>1593</sup>. Cette école avait pris soin de décrire tous les avantages que l'association procure à l'individu pour l'enrichissement de sa personnalité. Duguit, qui ne fut pas toujours très loquace sur ses lectures et les sources intellectuelles de sa doctrine, ne cite nullement les auteurs solidaristes à cet égard mais renvoie à l'essai *Über soziale Differenzierung* (1890) du sociologue allemand Georg Simmel (1858-1918). En effet, Duguit relaie la thèse de Simmel affirmant l'effet bénéfique du *croisement des cercles sociaux* sur le développement de l'individualité. Il existe, selon le sociologue allemand, une relation directe entre le nombre de cercles sociaux auxquels appartient un individu et le degré de développement de sa personnalité. Postulant que l'individu est déterminé par la somme de ses relations, Simmel affirme que chaque cercle social apporte sa contribution au développement de la personnalité. L'association de l'individu à de multiples cercles concoure au développement de son individualité autant qu'elle pose les conditions de sa différenciation. En effet, l'ensemble des relations qui détermine la personnalité d'un individu forme une combinaison dont la singularité s'accroît à mesure que la société se complexifie en se couvrant d'un réseau d'associations de plus en plus élargi<sup>1594</sup>. De surcroît, les influences de ces différents groupes auront ten-

---

<sup>1589</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.

<sup>1590</sup> Duguit (2003), p. 58-61.

<sup>1591</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>1592</sup> *Ibid.*

<sup>1593</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1

<sup>1594</sup> Simmel (2010), p. 416 : « *Les groupes dont l'individu fait partie constituent en quelque sorte un système de coordonnées tel que chaque coordonnée nouvelle qui vient s'y ajouter le détermine de façon plus exacte et plus nette. L'appartenance à l'un d'entre eux laisse encore une*

dance à se neutraliser mutuellement, réduisant la dépendance de l'individu envers un groupe particulier. L'individu trouve, dans l'enchevêtrement de ses liens sociaux, non point la répression de sa personnalité, mais plutôt les conditions de sa libération<sup>1595</sup>.

Nous imaginons également que Duguit entendait, par ces mots, signaler l'effet préservatif du mouvement corporatif à l'encontre des potentialités dissolvantes de la division du travail. Dans sa thèse, Emile Durkheim identifie plusieurs formes anormales de division du travail. La division du travail peut en effet devenir un facteur de désintégration sociale lorsque la spécialisation des individus atteint un tel degré que ceux-ci, courbés sur leur tâche, s'isolent dans leur activité spéciale<sup>1596</sup>. Durkheim parle alors de division du travail *anémique* en ce sens que les individus n'ont plus conscience des liens de solidarité qui les unissent à leurs semblables<sup>1597</sup>. Les conflits sociaux n'en deviennent que plus fréquents dans la mesure où les membres du corps social ne se sentent plus mutuellement dépendants bien qu'ils le soient objectivement<sup>1598</sup>. Durkheim récuse la solution préconisée par Auguste Comte qui assigne à l'Etat le rôle de rappeler aux consciences individuelles la pensée de l'ensemble et le sentiment de la solidarité commune<sup>1599</sup>. C'est, selon Durkheim, commettre une lourde erreur que de penser que l'harmonie du corps social puisse se décréter d'en haut. En effet, le propre de l'unité des sociétés développées réside dans l'accord spontané des parties de l'organisme social. L'action régulatrice du centre gouvernemental ne peut pas créer de toute pièce une telle solidarité interne<sup>1600</sup> ; il peut tout au plus la faciliter par son action<sup>1601</sup>. De surcroît, il n'y a rien d'anormal à ce que la conscience du tout disparaisse chez les individus à mesure qu'ils se spécialisent. La division du travail induit nécessairement l'effacement de la conscience collective et le développement d'une diversité de types individuels au sein de la société. Les sentiments collectifs deviennent de plus en plus impuissants à contenir les tendances centrifuges engendrées par la division du travail « *car, d'une part, ces tendances augmentent à mesure que le travail se divise davantage, et, en même temps, les sentiments collectifs eux-mêmes s'affaiblissent* »<sup>1602</sup>.

---

*marge d'action assez vaste à l'individualité ; mais plus ils sont nombreux, moins il y a de chances que d'autres personnes présentent la même combinaison de groupes, que ces nombreux cercles se recoupent un autre point* ».

<sup>1595</sup> Ibid., p. 431 ; Duguit s'appuie également sur l'ouvrage de Célestin Bouglé *Les idées égalitaires* (1899) qui fait largement écho aux thèses de Simmel. Cf. Bouglé (2007), p. 225 s.

<sup>1596</sup> Durkheim (2013), p. 348.

<sup>1597</sup> Ibid. : « [L'individu] ne sent plus les collaborateurs qui travaillent à côté de lui à la même œuvre que lui, il n'a même plus du tout l'idée de cette œuvre commune ».

<sup>1598</sup> Ibid.

<sup>1599</sup> Ibid., p. 349.

<sup>1600</sup> Ibid., p. 351 : « *Ce n'est pas le gouvernement qui peut, à chaque instant, régler les conditions des différents marchés économiques, fixer les prix des choses et des services, proportionner la production aux besoins de la consommation, etc.* ».

<sup>1601</sup> Ibid.

Duguit développe une analyse plus nuancée. Loin de voir dans le développement de la division du travail la disparition de la solidarité par similitudes, il perçoit, nous l'avons vu, dans le mouvement associationniste un facteur important de son développement. Selon le juriste français, les « *groupes industriels, commerciaux, agricoles, mutualistes, charitables, ouvriers, scientifiques, religieux, etc ...* »<sup>1603</sup> sont un important facteur de solidarité par similitudes puisqu'ils tendent à regrouper les hommes autour de leurs intérêts, aspirations et besoins communs. Surtout, ils sont appelés à jouer un rôle crucial dans la régulation des rapports sociaux. Ils permettent notamment éveiller la conscience de la solidarité commune auprès de leurs membres et les préserver ainsi de l'atomisation sociale provoquée par la division du travail<sup>1604</sup>. Duguit parvient à une conception des corporations similaire à celle de Hegel. Percevant dans la société civile le lieu où prédomine la quête de l'intérêt privé, le philosophe allemand perçoit dans les corporations professionnelles le moyen pour l'individu de transcender la sphère de ses intérêts privés en ce qu'il peut, grâce à elles, s'orienter vers un idéal communautaire<sup>1605</sup>. Ce rapprochement mis à part, nous pouvons affirmer que Duguit a, lorsqu'il publie *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* en 1901, une conscience plus aigüe du phénomène syndical que Durkheim. Le sociologue mettra cependant peu de temps à rejoindre les analyses de son collègue juriste. En effet, la seconde édition de *De la division du travail social* paraît en 1902 agrémentée d'une longue préface. Durkheim pose un constat analogue à celui de Duguit quant à l'important rôle moral joué par les corporations professionnelles dans la mesure où elles sont « *capables de contenir les égoïsmes individuels, d'entretenir dans le cœur des travailleurs un plus vif sentiment de leur solidarité commune, d'empêcher la loi du plus fort de s'appliquer aussi brutalement aux relations industrielles et commerciales* »<sup>1606</sup>.

Un dernier point nous permet de mesurer l'étendue des divergences entre Duguit et Durkheim dans leurs conceptions de la solidarité sociale. Le juriste français estime que le facteur principal de développement et d'intensification de la division du travail réside dans la volonté invariable des hommes de diminuer la somme de leurs souffrances<sup>1607</sup>, volonté que le juriste français percevait déjà à la racine de la solidarité par similitudes<sup>1608</sup>. En échangeant les services issus de leurs aptitudes diverses, les hommes en viennent à réaliser qu'ils pourront satisfaire un nombre plus important de besoins et contribuer à écarter la douleur de leur chemin<sup>1609</sup>. Une telle argumentation

---

<sup>1602</sup> Ibid., p. 353.

<sup>1603</sup> Duguit (2003), p. 60.

<sup>1604</sup> Ibid., p. 61-62.

<sup>1605</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 3).

<sup>1606</sup> Durkheim (2013), p. XII.

<sup>1607</sup> Duguit (2003), p. 47.

<sup>1608</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.1.

<sup>1609</sup> Duguit n'identifie pas cette recherche de la moindre souffrance à la quête du bonheur, échappant en cela aux reproches adressés par Durkheim aux doctrines eudémonistes. La notion de

est totalement absente chez Durkheim, tant dans son analyse de la solidarité par division du travail que dans sa définition de la solidarité par similitudes. Le collègue de Duguit à l'Université de Bordeaux estime que les progrès de la division du travail sont imputables à une modification du milieu social. En effet, la division du travail s'intensifie à mesure que la densité d'une société s'accroît. Lorsque la société cesse d'être segmentée en petites sociétés autonomes et repliées sur elles-mêmes, les individus peuvent nouer bien plus de contacts avec leurs semblables et agir mutuellement les uns sur les autres. Durkheim parle alors d'augmentation de la *densité morale* de la société<sup>1610</sup>. Le sociologue français identifie plusieurs facteurs qui participent ainsi à une telle augmentation du volume des sociétés humaines : le rapprochement territorial qui autorise une concentration de la population, la formation des villes qui favorise une telle concentration ainsi que le développement des voies de communication qui avantage le développement du commerce intersubjectif<sup>1611</sup>. L'augmentation de la densité des sociétés complique fortement le contrôle du groupe sur l'individu. Les phénomènes précités contribuent ainsi à libérer l'individu du poids de la conscience collective, posant les conditions de son développement personnel. Loin de nier l'importance de l'ensemble de ces facteurs, Duguit ne semble leur accorder qu'un caractère secondaire. Selon le juriste français, l'augmentation de la densité morale des sociétés s'est produite sans que les hommes n'en aient eu réellement la volonté consciente. En revanche, la diminution de la souffrance a, de tout temps, été un but consciemment poursuivi par les hommes, si bien que Duguit se permet d'en faire le moteur premier de l'évolution des sociétés<sup>1612</sup>.

Au final, les sociétés modernes présentent une solidarité par similitudes à trois niveaux dans l'analyse de Duguit : une solidarité par similitudes commune à l'ensemble de l'espèce humaine découlant du besoin identique chez tout homme d'écarter la souffrance par l'effort commun ; une solidarité par similitudes étendue aux membres d'une même nation partageant un même corpus de traditions et de valeurs ; enfin, une solidarité par similitudes partagée par les membres des divers groupements professionnels qui partagent les besoins et les aspirations propres à leur profession. L'originalité de

---

bonheur est bien trop floue et sujette aux interprétations subjectives pour un être un véritable critère scientifique. De plus, il serait douteux d'affirmer que le bonheur s'accroît avec le progrès, comme l'atteste le phénomène du suicide, très présent dans les sociétés développées. Cf. Duguit (2003), p. 49-50. Pour la critique durkheimienne de l'eudémonisme comme facteur de développement de la division du travail, cf. Durkheim (2013), p. 230-231.

<sup>1610</sup> Durkheim (2013), p. 238 : « *la division du travail progresse d'autant plus qu'il y a plus d'individus qui sont suffisamment en contact pour pouvoir agir et réagir les uns sur les autres. Si nous convenons d'appeler densité dynamique ou morale ce rapprochement et le commerce actif qui en résulte, nous pourrions dire que les progrès de la division du travail sont en raison directe de la densité morale ou dynamique de la société* ».

<sup>1611</sup> Ibid., p. 238-241.

<sup>1612</sup> Duguit reste cependant assez flou sur le sujet. Cf. Duguit (2003), p. 50-51.

la conception duguiste de la solidarité sociale par rapport au projet durkheimien tient, selon nous, dans cette définition plurielle de la solidarité par similitudes. En mettant l'accent sur la prégnance de la solidarité par similitudes dans les sociétés modernes, Duguit accentue les divergences qui le séparent de son collègue et ami sociologue<sup>1613</sup>. En revanche, Duguit s'accorde parfaitement avec Durkheim dans la définition de la solidarité par division du travail. Celle-ci se définit chez les deux auteurs par les liens d'interdépendance qui réunissent les individus accomplissant différentes tâches spécialisées au sein d'une même organisation sociale.

## 2. De la règle sociale à la règle de droit

### 2.1 *La nature et l'objet de la règle sociale*

La solidarité dans ses multiples dimensions s'impose comme la structure nécessaire de la vie sociale dans l'ensemble des sociétés humaines, le degré de développement de celles-ci n'influant que sur le degré d'intensité des différentes formes de solidarité. A ce titre, Duguit affirme que son caractère nécessaire implique que la solidarité n'est pas choisie par l'homme mais simplement *voulue* dès que l'homme prend conscience que les multiples liens de solidarité qui l'unissent à ses semblables est la seule voie vers la satisfaction de ses besoins<sup>1614</sup>. Duguit poursuit sa réflexion sur la notion de solidarité sociale en posant qu'elle implique, en raison de ce caractère nécessaire, « *la conception d'une règle de conduite, suffisante pour déterminer les pouvoirs et des devoirs de l'homme social en général et de l'homme investi de l'autorité politique en particulier* »<sup>1615</sup>. A l'évidence, l'observation sociologique n'est ici pas uniquement un moyen de connaissance, mais également un instrument d'action. Elle ne sert pas seulement à révéler la structure intime du fonctionnement des sociétés humaines ; la sociologie doit également servir de guide à l'action sociale, en déterminant la portée des droits et de devoirs de l'homme qui s'impose à un moment certain de l'évolution sociale. La volonté d'extraire la science du terrain de l'observation pure pour la porter sur celui de l'action n'est pas une particularité propre à Duguit. C'est un véritable crédo d'époque. Le lien indissoluble entre science et politique était déjà un aspect majeur du positivisme comtien<sup>1616</sup>. Cette liaison entre la connaissance théorique et l'action sociale fut, nous l'avons vu, au cœur de la doctrine solidariste<sup>1617</sup>. Chez Durkheim, la science sociale n'apparaît également pas neutre du point de vue de l'ac-

---

<sup>1613</sup> Duguit est sur ce point plus proche de Charles Gide qui estimait que « *l'une et l'autre de ces deux formes de solidarité grandissent parallèlement* ». L'économiste français cite le cas de la mode comme exemple frappant de survivance de la solidarité par similitudes – qu'il appelle solidarité par assimilation – dans les sociétés modernes. Cf. Gide (1932), p. 74-75.

<sup>1614</sup> Duguit (2003), p. 80-81.

<sup>1615</sup> Ibid., p. 82.

<sup>1616</sup> Nicolet (1982), p. 296.

<sup>1617</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1

tion. La préface à la première édition de l'essai sur la division du travail social du sociologue français est limpide à ce titre : « *Mais de ce que nous proposons avant tout d'étudier la réalité, il ne s'ensuit pas que nous renoncions à l'améliorer : nous estimons que nos recherches ne méritent pas une heure de peine si elles ne devaient avoir qu'un intérêt spéculatif. Si nous séparons avec soin les problèmes théoriques des problèmes pratiques, ce n'est pas pour négliger ces derniers : c'est, au contraire, pour nous mettre en état de mieux les résoudre* »<sup>1618</sup>. Toute la difficulté de l'entreprise consistera à démontrer comment s'opère le passage du fait à l'idéal, de l'être au devoir être. La prochaine section exposera la solution de Duguit à cet égard.

Avant cela, Duguit tente d'abord de définir la nature de la norme sociale qui s'impose à tout homme. A la suite de longues considérations, le juriste parvient à dégager plusieurs caractéristiques permanentes de la règle de conduite sociale issue des liens de solidarité entre les hommes : elle est d'une nature objective, elle est une loi de but, elle d'une nature à la fois individuelle et sociale ; enfin, elle est permanente par son fondement et variable par son contenu.

Cette règle de conduite est qualifiée d'*objective* puisqu'elle découle des liens d'interdépendance qui s'imposent à l'homme. Duguit entend bâtir sa doctrine *contre* les doctrines qu'ils qualifient de *subjectivistes* dans la mesure où elles entendent la règle de droit comme le produit d'un sujet. Les doctrines allemandes de droit public combattues par Duguit sont subjectivistes en ce qu'elles conçoivent la règle de droit comme l'émanation de la volonté de l'Etat. Les lois apparaissent ainsi comme le produit d'un pouvoir de création libre – appelé tantôt souveraineté, tantôt puissance publique – des règles régissant la conduite des hommes. La doctrine duguiste n'est pas bâtie sur le droit subjectif de puissance publique au bénéfice des titulaires de l'autorité politique. Le juriste français entend démontrer que toute société possède une règle de conduite objective qui s'impose autant aux gouvernants qu'aux gouvernés<sup>1619</sup>. La société est une totalité *sui generis*<sup>1620</sup> dont les règles de fonctionnement sont l'objet d'une évolution lente et continue et non point le résultat d'un décret. Cet objectivisme que le juriste français place au cœur de sa doctrine est largement tributaire de l'organicisme sociologique ainsi que de la sociologie durkheimienne dont nous avons pu mesurer leur influence respective sur la doctrine de Duguit. Il est également à la source de son refus d'accorder un quelconque crédit aux théories contractualistes en philosophie politique, qu'il s'agisse de la doctrine de Rousseau et, plus largement, des jusnaturalistes ou même de la doctrine du quasi-contrat des solidaristes. Celles-ci partent en effet de l'idée que la norme sociale serait l'objet d'un choix délibéré de ses assujettis.

<sup>1618</sup> Durkheim (2013), p. XXXIX.

<sup>1619</sup> Duguit (2003), p. 97.

<sup>1620</sup> Ewald (1986), p. 350.

Bien que le juriste français ait toujours perçu dans la méthode utilisée par les sciences de la nature – fondée sur l'observation et l'expérimentation – un modèle de scientificité, Duguit reconnaît que les sciences sociales et les sciences de la nature n'observent pas des lois de même nature. Cette découverte qui apparaît dans ses travaux plus tardifs – dès *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* paru en 1901<sup>1621</sup> – lui permet de s'éloigner des théories organicistes fondées sur l'assimilation des sociétés humaines aux organismes vivants. Les sciences de la nature comme la physique, la chimie ou la biologie observent des *lois de cause*<sup>1622</sup> établissant des liens mécaniques et nécessaires entre différents phénomènes. En ce sens, les lois de cause portent sur des entités dénuées de la conscience de leurs actions. Les « acteurs » du monde physique, biologique ou chimique sont ainsi privés de la conscience des buts qui déterminent leurs agissements. En revanche, les sciences sociales observent des *lois de but*<sup>1623</sup> qui régissent la volonté de l'homme, consciente des buts qui la déterminent<sup>1624</sup>. Les sciences sociales observent les lois qui régissent l'activité de l'homme en société, telle est leur premier postulat issu de l'observation. Ce premier prérequis doit être précisé en ce sens que le monde social – à la différence du monde physique, biologique ou chimique – est un monde composé de faits volontaires. Les relations sociales sont ainsi composées de faits produits par l'activité consciente de l'homme poursuivant un certain but<sup>1625</sup>. A l'évidence, Duguit a ici subi l'influence de la philosophie juridique de Jhering qui place également la notion de but au cœur de toute action humaine<sup>1626</sup>. De cela découle un second postulat indiscutable, selon Duguit, à savoir que « *l'homme est un être conscient, conscient de ce qu'il veut, conscient du but qui le détermine à vouloir et à agir* »<sup>1627</sup>. Duguit précise bien que l'homme est *conscient* des buts qui le poussent à agir. Que ces buts soient choisis librement ou par le biais d'une quelconque nécessité sociale ou biologique importe peu au juriste. Il s'agit selon lui d'une question philosophiquement impossible à résoudre<sup>1628</sup>. Dès 1901<sup>1629</sup>, Duguit désavoue sa foi dans le déterminisme universel des lois sociales dont il estimait – dans les contribu-

---

<sup>1621</sup> Duguit (2003), p. 82 s.

<sup>1622</sup> Telle est le terme retenu dans le *Traité de droit constitutionnel*. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit parle alors de « *loi de causalité* ». Cf. Ibid., p. 82.

<sup>1623</sup> Dénomination retenue dans le *Traité de droit constitutionnel*, Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit emploie le terme de « *loi de finalité* ». Cf. Ibid., p. 82.

<sup>1624</sup> Duguit (1927), p. 66 s.

<sup>1625</sup> Ibid., p. 68 ;

<sup>1626</sup> Cf. Duguit (2003), p. 28-29 où Duguit cite le juriste allemand en corroborant ses propos.

<sup>1627</sup> Duguit (1927), p. 67.

<sup>1628</sup> Ibid., p. 69 : « *L'acte volontaire de l'homme reste toujours un acte conscient déterminé par un but, choisi consciemment, je ne dis pas librement. L'homme a conscience qu'il aurait pu ne pas choisir le but, qui, finalement, l'a déterminé. Peu importe que ce soit une illusion. Le fait est là : il n'y a pas un homme au monde qui ne reconnaisse qu'il avait le sentiment très net qu'il aurait pu se déterminer par un autre but que celui qu'il a choisi, faire une autre chose que celle qu'il a faite* ».

<sup>1629</sup> Duguit (2003), p. 94.

tions publiées entre 1889 et 1894 – qu’elles ne laissent qu’une place négligeable au libre arbitre<sup>1630</sup>. Dans l’œuvre de la maturité, Duguit préfère se montrer indécis sur l’épineuse question du libre arbitre.

Ensuite, la règle de conduite telle que l’envisage Duguit est dotée d’une double nature, à la fois individuelle et sociale. Le destinataire de toute règle sociale est et sera toujours l’*individu conscient de ses actes*. Le réalisme intransigeant de Duguit pose ici sa marque puisqu’il ne reconnaît que des individus comme acteurs du monde social. A ce titre, il récuse tant la notion de conscience sociale chère à Durkheim de même que le concept de conscience nationale défendu par l’école historique du droit. Pour Duguit, la solidarité sociale n’est pensée et voulue que par la conscience individuelle. De surcroît, le destinataire du commandement contenu dans une norme est toujours un individu capable d’en saisir le sens et de conformer ses actes en conséquence. La personne incapable de discernement ou l’association d’hommes mus par un but commun ne seront jamais considérées comme les véritables destinataires des règles régissant la vie d’une société donnée, faute d’une volonté consciente à leur disposition<sup>1631</sup>. Ce réalisme joue un rôle important dans la pensée de Duguit. Il permet au juriste français de démontrer que la règle de conduite ne met aux prises que des individus, chacun doté d’une égale conscience des buts qui déterminent ses actions. L’Etat en tant que personnalité abstraite, ou la conscience sociale entendue comme une entité distincte des consciences individuelles, ne sauraient ici intervenir comme dépositaires de prérogatives envers l’individu. Duguit se fait en cela le lecteur fidèle du fondateur de la pensée solidariste, Léon Bourgeois qui avait, avant Duguit, soulevé ce point avec insistance<sup>1632</sup>.

Mais la règle de conduite est *sociale* en ceci qu’elle régit les activités extérieures de l’homme. Elle trouve application dès qu’un individu entre en interaction avec autrui<sup>1633</sup>. Pour régir la vie de l’homme en société, toute loi sociale prend la forme de commandements, en interdisant certains actes ou en imposant certains agissements à la volonté humaine<sup>1634</sup>. Les normes régissant la vie d’une société sont ainsi à comprendre comme des lois de coordination en ce qu’elles visent à assigner une direction ainsi que des limites à l’activité consciente de l’homme nécessaires à la pérennité du groupe social<sup>1635</sup>. Plus précisément, la norme sociale tend à autoriser les actes qui favorisent l’harmonie sociale autant qu’elle prohibe les actions susceptibles de provoquer un dé-

<sup>1630</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.2.

<sup>1631</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.1 et 2.2.

<sup>1632</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1.3.

<sup>1633</sup> Duguit (2003), p. 83-84.

<sup>1634</sup> Duguit (1927), p. 70.

<sup>1635</sup> *Ibid.*, p. 78 et p. 81-82 : « la norme sociale n’est pas autre chose que la loi inhérente au fait social, qui détermine l’attitude active ou passive que doivent prendre tous les membres du groupe pour que celui-ci et les individus qui le composent puissent vivre, se développer ».

sordre dans la société<sup>1636</sup>. Duguit prend soin d'insister sur la rupture qu'il entend opérer avec le paradigme hérité de la Déclaration de 1789. En effet, le but premier des règles qui régissent les rapports interindividuels n'est plus de protéger l'autonomie de l'individu mais l'équilibre du corps social. La perspective sociologique adoptée par le Doyen de Bordeaux implique ainsi une rupture décisive avec l'individualisme des Lumières. Les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle auraient ainsi méconnu la dimension sociale de l'homme. L'élément premier qui émerge de l'observation des sociétés humaines – et des sociétés modernes en particulier – est le fait d'*interdépendance sociale* dont dérive les règles qui régissent les actes de l'homme<sup>1637</sup>. Ces dernières inclinent l'homme à faire preuve de *solidarité* à l'égard des membres du groupe social dont il dépend autant que ceux-ci dépendent de lui. La perspective sociologique adoptée par le Doyen de Bordeaux est donc bel et bien construite autant contre le jusnaturalisme qu'à l'encontre de la doctrine de l'Etat-personne dépositaire d'un droit subjectif de puissance publique. La cohérence des aspects négatifs et critiques de la doctrine duguiste se révèle parfaitement à la lumière des fondements de la partie positive et constructive de sa pensée<sup>1638</sup>.

Selon Duguit, l'objet de toute règle de conduite sociale est de contraindre au respect de la solidarité sociale<sup>1639</sup>. En ce sens, le contenu de toute règle sociale est permanent : « *elle [la norme sociale] est permanente dans son fondement, qui est la société même ; elle reste identique dans son contenu général. Toute société est une solidarité ; toute règle de conduite des hommes vivant en société commande de coopérer à cette solidarité ; tous les rapports sociaux ont toujours été et seront toujours des rapports de similitudes et de division du travail, d'où la permanence de la règle de conduite et de son contenu général* »<sup>1640</sup>. Chaque acte de l'individu en société est doté d'une valeur sociale dès qu'il est déterminé par un but de solidarité sociale<sup>1641</sup>. Dès lors, la règle de conduite commande, en premier lieu, de respecter cet acte de volonté déterminé par un but de solidarité sociale et de ne rien faire pour en empêcher la réalisation<sup>1642</sup>. Dans la mesure où l'objet de toute règle de conduite sociale est de contraindre au res-

---

<sup>1636</sup> Ibid., p. 83.

<sup>1637</sup> Ibid., p. 84-85.

<sup>1638</sup> En conséquence, la seconde partie de notre recherche entendait démontrer que Duguit a élaboré son système sur la critique du droit naturel moderne et des doctrines de droit public basées sur la personnalité juridique de l'Etat.

<sup>1639</sup> Duguit (2003), p. 84.

<sup>1640</sup> Ibid., p. 98-99.

<sup>1641</sup> Duguit projetait de donner une série de conférences à l'Université de Londres sur la question des « valeurs sociales » dans le courant de l'année 1929. Sa mort intervenue en 1928 ne lui a pas laissé la possibilité de mener ce projet à terme. Dans les notes posthumes de Duguit exhumées par Roger Bonnard, nous retrouvons l'affirmation selon laquelle un acte individuel n'a de valeur sociale que dans la mesure où il aura tendance à réaliser la solidarité sociale. Cf. Bonnard (1932), p. 15.

<sup>1642</sup> Duguit (2003), p. 98-99.

pect de la solidarité, toute règle sociale prescrit, en second lieu, l'obligation pour tout individu de s'abstenir de tout acte déterminé par un but non conforme à la solidarité sociale<sup>1643</sup>. Ces deux obligations d'abstention fondent un devoir général de respect de la solidarité sociale dont Duguit pense qu'il conduit également à la reconnaissance de l'obligation positive de coopérer à la réalisation de la solidarité sociale<sup>1644</sup>. Une obligation à laquelle sont particulièrement soumis, nous le verrons, les gouvernants<sup>1645</sup>. La conception duguiste de la solidarité pivote tout entière autour de la notion de devoir, d'obligation. Elle ne laisse qu'une place modeste aux droits individuels. Nous savons tout le discrédit jeté par Duguit sur la notion de droit subjectif<sup>1646</sup>, largement tributaire de la critique d'Auguste Comte à son encontre, qui entendait supprimer la notion même de droit du langage politique<sup>1647</sup>. Les droits individuels ne sont cependant pas totalement absents des considérations de Duguit. Il admet que ceux-ci doivent être protégés dans la mesure où le développement de l'individualité est essentiel à la vitalité du corps social dans les sociétés avancées où domine une forte division du travail<sup>1648</sup>. De plus, nous aurons l'occasion de voir que Duguit fut à la pointe du combat doctrinal visant à reconnaître le caractère constitutionnel de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, par-delà le libellé littéral des lois constitutionnelles de 1875<sup>1649</sup>. Malgré la critique philosophique très dure qu'il adresse à l'école moderne du droit naturel, Duguit saura tout de même faire une juste place à l'héritage républicain dans sa doctrine<sup>1650</sup>.

Si le fondement de la règle de conduite sociale est permanent, son contenu est *variable* dans la mesure où il suit l'évolution des formes de solidarité propres à une société donnée. Par exemple, les sociétés où la division du travail est prépondérante tendront à générer des règles protectrices de l'individu dans la mesure où l'activité individuelle

---

<sup>1643</sup> Ibid., p. 87.

<sup>1644</sup> Ibid., p. 89-90.

<sup>1645</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>1646</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.

<sup>1647</sup> Comte (1890), p. 361 : « *Le mot droit doit être autant être écarté du vrai langage politique que le mot cause du vrai langage philosophique. Pour lutter contre les autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains, qui ne comportent qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur donner une destination proprement organique, ils ont bientôt manifesté leur nature antisociale, en tendant toujours à consacrer l'individualité. Dans l'état positif qui n'admet de titres célestes, l'idée de droit disparaît irrévocablement. Chacun a des devoirs, et envers tous ; mais personne n'a aucun droit proprement dit. Les justes garanties individuelles résultent seulement de cette universelle réciprocité d'obligations, qui reproduit l'équivalent moral de droits antérieurs, sans offrir leurs graves dangers politiques. En d'autres termes, nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir* ».

<sup>1648</sup> Duguit (1928), p. 60.

<sup>1649</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2, 2).

<sup>1650</sup> Sur ce point, cf. Nicolet (1982), p. 296-297.

est la condition de la solidarité par division du travail<sup>1651</sup>. Il convient cependant de rappeler que Duguit ne montre pas la même rigueur que Durkheim dans l'analyse des liens entre les formes de solidarité et la typologie des règles de droit. En effet, Duguit n'assigne nullement un type précis de droit à une forme de solidarité donnée comme Durkheim le fait avec les deux couples solidarité par similitudes/droit répressif et solidarité par division du travail/droit restitutif. En outre, Duguit perçoit un élément de variabilité du contenu des règles dans la complexification et la diversification propre aux sociétés modernes marquées par une intense division du travail. Les aptitudes se diversifiant avec la division du travail, il apparaît évident à Duguit que le volume global des règles et la disparité des obligations qui y sont énoncées varieront dans la même mesure afin que la collaboration de chacun à la solidarité sociale s'effectue en conformité avec ses aptitudes<sup>1652</sup>.

## 2.2 Du constat sociologique à l'impératif juridique

### 2.2.1 Une définition socio-psychologique de l'obligation juridique

L'articulation de l'être (*Sein*) et du devoir-être (*Sollen*) est une question centrale à laquelle la science du droit est confrontée au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. Nous savons que le positivisme juridique, en Allemagne et en Autriche, a tenté de résoudre ce problème en élaborant une méthodologie qui repose sur la séparation stricte de l'être et du devoir-être. Nous l'avons observé en relevant les remarques méthodologiques que Laband introduit en préambule de son traité sur le *Droit public de l'Empire allemand*<sup>1653</sup>. Ce trait se retrouve avec une radicalité intacte chez Kelsen. La science du droit des positivistes juge que l'étude des faits sociaux n'est pas directement utile à la connaissance du droit, dans la mesure où ce dernier n'est pas constitué de relations causales entre des phénomènes empiriques. Le dialogue entre la science juridique et les autres sciences sociales, telles la sociologie et la psychologie, apparaît comme un élément superflu. Sur l'appui de cet impératif de pureté, la science du droit n'a pas à définir ce qui est, mais ce qui doit être selon le droit positif en vigueur qu'elle prend pour objet exclusif d'étude<sup>1654</sup>. Plus nuancé, Georg Jellinek distingue la théorie sociale et la

---

<sup>1651</sup> Duguit (2003), p. 86 ; Cette illustration incidente nous permet à nouveau de mesurer à quel point Duguit se sépare du jusnaturalisme des Lumières. Dans la conception sociologique du juriste français, les droits fondamentaux de l'individu ne sont nullement un donné de la nature mais un produit de l'évolution sociale. En cela, il rejoint parfaitement les considérations de Durkheim dans *De la division du travail social*. Cf. Durkheim (2013), p. 146 : « *L'individualisme, la libre pensée ne datent ni de nos jours, ni de 1789, ni de la réforme, ni de la scolastique, ni de la chute du polythéisme gréco-latin ou des théocraties orientales. C'est un phénomène qui ne commence nulle part, mais qui se développe, sans s'arrêter, tout le long de l'histoire* ».

<sup>1652</sup> Ibid., p. 96-97.

<sup>1653</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.1.

<sup>1654</sup> Cf. Michel Troper, « Le positivisme juridique », in : *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 39.

théorie juridique de l'Etat. Chacune de ces perspectives adopte un point de vue particulier sur le même objet d'étude, mais toutes deux s'avèrent essentielles à la compréhension du phénomène étatique<sup>1655</sup>. Cette dichotomie entre science juridique et sciences sociales ne fut pas seulement soulevée par des juristes, soucieux de l'autonomie scientifique de leur discipline. Un sociologue – mais juriste de formation – comme Max Weber releva également la fondamentale distinction des perspectives juridique et sociologique sur l'ordre juridique. Les juristes adoptent un point de vue centré sur la rationalité interne du droit et élaborent essentiellement une « *théorie juridique dans laquelle les normes obéissent exclusivement à la cohérence de l'ordre juridique abstrait et se laissent déduire les unes des autres, en dehors de toute intervention et de toute considération extérieure de caractère éthique, politique, religieux ou économique* »<sup>1656</sup>. Il est aisé de reconnaître dans cette description la méthode de la *Begriffsjurisprudenz* développée par les pandectistes et étendue au droit public par Gerber et Laband<sup>1657</sup>. En revanche, le sociologue s'intéresse à l'effectivité des règles de droit dans les rapports sociaux concrets. L'ordre juridique n'apparaît pas au sociologue comme « *un cosmos de normes dont la logique peut établir la justice* », mais comme un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme »<sup>1658</sup>.

A l'inverse, l'œuvre de Duguit est toute entière centrée sur le dialogue constant entre sciences sociales et science du droit. Selon le doyen de Bordeaux, le juriste ne peut se passer du concours du sociologue pour déterminer les normes applicables dans une société donnée. La connaissance du *Sein* est indispensable à la découverte du *Sollen*<sup>1659</sup>. Après avoir établi le fonctionnement des sociétés modernes, régies par la solidarité par similitudes et la solidarité par division du travail, Duguit entend démontrer comment une telle structure sociale en vient à générer un système normatif de prescriptions juridiques. Sur ce point, le juriste français prend soin de préciser que les règles qui découlent du fait de la solidarité sont assurément des règles de droit, et ne relèvent en rien de la morale. La dimension morale de la solidarité – qui joue un rôle certain chez les solidaristes<sup>1660</sup> – est évacuée chez le juriste français. Dans *L'Etat, le*

<sup>1655</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.1.

<sup>1656</sup> Freund (1990), p. 249 ; cf. Weber (1971), p. 321-322.

<sup>1657</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I.

<sup>1658</sup> Weber (1971), p. 322.

<sup>1659</sup> Les vives protestations que Duguit oppose à la stricte séparation entre *Sein* et *Sollen* élaborée par Kelsen est la manifestation par excellence de ce trait de la pensée du juriste français : « *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. Le droit est en effet un ensemble de règles, mais de règles nées de besoins pratiques qui sont des faits de Sein. Elles s'appliquent à des activités individuelles qui sont aussi des faits de Sein, comme le reconnaît d'ailleurs Kelsen. [...] Qu'on oppose le concept de l'être et celui du devoir, le concept de Sein et celui du Sollen, fort bien. Mais qu'on place l'ordonnement juridique en dehors de la vie réelle, en dehors du Sein c'est ce à quoi je ne saurais souscrire* ». Cf. Duguit (1927), p. 64.

*droit objectif et la loi positive*, il lui semble oiseux de se demander si la solidarité est bonne ou mauvaise en soi<sup>1661</sup>. Au même titre, Duguit semble, à sa façon, sensible à la distinction kantienne entre droit et morale. Pour le maintien de la cohésion sociale, le fait de la solidarité engendre des prescriptions qui ne visent que les interactions sociales, les rapports *extérieurs* entre les hommes. Selon le juriste français, l'interdépendance sociale n'a nullement pour conséquence de modifier la substance de la volonté ou le for intérieur de l'individu. Elle implique uniquement des limites au comportement extérieur des hommes en société<sup>1662</sup>.

La démarche méthodologique retenue par le juriste bordelais impose de relier l'observation de l'être social à la détermination du devoir être juridique<sup>1663</sup>. Une analyse empirique du comportement des acteurs sociaux doit donc permettre de révéler l'existence d'une règle de droit. Duguit procède d'une telle manière pour démontrer comment le caractère obligatoire des normes juridiques est un produit de l'activité sociale. L'analyse de ce point doit également nous permettre de montrer en quoi le rapport de Duguit aux juristes allemands – et à Jellinek en particulier – fut *ambivalent*. La relation intellectuelle entre le juriste français et ses homologues d'outre-Rhin est balotée entre des manifestations de vive répulsion et des actes notables d'approbation. L'hostilité de Duguit envers la pensée juridique allemande s'affiche en de multiples occasions dans ses écrits. Le premier titre de notre recherche y a été très largement consacré. Il est désormais temps de montrer le profit que le Doyen de Bordeaux est parvenu à tirer de la doctrine allemande de droit public.

Quand il en vient à déterminer la source des obligations juridiques, Duguit le fait en ratifiant pour une large part un chapitre capital de *L'Etat moderne et son droit* de Georg Jellinek où le publiciste allemand élabore sa définition des normes juridiques<sup>1664</sup>. Dans la partie de son maître ouvrage consacrée à la théorie sociale de l'Etat, Jellinek refuse de conditionner le caractère juridique d'une norme à l'existence d'une contrainte étatique. Sur l'appui des postulats de la philosophie kantienne, Jellinek établit, nous l'avons vu, que le droit est un phénomène humain interne qui n'est constitué que de représentations mentales ayant leur siège dans l'esprit humain<sup>1665</sup>. Sur ces prémisses, Jellinek tente de déterminer les éléments qui constituent la *force obligatoire* des normes juridiques<sup>1666</sup>. Le juriste allemand estime qu'une norme est

---

<sup>1660</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1.

<sup>1661</sup> Duguit (2003), p. 101.

<sup>1662</sup> Duguit (1927), p. 87.

<sup>1663</sup> *Ibid.*, p. 92 : « *Seul un élément social naturel peut faire d'une norme économique ou morale une norme juridique et il appartient au sociologue de la déterminer par l'observation* ».

<sup>1664</sup> Duguit (2003), p. 124 s.

<sup>1665</sup> Jellinek (2005), p. 503. Sur Jellinek, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.1.

<sup>1666</sup> *Ibid.*, p. 504. Pour être précis, Jellinek estime que les règles juridiques cumulent trois caractéristiques qui ne peuvent être retrouvées dans les règles éthiques ou morales. En effet, les règles

« obligatoire quand elle possède la puissance d'agir comme motif pour déterminer la volonté ; mais cette puissance lui vient de la conviction que nous avons et que nous ne pouvons dériver de plus loin, et d'après laquelle nous sommes obligés de lui obéir »<sup>1667</sup>. En d'autres termes, le droit est avant tout constitué de l'ensemble des normes dont les assujettis nourrissent la conviction qu'elles doivent être observées par tous<sup>1668</sup>. Cette conviction intime des justiciables est façonnée par une série de forces sociales qui impriment le sceau de l'obligation dans la conscience des hommes. A ce titre, Jellinek observe qu'il existe une multitude de puissances sociales capables de susciter un tel sentiment : « la pression non organisée qu'exercent sur l'individu et sur la collectivité la coutume sociale en général, les règles de bon ton dans certaines classes de la société et dans certaines carrières, les liens religieux, la presse et la littérature, est beaucoup plus forte que toute contrainte imposée par l'Etat »<sup>1669</sup>. Ces différents facteurs sociaux apparaissent au juriste allemand comme les véritables garanties de l'ordre juridique dont la sanction étatique n'est qu'une forme particulière<sup>1670</sup>. Cette dimension socio-psychologique assignée au droit est au diapason de la doctrine de Duguit. Pour ce dernier, la règle de conduite qui découle de la solidarité sociale devient règle de droit lorsqu'elle est pourvue de la « garantie psycho-sociale » nécessaire. Cette garantie réside dans la conscience qu'ont les membres du corps social des liens de solidarité qui les unissent et des actes à accomplir et à prohiber pour assurer leur pérennité<sup>1671</sup>. Le caractère juridique d'une norme étant soumis à la conviction subjective qu'elle doit être respectée par tous, Duguit dénie en toute logique la qualité de règle de droit à certaines normes du droit positif français dont il constate une faible observation de la part de la population. Les conditions de validité des règles de droit se réduisent ainsi, chez le Doyen de Bordeaux, à la seule question de leur efficacité<sup>1672</sup>. Duguit prend comme exemple le cas de la loi du 5 avril 1910 sur les retraites paysannes et ouvrières en mettant en doute sa qualité de règle de droit au motif que seulement un tiers des ouvriers et paysans s'est conformé à l'obligation de s'affilier à une caisse de pension pour les retraites<sup>1673</sup>. Dans ce même esprit, la désuétude d'une loi apparaît comme la véritable cause de sa disparition bien plus que l'acte d'abrogation

---

de droit ne visent que les rapports externes des hommes entre eux ; ce sont des règles promulguées par une autorité extérieure et reconnue ; ce sont des règles dont l'obligation est garantie par des forces externes. Mais c'est bien sur les sources de la force obligatoire des normes juridiques que se concentre l'analyse du publiciste allemand.

<sup>1667</sup> Ibid.

<sup>1668</sup> Ibid.

<sup>1669</sup> Ibid., p. 507.

<sup>1670</sup> Ibid., p. 508.

<sup>1671</sup> Duguit (2003), p. 126.

<sup>1672</sup> Pisier-Kouchner (1972), p. 123.

<sup>1673</sup> Duguit (1927), p. 113. François Géný contesta la pertinence de cet exemple. Pour le juriste nancéen, la faible observation de cette loi tenait à l'absence pratique de sanction pour assurer le respect de l'obligation de s'assurer. Cf. Géný (1924), p. 171.

formelle<sup>1674</sup>. La véritable source du droit est ainsi moins la volonté du législateur positif que l'état de conscience général de la société<sup>1675</sup>. A cet égard, Duguit reconnaît le rôle important que joue l'opinion publique comme révélateur de la conformité d'une loi positive à la règle de droit<sup>1676</sup>.

Duguit trouve un second élément plaidant en faveur de la dimension juridique de la solidarité sociale dans la théorie jellinékienne de la *force normative du factuel*. Le juriste allemand observe une attitude constante de l'être humain à conférer une valeur normative au fait. A l'origine de tout système juridique se trouve l'exercice constant et régulier d'une série de pratiques dont l'homme se convainc peu à peu de leur caractère obligatoire. Cela en raison d'une propension naturelle de l'homme à reproduire avec plus de facilité ce qu'il a déjà fait une fois<sup>1677</sup>. Selon Jellinek, un état de fait donné a donc toujours une tendance psychologique à se transformer en situation de droit. Les pratiques et les habitudes sociales auraient la faculté de se muer en prescriptions obligatoires dans l'esprit humain, une inclination face à laquelle la contrainte étatique, dénuée du concours des autres forces sociales, est le plus souvent impuissante à inverser le cours. Fidèle à la doctrine de Jhering, Jellinek précise ses conceptions en affirmant que le droit est, en dernière analyse, le résultat des luttes entre les intérêts divers et opposés qui constituent le moteur de l'évolution sociale<sup>1678</sup>. Ces rapports factuels d'intérêts deviennent rapports de droit lorsqu'un compromis stable et durable a pu être trouvé entre eux.

Au terme de cette analyse, il apparaît que le droit positif découle bien plus du fait social que de la volonté souveraine de l'Etat. Duguit n'accorde que d'assez brèves considérations aux développements théoriques de Jellinek. Il remarque qu'ils démontrent la formation spontanée et surtout extra-étatique des normes juridiques<sup>1679</sup>. A notre sens, il est regrettable que Duguit n'ait pas poussé plus avant le dialogue avec son collègue

---

<sup>1674</sup> Et le juriste français sait user de conjectures pour appuyer sa démonstration : « *Croit-on notamment que l'obligation de l'impôt et celle du service militaire prennent leur source et leur force dans le commandement formulé par l'Etat ? S'il en était ainsi, cette force serait bien précaire, car la puissance publique serait dans l'impossibilité absolue d'assurer l'exécution de ces obligations. Qu'on imagine que seulement quelques milliers de citoyens refusent l'impôt ou le service militaire, et voilà l'Etat, prétendu tout-puissant, dans l'impossibilité matérielle d'assurer l'exécution d'une règle dont il aurait seul institué le caractère obligatoire. Si l'impôt et le service militaire sont véritablement obligatoires, c'est que la norme qui les impose est une création spontanée de la vie sociale* ». Cf. Duguit (1927), p. 113-114.

<sup>1675</sup> Ibid., p. 115.

<sup>1676</sup> Duguit (1913), p. 78-79.

<sup>1677</sup> Jellinek (2005), p. 511-512 : « *Chez tous les peuples, dès l'origine, on considère comme droit véritable ce qui, en fait, est exercé comme droit. L'exercice continu de ce droit engendre l'idée de la normativité de cet exercice, et la norme apparaît alors comme commandement autoritaire obligeant la communauté, donc comme norme juridique* ».

<sup>1678</sup> Ibid., p. 515.

<sup>1679</sup> Duguit (2003), p. 126.

d'outre-Rhin sur ce point. La théorie de la force normative du factuel eût constitué une assise solide au projet méthodologique de Duguit basé sur l'interaction constante entre sociologie et science du droit. Le système doctrinal du juriste français est précisément fondé sur l'articulation entre le fait de solidarité, mis en lumière par l'analyse sociologique, et les règles régissant le comportement humain qui en découlent, objet plus immédiat de la science juridique. La solidarité sociale peut, en effet, se définir par l'ensemble des pratiques régulières et constantes régissant les interactions entre les membres d'une même société, pratiques que ces derniers estiment obligatoires car elles leur apparaissent nécessaires au maintien de la cohésion sociale. La transformation des rapports sociaux réguliers en formes juridiques stables avait par ailleurs également mis à jour par Durkheim. Le sociologue français avait lui aussi perçu que la « *vie sociale, partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisation même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis* »<sup>1680</sup>. Il ajoutait, en outre, que l'intensité et la nature des relations sociales génèrent nécessairement les règles de droit propres à les exprimer<sup>1681</sup>. Sur ces prémisses qui ressemblent à s'y méprendre aux propos de Jellinek sur *la force normative du factuel*, nous savons que Durkheim en a tiré une conclusion méthodologique fondamentale. En effet, il estime que l'on ne peut connaître la nature des rapports sociaux – le type de solidarité – qui gouverne une société donnée, « *fait interne* » qui échappe à l'observation directe, sans passer par l'analyse de son système juridique, soit « *le fait extérieur* » qui symbolise ce type de relations sociales<sup>1682</sup>. Assurément, Duguit aurait pu mobiliser avec plus de vigueur tant Jellinek que Durkheim, deux auteurs avec lesquels il a beaucoup dialogué par ailleurs.

### 2.2.2 Le droit et la contrainte

Dans la pensée de Duguit, la juridicité d'une norme ne découle pas uniquement du sentiment subjectif de son caractère obligatoire. Il faut en outre que ce sentiment porte sur la nécessité d'une contrainte capable d'assurer le respect de la norme<sup>1683</sup>. En effet, dès lors qu'un acte contraire aux types de solidarité qui prévalent dans la société suscite une réaction de réprobation chez la majeure partie de ses membres, nous sommes, selon Duguit, en présence d'une règle de droit<sup>1684</sup>. Il faut cependant que la réaction de la société soit d'une certaine intensité puisqu'il importe que la masse des consciences individuelles s'accorde sur la nécessité d'une « *réaction socialement organisée* » pour

<sup>1680</sup> Durkheim (2013), p. 29.

<sup>1681</sup> Par exemple, d'un point de vue quantitatif, le « *nombre de ces relations est nécessairement proportionnel à celui des règles juridiques qui les déterminent* ». Cf. Ibid.

<sup>1682</sup> Ibid., p. 28.

<sup>1683</sup> Duguit (2003), p. 114. Cf. Réglade (1932), p. 29.

<sup>1684</sup> Duguit (2003), p. 116. Duguit (2008), p. 193.

que la règle transgressée puisse être qualifiée de règle de droit<sup>1685</sup>. Les règles dont la violation n'entraîne qu'une réaction sociale diffuse et inorganique ne sont pas encore des règles de droit<sup>1686</sup>. Pour cela, de telles normes doivent « *apparaître à la masse des esprits comme tellement importantes pour la vie sociale [...] que l'intervention de la force collective pour les sanctionner apparaît à tous naturelle et légitime* »<sup>1687</sup>. Une telle réaction ne concerne donc que les atteintes les plus graves au lien social face auxquelles l'inaction serait de nature à mettre en péril la cohésion du groupe. La réaction de la « *masse des consciences individuelles* » ne crée cependant pas la règle de droit. Une telle optique renouerait avec une conception subjectiviste et métaphysique de l'origine du droit, où des volontés subjectives possèderaient pas essence un pouvoir de création juridique. Dans le système objectiviste élaboré par Duguit, la règle de droit est inhérente au fait d'interdépendance sociale. Les réactions des membres du corps social n'agissent qu'à titre de révélateur. La juridicité de la règle ne découle pas de sa conformité à un idéal transcendant mais s'établit par le constat d'un fait observable : la réaction de la masse des consciences individuelles. Cette factualité de la norme juridique a un impact direct sur la méthode que devra employer le juriste en quête des règles de droit en vigueur. En effet, la dimension psychosociologique des règles de droit implique, pour les juristes, un important travail de psychologie sociale dans le travail de détermination de normes juridiques<sup>1688</sup>. La doctrine juridique du Doyen de Bordeaux est bel et bien, à tout le moins dans ses ambitions, interdisciplinaire.

Il convient d'être attentif à certaines précautions de langage employées par le Doyen de Bordeaux dans sa définition de la règle de droit. Il utilise les termes de « *réaction socialement organisée* », « *d'intervention de la force collective* » ou de « *réaction sociale recevant une organisation plus ou moins développée* »<sup>1689</sup> afin de déterminer le critère distinctif des règles juridiques. En revanche, le juriste français se garde bien, comme Jellinek avant lui, d'assimiler ces formes de garanties des règles de droit à la contrainte exercée par l'appareil d'Etat. La lecture de Spencer et de Durkheim a appris à Duguit que les sociétés primitives sont dotées de règles dont la violation entraîne une sanction sociale en l'absence de toute appareil d'Etat<sup>1690</sup>. Il importe seulement que les membres d'un groupe social aient connaissance – aussi rudimentaire, inconsciente ou spontanée soit-elle<sup>1691</sup> – de la nature du lien social et des actes à répri-

---

<sup>1685</sup> Duguit (1927), p. 81 : « *une norme sociale peut être qualifiée de juridique lorsque la masse des esprits admet que la réaction sociale qu'entraîne sa violation peut être socialement organisée par l'emploi de la contrainte ou, en d'autres termes, quand l'emploi de la contrainte contre le violateur de cette norme ne produit plus de réaction sociale* »

<sup>1686</sup> Ibid., p. 93.

<sup>1687</sup> Ibid.

<sup>1688</sup> Ibid., p. 117.

<sup>1689</sup> Ibid., p. 110.

<sup>1690</sup> Duguit (2003), p. 117 ; Duguit (1927), p. 95 et 111. Duguit cite l'exemple du lynchage comme type de répression sociale où l'intervention d'un pouvoir d'Etat est totalement absente.

mer ou à tolérer pour le maintien de la cohésion du groupe et qu'ils ressentent comme légitime une telle répression. Une telle conception des normes juridiques aboutit à la distinction claire entre droit et Etat en ce que le premier est antérieur au second<sup>1692</sup>. Duguit admet tout au plus l'intervention de l'Etat comme un produit de l'évolution historique, en ce que la distinction entre gouvernants et gouvernés aboutit à conférer aux premiers la fonction d'assurer l'effectivité des règles de droit<sup>1693</sup>. Duguit se place ici en opposition à l'œuvre de Jhering et à toute doctrine, comme celle de Carré de Malberg<sup>1694</sup>, qui font de la contrainte étatique la condition *sine qua non* de la juridicité des règles. Avec le juriste allemand, Duguit reconnaît qu'il n'y a de règle de droit qu'en présence d'une contrainte<sup>1695</sup>. En revanche, il n'admet pas que la notion de contrainte soit limitée à l'appareil de coercition étatique. Cette opposition entre Duguit et Jhering ne peut trouver une explication que si l'on rappelle le *leitmotiv* qui surdétermine tout le système élaboré par le Doyen de Bordeaux qui veut que « *la notion de droit n'a de valeur que si elle permet de limiter positivement et négativement les pouvoirs des gouvernants ou de l'Etat* »<sup>1696</sup>. Dans le système de Duguit, les règles de droit sont le produit de la structure de la société, une émanation spontanée de la vie sociale. Les sources du droit dépassent de très loin la seule volonté de l'Etat. Sur ce point précis, Duguit avoue lui-même la parenté de sa pensée et de la doctrine professée par Gierke et Preuss<sup>1697</sup>. Ces auteurs avaient eux aussi soutenu que le droit émane spontanément de la vie pratique des différents groupes corporatifs<sup>1698</sup>. Cette perspective amoindrit le pouvoir de l'Etat ; son rôle n'est plus de créer les règles de droit par son pouvoir de contrainte, mais simplement de les constater et d'en organiser la sanction pratique<sup>1699</sup>. En revanche, la doctrine de Jhering ou de Carré de Malberg, qui confèrent à l'Etat une fonction de créateur et de gardien exclusif du droit demeure in-

<sup>1691</sup> Duguit observe par ailleurs qu'il faudrait plutôt parler de sentiment de la solidarité que de concept de solidarité pour caractériser le mode d'appréhension de la majorité des individus. En effet l'idée de solidarité est, « *pour la grande masse des hommes, mal définie ; elle est une perception obscure, à moitié inconsciente, je dirais une intuition* ». Cf. Duguit (1927), p. 116.

<sup>1692</sup> Duguit (2003), p. 117-118 : « *La conception d'une règle de droit, comprise comme règle sociale, investie d'une sanction sociale, est complètement indépendante de la notion d'Etat, que cette conception est antérieure, supérieure à la notion d'Etat et plus compréhensive. Nous n'avons pas encore parlé de l'Etat, et par la simple observation de la structure générale des sociétés, et de la représentation que les hommes s'en forment, nous sommes arrivés à la notion d'une règle de conduite, sociale par son fondement et sa sanction ; elle ne peut être que la règle de droit* ».

<sup>1693</sup> Duguit (1927), p. 97.

<sup>1694</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.

<sup>1695</sup> Sur le lien entre droit et contrainte chez Jhering, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.

<sup>1696</sup> Duguit (2003), p. 121.

<sup>1697</sup> *Ibid.*, p. 131 s. ; Duguit (1927), p. 101.

<sup>1698</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4.

<sup>1699</sup> *Ibid.* Cf. la distinction entre loi normative et loi constructive, *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.3.

capable de penser la limitation de l'Etat par le droit, autrement que par les impasses logiques et conceptuelles que constitue la théorie de l'autolimitation de l'Etat<sup>1700</sup>.

### 2.2.3 La question du sentiment de justice

Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit ajoute un élément à sa définition de la règle de droit qui demeurerait absent de la première description proposée dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Dans son traité, le juriste français estime que les hommes n'encouragent pas uniquement la répression des actes qui menacent la cohésion sociale. Ce sont également tous les agissements qui heurtent de plein fouet le *sentiment de justice* prédominant qui font l'objet d'une volonté de coercition socialement organisée<sup>1701</sup>. L'apparition du sentiment de justice dans la doctrine de Duguit est assez tardive puisqu'il faut attendre la seconde édition du premier volume du *Traité de droit constitutionnel*, publiée en 1921, pour en trouver la première formulation explicite<sup>1702</sup>. Cette inflexion tardive de la doctrine du Doyen de Bordeaux peut trouver un élément d'explication dans la biographie du juriste français. En 1916, Pierre Duguit, le second fils de Léon, est tué lors de la bataille de Verdun. Il était âgé de 23 ans. Selon les témoignages qui nous sont parvenus, ce drame plonge Léon Duguit dans un profond désarroi, poussant sa pensée « *vers de nouvelles inflexions, que l'on attribuera à une quête métaphysique nouvelle* »<sup>1703</sup>. La volonté de fonder la règle de droit sur la notion de juste peut raisonnablement apparaître comme le résultat de cette quête. Ne sachant sonder les cœurs et les âmes avec effet rétroactif, nous nous abstenons de juger le bien-fondé de cette hypothèse, préférant nous concentrer sur la construction dogmatique de ce « sentiment de justice ».

Selon Duguit, l'observation démontre que l'homme est toujours habité d'un double sentiment : le sentiment de sa socialité qui le conduit à réprouver les actes nuisibles à la solidarité et le sentiment de justice qui le pousse à s'insurger contre tous les actes qui portent atteinte à l'autonomie individuelle<sup>1704</sup>. La règle de droit couvre ainsi les actes qui choquent le sentiment que tout homme possède quant à sa qualité d' « *individu ayant une certaine autonomie ; [chacun] a le sentiment d'être soi-même, le sentiment de son moi, sentiment égoïste en prenant le mot au sens propre et étymologique,*

---

<sup>1700</sup> Pour la critique du guiste de ce concept, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 2.

<sup>1701</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>1702</sup> On en trouve une première trace dans une conférence prononcée en 1908 à l'Ecole des hautes études sociales. Duguit y affirme que le seul fait de l'interdépendance sociale est impuissant à lui seul à justifier certaines règles – en l'occurrence l'assistance médicale aux plus vulnérables – et qu'il faut souvent y ajouter « *le sentiment de la pitié pour la souffrance humaine* ». Cf. Duguit (1922), p. 67-68. Jean-Michel Blanquer et Marc Milet en déduisent que le sentiment de justice était présent de longue date dans le système du guiste. Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 197.

<sup>1703</sup> Blanquer/Milet (2015), p. 253. Sur l'origine du sentiment de justice chez Duguit, cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 97-98.

<sup>1704</sup> *Ibid.*, p. 120.

*sentiment égoïste dont, à vrai dire, le sentiment de justice n'est que le prolongement* »<sup>1705</sup>. Cette apparition tardive du sentiment de justice dans l'œuvre de Duguit ne va pas sans susciter des interrogations chez le commentateur, tant la construction dogmatique de cette notion nous apparaît chargée d'ambiguïtés. En premier lieu, Duguit se défend d'introduire un concept *a priori* dans la théorie du droit. Il affirme que le sentiment de justice varie en permanence au gré de l'évolution des sociétés<sup>1706</sup>. Cependant, il soutient que le sentiment de justice est « *propre à la nature humaine* »<sup>1707</sup> et que son objet demeure identique à travers le temps bien qu'il puisse se manifester sous diverses formes<sup>1708</sup>.

En second lieu, la teneur exacte de ce sentiment de justice n'est pas propre à dissiper l'étonnement du lecteur. En effet, le sentiment de justice se traduirait, en tout temps, dans l'esprit des hommes en deux exigences. Tout d'abord, chacun aurait « *le sentiment que chaque individu doit recevoir un salaire proportionnel à la besogne qu'il accomplit dans le groupement social, ou, en d'autres termes, que tout individu doit avoir dans la collectivité une place correspondante au rôle qu'il y joue, aux services qu'il y rend* »<sup>1709</sup>. Ensuite, le sentiment de justice impliquerait l'aspiration de toute conscience humaine à une égalité entre les valeurs et les services échangés<sup>1710</sup>. En somme, le sentiment de justice s'oriente vers la protection de l'individualité à travers un double idéal de justice distributive, en ce qui concerne les relations de l'individu au groupe social dans son ensemble, et de justice commutative, relativement aux rapports entre les individus. L'élément le plus frappant tient dans les sources mobilisées par Duguit dans l'élaboration de la notion de sentiment de justice. Outre une référence plutôt cosmétique aux travaux d'Aristote, Duguit place ses développements théoriques entièrement sous le patronage de la *Somme théologique* de Saint Thomas d'Aquin<sup>1711</sup>, une œuvre que le juriste français connaissait de longue date<sup>1712</sup>. L'invocation d'une doctrine philosophique, formulée par un théologien de surcroît, de la part de Duguit est suffisamment rare pour être signalée. Duguit n'a pas manqué d'apercevoir la contradiction qu'une telle attitude dévoilait. Il se défend cependant d'avoir abandonné la méthode sociologique et positiviste car, selon lui, les écrits d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin s'affichent comme des précurseurs de la sociologie positive, dans la mesure où l'on trouve chez ces auteurs « *l'effort constant de résoudre tous les problèmes du droit politique par la seule observation des faits* »<sup>1713</sup>.

<sup>1705</sup> Ibid., p. 120-121.

<sup>1706</sup> Ibid., p. 121. Cf. Réglade (1932), p. 31.

<sup>1707</sup> Duguit (1927), p. 120-121.

<sup>1708</sup> Ibid., p. 121.

<sup>1709</sup> Ibid.

<sup>1710</sup> Ibid., p. 122.

<sup>1711</sup> Ibid., p. 122-123.

<sup>1712</sup> Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 52-53.

<sup>1713</sup> Duguit (1927), p. 127.

En troisième et dernier lieu, le sentiment de justice semble avoir chez Duguit une signification théorique flottante. Duguit commence par affirmer que « *pour qu'une règle soit norme juridique, il ne suffit pas qu'elle soit conforme au sentiment de la solidarité sociale, il faut encore qu'elle corresponde au sentiment que la masse des esprits se forme de la justice* »<sup>1714</sup>. Ici, la conformité du contenu de la norme au sentiment de justice – et au sentiment de socialité – est la condition de son caractère juridique. Plus loin, Duguit écrit que « *la règle économique ou morale devient règle de droit lorsque la masse des hommes composant un groupe donné comprend que son respect est indispensable au maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste qu'elle soit sanctionnée* »<sup>1715</sup>. Ici, la juridicité de la norme dépend uniquement de l'adéquation entre le sentiment de justice et l'opportunité d'une réaction socialement organisée. La distinction n'est pas toujours très claire. A notre sens, Duguit devait simplement avoir à l'esprit que la contrainte socialement organisée des atteintes à une norme est jugée juste et légitime par les membres d'un groupe social dès lors que le contenu de ladite norme est conforme au sentiment qu'ils se font de la justice<sup>1716</sup>.

L'apparition du sentiment de justice dans la doctrine de Duguit bouleverse-t-elle la nature de la conception duguiste des conditions d'émergence du droit ? Il nous serait possible de répondre que non, en ceci que la règle de droit demeure, chez le juriste français, une création spontanée de la vie sociale qu'un travail de psychologie sociale a pour mission de dévoiler. Le caractère juridique d'une norme de la vie sociale dépend d'un consensus social sur son caractère obligatoire et sur l'instauration d'une contrainte socialement organisée dirigée contre les transgressions de ladite norme. Un tel consensus est acquis dès lors que la répression des atteintes à la norme apparaît pour la société nécessaire au maintien de la cohésion sociale et des principes fondamentaux de la justice distributive et commutative. Cependant, Duguit affirme que le sentiment de justice est un élément permanent de la nature humaine, avant de dévoiler les formes immuables prises par ce sentiment. Ainsi la règle de droit ne semble plus uniquement être un produit de l'évolution toujours mouvante de la société. La juridicité de la norme sera acquise uniquement si le contenu de son impératif s'avère

---

<sup>1714</sup> Ibid., p. 122.

<sup>1715</sup> Ibid., p. 127-128 ; de même, ibid., p. 125 : « *La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale, la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et de la transformation de la règle de droit* ».

<sup>1716</sup> A cet égard, nous pourrions citer une dernière assertion du Doyen de Bordeaux qui semble le mieux traduire sa conception du rapport entre règle de droit et sentiment de justice : « *J'ajoute maintenant que pour qu'il y ait règle de droit, il faut que la sanction d'une règle sociale par l'emploi de la force collective soit conforme au sentiment que l'on a de la justice commutative et de la justice distributive au moment considéré, que la non-sanction de cette règle soit contraire à ce double sentiment, parce que l'acte qui viole ladite règle est attentatoire à l'une des deux formes de justice* ». Cf. Ibid., p. 124-125.

conforme à un idéal de justice distributive et commutative que Duguit croit inhérent à la nature humaine, donc posé en amont de toute expérience. Il va sans dire que l'introduction du sentiment de justice ne va pas sans mettre en péril le projet épistémologique du Doyen de Bordeaux, basé sur la seule observation des faits<sup>1717</sup>. Il est indéniable que Duguit ne s'est plus satisfait, à un moment donné de son cheminement intellectuel, du strict positivisme sociologique qui entend déduire la règle de droit de la simple observation des comportements sociaux. Le juriste français a perçu que le passage de l'indicatif à l'impératif exigeait une forme de supplément d'âme dont il trouve la clé dans le sentiment de justice qui habite tout homme et qui l'amène à exiger la garantie de certains droits et de certains devoirs par la force collective. On ne peut dès lors plus conclure à la juridicité d'une règle de la vie sociale sur le simple constat empirique qu'un certain comportement suscite une réaction de la masse des consciences individuelles poussant à sa répression. Il faut encore que l'on procède à une investigation morale pour déterminer si cette réaction découle d'un sentiment de justice orienté vers un idéal de justice distributive ou commutative. Cette évolution de la pensée de Duguit est problématique en ceci qu'elle introduit un élément *métaphysique* – c'est-à-dire qu'il ne peut être constaté par les sens<sup>1718</sup> – dans l'étude du droit. Or Duguit n'admet jamais un quelconque recours à la métaphysique dans l'édification de son système. Il remémore invariablement sa fidélité à l'épistémologie positiviste basée sur l'étude des faits observables. En ceci, on peut conclure, avec François Génay, que la présence de la métaphysique dans la pensée de Duguit a quelque chose de non avoué, de latent et, au final, de « *presque honteux* »<sup>1719</sup>.

## Conclusion

A l'aide des doctrines sociologiques de son temps, Duguit s'est peu à peu formé une représentation de la société agissant comme une totalité fonctionnelle, capable de se créer par elle-même les règles nécessaires à son fonctionnement. De l'organicisme de ses débuts au solidarisme en passant par la sociologie durkheimienne, le juriste français a toujours cru en une sorte d'harmonie préétablie du corps social, où chaque élément est appelé à occuper une fonction précise au sein du tout. En effet, Duguit développe une vision du monde social profondément irénique, où la notion de conflit ou de lutte est totalement absente<sup>1720</sup>. Ce bref rappel était d'importance puisque les grands axes de la théorie du droit et de l'Etat du Doyen de Bordeaux découlent directement

<sup>1717</sup> Sur ce point, cf. Génay (1915), p. 269 ; Jèze (1932), p. 141, Pisier-Kouchner (1972), p. 100 s.

<sup>1718</sup> Pour un rappel de la définition de la métaphysique dans l'épistémologie de Duguit, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>1719</sup> Génay (1915), p. 270.

<sup>1720</sup> Nous verrons que cet irénisme aura des conséquences directes sur la conception du syndicalisme développée par le Doyen de Bordeaux. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.6.

de sa notion de société, le social et le juridique étant étroitement entremêlés dans sa doctrine.

La sociologie a permis à Duguit de poser le postulat de l'extériorité des règles de droit par rapport à toute volonté. Le droit étant, selon lui, une émanation spontanée de la vie sociale, Duguit peut refuser à la volonté individuelle toute force de création juridique. Lorsqu'il en vient à déterminer le rôle de la subjectivité dans les conditions d'émergence du droit objectif, le juriste français se garde bien d'affirmer que les règles de droit sont le fruit d'un acte de *volonté*, mais qu'elles sont simplement révélées par le soulèvement de la masse des *consciences* individuelles, qui s'accordent sur la nécessité de mobiliser la contrainte afin de sanctionner des règles qui répondent à leur *sentiment* de justice. Ce dispositif conceptuel est cohérent au regard de l'objectif de Duguit qui consiste à démontrer que la volonté de l'Etat ne crée pas le droit. En effet, la règle de droit se révèle *avant* que la volonté de l'Etat n'intervienne pour la sanctionner. Cependant, nous nous demandons néanmoins si Duguit n'a pas simplement substitué un subjectivisme à un autre. Il a certes exclu l'intervention de la volonté des gouvernants dans la détermination du contenu des règles de droit, mais pour mieux laisser la force impulsive en la matière à la « conscience » des individus ou à leur « sentiment » de justice. Dès lors, le risque d'arbitraire n'est pas totalement évacué<sup>1721</sup>. Un corps social en état de crise morbide est tout autant susceptible d'en appeler à des règles et principes arbitraires que des gouvernants investis du droit souverain de commander au nom de la nation. Particulièrement sévère avec Duguit, Louis le Fur affirme que si les règles de droit sont dictées par les réactions de la masse des consciences individuelles, la doctrine de Duguit confie à la simple majorité numérique le pouvoir d'édiction des règles de droit. Duguit parviendrait par des chemins détournés aux mêmes conclusions que la philosophie politique de Rousseau qu'il prétend pourtant avoir liquidées<sup>1722</sup>. En d'autres termes, la théorie du droit de Duguit consacrerait en sous-main une forme de loi du plus fort<sup>1723</sup>. C'est peut-être en considérant cette hypothèse que Duguit s'est tardivement attaché à donner du corps à la notion de sentiment de justice en la déclinant selon un double idéal de justice distributive et de justice commutative<sup>1724</sup>.

La conception d'une règle de droit antérieure et supérieure à l'Etat – et donc au droit positif qu'il adopte par le biais de son pouvoir législatif – pose inévitablement la question du rattachement de Duguit à une forme ou à une autre de théorie du *droit naturel*<sup>1725</sup>. Le Doyen de Bordeaux s'est toujours défendu de céder à une quelconque ma-

---

<sup>1721</sup> Cf. Politis (1932), p. 75 ; Grimm (1973), p. 46.

<sup>1722</sup> Le Fur (1928), p. 385. Cf. également Le Fur (1932), p. 188 s.

<sup>1723</sup> Le Fur (1932), p. 196.

<sup>1724</sup> Cf. Gény (1924), p. 170.

<sup>1725</sup> Cf. la contribution de Philippe Raynaud spécifiquement consacrée à la question. Cf. Raynaud (1987), p. 169-180.

nière de jusnaturalisme, bien qu'il ait souvent été classé dans cette école par ses commentateurs<sup>1726</sup>. Pour le juriste français, la doctrine du droit naturel implique nécessairement d'admettre l'existence d'un droit immuable et valable en tout lieu, découvert par un travail de la raison<sup>1727</sup>. En partant d'une telle définition, Duguit éprouve peu de difficultés à démontrer l'opposition frontale entre sa théorie du droit et les doctrines jusnaturalistes. Chez Duguit, la règle de droit varie en fonction de l'époque et du lieu et ne se découvre pas sur la base de spéculations abstraites sur la nature humaine, mais grâce à un travail d'observation des comportements sociaux. En ceci, Duguit ne saurait être assimilé, comme Esmein le prétendit, à des auteurs comme Guizot ou Royer-Collard qui fondaient la légitimité de la loi sur la « *souveraineté de la raison* »<sup>1728</sup>. Tout au plus pourrait-on affirmer, comme le suggère habilement François Gény, que la conception du droit objectif de Duguit peut être rapprochée de la théorie du « droit naturel à contenu variable » défendue par le juriste allemand Rudolf Stammler (1856-1938)<sup>1729</sup>. Le rattachement de Duguit à l'école du droit naturel pourrait cependant être envisagé à l'aide d'autres arguments. En effet, si l'on suit Hans Kelsen sur ce sujet, les théories du droit naturel n'ont pas pour élément commun principal leur position sur l'immuabilité du droit<sup>1730</sup>. Elles se rejoignent avant tout sur deux autres points. En premier lieu, elles communient dans leur croyance en une *dualité du droit*. Elles postulent, d'une part, l'existence d'un *droit naturel*, conforme à la raison, à un idéal de justice, à la nature des choses ou, dans le cas de Duguit, à la structure objective de la société. Dans toutes ces hypothèses, le droit naturel se caractérise par son indépendance vis-à-vis de la volonté humaine<sup>1731</sup>. Par opposition, le droit positif n'est par un ordre « naturel » mais un ordre *artificiel* issu d'une volonté contingente. C'est pour cette raison, estime Kelsen, qu'il doit nécessairement être adossé à un système de contrainte pour être respecté. Le droit positif étant en dernier instance le produit d'un arbitraire humain, il ne pourra jamais présenter ce caractère d'immédiate évidence qui définit le droit naturel. La contrainte est dès lors la condition première de son effecti-

<sup>1726</sup> Gény (1901), p. 508 ; Barthélémy (1908), p. 161 ; Gény (1915), p. 252 ; Charmont (1927), p. 194 s. ; Eisenmann (1930), p. 231 s. ; Jèze (1932), p. 143.

<sup>1727</sup> Duguit (1928), p. 83-84.

<sup>1728</sup> Esmein (1914), p. 42-43. Cf. sur ce point Carré de Malberg (1920), p. 203.

<sup>1729</sup> Gény (1915), p. 242. Comme Duguit, Stammler croyait en l'existence d'une règle supérieure au droit positif variant au gré des circonstances historiques. Cf. Gény (1915), p. 151-152.

<sup>1730</sup> Cf. aussi Gény (1924), p. 173.

<sup>1731</sup> Kelsen (1997), p. 438. ; Selon Marcel Waline, c'est ce point qui distingue positivisme juridique et droit naturel : « *le positivisme juridique est volontariste, en ce sens que, pour lui, le droit est tout entier une création humaine [...] tandis que le partisan du droit naturel est objectiviste en ce sens que la valeur juridique d'une norme est appréciée par lui en fonction de sa conformité avec une règle ou des règles dont le contenu ne dépend pas de la volonté humaine, n'est pas arbitraire, mais est une donnée de la nature, de la raison ou de l'expérience, donnée qui a déjà en soi le caractère juridique, par conséquent, et constitue même l'échelon supérieur des normes juridiques* ». Cf. Waline (1939), p. 84.

tivité<sup>1732</sup>. En second lieu, les théories du droit naturel s'accorderaient, toujours selon Kelsen, sur les façons d'envisager les relations entre le droit naturel et le droit positif. Après avoir perçu la dualité existante entre le droit naturel et le droit positif, les doctrines du droit naturel finissent en règle générale par nier au droit positif la qualité de « véritable droit », compris comme un ordonnancement de règles juridiques ayant sa propre validité normative. Jamais un jusnaturaliste conséquent ne devrait admettre que le droit naturel et le droit positif coexistent en tant que deux systèmes de normes valables. Un théoricien du droit naturel se reconnaîtra plutôt à ceci qu'il niera la juridicité intrinsèque du droit positif, ne percevant en celui-ci qu'un acte de volonté relevant de la pure *factualité*. La validité juridique de cet acte de volonté dépendra uniquement de sa conformité au droit naturel<sup>1733</sup>. En ce sens, le dualisme à l'œuvre dans la doctrine du droit naturel n'est qu'un trompe-l'œil. Le droit naturel finit toujours par être reconnu comme le seul droit « véritable ». Ce droit idéal est alors souvent utilisé par ses théoriciens comme critère de jugement et d'évaluation du droit positif, soit pour le légitimer en reconnaissant sa conformité au droit naturel, soit pour le critiquer et le délégitimer en constatant son incompatibilité avec le droit idéal. Les théories du droit naturel ne sont donc jamais dénuées d'arrière-pensées politiques. Le droit naturel est bien souvent un instrument de critique ou de légitimation du pouvoir en place<sup>1734</sup>. A cet égard, Kelsen jugeait que la théorie du droit objectif de Duguit n'était qu'une variété de jusnaturalisme, pour cette raison précise que la théorie du droit du Doyen de Bordeaux souscrit « *au dualisme caractéristique [de la théorie du droit naturel] qui pose qu'il existe un droit véritable au-dessus du droit positif* »<sup>1735</sup>.

Nous souscrivons assez largement au point de vue de Kelsen. Duguit entre à plusieurs titres dans la définition idéal-typique de la théorie du droit naturel proposée par le juriste autrichien. En premier lieu, il admet que le droit objectif ne procède pas d'un acte

---

<sup>1732</sup> Ibid. p. 438-439 : « *Le droit positif est, dans son essence même, un ordre de contrainte, et l'est nécessairement – contrairement au droit naturel – puisque ses normes tirent leur origine de l'arbitraire d'une autorité humaine et ne peuvent, précisément à cause de cette source qui les distingue essentiellement de celles du droit naturel, avoir cette qualité d'immédiate évidence. Comme le contenu des normes du droit positif ne possède nullement cette « nécessité » interne propre aux normes du droit naturel en vertu de leur origine, comme elles ne règlent pas les rapports humains de telle sorte qu'ils ne puissent également être réglés autrement par d'autres normes de droit positif, on ne peut supposer chez les hommes dont le comportement est déterminé par ces normes, qu'ils en discernent l'équité et la justice. On doit compter avec la possibilité que les hommes agissent autrement que les normes de droit positif le prescrivent. C'est précisément pour cette raison que la contrainte est un élément indispensable du droit positif. La théorie qui présente la contrainte comme un caractère essentiel du droit est une théorie positiviste, et ne se rapporte qu'au seul droit positif* ».

<sup>1733</sup> Ibid., p. 459-460. Kelsen procède ici à une construction idéal-typique de la théorie du droit naturel. Il admet lui-même que les auteurs traditionnellement rattachés à l'école du droit naturel n'osent pas aller jusqu'à dénier au droit positif la qualité de « droit ». Cf. Ibid., p. 460-461.

<sup>1734</sup> Cf. Redor (1992), p. 78

<sup>1735</sup> Kelsen (1997), p. 181.

de volonté, mais qu'il émerge spontanément de la nature des rapports sociaux. En second lieu, il pose l'antériorité et la supériorité de ce droit objectif sur le droit positif, entendu comme le droit émanant de la volonté des gouvernants. En troisième lieu, Duguit renvoie la législation positive à son état de pure factualité. Il est ici judicieux de rappeler que Duguit estime que la force gouvernante relève du pur fait<sup>1736</sup> et qu'elle n'acquiert une quelconque valeur juridique que par son respect du droit objectif. En quatrième et dernier lieu, Duguit admet que le droit objectif doit servir de critère d'évaluation de la juridicité du droit positif<sup>1737</sup>. Cela ressortira plus clairement dans la partie de notre recherche consacrée à la théorie de la loi positive de Duguit. Le juriste français établira qu'une règle de droit positif peut être considérée comme juridiquement obligatoire uniquement si elle concorde, par son objet et par son but, avec les prescriptions du droit objectif<sup>1738</sup>. A ce propos, Duguit n'hésitera pas à écrire que la loi positive n'est rien de plus qu'un « document » servant au juriste à déterminer l'état du droit à un moment précis du développement social<sup>1739</sup>. La loi n'équivaut donc pas forcément au droit et le juriste doit être autorisé à invalider un tel « document » s'il s'avère contraire au droit véritable issu des liens de solidarité. Le rôle de l'interprète de la loi est donc capital puisqu'il lui revient de définir quelles dispositions prises par le législateur relèvent véritablement du droit. L'interprète du droit – qui est souvent un professionnel du droit comme un juge ou un Professeur de droit – acquiert donc un rôle politique considérable<sup>1740</sup>. Le Doyen de Bordeaux parvient ainsi aux mêmes conclusions *implicites* que la théorie du droit naturel. Il ne reconnaît en fin de compte qu'un unique et authentique droit, le droit objectif<sup>1741</sup>. Le point où Duguit se sépare véritablement de la dogmatique propre au droit naturel concerne les rapports entretenus entre le droit et la contrainte. Selon Kelsen, les théories du droit naturel jugent que la contrainte est superflue pour assurer le respect du droit naturel dans la mesure où il s'agit d'un complexe de normes qui s'impose naturellement en raison de sa source. Tel n'est pas le point de vue de Duguit qui tire un trait d'union indélébile entre le droit et la contrainte. C'est même par la notion de contrainte que le juriste bordelais parvient à distinguer les règles de droit des simples règles éthiques ou morales.

Passé ce détour par le lien entre la doctrine de Duguit et la théorie du droit naturel, il nous faut revenir à la question du rapport entre le droit objectif et la volonté. Si la volonté est, selon Duguit, privée de rôle dans la naissance de la règle de droit, elle n'en demeure pas moins son objet prioritaire. Comme le résumera Duguit : « à tout prendre,

<sup>1736</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 1.

<sup>1737</sup> Sur ce point, cf. Eisenmann (1930), p. 243 s.

<sup>1738</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.

<sup>1739</sup> Duguit (1927), p. 174.

<sup>1740</sup> Ce point ressortira en pleine lumière lorsque nous analyserons la question du contrôle de constitutionnalité des lois chez Duguit. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.

<sup>1741</sup> Réglade (1932), p. 57 ; Le Fur (1932), p. 204.

*la science du droit n'est autre chose que la science des rapports de volonté* »<sup>1742</sup>. En ce sens, le droit objectif immanent au lien social règle les possibilités de déploiement de la volonté. Il compose la gamme des pouvoirs juridiques des individus en fonction de leur position dans l'organisme social. Le droit objectif n'a donc pas pour vocation de protéger les droits prétendument subjectifs des individus – simples particuliers ou gouvernants – mais de leur octroyer les moyens de remplir la *fonction* qui leur incombe au sein du corps social. Ainsi le droit de propriété ou les prérogatives traditionnellement liées à la puissance publique seront assimilés à des institutions orientées vers un but social précis : le maintien de la solidarité sociale. C'est en substituant la notion de fonction à celle de droit subjectif pour saisir la position juridique des individus que Duguit parviendra à brouiller la séparation traditionnelle entre droit public et droit privé. Un témoignage de cette indistinction résidera également dans la théorie duguitienne de l'acte juridique. Si l'on admet la hiérarchie entre volonté gouvernante et volonté gouvernée qui se situe à la racine de la distinction entre droit public et droit privé, on est forcé d'admettre que les actes juridiques relevant du droit privé sont avant tout des actes plurilatéraux réunissant des volontés équivalentes qui ne peuvent créer de manière unilatérale un effet de droit. Par opposition, le droit public connaîtrait avant tout des actes juridiques unilatéraux où la volonté gouvernante est susceptible d'obliger unilatéralement la volonté gouvernée. Duguit contestera frontalement une telle logique de catégorisation. Dans son système, une manifestation de volonté, quelle que soit sa source, produira un effet de droit dès lors que son objet et son but sont conformes à la règle de droit. Il n'y a donc pas lieu de classer les actes juridiques selon la volonté dont ils émanent. A cet égard, Duguit tentera également de substituer à cette forme de subjectivisme une classification tout objective des actes juridiques. Ceux-ci seront classés uniquement en raison du type de situation juridique qu'ils entendent faire naître. Duguit élaborera en conséquence une table inédite des actes juridiques, valable autant en droit privé qu'en droit public.

Malgré tout, le système de Duguit ne pourra reposer sur une indistinction complète entre droit public et droit privé<sup>1743</sup>. Certes ils se confondent car la doctrine de Duguit ne reconnaît que des individus, tous pris dans les mêmes liens de solidarité. Ils sont ainsi tous soumis à la même règle de droit issue de ces liens. Cependant, gouvernants et gouvernés se distinguent en ceci que les premiers sont détenteurs d'une plus grande force qui leur confère un statut particulier. Le monopole de la contrainte socialement organisée dont ils disposent les place dans une position privilégiée puisqu'ils disposent des moyens nécessaires à la réalisation de la règle de droit. En conséquence, un devoir spécifique incombe aux gouvernants à qui il appartient de mobiliser leur plus grande force en faveur de la solidarité sociale. Ceci expliquera qu'ils puissent dis-

---

<sup>1742</sup> Duguit (2003), p. 462.

<sup>1743</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.3.4.

poser de prérogatives particulières qui font la spécificité du droit public. Pour des raisons de cohérence et de systématique, il nous faut distinguer l'examen de la contribution de Duguit à l'étude du droit privé de sa théorie du droit public, largement plus développée.



## 2<sup>e</sup> Partie :            **La règle de droit et la volonté individuelle : la critique de l'individualisme juridique**

### **Introduction**

Duguit est présenté, à juste titre, comme un spécialiste de droit public. Pourtant, sa contribution dans le domaine du droit privé est loin d'être négligeable. Son œuvre la plus célèbre dans ce domaine reste le cycle de conférences données à l'Université de Buenos Aires qui fera l'objet d'une publication en 1912<sup>1744</sup>. Malgré son appellation, le *Traité de droit constitutionnel* comporte également de nombreuses considérations qui relèvent du droit privé. Nous pensons au premier volume, en particulier à la partie consacrée à l'acte juridique<sup>1745</sup>. Le juriste français s'est lui-même fendu d'explications concernant ses incursions sur les terres du droit privé. En effet, Duguit affirme que droit public et droit privé ont subi des transformations symétriques produites par des causes semblables<sup>1746</sup>. Le Doyen de Bordeaux indique que, dans les deux cas, un « *système juridique d'ordre réaliste et socialiste remplace le système juridique antérieur qui était d'ordre métaphysique et individualiste* »<sup>1747</sup>. Nous ne pouvons saisir ce parallèle tracé entre les évolutions conjointes du droit privé et du droit public qu'en rappelant le problème de la « double souveraineté » dont Duguit estime qu'il constitue la source de bien des errements de la doctrine juridique française. L'analyse de la Déclaration de 1789 a permis au juriste français d'identifier deux formes d'affirmation de l'efficacité juridique de la volonté, posée en amont de toute observation. L'article 2 reconnaît des droits subjectifs à l'individu tandis que l'article 3 attribue le droit de commandement lié à la souveraineté à la nation, à laquelle on attribue fictivement une volonté<sup>1748</sup>. Dans la présente section, nous nous concentrerons sur la critique que

---

<sup>1744</sup> Léon Duguit, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912.

<sup>1745</sup> Duguit (1927), p. 316-450.

<sup>1746</sup> Duguit (1913), p. XI.

<sup>1747</sup> Ibid.

<sup>1748</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 3.

Duguit oppose à l'individualisme juridique et, surtout, sur le système qu'il entend lui substituer.

Dans la description élaborée par ses adversaires, excessive à bien des titres<sup>1749</sup>, l'individualisme juridique consiste à placer la source du droit dans l'individu, non pas l'individu concret, mais un individu abstrait de ses déterminismes sociaux, porteur d'une liberté inaliénable<sup>1750</sup>. En cela, l'individualisme juridique peut se décliner en trois propositions<sup>1751</sup>. En premier lieu, l'homme naturel et a-social est doté de droits subjectifs qui consacrent sa nature d'individu indépendant et autonome<sup>1752</sup>. Ensuite, la volonté individuelle est le fondement du droit. Cette seconde proposition – qui correspond à la doctrine de l'autonomie de la volonté – se traduit en deux postulats fondamentaux, exprimés ainsi par Emmanuel Gounot : « *D'une part, pas d'obligation sans contrat ; d'autre part, tout engagement contractuel est licite. Seul je peux m'engager à tout ce que je veux* »<sup>1753</sup>. La volonté individuelle est donc, en droit privé, la source première et la mesure des obligations et des droits. En dernier lieu, l'individualisme juridique assigne au droit la tâche d'organiser la coexistence des libres volontés individuelles, d'où le rôle accru du droit contractuel.

Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, ces différents postulats furent battus en brèche par un large mouvement, à la fois législatif, jurisprudentiel et doctrinal. De lourdes accusations étaient portées contre le Code civil, accusé au mieux d'être un « *code vieilli* » – en comparaison du BGB allemand entré en vigueur en 1900 – quand il n'était pas simplement assimilé à un « *code bourgeois* »<sup>1754</sup>. En 1904, La *Société d'études législatives* célébra le centenaire du Code Napoléon en faisant paraître deux imposants volumes d'études de droit civil. Le ton général de l'ouvrage permet de mesurer le degré de contestation manifesté par certains Professeurs de Droit à l'encontre du Code civil.

---

<sup>1749</sup> La doctrine contemporaine a montré les distorsions et les exagérations que le mouvement doctrinal qui s'exprimait au début du XX<sup>e</sup> siècle a fait subir au Code civil pour faire de celui-ci l'expression d'un individualisme sans nuance. Cf. Chénéde (2012), p. 155 s.

<sup>1750</sup> Morin (1917), p. 523.

<sup>1751</sup> Ranouil (1980), p. 130.

<sup>1752</sup> Pour Morin, l'individualisme juridique héritée de la philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle se décompose en un « *principe négatif : l'Indépendance des individus les uns à l'égard des autres* » ainsi qu'en un « *principe positif : l'Auto-dépendance de l'individu dans sa sphère de souveraineté* ». Cf. Morin (1917), p. 525.

<sup>1753</sup> Gounot (1912), p. 61.

<sup>1754</sup> Cf. Halpérin (2012), p. 171 ; Arnaud (1975), p. 79 ; on lira avec profit les anathèmes lancés par Edmond Piccard : « *le Code civil est le Code de l'individualisme bourgeois et capitaliste [...] l'épopée bourgeoise du droit privé* ». Cf. Edmond Piccard, *L'évolution historique du droit civil français*, Paris, Larcier, 1898, p. 68 ou encore le verdict rendu par Glasson : « *L'ouvrier a été presque entièrement oublié par le Code civil [...] Le code civil n'est que l'ensemble de la législation du capital ; il ne s'occupe pas de la législation du travail ; c'est un code bourgeois et non un code populaire [...] Notre Code est la loi d'une société bourgeoise et des familles qui possèdent un patrimoine plus considérable ; mais ce n'est pas le code du travail ni du travailleur* ». Cf. Ernest Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Cotillon, 1886, p. 6.

Dans une contribution, Albert Tissier déclarait que les principes individualistes exprimés par le Code, tels la liberté des conventions et le droit de propriété, profitaient, dans les faits, bien plus à la bourgeoisie qu'à la classe ouvrière<sup>1755</sup>. L'impossibilité de rescinder un contrat de travail pour lésion était l'un des nombreux exemples mobilisés<sup>1756</sup>. Pour cette raison, Tissier n'hésitait pas à remettre en question le caractère démocratique du Code<sup>1757</sup>. Dans le même ouvrage, Saleilles vantait les mérites de la méthode historique dans son travail d'adaptation du droit aux nécessités sociales. A ce titre, il fustigeait l'Ecole du droit naturel qui n'avait su qu'imaginer un droit idéal immuable dérivé de la nature supposée de l'homme<sup>1758</sup>. Le privatiste français rappelait ensuite toute l'inspiration que les rédacteurs du Code avaient retirée de cette philosophie juridique<sup>1759</sup>. Il ajoutait que le Code ne se souciait que d'instaurer une égalité juridique formelle entre les individus alors que le XIX<sup>e</sup> siècle finissant aspirait de plus en plus à l'instauration d'une démocratie sociale, soucieuse d'équilibre et d'harmonie entre les différents éléments qui composent la société<sup>1760</sup>. Saleilles affirmait l'importance cruciale de la jurisprudence dans le travail de rénovation du droit civil, quitte à ce que celle-ci déroge à la volonté du législateur afin de dégager des principes nouveaux, plus favorables à l'équité sociale<sup>1761</sup>. Il participait ainsi à l'entreprise d'élargissement des sources du droit initiée, en France, par François Gény<sup>1762</sup>. Dans l'un des textes de la partie finale, Ferdinand Larnaude rendait un verdict sans appel : le Code Napoléon n'était pas un Code pour la société du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1763</sup>. Au regard de la multiplication des lois spéciales et des décisions de jurisprudence contredisant ses dispositions<sup>1764</sup>, Larnaude estimait que le Code ne pouvait faire l'économie d'une révision nécessaire à son adaptation à l'état social de la France<sup>1765</sup>. Cela étant, les velléités de révision rencontrèrent de sérieuses résistances en doctrine<sup>1766</sup> et n'aboutirent jamais<sup>1767</sup>.

---

<sup>1755</sup> Tissier (1904), p. 73 s., notamment p. 87.

<sup>1756</sup> Ibid., p. 89-90 ; Cf. également Charmont (1903), p. 391.

<sup>1757</sup> Ibid., p. 79.

<sup>1758</sup> Saleilles (1904), p. 108.

<sup>1759</sup> Ibid., p. 109.

<sup>1760</sup> Ibid., p. 116-117.

<sup>1761</sup> Sur le rôle accru de la jurisprudence de droit civil à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, cf. Halpérin (2012), p. 177.

<sup>1762</sup> Saleilles (1904), p. 120 s. cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.3.1

<sup>1763</sup> Larnaude (1904), p. 912.

<sup>1764</sup> La liste dressée par Larnaude est impressionnante, cf. Ibid., p. 909 s.

<sup>1765</sup> Ibid., p. 914. Le Doyen de la Faculté de droit de Paris précise : « *En particulier dans la famille et dans le droit ouvrier, le Code civil est incontestablement arriéré et profondément insuffisant. [...] Quant au droit ouvrier, à cette législation de classe qui s'est imposée malgré toutes les résistances, et qui n'a pas dit son dernier mot, le Code civil aurait besoin d'être remanié à peu près complètement. La seule partie qui s'en occupe, le contrat de louage, renferme en effet des règles qui apparaîtront comme bien insuffisantes quand on réfléchira qu'elles se sont formées à une époque où n'existaient ni le machinisme, ni la grande industrie.* »

<sup>1766</sup> Cf. Planiol (1904), p. 955 s. ; Gaudemet (1904), p. 967 s.

Ces remises en cause de l'ordre individualiste du Code civil s'articulaient sur les multiples contributions doctrinales qui soulignaient la progressive « socialisation du droit privé »<sup>1768</sup>. Ce syntagme recouvrait le mouvement législatif, jurisprudentiel et doctrinal démontrant la prise en considération croissante de problématiques socio-économiques par les normes de droit privé, qui cessaient ainsi d'être dirigées vers la seule préservation de l'intérêt privé<sup>1769</sup>. A ce titre, il nous faut reprendre les trois propositions fondamentales de l'individualisme juridique pour mesurer l'ampleur d'une telle remise en cause. L'analyse du contexte discursif dans lequel Duguit évolue nous a permis de mettre en lumière l'émergence d'un discours scientifique dirigé contre les principes de 1789<sup>1770</sup>. La priorité de l'individu sur la société était le point qui focalisait toutes les critiques. Organicistes, solidaristes et durkheimiens insistaient sur la dépendance de l'individu envers son milieu social. Ce renversement de paradigme est parfaitement intégré dans le système de Duguit. Celui-ci en tire des conséquences décisives en abandonnant définitivement la notion de droit subjectif pour lui préférer la notion de pouvoir objectif, dérivé de la norme sociale. Le droit de propriété apparaît comme le laboratoire où Duguit éprouve la fécondité de cette nouvelle notion. Le Doyen de Bordeaux y démontre que la finalité de toute prérogative juridique consiste à permettre à son titulaire de remplir la fonction sociale qui lui a été assignée par le droit objectif. De même, nous mettrons à profit le débat relatif à l'abus de droit pour démontrer l'émergence, en doctrine, de cette acception du droit subjectif dont l'objet prioritaire n'est plus la protection de la volonté libre de l'individu.

Les différentes interventions du législateur dans les rapports de travail – et dans le domaine économique et social en général – restreignirent considérablement la place faite à la volonté individuelle dans la détermination des obligations contractuelles et extra-contractuelles. La législation ouvrière en matière de résiliation du contrat, de durée du temps de travail, de salaire minimum et de repos hebdomadaire limita dans des proportions considérables la liberté des parties dans le processus de négociation du contrat de travail<sup>1771</sup>. Cette intrusion du législateur dans les rapports juridiques entre particuliers a suscité des interrogations sur l'*autonomie de la volonté* en droit privé. Duguit rejoindra le large front des auteurs qui allèrent jusqu'à nier tout pouvoir juridique à la volonté individuelle, soutenant que la force obligatoire des actes de volonté dérive du seul droit objectif. La théorie de l'acte juridique élaborée par le Doyen de Bordeaux nous montrera les conditions de la validité juridique des actes de volonté. Nous aurons l'occasion de souligner le rôle cardinal que joue la notion de but dans la conception duguitienne de l'acte juridique.

---

<sup>1767</sup> Cf. Halpérin (2012), p. 172.

<sup>1768</sup> Arnaud (1975), p. 89.

<sup>1769</sup> Halpérin (2012), p. 184 s. ; Charmont (1903), p. 380 s.

<sup>1770</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II.

<sup>1771</sup> Cf. Halpérin (2012), p. 268 s.

Le troisième apport de Léon Duguit à l'étude du droit privé réside dans son analyse approfondie du contrat. Le juriste français s'adonne à une critique en règle de cette catégorie juridique car elle constitue, à ses yeux, l'emblème de l'individualisme juridique. Conçu pour régir la rencontre provisoire d'intérêts contradictoires, le contrat semble inapte à régir, à lui seul, la complexité des rapports sociaux d'une société industrialisée marquée par une forte division du travail. En cela, Duguit participe à une entreprise de relativisation du contrat et entreprend d'enrichir la science juridique de nouvelles catégories d'actes juridiques. Le juriste bordelais ne s'est pas lancé seul dans cette audacieuse aventure. Ses efforts doivent être inscrits dans un large contexte doctrinal. Afin de rendre compte de l'inégalité croissante des rapports économiques, Duguit emprunte à Raymond Saleilles la notion de « contrat » d'adhésion, actes conventionnels qui ne sont des contrats que par leur appellation. Le mouvement associationniste et syndicaliste favorisé par les lois de 1884 et 1901 est également appréhendé par Duguit à l'aide de catégories qui ne font pas appel à la notion de contrat. Le juriste français trouve un solide appui dans la notion de *Gesamtakt*, forgée par Gierke, pour rendre compte de la constitution des associations. Enfin, Duguit porte un grand intérêt aux écrits de Triepel et Jellinek sur la *Vereinbarung*, une catégorie juridique permettant d'expliquer la formation conventionnelle de règles de droit objectif.

## I. La situation de l'individu

### 1. Du droit subjectif au pouvoir objectif

La démonstration du fondement social du droit a permis à Duguit de démettre l'Etat de sa mainmise sur l'ordre juridique. Il s'agissait là de l'un des postulats cardinaux de la doctrine allemande de droit public dont Duguit pense avoir démontré le néant en procédant à la déconstruction du concept de personnalité juridique de l'Etat<sup>1772</sup>. Parvenu au point où le droit lui apparaît comme une émanation de la vie sociale structurée par les différents liens de solidarité, le juriste français en vient à considérer le statut juridique de l'individu. Là encore, Duguit procède par opposition. Il incrimine une doctrine qu'il qualifie de *subjectiviste* dont la paternité incomberait en grande partie à des auteurs germaniques. En effet, le Doyen de Bordeaux entend protester contre « une idée, dont sont imprégnés tous nos Codes modernes et la plupart des théories juridiques, l'idée de la subjectivité a priori du droit, idée en vertu de laquelle [...] on parle toujours de la sphère juridique d'un sujet, on cherche partout un sujet de droit, on ne voit dans la règle de droit, positivement consacrée ou non, qu'une limitation ou une extension de cette sphère juridique »<sup>1773</sup>. L'appareil critique déployé par le juriste français nous apprend qu'il vise en première ligne la doctrine de Jellinek et, plus ac-

---

<sup>1772</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II.

<sup>1773</sup> Duguit (2003), p. 155.

cessoirement, celle de Laband. Il est vrai que Jellinek a mis sur pied un système conceptuel articulé sur l'idée de *rapport de droit* conçu comme la concurrence et la limitation réciproque des sphères juridiques de deux sujets. Le publiciste allemand concrétisa ce principe en développant, dans sa conception des rapports de droit public, la *théorie des statuts*, soit la table des relations juridiques envisageables entre l'individu et l'Etat<sup>1774</sup>. Avant Jellinek, Paul Laband avait offert une définition de la loi au sens matériel qui était directement reliée au concept de sphère juridique individuelle. En effet, l'auteur du *Droit public de l'Empire allemand* qualifiait de loi au sens matériel tout texte normatif qui a pour effet de restreindre, par la création d'une obligation, ou d'étendre, par l'octroi d'un droit, la sphère juridique des destinataires de la norme<sup>1775</sup>.

La critique que Duguit formule à l'encontre de ces conceptions peut paraître surprenante au premier abord. Le juriste français perçoit dans la notion même de « sphère juridique d'un sujet » un reste abâtardi de droit naturel<sup>1776</sup>. Malgré son adhésion au positivisme juridique, Jellinek aurait ainsi succombé à la croyance en une subjectivité juridique *a priori* propre à tout être humain, une idée d'inspiration incontestablement jusnaturaliste. Selon Duguit, ce serait sous l'empire du jusnaturalisme que serait née la notion de droits subjectifs saisis comme « *des pouvoirs appartenant à un sujet à cause d'une qualité qui lui est propre, la qualité d'homme* »<sup>1777</sup>. En conséquence, le rôle de l'Etat n'est compris qu'en relation à cette sphère juridique *a priori*, expression de l'inaliénable liberté de l'homme. La théorie jellinéquienne des statuts est fort parlante à cet égard. En effet, l'Etat y apparaît comme la personne juridique venant apporter limitation ou contribution à la sphère de liberté de l'individu.

La critique duguitienne du concept de droit subjectif nous est déjà connue dans ses multiples dimensions<sup>1778</sup>. Il nous appartient désormais d'analyser quelles catégories il entend lui substituer afin de définir la situation juridique de l'individu. A cet égard, François Gény observe que Duguit n'a jamais nié la faculté accordée par l'ordre juridique à une volonté individuelle de demander la mobilisation de la contrainte sociale pour la satisfaction de ses prétentions. En éliminant la notion de droit subjectif du lexique juridique, Duguit ne cherchait pas à éliminer la réalité de fait qu'elle recouvre mais de trouver une notion nouvelle qui abandonne l'idée du pouvoir de la volonté de s'imposer à une autre volonté<sup>1779</sup>.

---

<sup>1774</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, 4.5.

<sup>1775</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, 3.3.

<sup>1776</sup> Duguit (2003), p. 155 n. 2 ; Duguit reprend en cela une remarque formulée par le publiciste allemand Albert Hänel à l'encontre de Jellinek et Laband.

<sup>1777</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>1778</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.

<sup>1779</sup> Gény (1924), p. 185-186.

La solidarité qui forme la structure de toute société humaine n'implique en effet nullement des droits subjectifs entendus dans le sens d'un pouvoir propre à l'individu qui existerait hors de toute vie sociale. En revanche, cette dernière génère une règle de conduite sociale dont la connaissance amène les hommes à tolérer autant qu'à réprimer certains actes. Cette norme sociale est, nous l'avons vu, une loi de but en ce qu'elle autorise ou interdit certaines actions à raison du but poursuivi par leurs auteurs. Duguit déduit de cette prémisse les différentes positions juridiques de l'individu. En premier lieu, la norme sociale autorise tout acte répondant à un but conforme aux types de solidarité qui prévalent dans la société à un instant donné de son développement. Tout individu a, en conséquence, un *pouvoir de vouloir* conformément à la solidarité sociale. Duguit exprime ce premier état juridique de l'individu en empruntant un néologisme à Jellinek : *Wollendürfen*<sup>1780</sup>. Un tel pouvoir, lorsqu'il est utilisé, doit en outre déployer ses effets dans la réalité effective car il doit permettre la réalisation de la norme sociale<sup>1781</sup>. La conséquence en est que tout acte de volonté déterminé par un but conforme à la solidarité doit s'imposer à tous. En d'autres termes, l'homme possède un pouvoir de vouloir un *effet de droit*, soit que la contrainte soit mise en branle pour assurer la réalisation de cet effet<sup>1782</sup>. Il s'agit ainsi bel est bien d'un pouvoir *juridique*<sup>1783</sup>. A l'inverse, la règle de conduite sociale implique pour les individus un *devoir de vouloir* qui se décline en deux obligations. Une volonté individuelle doit tout d'abord ne pas porter sur un but contraire à la solidarité sociale. De plus, chaque individu doit « vouloir tout ce qu'il a la possibilité en fait de réaliser pour coopérer à la solidarité sociale », Duguit indiquant que « *ce devoir s'impose à tous dans les limites des aptitudes propres qui leur appartiennent* »<sup>1784</sup>. Ce devoir qui s'impose à l'homme en société est également qualifié de *devoir juridique* par Duguit. Son inobservation est, en effet, susceptible de générer une réaction de réprobation de la part de la masse des consciences individuelles suivi d'une forme de répression socialement organisée<sup>1785</sup>. Il s'agit là, rappelons-le, du critère de juridicité élaboré par Duguit dans sa définition de la règle de droit<sup>1786</sup>.

---

<sup>1780</sup> Duguit (2003), p. 144.

<sup>1781</sup> Duguit (2003), p. 144-145.

<sup>1782</sup> Duguit (1927), p. 330 : « *L'effet de droit se ramène toujours à l'intervention de la force collective reconnue légitimement par la conscience commune quand quelqu'un fait ou ne fait pas certaine chose. L'effet de droit est toujours en réalité, la mise en mouvement de la contrainte collective, et dans les sociétés parvenues à un certain degré de civilisation, il consiste dans la mise en mouvement de la force sociale organisée, ou, suivant une expression commode, dans l'ouverture d'une voie de droit au sens très général de l'expression* ».

<sup>1783</sup> Ibid., 147.

<sup>1784</sup> Ibid., p. 146.

<sup>1785</sup> Duguit (1927), p. 214.

<sup>1786</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.2.2.

Le point qui canalise la réflexion de Duguit a cependant trait à la qualité *objective* de ce pouvoir et de ces devoirs qui coordonnent l'action des hommes en société. Le juriste français parle uniquement de *pouvoir juridique objectif* et de *devoir juridique objectif* lorsqu'il caractérise les modalités de l'agir juridique des individus. La source de cette insistance réside dans la volonté affichée par Duguit de débarrasser la science du droit de la notion même de droit subjectif. En effet, les pouvoirs et les devoirs juridiques de l'homme ne sont en rien des « *qualités inhérentes à l'individu pris comme sujet* »<sup>1787</sup>. Bien au contraire, les facultés juridiques de l'individu doivent être considérées « *comme le fait de la solidarité elle-même. Dire que les hommes sont solidaires les uns des autres, c'est dire qu'ils sont soumis à une règle de conduite fondée sur cette solidarité, qu'ils ont des pouvoirs et des devoirs nés de cette solidarité. Ces pouvoirs et ces devoirs ne se rattachent donc pas au caractère propre du sujet, mais à la règle objective qui s'impose à ce sujet* »<sup>1788</sup>. Au regard de la règle de droit, les membres sont toujours dans une *situation juridique objective*. Leur volonté juridique peut exercer des pouvoirs qui découlent de la règle objective, jamais d'une qualité propre à leur nature d'être humain<sup>1789</sup>.

A ce titre, Duguit estime que le vocable allemand *Befugnis* traduit avec pertinence la conception du pouvoir juridique octroyé aux individus par la règle objective issue des liens de solidarité<sup>1790</sup>. Dans la langue juridique allemande, le terme *Befugnis* exprime moins l'idée d'une sphère de liberté originaire de son titulaire que la conception d'une compétence ou d'une habilitation attribuée dans un cadre précis en vue de certaines actions déterminées<sup>1791</sup>. Ce cadre est précisément constitué par les liens de solidarité qui génèrent un système normatif enchâssant l'activité de l'homme en société. Les pouvoirs et les devoirs juridiques des individus ne sont ainsi qu'un dérivé du *status* social. En conséquence, le paradigme institué par le jusnaturalisme moderne et la Déclaration de 1789 est totalement inversé par la théorie du droit de Duguit. Dans la conception du juriste bordelais, l'homme ne naît nullement investi de certaines libertés inaliénables dont la protection serait la raison d'être suprême de l'association politique. Les possibilités qui sont laissées à l'individu de créer un effet de droit par sa volonté sont uniquement fonctions de l'état de la solidarité sociale. En conséquence, les « *libertés* » de l'homme ne sont en rien des prérogatives inaliénables et intemporelles rattachées à une immuable dignité humaine. Au contraire, les pouvoirs juri-

---

<sup>1787</sup> Duguit (2003), p. 147.

<sup>1788</sup> Ibid.

<sup>1789</sup> Duguit (1927), p. 218-219. A côté des situations juridiques objectives, Duguit reconnaît également l'existence de *situations juridiques subjectives* dont la portée est déterminée en grande partie par la volonté individuelle. Celles-ci seront traitées plus bas, lorsque nous aborderons la théorie duguitienne de l'acte juridique. Cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.1.

<sup>1790</sup> Duguit (2003), p. 147.

<sup>1791</sup> Cf. Gerhard Köbler, *Etymologisches Rechtswörterbuch*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1995, entrées : *befugen*, *Befugnis*.

diques des individus évoluent au gré du développement des types de solidarité qui unissent les membres d'un même groupe social<sup>1792</sup>. Duguit affirme, à ce titre, que l'ensemble des libertés fondamentales consacrée par la Déclaration de 1789 ne sont pas le fruit de la découverte de l'hypothétique nature de l'homme mais le simple résultat de l'émergence de la solidarité par division du travail dont l'épanouissement de l'activité individuelle est l'un des principaux facteurs<sup>1793</sup>. La consécration du principe de mutabilité des prérogatives juridiques des individus implique – et c'est là le point nodal de l'affaire – que les droits fondamentaux d'aujourd'hui peuvent disparaître ou, à tout le moins, subir de profondes transformations quant aux modalités de leur exercice<sup>1794</sup>.

En prenant ainsi congé de la notion de droit subjectif, Duguit a pleinement conscience des conséquences que cela implique en termes de théorie et de technique juridique. Si l'on respecte le postulat selon lequel les prérogatives juridiques des individus sont de simples pouvoirs dérivés du droit objectif et non des qualités inhérentes à leur être ou à leur volonté, certains écueils que la théorie du droit n'avait pu contourner que par la création de fictions juridiques peuvent se résoudre d'une manière plus conforme à la réalité observable. Nous voulons parler de la situation juridique des incapables et des associations. Nous savons que Duguit désapprouvait sévèrement le traitement dogmatique de ces questions par la doctrine de son temps. La conception du droit subjectif comme pouvoir de la volonté aboutissait nécessairement à la fiction de la représentation. Dès lors que le tuteur acquiert pour le compte de son pupille ou que le président d'une association contracte au nom de celle-ci, il convient de se figurer que tout s'est passé *comme si* c'était le titulaire du droit subjectif – l'incapable ou l'association en tant que personne juridique – qui avait lui-même agi. En effet, c'est le pouvoir de la volonté de son titulaire que le droit subjectif est censé couvrir. Insatisfait de cette théorie, Jhering jugea bon de développer une alternative en concevant le droit subjectif comme l'expression d'un intérêt juridiquement protégé. A cet égard, nous avons vu que Jhering parvint ainsi à traiter la situation juridique des incapables sans recours aux fictions. En revanche, il dut se résoudre à appréhender le cas des associations en employant des procédés fictionnels<sup>1795</sup>.

Duguit entend précisément démontrer que la situation juridique des incapables et des associations ne peut recevoir une résolution satisfaisante que par l'abandon du concept de droit subjectif. Il convient à cet égard de se défaire définitivement de l'idée de subjectivité juridique entendue comme une sphère de pouvoirs ou d'intérêts inhérente à l'individu. Le réalisme de Duguit nous invite à ne reconnaître que l'existence

---

<sup>1792</sup> Duguit (2003), p. 150-151.

<sup>1793</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>1794</sup> Ce n'est pas un hasard si Duguit prend le droit de propriété comme exemple, tant celui-ci faisait l'objet d'âpres discussions au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. Cf. Duguit (2003), p. 152 et *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 2.

<sup>1795</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.2.

d'une règle de droit découlant de la vie sociale qui autorise, interdit ou prescrit certains actes. Ainsi, lorsqu'un individu accomplit un acte conforme à la règle de droit dont les effets profitent à un autre individu ou à un groupe d'individus réunis autour d'un même but, il apparaît totalement oiseux de se demander si l'auteur de l'acte a exercé le droit subjectif d'autrui ou son droit propre. Il est bien plus simple de considérer qu'il a agi dans un but conforme à la solidarité sociale et que, pour cette unique raison, son acte doit déployer ses effets et être respecté de tous<sup>1796</sup>. De même, le réalisme juridique développé par Duguit implique de ne considérer que les individus doués de discernements comme sujets du droit objectifs en ce qu'ils sont seuls en mesure de saisir les injonctions de la règle de droit. En ce sens, il apparaît totalement superflu de considérer les incapables ou des personnalités juridiques fictives comme les associations en tant que sujets de droit<sup>1797</sup>.

## 2. Le statut du propriétaire

Consacré en grande pompe par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, le droit de propriété eut les honneurs de nombreuses proclamations solennelles dans les textes constitutionnels postérieurs à la prise de la Bastille<sup>1798</sup>. Il fut également inscrit à l'article 544 du Code civil dont le libellé permet de mesurer avec exactitude l'étendue de ce droit. En disposant que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* », le Code civil transcrivait la conception romaine de la pro-

---

<sup>1796</sup> Duguit donne à cet égard un exemple très éloquent : « *Qu'on remarque dès à présent combien cette conception du pouvoir objectif est souple et répond aux nécessités pratiques. Nous disons : tout individu qui veut affecter exclusivement à un individu déterminé une part de richesse veut, conformément à la règle de droit, et par conséquent son acte de volonté doit produire un résultat effectif ; il n'y a pas là exercice d'un droit subjectif, mais d'un pouvoir objectif. Par conséquent cet acte de volonté, exercice d'un pouvoir objectif, produit le résultat voulu, soit que l'affectation de richesse soit voulue pour l'auteur de l'acte de volonté, soit pour une autre personne. La fiction de la représentation est inutile, cette fiction, que les jurisconsultes romains, avec juste raison, ont eu tant de peine à admettre. Quand je veux devenir propriétaire, ou quand je veux qu'un autre devienne propriétaire, je fais un acte de volonté, exactement du même ordre ; je n'exerce pas plus un droit subjectif dans un cas que dans l'autre ; je veux, dans les limites de mon pouvoir de vouloir, une affectation exclusive de richesse au profit d'un individu ; je n'exerce pas plus le droit d'un prétendu représenté que le mien propre ; je veux dans les deux cas ce que j'ai le pouvoir de vouloir, parce que je veux conformément à la solidarité sociale, et ma volonté produit un certain effet pour cette raison, et seulement pour cette raison* ». Cf. Duguit (2003), p. 152-153 et 192.

<sup>1797</sup> Ibid., p. 153-154.

<sup>1798</sup> Outre les dispositions précitées, le § 4 du titre I de la Constitution de 1791, l'article 19 de la Déclaration des droits de 1793, les articles 2 et 122 de la Constitution de 1793, les articles 1 et 5 de la Déclaration des droits de 1795, l'article 358 de la Constitution de 1795, l'article 9 de la Charte de 1814, l'article 8 de la Charte de 1830, les § IV et VIII du préambule et l'article 11 de la Constitution de 1848 et, enfin, l'article 26 de la Constitution de 1852 consacrent le droit de propriété. Cf. Duguit (1930), p. 655.

priété dans l'ordre juridique<sup>1799</sup>, cette dernière pouvant être appréhendée comme « *l'affectation exclusive d'une certaine richesse aux besoins d'un individu, avec le pouvoir de celui-ci d'user de la chose, d'en percevoir les fruits et d'en disposer* »<sup>1800</sup>. Le droit positif français consacre, au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle, la propriété comme un droit éminemment individualiste, dans la lignée du jusnaturalisme moderne<sup>1801</sup>.

Le XIX<sup>e</sup> siècle vit ainsi s'installer, dans une partie du discours juridique et politique, un véritable dogme de la propriété<sup>1802</sup>. Portalis en posa les linéaments en soutenant, dans le *Premier discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), que la propriété privée est bel et bien est une « *institution directe de la nature* » car « *personne n'aurait planté, semé ni bâti, si les domaines n'avaient été séparés, et si chaque individu n'eût été assuré de posséder paisiblement son domaine* »<sup>1803</sup>. Un des premiers exégètes, Charles Toullier (1752-1835), affirma que la consécration de la propriété permanente n'était rien moins que « *l'ouvrage du droit civil* »<sup>1804</sup>. L'émergence des idées socialistes et collectivistes ainsi que les événements de 1848 provoquèrent une vaste réaction chez les classes possédantes. L'expression la plus significative d'un tel mouvement est certainement l'essai *De la propriété* d'Adolphe Thiers, précisément publié en 1848<sup>1805</sup>. Dans ce plaidoyer en faveur de la propriété individuelle, Thiers s'échine à démontrer que la propriété est autant un dérivé de la nature humaine, un fait constant et universel que le garant juridique et économique du bon fonctionnement de la société. La solidité d'un tel fondement – qui aboutit à naturaliser le droit de propriété – interdit que l'on apporte quelque limite ou restriction à la propriété individuelle<sup>1806</sup>. Le discours juridique ne fut pas en reste dans la glorification du droit de propriété. Nombreux exégètes du Code Napoléon érigèrent le droit de propriété en authentique pierre angulaire du droit civil. Véritables monuments de technicité juridique, leurs commentaires surent faire place à de précieux moments de lyrisme lorsqu'il s'agissait de sanctifier le droit de propriété<sup>1807</sup>. Le juriste Victor Proudhon – que l'on ne saurait confondre avec son lointain cousin Pierre-Joseph Proudhon ! – offre dans les années 1830 un panégyrique appuyé de la figure du propriétaire<sup>1808</sup>. La propriété

---

<sup>1799</sup> Terrat (1904), p. 337 ; Pour une perspective contemporaine critique sur la question. Cf. Garnsey (2013), p. 211 s.

<sup>1800</sup> Duguitt (1930), p. 656.

<sup>1801</sup> Vidal (1977), p. 11.

<sup>1802</sup> Cf. Crétois (2014), p. 279. Mestre (1932), p. 169.

<sup>1803</sup> Cf. Vidal (1977), p. 13.

<sup>1804</sup> Charles Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Warée, 1814, p. 46.

<sup>1805</sup> Adolphe Thiers, *De la propriété*, Paris, Paulin & Lheureux éditeurs, 1848.

<sup>1806</sup> Sur cet essai de Thiers, cf. Crétois (2014), p. 283-293.

<sup>1807</sup> Cf. Xifaras (2004), p. 85 qui précise que « *l'apologie du propriétaire est un genre littéraire très prisé chez les juristes du XIX<sup>e</sup> siècle* ». Cf. Vidal (1977), p. 14 ; cf. Halpérin (2012), p. 115-116.

<sup>1808</sup> Cf. Victor Proudhon, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, Victor Lagier, 1839.

y est parée de nombreuses vertus. L'indigence, facteur de crime, laisse apparaître la propriété comme la condition matérielle de la moralité. Le miséreux s'adonnerait plus facilement au vice pour cette simple raison qu'il n'a aucun bien à sauvegarder. Le propriétaire, lui, sait pertinemment qu'il devra payer le dédommagement de ses turpitudes sur sa propriété<sup>1809</sup>. La conservation de sa propriété inclinerait ainsi l'homme à la prudence ainsi qu'au travail, éléments essentiels d'une société stable et durable<sup>1810</sup>. En cette période de suffrage censitaire, il n'est pas surprenant de lire sous la plume de Victor Proudhon un éloge des compétences politiques des propriétaires. Une solide propriété ouvre, d'une part, l'accès aux meilleurs moyens d'instructions. D'autre part, elle laisse le temps libre nécessaire à l'accomplissement d'une charge publique ou, à tout le moins, elle favorise l'exercice conscient et tempéré du droit de vote<sup>1811</sup>. En se restreignant à l'examen de la doctrine française, nous pouvons relever une défense inconditionnelle de la propriété privée chez nombre de représentants de l'école de l'exégèse<sup>1812</sup>. Si Charles Demolombe (1804-1887) n'hésite pas à invoquer la volonté divine en affirmant que « Dieu qui a créé l'homme sociable lui a donné en même temps le moyen d'accomplir sa destinée ; et c'est ainsi Dieu lui-même, qui a institué le droit de propriété »<sup>1813</sup>, la plupart des exégètes préfèrent s'en remettre au droit naturel. Ainsi Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) publie, en 1848, un essai traitant *De la propriété selon le Code civil*. Il y dessine un indélébile trait d'union entre propriété et liberté, doutant que l'homme puisse un jour vivre sans ce droit consubstantiel à sa nature<sup>1814</sup>. Par ces grandiloquentes justifications, les auteurs précités entendaient démontrer que les lois positives, n'ayant pas créé le droit de propriété, ne peuvent nullement y porter atteinte<sup>1815</sup>. De même, la propriété est, pour les auteurs de l'Ecole de l'exégèse, avant tout une institution en faveur de l'utilité des particuliers et non de l'Etat et de la société. Elle consacre le pouvoir absolu d'un individu sur une chose ; le droit de propriété est donc par nature illimité<sup>1816</sup>. Au-delà, le lien entre propriété et moralité défini par Victor Proudhon est également souligné par d'autres auteurs rattachés à l'école de l'Exégèse<sup>1817</sup>. Enfin, un tel discours de légitimation peut encore être perçu

---

<sup>1809</sup> Ibid., p. 58.

<sup>1810</sup> Proudhon (1839), p. 50 s. et notamment p. 62 : « *Quels sont les hommes qui redoutent le plus une secousse politique dans l'Etat ? Ce ne sont pas les pauvres, qui, n'ayant rien à perdre, ne peuvent voir dans tous les changements, que des chances favorables à leur cupidité : ce sont donc les propriétaires qu'on doit considérer comme les plus attachés au gouvernement de l'Etat* ».

<sup>1811</sup> Ibid., p. 53 s. Sur l'argumentaire de Victor Proudhon, cf. Xifaras (2004), p. 85-91.

<sup>1812</sup> Cf. Vidal (1977), p. 7 s.

<sup>1813</sup> Ibid., p. 16

<sup>1814</sup> Ibid., p. 16

<sup>1815</sup> Ibid., p. 17.

<sup>1816</sup> Marcadé affirme ainsi que le propriétaire est « *maître et seigneur de sa chose [...] il a sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier* ». Cf. Ibid., p. 30-31

<sup>1817</sup> Ibid., p. 18-19.

dans la doctrine civiliste au début du XX<sup>e</sup> siècle. Ainsi, dans son *Traité élémentaire de droit civil*, Planiol voit dans la propriété individuelle un facteur de civilisation qui « justifie amplement son existence par les services qu'elle rend à l'humanité » si bien que la propriété apparaît comme « un fait qui s'impose au législateur [...] qu'il ne dépend pas de nous de modifier, pas plus que la configuration des continents ou la diversité des races humaines »<sup>1818</sup>.

L'autorité de la doctrine et des multiples textes qui élèvent la propriété individuelle en droit naturel, inviolable et sacré – hormis les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique – ne convainc nullement Duguit. Il est intéressant de relever que le juriste français ne se satisfait pas de son réquisitoire à l'encontre du jusnaturalisme, maintes fois répété dans son œuvre, pour déconstruire l'acception du droit de propriété qui aurait été consacrée par la Révolution française. En effet, le Doyen de Bordeaux procède à une minutieuse étude historique dans le but de révéler les soubassements économiques et politiques des proclamations solennelles de l'inviolabilité du droit de propriété. En premier lieu, Duguit souligne que l'article 17 ne figurait pas dans le projet initial de la Déclaration de 1789. Il fut ajouté au dernier moment, sous l'impulsion de députés désireux de consacrer une disposition particulière à la propriété<sup>1819</sup>. Ensuite, l'auteur du *Traité de droit constitutionnel* soutient que la majorité des constituants et des conventionnels n'avait point une conception nette et arrêtée du droit de propriété. Pire, aucun consensus ne régnait sur la définition exacte de ce droit. Certains, à l'image de Robespierre, percevaient dans la proclamation d'un droit de propriété la garantie de l'octroi d'une part de la richesse sociale à chaque citoyen<sup>1820</sup>. Peu nombreux furent ceux qui affirmèrent le lien indissoluble entre propriété et liberté individuelle<sup>1821</sup>. En réalité, les constituants et conventionnels engagés dans la défense de la propriété auraient agi selon une approche pragmatique, percevant dans le droit de propriété une concession du législateur destinée à garantir les propriétés existantes<sup>1822</sup>. Les raisons d'une telle démarche résideraient dans le simple fait que les auteurs de la Déclaration de 1789 étaient pour la plupart des propriétaires, préoccupés par la conservation de leurs acquis<sup>1823</sup>. Plus concrètement, la Révolution fut l'œuvre du Tiers-Etat dont le souci était de préserver la propriété de la véritable bénéficiaire des événements de 1789, la bourgeoisie<sup>1824</sup>. Pour appuyer ses propos aux accents marxistes, Duguit souligne que la Constituante et la Convention n'eurent aucun scrupule à confisquer

---

<sup>1818</sup> Planiol (1922), p. 718.

<sup>1819</sup> Duguit (1930), p. 655-656.

<sup>1820</sup> Ibid., p. 657-659. Cf. Crétois (2014), p. 273-277.

<sup>1821</sup> Duguit (1930), p. 660. Duguit ne cite que l'intervention de Jacques-Guillaume Thouret. Il semble ainsi oublier les interventions de Sieyès qui considérait lui aussi la propriété comme un droit naturel fondamental. Cf. Garnsey (2013), p. 264-265 ; Crétois (2014), p. 270-273.

<sup>1822</sup> Duguit (1930), p. 659-660.

<sup>1823</sup> Ibid., p. 660-661.

<sup>1824</sup> Ibid., p. 662-663.

les biens du clergé et de la noblesse, preuve que derrière le caractère sacré et inviolable de la propriété proclamé par la bourgeoisie se dissimulait un bien prosaïque intérêt de classe<sup>1825</sup>.

Cette entreprise de désacralisation des fondements historiques du droit de propriété permet à Duguit de justifier que l'on procède à une redéfinition globale de cette notion<sup>1826</sup>. Si son but n'a jamais été de remettre en cause la protection légale de la propriété individuelle, il entendait néanmoins redéfinir ses contours, permettant ainsi de donner une nouvelle légitimité à cette institution décriée par le syndicalisme et le socialisme montant<sup>1827</sup>. Dans le système de Duguit, la propriété n'est nullement un droit subjectif absolu comme le soutenait une partie de la *doctrine* civiliste classique<sup>1828</sup>. Elle est encore moins l'expression de la liberté originaire de tout homme, comme l'affirmait l'individualisme possessif des libéraux<sup>1829</sup>. La propriété n'apparaît que comme une *situation juridique objective* qui découle entièrement de la norme sociale<sup>1830</sup>. Elle s'inscrit dans un cadre juridique précis déterminant les pouvoirs du propriétaire afin qu'il affecte sa richesse dans un but conforme à la solidarité sociale<sup>1831</sup>. Sur le modèle de la norme, l'étendue et les modalités d'exercice de la propriété peuvent et doivent être adaptées par la loi et la jurisprudence à l'évolution des besoins sociaux<sup>1832</sup>. Duguit

---

<sup>1825</sup> Ibid., p. 661-662.

<sup>1826</sup> Ibid., p. 663 : « *De cela, il résulte que les dispositions de la Déclaration des droits de 1789, relatives à la propriété, ne peuvent pas avoir aujourd'hui la force limitative qu'ont à l'égard du législateur les dispositions sur la liberté [...]. La propriété n'est qu'une concession du législateur ; celui-ci peut donc y apporter des modifications et des restrictions et même la supprimer sans violer une loi supérieure à lui* ».

<sup>1827</sup> Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 157.

<sup>1828</sup> Achille Mestre remarque que les auteurs du Code civil n'ont jamais entendu faire du droit de propriété un droit de jouissance et de disposition dénué de limites. Il suffit de se reporter à la lettre de l'article 544 du Code civil pour s'en convaincre puisque la propriété y présentée comme le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*. Mestre ajoute que cette formulation démontre que les auteurs du Code civil ne « *pouvaient évidemment déclarer sans limites un pouvoir qu'ils s'occupaient précisément de délimiter* ». En ce sens, la légende d'un droit de propriété « absolu » lui semble plutôt le fait des commentateurs du Code actifs au moment de « *l'apogée de l'individualisme* » qu'il ne s'aventure toutefois pas à dater. Cf. Mestre (1932), p. 169.

<sup>1829</sup> Cf. Duguit (1930), 660. Cf. l'ouvrage récent de Pierre Crétois, *Le renversement de l'individualisme possessif : de Hobbes à l'Etat social*, Paris, Garnier, 2014.

<sup>1830</sup> Duguit (2003), p. 210-211 et p. 152 : « *Ce pouvoir, appartenant à la volonté individuelle, de créer de la propriété est-il un droit subjectif de l'individu ? Non. C'est un pouvoir objectif des volontés individuelles, un pouvoir objectif qu'implique la règle sociale telle qu'elle est comprise à une certaine époque. Mais cette règle sociale peut se modifier, ce pouvoir se modifiera aussi ; cette règle sociale peut disparaître, ce pouvoir disparaîtra. Personne ne peut se plaindre et dire qu'on porte atteinte à de prétendus droits individuels, qui n'existent pas. C'est la règle objective qui change parce que les éléments de la solidarité sociale se modifient ; ce n'est point un droit inhérent à l'individu qui est supprimé ou restreint* ».

<sup>1831</sup> Duguit (1927), p. 312 et p. 448.

n'hésite pas à affirmer que le propriétaire, et le propriétaire capitaliste et foncier en particulier<sup>1833</sup>, apparaît comme « *un producteur social investi d'une fonction sociale, qui implique une série de charges à lui imposées directement par la loi, laquelle en même temps impose à tous les autres une série de prohibitions, afin de permettre au capitaliste de remplir sa fonction sociale de producteur* »<sup>1834</sup>. L'origine d'une telle conception se situe chez Auguste Comte, l'un des maîtres à penser de Duguit. Le philosophe soutenait déjà, dans son *Système de politique positive*, l'hypothèse selon laquelle la propriété ne serait rien d'autre qu'une *fonction sociale*<sup>1835</sup>. La notion de fonction sociale est ici l'inverse du concept de droit subjectif lesté de sa signification jusnaturaliste. En effet, le titulaire d'une fonction n'est pas libre, il ne possède des prérogatives que dans la mesure où elles peuvent lui être utiles à la réalisation de certains buts qu'il n'est pas appelé à déterminer par sa seule volonté.

Nous décelons ici un point de convergence majeur entre Duguit et les solidaristes qui communient dans la critique du caractère absolu du droit de propriété. Nous savons que les doctrines duguiste et solidariste ont en commun le refus d'ériger la liberté individuelle en objectif suprême de l'association politique<sup>1836</sup>. Cela étant, leur volonté de grever la liberté d'obligations négatives et positives conformes aux exigences de la vie sociale concerne en première ligne le droit de propriété. Le Doyen de Bordeaux se refuse à ériger le droit de propriété en droit absolu et perpétuel tout comme il n'adhère pas aux vellétés des socialistes d'abolir la propriété individuelle des moyens de production<sup>1837</sup>. L'appréhension de la propriété comme une fonction sociale permet au juriste français de développer une voie médiane entre la tradition civiliste et libérale et le collectivisme des socialistes. La propriété conçue sous la forme d'un droit absolu du propriétaire découle d'une vision individualiste, où la protection de la propriété n'est pensée qu'en terme d'utilité individuelle<sup>1838</sup>. A cet égard, Duguit remarque qu'une pareille conception, marquée par le strict individualisme qui domina la philosophie politique du XVIII<sup>e</sup> siècle, fait violence à la conception des rapports sociaux qui a commencé à émerger à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à la faveur de l'industrialisation et de l'intensification de la division du travail qui lui fut concomitante. Selon Duguit, la vi-

---

<sup>1832</sup> Duguit (1930), p. 665.

<sup>1833</sup> Ibid., p. 664

<sup>1834</sup> Duguit (1927), p. 448.

<sup>1835</sup> Comte (1890), p. 156 : « *Dans tout état normal de l'humanité, chaque citoyen quelconque constitue réellement un fonctionnaire public dont les attributions plus ou moins définies déterminent à la fois les obligations et les prétentions. Ce principe universel doit s'étendre jusqu'à la propriété, où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale, destinée à former et à administrer les capitaux par lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante* ».

<sup>1836</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, 1.3.1.4.

<sup>1837</sup> Duguit (1912), p. 148-149 ; Duguit précise bien qu'il cherche à limiter le pouvoir absolu de la « *propriété capitaliste* » et non la propriété des moyens de consommation.

<sup>1838</sup> Duguit (1912), p. 156-157.

sion moderne inclinerait plutôt à percevoir la société comme « *un vaste atelier coopératif, où chacun a une certaine besogne à remplir pour que puissent être fabriqués les produits pouvant assurer la réalisation des besoins différents de chaque participant* »<sup>1839</sup>. Cette métaphore de l'atelier conduit « *aujourd'hui à la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale* »<sup>1840</sup>. En conséquence, Duguit estime conforme à la conception moderne de la société l'ensemble des dispositifs légaux qui portent atteinte à la propriété privée dans le but d'œuvrer à la solidarité sociale. L'utilité sociale, et non l'utilité individuelle, est ainsi la source prioritaire de protection de la propriété. Duguit affirme, dans la lignée du solidarisme, que la propriété capitaliste est en grande partie le fruit d'un travail passé. Son détenteur ne peut donc en user à sa guise, notamment en la laissant improductive, car sa fonction est d'user de sa propriété dans l'intérêt de la société, faute de quoi aucune protection légale ne doit lui être accordée<sup>1841</sup>. Duguit se montre bien plus radical que les solidaristes quant aux atteintes à la propriété qu'il est permis de justifier à l'aune de cette conception nouvelle de la propriété-fonction. Il admet notamment un impôt confiscatoire frappant les rentiers<sup>1842</sup> et les propriétaires n'exploitant par leur terrain à des fins spéculatives, de même qu'il prédit l'adoption future de législations astreignant « *le propriétaire à cultiver son champ, à mettre ses maisons en rapport, à faire valoir ses capitaux* »<sup>1843</sup>. A l'appui de sa démonstration, Duguit mobilise un corpus législatif et jurisprudentiel français et étranger qui atteste une inflation croissante des obligations à la charge du propriétaire<sup>1844</sup>. Ce sont essentiellement les législations qui portent sur la propriété foncière qui attirent l'attention du juriste français. En premier lieu, il signale à quel point les circonstances exceptionnelles produites par la première guerre mondiale ont démontré que la collectivité est portée à agir dès lors que le propriétaire ne remplit plus sa fonction sociale<sup>1845</sup>. A cette occasion, deux lois furent adoptées permettant aux autorités locales de réquisitionner un terrain laissé délibérément en friche par son propriétaire afin de les mettre en culture<sup>1846</sup>. Duguit cite également les législations en matière de baux à loyer, adoptées peu après la fin du conflit, qui portaient lourdement atteinte à la propriété et à la liberté contractuelle des bailleurs<sup>1847</sup>.

---

<sup>1839</sup> Duguit (1922), p. 149.

<sup>1840</sup> Duguit (1912), p. 157.

<sup>1841</sup> Ibid., p. 158-159.

<sup>1842</sup> Duguit (1922), p. 155.

<sup>1843</sup> Duguit (1912), p. 162.

<sup>1844</sup> Ibid, p. 169-170 et p. 192-195.

<sup>1845</sup> Duguit (1930), p. 668-669.

<sup>1846</sup> Ibid., p. 667-668 ; Duguit reconnaît cependant que ces lois ne furent que peu appliquées.

<sup>1847</sup> Ibid., p. 669.

### 3. La question de l'abus de droit

Nous pouvons encore préciser la conception duguitienne de la notion de pouvoir juridique objectif. A cette fin, il nous faut relater la position prise par le Doyen de Bordeaux dans l'âpre débat doctrinal relatif au concept d'abus de droit, qui fait son apparition dans la littérature juridique au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1848</sup>. Ce principe général apparu dans les codes civils suisse et allemand heurtait de plein fouet le vieil adage romain *Neminem laedit qui suo jure utitur*<sup>1849</sup>. Affirmant que l'exercice d'un droit subjectif ne peut jamais être illicite, un tel principe individualiste ne pouvait conduire qu'à des résultats socialement inacceptables, notamment dans l'exercice des droits subjectifs absolus comme la propriété. Une telle acception conduisait à autoriser l'esprit de chicane, soit l'exercice d'un droit dans la seule *intention de nuire* à autrui<sup>1850</sup>. La possibilité d'une telle conséquence antisociale amena notamment le législateur allemand à intégrer l'institution germanique du *Schikanenverbot* au § 226 du Code civil allemand, essentiellement dans le but de limiter le caractère absolu du droit de propriété<sup>1851</sup>. Dans le débat français, la théorie de l'abus de droit sépara la doctrine en deux camps opposés. D'un côté, Marcel Planiol jugeait la notion avec la plus extrême sévérité ; l'auteur du *Traité élémentaire de droit civil* n'y percevait qu'une vulgaire « logomachie » pétrie de contradictions<sup>1852</sup>. En effet, il lui apparaissait inconcevable qu'un acte portant sur un objet licite (l'exercice d'un droit) pût néanmoins être considéré comme illicite (l'usage abusif)<sup>1853</sup>. De même, Planiol énumérait un certain nombre de droits exercés avec une intention de nuire qui étaient néanmoins autorisés par la loi<sup>1854</sup>. Derrière le prétendu usage abusif d'un droit ne se trouverait, en réalité, qu'un simple délit civil, connu du droit privé depuis la *lex Aquilia*<sup>1855</sup>. Le civiliste français concédait que les droits sont restreints dans leur étendue et soumis à des conditions dans leur exercice, mais, à ses yeux, la violation de ces exigences ne représentait nullement l'usage abusif d'un droit mais simplement l'accomplissement d'un acte illicite<sup>1856</sup>. Plus nuancé, un auteur comme Georges Ripert admettait la notion d'abus de

---

<sup>1848</sup> Cf. Ancel/Didry (2001), p. 51 s.

<sup>1849</sup> Duguit (1927), p. 266-267.

<sup>1850</sup> Cf. Saleilles (1925), p. 368-369.

<sup>1851</sup> Planiol (1923), p. 292 ; Duguit (1912), p. 199-200.

<sup>1852</sup> Planiol (1923), p. 287.

<sup>1853</sup> Ibid., p. 288.

<sup>1854</sup> Cf. Ibid., p. 289. Planiol tire de sa dénonciation des conclusions assez générales : « *Les hommes passent leur vie à se nuire les uns aux autres ; la vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle ; toute action, tout travail est un fait de concurrence économique et sociale ; tout homme, toute nation qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité, en supplantant d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et c'est son droit de leur nuire. Tell est la loi de la nature et l'humanité n'a pas à s'y soustraire, parce qu'elle est le seul stimulant de son énergie. Il est manifestement impossible d'obliger celui qui triomphe aux dépens d'autrui à indemniser ses concurrents malheureux* ».

<sup>1855</sup> Ibid., p. 289.

droit tout en la circonscrivant à la seule volonté de nuire<sup>1857</sup>. Cette perspective restreinte ne concevait l'abus de droit que dans l'hypothèse où un individu exerce un droit subjectif sans en tirer le moindre profit personnel. C'était donc le détournement du but individuel du droit qui devait être réprimé. Une telle acception restait donc tributaire d'une logique individualiste. A ce propos, Ripert protestait énergiquement, dans un long article paru en 1929, contre la tentative de certains auteurs d'ériger la doctrine de l'abus de droit en théorie générale des devoirs sociaux de l'homme. Cela serait revenu à nier, selon lui, la dimension avant tout individuelle des droits subjectifs. Ripert affirmait, à ce titre, que leur transformation en prérogatives à caractère social n'aboutirait qu'à la « *destruction de la communauté de pensée* » sur laquelle était bâti tout l'édifice du droit civil français<sup>1858</sup>.

Les protestations de Ripert étaient directement dirigées contre la théorie de l'abus de droit qui fut ardemment défendue par le Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lyon, Louis Josserand<sup>1859</sup>. Il convient de s'y arrêter quelque peu tant l'esprit général des conceptions de Josserand sur l'abus de droit est singulièrement proche de la théorie générale du droit de Duguit. L'essai *De l'esprit des droits et leur relativité* de Josserand s'ouvre, en effet, par un réquisitoire en règle contre la philosophie individualiste dont serait imprégné le Code Napoléon. Josserand affirme que la notion d'abus de droit possède une longue tradition qui prend ses racines dans le droit romain<sup>1860</sup> mais que son inscription dans le droit positif français fut contrariée en raison de l'hostilité nourrie par l'« *individualisme exaspéré* » de la philosophie des Lumières. En projetant fictivement l'homme hors de son milieu social, le jusnaturalisme moderne aurait conduit à « *l'absolutisme des droits subjectifs ; par [lui], l'individu devient un souverain, armé de prérogatives intangibles [...] l'école du droit naturel était fatalement amenée à lui permettre d'exercer ses droits dans une quelconque direction, même asociale, même antisociale* »<sup>1861</sup>. Ces affirmations ne sauraient nous surprendre, tant elles sont révélatrices de la défiance que manifestait, au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, une part notable du champ intellectuel français à l'endroit des principes de 1789<sup>1862</sup>. L'œuvre de Josserand s'inscrivait pleinement dans cette entreprise de dévalorisation

---

<sup>1856</sup> Ibid., p. 287-288.

<sup>1857</sup> Cf. Ripert (1949), p. 164-165.

<sup>1858</sup> Ripert (1929), p. 9 ; La critique de Georges Ripert est lestée d'une forte charge politique. Sa longue contribution est parsemée d'avertissements sur les risques de « soviétisation » du droit civil français où cas où une conception trop sociologique de l'abus de droit venait à s'imposer. Cf., entre autres, p. 7, 16, 21 et surtout p. 32 où Ripert qualifie le droit civil soviétique de « *poi-son d'Orient* ».

<sup>1859</sup> Cf. Louis Josserand, *L'abus des droits*, Paris, A. Rousseau, 1905 et du même, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927.

<sup>1860</sup> Josserand (1927), p. 1-4.

<sup>1861</sup> Ibid., p. 6.

<sup>1862</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II.

de l'individualisme des Lumières. La définition renouvelée de la notion de droit subjectif qu'entendait élaborer le privatiste français s'enracinait ainsi dans une conception de la position de l'individu hostile aux postulats de 1789. Josserand était convaincu que la sociologie avait démontré de façon définitive que l'homme ne constituait plus une fin en soi. Au contraire, il apparaissait plus modestement comme un rouage « *subalterne, enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable* » que constituait la société comprise comme une réalité *sui generis* dotée de ses lois propres. Un tel changement de paradigme ne pouvait, dès lors, manquer de se répercuter sur la conception du droit subjectif. Par-delà les apparences, il aurait ainsi convenu de constater qu'à chaque fois qu'un individu « *exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution* »<sup>1863</sup>. Josserand ne soulignait pas uniquement la genèse et la source sociales des prérogatives juridiques individuels mais également le *but* auquel elles tendent, leur finalité éminemment sociale<sup>1864</sup>. L'homme devait donc exercer ses droits dans le respect du but social qui leur avait été assigné<sup>1865</sup>. En somme, tout droit « *a une fonction dont son titulaire ne peut s'évader qu'en commettant un délit qui a un nom : l'abus de droit* »<sup>1866</sup>. Dès lors, les droits subjectifs apparaissaient bien moins comme l'expression de la sphère de liberté d'un sujet que comme des pouvoirs concédés à l'individu afin qu'il accomplisse pleinement son rôle dans la société<sup>1867</sup>.

Dans son essai *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Josserand procède à une minutieuse étude jurisprudentielle qui lui permet de déterminer les critères précis de l'usage abusif d'un droit. A cet égard, le privatiste français ne réduit nullement l'abus de droit à sa forme typique, l'intention de nuire à autrui<sup>1868</sup>. Il relève que la faute dans l'exécution<sup>1869</sup> ainsi que l'absence d'intérêt légitime<sup>1870</sup> constituent également des cas d'abus de droit. Cependant, l'unique critère propre à révéler la « *vérité intégrale* » de cette catégorie juridique tient dans le « *détournement du droit dans sa fonction sociale, de son esprit* »<sup>1871</sup>. Ce critère, dit fonctionnel ou finaliste, faisait donc apparaître l'abus de droit comme « *la déviation d'un droit, son détournement du but en vue duquel il a*

---

<sup>1863</sup> Josserand (1927), p. 7.

<sup>1864</sup> Ibid., p. 300.

<sup>1865</sup> Ibid., p. 301.

<sup>1866</sup> Ibid., p. 302.

<sup>1867</sup> Ancel/Didry (2001), p. 62-63.

<sup>1868</sup> Comme Planiol, Josserand admet qu'il existe des actes qui demeurent licites bien qu'ils aient été accomplis avec une intention de nuire, cf. Josserand (1927), p. 341 s.

<sup>1869</sup> Ibid., p. 354 s.

<sup>1870</sup> Ibid., p. 362 s. A ce propos, Josserand remarque fort pertinemment que définir l'abus de droit par l'absence d'intérêt légitime aboutit à percevoir dans les droits subjectifs des « *intérêts juridiquement protégés* », ce qui rejoint la définition proposée par Jhering.

<sup>1871</sup> Ibid., p. 368 ; Une telle perspective avait été auparavant défendue, avec plus de nuances, par Raymond Saleilles. Cf. Saleilles (1925), p. 370 n. 1.

*été institué* »<sup>1872</sup>. Tout droit subjectif serait ainsi un « droit-fonction » autorisant l'individu à poursuivre ses fins particulières en même temps qu'il lui donne les moyens d'assurer l'accomplissement du but social prévu par le législateur<sup>1873</sup>. Pour le juge, il s'agit d'estimer si l'acte incriminé a été accompli sous l'empire d'un *motif légitime*. En cela, le juge doit évaluer la conformité des motivations de l'auteur de l'acte au but social poursuivi par le législateur lorsqu'il avait consacré tel droit subjectif<sup>1874</sup>. Si cet examen connaît une issue négative, l'auteur de l'acte est réputé avoir agi sous un motif illégitime et son acte doit, en conséquence, être frappé de nullité. Cas échéant, sa responsabilité peut être engagée si son acte a occasionné un dommage<sup>1875</sup>. Par exemple, la propriété est un droit dont l'esprit est avant tout, selon Josserand, égoïste, en ce sens qu'il fut aménagé pour satisfaire les intérêts de son titulaire<sup>1876</sup>. La propriété ne doit être juridiquement protégée que lorsque le but manifeste et prédominant de son titulaire est la satisfaction de ses intérêts sérieux et légitimes<sup>1877</sup>. Conçus dans un esprit contraire, les droits à esprit altruiste sont détournés de leur fonction lorsqu'un mobile égoïste préside à leur exercice. A titre d'illustration, il y a abus de droit dès lors qu'un tuteur use des droits qui lui sont conférés par la loi dans un but d'enrichissement personnel et non plus dans l'intérêt de son pupille<sup>1878</sup>. En conclusion, nous constatons que l'abus de droit présente, chez Josserand, un caractère à la fois objectif et subjectif. La détermination de l'exercice abusif d'un droit requiert tout d'abord que l'on s'intéresse à la psychologie, que l'on soumette l'acte mis en cause à une « *enquête subjective* »<sup>1879</sup>. En même temps, l'abus de droit n'est acquis que si un droit est détourné de sa fonction sociale et, « *à ce point de vue, la théorie est d'ordre social comme le critère même qui en constitue le point central* »<sup>1880</sup>. L'abus de droit constitue ainsi une interface parfaite entre l'aspect subjectif et objectif du droit : c'était le lieu où la volonté individuelle rencontre les limites que la vie sociale et les devoirs qu'elle implique pose à son déploiement<sup>1881</sup>.

---

<sup>1872</sup> Ibid., p. 17.

<sup>1873</sup> Ibid., p. 369-370.

<sup>1874</sup> Ibid., p. 375 s.

<sup>1875</sup> Josserand parvient à dresser une liste assez riche des motifs illégitimes : la collusion, la fraude à la loi, le dol, l'intention de nuire, la mauvaise foi et surtout l'utilisation d'une prérogative incompatible avec son esprit ou sa fonction. Cf. Ibid., p. 381-383.

<sup>1876</sup> Ibid., p. 34.

<sup>1877</sup> Dans une telle perspective, un propriétaire qui cherche avant tout à nuire à son voisin, qui, parmi les multiples manières d'exercer son droit, choisit celle la plus apte à porter préjudice à un tiers, ne peut être protégé dans son droit. Cf. Ibid., p. 35-36.

<sup>1878</sup> Ibid., p. 393-394.

<sup>1879</sup> Ibid., p. 386.

<sup>1880</sup> Ibid.

<sup>1881</sup> Cf. Ibid., p. 386-387 : « *La théorie de l'abus met en rapport l'objectif et le subjectif par cela même qu'elle implique nécessairement la confrontation d'un acte, produit d'une volonté juridique, avec la fonction sociale d'un droit, concept objectif ; et le système apparaîtra sous l'un ou l'autre aspect suivant qu'on regardera par l'un ou par l'autre bout de la lunette* ».

L'originalité de la position de Duguit dans ce débat tient en ce qu'il parvient à concilier l'esprit général de Josserand et les critiques d'ordre logique et technique de Planiol. Selon le Doyen de Bordeaux, la théorie de l'abus de droit de Josserand constitue un apport précieux à l'étude de la volonté juridique. En effet, l'examen de la valeur juridique de l'acte d'un individu ne doit pas uniquement porter sur son objet, mais également sur son but<sup>1882</sup>. But qui doit s'accorder à l'état de la solidarité prévalant à un moment déterminé de l'évolution sociale<sup>1883</sup>. Dans l'exemple d'un exercice du droit de propriété accompli dans le seul but de nuire à un tiers, il ne s'agit pas de se demander si le propriétaire a réalisé un usage excessif de la part de liberté que lui concède la disposition du Code civil consacrant le droit de propriété. Il convient uniquement d'examiner si un tel acte concorde avec le droit objectif à raison de son objet et de son but. En usant de sa propriété dans le but exclusif de porter préjudice à autrui, un individu réalise un acte dont le but est contraire à la loi qui n'autorise pas que l'on use de sa chose pour une telle finalité. L'objet de l'ordre juridique n'est donc pas tant de conférer une protection à la liberté de la volonté individuelle. Bien au contraire, l'ordre juridique octroie des prérogatives juridiques aux individus afin qu'ils remplissent au mieux leur fonction, leur rôle dans l'organisme social et c'est pour cela qu'il s'assure que les buts poursuivis par les individus concordent avec les finalités de la société. Nous observons donc bel et bien un passage d'une compréhension individualiste du droit privé à une acception orientée vers certains buts sociaux.

Cependant, Duguit perçoit une méprise chez Josserand lorsque celui-ci place toute sa théorie de l'abus dans l'orbe du droit subjectif. A ce titre, la déconstruction incisive opérée par Planiol convainc parfaitement Duguit. Il est, en effet, contradictoire de dire que l'on a un droit et que l'on en abuse<sup>1884</sup>. Un acte dont l'objet et le but sont conformes au droit objectif doit toujours être considéré comme un acte licite. En revanche, un acte dont l'objet ou le but viole le droit objectif est un acte illicite. Cette dichotomie semble bien plus intelligible à Duguit que la théorie de l'abus de droit qui tente de concilier licéité (l'exercice d'un droit) et illicéité (le but illicite poursuivi par l'auteur) dans la même notion. En conséquence, le Doyen de Bordeaux reprend Louis Josserand en lui indiquant que « *la non-conformité du but du législateur n'intéresse pas à vrai dire le droit subjectif d'une personne, mais les actes de volonté émanant d'elle, toute la théorie [de Josserand] est une théorie de l'acte et non une théorie du droit [subjectif]* »<sup>1885</sup>. La théorie de l'abus de droit apparaît à Duguit comme une simple scorie du droit naturel. Elle continue de voir dans les prérogatives juridiques des individus une expression de leur liberté. Dans cette optique, l'abus de droit se dé-

---

<sup>1882</sup> Duguit (1927), p. 270. Un point que le Doyen de Bordeaux soulignera avec insistance dans son étude de l'acte juridique. Cf. *infra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.

<sup>1883</sup> Duguit (1912), p. 71-72.

<sup>1884</sup> Duguit (1927), p. 267.

<sup>1885</sup> *Ibid.*, p. 269.

finir comme le développement excessif, anormal de la liberté d'un individu venant entraver l'exercice normal de la liberté d'autrui<sup>1886</sup>. La théorie de l'abus de droit n'est donc pas en mesure de dépasser la vision libérale du lien social fondée sur la coexistence de monades. Cette acception se traduit nécessairement en une certaine conception du droit civil où « *chaque individu a comme tel une certaine sphère juridique qui a pour fondement et pour mesure son pouvoir naturel de vouloir, et ainsi le régime juridique d'une société est constitué par la combinaison des sphères juridiques des individus qui la composent* »<sup>1887</sup>. L'abus de droit constitue, dans cette perspective, la frontière qu'un individu ne saurait franchir sans porter une atteinte illicite à la sphère juridique d'autrui. A ce titre, Duguit estime que s'interroger sur les limites de la liberté par rapport à la liberté d'autrui ne peut aboutir qu'à d'interminables et insolubles controverses<sup>1888</sup>.

Ces difficultés peuvent, cependant, être aisément contournées si l'on abandonne la notion de droit subjectif et ses soubassements jusnaturalistes pour se reporter sur une analyse juridique de l'acte de volonté, basée sur l'étude de sa conformité au droit objectif<sup>1889</sup>. En effet, il ne saurait exister, selon Duguit, de « *loi concédante* »<sup>1890</sup> dont l'objet serait d'octroyer un domaine à la volonté individuelle où celle-ci peut régner librement<sup>1891</sup>. Une loi ne peut qu'ordonner et interdire<sup>1892</sup>. L'accomplissement d'un acte licite – par exemple l'usage régulier de sa propriété – n'est pas, au regard du droit objectif, l'exercice d'un droit prétendument subjectif. Il signifie l'ordre donné à tout individu de s'abstenir de toute action susceptible d'entraver cet acte licite. De même, Duguit nie que le droit objectif puisse créer un droit subjectif au profit d'un individu ayant subi un dommage suite à l'acte illicite d'un autre individu. Cela serait concéder à un individu le pouvoir d'imposer sa volonté à une autre volonté humaine, une hypothèse que Duguit rejette de toutes ses forces<sup>1893</sup>. La voie de droit ouverte ne vise qu'à sanctionner l'ordre donné à quiconque, par le droit objectif, de ne pas commettre d'acte illicite. Ce n'est donc pas la volonté de l'individu qui demande réparation qui est en premier lieu protégée, mais la norme juridique elle-même<sup>1894</sup>. Enfin, Duguit

---

<sup>1886</sup> Ibid.

<sup>1887</sup> Duguit (1912), p. 84.

<sup>1888</sup> Duguit (1927), p. 267.

<sup>1889</sup> Tel est le *leitmotiv* de la théorie duguitienne de l'acte juridique qui forme l'objet immédiat de la section suivante.

<sup>1890</sup> Ibid., p. 264 ; remarque à rapprocher de la définition du droit subjectif de Windscheid que celui-ci décrit comme un pouvoir de la volonté *concedé* par l'ordre juridique. Cf. Windscheid (1891), p. 88.

<sup>1891</sup> Rappelons que Savigny définissait précisément le rapport de droit privé comme « *une relation de personne à personne, déterminée par une règle de droit. Cette détermination par une règle de droit consiste en ceci qu'un domaine est assigné à la volonté individuelle dans lequel elle doit régner de façon indépendante* ». Cf. Savigny (1840), p. 333.

<sup>1892</sup> Duguit (1927), p. 264.

<sup>1893</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III.

nie qu'un acte juridique puisse donner naissance à des droits subjectifs. La conclusion d'un contrat ne confère pas une supériorité à la volonté du créancier l'autorisant à imposer sa volonté au débiteur. Un contrat n'est qu'un *acte de volonté* ayant pour objet l'affectation d'une certaine richesse – entendue au sens large, objet matériel ou immatériel, exécution d'un travail ou d'une tâche – dans un but individuel ou collectif, affectation garantie par une voie de droit<sup>1895</sup>. Dès lors que l'objet et le but de cet acte se révèlent conformes au droit objectif, celui-ci ordonne aux contractants de respecter leurs engagements. Si le débiteur refuse d'accomplir son obligation, il viole cette règle du droit objectif<sup>1896</sup>. Dans ce même esprit, l'action en justice du créancier ne signifie pas, selon le juriste français, l'exercice d'un droit subjectif. Il s'agit d'opérer un renversement de perspective en ceci que, dans une telle hypothèse, ce n'est pas le pouvoir de la volonté du créancier qui se déploie, mais plutôt la norme qui ordonne aux agents publics de sanctionner la violation du droit objectif commise par le débiteur<sup>1897</sup>. L'action du créancier n'est que le *fait* conditionnant l'application de la norme. Toute norme contient ainsi en soi deux ordres. Un premier impératif est adressé aux particuliers de se conformer aux prescriptions qui y sont contenus. Un second commandement, plus implicite, est également adressés aux agents publics leur ordonnant de réprimer les atteintes à la norme, d'office ou sur demande, selon les modalités prévues par le droit objectif<sup>1898</sup>. En somme, toute situation juridique se résume toujours « *en un ensemble d'impératifs objectifs s'adressant à des individus, des impératifs d'ailleurs qui ne font pas plus naître des obligations que des droits au sens subjectif, qui n'établissent point un rapport d'infériorité ou de supériorité entre des volontés, mais des impératifs tels que, s'ils sont violés, la contrainte sociale organisée intervient sous la condition qu'une personne le demande, et même parfois spontanément* »<sup>1899</sup>. Nous sommes bien dans une perspective totalement objectiviste.

#### 4. La transformation de la responsabilité civile

Suite à seize années de débats parlementaires, la loi sur les accidents du travail fut finalement adoptée le 9 avril 1898. Outre qu'il s'agissait là d'une des premières lois sociales de la Troisième République, ce texte légal se distinguait par la révolution juridique qu'il inaugurerait. En effet, cette loi instaurait la première forme de responsabilité civile objective en désarrimant le droit de la responsabilité civile de la notion cardinale de faute, pilier du système français de la responsabilité civile<sup>1900</sup>. Dé-

---

<sup>1894</sup> Duguit (1927), p. 265-266.

<sup>1895</sup> Ibid., p. 442.

<sup>1896</sup> Ibid., p. 439-440.

<sup>1897</sup> Ibid., p. 441.

<sup>1898</sup> Cette dualité nous apparaîtra sous un jour plus clair lorsque nous aurons rendu compte de la dichotomie loi normative/loi constructive à l'œuvre chez Duguit. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.3.

<sup>1899</sup> Duguit (1927), p. 441.

sormais, la responsabilité d'un employeur pouvait être engagée dès lors qu'un accident frappait dans son entreprise l'un de ses employés, sans que celui-ci n'ait à démontrer la commission d'une faute par son employeur<sup>1901</sup>. Il s'agissait dès lors d'une remise en cause fondamentale du paradigme individualiste sur lequel était bâti le droit civil français dont le régime de responsabilité reposait sur l'idée de faute individuelle<sup>1902</sup>. Un an avant l'adoption de la loi, Raymond Saleilles et Louis Josserand firent paraître simultanément deux essais qui posent les bases théoriques de cette nouvelle forme de responsabilité<sup>1903</sup>. Saleilles décrit avec une grande acuité le renversement qui sera consacré par la législation sur les accidents de travail : « *c'est un cas de responsabilité du fait des choses, sans qu'apparaisse l'idée de clause contractuelle, ni même l'idée de faute. Tout élément de volonté se trouve écarté, soit sous forme de contrat, soit sous forme de faute subjective et délictuelle. C'est une responsabilité purement objective, dérivant du fait lui-même et de sa matérialité* »<sup>1904</sup>. L'importance accordée à la volonté individuelle est, en effet, considérablement réduite. La responsabilité objective n'implique plus de scruter les intentions de celui qui doit répondre du dommage. Au contraire, le rapport de droit entre le lésé et le responsable du dommage ne résulte plus de leurs volontés subjectives, mais de faits extérieurs, considérés objectivement, liés à certaines manifestations de la vie sociale<sup>1905</sup>. Là se trouve la clé de la pénible gestation de cette loi. Le droit du travail ne se voyait plus soumis à la stricte

---

<sup>1900</sup> Cf. Ewald (1986), p. 282-283 ; Cf. Josserand (1897), p. 54-55 ; Arnaud (1975), p. 98.

<sup>1901</sup> Une simple lecture du premier article de la loi du 9 avril 1898 nous permet de mesurer à quel point la notion de faute fut évacuée de ce nouveau régime de responsabilité : « *Les accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail, aux ouvriers et employés occupés dans l'industrie du bâtiment, les usines, manufactures, chantiers, les entreprises de transport par terre et par eau, de chargement et de déchargement, les magasins publics, mines, minières, carrières, et, en outre, dans toute exploitation ou partie d'exploitation dans laquelle sont fabriquées ou mises en œuvre des matières explosives, ou dans laquelle il est fait usage d'une machine mue par une force autre que celle de l'homme ou des animaux, donnent droit, au profit de la victime ou de ses représentants, à une indemnité à la charge du chef d'entreprise, à la condition que l'interruption de travail ait duré plus de quatre jours* ». Le concept de faute réapparaît néanmoins à l'article 20 de la loi, mais n'a d'impact que sur le quantum des dommages-intérêts à la charge du Chef d'industrie. En effet, cette disposition précise que l'indemnité peut être exclue en cas d'accident provoqué intentionnellement, minoré en cas de faute inexcusable de l'employé ou majoré dans l'hypothèse d'une faute inexcusable du chef d'entreprise ou l'un de ses substitués.

<sup>1902</sup> Ewald (1994), p. 231 ; Cf. Halpérin (2012), p. 146-147.

<sup>1903</sup> Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1897 ; Louis Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Arthur Rousseau, 1897.

<sup>1904</sup> Saleilles (1897), p. 3. Fin connaisseur du droit civil allemand, Saleilles n'a pu qu'être sensible aux évolutions de ce dernier. Dans sa *Théorie générale de l'obligation*, il porte attention à la loi allemande du 7 juin 1871 qui crée une responsabilité civile objective en cas d'accidents ferroviaires, 27 ans avant la législation française en matière d'accidents de travail. Cf. Saleilles (1925), p. 356-358.

<sup>1905</sup> Saleilles (1897), p. 4.

logique contractuelle héritée de la révolution individualiste du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>1906</sup>. Comme l'affirme à juste titre Pierre Rosanvallon, le droit du travail était désormais adossé à une sociologie, en ce que son édicition ne devait plus s'effectuer à l'aune de catégories juridiques figées mais en direction de buts sociaux en adéquation avec les nécessités de l'époque<sup>1907</sup>. En l'occurrence, la manifestation de la vie sociale qui a présidé à l'émergence de la responsabilité objective en matière d'accidents de travail est l'apparition du *risque professionnel*. Selon la conception élaborée par Raymond Saleilles et Louis Josserand, le travail industriel s'était considérablement complexifié à la faveur de la révolution industrielle, si bien que la prévision d'un accident était devenue une tâche ardue. On parlait alors d'« *accident anonyme* » tant il était difficile d'y déceler une responsabilité subjective<sup>1908</sup>. L'accident de travail devait dès lors être considéré comme un risque inévitable, un hasard incontrôlable, inhérent à la nature objective du mode de production de l'industrie moderne<sup>1909</sup>. François Ewald explique avec force détails les raisons qui ont conduit à l'abandon du régime de responsabilité subjective dans le cas des accidents du travail. Notamment, la complexification du travail en usine rendait presque impossible la preuve d'une faute du patron et l'établissement d'une causalité entre la faute présumée et le dommage subi<sup>1910</sup>. L'application de la responsabilité civile pour faute aurait abouti, dans une telle configuration, à l'émergence d'un régime d'« *irresponsabilité à peu près universelle* »<sup>1911</sup>. De plus, la longueur, la complexité et le coût de la procédure judiciaire faisaient de l'action en justice une voie pratiquement inaccessible à l'ouvrier<sup>1912</sup>. La détermination du responsable du dommage ne devait dès lors plus s'établir, selon des critères psychologiques et subjectifs, par la mesure des fautes imputables aux personnes concernées. Seul le point de vue social était en jeu<sup>1913</sup>. Saleilles indiquait, à ce titre, que le machinisme ne profite pas équitablement aux ouvriers et aux patrons. Alors que les premiers risquent d'y perdre leur intégrité physique, voire leur vie, contre un salaire modique, les patrons y

---

<sup>1906</sup> Ibid., p. 20-21.

<sup>1907</sup> Rosanvallon (1990), p. 176 ; François Ewald ajoute que les promoteurs de la loi de 1898 cherchaient « à se libérer de la manière de penser le droit par principes universels et intemporels pour le concevoir en termes d'objectifs sociaux : en l'occurrence mettre fin à l'antagonisme du capital et du travail en permettant à tout ouvrier victime d'un accident d'être indemnisé ». Cf. Ewald (1994), p. 286.

<sup>1908</sup> Josserand (1897), p. 7.

<sup>1909</sup> Saleilles (1897), p. 5-6 : « *La vie moderne, plus que jamais, est une question de risques. [...] c'est la rançon du machinisme et de l'industrie moderne ; c'est la part inévitable d'inconnu qu'il faut subir lorsqu'on se livre à ces terribles engrenages devant lesquels l'initiative de l'ouvrier disparaît presque. [...] Parler de faute en présence de cet inconnu redoutable, c'est vouloir prétendre régler et connaître à un degré près les forces de la nature dans ce qu'elles ont de plus foudroyant et de plus terrible. C'est une idée insoutenable et qui ne résiste pas aux faits* ».

<sup>1910</sup> Josserand (1897), p. 12 s.

<sup>1911</sup> Ibid., p. 9.

<sup>1912</sup> Ewald (1994), p. 248-249.

<sup>1913</sup> Saleilles (1897), p. 5.

trouvent une source colossale de profit, sans mettre leur existence en péril<sup>1914</sup>. En outre, l'employeur ne peut manquer d'ignorer, lors de l'engagement, qu'il expose ses employés à un risque qu'il ne maîtrise pas dans sa totalité. L'employeur a voulu ce risque pour les profits qu'il en dégage, il doit donc en assumer les conséquences négatives<sup>1915</sup>. A l'idée de faute individuelle s'était ainsi peu à peu substituée la notion de risque social<sup>1916</sup>. Saleilles aventurait quelques aveux timides, à la fin de son essai, relatifs à la vision de la société traduite par la notion nouvelle de responsabilité objective. Le juriste français indiquait que la théorie objective était une théorie sociale inscrivant l'homme dans son milieu social et prenant en considération les liens d'*interdépendance* qui en découlent<sup>1917</sup>. L'impact de l'activité individuelle sur autrui apparaissait comme un fait inévitable ; la notion de faute devenait, dans bien des cas, caduque<sup>1918</sup>.

Dans son cycle de conférences portant sur les *Transformations générales du droit privé* depuis le Code Napoléon, Duguit adoube sans réserve la théorie de la responsabilité pour risque élaborée par ses collègues civilistes. Mieux, il tente d'en accentuer le caractère objectif et la portée anti-individualiste. En premier lieu, Duguit soutient que la responsabilité subjective régie par l'article 1382 du Code Napoléon résulte d'une conception purement individualiste de la société. En cela, elle répondrait à la même logique conceptuelle que le contrat. La volonté individuelle y serait tout autant la cause génératrice du rapport de droit entre l'auteur du dommage et le lésé, c'est pourquoi ce dernier doit obligatoirement prouver la faute ou la négligence de l'auteur du fait<sup>1919</sup>. La naissance de l'obligation demeure ainsi l'œuvre de la volonté individuelle.

---

<sup>1914</sup> Ibid., p. 6-8.

<sup>1915</sup> Ibid., p. 11-12. Saleilles parle de « *loi de justice sociale sur la répartition des risques* ». Saleilles publie son essai en 1897, un an avant l'adoption de la loi sur les accidents de travail. Pour cette raison, le civiliste français s'acharne à trouver un fondement à la responsabilité pour risque dans le Code civil. A cet égard, il s'appuie sur les articles 1384 et 1386 du Code civil. Cf. Ibid., p. 26 s. Il en va de même pour Josserand qui parle également de « *considérations d'équité* » pour justifier l'apparition de la responsabilité objective. Cf. Josserand (1897), p. 103.

<sup>1916</sup> Les considérations de Saleilles rejoignent, sur ce point, celles des solidaristes. Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1.3.

<sup>1917</sup> Saleilles (1897), p. 74.

<sup>1918</sup> Le passage pertinent mérite d'être cité *in extenso* : « *La théorie objective est une théorie sociale qui considère l'homme comme faisant partie d'une collectivité et qui le traite comme une activité aux prises avec les individualités qui l'entourent. Je ne sais rien de faux et parfois d'humiliant comme cette idée de faute mise en avant pour les moindres manifestations de notre liberté. On qualifie d'imprudence ce qui est le fait ordinaire de tout ce qui agissent ; le malheur qui a fait qu'un accident est survenu devient une faute et un délit. En réalité, neuf fois sur dix, ceux qui parlent de faute, et les magistrats les premiers, savent que tout le monde en aurait fait autant ; seulement les autres auraient eu la chance de ne faire de mal à personne. C'est une question de hasard et non une question de faute.* ». Cf. Ibid., p. 74.

<sup>1919</sup> Duguit (1912), p. 138 et Duguit (2003), p. 221 : « *La vieille théorie des civilistes, héritée du droit romain, range les délits et les quasi-délits civils parmi les causes d'obligations au même*

Duguit ne nie pas la pertinence de la responsabilité subjective dans les rapports entre individus, il précise néanmoins, dans le *Traité de droit constitutionnel*, que la responsabilité pour faute requiert une certaine « *égalité de situation* »<sup>1920</sup>. Par ce terme, Duguit n'entend pas tant une égalité de condition sociale qui s'établirait par l'étude de la position d'un individu dans l'ordre social. L'égalité de situation qui conditionne l'applicabilité de la responsabilité subjective s'appuie plus simplement sur le principe de l'égalité de soumission de tous les individus au droit objectif, où chaque homme voit son activité soumise aux mêmes restrictions posées par la règle de droit. En ce sens, la situation de tous est similaire car chacun est assujéti à la même obligation de respecter le droit. Il n'y a lieu à responsabilité et à réparation que lorsqu'« *il y a de la part de l'un une faute, c'est-à-dire une violation de la règle de droit; seule cette faute peut faire disparaître l'égalité de situation* »<sup>1921</sup>.

Le juriste français affirme, en revanche, que la responsabilité subjective n'est pas apte à régir les rapports entre groupes et entre groupes et individus engendrés par la révolution industrielle. Ces relations ne mettent, en effet, plus aux prises des individus isolés mais bien des groupes sociaux. Dès lors, les principes individualistes qui ont inspiré l'idée de responsabilité subjective doivent s'effacer et laisser place à une analyse sociologique soucieuse de la réalité des rapports sociaux. Les droits et les devoirs des individus doivent se définir à la lumière de leur inscription dans un groupe social déterminé ; l'égalité de situation au fondement de la responsabilité subjective n'est ainsi plus opérante. Le Doyen de Bordeaux constate que l'entreprise industrielle met aux prises « *l'élément capital et l'élément travail* »<sup>1922</sup>. En ce sens, la situation qu'est appelée à régir la législation sur le travail est celle où « *l'ouvrier se trouve en présence, non pas, à vrai dire, de celui qui l'emploie, mais de toute une classe sociale, la classe capitaliste* »<sup>1923</sup>. Or Duguit estime qu'il est impossible d'appliquer le principe de la responsabilité subjective à une telle collectivité sociale. En effet, la faute est un fruit de la volonté. Or, dans le système réaliste de Duguit, seul l'individu humain dispose d'une volonté consciente. Intrinsèquement liée à l'individu, la faute ne peut donc être imputée à une classe sociale, sauf à retomber dans les errements métaphysiques des théories de la personnalité morale, tant combattus par le Doyen de Bordeaux<sup>1924</sup>. La seule manière d'envisager le problème de la responsabilité civile dans les rapports de travail d'une façon conforme aux faits observables consiste, pour Duguit, à reprendre la théo-

---

*titre que les contrats : c'est toujours la volonté qui engendre l'obligation, la volonté conforme à la loi dans le contrat et le quasi-contrat, la volonté contraire à la loi dans le délit et quasi-délit ».*

<sup>1920</sup> Duguit (1930), p. 467.

<sup>1921</sup> Ibid., p. 467.

<sup>1922</sup> Duguit (1912), p. 142-143.

<sup>1923</sup> Duguit (1930), p. 467.

<sup>1924</sup> Ibid., p. 468-469. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II.

rie de la responsabilité pour risque défendue par Raymond Saleilles et Louis Josserand. En cas d'accident de travail, il convient uniquement de se demander quel est le patrimoine qui doit supporter le risque s'attachant à l'activité du groupe considéré<sup>1925</sup>. Le risque du travail industriel est à la charge de l'élément travail tandis que les bénéfices sont, pour l'essentiel, acquis à l'élément capital. La responsabilité objective à la charge du chef d'industrie en cas d'accident de travail doit ainsi apparaître comme la contrepartie de la plus-value qu'il retire du travail à risque de ses ouvriers<sup>1926</sup>. Le même principe régit également la responsabilité objective du propriétaire. Ce dernier doit répondre des dommages provoqués par sa chose dans la mesure où il a le droit d'en conserver les fruits<sup>1927</sup>. Duguit s'autorise ainsi à percevoir dans l'avènement de la responsabilité objective la « ruine de l'individualisme » qui dominait jusque-là le droit privé français<sup>1928</sup>. Le principe de responsabilité objective consacrerait la *fonction sociale* que le droit assignerait aux individus relativement à leur position dans l'organisme social. Propriétaires et industriels auraient ainsi pour fonction de prendre en charge la création et le maintien de la richesse sociale, avec les risques qu'une telle entreprise comporte, tout en gardant la possibilité d'en retirer une partie des bénéfices. La conception individualiste de la responsabilité subjective fondée sur la faute est ainsi supplantée par l'émergence d'une responsabilité objective basée sur la fonction sociale des différents groupes sociaux.

## II. L'acte juridique

La critique du droit subjectif et du droit de propriété en particulier ainsi que les réflexions poussées menées par Léon Duguit sur l'abus de droit et la responsabilité civile constituent le laboratoire où le juriste français éprouve la fécondité de sa définition du droit objectif, conçu comme un dérivé des liens de solidarité. Le Doyen de Bordeaux tente de démontrer que les évolutions subies par le droit privé signalent un changement progressif de paradigme. Alors que la philosophie implicite du Code Napoléon consacrait et défendait la liberté de l'individu, sauf dans les cas où cette liberté était attentatoire à la liberté d'autrui, le mouvement législatif, jurisprudentiel et doctrinal rejoint par Duguit affirmait que les règles du droit privé avaient comme fin première de permettre à l'individu de remplir un rôle utile à la société<sup>1929</sup>. En somme, les

---

<sup>1925</sup> Duguit (1912), p. 139.

<sup>1926</sup> Ibid., p. 143.

<sup>1927</sup> Ibid., p. 144.

<sup>1928</sup> Ibid., p. 142.

<sup>1929</sup> On pourrait résumer ce changement de perspective en reprenant la formule éclairante d'Eugène Gaudemet : « *En principe, disait-on en 1804, l'individu est libre, sauf dans les cas où l'exercice de cette liberté contrarie l'ordre général. En principe, nous dit-on maintenant, l'individu n'est pas libre, sauf dans les cas où la liberté est utile à l'intérêt de la communauté* ». Cf. Gaudemet (1904), p. 977.

interventions de Duguit en matière de droit privé avaient pour objectif de déterminer les buts sociaux de ce dernier. En nous inspirant de la dichotomie construite par Gaston Jèze entre *point de vue politique* et *point de vue de la technique juridique*<sup>1930</sup>, nous pouvons inscrire cette contribution de Duguit à l'étude du droit privé dans ce que nous appellerons la *partie politique* de l'œuvre de Léon Duguit. Selon Jèze, tout problème juridique peut être étudié selon un double point de vue. Il s'agit, en premier lieu, de déterminer les besoins, les préoccupations et les buts d'ordre politique, économique ou social qui forment la raison d'être des différentes institutions juridiques<sup>1931</sup>. En établissant, par exemple, que le propriétaire a une fonction sociale à accomplir ou en reconnaissant partiellement la pertinence de la théorie de l'abus de droit, Duguit s'est attaché à fixer les *finalités* sociales des différents pouvoirs juridiques consacrés par le droit objectif. Cette partie de la doctrine du Doyen de Bordeaux s'effectue donc selon *le point de vue politique*.

Il existe également une seconde partie de l'œuvre de Duguit, solidaire de celle qui vient d'être énoncée, qui consiste dans l'analyse des *procédés juridiques* au moyen desquels les différents buts politiques, sociaux ou économiques sont poursuivis et atteints. Cette seconde composante de la doctrine du juriste bordelais le voit adopter le *point de vue de la technique juridique*<sup>1932</sup>. En effet, il ne suffit pas de démontrer que l'individu ne dispose que d'une liberté limitée par certaines finalités sociales pour épuiser l'analyse juridique de la volonté individuelle ; il reste encore à examiner les moyens et les formes dont dispose la volonté pour produire un effet de droit. Les considérations sur la technique juridique se développent fortement dans la doctrine française dans les deux premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle, à l'image des travaux de Gaston Jèze, déjà cité, ainsi que ceux de René Demogue et François Géný<sup>1933</sup> ; Duguit n'a pas échappé à cette tendance. En ce qui concerne l'étude du droit privé, le point de vue de la technique juridique se concentre, chez Duguit, dans l'étude de l'*acte juridique*, dont le juriste français propose une définition et une catégorisation poussées.

Nous retracerons la construction duguitienne de l'acte juridique en trois étapes. En premier lieu, nous constaterons que Duguit propose une *définition* de l'acte juridique qui est empreinte de la partie politique de son œuvre, en ce que la juridicité d'un acte de volonté dépend de la conformité de son objet et de son but à la règle de droit. Cette dépendance de la volonté individuelle au droit objectif amènera le Doyen de Bordeaux

---

<sup>1930</sup> Sur cette distinction, cf. Beaud (2013), p. 1-36.

<sup>1931</sup> Jèze (1914), p. 3-5.

<sup>1932</sup> Ibid.

<sup>1933</sup> Cf. Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Giard & Brière, Paris, 1914, p. 3 s ; René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 201 s. ; François Géný, *Science et technique du droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921. Sur l'importance croissante de la technique juridique dans le discours doctrine au début du XX<sup>e</sup> siècle, cf. Audren (2015), p. 63 s.

à affirmer que la volonté n'a aucun pouvoir de création juridique originale, l'effet de droit étant toujours le produit de la règle de droit. Une telle démonstration conduira Duguit à prendre position dans le débat relatif à l'autonomie de la volonté qui agite la doctrine de droit privé à partir de la décennie 1890. En second lieu, Duguit élabore une *catégorisation* des actes juridiques selon le type de situation juridique qu'ils sont susceptibles de faire naître. A cet égard, il opère une distinction qui tient compte de la durée et de l'étendue de la situation juridique créée. Le juriste français constate, d'une part, l'existence d'actes juridiques objectifs qui créent, pour les destinataires de l'acte, des situations juridiques objectives qui se signalent par leur généralité et leur permanence. D'autre part, il rend compte des actes juridiques subjectifs qui donnent naissance à des situations juridiques subjectives ; leur particularité est d'être temporaires et spéciales. En troisième et dernier lieu, la théorie duguitienne de l'acte juridique en matière de droit privé prend les aspects d'une considérable *relativisation du contrat*. En ce qu'il n'autorise l'obligation du sujet que par son consentement, le contrat a été, en toute logique, l'acte juridique privilégié par l'individualisme juridique. Pour cette raison, le contrat a pu être la seule catégorie d'acte juridique à avoir bénéficié d'une systématisation complète dans le Code Napoléon. L'adoption du code civil allemand en 1896 – qui comporte un vaste catalogue d'actes juridiques – et l'intérêt nourri d'une partie de la doctrine française à son égard constituèrent l'une des sources d'une réflexion plus élargie sur l'acte juridique<sup>1934</sup>. Surtout, les profondes modifications des conditions socio-économiques provoquées par la révolution industrielle ne manquèrent pas de se répercuter sur la réalité des échanges entre individus. Dans la mesure où les principales catégories de la science juridique ne sont que l'abstraction de certains faits sociaux, Duguit jugera nécessaire de compléter la table des actes juridiques de certains types inédits, propres à refléter les conditions effectives de l'échange et de la collaboration entre les hommes. A ce titre, le juriste français constatera que le contrat correspond à un état dépassé des relations économiques. Dans la conception que s'en fait Duguit, un contrat se définit par des conditions idéal-typiques d'élaboration et par une certaine disposition des intérêts en présence. D'une part, le contrat est, selon lui, le fruit de la rencontre entre deux volontés qui se déterminent mutuellement par le jeu de la négociation. Le contrat a, d'autre part, pour fonction d'opérer le compromis entre deux intérêts opposés. Dès lors, lorsqu'un « contrat » n'est pas négocié, nous sommes en face d'une catégorie inédite d'acte juridique, que Duguit examinera en reprenant à son compte la notion de « contrat d'adhésion » forgée par Raymond Saleilles. De même, les actes juridiques impliquant une pluralité d'individus motivés par un intérêt commun, et non par des intérêts opposés, ne peut rentrer dans la catégorie

---

<sup>1934</sup> Cf. Jean Hauser, in : *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, entrée : acte. Raymond Saleilles est certainement le privatiste de la Belle Epoque qui aura nourri l'intérêt le plus important pour le nouveau Code civil allemand, et notamment pour ses dispositions relatives aux actes juridiques. Cf. Saleilles (1925) p. 140 s.

du contrat. Duguit procédera à une définition de ce type d'acte juridique en s'appuyant sur les concepts de *Gesamtakt* et de *Vereinbarung* élaborés par la pensée juridique allemand. Aussi aurons-nous l'occasion d'exposer un nouvel aspect du dialogue que Léon Duguit aura su entretenir avec ses collègues d'outre-Rhin.

### 1. Une définition sous le signe de la psychologie

Il ne suffit pas de démontrer que l'individu ne dispose point d'une liberté originaire pour épuiser la définition de sa situation juridique. Après avoir déterminé que l'homme ne dispose que d'un certain nombre de pouvoirs et de devoirs juridiques objectifs liés à l'état de la solidarité sociale, Duguit s'intéresse aux conditions d'exercice de ceux-ci. Il constate à ce titre qu'un individu ne peut obtenir un effet de droit que par l'entremise d'un *acte de volonté*. Le juriste français débute par une analyse de l'acte de volonté en tant que tel, avant d'étudier l'acte de volonté dans sa relation avec la règle de droit. En conséquence, Duguit commence son étude par une analyse psychologique de la volonté individuelle<sup>1935</sup>. Les sources mobilisées se situent donc bien au-delà de la science de droit puisqu'il s'agit pour l'essentiel de traités ou d'articles de psychologie. Nous retrouvons là un trait distinctif de la méthodologie du Doyen de Bordeaux qui consiste à étudier un aspect de la réalité empirique à l'aide de la discipline scientifique topique pour ensuite tenter d'en transposer les résultats dans la science juridique. Au même titre que la sociologie joua un rôle crucial chez Duguit dans la définition de la règle de droit, la psychologie constitue un apport de poids à sa théorie de l'acte juridique<sup>1936</sup>.

Un acte de volonté se distingue de l'acte-réflexe en ce que le premier est constitué d'une première phase de représentation et de conception. Sur ce point, Duguit suit scrupuleusement les conceptions du psychologue américain William James (1842-1910), que le juriste français cite à plusieurs reprises dans le *Traité de droit constitutionnel*. James affirme en effet que « *la première condition de la vie volontaire est que l'on ait une provision de représentations des divers mouvements possibles* »<sup>1937</sup>. L'acte de volonté est donc « *une activité idéo-motrice, une impulsion par les idées* »<sup>1938</sup>. Avant de s'extérioriser en un comportement déterminé, l'acte de volonté est tout d'abord élaboré dans la conscience du sujet, si l'on excepte les quelques cas où la représentation et l'action se produisent de façon pratiquement simultanée. Dans cette phase de délibération interne<sup>1939</sup>, l'attention se porte en premier lieu sur l'*objet* et le *but* de l'acte. L'*objet immédiat* de la volonté reste intimement lié au sujet. Il s'agit

---

<sup>1935</sup> Duguit (1927), p. 316 s.

<sup>1936</sup> Cf. Peset (1917), p. 353 s.

<sup>1937</sup> James (1910), p. 555.

<sup>1938</sup> Duguit (1927), p. 316.

<sup>1939</sup> La conception de l'action délibérée est également empruntée à William James. Cf. James (1910), p. 570 s.

toujours d'un certain comportement de ce dernier – soit « *un mouvement corporel du sujet* »<sup>1940</sup> – dont le résultat, objet *médiat* de l'acte de volonté, doit être une certaine modification du monde extérieur<sup>1941</sup>. L'objet médiate de la volonté ne saurait donc être assimilé au *motif impulsif* de la volonté que Duguit définit comme étant les éléments externes qui influent sur le processus de formation de la volonté<sup>1942</sup>. Le motif impulsif doit, en ce sens, être compris comme un élément extérieur au sujet et antérieur au mécanisme volontaire : « *il suggère une idée, il ne détermine pas un vouloir ; il suggère l'idée qu'il est possible de vouloir, il n'entraîne pas la décision de vouloir* »<sup>1943</sup>. De même, l'objet médiate de la volonté ne doit pas être confondu avec le but de celle-ci. En effet, l'objet immédiat ou médiate de la volonté « *est toujours quelque chose de matériel ou plus exactement d'extra-psychologique, un mouvement, une transformation de matière, une modification psychologique, économique, juridique* »<sup>1944</sup>. En revanche, le but demeure intrinsèque à la conscience du sujet ; il consiste dans la finalité sous-jacente à l'objet de l'acte de volonté. Ces subtiles distinctions peuvent être illustrées par un exemple : un individu veut tuer un autre homme pour se venger d'un affront passé. Le coup porté à la victime est l'objet immédiat de la volonté de l'auteur, soit le mouvement corporel propre à l'auteur ; la mort de la victime est l'objet médiate de la volonté de l'auteur, le résultat extérieur obtenu par le comportement de l'auteur, objet immédiat de sa volonté. Alors que l'affront subi constitue le motif impulsif de l'acte de volonté, c'est bien la vengeance qui apparaît comme le but, le *pourquoi* de l'action<sup>1945</sup>.

## 2. But et objet de l'acte juridique

Cette description de l'acte de volonté forme la prémisse de la théorie duguitienne de l'acte juridique. Selon Duguit, l'acte juridique est toujours un acte de volonté dont les éléments constitutifs énoncés ci-avant présentent une qualité ou une combinaison particulière qui assure leur juridicité<sup>1946</sup>. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, l'acte juridique est défini comme « *tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se pro-*

---

<sup>1940</sup> Duguit (1927), p. 319 : « *En laissant de côté l'activité intérieure, on aperçoit que le seul objet possible de l'acte volontaire est un mouvement même des organes de l'individu. C'est l'objet immédiat de la volonté. L'individu humain possède une énergie propre, mais une énergie qui n'a d'action que sur ses organes* ».

<sup>1941</sup> Ibid., p. 319-320.

<sup>1942</sup> Ibid., p. 322.

<sup>1943</sup> Ibid., p. 332.

<sup>1944</sup> Ibid., 321.

<sup>1945</sup> Ibid., p. 322. Nous avons quelque peu modifié l'exemple donné par Duguit pour les besoins de la démonstration. Sur la distinction entre objet et but, cf. Duguit (2003), p. 163.

<sup>1946</sup> Duguit (1927), p. 326 : « *L'acte juridique étant un acte de volonté, on doit y retrouver tous les moments et tous les éléments de l'acte de volonté en général. [...] Il faut seulement rechercher comment ces éléments apparaissent et se combinent dans l'acte juridique* ».

*duise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné »*<sup>1947</sup>.

Bien que cette définition semble se concentrer sur l'objet du vouloir, le juriste français met particulièrement l'accent sur le but que doit poursuivre un acte de volonté pour être qualifié d'acte juridique. En effet, une manifestation de volonté sera considérée comme un acte juridique dès lors qu'elle porte sur un objet licite et qu'elle est déterminée par un but accepté par le droit objectif, soit un but conforme à la solidarité telle qu'elle prévaut à un instant donné du développement de la société<sup>1948</sup>. Le juriste français reconnaît, à cet égard, qu'un « *acte illicite par son objet reste illicite en principe, quel que soit le but qui le détermine* »<sup>1949</sup>. Cependant, Duguit ne modifie en rien sa position de fond. Selon le juriste français, le but demeure un critère essentiel à l'appréciation de la validité juridique d'un acte de volonté. En effet, il peut arriver que l'objet d'un acte de volonté soit licite, mais non pas le but poursuivi par son auteur, ôtant ainsi toute validité juridique à l'acte. Selon Duguit, le but d'un acte juridique consiste dans « *la représentation que se forme le sujet que, s'il agit de telle ou de telle manière, cela aura pour conséquence d'assurer ou de faciliter la réalisation d'un autre vouloir antérieur ou postérieur chez lui ou chez une autre personne* »<sup>1950</sup>. En d'autres termes, le but d'un acte juridique consiste dans la finalité sous-jacente visée par son auteur, soit le résultat qu'il espère favoriser, pour lui-même ou pour autrui, en adoptant tel acte juridique. C'est cette notion de but ainsi caractérisée que Duguit entend mettre en lumière et élever en critère décisif de l'étude de la volonté juridique. Afin de démontrer la pertinence de ses conceptions, Duguit convoque une importante casuistique issue, pour l'essentiel, de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le catalogue d'exemples qu'il énumère permet également de mesurer l'état des mœurs de son temps : « *J'achète un immeuble pour y installer une maison mal famée, l'objet de mon vouloir est licite, le but qui l'a déterminé est illicite : c'est la réalisation d'un autre vouloir chez moi-même, mais dont l'objet est contraire à la loi. J'emprunte de l'argent pour jouer : l'objet est licite, le but que je poursuis ne l'est pas. Je donne de l'argent pour que celui qui le reçoit commette un crime : l'acte est évidemment illégal à raison de son but. Un agent public révoque un fonctionnaire pour se venger ou pour assurer le bon fonctionnement du service public : dans les deux cas l'objet de l'acte est licite ; dans le premier le but est illégal, dans le second il est conforme à la loi ; dans le premier cas l'acte est sans valeur, dans le second il est régulier* »<sup>1951</sup>. La distinction entre objet médiat et but de l'acte apparaît donc essentielle. L'objet médiat d'un acte juridique est toujours la modification de l'ordonnement juridique dont

---

<sup>1947</sup> Duguit (1927), p. 326.

<sup>1948</sup> Duguit (2003), p. 172.

<sup>1949</sup> Duguit (1927), p. 365.

<sup>1950</sup> Ibid., p. 367.

<sup>1951</sup> Ibid., p. 342. Cf. Ibid., p. 390-392.

le sujet souhaite la réalisation, soit la création, l'extinction ou la modification d'un pouvoir ou d'un devoir juridique et l'ouverture d'une voie de droit en cas d'atteinte à la situation juridique ainsi créée. Or un tel effet de droit – objet médiat de l'acte juridique – ne se produira que si le but recherché se révèle conforme au droit objectif.

En introduisant ainsi l'élément du but recherché, Duguit procède à un élargissement des critères de licéité des actes juridiques qui rompait avec la tradition civiliste française. Cette dernière avait limité l'analyse de la validité des actes juridiques – du contrat en particulier – à leur *contenu*. Soucieuse du respect de l'autonomie individuelle, la doctrine civiliste que Duguit combat excluait l'examen des *finalités sous-jacentes* des parties du contrôle de validité des actes juridiques, pour se limiter au contrôle des obligations convenues<sup>1952</sup>. Par exemple, la vente d'un immeuble dans le but d'en faire un lieu de mauvaise vie ne pouvait être invalidée, le but du contrat étant illicite, mais certainement pas les obligations convenues dans le contrat : le transfert de la propriété de l'immeuble par le vendeur n'est pas chose illicite, pas plus que le versement d'une somme d'argent par l'acheteur. En cela, il s'agit d'une interprétation restrictive de l'article 1131 du Code civil portant sur la cause des obligations<sup>1953</sup>. La théorie de la cause, implicitement consacrée par le Code Napoléon, aboutissait à distinguer la cause de l'obligation du motif de l'acte juridique<sup>1954</sup>. Dans un contrat synallagmatique comme le contrat de vente portant sur un immeuble, la cause de l'obligation du vendeur est l'obligation réciproque de l'acheteur, et inversement. Le pouvoir d'examen du juge sur l'acte juridique devait ainsi s'arrêter ici, à ce qui forme le contenu juridique de l'acte<sup>1955</sup>. Il ne devait pas être loisible à un magistrat de pousser ses investigations plus avant, en s'interrogeant, par exemple, sur des éléments étrangers au contenu juridique du contrat. Une limite claire à l'arbitraire du juge était ainsi tracée, en ce qu'elle ne lui permettait pas de scruter les motivations profondes des parties<sup>1956</sup>. Pour reprendre notre exemple, la théorie restrictive de la cause empêchait que le juge invalide un contrat de vente immobilière au motif qu'une des parties entendait faire un usage illicite ou immoral du produit du contrat. Les motivations profondes et les finalités sous-jacentes des parties n'entrent en effet pas dans le contenu juridique du contrat. La théorie de la cause entretenait ainsi un rapport ambigu à l'*autonomie de la volonté* en droit privé, objet immédiat de la suivante section. D'une part, la théorie de la cause interdisait les engagements sans cause et faisait obstacle à la reconnaissance des obligations abstraites<sup>1957</sup>. En ce sens, la théorie de la cause constituait une atteinte

---

<sup>1952</sup> Duguit (1927), p. 366.

<sup>1953</sup> Cf. Saleilles (1901), p. 255 ; Cf. Planiol (1923), p. 353.

<sup>1954</sup> Planiol (1923), p. 354.

<sup>1955</sup> Saleilles (1901), p. 254.

<sup>1956</sup> Ibid., p. 255.

<sup>1957</sup> Les obligations abstraites n'étaient pas interdites par le BGB allemand, entrée en vigueur en 1900. Cf. Ibid., p. 256 s.

au principe de l'autonomie de la volonté. En revanche, ce même principe érigeait une barrière précise aux investigations du juge. Il lui interdisait de pousser son examen au-delà du contenu de l'acte juridique afin de s'interroger sur les finalités poursuivies par les individus. La théorie de la cause représentait, en ce sens, une solide garantie de l'autonomie de la volonté. Ce principe représentait ainsi un obstacle idéologique qui empêchait que l'on soumette l'intégralité du processus d'expression de la volonté – objet *et but* – aux exigences du droit objectif et de la solidarité sociale. La critique du principe de l'autonomie de la volonté constituera dès lors l'un des points centraux de la contribution du Doyen de Bordeaux à l'étude du droit privé.

### 3. Contre l'autonomie de la volonté : la cause véritable de l'effet de droit

Hostile au jusnaturalisme qui place la source du droit dans l'individu, Duguit entend également dissiper les malentendus que cette doctrine a répandus dans la compréhension des actes juridiques. Selon Duguit, l'individualisme inhérent à la théorie du droit naturel admet que la « *volonté de l'homme a par nature une certaine force créatrice dans le domaine du droit, puisqu'il a par nature des droits, c'est-à-dire un pouvoir juridique. Il est d'évidence, par suite, que dans cette doctrine c'est la volonté humaine en soi qui, seule, produit l'effet de droit* »<sup>1958</sup>. Auteur en 1912 d'une thèse célèbre sur le *Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Emmanuel Gounot soutiendra que l'autonomie de volonté consacre l'efficacité juridique propre du vouloir individuel, en ce qu'elle exprime le rôle de la volonté comme organe créateur de droit<sup>1959</sup>. Dans une telle configuration individualiste, l'autonomie de la volonté apparaît comme le bien juridique suprême que doivent protéger les normes de droit privé<sup>1960</sup>. A l'image d'autres auteurs de son époque, Duguit établit un lien direct entre la conception jusnaturaliste de l'autonomie de la volonté – d'inspiration essentiellement kantienne – et la liberté des conventions consacrée par l'article 1134 du Code civil français<sup>1961</sup>.

---

<sup>1958</sup> Duguit (1927), p. 347.

<sup>1959</sup> Gounot (1912), p. 3-4.

<sup>1960</sup> Cf. Duguit (1912), p. 52-53 où la liaison entre droit naturel et l'autonomie de la volonté en rapport avec l'effet de droit apparaît clairement : « *l'autonomie de la volonté, c'est [dans la doctrine individualiste] un élément de la liberté en général ; c'est la liberté juridique et c'est en bref le pouvoir de l'homme de créer par un acte de volonté une situation de droit, quand cet acte a un objet licite. En d'autres termes, dans le système civiliste l'autonomie de la volonté est le pouvoir de vouloir juridiquement et par là même le droit que ce vouloir soit socialement protégé* ». Cf. Gounot (1912), p. 29.

<sup>1961</sup> Cf. Gounot (1912), p. 53 s. On pourrait à juste titre reprocher à cette interprétation sa méconnaissance du rôle dans l'autonomie de la volonté dans la philosophie de Kant. En effet, l'autonomie de la volonté a, chez Kant, une dimension avant tout morale, et non pas juridique. Sur ce point, cf. Chénédy (2012), p. 159-160. De même, nous pouvons renvoyer à l'essai de Véronique Ranouil qui démontre que l'apparition du concept d'autonomie de la volonté en doctrine n'est certainement pas imputable à l'autorité intellectuelle de Kant. Cf. Ranouil (1980), p. 22.

L'apparition du principe de l'autonomie de la volonté dans la doctrine de droit privé marqua la constitution d'un champ d'affrontement doctrinal. Les uns, tenants de l'individualisme juridique, entendaient démontrer que le principe de l'autonomie de la volonté érige la volonté individuelle en véritable source créatrice de l'effet de droit d'un acte juridique<sup>1962</sup>. En Allemagne, une forme d'affirmation de l'autonomie de la volonté se trouvait dans la théorie de l'acte juridique élaborée par les représentants les plus autorisés de la *Willentheorie*<sup>1963</sup>, les pandectistes. Nous trouvons, chez certains auteurs de cette école, un témoignage parlant de cette croyance en l'efficacité juridique de la volonté privée. Windscheid n'hésitait pas à définir l'acte juridique comme « *la manifestation de la puissance créatrice qui appartient à la volonté privée dans le domaine juridique. La personne commande et le droit fait sien cet ordre* »<sup>1964</sup>. La loi n'intervient ainsi que secondairement pour sanctionner la volonté de l'individu en lui ouvrant une voie de droit<sup>1965</sup>. Dans l'esprit des premiers pandectistes, la volonté tire sa puissance d'elle-même et peut, en conséquence, créer un effet juridique par sa seule force<sup>1966</sup>. Si l'on se tient à l'acception défendue par les partisans de la *Willentheorie*, le principe de l'autonomie de la volonté est d'une étendue immense, car il permet de fixer à son gré les effets des actes juridiques<sup>1967</sup>. De surcroît, la défense de l'autonomie de la volonté par les pandectistes est lourde de conséquences sur les principes gouvernant l'interprétation des actes juridiques, en ce que la volonté interne – ce que le sujet a voulu en son for intérieur – doit toujours primer la déclaration externe de la volonté qui lui est postérieure<sup>1968</sup>.

En France, la mise en valeur de l'autonomie de la volonté dans les rapports de droit privé apparaît, avant tout, comme une réaction de défense face à l'émergence des idées socialistes et de leur impact législatif. En effet, l'apparition explicite du concept d'autonomie de la volonté dans la doctrine privatiste française est contemporaine des mutations importantes que connaît alors le droit du travail. Plusieurs lois réglementant le travail des enfants, la durée de la journée de travail, les accidents de travail ou encore l'hygiène viennent restreindre l'autonomie des parties dans la conclusion du contrat de travail<sup>1969</sup>. Un front commun réunissant économistes, philosophes et juristes se constitue alors en défense de l'individualisme juridique, garant du libéralisme

---

<sup>1962</sup> Cf. Ranouil (1980), p. 63.

<sup>1963</sup> Arnaud (1975), p. 90.

<sup>1964</sup> Windscheid (1891), p. 167 n. 1. Nous empruntons la traduction à Emmanuel Gounot, cf. Gounot (1912), p. 2, n 1.

<sup>1965</sup> Cf. Saleilles (1904), p. 44.

<sup>1966</sup> Cf. Rieg (1968), p. 33. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 1.

<sup>1967</sup> Cf. Demogue (1911), p. 147. Cf. Gounot (1912), p. 3-4.

<sup>1968</sup> Pour les partisans de la *Willentheorie*, l'interprétation d'un acte juridique revient à rechercher l'intention véritable, au-delà de la déclaration externe. Pour les références aux auteurs pandectistes, cf. Rieg (1968), p. 37.

<sup>1969</sup> Ranouil (1980), p. 87.

économique<sup>1970</sup>. Il faut néanmoins reconnaître que les juristes de droit civil restèrent bien plus discrets que les économistes libéraux dans ce combat. La doctrine de l'autonomie de la volonté apparaît tardivement en droit civil, aux alentours de 1890<sup>1971</sup>. Auparavant, la doctrine civiliste est dominée par l'École de l'exégèse qui, concentrée sur une analyse scrupuleuse du texte du Code, se pique peu de philosophie du droit. Elle répugne ainsi à utiliser une notion aussi abstraite que l'autonomie de la volonté, celle-ci se trouvant dénuée d'ancrage dans le droit positif. Tout juste trouve-t-on chez Toulhier, Larombière et surtout Acollas quelques assertions « *volontaristes* », cependant toujours nuancées par des rappels sur le rôle primordial de la loi quant à la force obligatoire des actes juridiques<sup>1972</sup>. L'autonomie de la volonté fut réellement consacrée par la doctrine de droit international privé. Elle entendait, avec ce concept, rendre compte du pouvoir des parties dans le choix de la loi applicable au contrat<sup>1973</sup>. En droit privé interne, seuls les noms de Charles Beudant, René Worms et François Gény émergent pour le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1974</sup>. Un bien maigre bilan, sachant que les ouvrages de Beudant n'ont jamais joui d'un large rayonnement et que René Worms fut plus sociologue que juriste<sup>1975</sup>. Quant à François Gény, sa défense de l'autonomie de la volonté en droit privé consiste en assertions éparses et s'avère assez nuancée. En 1899, le privatiste nancéen publie le célèbre essai *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. L'ouvrage est garni de propos célébrant la puissance de la volonté dans la création, la détermination et les effets des actes juridiques. Ainsi écrit-il, à propos des « *actes juridiques conventionnels* », qu'en ce domaine « *la volonté de l'homme, si flexible, si nuancée, se mouvant sur les faits et s'adaptant à la variété des situations, engendre presque directement elle-même les résultats juridiques, et doit jouir en principe de la plus large autonomie* »<sup>1976</sup>. Il ajoute que « *dans le vaste domaine des actes juridiques, règne, en maître souverain, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, qui, sous la réserve d'un petit nombre de restrictions impératives, laisse un libre champ à la détermination des droits et à la modification de leur contenu* »<sup>1977</sup> ce qui l'amène à soutenir que l'autonomie de la volonté est « *inspiratrice et maîtresse souveraine des actes juridiques* »<sup>1978</sup>. Une lecture attentive de l'essai de Gény démontre que la défense de l'autonomie de la volonté est cependant moins dirigée contre la

---

<sup>1970</sup> Ibid., p. 88 s.

<sup>1971</sup> Auparavant, on ne peut que relever l'absence de mention explicite de la notion d'autonomie de la volonté en doctrine, notamment chez les auteurs liés à l'École de l'exégèse. Cf. Ranouil (1980), p. 76-77 ; Halpérin (2012), p. 142.

<sup>1972</sup> Halpérin (2012), p. 143-144.

<sup>1973</sup> Cf. Ranouil (1980), p. 20 s ; Halpérin (2012), p. 142-143.

<sup>1974</sup> Ibid., p. 91-93.

<sup>1975</sup> Rappelons que René Worms fut l'un des plus ardents promoteurs de l'organicisme sociologique. Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.2.

<sup>1976</sup> Gény (1995), p. 160.

<sup>1977</sup> Ibid., p. 185.

<sup>1978</sup> Ibid., p. 192.

justice contractuelle que contre le strict formalisme hérité du droit romain qui empêchait la conclusion de contrats n'entrant pas dans un moule juridique prédéterminé<sup>1979</sup>. En réalité, Gény soutient que le juge civil se doit de prendre en considération l'intérêt public ainsi que l'ensemble des intérêts privés en présence et de procéder à leur pesée « avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable »<sup>1980</sup>. En conséquence, il préconise de scruter le *but* économique et social de chaque acte de volonté afin d'en déterminer la valeur juridique<sup>1981</sup>. Une solution assez proche de celle de Duguit. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, Marcel Planiol, pourtant strict tenant de l'individualisme juridique<sup>1982</sup>, fera également preuve d'une grande tempérance dans ses propos. L'auteur du *Traité élémentaire de droit civil* soutient que l'individu ne jouit que d'une *autonomie partielle* dans la détermination des formes, des conditions et des effets des actes juridiques<sup>1983</sup>. En cela, il affirme que « la liberté est la règle ; la volonté privée est autonome, sauf les limites fixées par la loi »<sup>1984</sup>. Cette priorité assignée à la volonté privée implique, chez Planiol comme chez les pandectistes allemands, que le principe créateur de l'effet juridique réside bel et bien dans la volonté<sup>1985</sup>. Un ton identique domine l'*Introduction à l'étude du droit civil* de Henri Capitant. La notion d'autonomie de la volonté n'apparaît que dans la quatrième édition, parue en 1923<sup>1986</sup>. S'il n'ignore pas les limites imposées par la loi à la liberté des actes juridiques, Capitant déclare que l'effet de droit découle *directement* de la volonté. L'acte juridique se distinguerait d'autres actes, comme le délit, en ceci que la volonté, et non la loi, y joue le rôle primordial<sup>1987</sup>. Il conclut en affirmant que « l'acte juridique apparaît donc comme un acte libre produisant les effets que son auteur ou ses auteurs ont voulu y attacher. Les articles 1134 et 1156 du Code civil consacrent pour les contrats, qui sont les actes juridiques les plus importants, ce grand principe de la liberté des parties ou, comme on dit encore, de l'autonomie de la volonté »<sup>1988</sup>.

---

<sup>1979</sup> Chazal (2004), p. 625-626.

<sup>1980</sup> Gény (1995a), p. 167.

<sup>1981</sup> Cf. Chazal (2004), p. 628-629.

<sup>1982</sup> Cf. Rémy (2002), p. 31 s.

<sup>1983</sup> Planiol (1922), p. 108.

<sup>1984</sup> Ibid.

<sup>1985</sup> Cf. ces remarques relatives au contrat : « Dans le contrat, la volonté des parties forme l'obligation : c'est elle qui en est la force créatrice et qui en détermine à la fois l'objet et l'étendue ; le législateur n'intervient que pour sanctionner l'œuvre des parties en leur donnant une action, ou pour la surveiller en établissant des limites à leur liberté, au moyen de prohibitions et de nullités ». Cf. Planiol (1925), p. 260-261.

<sup>1986</sup> Cf. Ranouil (1980), p. 95.

<sup>1987</sup> Capitant (1929), p. 277.

<sup>1988</sup> Ibid.

La défense timide de l'autonomie de la volonté privée par une partie de la doctrine contraste avec la virulente polémique que lui oppose plusieurs auteurs au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. En Allemagne, Ludwig Enneccerus (1843-1928) et Ernst Zitelmann (1852-1923) défendent dès 1880 cette idée nouvelle selon laquelle la force de la volonté ne dérive pas d'elle-même mais du droit objectif<sup>1989</sup>. En France, Emmanuel Gounot (1885-1960) apparaît comme son plus éminent représentant<sup>1990</sup>. La thèse de Gounot, publiée en 1912, est à la fois l'exposé le plus systématique et la tentative de déconstruction la plus aboutie du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé<sup>1991</sup>. Le *leitmotiv* qui parcourt l'ouvrage de part en part consonne avec les nouvelles orientations d'une part notable du champ intellectuel français. Selon Gounot, la notion d'autonomie de la volonté en droit privé procède intégralement d'une vision individualiste de l'homme. Or cette dernière a le tort de méconnaître la priorité logique et historique de la société sur l'individu, enseignée tant par l'organicisme sociologique, le solidarisme, la sociologie durkheimienne et la doctrine de Duguit<sup>1992</sup>. La société étant la condition première de la vie individuelle, l'individu ne peut plus apparaître comme la source du droit. Les effets juridiques de sa volonté sont donc, en grande partie, dictés par les impératifs de la vie en communauté qui doivent « *orienter d'autorité les volontés dans le sens exigé par la justice sociale et le bien commun* »<sup>1993</sup>. En ceci, la force obligatoire des actes juridiques ne peut ainsi découler que de nécessités sociales objectives et non d'un hypothétique pouvoir de la volonté<sup>1994</sup>. Par ailleurs, tenter de démontrer la limitation de la volonté par elle-même conduit aux mêmes impasses rencontrées par les théories allemandes de droit public ayant tenté de construire l'autolimitation de la volonté souveraine de l'Etat<sup>1995</sup>. A l'instar de Duguit, Gounot perçoit dans le but poursuivi la véritable source de la force obligatoire des actes juridiques. Les volontés individuelles qui confectionnent les actes juridiques ne sont ainsi que des *instruments* de la vie sociale. En cela, la société leur accorde le concours de la contrainte socialement organisée dès lors que leur finalité concorde avec les buts de la vie sociale<sup>1996</sup>. La volonté privée prise en elle-même n'a donc aucune valeur juridique. Seule son inscription dans un milieu social déterminé lui permet de gagner une telle qualité. Au terme de sa critique, Gounot estime qu'il convient de

---

<sup>1989</sup> Rieg (1968), p. 41-42.

<sup>1990</sup> Ranouil (1980), p. 140 s.

<sup>1991</sup> Cf. Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912.

<sup>1992</sup> Gounot (1912), p. 319 s.

<sup>1993</sup> *Ibid.*, p. 331.

<sup>1994</sup> *Ibid.*, p. 348 : « *Ne faut-il pas dire que la protection légale s'adresse moins à l'acte de volition considéré en lui-même qu'au résultat auquel il tend, au concours qu'il apporte à des fins légitimes et socialement désirables ?* ».

<sup>1995</sup> *Ibid.*, p. 346-347. Gounot renvoie aux ouvrages de Duguit pour la critique de la théorie de l'autolimitation de l'Etat, preuve qu'il devait en avoir la même conception, partiellement erronée.

<sup>1996</sup> *Ibid.*, p. 351.

reconsidérer le but du droit dans son ensemble. Plutôt que de protéger l'autonomie et l'indépendance de l'individu, qui seul rendrait possible la coexistence des libertés, le droit a pour fonction de créer « *le milieu nécessaire qui conditionne l'exercice de la liberté et détermine son épanouissement. [...] Par suite, la tâche du droit n'est pas seulement de délimiter, de séparer, d'assurer l'indépendance de chacun, mais, tout en sauvegardant la nécessaire mais relative liberté dont les individus ont besoin pour remplir leur mission ici-bas, de faire converger leurs activités vers les fins communes et d'organiser de telle sorte le jeu des solidarités sociales qu'il soit pour tous au maximum source de biens* »<sup>1997</sup>. Ce vocabulaire, qui semble avoir été puisé dans l'arsenal conceptuel des solidaristes, traduit la vision renouvelée du corps social qui émerge dans les sciences sociales et juridiques. L'essence intime de la société ne consiste plus dans la juxtaposition de monades isolées mais dans les rapports d'interdépendance des membres d'un tout organique<sup>1998</sup>. A ce titre, le but suprême du droit est d'organiser cette coopération de la manière la plus harmonieuse, parfois au détriment de la liberté individuelle.

Il n'est pas ici nécessaire d'énumérer toutes les raisons qui poussent Duguit à rejoindre le courant doctrinal incarné par Gounot. La construction des défenseurs de l'autonomie de la volonté en droit privé a toujours paru inacceptable au juriste français en raison de la vision solidariste et anti-individualiste de la société qui sous-tend tout son édifice doctrinal. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à nos précédentes considérations<sup>1999</sup>. En revanche, le Doyen de Bordeaux élabore, dans sa théorie des actes juridiques, un autre mode argumentatif. Duguit n'a alors plus recours à la sociologie pour démontrer l'inanité de la théorie de l'autonomie de la volonté ; il s'en remet uniquement à l'analyse psychologique de la volonté développée en amont de sa définition de l'acte juridique.

Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit se montre encore prudent. Il ne dénie pas toute efficacité juridique à la volonté prise en tant que telle. A vrai dire, il nous semble qu'il n'ose soutenir une solution tranchée au conflit volonté/droit objectif qui permettrait de définir la source véritable de l'effet juridique. Le juriste français se contente d'une solution médiane, sinon d'un pis-aller : « *la vérité est que l'effet de droit est produit par l'acte de volonté et par l'ordre de droit formant un tout indivisible. Seul, l'un ou l'autre est impuissant, l'acte de volonté, parce qu'il est sans valeur lorsqu'il n'est pas adéquat à l'ordre juridique ; l'ordre juridique, parce qu'il est sans valeur effective et pratique, lorsqu'il ne se réalise pas dans une volonté individuelle se traduisant à l'extérieur par un acte conscient* »<sup>2000</sup>. Dans le *Traité de droit constitu-*

---

<sup>1997</sup> Ibid., p. 392 et 394-395.

<sup>1998</sup> Ibid., p. 393-394.

<sup>1999</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II

<sup>2000</sup> Duguit (2003), p. 608-609.

*tionnel*, la position de Duguit se radicalise. L'hypothèse subjectiviste selon laquelle la volonté serait la source de l'effet de droit lui semble tout simplement irréaliste. En effet, les conséquences juridiques comme les conséquences matérielles d'un acte échappent totalement à la puissance du vouloir. L'homme n'a de maîtrise directe que sur son propre comportement et non sur ses conséquences. Celles-ci dépendent d'autres facteurs comme une loi naturelle ou une loi juridique. La distinction entre l'objet immédiat et l'objet médiat de la volonté prend ici tout son sens. Un individu peut bien porter un coup (objet immédiat de la volonté) à un autre homme dans l'intention de le tuer (objet médiat de la volonté) ; la mort de cet individu demeure cependant suspendue à certains impératifs liés au fonctionnement de l'organisme humain sur lesquels la volonté de l'auteur de l'acte n'aucune prise<sup>2001</sup>. Dans ce même sens, un homme peut bien rédiger une lettre (objet immédiat de la volonté) dans l'intention de conclure un contrat de vente et d'ainsi faire naître un droit et une obligation à sa charge (objet médiat de la volonté). Une telle situation juridique ne peut être le produit exclusif de la volonté d'un homme qui n'a de maîtrise directe que sur son propre mouvement corporel. Il faut nécessairement qu'une loi rattache certaines conséquences juridiques à un tel comportement extérieur, notamment par l'ouverture de certaines voies de droit<sup>2002</sup>. C'est donc bien le droit objectif et non la volonté de l'individu qui apparaît comme la source de l'effet juridique. En cela, Duguit pense que l'analyse psychologique de la volonté à laquelle il a procédé permet de répondre à cette question ayant donné lieu à de nombreuses controverses dans la théorie du droit : « *Puisque le sujet ne peut déclencher par sa volonté qu'un mouvement corporel propre, ce n'est pas, ce ne peut pas être sa volonté qui engendre un effet de droit, qui donne ouverture à une voie de droit. L'effet de droit n'a donc pas pour cause efficiente la volonté, et la théorie célèbre, dite théorie de la volonté, s'effondre toute entière* »<sup>2003</sup>. Duguit renforce son argumentation en précisant que l'élément essentiel d'un effet de droit n'est pas tant la naissance d'un droit ou d'une obligation. L'effet de droit d'une situation juridique consiste surtout en l'ouverture d'une voie de droit<sup>2004</sup>, soit la mise en mouvement de la contrainte en cas d'atteinte à une situation juridique protégée par le droit objectif<sup>2005</sup>. A l'évidence, il est inconcevable d'admettre qu'une volonté individuelle puisse par sa seule force déclencher la contrainte sociale. Ainsi, même dans l'hypothèse des actes subjectifs où l'étendue de la situation de droit est déterminée par la vo-

---

<sup>2001</sup> Nous reprenons l'exemple proposé par Duguit. Cf. Duguit (1927), p. 348.

<sup>2002</sup> Duguit (1927), p. 338.

<sup>2003</sup> Ibid., p. 339.

<sup>2004</sup> Force est d'admettre que la définition de la notion d' « effet de droit » ou d' « effet juridique » n'est pas univoque chez Duguit. Le juriste français la limite tantôt à la seule naissance d'un droit ou d'une obligation, tantôt il l'étend à l'ouverture d'une voie de droit et à la possibilité de mobiliser la contrainte socialement organisée.

<sup>2005</sup> Duguit (1927), p. 359.

lonté du déclarant, l'effet de droit proprement dit demeurera un dérivé du droit objectif<sup>2006</sup>.

La construction objectiviste de l'acte juridique de Duguit aboutit à réduire la volonté humaine à une simple condition de la naissance de l'effet de droit, la cause efficiente demeurant le droit objectif<sup>2007</sup>. Il serait erroné de voir dans ces développements de simples arguties relevant d'une technique juridique au formalisme trop étroit. Cette dégradation de la volonté individuelle est riche en conséquences pratiques. Les effets de droit d'un acte juridique ne seront plus dictés par la volonté individuelle mais par le droit objectif<sup>2008</sup>. L'élévation de la règle de droit en cause efficiente de l'effet de droit peut conduire, en premier lieu, à l'élargissement potentiel de celui-ci. Dans l'hypothèse où la norme fixe l'étendue de la situation juridique, il n'apparaît pas problématique « *qu'à la suite d'une déclaration, à moins de réserves expresses, se produisent tous les effets de droit qui, d'après la loi ou la coutume, sont rattachés à la déclaration faite, sans qu'il soit nécessaire que le déclarant connaisse tous ces effets* »<sup>2009</sup>. Duguit omet-il sciemment l'article 1135 du Code Napoléon qui prévoit explicitement une telle conséquence ? Durkheim n'avait, quant à lui, pas manqué de signaler cette disposition pour démontrer qu'un contrôle social s'imisce nécessairement dans les rapports contractuels. Dans *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit se contente de rétorquer que les dispositions invoquées par son collègue sociologue se basent sur une conception exclusivement contractuelle des rapports sociaux que l'on ne saurait prolonger dans une époque marquée par une intense division du travail<sup>2010</sup>.

Dans cette même logique, la règle de droit peut restreindre la situation juridique dans la mesure de l'intention expressément déclarée. Duguit relève que les auteurs du Code civil français étaient soucieux de préserver l'autonomie de la volonté individuelle dans les rapports de droit privé. Aussi ont-ils pris soin d'élaborer l'article 1156 qui dispose que l'« *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». Duguit critique sévèrement cette disposition. Selon lui, elle implique, lors de l'interprétation d'un acte juridique, de ne point s'arrêter à la déclaration externe de ses auteurs. Elle imposerait également de prendre en considération les aspects de volition interne des

---

<sup>2006</sup> Ibid., p. 360.

<sup>2007</sup> Ibid., p. 351 : « *La volonté n'est jamais qu'un fait matériel, un déplacement de matière, un mouvement corporel ; elle est donc impuissante à créer par elle-même une modification dans l'ordre juridique. Mais elle peut être et elle est une condition pour que l'effet de droit se produise d'après le droit objectif. Finalement, le sujet veut une déclaration de volonté qui conditionne la naissance de l'effet de droit conformément au droit objectif, mais qui n'en est pas la cause efficiente* ».

<sup>2008</sup> Cf. Duguit (2003), p. 599.

<sup>2009</sup> Duguit (1927), p. 353.

<sup>2010</sup> Duguit (2003), p. 56.

parties, soit des éléments de leur volonté qu'ils ont omis de déclarer. Duguit estime que les rédacteurs du Code civil ont procédé de la sorte afin de conférer à l'autonomie de la volonté individuelle – véritable *leitmotiv* de leur œuvre législative – la pleine protection de l'ordre juridique<sup>2011</sup>. L'article 1156 remplit précisément cet objectif en prenant en considération tous les aspects de la volonté de l'individu<sup>2012</sup>. Dans la perspective de l'objectivisme sociologique que Duguit promeut, une telle position est intenable. En effet, le droit ne régit que les rapports extérieurs des hommes en société. Il semble ainsi inconséquent de donner une valeur juridique à des éléments de volition interne. Ce postulat conduit le juriste français à formuler cette affirmation péremptoire : « *il faut dire que ce que l'homme veut seulement dans l'intérieur de son être et qui n'est pas traduit à l'extérieur, est, au point de vue du droit, comme s'il ne l'avait pas voulu ; c'est le néant* »<sup>2013</sup>. Duguit a-t-il subi ici l'influence de la doctrine en matière d'interprétation des actes juridiques qui émerge en Allemagne à la fin du XIX<sup>e</sup> – siècle ? A partir de 1875, la *Willenstheorie*, qui commande de privilégier la volonté interne, sera sérieusement remise en cause par un nouveau courant doctrinal, l'*Erklärungstheorie*, qui fait primer la déclaration externe de volonté dans l'interprétation des actes juridiques<sup>2014</sup>. Cette doctrine trouvera, en France, un écho certain chez Raymond Saleilles ; celui-ci en démontre l'influence sur le nouveau Code civil allemand qui fascine une partie notable de la doctrine française<sup>2015</sup>. L'*Erklärungstheorie* soutient que l'acte juridique découle d'une *déclaration de volonté*<sup>2016</sup> qui, en cas d'acte bilatéral comme le contrat, a été adressée à une personne qui lui aura donné une certaine signification. Une fois émise, la déclaration de volonté possède une existence indépendante de son auteur ; elle n'est plus une traduction de sa psychologie interne mais, pour emprunter les termes de Saleilles, une « *charte* » destinée à régler les différents intérêts en cause<sup>2017</sup>. Le rôle de l'interprète de l'acte juridique consistera à chercher le sens qu'un « *honnête homme assez éclairé* »<sup>2018</sup> donnerait à la déclaration de volonté.

<sup>2011</sup> Cf. sur ce point, Demogue (1911), p. 147.

<sup>2012</sup> Duguit (1927), p. 347.

<sup>2013</sup> Ibid., p. 348.

<sup>2014</sup> Ses partisans développent une argumentation similaire à celle de Duguit. Cf. Saleilles (1901), p. 218 : « *le principal fondamental est que la volonté ne peut avoir d'effets juridiques que si elle est déclarée, et que dans la mesure où elle a fait l'objet d'une déclaration extérieure* ».

<sup>2015</sup> Cf. Halpérin (2012), p. 171-172 ; Rémy (2002), p. 33.

<sup>2016</sup> Saleilles démontre en effet que l'*Erklärungstheorie* ne remet pas en cause le principe de l'autonomie de la volonté. Cf. Saleilles (1901), p. 19 : « *Tout se ramène encore à l'autonomie de la volonté, seule libre, maîtresse et souveraine. Seulement, cette volonté n'est pas souveraine dans son fond et dans sa réalité psychologique ; elle ne l'est que dans sa manifestation extérieure, c'est-à-dire par la déclaration. La volonté autonome, mais la déclaration substituée à la volonté, tel est le principe du droit moderne, consacré par le Code civil allemand* ». Duguit rejette clairement ce point de vue dans le *Traité de droit constitutionnel*. Cf. Duguit (1927), p. 351.

<sup>2017</sup> Saleilles (1901), p. 216.

<sup>2018</sup> Rieg (1968), p. 40.

Les effets juridiques ne découlent plus seulement d'une interprétation *subjective* portant sur la psychologie des parties. Il s'agit également de dégager le sens *objectif* de la déclaration en postulant, chez son destinataire, un type abstrait de comportement social idéal, gouverné par la bonne foi<sup>2019</sup>. Un tel mode interprétatif permet mieux d'orienter la volonté « *dans le sens plus conforme à l'équité, aux usages et aux nécessités économiques et sociales* »<sup>2020</sup> que ne l'autorise une interprétation basée sur la seule psychologie subjective de l'auteur de la déclaration<sup>2021</sup>. Il est regrettable que la question de l'interprétation des actes juridiques soit absente des considérations de Duguit. Un recours à l'*Erklärungstheorie* lui aurait permis d'étoffer ses arguments à l'encontre de l'autonomie de la volonté.

#### 4. La typologie des actes juridiques

##### 4.1 *Les actes juridiques objectifs et subjectifs*

L'objet d'un acte juridique consiste toujours dans une modification de l'ordonnement juridique. Cependant, les modalités d'une telle modification peuvent considérablement varier, relativement à la durée et à l'étendue de la situation juridique créée. Cela nécessite l'établissement d'une typologie précise des différents actes juridiques. Duguit élabore deux catégories fondamentales d'actes juridiques : les actes objectifs – catégorie qui se décompose en deux sous-catégories que sont les actes-règle et les actes-conditions – et les actes subjectifs.

Le juriste français constate qu'il existe des actes de volonté ayant pour objet la modification, la création ou la suppression d'une règle de droit régissant l'activité des hommes d'un groupe social considéré. Duguit crée la notion d'*acte-règle* pour saisir ce premier type d'acte juridique doté d'un caractère purement *objectif*. En effet, les actes-règles sont des actes de volonté qui visent une modification du droit objectif

---

<sup>2019</sup> Cf. également ces réflexions, assez nuancées, de Gounot, qui s'appuie sur Gény : « *la recherche de l'élément psychologique doit sans doute garder une place parmi les préoccupations du juriste – et ce il se pourrait que ce fût encore la place principale, – mais c'est du moins à travers le prisme de la vie sociale qu'il faut envisager les consentements ; et à la considération de la volonté interne doit forcément se joindre celle des éléments sociologiques de tous ordres au sein desquels cette volonté se manifeste* ». Cf. Gounot (1912), p. 151.

<sup>2020</sup> Saleilles (1901), p. 196.

<sup>2021</sup> *Ibid.*, p. 213 : « *Celui à qui une déclaration s'adresse a le devoir d'en faire lui-même une première interprétation normale, conforme à ce qu'il peut saisir de la pensée et des intentions de l'autre partie, et conforme surtout aux exigences moyennes de l'équité [...] Ainsi donc, de la part de l'auteur de la déclaration, obligation de ne pas induire en erreur la partie à laquelle il s'adresse par une déclaration qui ne laisse pas apercevoir son contenu véritable ; et de la part de l'autre partie, nécessité d'entrer dans l'intention de celui qui s'adresse à elle, pour la comprendre et pour éviter toute surprise contraire à la loyauté. En affaire, il faut jouer franc jeu ; et ce fair play s'impose aux deux parties. De là, par conséquent, la nécessité de trouver, en matière d'interprétation, un moyen terme, qui tienne la partie égale entre les deux intérêts en conflit* ».

sans qu'il intervienne une modification de la situation juridique d'un ou plusieurs individus déterminés<sup>2022</sup>. Il s'agit donc d'actes donnant naissance à des règles générales et abstraites appelées à régler un nombre indéfini de situations concernant un nombre indéterminé de personnes. Les actes-règles comportent donc un élément de conception très important<sup>2023</sup>. Un règlement administratif, le statut d'une association ou une convention collective de travail sont des exemples typiques d'actes-règles<sup>2024</sup>.

Une deuxième catégorie d'acte juridique objectif est constituée par les *actes-conditions*. Certaines normes sont énoncées en termes généraux et abstraits mais ne s'appliquent qu'à certaines catégories particulières d'individus, remplissant certaines conditions déterminées. Tout acte de volonté qui vise à placer un individu dans les conditions nécessaires pour qu'une telle norme s'applique à lui est un acte-condition. Dans la mesure où l'étendue de la situation est ici prédéterminée par le droit objectif, la conception d'un acte-condition ne nécessite pas une conception très élaborée<sup>2025</sup>. Il s'agit, pour l'essentiel, d'actes qui tendent à modifier le statut d'une personne. A la différence de l'acte-règle, l'acte-condition porte sur la situation juridique d'une ou plusieurs personnes déterminées. La nomination d'un fonctionnaire, la reconnaissance d'un enfant, le mariage ou la naturalisation sont des illustrations, parmi une liste abondante, d'actes-conditions<sup>2026</sup>.

Les actes-règles et les actes-conditions influent sur la *situation juridique objective* des individus. Les situations juridiques objectives se signalent par leur durée, en ce qu'elles sont *permanentes*, ainsi que par leur étendue, dans la mesure où elles sont *générales*. Ce sont, en effet, des situations qui découlent directement d'une norme et qui fixent un certain nombre de pouvoirs juridiques objectifs fixes et *permanents* comme la règle dont ils dérivent. En d'autres termes, un individu pourra faire un usage indéfiniment répété des pouvoirs juridiques qu'une règle lui confère suite à un acte-règle ou à un acte-condition<sup>2027</sup>. Par exemple, un citoyen disposant de la qualité d'électeur pourra exercer les pouvoirs qui découlent de la loi électorale à de multiples reprises, sans que l'exercice de ce droit ne fasse disparaître celui-ci. En somme, les pouvoirs juridiques qui dérivent de la règle naissent et disparaissent avec celle-ci<sup>2028</sup>. Enfin, Duguit déclare que la situation juridique objective est, à l'image de la norme, *générale*, en ce sens qu'elle est opposable à tous. La protection d'une situation juridique objective implique ainsi la création d'une voie de droit permettant d'ouvrir action contre

---

<sup>2022</sup> Ibid., p. 327.

<sup>2023</sup> Ibid., p. 334.

<sup>2024</sup> Ibid., p. 327-328.

<sup>2025</sup> Ibid., p. 333-334.

<sup>2026</sup> Ibid., p. 328.

<sup>2027</sup> Ibid., p. 308-309.

<sup>2028</sup> Ibid., p. 309.

quiconque tenterait d'y porter atteinte<sup>2029</sup>. Nous l'avons vu, la propriété apparaît chez Duguit comme un exemple paradigmatique de situation juridique objective<sup>2030</sup>.

L'objectivisme du système duguitien a suscité, chez ses contemporains, une certaine incrédulité, sinon un profond scepticisme. On lui reprocha de méconnaître l'aspect subjectif et individuel du droit et de porter, en conséquence, un regard myope sur l'ordre juridique<sup>2031</sup>. Le Doyen de Bordeaux n'a cessé de réfuter cette critique. Son seul souhait fut d'éliminer la notion de droit subjectif entendu comme pouvoir d'une volonté de s'imposer « *comme telle* » à une autre volonté, précisant qu'il ne niait point « *l'élément subjectif de l'ordre juridique, si par là on entend le caractère individuel du droit* »<sup>2032</sup>. Afin de rendre compte avec exhaustivité de l'aspect individuel du droit, Duguit élaborait la notion de *situation juridique subjective*.

A la différence des situations juridiques objectives qui sont *générales* et *permanentes*, les situations juridiques subjectives sont *spéciales* et *temporaires*. En premier lieu, elles sont spéciales en ce que les obligations qui en découlent ne peuvent être opposées qu'à un nombre strictement déterminé d'individus, de même que les pouvoirs juridiques qu'elles créent ne sont invocables que par un nombre restreint de personnes<sup>2033</sup>. Cependant, Duguit prend soin de préciser que la situation juridique subjective ne se réduit pas à une relation entre deux sujets, le sujet actif, le créancier de l'obligation, et le sujet passif, débiteur de l'obligation. La réalité est en fait plus complexe car « *il n'y a pas seulement un sujet qui doit et un sujet qui peut, mais toutes les volontés individuelles particulières et gouvernantes sont atteintes par l'acte de volonté individuelle, qui crée la situation subjective* »<sup>2034</sup>. Cet élargissement du concept de rapport de droit résulte de la conception que Duguit se fait des pouvoirs et des devoirs juridiques des individus. A cet égard, nous nous limiterons à rappeler que Duguit estime que tout individu a le devoir de « *vouloir tout ce qu'il a la possibilité en fait de réaliser pour coopérer à la solidarité sociale* », précisant que « *ce devoir s'impose à tous dans les limites des aptitudes propres qui leur appartiennent* »<sup>2035</sup>. Un acte subjectif ne s'adresse donc pas uniquement à son destinataire direct mais également aux personnes en mesure d'en assurer l'effectivité. Dans la mesure où ils disposent du monopole de la contrainte socialement organisée, les gouvernants sont visés en première ligne.

---

<sup>2029</sup> Ibid., p. 308.

<sup>2030</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 2.

<sup>2031</sup> Cf. Duguit (1927), p. 221-222, où Duguit recense et cite longuement les critiques qui lui ont été adressées à cet égard.

<sup>2032</sup> Duguit (1927), p. 223.

<sup>2033</sup> Ibid., p. 312.

<sup>2034</sup> Duguit (2003), p. 180.

<sup>2035</sup> Ibid., p. 146.

En second lieu, les situations juridiques subjectives sont temporaires car elles cessent d'exister dès lors que sont accomplis les agissements qui s'y rattachent ou que les voies de droit qui les sanctionnent ont été utilisées<sup>2036</sup>. Les actes juridiques générateurs de situations juridiques subjectives sont, selon Duguit, des *actes subjectifs*. Ceux-ci sont des actes de volonté à la suite duquel apparaît à la charge d'un sujet une obligation « *spéciale, concrète, individuelle, momentanée* » dont la source ne se trouve pas nécessairement dans le droit objectif et dont l'étendue n'est pas exclusivement déterminée par ce dernier, mais par la volonté de l'auteur de l'acte<sup>2037</sup>. Dans *L'Etat, le droit et la loi objective*, Duguit se montrait moins nuancé et écrivait que la situation juridique subjective était « *une situation socialement garantie et créée par une volonté individuelle consciente* »<sup>2038</sup>.

Le contrat est un exemple type d'acte subjectif.

#### 4.2 La relativisation du contrat

Pétrié d'individualisme, la doctrine civiliste classique aurait, selon Duguit, conféré une importance démesurée au contrat<sup>2039</sup>. En effet, l'érection de l'autonomie de la volonté en valeur suprême du droit privé empêche que l'on puisse affecter la sphère juridique d'un individu d'une obligation sans *son consentement*. La volonté libre étant le fondement et la limite de la sphère juridique d'un sujet, celle-ci ne peut être modifiée que par un acte libre de volonté<sup>2040</sup>. Une telle perspective fait apparaître le contrat comme l'acte générateur d'obligation *par excellence* puisque sa perfection requiert le consentement de toutes les parties<sup>2041</sup>. Nous devons, en grande partie, à l'École du droit naturel l'établissement du lien entre liberté et contrat. Cela est notable chez Grotius qui définit le contrat comme un acte volontaire et considère que la liberté individuelle est seule créatrice du lien contractuel<sup>2042</sup>. Les auteurs du Code Napoléon étaient également pénétrés de cette idée que le contrat est synonyme de liberté. L'individualisme qui dominait l'esprit des rédacteurs du Code jaillit particulièrement bien de cette citation issue du second projet de Code civil présenté par Cambacérès en septembre 1794 : « *L'homme n'est pas heureux s'il n'est pas libre dans le choix de ses jouissances : le bonheur de l'homme consiste bien plus dans la manière de jouir que dans la jouissance même ; chacun compose son bonheur des éléments de son choix. De la naît le droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir le moyen de son bonheur* »<sup>2043</sup>.

---

<sup>2036</sup> Duguit (1927), p. 312-313.

<sup>2037</sup> Ibid., p. 328-329.

<sup>2038</sup> Duguit (2003), p. 180.

<sup>2039</sup> Duguit (1927), p. 368-369.

<sup>2040</sup> Duguit (1912), p. 116.

<sup>2041</sup> Duguit (1927), p. 369.

<sup>2042</sup> Cf. Augé (1968), p. 104 ; Gazzaniga (1990), p. 39-40.

<sup>2043</sup> Nous empruntons la citation à Gazzaniga (1990), p. 44.

L'extension du domaine du contrat a notamment été entreprise par Savigny dont la théorie du droit est marquée par un tropisme ramenant un maximum d'institutions juridiques à la volonté humaine<sup>2044</sup>. Dans le *Traité de droit romain*, Savigny range dans la catégorie des contrats une multitude d'actes juridiques relevant tant du droit international – les traités deviennent des contrats de droit international – du droit public – l'élection de l'Empereur est assimilée à un contrat ! – que du droit privé. Ainsi le juriste allemand perçoit-il dans la tradition un contrat indépendant du contrat générateur d'obligation qui l'accompagne, de même qu'il voit dans la plupart des rapports familiaux (mariage, adoption, émancipation) des rapports contractuels<sup>2045</sup>. Dans la tradition de l'individualisme juridique telle que saisie par Duguit, l'imposition unilatérale d'une obligation demeure le monopole de l'Etat qui peut faire usage de sa puissance publique pour modifier la sphère juridique d'un sujet sans son consentement. La loi est donc la seconde et dernière source d'obligation<sup>2046</sup>. Duguit juge cette dichotomie réductrice. De même que l'acte juridique unilatéral n'est point la catégorie exclusive du droit public, il existe, en droit privé, de nombreux actes juridiques unilatéraux, mais aussi et surtout des actes plurilatéraux, que l'on ne peut assimiler à des contrats.

Avant d'entrer dans l'analyse de ces différentes catégories, il nous faut prendre en compte les importants développements théoriques que Duguit consacre au contrat. Le Doyen de Bordeaux procède à une certaine dévalorisation du contrat en ce qu'il entend démontrer que les évolutions sociales liées à l'industrialisation et aux progrès de la division du travail entraînent nécessairement la disparition progressive du contrat au profit de catégories inédites d'actes juridiques. Nous avons vu que dans son premier essai d'envergure – *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* – Duguit affiche une certaine indifférence vis-à-vis des corrélations établies par Durkheim entre types de solidarité (par similitudes et par division du travail) et types de règles juridiques (droit répressif et droit restitutif)<sup>2047</sup>. Cependant, le juriste français consacre de longs moments à examiner les liens entre la division du travail et le droit contractuel. A ce titre, le Doyen de Bordeaux défend une position où la singularité le dispute à la radica-

---

<sup>2044</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I.

<sup>2045</sup> Savigny (1843), p. 322 s. Cf. Rieg (1968), p. 43 s.

<sup>2046</sup> Ce paradigme fut formulé par Planiol avec une rare clarté. Cf. Planiol (1923), p. 260-261 : « A vrai dire, toutes les obligations dérivent de deux sources seulement : le contrat et la loi. Dans le contrat, la volonté des parties forme l'obligation : c'est elle qui en est la force créatrice et qui en détermine à la fois l'objet et l'étendue ; le législateur n'intervient que pour sanctionner l'œuvre des parties en leur donnant une action [...] En l'absence d'un contrat, la naissance d'une obligation ne peut avoir d'autre cause que la loi : si le débiteur est obligé, ce n'est pas parce qu'il l'a voulu ; il n'y pense même pas, et le voudût-il, que sa volonté serait impuissante à le lier, puisque, par hypothèse, elle serait isolée et ne répondrait pas à celle de son créancier ; si l'obligation existe, c'est donc uniquement parce que le législateur le veut. Donc, toutes les obligations non conventionnelles ont pour source la loi ; ce sont donc des obligations légales ».

<sup>2047</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.

lité. En prenant appui sur les travaux de Spencer et de Durkheim sur le sujet, Duguit constate que les auteurs s'étant intéressés de près au phénomène de la division du travail n'ont pas manqué de souligner le lien que celui-ci entretient avec le développement des relations contractuelles. Spencer défend la position la plus nette. Dans ses *Principes de sociologie*, le penseur anglais estime que les sociétés industrielles, où la division du travail est particulièrement avancée, sont constituées d'un réseau dense et complexe de contrats liant les individus entre eux<sup>2048</sup>. A ce propos, Durkheim résume le propos de Spencer en montrant que celui-ci fait du contrat la base unique des sociétés modernes et avance en conséquence une définition libérale et individualiste de celles-ci : « suivant M. Spencer [...] la solidarité sociale ne serait donc autre chose que l'accord spontané des intérêts individuels, accord dont les contrats sont l'expression naturelle. Le type des relations sociales serait la relation économique, débarrassée de toute réglementation et telle qu'elle résulte de l'initiative entièrement libre des parties. En un mot, la société ne serait que la mise en rapport d'individus échangeant les produits de leur travail, et sans qu'aucune action proprement sociale vienne régler cet échange »<sup>2049</sup>. Durkheim bat en brèche une telle acception. Certes, le sociologue français admet que la division du travail implique des procédés de collaboration et d'échange qui siéent particulièrement à la forme contractuelle<sup>2050</sup>. Il n'est cependant pas convaincu de la pertinence de la perspective libérale et individualiste adoptée par Spencer<sup>2051</sup>. En effet, Durkheim constate que la division du travail ne met pas en relation des individus isolés poursuivant leurs intérêts privés et nouant, à cette fin, des accords temporaires. C'est là, à la limite, l'aspect purement *phénoménal* de la division du travail. Toute société dominée par le phénomène de division voit, en réalité, ses différents membres prendre en charge de véritables fonctions sociales dont le concours *régulier et pacifique* est la condition première de l'harmonie sociale<sup>2052</sup>. Un contrat est, bien souvent, moins la rencontre de deux intérêts particuliers que l'instrument de la collaboration entre deux individus exerçant un rôle utile à la société. Cette dimension sociale de l'échange entre les individus justifie que la société instaure une réglementation propre à en assurer le bon déroulement de leur collaboration<sup>2053</sup>.

---

<sup>2048</sup> Spencer (1883), p. 813 ; cf. Duguit (2003), p. 53.

<sup>2049</sup> Durkheim (2013), p. 180.

<sup>2050</sup> Durkheim (2013), p. 93.

<sup>2051</sup> Sur les divergences entre Durkheim et Spencer quant à l'importance de la forme contractuelle dans les sociétés modernes, cf. Jones (1993), p. 155 s.

<sup>2052</sup> Durkheim (2013), p. 403.

<sup>2053</sup> Ibid. : « *La division du travail ne met pas en présence des individus, mais des fonctions sociales. Or, la société est intéressée au jeu de ces dernières : suivant qu'elles concourent régulièrement ou non, elle sera saine ou malade. Son existence en dépend donc, et d'autant plus étroitement qu'elles sont plus divisées. C'est pourquoi elle ne peut les laisser dans un état d'indétermination, et d'ailleurs elles se déterminent d'elles-mêmes. Ainsi se forment ces règles dont le nombre s'accroît à mesure que le travail se divise et dont l'absence rend la solidarité organique ou impossible ou imparfaite* ».

Le sociologue français développe ensuite un second argument en démontrant que la seule poursuite de l'intérêt individuel ne constitue pas un fondement solide de cohésion sociale. Le règne de l'intérêt porte en lui la potentialité du conflit permanent si rien ne vient réfréner la concurrence des égoïsmes<sup>2054</sup>. Les rapports contractuels se doivent donc d'être encadrés par une stricte discipline sociale. A ce titre, Durkheim estime que le droit révèle à quel point la société s'imisce dans les rapports contractuels pour y dicter les conditions d'un échange *équilibré*, diminuant d'autant l'autonomie de la volonté des parties. Durkheim passe ainsi en revue une série de dispositions du code civil relatives à la validité des contrats qui posent de nombreuses limites à la liberté contractuelle<sup>2055</sup>. Il aborde ensuite les articles du code Napoléon qui soumettent les parties au contrat à une série d'obligation qui excèdent la simple manifestation de leur volonté. C'est ainsi que le sociologue français en vient notamment à citer l'article 1135 du code civil qui dispose que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à *toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*. Les conventions ne génèrent pas des obligations voulues uniquement par les parties, mais également par la société et la tradition<sup>2056</sup>. La division du travail rend les intérêts solidaires mais ne les confond cependant pas. Si l'interdépendance pousse à la collaboration, elle ne peut à elle seule réduire à néant les risques de dol ou de tromperie dans les échanges, chacun tentant d'obtenir le maximum de droits et le minimum d'obligations<sup>2057</sup>. Afin que les rapports sociaux ne dégénèrent en conflit permanent, la société ne doit donner effet qu'aux conventions qui permettent d'assurer le concours harmonieux des différentes fonctions sociales. Un contrat dénué d'une telle valeur sociale doit être déclaré nul ou modifié par le juge. On remarque ainsi que c'est moins la volonté des parties qui crée la validité juridique du contrat que sa conformité à un but social orienté vers l'équilibre et l'harmonie<sup>2058</sup>. Célestin Bouglé, un auteur proche du solidarisme comme de Durkheim, trouvera une formule frappante pour résumer ce renversement de perspective : *« jusqu'ici les juristes voulaient pouvoir dire : <cela est juste parce que cela a été voulu>. Il faut désormais que l'on dise : <Cela doit être voulu parce que cela est juste> »*<sup>2059</sup>.

---

<sup>2054</sup> Ibid., p. 181.

<sup>2055</sup> Ibid., p. 189-190.

<sup>2056</sup> Cf. Ibid., p. 192.

<sup>2057</sup> Ibid., p. 191.

<sup>2058</sup> Et Durkheim d'en tirer une conclusion digne de considération : *« le rôle de la société ne saurait donc, en aucun cas, se réduire à faire exécuter les contrats ; il est aussi de déterminer à quelles conditions ils sont exécutoires et, s'il y a lieu, de les restituer sous leur forme normale. L'entente des parties ne peut rendre juste une clause qui, par elle-même, ne l'est pas, et il y a des règles de justice dont la justice sociale doit prévenir la violation, même si elle a été consentie par les intéressés »*. Cf. Ibid., p. 194.

<sup>2059</sup> Bouglé (1924), p. 108.

Duguit s'accorde non seulement avec Durkheim pour affirmer que la division du travail n'inaugure en rien le règne des relations purement contractuelles<sup>2060</sup>. Le juriste français va plus loin puisqu'il soutient hardiment la position selon laquelle l'intensification de la division du travail emporte avec elle l'effacement des rapports de nature contractuelle. Pour saisir cette position hétérodoxe, il convient de s'intéresser en détail à la définition originale et complexe que Duguit offre du contrat. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, le juriste français ne réduit pas le contrat à une définition purement formelle où celui-ci apparaît comme le concours de deux volontés sur un même objet. Le contrat est également l'acte où « *la volonté de chacun des contractants est déterminée par l'acte de volonté de l'autre contractant* »<sup>2061</sup>. A l'appui de sa définition, le Doyen de Bordeaux prend l'exemple du contrat de vente. Un vendeur veut livrer à telle personne une chose déterminée, parce qu'il trouve en face une personne qui a la volonté de payer un certain prix pour un tel objet. Si l'acheteur potentiel n'a pas cette volonté, alors le vendeur devra probablement revoir à la baisse ses prétentions pour convaincre cet acheteur. De son côté, l'acheteur veut payer le prix parce qu'il trouve un vendeur ayant la volonté de céder cet objet pour le prix avancé. S'il ne trouvait aucun vendeur avec de telles dispositions, alors l'acheteur devrait reconsidérer son offre ou tenter d'infléchir la volonté du vendeur dans le sens de ses prétentions. Les deux volontés ne sont pas simplement concordantes, mais se déterminent réciproquement. Duguit estime que dans l'esprit des rédacteurs du code civil, le caractère contractuel d'une convention impliquait nécessairement un processus de négociation où les conditions du contrat se discutent librement afin de parvenir à un résultat d'équilibre entre les différentes prétentions des cocontractants<sup>2062</sup>. Ainsi un contrat ne présente pas seulement une *forme* – deux manifestations de volonté concordantes sur un même objet – mais également un *caractère* particulier, soit celui d'une relation bilatérale singularisée par un processus de discussion et de négociation libre.

A cet égard, le développement de la division du travail fait apparaître deux phénomènes qui concourent à la disparition du caractère contractuel des relations intersubjectives. Duguit identifie deux causes explicatives d'une telle évolution. En premier lieu, le développement de la division du travail induit une intensification des échanges et, en conséquence, une diminution du temps disponible pour la négociation des conditions du contrat<sup>2063</sup>. Il importe donc que les conditions d'un contrat soient préétablies, ce que le concours de la coutume ou de la loi – et donc de la société – peut réaliser. En second lieu, la division du travail social implique un processus de différenciation des individus qui ne se signale pas uniquement par leur spécialisation. Ce sont également les « *variations de force et de faiblesse qui s'accusent davantage* »<sup>2064</sup>.

---

<sup>2060</sup> Duguit (2003), p. 53.

<sup>2061</sup> Ibid., p. 54.

<sup>2062</sup> Cf. Duguit (2003), p. 55.

<sup>2063</sup> Ibid., p. 54.

Parmi celles-ci, Duguit a spécialement en vue les dotations en capital qui varient considérablement d'un homme à un autre. Ces différences de revenus et de richesse viennent ainsi bouleverser l'équilibre des relations contractuelles. Duguit n'a aucun mal à éveiller l'attention du lecteur de son temps en évoquant un problème d'une actualité brûlante au tournant du XX<sup>e</sup> siècle : la question sociale et le problème des rapports entre patrons et ouvriers<sup>2065</sup>. Ainsi, Duguit se demande si l'on peut « *parler raisonnablement d'un contrat de louage de service entre l'employeur puissant capitaliste et l'ouvrier ; l'employeur fixe d'avance et spontanément le salaire et l'employé l'accepte ; l'employeur le fixe non pas parce que tel employé l'accepte, mais pour une cause tout autre ; l'employé l'accepte et veut travailler moyennant ce salaire parce qu'il veut vivre. De contrat, il n'y en a point. On est bien loin du contrat de louage d'ouvrage librement débattu entre l'employeur et l'employé, tel que l'a compris le Code civil* »<sup>2066</sup>. En effet, le contrat de travail n'est pas, dans de telles conditions, le fruit d'une négociation libre où les deux volontés se sont réciproquement influencées. Tel est le cas dans les sociétés où les dissemblances individuelles sont moins marquées. Par exemple, une société peu développée basée sur une production artisanale se prêtera mieux aux relations à caractère contractuel<sup>2067</sup>. Deux artisans dotés d'une richesse plus ou moins équivalente devront nécessairement tenir compte de la volonté de l'autre pour mener à bien le processus de négociation<sup>2068</sup>. En revanche, la relation entre le capitaliste et le prolétaire est une relation asymétrique où la volonté du premier domine le processus. L'employeur fixe *unilatéralement* les conditions de

---

<sup>2064</sup> Duguit (2003), p. 55.

<sup>2065</sup> Nous avons dressé un bref aperçu du problème plus haut. Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.

<sup>2066</sup> Duguit (2003), p. 55.

<sup>2067</sup> Le second volume du *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol fournit à cet égard de précieuses informations historiques. Planiol démontre justement que les fondateurs du droit civil français comme Pothier n'ont jamais réellement envisagé le travail ouvrier sous l'angle contractuel. En effet, ils n'avaient que peu de guides pour les emmener dans cette direction. Le droit romain ne pouvait pas, sur ce point, leur servir d'inspiration, puisque le travail y était avant tout affaire d'esclavage. De même, le travail industriel était régi, sous l'Ancien Régime, par les règlements internes des corporations et par voie d'ordonnances royales ; la question ouvrière y était plus affaire de police que de droit. Pour ces raisons, Pothier et, plus tard, les auteurs du Code Napoléon « *se sont contentés de résoudre quelques questions traditionnelles, empruntées aux textes romains, et qui naissent des relations entre un ouvrier et un consommateur : c'est un ouvrier horloger à qui à un client a donné une montre à réparer ; c'est un foulon à qui on a donné du drap à teindre, etc. L'ouvrier joue le rôle d'entrepreneur et non de salarié, ce ne sont pas des questions nées du louage du travail, des relations entre patron et salarié* ». Cf. Planiol (1923), p. 609. Cf. Berlioz (1976), p. 15 s. qui démontre que la conception du contrat élaborée par les pères du Code civil était en harmonie avec les réalités économiques et sociales du début du XIX<sup>e</sup> siècle. Cf. également Gounot (1912), p. 13 ; Grimm (1973), p. 13.

<sup>2068</sup> Duguit (2003), p. 54 : « *Le régime des contrats dominera particulièrement dans les sociétés où les volontés apparaîtront comme sensiblement égales, parce qu'elles ont pour support des individus peu différenciés, les conditions du contrat peuvent se débattre librement, où telle volonté ne se détermine que parce qu'elle a conscience de la détermination correspondante et équivalente d'une autre volonté* ».

l'accord que l'employé se doit d'accepter sous l'empire de la nécessité. Ainsi, l'acte qui liera l'employeur et l'employé aura certainement la forme contractuelle, mais n'en aura pas le caractère essentiel puisque les différentes prétentions des parties ne se seront pas équilibrées dans un processus de négociation libre. Les disparités et les inégalités générées par la division du travail sont telles que l'équilibre et l'harmonie entre les différentes fonctions du corps social – ici les capitalistes et les ouvriers – ne sont plus assurés par le contrat. Il apparaît alors justifié que la société s'imisce dans les relations contractuelles afin de rétablir l'équilibre brisé par les inégalités inhérentes à la division du travail social<sup>2069</sup>. A titre d'illustration, Duguit citera, dans ses conférences données à l'Université de Buenos Aires sur l'évolution du droit privé, la loi du 30 mars 1900 ainsi que la loi 29 juin 1905 qui fixent respectivement à 10 et 8 heures la durée maximale de la journée de travail. Il prend également appui sur la loi du 13 juillet 1906 qui impose aux employeurs d'octroyer au minimum une journée de repos hebdomadaire à leurs travailleurs<sup>2070</sup>. La division du travail ne signifie ainsi pas l'avènement des rapports contractuels dictés par le seul intérêt privé, et encore moins la fin du contrôle social. La division du travail annonce plutôt sa mutation. La société n'intervient plus pour réprimer les dissemblances individuelles et assurer l'homogénéité de la conscience collective ; tel le cas dans les groupes sociaux où prédomine la solidarité par similitudes. Dans les sociétés où le travail est socialement divisé, le contrôle social vise à assurer un certain équilibre dans les relations entre les différentes fonctions spécialisées<sup>2071</sup>. Durkheim ne dit pas autre chose dans sa thèse. Il soutient, en effet, que le propre des sociétés avancées consiste à refuser de donner une quelconque valeur sociale aux contrats léonins où l'une des parties est exploitée en raison de sa faiblesse et ne reçoit pas, en conséquence, le juste prix de sa peine<sup>2072</sup>. L'on évite ainsi que la division du travail prenne une forme pathologique en devenant, pour les plus faibles, une contrainte. Le contrôle social sur les relations contractuelles a, entre autres, pour effet bénéfique de contenir les conflits de classes, un avantage peu anodin au regard du contexte social tendu de la France de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2073</sup>.

Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit reprend son analyse du contrat à l'aide d'arguments qui relèvent pour la plupart de la seule technique juridique. Le contrat y est présenté comme un type d'acte plurilatéral dont les contours doivent être précisément dessinés pour dissiper certaines confusions<sup>2074</sup>. En premier lieu, le contrat est

---

<sup>2069</sup> Sur ce point, cf. Gounot (1912), p. 385 s.

<sup>2070</sup> Duguit (1912), p. 46-48.

<sup>2071</sup> Duguit (2003), p. 55 : « si le caractère contractuel a disparu dans les rapports de l'employeur et de l'employé, ce n'est point parce que la loi positive est intervenue, mais la loi positive intervient d'autant mieux qu'il n'y a plus, qu'il ne peut plus y avoir de rapport contractuel ».

<sup>2072</sup> Durkheim (2013), p. 379.

<sup>2073</sup> Cf. Ibid., p. 367 s.

<sup>2074</sup> Duguit (1927), p. 380.

constitué de deux déclarations de volonté dirigées l'une vers l'autre. Un contrat, ce sont donc « *deux volontés qui prennent contact ; deux individus qui consciemment s'accordent et se lient* »<sup>2075</sup>. Ainsi, il est possible de comprendre que la particularité du contrat réside avant tout dans la détermination mutuelle des volontés des contractants. Duguit estime qu'un examen attentif de l'objet et du but de la volonté des parties permet de saisir une telle interdépendance. Le juriste français débute par une affirmation originale. Il soutient que chaque partie accomplit, lors du processus de conclusion du contrat, deux actes de volonté. Chacun manifeste en premier lieu sa volonté de conclure un contrat, puis chacun déclare vouloir y tenir un rôle particulier<sup>2076</sup>. Dans la mesure où la question qui nous intéresse en première ligne concerne le second acte de volonté, nous nous permettons de débiter par celui-ci en inversant l'ordre logique<sup>2077</sup>.

Dans le second moment de la conclusion du contrat, chaque partie affirme sa volonté de tenir un rôle particulier dans le contrat<sup>2078</sup>. L'examen du but et de l'objet de la volonté des parties lors de ce second moment de la conclusion du contrat laisse apparaître les ressorts exacts du mécanisme contractuel. Prenons, comme Duguit, l'exemple du contrat de vente. En déclarant vouloir conclure un contrat de vente, le vendeur y déclare la volonté d'être vendeur et donc débiteur de la chose afin que l'acheteur devienne débiteur du prix. La déclaration d'être vendeur est l'objet immédiat de la volonté et l'intention de devenir débiteur de la chose en est l'objet médiate, tandis que le but de la déclaration de volonté est l'engagement de l'acheteur à devenir débiteur du prix<sup>2079</sup>. De son côté, l'acheteur déclare sa volonté d'être acheteur (objet immédiat) et donc débiteur du prix (objet médiate) afin que le vendeur déclare sa volonté de devenir débiteur de la chose (but). Dans ce second moment de l'acte de volonté – qui correspond à l'analyse de la cause au sens de l'article 1131 du Code civil – le but de l'une des parties se confond avec l'objet de la volonté de l'autre partie. Ce croisement des volontés révèle la mécanique des intérêts que le contrat a pour fonction de régir. Le contrat met en relation deux intérêts particuliers opposés qui se contrebalancent et se déterminent mutuellement<sup>2080</sup>. L'objet de chaque volonté varie de même que le but de chaque volonté, déterminée par la volonté de l'autre partie, diffère. Le contrat crée une situation réunissant deux personnes ou deux groupes de personnes

---

<sup>2075</sup> Ibid., p. 381.

<sup>2076</sup> Il s'agit d'un découpage purement logique qui ne nécessite nullement deux actes de volonté chronologiquement distincts et successifs.

<sup>2077</sup> C'est également l'ordre logique privilégié par Duguit.

<sup>2078</sup> Ibid., p. 385.

<sup>2079</sup> Ibid., p. 387-388.

<sup>2080</sup> Cf. Capitant (1927), p. 18 : « *C'est la satisfaction de son intérêt personnel qui incite habituellement l'homme à entrer en rapport avec autrui. Si l'individu consent à s'obliger, c'est en vue d'obtenir un profit qui compense la charge de son obligation. [...] Chacun des contractants s'oblige envers l'autre et chacun a en vue la prestation qui lui est promise par celui-ci en retour de celle qu'il s'engage à accomplir* ».

entre lesquels naît un rapport de créancier à débiteur. Il y a donc deux intérêts opposés dans un contrat, une partie voulant devenir créancière, l'autre souhaitant être débitrice<sup>2081</sup>.

L'analyse de la première déclaration de volonté – la volonté de conclure un contrat – permet à Duguit de développer des considérations d'un autre ordre. Cette première manifestation de volonté possède nécessairement un objet et un but qui n'échappe pas à la prise du droit, comme toute volonté qui s'extériorise, sans quoi l'on pourrait arriver « à des solutions qui blessent à la fois l'intérêt social et le sens de la justice »<sup>2082</sup>. Sur cette base, un juge peut dénier toute valeur juridique à un contrat conclu dans un but illicite. En découpant la conclusion du contrat en deux moments logiques distincts, Duguit explique autant qu'il légitime les raisons ayant poussé le juge civil à invalider des contrats que l'une des parties avait conclu à des fins illicites<sup>2083</sup>. Ainsi, le juge peut s'assurer que les finalités d'un individu concordent avec les finalités de la société exprimées par le droit objectif. En cela, Duguit contredit l'interprétation classique de l'article 1131 du Code civil. Cette disposition parle uniquement de la cause de l'*obligation* et non pas de la cause du *contrat*. La théorie classique de la cause fut créée par Jean Domat et reprise par Pothier<sup>2084</sup>, deux auteurs ayant exercé une influence décisive sur le contenu du Code Napoléon. Or, dans l'esprit de ces auteurs, les finalités, les motivations sous-jacentes qui animent les parties lorsqu'elles s'engagent dans un processus contractuel échappent à la prise du droit. Il importe uniquement qu'une des parties, lorsqu'elle manifeste sa volonté de s'obliger, le fasse dans le but de susciter une obligation réciproque chez l'autre partie<sup>2085</sup>. L'examen ne porte que sur l'engagement mutuel des parties dans le cadre d'un contrat déterminé, et non sur ce que les parties entendent faire du produit de ce contrat. Une application stricte de la théorie classique de la cause ne pourrait donc pas permettre l'invalidation d'un contrat de vente portant sur un couteau, conclu dans le but de commettre un crime. En effet, l'obligation de l'un qui forme la cause de l'obligation de l'autre demeure licite que l'on se place du point de vue du vendeur ou de l'acheteur. Le vendeur s'oblige à livrer la chose dans le but que l'emprunteur s'engage à lui payer le prix. L'acheteur

---

<sup>2081</sup> Ibid., p. 383-384.

<sup>2082</sup> Ibid. p. 389.

<sup>2083</sup> Duguit cite de nombreux cas. Cf. Ibid., p. 390-392.

<sup>2084</sup> Cf. Planiol (1923), p. 352-354.

<sup>2085</sup> Une telle explication ne vaut naturellement que dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique. Ainsi Pothier écrit-il, dans le *Traité des obligations*, que dans les contrats intéressés la cause de l'engagement de l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage à lui donner. Dans le cas de ce que Domat appelle les contrats réels, la cause est la prestation faite. Dans les contrats gratuits, il ne peut s'agir que de l'intention libérale du donateur. Avec Henri Capitant, nous pouvons dire que, dans ce dernier cas de figure, la cause se confond avec le consentement, ce qui permet de douter de la pertinence de la théorie de cause en l'espèce. Cf. Capitant (1927), p. 8-9.

déclare vouloir devenir débiteur du prix dans le but que le vendeur accepte de devenir débiteur de la chose. Aucune illicéité ne vient entacher cet échange de volontés. Le découpage opéré par Duguit est en ceci utile qu'il permet non pas seulement d'examiner le but des obligations des parties mais également les buts qui ont conduit les parties à entrer dans un processus contractuel.

En somme, la catégorie du contrat apparaît limitée à un type de relation juridique *nettement circonscrite*. Dans sa définition idéal-typique, le contrat comprend la rencontre de deux volontés qui prennent contact et s'équilibrent par le jeu de la négociation. À la suite de cela, le contrat se forme par l'échange d'une double déclaration de volonté dont le dédoublement est une opération logique et non une réalité chronologique. La première déclaration exprime la volonté de conclure un contrat, volition dont le but et l'objet n'échappent pas à la prise du droit objectif. La deuxième déclaration de volonté porte sur le rôle que chaque contractant entend tenir dans l'échange contractuel. Ce second moment du processus contractuel révèle que le contrat scelle la réunion d'*intérêts contraires*, en ce que chaque participant au contrat s'engage à tenir un rôle différent dans une relation créancier/débiteur. Enfin, la définition du contrat doit encore être précisée en rappelant que Duguit range le contrat dans la catégorie des actes subjectifs. Ceux-ci ont la particularité de donner naissance à des situations juridiques subjectives qui sont des situations opposables à un nombre déterminé de personnes – ce sont des situations spéciales – et donnant naissance à des pouvoirs juridiques disparaissant dès lors qu'ils ont été exercés. En cela, le contrat donne lieu à des situations juridiques temporaires.

### 4.3 Actes juridiques unilatéraux et plurilatéraux en droit privé

La stricte délimitation du contrat entreprise par Duguit n'est pas qu'un simple exercice de technique juridique. Elle vise à répondre à certaines nécessités pratiques. Dans le *Traité de Droit constitutionnel*, le Doyen de Bordeaux constate que de nouvelles formes de rapports juridiques ont émergé à la faveur de l'industrialisation et des développements de la division du travail<sup>2086</sup>. Le développement de l'économie capitaliste dans le dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle favorisa le phénomène de concentration du capital<sup>2087</sup>. Une telle évolution n'alla pas sans déséquilibrer le rapport de force économique entre les différentes classes sociales. Dans certains domaines, les relations contractuelles en subirent les répercussions. On vit apparaître des contrats dont les clauses étaient intégralement rédigées par la partie économiquement avantagée sans qu'une quelconque négociation s'engage avec la partie défavorisée. Celle-ci ne pouvait dès lors qu'adhérer ou rejeter en bloc les conditions d'engagement qui lui étaient soumises. En outre, le mouvement de concentration du capital reçut sa traduction juri-

---

<sup>2086</sup> Duguit (1927), p. 398.

<sup>2087</sup> Hobsbawm (1989), p. 63-64 ; Morin (1917), p. 540 s.

dique à travers le développement des sociétés anonymes dont le régime légal s'était libéralisé dès 1867<sup>2088</sup>. De même, la division du travail, en scindant la société en professions spécialisées, suscita une syndicalisation notable des groupes professionnels – autorisé par la loi de 1884 – et, plus largement, un large mouvement associationniste, ratifié par la loi de 1901. La reconnaissance légale du mouvement syndical et associationniste passait alors pour une brisure importante de l'individualisme juridique hérité de 1789<sup>2089</sup>. L'activité syndicale favorisa l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique, les conventions collectives de travail, sur laquelle le législateur tarda à légiférer<sup>2090</sup>. Ce type d'acte juridique, nous le verrons, possède la particularité de présenter une apparence contractuelle alors qu'il est doté d'une portée normative ; il vise en effet à instaurer des règles de droit objectif chargées réguler durablement les relations de travail dans une profession déterminée.

L'apparition du contrat d'adhésion signale la réalité inégalitaire des rapports sociaux à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle. L'émergence des sociétés par actions, des associations, des syndicats et des conventions collectives de travail atteste une évolution notable de leur nature. En effet, l'indépendance des individus ne nouant que des relations éphémères par contrat fut supplantée par l'interdépendance des hommes se réunissant durablement dans des structures fixes appelées à défendre leurs intérêts communs. Face à ces profondes mutations, l'attitude du législateur et d'une partie de la doctrine trahit des hésitations quant à la nature juridique de ces formes inédites de rapports entre les hommes et les classes. Forte fut la tentation de considérer celles-ci selon les modalités du droit commun des contrats. Ainsi, l'accord entre deux personnes à la force économique inégale prit le nom de « contrat d'adhésion », les associations et les sociétés furent considérées comme des contrats, de même que l'on parla longtemps de « contrat collectif de travail » pour nommer les conventions collectives de travail. La position de Duguit fut tout autre. Il fustigea fermement l'extension irréflichte du domaine contractuel. Selon le Doyen de Bordeaux, l'apparition de ces nouvelles formes de rapports sociaux appelait nécessairement un travail de rénovation du catalogue des actes juridiques énoncé par la loi, la jurisprudence et la doctrine.

---

<sup>2088</sup> Le Code de commerce de 1807 soumettait la création d'une société anonyme à un régime d'autorisation administrative. La constitution des sociétés anonymes fut libéralisée par la loi de 1867 sur les sociétés sous l'impulsion de la politique économique libérale de Napoléon III. Cf. Ducouloux-Favard (1992), p. 853 s.

<sup>2089</sup> Arnaud (1975), p. 84.

<sup>2090</sup> La première législation sur les conventions collectives de travail est une loi du 25 mars 1919, dont les travaux préparatoires, interrompus par la première guerre mondiale, débutèrent dès 1913. Cela étant, il y avait déjà 252 conventions collectives de travail en 1910, pour seulement 34 en 1893. Cf. Fournier (2000), p. 1 s.

#### 4.3.1 Le « contrat » d'adhésion

Il est indéniable que la réalité contractuelle était, en 1900, sensiblement différente de celle qui prévalait lors de l'entrée en vigueur du Code Napoléon, en 1804. L'industrialisation marqua l'atténuation progressive des contrats de gré à gré, négociés par des parties aux forces équivalentes. En revanche, elle permit l'émergence des contrats dits d'adhésion, c'est-à-dire des conventions dont le contenu est édicté de manière unilatérale par une partie en position de force. Pour l'essentiel, il s'agissait de contrat de masse mettant en relation une partie prédominante et une multitude de parties économiquement plus faibles. Les principales manifestations du contrat d'adhésion au début du XX<sup>e</sup> siècle étaient le contrat de travail dans la grande industrie – autour duquel se noua cette fameuse « question sociale » qui opposa les libéraux au socialisme dans ses multiples expressions<sup>2091</sup> – le contrat de transport ferroviaire et maritime, le contrat de fourniture de biens de consommation ainsi que le contrat d'assurance<sup>2092</sup>.

Assurément, les contrats d'adhésion ne sont pas consécutifs d'un processus de négociation où les volontés des parties se déterminent réciproquement et où les intérêts individuels en jeu ont la possibilité de s'équilibrer. C'est pourtant, selon Duguit et d'autres auteurs, l'idée que les rédacteurs du code civil se faisaient du contrat lorsqu'ils ont rédigé les dispositions relatives aux conventions<sup>2093</sup>. Dans l'hypothèse du contrat d'adhésion, le processus implique deux volontés asymétriques, l'offrant étant économiquement favorisé par rapport à l'acceptant. La partie forte détermine par avance le contenu du contrat qu'elle entend passer avec toute personne adhérant à ce contenu. Le contrat d'adhésion est ainsi caractérisé par l'impossibilité factuelle de tout processus de négociation libre et équilibré. L'idée de liberté contractuelle et, avec elle, d'autonomie de la volonté, est mise à mal<sup>2094</sup>. En outre, un tel acte juridique s'adresse, en général, à un nombre indéterminé d'adhérents potentiels. Enfin, le contrat d'adhésion se distingue par la consécration de facto du *pouvoir réglementaire* de la volonté privée en ce sens que l'offrant pose *a priori* les conditions auxquels il souhaite contracter avec l'ensemble des acceptants. En cela, nous pouvons noter la reconnaissance, par la théorie du droit, du fait social de l'inégalité économique qui permettait à certaines forces économiques d'imposer unilatéralement leur volonté<sup>2095</sup> bien qu'elles s'engageaient formellement dans un processus contractuel bilatéral. Raymond Sa-

---

<sup>2091</sup> Cf. Chénéde (2012), p. 157.

<sup>2092</sup> Chénéde (2012), p. 1019.

<sup>2093</sup> Cf. Dereux (1910), p. 503 : « Lorsque les auteurs du Code civil français rédigèrent le titre *« Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »*, ils avaient principalement en vue des actes juridiques dont toutes les clauses seraient pesées, discutées et, au moment de la mise en vigueur de l'acte, acceptées et voulues par les parties. La convention devait ainsi résulter d'une sorte de collaboration de deux ou plusieurs personnes, et les divers collaborateurs prendraient une part sensiblement égale à l'œuvre commune ». Cf. également Gounot (1912), p. 13-15.

<sup>2094</sup> Ranouil (1980), p. 80.

leilles, l'auteur qui forgea en doctrine la notion de contrat d'adhésion<sup>2096</sup>, proposa une définition où ces traits jaillissent distinctement : « *Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire [par exemple] les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créée sur soi-même. [...] ces contrats revêtent comme un caractère de loi collective et, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la Lex que de l'accord des volontés* »<sup>2097</sup>. Il ressort de la définition esquissée par Saleilles que la nature juridique du contrat d'adhésion consiste en deux « *manifestations unilatérales de volontés parallèles* »<sup>2098</sup> en ce sens qu'il n'existe pas ou peu d'espace où les volontés peuvent prendre contact, se jauger et s'influencer mutuellement.

Malgré l'autorité doctrinale de son auteur<sup>2099</sup>, la théorie de la nature non-contractuelle du contrat d'adhésion n'emporta pas la conviction de la doctrine civiliste. On rétorqua à Saleilles que le contrat d'adhésion se conclut comme tout contrat, par la volonté commune de deux ou plusieurs personnes<sup>2100</sup>. De même, du point de vue de ses effets juridiques, le contrat d'adhésion n'engage les parties que dans la mesure des clauses du contrat voulues par elles. Il n'y a pas, en droit, de pouvoir assignée à une volonté privée lui permettant d'engager autrui contre son gré. Seule la puissance publique

---

<sup>2095</sup> L'utilisation du terme « pouvoir réglementaire » pour qualifier les prérogatives de la partie forte dans les contrats d'adhésion est due à Hauriou pour qui ce pouvoir réglementaire privé ne diffère pas beaucoup du pouvoir réglementaire au bénéfice de l'Etat, détenteur de la puissance publique. Cf. également, Ripert (1949), p. 99 : « *Qu'y a-t-il de contractuel dans cet acte juridique ? C'est en réalité l'expression d'une autorité privée. Le seul acte de volonté de l'adhérent consiste à se placer dans une situation telle que la loi de l'autre partie s'appliquera. L'adhérent entre dans ce cercle étroit où la volonté de l'autre partie règne en souveraine* ».

<sup>2096</sup> Cf. Chénédy (2012a), p. 1017.

<sup>2097</sup> Saleilles (1901), p. 229-230. Saleilles avait déjà développé l'intuition du contrat d'adhésion dans son essai consacré à la responsabilité civile objective en cas d'accident du travail, publié en 1897. A propos du contrat de travail dans la grande industrie, le juriste français écrivait déjà que le patron est seul maître du contrat et que l'échange de volontés y est purement formel. Il ajoutait « *qu'au fond il s'agit d'adhésion à une loi faite d'avance, à une formule d'engagement qu'il faut prendre telle qu'elle est sauf à mourir de faim* ». Dans de telles conditions, le contrat de travail n'est « *assurément pas un contrat comme tous les autres. C'est la charte d'un petit organisme social à laquelle il faut adhérer sous peine d'être exclu de l'organisme ; c'est un pacte d'association. D'autre part cette charte est issue d'une volonté maîtresse [...] Ce sont des contrats d'une nouvelle espèce, qui, socialement et sociologiquement parlant, ne ressemblent en rien aux conventions ordinaires prévues par le code civil* ». Cf. Saleilles (1897), p. 12

<sup>2098</sup> Saleilles (1901), p. 230.

<sup>2099</sup> Sur Saleilles, cf. la contribution récente de Chénédy (2012), p. 241 s.

<sup>2100</sup> Dereux (1910), p. 510.

jouit de ce privilège<sup>2101</sup>. Cet argumentaire se retrouve sous la plume de Georges Ripert qui dresse un réquisitoire sévère contre la théorie du caractère non-contractuel du contrat d'adhésion. En plus de douter de la réelle inégalité des parties<sup>2102</sup>, le disciple de Planiol perçoit dans les conceptions de Saleilles un singulier travestissement de l'esprit du Code civil. Ripert relève que les rédacteurs du Code connaissaient déjà la figure du contrat au contenu dicté par une partie en situation de prédominance. Ils auraient agi en conséquence en posant différentes limites à la liberté de contracter dans ce genre de configuration problématique ; des incapacités relatives ont ainsi été prévues en cas « *de vente ou de donation irrévocable entre époux, d'achat par le tuteur des biens du pupille par exemple* »<sup>2103</sup>. La législation spéciale, aménagée pour protéger la partie faible, apparaît comme le moyen choisi par les auteurs du Code pour parer les risques de lésion dans ce type de contrats. Au-delà, le Code civil consacre l'égalité juridique des contractants en exigeant de chacun le consentement à la convention. Jamais il n'aurait été question de mesurer la valeur juridique de la volonté relativement à sa puissance économique<sup>2104</sup>.

Finalement, ceux qui accepteront de suivre la voie tracée par Saleilles sont deux publicistes : Maurice Hauriou et Léon Duguit. Dans une note sous un arrêt du Conseil d'Etat du 23 mars 1906 portant sur un abonnement de téléphone, Hauriou déclare que le contrat d'abonnement doit être rangé dans la catégorie des contrats d'adhésion qui, par ailleurs, sont moins des contrats que des « *actes d'adhésion à un service organisé* »<sup>2105</sup>. Dans le cas d'espèce, le juriste toulousain démontre que le principal effet du contrat d'abonnement liant un particulier à l'administration des postes et télégraphes était de soumettre l'abonné à un règlement assorti de règles disciplinaires<sup>2106</sup>. Dans la mesure où ces clauses réglementaires ne sont pas négociables, il faut en déduire que l'opération juridique se décompose en l'émission d'une volonté réglementaire de la part de l'offrant, en position de force, à laquelle la volonté de l'acceptant, en position de faiblesse, vient adhérer<sup>2107</sup>. Hauriou conclut en soutenant que la nature réglementaire de l'acte influe sur le type de recours qui peut être intenté, le recours pour excès de pouvoir devant être ouvert<sup>2108</sup>. Duguit, quant à lui, semble avoir eu pré-

---

<sup>2101</sup> Ibid., p. 510-511.

<sup>2102</sup> Ripert (1949), p. 102 : « *Lui aussi [l'offrant] subit la force des lois économiques qui l'obligent à traiter dans certaines conditions. [...] il est obligé de contracter pour faire vivre son entreprise. Il est liés à des intérêts concurrents, il fait partie d'un groupement qui lui impose sa conduite, les conditions de son contrat, le prix de ses produits ou de ses services* ».

<sup>2103</sup> Ibid., p. 100.

<sup>2104</sup> Ibid., p. 100-101.

<sup>2105</sup> Hauriou (1931), p. 292.

<sup>2106</sup> Ibid., p. 293.

<sup>2107</sup> Ibid.

<sup>2108</sup> Ibid., p. 295. Le recours pour excès de pouvoir est ici envisageable car l'Etat était partie au contrat litigieux.

coquement l'intuition de la nature juridique du contrat d'adhésion. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, le juriste bordelais affirmait déjà que le contrat de travail liant employeurs capitalistes et ouvriers salariés ne pouvait être considéré comme un authentique contrat dans la mesure où cette catégorie juridique présuppose une certaine égalité des conditions. Il faisait dès lors part d'une interrogation : « *N'y a-t-il pas plutôt deux actes de volonté, unilatéraux, distincts l'un de l'autre, non déterminés l'un par l'autre ?* »<sup>2109</sup>. Cette intuition énoncée dans un ouvrage paru en 1901, recevra sa formalisation, la même année, à travers le concept de contrat d'adhésion forgé par Raymond Saleilles. En 1907, Duguit précise ses vues à l'occasion d'un article portant sur la situation des particuliers à l'égard des services publics<sup>2110</sup>. Cette contribution reprend l'idée développée six années auparavant selon laquelle le contrat est une catégorie aux contours historiquement déterminés, caractérisée par un processus de négociation suivi d'un acte d'adhésion régis par la liberté des parties<sup>2111</sup>. Or l'exploitant d'un service public n'est, bien souvent, pas en mesure de refuser une prestation dès lors que l'acte de concession l'astreint à assurer l'universalité du service<sup>2112</sup>. De même, le consommateur du service n'est que rarement susceptible de négocier tous les détails de la prestation fournie. En somme, la relation entre le particulier et l'exploitant est moins le fruit de leurs volontés concordantes que d'un acte antérieur, l'acte de concession, qui dresse le cahier des charges du concessionnaire et fixe certains éléments essentiels des futurs contrats passés avec les bénéficiaires du service<sup>2113</sup>. L'acte de concession, en ce qu'il donne naissance à une situation juridique durable définissant le statut juridique du concessionnaire, ne peut être assimilé à un contrat, acte générateur de situations juridiques subjectives et temporaires. L'acte de concession apparaît plutôt comme la véritable loi matérielle et objective régissant le service concerné, tandis que le « contrat » passé entre l'exploitant du service et le consommateur doit être perçu comme un *acte unilatéral d'adhésion* de ce dernier au régime légal du service que constitue l'acte de concession<sup>2114</sup>. Les enseignements pratiques que Duguit tire de la démonstration du caractère légal du contrat d'adhésion sont assez similaires à

---

<sup>2109</sup> Duguit (2003), p. 298.

<sup>2110</sup> Duguit (1907), p. 411 s.

<sup>2111</sup> *Ibid.*, p. 428.

<sup>2112</sup> *Ibid.*

<sup>2113</sup> *Ibid.*, p. 429.

<sup>2114</sup> *Ibid.*, p. 421 : « *Tout particulier peut user du service public en se conformant aux dispositions légales qui le créent et l'organisent ; s'il manifeste une volonté juridique dont l'objet et le but sont conformes à la loi du service, il fait naître à son profit une certaine situation juridique* ». Cf. Duguit (1912), p. 123-125. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit ne laisse pas de place au doute quant au caractère non contractuel du contrat d'adhésion : « *Le contrat d'adhésion paraît être, en réalité, un acte unilatéral. C'est celui par lequel une personne se soumet volontairement à un droit objectif préexistant. Le complément déterminatif <adhésion> qu'on ajoute au mot contrat est la meilleure preuve qu'il ne s'agit pas d'un véritable contrat et qu'on a tort de lui appliquer la théorie générale des contrats* ». Cf. Duguit (1927), p. 371.

celles de Hauriou. Le Doyen de Bordeaux estime que le litige opposant l'exploitant d'un service public et un particulier ne revêt pas un caractère contractuel mais légal. En ce sens, la voie de droit ouverte au particulier sera celle qui appartient à tout intéressé quand il y a violation de la loi<sup>2115</sup>. Le litige possédera dès lors un caractère *objectif*, signifiant que le lésé n'invoque pas la violation d'un droit subjectif mais de la loi. Selon Duguit, le recours pour excès de pouvoir doit être ouvert lorsque l'exploitant du service commet un acte qui outrepassé le cahier des charges et que l'administration omet d'agir pour rectifier la situation<sup>2116</sup>. Outre cette conséquence procédurale, Duguit admet que le juge administratif peut interpréter l'acte de concession comme il interpréterait une loi au sens formel. Le Doyen de Bordeaux ne dit rien des différences que présentent l'interprétation de la loi et l'interprétation des contrats. Nous ne pouvons que le regretter car l'approche d'une telle interrogation aurait pu donner lieu à d'intéressantes considérations sur la nature de la cognition du tribunal dans une telle configuration. Seul le créateur de la notion de contrat d'adhésion, Raymond Saleilles, s'est livré à quelques esquisses sur ce sujet. Le privatiste français estimait que l'interprétation du contrat d'adhésion devait s'effectuer comme s'il s'agissait d'une loi proprement dite en accordant une attention restreinte à ce qu'a pu croire et vouloir l'ouvrier ou l'utilisateur d'un service public adhérent à un contrat-type préétabli<sup>2117</sup>. En revanche, c'est bien plus « *l'intérêt de la collectivité à laquelle il s'adresse* » qui forme l'objet vers lequel l'interprétation du contrat d'adhésion doit s'orienter<sup>2118</sup>. Saleilles conclut sa réflexion avec ces précieuses indications : « *ce qui doit constituer l'interprétation, ce n'est plus la recherche d'une volonté moyenne, qui puisse représenter la volonté commune des deux contractants – ces procédés ne sont de mise que là où les deux volontés ont un rôle égal à jouer – mais bien l'interprétation de la seule volonté qui a été prédominante, qui seule a formé l'engagement [...] volonté qui, par suite, a créé une loi contractuelle, offerte aux adhésions particulières, et qui doit être appliquée dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu* »<sup>2119</sup>. L'amorce d'un changement de paradigme nous semble ici visible. Saleilles propose que l'on élabore l'interprétation du contrat non plus à l'aune de la volonté de l'individu mais sur le fondement de certaines nécessités sociales. La théorie du contrat serait ainsi sortie de l'ornière d'une vision individualiste et atomiste de la société – où il convient de protéger

---

<sup>2115</sup> Ibid., p. 432.

<sup>2116</sup> Ibid., p. 434-435. Duguit précise que c'est bien l'Etat qui est attiré devant le juge administratif.

<sup>2117</sup> Saleilles (1901), p. 230.

<sup>2118</sup> Ibid.

<sup>2119</sup> Ibid.

la liberté primaire de l'individu – pour entrer de plein pied dans l'analyse sociologique des rapports contractuels. Duguit aurait pu souscrire sans autre à une telle analyse.

#### 4.3.2 L'acte collectif (Gesamtakt)

Les sociétés commerciales et les associations ont ceci de commun qu'elles instaurent un rapport durable entre les associés que l'on ne peut nullement, selon Duguit, assimiler à une relation contractuelle<sup>2120</sup>. En effet, les statuts d'une association sont un exemple d'acte-règle ayant pour effet de placer les associés dans une situation juridique objective et durable qui les soumet à la discipline du groupe<sup>2121</sup>. Il nous faut ici rappeler que Duguit perçoit dans les syndicats et les associations en général une résurgence de la *solidarité par similitudes* dans des sociétés pourtant maquées par une forte division du travail<sup>2122</sup>. Cette forme de solidarité conduit les individus à se grouper durablement pour défendre les intérêts communs de leur profession. Bien que les lois de 1884 et 1901 consacraient la liberté d'entrer et de sortir de l'association, il y avait lieu de considérer que le fondement véritable du droit associatif est moins la liberté contractuelle que la solidarité professionnelle<sup>2123</sup>. Nous sommes ainsi bien loin du contrat, à tout le moins dans son acception duguiste, cet acte subjectif et individualiste par excellence qui ne régit que la rencontre provisoire d'intérêts contradictoires. Si la période de négociation qui précède la fondation d'une société ou d'une association peut à certains égards s'apparenter à un processus contractuel ou conventionnel<sup>2124</sup>, l'acte juridique qui scelle la création d'une telle corporation présente des traits radicalement distincts de ceux du contrat ; la nécessité de l'élaboration d'une nouvelle catégorie d'acte juridique est ainsi consacrée.

Les sociétés commerciales et les associations sont autant de formations juridiques dont la constitution exige un concours de volontés que l'on ne peut qualifier ni de contrat ni de convention<sup>2125</sup>. Nous ne sommes plus dans un processus impliquant deux parties où l'une fait une offre que l'autre accepte. De plus, les déclarations de volonté ont le même but – énoncé par les statuts – et le même objet – l'adoption desdits statuts – tandis que la conclusion d'un contrat implique deux volontés contradictoires en ceci que l'objet de l'une est le but de l'autre. En cela, les associés veulent la

---

<sup>2120</sup> C'est pourtant ce qui fit le législateur français. La loi de 1901 est une loi « relative au *contrat d'association* ». Elle décrit, à son article premier, l'association comme une convention dont la validité est régie par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations. Dans ce même esprit, l'article 1832 du Code civil dispose que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un *contrat* d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Nous soulignons.

<sup>2121</sup> Duguit (1927), p. 401-402.

<sup>2122</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.2.

<sup>2123</sup> Cf. Morin (1917), p. 532.

<sup>2124</sup> Duguit (1927), p. 400-401.

<sup>2125</sup> Duguit (1927) p. 400.

même chose et se trouvent dans la même situation ; ils ne souhaitent nullement s'obliger les uns envers les autres dans un rapport opposant un créancier à un débiteur<sup>2126</sup>. Il n'y pas interdépendance de leurs volontés, mais concomitance<sup>2127</sup>. De même, le rapport juridique qui unit les associés dure autant qu'ils sont membres de l'association et qu'ils se soumettent à ses statuts, véritable droit objectif du groupe<sup>2128</sup>. Une telle situation juridique objective s'oppose à la situation juridique subjective qui résulte d'un contrat. En effet, celle-ci disparaît une fois que les droits et les obligations qui s'y rattachent ont été exercés. En revanche, l'exercice d'un droit corporatif ne met nullement fin à la qualité d'associé et aux prérogatives afférentes.

Selon Duguit, la constitution d'une société ou d'une association doit être qualifiée d'*acte collectif*. Le Doyen de Bordeaux indique cependant que l'acte collectif doit être compris comme une *pluralité d'actes unilatéraux* puisque la création d'un groupe corporatif requiert la concordance des volontés des fondateurs, volitions identiques quant à l'objet et au but. Bien qu'il s'avoue séduit par la notion de *Gesamttakt*<sup>2129</sup> forgée par Gierke, Duguit la récuse selon les motifs épistémologiques qui sont ceux de la réfutation qu'il construit à l'endroit de toute théorie de la personnalité morale. Dans son élaboration d'une théorie de la corporation, Gierke n'avait point manqué de souligner, comme Duguit, que l'acte constitutif de tout groupe corporatif ne peut être réduit à un contrat, ni même à aucune catégorie du « *droit individuel* »<sup>2130</sup>. Lorsque des hommes manifestent leurs volontés de s'unir autour d'un but commun, une forme de fusion s'opère, donnant naissance à une volonté commune dont la personnalité de l'association sera le support<sup>2131</sup>. Duguit dénie la possibilité d'un tel saut qualitatif. Nous avons pu constater que le juriste français combat avec ardeur ces scories métaphysiques en maints endroits de son œuvre<sup>2132</sup>. Le point de vue réaliste que Duguit adopte l'amène à constater plus simplement qu'il y a « *plusieurs déclarations unilatérales, donnant naissance au droit objectif d'un groupement poursuivant un but reconnu licite par la loi du pays* »<sup>2133</sup>. Un acte collectif n'est donc rien d'autre qu'une somme d'actes unilatéraux dont le but et l'objet sont identiques.

#### 4.3.3 L'union (Vereinbarung)

Un nombre clairement déterminé de personnes se rencontrent, discutent puis conviennent de se soumettre à un droit objectif préexistant ou élaboré lors de leurs négociations. L'acte revêt, en apparence, un caractère contractuel puisqu'il implique

---

<sup>2126</sup> Ibid., p. 402.

<sup>2127</sup> Ibid., p. 405.

<sup>2128</sup> Ibid., p. 400.

<sup>2129</sup> Nous nous permettons de corriger l'erreur de Duguit qui parle de « *Gesamttakt* », avec deux m.

<sup>2130</sup> Gierke (1963), p. 131

<sup>2131</sup> Ibid.

<sup>2132</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II.

<sup>2133</sup> Duguit (1927), p. 408-409.

deux ou plusieurs personnes déterminées qui prennent contact, négocient et finalement accordent leurs volontés. Cependant, la substance de l'acte ne l'est point dans la mesure où il vise à soumettre les parties à des règles de droit objectif. Un tel acte ne donne pas naissance – contrairement au contrat – à une situation juridique subjective, temporaire et spéciale. Au contraire, il crée pour les parties une situation juridique objective, un nouveau *status* juridique. De plus, il s'agit ici d'un acte où les volontés des parties ne sont point opposées quant à l'objet de leurs volitions respectives. Au contraire, elles portent sur le même objet immédiat, l'acceptation de la convention, et sur un objet médiat identique, la « *naissance de la règle ou de la situation légale et objective, de l'état, que la convention conditionne* »<sup>2134</sup>. Le dernier trait distinctif de ce type d'acte est qu'il peut déployer des effets juridiques envers des personnes étrangères à la convention<sup>2135</sup>.

Duguit était convaincu que les *conventions collectives de travail* constituaient un paradigme du type d'acte juridique décrit ci-dessus. Celles-ci sont sans nul doute des conventions puisqu'elles naissent par la négociation et l'accord entre plusieurs groupements déterminés<sup>2136</sup>. Cependant, convention collective de travail et contrat diffèrent en ceci que, dans la première, il n'y a nullement « *une quelconque situation de créancier et de débiteur, un rapport obligatoire entre une personne qui doit exécuter une prestation et une autre qui peut en exiger l'accomplissement* »<sup>2137</sup>. Loin de s'opposer, les volontés des auteurs de la convention concordent quant à leur but – il s'agit la plupart du temps de prévenir les conflits futurs entre employeurs et employés ou de résoudre un conflit en cours<sup>2138</sup> – à leur objet immédiat, soit l'adoption de la convention, et à leur objet médiat, soit la naissance d'une situation juridique objective pour l'ensemble des membres de la branche<sup>2139</sup>. L'autonomie de la volonté de ceux-ci dans leurs rapports contractuels particuliers est ainsi limitée par la création de véritables règles objectives qui serviront de cadre juridique aux futurs contrats de travail négociés dans la branche concernée. Selon Duguit, la signification théorique de la convention collective de travail consiste dans le passage d'une conception individualiste à une acception collective des relations de travail. Loin de faire naître des obligations spéciales, concrètes et temporaires entre deux sujets de droit, la convention collective de travail est bien plutôt une véritable « *loi établissant des rapports permanents et durables entre deux groupes sociaux et le régime légal suivant lequel devront être conclus les contrats individuels entre les membres de ces groupes* »<sup>2140</sup>. En ce sens, les conven-

---

<sup>2134</sup> Ibid., p. 410.

<sup>2135</sup> Ibid., p. 412.

<sup>2136</sup> Ibid.

<sup>2137</sup> Ibid., p. 413.

<sup>2138</sup> Ibid.

<sup>2139</sup> Ibid., p. 412-413.

<sup>2140</sup> Duguit (1912), p. 135.

tions collectives de travail affaiblissent le monopole législatif et réglementaire de l'Etat<sup>2141</sup>.

Le caractère légal de la convention collective travail devait conduire à admettre qu'elle ne déploie pas uniquement des effets à l'égard des membres des syndicats ouvriers et patronaux ayant œuvré à sa confection. Sinon, la convention collective ne différerait en rien, sur ce point, du contrat et on pourrait lui opposer l'article 1165 du Code civil<sup>2142</sup>. Plutôt qu'un contrat, la convention collective de travail doit être regardée, à l'aune de la théorie duguitienne de l'acte juridique comme un exemple d'acte-règle<sup>2143</sup>. Il nous faut cependant relever que Duguit s'est montré fort hésitant et timoré sur la question des effets externes de la convention collective de travail. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, le juriste français affirme qu'une convention collective de travail ne déploie d'effets juridiques qu'à l'égard des membres des syndicats ayant participé à l'élaboration de la convention. Cependant, il ajoute qu'une telle convention s'applique également aux membres desdits syndicats qui n'en faisaient pas partie au moment où la convention fut ratifiée. Surtout, le juriste français estime – sans donner d'explications – qu'un retrait du syndicat ne permet nullement de se soustraire aux obligations prescrites par la convention collective de travail. L'effet réglementaire externe de la convention existe bel et bien chez Duguit, bien que de manière particulièrement atténuée. Celui-ci juge, dans la troisième et dernière édition du *Traité de droit constitutionnel* paru en 1927, que la syndicalisation des différents groupes professionnels n'est pas suffisamment aboutie pour que les différents syndicats puissent se prévaloir d'une représentativité couvrant l'ensemble des membres de la branche<sup>2144</sup>. On peut être surpris du manque d'audace doctrinale dont fait preuve le juriste français. La position timorée de Duguit contraste avec celle de Hauriou qui admettait, à la même époque, un effet externe très élargie des conventions collectives de travail, anticipant en cela le régime juridique qu'instaurera le Front populaire par la loi du 24 juin 1936<sup>2145</sup>. Pourtant, la théorie générale du droit de Duguit aurait dû plaider pour un effet très large des conventions collectives de travail. Le Doyen de Bordeaux enseigne que tout acte de volonté déterminé par un but conforme à la solidarité sociale doit être respecté de tous. Or Duguit affirme qu'une convention collective de travail est déterminée « *par un but de solidarité sociale si jamais il en fut* »<sup>2146</sup>. En toute logique, une convention collective de travail devrait s'imposer à tous les membres de la

---

<sup>2141</sup> Morin (1917), p. 534.

<sup>2142</sup> L'article 1165 du Code civil dispose que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » (l'article 1121 concerne la stipulation pour autrui).

<sup>2143</sup> Duguit (1927), p. 418.

<sup>2144</sup> Ibid., p. 415.

<sup>2145</sup> Celle-ci permettait au pouvoir réglementaire de rendre obligatoires des conventions pour des entreprises n'appartenant à aucune des organisations signataires. cf. Le Goff (1990), p. 77-79.

<sup>2146</sup> Duguit (1912), p. 133.

branche concernée, qu'ils soient syndiqués ou non. En effet, un tel acte vise à assurer le déroulement harmonieux des relations entre deux groupements professionnels, chose essentielle dans une société marquée par une forte division du travail. A notre sens, la source des préventions de Duguit était d'ordre conjoncturel. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, il prétend que « *malheureusement depuis la guerre des éléments étrangers aux intérêts professionnels ont pénétré dans l'activité syndicale pour la fausser et la détourner, dans des vues politiques et parfois révolutionnaires, de ses buts normaux et professionnels* »<sup>2147</sup>. L'attitude des antennes syndicales françaises, orientées vers le syndicalisme révolutionnaire<sup>2148</sup>, a certainement amené Duguit à leur dénier toute représentativité des employés et donc à traiter la question des effets externes des conventions collectives de travail avec les plus grandes réserves<sup>2149</sup>.

Malgré ces réserves, Duguit estime que le caractère particulier de la convention collective de travail interdit une appréhension de cet acte juridique par une quelconque catégorie classique du droit civil. En cela, Duguit prend une position claire dans le débat qui agitant la doctrine civiliste quant à la nature juridique des conventions collectives de travail<sup>2150</sup>. Conséquence des troubles socio-économiques de la révolution industrielle, la convention collective de travail visait avant tout un objectif de pacification des rapports sociaux<sup>2151</sup>. L'essor de cette catégorie juridique est, en grande partie, imputable à la loi de 1884 autorisant la constitution de syndicats<sup>2152</sup>. En doctrine, l'émergence d'une telle notion eut plutôt pour effet de susciter troubles et hésitations, dans la mesure où aucune législation spéciale ne fut adoptée avant 1919. Le fondement conventionnel et la nature normative de la Convention collective de travail semblaient à certains un paradoxe difficile à surmonter<sup>2153</sup>. Pour une partie de la doctrine, la Convention collective de travail n'était rien de plus qu'un contrat – certes collectif – soumis au droit commun des conventions aménagé par le Code civil. Ce courant doctrinal maintenait l'autonomie de la volonté de l'individu dans son statut de source pre-

---

<sup>2147</sup> Duguit (1927), p. 415.

<sup>2148</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2 et 3.

<sup>2149</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de lire la longue préface que Duguit adjoint à la troisième édition de son ouvrage *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat* (1922). Sur près de quarante pages, Duguit voue aux gémonies la doctrine du syndicalisme révolutionnaire telle qu'elle ressort de la Charte d'Amiens de 1906 et des travaux de deux de ses principaux théoriciens, Georges Sorel et Edouard Berth. Cf. Duguit (1922a), p. IV-XLIV.

<sup>2150</sup> Sur ce débat, cf. Le Goff (1990), p. 67-79 et Didry (2001), p. 1253-1289.

<sup>2151</sup> Le Goff (1990), p. 67-68.

<sup>2152</sup> Cette législation n'autorisait pas expressément les syndicats à conclure des conventions collectives de travail. Elle leur assignait néanmoins la tâche de défendre l'intérêt général de la profession, notamment en lui octroyant la personnalité juridique. Cf. Didry (2001), p. 1259.

<sup>2153</sup> Comme l'écrivit Raymond Saleilles en 1901, comment « *résoudre le conflit de ce qui est collectif d'avec ce qui est individuel et concilier l'idée d'une loi collective, normative et obligatoire avec le fondement contractuel qui sert de base au contrat collectif ?* ». Nous empruntons la citation à Le Goff (1990), p. 67.

mière de l'obligation juridique. En ce sens, certains auteurs avancèrent l'hypothèse selon laquelle une convention collective de travail devait être considérée comme un mandat, généralement tacite, donné par les membres de la profession aux signataires de la convention. Cette conception possédait, pour les premiers, l'heureux avantage de leur donner la possibilité d'user de leur liberté contractuelle pour révoquer le mandat donné aux seconds, leur laissant le droit de se retirer de la convention<sup>2154</sup>. L'idée de faire intervenir un mandat – ou même la notion de gestion d'affaires – semble inopportune à Duguit. Dans la convention collective, il ne s'agit pas de faire un acte juridique au nom d'une ou plusieurs personnes déterminées, mais de créer, dans l'intérêt de toute une classe sociale, une véritable loi appelée à régir les rapports de travail de toute une profession pour l'avenir<sup>2155</sup>. De même, les arguments développés par la doctrine afin que l'on insère la convention collective de travail dans le régime juridique de la stipulation pour autrui ne convainquent nullement le Doyen de Bordeaux<sup>2156</sup>. Peu de choses lient la stipulation pour autrui – où une personne promet à une autre d'accomplir une certaine prestation au profit d'un tiers – et la convention collective de travail qui consiste à aménager un régime juridique durable pour un nombre indéterminé de personnes œuvrant dans un même domaine professionnel<sup>2157</sup>.

L'édification d'une nouvelle catégorie juridique devient dès lors une tâche nécessaire. Pour qualifier un tel accord générateur de droit objectif, Duguit parle d'*union*<sup>2158</sup>. De son aveu même, le juriste français s'inspire du concept de *Vereinbarung* élaborée par la doctrine allemande en matière de droit international et de droit public. Nous devons l'origine de cette notion au juriste allemand Karl Binding (1841-1920) mais les premières élaborations poussées de cette notion se trouvent chez Jellinek et Heinrich Triepel (1868-1946). Dans son *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Jellinek décrit

---

<sup>2154</sup> Duguit (1927), p. 416 : C'est l'opinion qui ressort du rapport de la Commission d'études législatives ayant étudié la question des conventions collectives de travail en 1907 et 1908. Il ressort du rapport rédigé par Clément Colson que la commission envisageait la négociation d'une convention collective de travail comme un mandat donné au syndicat par ses membres. En conséquence, ceux-ci avaient, selon l'article 48 du projet de loi sur le contrat de travail élaboré par la commission, la possibilité de démissionner du syndicat dans un délai de quatorze jours à compter de la conclusion de la convention. Ainsi, ils pouvaient signifier qu'ils révoquaient *a posteriori* le mandat tacite dont le syndicat s'était prévalu pour conclure la convention. Cf. *Bulletin de la société d'études législatives*, sixième année, 1907, p. 187 s.

<sup>2155</sup> Duguit (1927), p. 414.

<sup>2156</sup> L'assimilation de la convention collective de travail à la stipulation pour autrui fut notamment défendue par Planiol. Cf. Planiol (1903), p. 25-26.

<sup>2157</sup> Duguit (1927), p. 413-414. En 1907, Duguit avait déjà refusé, pour des motifs analogues, que l'on assimile l'acte de concession d'un service public à un contrat collectif. L'acte de concession règle, par voie de dispositions générales et permanentes, les relations entre le concessionnaire et un nombre indéterminé de personnes souhaitant bénéficier du service. En cela, il ne saurait être question de stipulation pour autrui car le concessionnaire ne prend point l'obligation de fournir à une personne déterminée une prestation concrète. Cf. Duguit (1907), p. 431.

<sup>2158</sup> *Ibid.*, p. 409.

la *Vereinbarung* comme l'acte par lequel des volontés séparées s'unissent pour donner naissance à une volonté juridique unifiée selon les modalités prévues par le droit objectif<sup>2159</sup>. En droit public, la *Vereinbarung* caractérise les actes juridiques complexes engageant plusieurs organes de l'Etat ou une pluralité de corporations de droit public<sup>2160</sup>. Dans ce premier sens, la *Vereinbarung* s'oppose au contrat qui n'implique que des personnes complètement indépendantes l'une de l'autres – ce que ne sont jamais les organes de l'Etat – et qui, surtout, n'a pas pour finalité de donner naissance à une volonté juridique unifiée. La théorie de la *Vereinbarung* développée par Jellinek est, sur ce point, sensiblement proche de la conception du *Gesamtakt* de Gierke<sup>2161</sup>. En revanche, la seconde acception de la *Vereinbarung*, que Jellinek établit par l'examen des sources du droit international, est plus proche de l'acception duguitienne de l'union. Dans la mesure où la communauté des Etats ne dispose d'aucune organisation constitutionnelle, les accords entre Etats ne sauraient créer une volonté unifiée, mais uniquement une volonté *commune*. Les volontés des Etats demeurent juridiquement indépendantes mais sont communes en ce qu'elles portent sur le *même objet* : l'adoption de règles de droit objectif destinées à régler durablement les relations entre les Etats-parties dans un domaine déterminé<sup>2162</sup>. Les *Vereinbarungen* entre Etats échappent ainsi à la logique contractuelle ; elles ne mettent pas aux prises des acteurs aux intérêts divergents et transitoires qui s'entendent sur un échange de prestations, les Etats recherchant une règle de comportement commune pour leurs relations futures<sup>2163</sup>.

Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit procède à une longue réfutation de la notion de *Vereinbarung*. Dans ce premier essai, Duguit conteste que la *Vereinbarung* soit une catégorie juridique dotée d'un caractère propre. Elle ne serait qu'un fait

---

<sup>2159</sup> L'union d'actes de volonté empiriques est l'œuvre – et ne peut être que l'œuvre – de l'ordre juridique. Cf. Jellinek (1919), p. 204 : « *Die Vereinbarung tiftt überall dort auf, wo mehrere Willen getrennt nicht die rechtliche Macht haben, einen bestimmten rechtlich relevanten Willensakt hervorzurufen. Aus dem Willen einer Vielheit kann niemals ein psychisch einheitlicher Willensakt entspringen, vielmehr nur gemäss einer rechtlichen Ordnung ein juristisch einheitlicher Wille gewonnen werden. Diese Ordnung regelt das Vereinigen der psychisch getrennt bleibenden Willensäusserungen zur rechtlichen Einheit* ».

<sup>2160</sup> Une loi adoptée grâce au concours de plusieurs organes (entre les chambres ou par l'action conjointe du Parlement et de l'exécutif), une décision prise par un collège de juge, un accord entre plusieurs communes en vue de leur fusion sont autant d'exemples de *Vereinbarung*. Cf. Jellinek (1919), p. 205.

<sup>2161</sup> Jellinek soutient que l'acte constitutif d'une association ainsi que les décisions prises par celle-ci sont des *Vereinbarungen*. Cf. *Ibid.*, p. 207. Pour une critique de la « confusion » entre *Vereinbarung* et *Gesamtakt*, cf. Triepel (1920), p. 58 s.

<sup>2162</sup> Jellinek (1919), p. 206.

<sup>2163</sup> *Ibid.*, p. 206 : « *So ist der Satz: Die Kaperei ist und bleibt abgeschafft, nicht durch Vertrag, sondern durch Vereinbarung entstanden, er ist nicht im individuellen, daher wechselnden Interesse eines oder des anderen Staates auf Grund einer Gegenleistung verabredet worden, sondern im stetigen Interesse der Staatengemeinschaft* ».

préalable, nécessaire au déploiement des effets juridiques d'un acte unilatéral ou d'un contrat<sup>2164</sup>. Surtout, le juriste français ne retient essentiellement que l'une des acceptions formulées par Jellinek où la *Vereinbarung* apparaît comme le mode de formation d'une volonté collective unifiée capable d'engendrer des règles de droit objectif<sup>2165</sup>. L'intégralité du système doctrinal de Duguit est bâti à l'encontre d'une pareille conception du droit. Rétif à toute forme de volonté collective, Duguit ne pouvait tirer aucun profit de cette définition. Le but commun poursuivi par une pluralité de volontés individuelles n'est nullement en mesure de donner naissance à une volonté *une*, séparée de la multitude des individus ; il demeurera toujours autant de volontés autonomes et distinctes qu'il y a d'individus<sup>2166</sup>. De même, le Doyen de Bordeaux nie que la *Vereinbarung* puisse engendrer des règles de droit objectif. Il faudrait dès lors accepter que la volonté puisse créer le droit par elle seule alors que Duguit s'est évertué à démontrer que le droit objectif, émanation de la vie sociale, est antérieur et supérieur aux volontés chargées de le formaliser en règles écrites. La *Vereinbarung* demeure un simple *fait*, caractérisé par la réunion de volontés mues par un but identique. Cependant, ce fait sera susceptible de créer un effet de droit uniquement s'il entre en conformité avec le droit objectif qui lui préexiste.

Lorsqu'il procède à cette critique de la *Vereinbarung* en 1901, Duguit semble encore tout ignorer des travaux de Heinrich Triepel. Les développements de l'internationaliste allemand s'avéreront, dans le *Traité de droit constitutionnel*, particulièrement utiles à Duguit dans la mesure où le juriste allemand consacre de longs développements à la distinction entre le contrat et les autres formes d'accords de volontés. Triepel élabore, plusieurs années avant Duguit, une définition restrictive du contrat que ce dernier incorporera pour une large part à son système<sup>2167</sup>. En effet, Triepel est l'unique auteur mobilisé par Duguit dans ses pages consacrées à l'union dans son traité<sup>2168</sup>. Le juriste allemand récuse la définition large du contrat qui entend subsumer sous cette

---

<sup>2164</sup> Duguit (2003), p. 406-407. Par exemple, l'identité de volonté entre le Parlement et le gouvernement dans le processus d'adoption des lois n'apparaît alors à Duguit que comme le fait nécessaire pour que la volonté de l'Etat déploie des effets juridiques (Duguit admet ici la notion de volonté de l'Etat par pure hypothèse, pour mieux répondre à Jellinek). Dans ce même sens, la naturalisation ou la nomination d'un fonctionnaire demeurent aux yeux de Duguit des actes purement unilatéraux. Cependant, le déploiement de leurs effets juridiques nécessite au préalable un concours de volonté de l'Etat qui nomme et du fonctionnaire qui est nommé et accepte la nomination, de l'Etat qui accorde la naturalisation et de l'intéressé qui la demande.

<sup>2165</sup> Duguit (2003), p. 397-398.

<sup>2166</sup> *Ibid.*, p. 398-402.

<sup>2167</sup> Il nous paraît assez ironique que Duguit puise son inspiration chez Heinrich Triepel pour élaborer le concept d'union. L'œuvre de l'internationaliste allemand est un modèle de cette doctrine subjectiviste et volontariste que le Doyen de Bordeaux abhorre. Le traité *Landesrecht und Völkerrecht* – que Triepel publie en 1899 – débute par des affirmations sans ambages soutenant que seule une volonté supérieure à la volonté individuelle est en mesure de créer des règles de droit, une telle volonté n'étant autre que la volonté de l'Etat. Cf. Triepel (1920), p. 28-31.

<sup>2168</sup> Cf. Duguit (1927), p. 420.

catégorie toute « *union de deux ou plusieurs personnes dans une déclaration concordante de volonté* »<sup>2169</sup>. La concordance des volontés ne correspond pas, dans un contrat, à l'identité de l'objet des volontés déclarées. Au contraire, les contractants ne veulent précisément pas la même chose. Dans tout contrat synallagmatique, la volonté de l'un est toujours opposée à celle de l'autre. Le contenu y est à la fois différent et complémentaire<sup>2170</sup>. Ce qu'un vendeur veut comme un acte personnel – la remise de la chose – l'acheteur le perçoit et le veut comme un événement extérieur, et réciproquement<sup>2171</sup>. Cette complémentarité entre les deux volontés révèle la nature intime du contrat qui vise à satisfaire des « *intérêts différents, opposés l'un à l'autre mais correspondants* »<sup>2172</sup>. Ainsi, ce qui constitue l'essence du contrat, c'est que « *deux personnes se rencontrent en lui, dont les besoins sont opposés de telle sorte, que précisément ce que l'un veut avoir, l'autre veut le donner* »<sup>2173</sup>. Triepel déduit de cette opposition des volontés l'incapacité du contrat à engendrer des règles de droit objectif. En effet, une telle opération requiert une volonté commune, ce qui signifie que la volonté de chaque partie est *identique* à celle de l'autre et que chacun veut adopter le même comportement que l'autre en vue de satisfaire un intérêt commun<sup>2174</sup>. A un tel acte juridique répond précisément le concept de *Vereinbarung*. Comme Duguit quelques années plus tard, Triepel relève que la *Vereinbarung* a bel et bien l'apparence d'un contrat puisqu'elle se fonde toujours sur un échange de manifestations de volonté<sup>2175</sup>. La nature de cet acte juridique diverge cependant de celle du contrat. Les parties s'échangent des volontés semblables en ce qu'elles portent sur le *même objet* tendant au *même résultat* : « *créer du droit objectif [...] une règle qui doit régir leur conduite ultérieure d'une façon permanente* »<sup>2176</sup>. De surcroît, les parties veulent, dans un contrat, un certain *comportement* de l'autre tandis que dans la *Vereinbarung*, les parties veulent une *norme* régissant leurs comportements futurs<sup>2177</sup>. Duguit et Triepel divergent cependant sur la question de l'effet juridique externe de la *Vereinbarung*. Le juriste français affirme que le déploiement d'effets juridiques envers des tiers est

---

<sup>2169</sup> Triepel (1920), p. 36.

<sup>2170</sup> Ibid., p. 37.

<sup>2171</sup> Ibid., p. 42.

<sup>2172</sup> Ibid., p. 43.

<sup>2173</sup> Ibid., p. 44.

<sup>2174</sup> Ibid., p. 51 s. L'intérêt commun n'est pas forcément celui des parties, il peut s'agir d'un intérêt tiers que les parties cherchent, en commun, à protéger. Il en va ainsi de l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents dans l'intérêt de leur enfant ou de l'exercice du pouvoir législatif dans un système bicaméral, où les deux chambres du parlement concourent à l'édiction de la loi en vue de l'intérêt général.

<sup>2175</sup> Ibid., p. 65.

<sup>2176</sup> Ibid., p. 69.

<sup>2177</sup> Ibid., p. 70-71. Notons toutefois que, dans l'ouvrage de Triepel, la *Vereinbarung* a des fonctionnalités plus étendues que la seule création de règles de droit. Par exemple, il y a également *Vereinbarung* à chaque fois que deux ou plusieurs personnes exercent leurs droits de manière concordante en vue de satisfaire le même intérêt. Cf. Ibid., p. 51 s.

l'une des caractéristiques de l'union, comme semble le démontrer l'exemple de la convention collective de travail que l'on pourrait qualifier de Convention-loi<sup>2178</sup>. Une telle conception se comprend aisément à la lumière de la logique interne du système duguitien. La doctrine du Doyen de Bordeaux n'admet pas que la volonté puisse déclencher, par sa seule force, un effet de droit ; celui-ci est toujours le fruit du droit objectif qui conditionne l'application de la norme à une ou plusieurs déclarations de volonté dont le but et l'objet observent ses prescriptions. En termes plus concrets, une convention peut déployer ses effets envers quiconque si un tel effet est prévu par le droit objectif et que l'objet et le but de la convention sont conformes à la solidarité sociale. Dans la pensée de Triepel, la portée de la *Vereinbarung* est plus limitée<sup>2179</sup>. Le juriste allemand estime que celle-ci est en principe un acte *interne* qui se restreint à la formation de la volonté commune. La déclaration de volonté visant à créer un effet juridique envers des tiers est un *Gesamtakt*, si bien qu'un tel acte est souvent postérieur à une *Vereinbarung*<sup>2180</sup>. Sur ce point également, il n'est pas difficile de déceler les divergences de vues entre Duguit et Triepel. En effet, la définition du *Gesamtakt* retenu par Duguit est tout autre puisqu'il comprend sous ce terme tout acte juridique nécessitant une pluralité d'actes unilatéraux pour déployer un effet de droit.

## Conclusion

Le chapitre qui s'achève nous aura permis de mesurer la façon dont Duguit met en relation le droit objectif et la volonté individuelle. De son aveu même, le Doyen de Bordeaux entendait par là démontrer que l'ordre juridique avait quitté la tutelle d'une vision « *individualiste et métaphysique* » pour se placer dans l'orbite d'une conception « *réaliste et socialiste* ». Il convient de tirer le bilan de cette transformation. Cela nous permettra de constater à quel point les analyses de Duguit sur le rôle de la volonté individuelle en droit privé seront symétriquement transposées dans la définition du rôle de la volonté de l'Etat en droit public. En ceci, les incursions du juriste bordelais sur les terres du droit privé présentent une indéniable valeur heuristique ; elles doivent nous servir de tremplin vers la compréhension de la logique interne du renouvellement duguitien de la science du droit public.

---

<sup>2178</sup> Duguit emploie le terme de « convention-loi » dans la série de conférences qu'il donne à l'Université de Buenos Aires qui seront publiées dans un recueil éloquemment intitulé *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Cf. Duguit (1912), p. 135. A notre sens, il eût été préférable qu'il conserve ce vocable, plus apte à révéler la nature juridique de la *Vereinbarung* que le terme vague d'union.

<sup>2179</sup> Notamment et surtout en droit international, où il n'existe – dans l'acception strictement positiviste défendue par Triepel – aucune volonté supérieure à la volonté des Etats qui pourrait conférer un effet externe à leurs manifestations de volonté.

<sup>2180</sup> *Ibid.*, p. 59. Par exemple, l'accord entre les deux chambres du Parlement sur le contenu d'une loi est une *Vereinbarung*. La promulgation de la loi par l'exécutif est un *Gesamtakt*.

En premier lieu, Duguit prend acte du changement du fondement de la validité juridique de l'acte de volonté. Dans sa critique du droit subjectif et du principe de l'autonomie de la volonté, Duguit désavoue le constat erroné selon lequel la volonté serait susceptible de créer un effet de droit par sa seule force, au motif que l'acte de volonté serait l'expression d'un droit que l'individu tiendrait de sa seule nature d'être humain. La source de la volonté ne peut jamais être la condition de sa validité juridique. Pour le Doyen de Bordeaux, la volonté individuelle ne peut déployer un effet de droit qu'en fonction du *but* vers lequel elle tend. Seule la conformité du but poursuivi par un acte de volonté au droit objectif – censé refléter l'état de la solidarité sociale – est en mesure de déclencher un effet de droit. En second lieu, cette reconsidération de la cause effective de l'effet de droit doit être considérée comme une conséquence directe du recentrage opéré par Duguit quant à l'objet prioritaire du droit privé. Ainsi le Doyen de Bordeaux estime que les normes de droit privé ne sont pas agencées dans le but de protéger le libre déploiement de la volonté individuelle, mais dans l'optique de favoriser la solidarité et l'harmonie au sein de la société, *raison pour laquelle* elles ne tolèrent que les actes qui ont pour finalité de la respecter. En troisième et dernier lieu, cette redéfinition de la raison d'être du droit privé exerce un impact direct sur la conception de la situation juridique de l'individu. Ce dernier n'est plus tant considéré par Duguit comme le simple porteur de libertés individuelles, telles le droit de propriété ou la liberté contractuelle. Il lui est désormais assigné une *fonction sociale* qui implique une série de prérogatives et de d'obligations dont les contours sont dessinés par les besoins du corps social. Les considérations du Doyen de Bordeaux sur le droit de propriété, la question de l'abus de droit et la responsabilité civile témoignent de cette mutation.

En élaborant une théorie très stimulante de l'acte juridique, Duguit parvient à préciser les modalités de l'agir juridique des individus en établissant une typologie précise des situations juridiques susceptibles de naître suite à une manifestation de volonté conforme au droit objectif. En privilégiant la distinction entre actes objectifs et actes subjectifs, Duguit nie la séparation traditionnelle entre actes unilatéraux et actes pluri-latéraux qui ne répond plus à la réalité du commerce juridique et qui, par ailleurs, demeure trop tributaire de la distinction entre droit privé et droit public<sup>2181</sup>. L'apport de Duguit à l'étude de l'acte juridique en droit privé réside, selon nous, dans la disqualification de la catégorie « individualiste » du contrat et dans la recherche de catégories nouvelles capables de mieux refléter les transformations des rapports sociaux.

---

<sup>2181</sup> Nous nous intéresserons plus bas à ce point. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.3.4.



## 3<sup>e</sup> Partie : La règle de droit et la volonté de l'Etat

### Introduction

Dans le système de Duguit, la question de la volonté de l'Etat ne peut qu'apparaître *tardivement*, pour cette simple raison que le droit précède l'Etat au lieu d'en découler. Il fallait donc concevoir la règle de droit avant de qualifier juridiquement l'Etat<sup>2182</sup>. De même, il était nécessaire de passer par une analyse du rapport entre la règle de droit et la volonté individuelle avant de s'intéresser à la volonté des gouvernants. En effet, ces derniers ne sont – pour Duguit qui ne croit pas à l'hypothèse de la personnalité juridique de l'Etat – que des *individus soumis comme les autres à la règle de droit*. Dès lors, les considérations de Duguit sur la volonté de l'Etat peuvent apparaître comme une *transposition* de ses analyses sur la règle de droit et la volonté individuelle. Il ne s'agit pas ici d'une lecture chronologique des écrits de Duguit – celui-ci s'étant intéressé au droit public avant de se tourner vers le droit privé – mais d'une reconstruction de la logique interne de son système. Si les gouvernants sont réellement des individus comme les autres, alors les principes juridiques qui s'appliquent à la volonté individuelle doivent également prouver leur validité à l'égard de la volonté des gouvernants. C'est là l'hypothèse heuristique fondamentale de Duguit dont il convient désormais d'éprouver la fécondité en examinant la symétrie existant dans les rapports entre, d'une part, la règle de droit et la volonté individuelle et, d'autre part, les relations entre la règle de droit et la volonté de l'Etat.

L'examen des rapports entre le droit objectif et la volonté individuelle se retrouvera, à bien des égards, selon un schème identique dans l'examen que Duguit proposera de la volonté des gouvernants. Un même antisubjectivisme est à l'œuvre dans l'étude du fondement de la validité juridique de l'acte de volonté. Dans sa critique générale du droit subjectif ou dans sa négation du principe de l'autonomie de la volonté, le juriste français conteste que l'on puisse tirer la validité juridique de la source de l'acte de volonté. Une critique symétrique sera à l'œuvre dans ses considérations sur la volonté de

---

<sup>2182</sup> Duguit (2003), p. 227-228.

l'Etat. Nous savons déjà que le Doyen de Bordeaux désavoue tous les discours tentant de légitimer la puissance publique par son origine<sup>2183</sup>. Duguit opposera à ces doctrines sa conception du droit et de l'Etat où la volonté de l'Etat n'est pas capable d'obliger autrui en vertu de l'origine de son pouvoir, mais uniquement par le fait qu'elle respecte par son but les prescriptions du droit objectif. Duguit constatera également que les normes de droit public n'ont pas pour objet prioritaire de permettre le déploiement de la puissance souveraine de l'Etat, mais qu'elles aménagent l'ensemble des pouvoirs et des obligations permettant aux gouvernants d'œuvrer à la réalisation de la solidarité sociale. Pas plus qu'il n'y a de droit subjectif de l'individu, il n'y aura de puissance publique conçue sur ce modèle. Les gouvernants sont tenus d'assumer une fonction sociale dont les limites seront précisées lorsque Duguit formulera sa célèbre théorie du service public.

Nous retrouverons également un parallèle frappant entre la conception duguiste de l'acte juridique et sa théorie des fonctions juridiques de l'Etat. La typologie ternaire distinguant acte-règle, acte-condition et acte subjectif sera réactivée par Duguit dans son étude des actes étatiques. Dans la mesure où la volonté d'un gouvernant n'est rien d'autre qu'une volonté individuelle, il apparaît logique qu'elle ne soit pas capable d'engendrer des types inédits de situation juridique. Ainsi la définition duguitienne de la loi couvrira l'ensemble des actes-règles émanant de la volonté gouvernante, tandis que l'acte administratif se déclinera entre actes-conditions et actes subjectifs de l'Etat. L'originalité de Duguit dans l'étude de l'acte juridique en droit public tiendra tout d'abord dans son analyse fine du rôle de la volonté dans les différents actes étatiques, en particulier à travers la distinction qu'il opère entre loi normative et loi constructive. Nous constaterons ensuite chez Duguit une attention soutenue envers les mécanismes institutionnels aptes à maintenir la volonté de l'Etat en conformité au droit objectif.

## I. Les buts de l'Etat

### 1. De la puissance publique aux devoirs objectifs des gouvernants

La déconstruction de la notion de personnalité juridique de l'Etat a permis à Duguit de dévaloriser considérablement la position des gouvernants. Ces derniers ne sont jamais, aux termes de la doctrine duguiste, les organes d'une entité supérieure, personnalisation de la collectivité nationale. Ils ne sont que des individus comme les autres, à cette différence près qu'ils disposent d'une plus grande force<sup>2184</sup>. Cependant, la force ne confère pas un caractère juridique à la volonté gouvernante, sans quoi l'on risquerait de tomber dans le plus pur arbitraire. En ce qu'ils sont des individus qui « *font partie*

---

<sup>2183</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.

<sup>2184</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 1.

de la société, qui sont pris comme tous les individus dans les liens de la solidarité sociale »<sup>2185</sup>, les gouvernants – qu'il s'agisse d'un monarque de droit divin ou d'une majorité électorale<sup>2186</sup> – ne peuvent déployer une volonté juridique que si celle-ci respecte, par son objet et par son but, les impératifs du droit objectif. En cela, les principes juridiques qui limitent et guident l'activité des gouvernants sont similaires à ceux qui régissent l'action des particuliers. Ainsi, les devoirs et les pouvoirs des gouvernants sont plus nombreux et étendus simplement par le fait que la plus grande force à leur disposition les investit d'une aptitude supérieure à la réalisation du droit objectif<sup>2187</sup>. L'indistinction partielle entre droit privé et droit public trouve ici sa source.

Le droit objectif impose aux gouvernants comme aux gouvernés une série de devoirs et de pouvoirs objectifs. En premier lieu, les gouvernants ont un devoir *négatif* qui leur commande de ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous sa double forme<sup>2188</sup>. Il est interdit à l'Etat, en premier lieu, d'entreprendre quelque action qui entrave – « pour une classe, une minorité ou même un seul homme »<sup>2189</sup> – la satisfaction d'un besoin commun à tous les hommes, fondement de la solidarité par similitudes chez Duguit<sup>2190</sup>. En second lieu, les gouvernants ne doivent pas empêcher le libre développement de l'activité individuelle, ferment de la solidarité par division du travail<sup>2191</sup>. Pour l'essentiel, Duguit admet volontiers que sa doctrine aboutit aux mêmes conséquences que la philosophie individualiste héritée de 1789 en ce qui concerne les obligations négatives de l'Etat<sup>2192</sup>. Il estime en conséquence que les différentes libertés négatives que l'on peut déduire de la Déclaration de 1789 (liberté de mouvement, liberté économique, liberté d'opinion, liberté religieuse, etc.) doivent être respectées par l'Etat<sup>2193</sup>. Sa critique porte sur les fondements. Selon Duguit, si l'Etat doit respecter les différentes libertés individuelles, ce n'est pas en raison des droits subjectifs que l'individu tirerait de sa simple qualité d'homme, mais en vertu des nécessités du corps social. Le paradigme du droit naturel moderne est dès lors totalement inversé par Duguit. Dans sa doctrine, le collectif est la mesure de l'individuel, en ceci que la valeur de la personne humaine et de son activité n'est pas un donné *a priori* mais qu'elle

<sup>2185</sup> Duguit (2003), p. 261.

<sup>2186</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>2187</sup> Duguit (2003), p. 306.

<sup>2188</sup> *Ibid.*

<sup>2189</sup> *Ibid.*

<sup>2190</sup> *Ibid.*, p. 262-263. On se permet de rappeler incidemment que la conception de la solidarité par similitudes défendue par Duguit n'est pas la même que Durkheim. Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.1.

<sup>2191</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>2192</sup> Duguit (1923), p. 213.

<sup>2193</sup> Cf. *Ibid.*, p. 216 s.

s'établit uniquement en fonction du rôle qu'elle joue dans la solidarité sociale<sup>2194</sup>. Dès lors que la solidarité par division du travail apparaît comme le facteur de pérennité des sociétés modernes, le développement de l'individualité acquiert une dimension capitale, raison pour laquelle les gouvernants ne sauraient entraver la liberté de l'individu sans faillir à leur mission de soutien à la solidarité sociale<sup>2195</sup>. On ne devra dès lors pas s'étonner de lire sous la plume du Doyen de Bordeaux une défense convaincue du caractère juridiquement contraignant de la Déclaration de 1789<sup>2196</sup>.

L'aspect négatif des devoirs de l'Etat se double, chez Duguit, d'un versant positif. Le juriste français est l'un des plus fervents partisans de la notion d'obligation positive de l'Etat qu'il juge aussi rigoureusement nécessaire que l'idée de devoirs négatifs<sup>2197</sup>. Le juriste français estime que les gouvernants ont également l'obligation de coopérer au renforcement des deux types de solidarité précités. Ce devoir pèse, par ailleurs, d'une manière plus accrue sur les gouvernants que sur les particuliers car la force matérielle dont disposent les premiers leur octroie une aptitude propre à son accomplissement<sup>2198</sup>. Ainsi, il importe que la contrainte soit mise en action, si nécessaire, lorsqu'il s'agit d'assurer à tous les membres de la société la satisfaction des besoins communs à tous<sup>2199</sup>. En quelques phrases, Duguit confère un crédit scientifique au programme d'action sociale prôné par les solidaristes et d'autres forces politiques républicaines<sup>2200</sup>. De même, le juriste français estime qu'il revient aux gouvernants de mobiliser la force socialement organisée pour protéger le libre développement de l'activité de chacun. Les gouvernants doivent se tenir prêts à employer la contrainte matérielle pour assurer l'effectivité de tout acte de volonté individuelle réalisé dans un but conforme à la solidarité par similitudes et par division du travail<sup>2201</sup>.

Dans ce cadre, l'utilisation de la contrainte apparaît comme un devoir aux contours délimités par le droit objectif et non comme un droit subjectif dérivé déduit de l'idée de puissance publique. Là est toute la mesure du *pouvoir juridique objectif* des gouvernants. Leurs prérogatives ne leur servent qu'à l'accomplissement de leur devoir social<sup>2202</sup>. Ils peuvent accomplir tout acte de volonté accompagné, le cas échéant, de la

---

<sup>2194</sup> Cf. Bonnard (1932), p. 15. Il revient à Dieter Grimm d'avoir souligné avec insistance les lectures hostiles à la liberté individuelle qu'il est possible de tirer des fondements de la théorie duguitienne du droit. Cf. Grimm (1973), p. 64 s.

<sup>2195</sup> Duguit (1923), p. 213-214.

<sup>2196</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.2, 2).

<sup>2197</sup> Duguit (2003), p. 265.

<sup>2198</sup> *Ibid.*

<sup>2199</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>2200</sup> Sur les solidaristes, cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1.

<sup>2201</sup> Duguit (2003), p. 264.

<sup>2202</sup> Duguit aimait citer la phrase d'Auguste Comte selon laquelle l'homme en société n'a qu'un unique droit, celui de faire son devoir. Il trouvait que cette maxime s'appliquait particulièrement bien à la situation des gouvernants. Cf. Duguit (1922a), p. III.

contrainte dès lors qu'ils ont pour but d'œuvrer dans le sens de la solidarité<sup>2203</sup>. En somme, la volonté des gouvernants est juridiquement égale à celle des particuliers à qui il est également loisible de vouloir juridiquement tout acte déterminé par un but conforme à la solidarité sociale<sup>2204</sup>. Le pouvoir objectif des gouvernants n'est donc pas un droit qui leur est particulier, un hypothétique droit subjectif de commandement ; leur volonté est soumise aux mêmes exigences et aux mêmes limites que toute volonté individuelle<sup>2205</sup>.

Duguit décrit longuement toutes les conséquences que sa conception de la situation des gouvernants ne peut manquer de déployer dans la théorie générale de l'Etat. Le Doyen de Bordeaux procède en opposant sa doctrine à la vision de l'Etat qui se dégage de la Déclaration de 1789. Attitude peu surprenante quand on connaît la valeur polémique de ce texte fondateur de la République française dans l'œuvre de Duguit et, plus largement, dans le contexte intellectuel de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. La démarche du juriste français n'est cependant pas empreinte d'une négativité exclusive. Avec un peu d'audace, nous dirions que Duguit fait de la dialectique sans le savoir. Sa critique de la Déclaration de 1789 vise à conserver ce qui a de juste dans le texte révolutionnaire tout en dépassant – comme dans la *Aufhebung* hégélienne<sup>2206</sup> – ses insuffisances par l'élaboration d'un nouveau fondement des rapports entre droit et Etat. En effet, Duguit admet que « *l'Assemblée nationale de 1789 gardera l'éternel honneur d'avoir solennellement affirmé pour la première fois la limitation par le droit d'un pouvoir politique déjà établi* »<sup>2207</sup>. La faiblesse de l'œuvre révolutionnaire résiderait dans le fondement et la portée de cette limitation. Les hommes de 1789 auraient estimé, à tort, que le seul devoir des gouvernants serait un devoir négatif consistant à s'abstenir de toute atteinte à certains droits naturels et immuables de l'individu. Or la théorie de la solidarité – que Duguit entend substituer au jusnaturalisme du XVIII<sup>e</sup> siècle – enseigne que les devoirs de l'Etat varient au gré des évolutions sociales et que l'Etat a, sur ce fondement, également des obligations positives d'action<sup>2208</sup>.

Dans *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit dresse un panorama exhaustif des devoirs négatifs et positifs des gouvernants propres à assurer la satisfaction de la solidarité par similitudes et par division du travail<sup>2209</sup>. Renonçant à une énumération

<sup>2203</sup> Duguit (2003), p. 267.

<sup>2204</sup> Ibid.

<sup>2205</sup> Ibid., p. 269 : « *Cette volonté [la volonté des gouvernants] est et reste individuelle ; elle ne peut être qu'individuelle ; la volonté d'un roi, d'un empereur, des députés, des membres d'une majorité, n'a pas plus de valeur que la volonté du dernier des sujets. L'une et l'autre s'imposent quand elles sont conformes au droit, et seulement quand elles sont conformes au droit* ».

<sup>2206</sup> Cela étant, Duguit n'avait qu'une connaissance superficielle de la philosophie hégélienne, acquise essentiellement grâce à de littérature secondaire. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 3).

<sup>2207</sup> Duguit (2003), p. 273.

<sup>2208</sup> Ibid., p. 274.

<sup>2209</sup> Ibid., p. 272-302.

fastidieuse, nous mettrons l'accent sur certaines obligations que Duguit déduit de sa conception de la solidarité sociale. Notre choix s'est porté sur certains devoirs de l'Etat consacrés par différentes lois contemporaines de l'œuvre de Duguit et dont l'adoption fut soit une brisure d'un certain paradigme républicain soit le germe d'un âpre débat politique. Lorsque Duguit rédige *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, la loi de 1884 sur les syndicats est déjà en vigueur mais pas encore celle de 1901 consacrant la liberté d'association ; les associations de plus de vingt membres demeurent pénalement prohibées<sup>2210</sup>. Le juriste français le déplore car le fait associatif lui semble être l'une des manifestations les plus vives de la solidarité où se joue « *l'avenir social et politique* » de la France<sup>2211</sup>. Il estime que la défiance instaurée par la loi le Chapelier vis-à-vis des groupes corporatifs<sup>2212</sup> a fait son temps et doit céder devant la pression des faits. Il juge, en effet, que l'association est un besoin ressenti par tout homme qui favorise le développement de son individualité. Tant la solidarité par similitudes que la solidarité par division du travail placent la liberté d'association dans les principes que les gouvernants ne peuvent entraver<sup>2213</sup>. Ce premier exemple illustre le fait que Duguit s'est plusieurs fois autorisé une immixtion dans le débat politique de son temps<sup>2214</sup>.

La question des obligations positives de l'Etat occupe une place conséquente dans le premier ouvrage d'envergure de Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Les devoirs positifs que le juriste français déduit des deux formes de solidarité entrent dans une consonance harmonieuse avec le programme d'action sociale prôné par les solidaristes et partiellement réalisé par le camp républicain dans les premières décennies de la III<sup>e</sup> République. Surtout, la série des devoirs positifs des gouvernants ratifiés par Duguit peut être perçue comme le miroir inversé des thèses libérales sur le rôle de l'Etat. Il suffit de procéder à une lecture comparée des thèses de Duguit en la matière et d'un ouvrage marquant d'un important auteur de l'école libérale d'alors : *L'Etat moderne et ses fonctions* de Paul Leroy-Beaulieu (1843-1916). La troisième édition de cet essai paraît en 1900, une année avant le premier livre de Duguit<sup>2215</sup>. Dans la tradition du libéralisme de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle héritée de Spencer, Leroy-Beaulieu fustige l'action positive des gouvernants dans des domaines aussi variés que l'assistance aux plus faibles, l'enseignement obligatoire, la législation en matière fiscale et de rapports

---

<sup>2210</sup> Duguit (2003), p. 286.

<sup>2211</sup> Ibid., p. 286-287.

<sup>2212</sup> Directement inspirée du *Contrat social* de Rousseau, cette loi de 1791 prohibait les corporations de métier au motif qu'aucun intérêt corporatif ne saurait éloigner le citoyen de l'intérêt de la nation toute entière.

<sup>2213</sup> Duguit (2003), p. 285-287.

<sup>2214</sup> Duguit a effectivement mené une petite « carrière » politique. Cf. Blanquer/Millet (2015), p. 205 s ; Sur la participation de Duguit aux débats politiques de son temps, on trouvera des réflexions intéressantes chez Sacriste (2011), p. 442-451.

<sup>2215</sup> Paul Leroy-Beaulieu, *L'Etat moderne et ses fonctions*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Guillaumin, 1900.

de travail. Autant de domaines où Duguit estime qu'une action régulatrice de l'Etat est indispensable.

A titre liminaire, Duguit précise que le respect de la solidarité par similitudes implique que l'Etat use de la force matérielle à sa disposition pour assurer à tous les moyens d'obtenir la satisfaction des besoins communs<sup>2216</sup>. Le Doyen de Bordeaux préconise, à ce titre, la reconnaissance du droit au travail qui provoquait l'ire des libéraux depuis les débats houleux que cette proposition avait soulevés en 1848<sup>2217</sup>. La situation des malades incurables et des infirmes commande la reconnaissance d'un véritable devoir d'assistance de l'Etat. Dans son ouvrage, Leroy-Beaulieu estime que l'assistance publique est l'un des domaines où l'Etat moderne – bercé par des « illusions généreuses » – aurait une propension dangereuse à intervenir tous azimuts<sup>2218</sup>. Estimant que la pauvreté est un fait propre à tous les modes de production qui tient plus de la nature, de l'héritage ou des vices individuels que des circonstances sociales<sup>2219</sup>, Leroy-Beaulieu juge aussi nuisible qu'inutile l'action de l'Etat. Selon lui, elle éteint le sentiment de la prévoyance et de la responsabilité personnelle ; l'assistance publique ne pourrait ainsi qu'encourager l'indolence et la fainéantise<sup>2220</sup>. Ces arguments, bien en phase avec le libéralisme imprégné de darwinisme social de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, sont rejetés en bloc par Duguit. Il n'y voit là qu'une « doctrine barbare et anti-juridique »<sup>2221</sup>. Il convient ici de rappeler que le Doyen de Bordeaux juge que la diminution des souffrances est le facteur premier de la solidarité par similitudes<sup>2222</sup>. En conséquence, il lui apparaît hors de doute que l'Etat a un devoir d'assister les indigents<sup>2223</sup>.

Duguit estime que le développement de l'individualité – sans lequel la solidarité par division du travail est impossible – requiert un certain degré de culture<sup>2224</sup>. A cet égard, la prise en charge de l'enseignement par l'Etat lui apparaît comme une nécessité impérieuse car « c'est une obligation étroite pour l'Etat de faire naître dans toute conscience individuelle la claire notion de la solidarité sociale »<sup>2225</sup>. Pour cette raison, Duguit affirme que l'Etat doit rendre l'enseignement obligatoire bien que les écoles confessionnelles doivent continuer à être tolérées<sup>2226</sup>. Sur ce point, Duguit s'inscrit parfaitement dans le programme des républicains modérés dessiné par les lois adop-

---

<sup>2216</sup> Duguit (2003), p. 291.

<sup>2217</sup> Ibid.

<sup>2218</sup> Leroy-Beaulieu (1900), p. 290-291.

<sup>2219</sup> Ibid., p. 297-303.

<sup>2220</sup> Ibid., p. 304.

<sup>2221</sup> Duguit (2003), p. 292.

<sup>2222</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.1.

<sup>2223</sup> Duguit (2003), p. 292.

<sup>2224</sup> Ibid., p. 294.

<sup>2225</sup> Ibid.

<sup>2226</sup> Ibid., p. 295.

tées sous l'impulsion de Jules Ferry en 1881-1882<sup>2227</sup>. Dans *L'Etat moderne et ses fonctions*, Leroy-Beaulieu confesse un sentiment inverse. C'est en matière d'instruction publique que l'Etat se rendrait principalement coupable « *d'un engouement, d'un fanatisme empreints d'illusions naïves* »<sup>2228</sup>. L'économiste français remet notamment en doute les vertus civilisatrices de l'instruction, affirmées par Duguit et les solidaristes<sup>2229</sup>. Il accable l'instruction publique de multiples reproches arguant que l'Etat, organisme bureaucratique qui répugne à la variété et à la souplesse, ne peut délivrer qu'un enseignement d'une médiocre uniformité<sup>2230</sup>.

L'intervention de l'Etat dans les rapports de travail est défendue sans réserve par Duguit. Cette question, d'une actualité brûlante à son époque, engage également certaines des conceptions juridiques les plus fondamentales du juriste bordelais. En effet, nous avons eu l'occasion d'étudier toute l'hostilité de Duguit envers la doctrine de l'autonomie de la volonté en droit privé<sup>2231</sup>. Tout acte de volonté individuelle – fût-il exprimé en la forme contractuelle<sup>2232</sup> – est dénué de valeur juridique lorsqu'il est contraire au droit objectif, à la solidarité sociale<sup>2233</sup>. Or l'acte par lequel un employeur tente d'imposer à un ouvrier un labeur qui l'épuise, compromet son développement physique et intellectuel et qui ne lui permet de subvenir à ses besoins élémentaires est *par excellence* un acte contraire à la solidarité, qu'elle soit par similitudes ou par division du travail<sup>2234</sup>. Loin de compromettre la liberté contractuelle, l'Etat répond à son devoir juridique lorsqu'il intervient pour fixer un salaire minimum ou limiter la durée de la journée de travail<sup>2235</sup>. Duguit n'avait ainsi rien d'un factieux. Le travail de réforme sociale que le juriste français élève à la dignité d'un devoir juridique des gouvernants est aux antipodes du « *collectivisme* » prôné par les socialistes et les syndicalistes révolutionnaires de son temps<sup>2236</sup>. Selon le Doyen de Bordeaux, l'harmonie sociale réside dans l'équilibre des relations entre les différents groupes sociaux. Ainsi

---

<sup>2227</sup> Dans l'ouvrage de 1901, Duguit se prononce également sur la délicate question de la séparation de l'Eglise et de l'Etat dont le sort sera scellé par la loi de 1905. Il avance avec prudence, constatant dans un premier temps que le sentiment religieux régresse de sorte qu'il ne revient pas à un « *Etat moderne* » d'employer les contributions publiques aux dépenses d'un quelconque culte. Il concède cependant qu'un régime de séparation de l'Eglise et de l'Etat « *serait peut-être, à l'heure actuelle [en 1901], prématuré* ». Cf. *Ibid.*, p. 296.

<sup>2228</sup> Leroy-Beaulieu (1900), p. 261.

<sup>2229</sup> *Ibid.*, p. 262-264.

<sup>2230</sup> *Ibid.*, p. 272-273.

<sup>2231</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>2232</sup> Et nous savons que Duguit doutait fort que l'on puisse qualifier un contrat inégalitaire comme le contrat de travail de véritable contrat. Cf. Duguit (2003), p. 298 ; cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.2.

<sup>2233</sup> Duguit (2003), p. 297.

<sup>2234</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>2235</sup> *Ibid.*

<sup>2236</sup> Sur le rapport du Duguit au syndicalisme révolutionnaire, cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.6.

recommande-t-il une certaine modération à la classe ouvrière ; celle-ci ne gagnerait pas à exiger une diminution du temps de travail ou un salaire trop élevés, faute de quoi elle ressentirait vite « *le contrecoup de toute atteinte profonde aux intérêts des employeurs capitalistes* »<sup>2237</sup>. Cela posé, le réformisme modéré de Duguit est déjà assez puissant pour entrer en contradiction directe avec les vues de Leroy-Beaulieu sur le rôle social de l'Etat. L'économiste libéral déplore la tendance de l'Etat à s'immiscer dans les rapports contractuels au prétexte d'une protection des plus faibles. L'extrême labilité de ce critère aboutirait à une tutelle presque universelle de l'Etat sur les individus, supprimant, de fait, toute liberté contractuelle<sup>2238</sup>. Il nie l'inégalité de condition – qui avait amené Duguit à contester le caractère contractuel du contrat de travail – qui déséquilibrerait la négociation du contrat de travail entre l'employeur et l'ouvrier<sup>2239</sup>. Il avance que les progrès de l'instruction et de la syndicalisation élève l'ouvrier au niveau du patron. De plus, Leroy-Beaulieu dénonce la diabolisation de la grande industrie par les socialistes, alors que le machinisme représente, à ses yeux, un progrès social indéniable<sup>2240</sup>. La réglementation du travail par l'Etat lui semble superflue et excessive à bien des égards<sup>2241</sup>. Pire, la limitation de la journée de travail s'apparente à une grave atteinte à la liberté individuelle des ouvriers, à une expropriation sans indemnité de ceux-ci, privés d'un complément de revenu<sup>2242</sup>.

A ce stade, la conception du pouvoir de l'Etat apparaît, chez Duguit, dans son aspect purement matériel. Le Doyen de Bordeaux nous enseigne les buts que doit poursuivre l'Etat, sans encore nous indiquer les types d'actes juridiques dont l'Etat fait usage pour réaliser ses buts. Une telle démarche est conforme à la conception générale du droit de Duguit, chez qui la valeur juridique d'un acte est indissociable du but recherché. De plus, la recherche des buts de l'Etat ne dénote pas totalement au regard des autres théories de l'Etat qui s'échafaudent dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2243</sup>. Des auteurs comme Laband ou Carré de Malberg étaient certes les tenants d'une approche résolument formelle. Leur théorie de l'Etat est centrée sur la description de l'organisation de l'Etat et fait l'économie de toute recherche des buts matériels que l'Etat doit pour-

<sup>2237</sup> Duguit (2003), p. 299.

<sup>2238</sup> Leroy-Beaulieu (1900), p. 320 : « *Cette conception des devoirs de l'Etat à l'endroit des faibles tendrait à faire de l'Etat le tuteur à peu près universel. Presque aucun contrat ne devrait être considéré comme un contrat libre ; car il est bien rare que, dans un contrat quelconque, il n'y ait pas, parmi les parties intervenantes, l'une qui l'emporte en indépendance de situation, en expérience, en acuité d'esprit sur les autres* ».

<sup>2239</sup> Ibid., p. 352.

<sup>2240</sup> Ibid., p. 329 s.

<sup>2241</sup> Il n'admet que l'interdiction du travail des enfants, tout en précisant qu'il faut se garder de légiférer trop strictement en ce domaine pour ne pas éveiller des « *habitudes de paresse* » chez l'enfant ! Cf. Ibid., p. 346-347.

<sup>2242</sup> Ibid., p. 351.

<sup>2243</sup> Sur le renouvellement des « *doctrines téléologiques* » dans la théorie du droit et de l'Etat entre la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle, cf. Redor (1992), p. 75 s.

suivre<sup>2244</sup>. L'examen des buts de l'Etat engage nécessairement des considérations historiques et politiques que leur strict positivisme ne pouvait tolérer<sup>2245</sup>. Duguit n'était cependant pas isolé dans sa quête d'une définition matérielle de l'Etat. Carl Friedrich von Gerber déjà, dans ses *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, précisait que la volonté de l'Etat n'avait de valeur juridique que déployée en faveur d'un but de l'Etat<sup>2246</sup>. Le traité fondateur de Gerber dressait une liste matérielle des devoirs et des pouvoirs de l'Etat<sup>2247</sup>, ainsi qu'une énumération des limites que la puissance d'Etat ne saurait franchir<sup>2248</sup>. Il revient tout particulièrement à Jellinek d'avoir réhabilité la doctrine des buts de l'Etat. C'est dans son maître ouvrage, *L'Etat moderne et son droit*, que le publiciste allemand soutient que l'Etat est une unité téléologique<sup>2249</sup>. Le phénomène étatique résulte d'une série d'actions humaines dont on ne peut faire la synthèse qu'à raison du but commun poursuivi. Sans finalité, l'Etat serait réduit « à une force naturelle aveugle, ce serait enlever à l'Etat toute unité et toute continuité, choses que seule une pensée confuse ou l'absence de toute pensée peuvent faire. Toute loi, tout arrêté, toute nomination, tout traité entre les Etats doit avoir un but et, qui plus est, doivent avoir, conformément à la conscience de ceux qui les font ou les concluent, un but raisonnable ; sans cela l'Etat serait une grande maison d'aliénés »<sup>2250</sup>. En conséquence, Jellinek estime que la connaissance des buts supérieurs de l'Etat constitue l'étape essentielle vers une science complète de l'Etat. En ce sens, une définition purement formelle de l'Etat ne pourrait permettre de le distinguer d'autres institutions ayant la prétention de lui être égales ou même supérieures<sup>2251</sup>. La découverte des buts suprêmes de l'Etat requiert un travail empirique qui ne peut porter que sur un Etat particulier et une époque déterminée. En effet, la conception des buts de l'Etat varie selon les

---

<sup>2244</sup> Selon Laband, le but auquel tend une institution de droit est étranger à la notion de cette institution. C'est dans la nature de son organisation que réside la juste définition de l'organisation. Cf. Laband (1900), p. 117-118. Carré de Malberg est du même avis. Il estime que l'Etat ne peut pas se définir par les buts qu'il poursuit mais uniquement par sa structure, c'est-à-dire l'organisation corporative qui réalise son unité. Cf. Carré de Malberg (1920), p. 31. Sur cette question, cf. également Maulin (2003), p. 21-22.

<sup>2245</sup> Cf. Carré de Malberg (1920), p. 262 : « la question des tâches étatiques n'est point une question juridique, mais un problème qui relève de la science politique : sur le terrain juridique, le seul point à observer en cette matière, c'est qu'en raison de son pouvoir de domination, l'Etat est maître de se déterminer à lui-même et d'élargir à son gré le cercle de sa compétence ».

<sup>2246</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.

<sup>2247</sup> Gerber (1998), p. 65-69 ; Les tâches que Gerber assigne à l'Etat sont, entre autres, le maintien de l'ordre juridique, la prise en charge de la sécurité ainsi que du développement social, économique et culturel du peuple, l'utilisation des finances publiques dans un « but de l'Etat », et l'entretien de relations avec les autres Etats et avec l'Eglise.

<sup>2248</sup> Il s'agit essentiellement d'une liste de libertés civiles. Cf. Gerber (1998), p. 31 s.

<sup>2249</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.2.

<sup>2250</sup> Jellinek (2005), p. 366-367.

<sup>2251</sup> *Ibid.*, p. 368-369. Jellinek exemplifie cette assertion en remarquant qu'au point de vue formel, l'Etat ne se distingue nullement de l'Eglise du Moyen-Âge. La distinction entre Etats et Eglise s'opère aisément par l'analyse de leurs buts respectifs.

conceptions qu'un peuple se forme, à une certaine période de son histoire, des missions qui incombent à l'autorité politique<sup>2252</sup>. La question des buts de l'Etat relèverait ainsi bien plus d'un travail historico-politique que d'une analyse juridique ; il appartient à la théorie sociale et non à la théorie juridique de l'Etat d'œuvrer à leur découverte<sup>2253</sup>.

Cependant, la détermination des buts de l'Etat ne présente pas uniquement pas un intérêt méthodologique. Elle est également nécessaire à l'intelligence de la limitation du pouvoir de l'Etat. Les buts poursuivis par l'Etat sont les grands régulateurs de son activité politique et constituent à ce titre, la limite *matérielle* de sa puissance<sup>2254</sup>. Par opposition, la théorie juridique de l'Etat ne peut que mettre à jour un régime de limitation *formelle* du pouvoir étatique que Jellinek expose dans sa célèbre théorie de l'autolimitation de l'Etat<sup>2255</sup>. Ce problème représente, nous le savons, un point de divergence fondamental entre Duguit et Jellinek. Nous avons déjà étudié les interrelations profondes que la sociologie et la science du droit nouent dans l'œuvre du juriste français<sup>2256</sup>. Selon lui, il n'y a pas lieu de séparer l'analyse sociologique de l'Etat de l'examen juridique de celui-ci. Bien au contraire, c'est uniquement par l'analyse sociologique que Duguit estime que l'on peut parvenir à la juste conception des pouvoirs et des devoirs *juridiques* de l'Etat. En effet, la juridicité d'une norme est acquise dès lors que la « *masse des consciences individuelles* » acquiert le sentiment qu'un comportement donné doit obligatoirement être prohibé ou, au contraire, observé. Il est, par conséquent, nécessaire d'étudier les conceptions de l'Etat et de son pouvoir qui dominent un peuple pour prendre la mesure des obligations juridiques des gouvernants.

## 2. L'avènement de la notion de service public

### 2.1 *L'argument historico-politique : le service public comme source de légitimité de l'Etat*

Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit énonce une liste de devoirs s'imposant aux gouvernants, sans pourtant parvenir à les subsumer sous un concept unitaire qui aurait valeur de principe général du droit public. A notre connaissance, Duguit définit pour la première fois la notion qui doit donner toute sa signification à sa théorie de l'Etat dans un article paru à la *Revue du droit public* en 1907<sup>2257</sup>. Il y annonce que la notion de service public est désormais installée au fondement même du

<sup>2252</sup> Ibid., p. 373. Cette assertion n'empêche pas que la théorie de l'Etat de Jellinek ait une vocation générale et que les buts qu'il assigne à l'Etat ne font pas référence à la situation d'un Etat particulier. Cf. Ibid., p. 389-412.

<sup>2253</sup> Ibid., p. 371 n. 1.

<sup>2254</sup> Ibid. p. 373.

<sup>2255</sup> Ibid., Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.6.

<sup>2256</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II.

droit administratif moderne<sup>2258</sup>. Duguit présente cette notion abstraite comme la synthèse de faits révélant la véritable nature de l'Etat. En conséquence, le service public est un concept que Duguit réactive par la suite dans la plupart de ses publications importantes. Le Doyen de Bordeaux construit la notion de service public en l'amenant à jouer plusieurs rôles théoriques différents : elle est présentée comme l'aboutissement de l'évolution de l'Etat (argument historique), comme un principe de légitimité politique (argument politique) et comme l'expression de la limite juridique du pouvoir des gouvernants (argument juridique).

En 1913, Duguit publie un essai intitulé *Les transformations du droit public*<sup>2259</sup> qui s'ouvre par une introduction historique consacrée à l'évolution de la conception du pouvoir de l'Etat. Le Doyen de Bordeaux démontre, à titre liminaire, que la notion de puissance publique dérive de l'*imperium* romain qui s'est peu à peu confondu avec le droit de propriété pour justifier le pouvoir absolu des souverains des Etats patrimoniaux<sup>2260</sup>. C'est sur le modèle du *dominium* individuel que la puissance publique s'est érigée en droit subjectif entendu comme puissance de la volonté de s'imposer à toute autre volonté<sup>2261</sup>. Le parallèle tracé entre le droit de propriété et la puissance publique est fort utile à Duguit car il lui permet de justifier son travail de remise en cause de certaines notions fondamentales du droit public *et* du droit privé. Un an avant de publier *Les transformations du droit public*, Duguit avait publié un essai consacré aux transformations du droit privé où il constatait la ruine de l'individualisme juridique. Il entendait notamment dévaloriser le droit de propriété en rappelant que le propriétaire reste avant tout un « fonctionnaire » de la société dont les prérogatives sont encadrées par une stricte discipline sociale<sup>2262</sup>. Dans *Les transformations du droit public*, le juriste français entreprend une critique symétrique de la puissance publique. Les détenteurs de l'autorité politique apparaissent à l'image des détenteurs du pouvoir économique, les propriétaires, en ce qu'ils doivent conformer leurs actes aux impératifs de la solidarité sociale. Propriété et pouvoir politique doivent ainsi cesser d'être des pouvoirs de la volonté, des droits subjectifs, pour se muer en *fonction sociale* aux contours définis<sup>2263</sup>.

---

<sup>2257</sup> Léon Duguit, De la situation des particuliers à l'égard des services publics, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XXVI, 1907, p. 411-439.

<sup>2258</sup> Ibid., p. 414.

<sup>2259</sup> Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

<sup>2260</sup> Duguit (1913), p. 5 s. La question de l'Etat patrimonial a déjà été abordée précédemment. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.

<sup>2261</sup> Duguit (1913), p. 10 : « *Ainsi au XVII<sup>e</sup> siècle et au XVIII<sup>e</sup> siècle la souveraineté est le droit de commander, dont le roi est titulaire. C'est un droit qui a les mêmes caractères que le droit de propriété. Le roi en est titulaire comme de ses droits patrimoniaux. La souveraineté est une propriété ; mais elle est une propriété une et indivisible, inaliénable. Elle est absolue comme tout droit de propriété* ».

<sup>2262</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie.

<sup>2263</sup> Cf. Duguit (1911), p. 72.

Pendant longtemps, constate Duguit, les esprits ont pu penser que les services rendus par l'Etat se limitaient aux fonctions régaliennes de défense militaire, de police et de justice. Ces activités s'effectuent essentiellement par le biais d'injonctions et de défenses, ce qui a pu accréditer l'idée que l'essence de l'Etat consiste dans le commandement et la domination<sup>2264</sup>. Or les tâches de l'Etat se sont considérablement diversifiées avec le temps. Dans un esprit commun aux solidaristes, aux auteurs allemands rattachés à l'école dit du « socialisme scientifique » ou à Durkheim, Duguit juge que l'extension des activités de l'Etat est en raison directe du développement de la civilisation<sup>2265</sup>. En termes sévères, Duguit fustige les « *économistes attardés* » qui peignent une image atemporelle de l'Etat dont les activités se limiteraient aux fonctions régaliennes précitées<sup>2266</sup>. Les hommes nourrissant des besoins et développant des aptitudes de plus en plus diversifiées, il n'apparaît pas incongru que l'Etat étende ses ramifications pour bâtir le cadre de leur épanouissement<sup>2267</sup>. Par exemple, les progrès de la division du travail ont conduit à une intensification des échanges ainsi qu'à l'extension de leur espace géographique. Le passage de l'économie domestique à l'économie nationale n'a pu s'opérer qu'à la faveur du développement des voies de transports et de communication et du secteur de l'énergie ; autant de domaines où l'Etat a joué un rôle prépondérant pour assurer la satisfaction des besoins de la population<sup>2268</sup>. La gestion de ces services publics impliquant plutôt des procédés de gestion technique et de collaboration économique, leur développement a donc contribué à battre en brèche l'idée de puissance publique. En toute logique, le juriste bordelais affirme que la notion d'Etat-puissance devrait peu à peu disparaître, remplacé par le concept d'Etat-service public<sup>2269</sup>.

La survivance de la puissance publique entendue comme droit subjectif de commandement lui apparaît ainsi comme une anomalie. Dans un premier temps, elle ne se serait maintenue que pour des raisons contingentes. Les révolutionnaires de 1789, malgré la philosophie nouvelle qui les animaient, demeuraient pénétrés des « *conceptions primitives et monarchiques* »<sup>2270</sup>. Leur conception du pouvoir politique aurait ainsi conservé un schème logique identique aux conceptions des légistes des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles : le détenteur du pouvoir est une personne, un sujet de droit doté d'une souveraineté « *une, indivisible, inaliénable et imprescriptible* ». Dans cette optique,

<sup>2264</sup> Duguit (1911), p. 74-75 ; Duguit (1913), p. 30 ; Duguit (1928), p. 64-65.

<sup>2265</sup> Sur ces courants de pensée, cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1.

<sup>2266</sup> Duguit (1913), p. 48 ; Nous avons mis en relief, dans la précédente section, cette opposition en comparant les conceptions du rôle de l'Etat chez Duguit et chez l'une des plus importantes figures du libéralisme en France à cette époque, Paul Leroy-Beaulieu.

<sup>2267</sup> Duguit (1911), p. 72. Durkheim disait exactement la même chose. Cf. Durkheim (2013), p. 200.

<sup>2268</sup> Duguit (1911), p. 76 ; Duguit (1913), p. 17.

<sup>2269</sup> Duguit (1911), p. 75.

<sup>2270</sup> Duguit (1913), p. 11.

les philosophes des Lumières ainsi que les membres de l'Assemblée constituante se seraient contentés de substituer la nation au roi dans le rôle du titulaire de l'autorité politique suprême. Dans un second temps, le principe de souveraineté aurait survécu à la disparition des circonstances historiques de son émergence pour la seule raison que la souveraineté nationale serait devenue un mythe politique, objet d'une vénération irrationnelle<sup>2271</sup>. Bien que le début du XX<sup>e</sup> siècle soit l'époque d'une réflexion sur le mythe en politique<sup>2272</sup>, Duguit n'y prête qu'une attention lâche, arguant que son époque est avant tout celle de l'abandon de toute métaphysique. Avec optimisme, Duguit affirme que les hommes perdent peu à peu leur foi dans le dogme de la souveraineté nationale et qu'ils nourrissent des attentes précises quant aux tâches des gouvernants. Quantité de citations d'hommes politiques ou de juristes sont invoqués par le juriste bordelais pour démontrer que la légitimité des gouvernants n'est plus perçue dans l'origine de leur pouvoir mais dans les services qu'ils rendent aux gouvernés<sup>2273</sup>.

L'œuvre de Duguit contient une véritable théorie de la légitimité politique bien qu'elle ne soit pas exposée de façon systématique<sup>2274</sup>. Nous avons eu l'occasion de voir que Duguit estime que l'origine du pouvoir politique n'est jamais une source de légitimité valide. Les discours de légitimation du pouvoir de l'Etat bâtis sur l'idée d'une *délégation* d'une volonté supérieure – qu'elle soit divine ou nationale – ont été sévèrement remis en cause par le juriste français<sup>2275</sup>. Le pouvoir des gouvernants n'est, selon lui, légitime que par son *exercice*<sup>2276</sup>. Pour le prouver, le juriste français commence par réitérer ses affirmations selon lesquelles l'Etat n'est qu'une forme particulière de division du travail qui aboutit à séparer gouvernants et gouvernés<sup>2277</sup>. Le Doyen de Bordeaux ajoute, dans un second temps, que cette séparation n'a pu se maintenir car les gouvernants ont toujours eu une mission à accomplir en faveur des gouvernés<sup>2278</sup>. C'est un leurre que de penser que la légitimité des gouvernants puisse provenir uniquement d'une délégation divine ou démocratique, seul l'accomplissement de certaines tâches par l'autorité politique peut justifier son pouvoir aux yeux des gouver-

---

<sup>2271</sup> Ibid., p. 14-15.

<sup>2272</sup> Les écrits de Duguit sont contemporains des analyses de Georges Sorel sur le mythe de la grève générale ou des pamphlets de Charles Péguy qui donnent une grande place à la mystique en politique. Cf. Georges Sorel, *Réflexions sur la violence*, Genève/Paris, Entremonde, 2013 (1<sup>re</sup> édition : 1908) ; Charles Péguy, *Notre jeunesse*, Paris, Gallimard, 1993 (1<sup>re</sup> édition : 1910).

<sup>2273</sup> Duguit (1913), p. 34-40.

<sup>2274</sup> Dans sa thèse publiée en 1973 et consacrée à l'œuvre du Doyen de Bordeaux, Dieter Grimm avait bien aperçu ce point. Cf. Grimm (1973), p. 73 s. Il nous paraît dès lors surprenant que le même auteur affirme quarante plus tard que l'une des grandes faiblesses de la théorie de l'Etat de Duguit résiderait dans son ignorance de la question de la légitimation de la puissance publique. Cf. Grimm (2016), p. 194.

<sup>2275</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.1.

<sup>2276</sup> Cf. Duguit (2003), p. 255 et 265-266.

<sup>2277</sup> Ibid., p. 415.

<sup>2278</sup> Ibid., p. 416 ; Duguit (2003), p. 472.

nés<sup>2279</sup>. L'idée de légitimité par l'exercice indique que l'action de l'Etat est le plus souvent ratifiée *a posteriori* par les citoyens, une fois que les gouvernants sont parvenus à atteindre certains buts fixés ou à répondre à différentes revendications de la société civile. En ceci, la légitimité politique est consubstantielle à la notion d'obligation de l'Etat<sup>2280</sup>. Ce n'est que par l'accomplissement de certaines tâches définies selon l'état du lien social que les gouvernants *exercent* le pouvoir d'une façon conforme aux attentes des gouvernés, rendant leurs commandements acceptables et suscitant chez ces derniers le sentiment du caractère obligatoire des prescriptions étatiques. La notion de service public n'est que l'expression de cette liaison fondamentale : « *c'est l'obligation pour les gouvernants de remplir, au profit des gouvernés, une certaine mission, d'accomplir un certain service qui est précisément le substratum irréductible du service public, que dès à présent nous pouvons définir : la mise en œuvre de l'activité que les gouvernants doivent obligatoirement exercer dans l'intérêt des gouvernés* »<sup>2281</sup>.

Ces brèves considérations sur la légitimité du pouvoir de l'Etat constituent l'étape nécessaire qui permet d'aborder le troisième et principal rôle que Duguit assigne à la notion de service public, celui de servir de limite juridique au pouvoir de l'Etat. Les règles de droit sont, en dernière instance, des créations psychologiques de la société. Le fondement de toute norme juridique réside dans la croyance en sa légitimité nourrie par les assujettis à la norme<sup>2282</sup>. Les pouvoirs et les devoirs des gouvernants ne peuvent dès lors acquérir un caractère juridique qu'à la condition qu'ils apparaissent légitimes à la grande masse des consciences. Or seules les normes susceptibles de servir de support à un service utile fourni par l'Etat à sa population apparaîtront légitimes au regard de cette idée de légitimité par l'exercice théorisée par Léon Duguit. Ce croisement intime de la légalité et de la légitimité rend impossible toute conceptualisation juridique de l'Etat qui ferait l'économie d'une interrogation sur la justification de son pouvoir.

## 2.2 *L'argument juridique : le service public comme limite juridique du pouvoir de l'Etat*

Tous ces éléments nous permettent de comprendre pourquoi, dans la seconde édition du *Manuel de droit constitutionnel* (1911) ainsi que dans le *Traité de droit constitutionnel*, les services publics sont élevés au rang d'élément essentiel de l'Etat, Duguit allant jusqu'à affirmer qu'il s'agit du point culminant de sa théorie de l'Etat<sup>2283</sup>. La théorie des éléments de l'Etat que défend Duguit diffère de la définition tripartite éla-

<sup>2279</sup> Duguit (1913), p. 42.

<sup>2280</sup> *Ibid.*, p. 46 : « *Il existe donc une correspondance intime entre la possession de la puissance et l'obligation d'accomplir certaines activités, de rendre certains services* ».

<sup>2281</sup> Duguit (1907), p. 417.

<sup>2282</sup> Duguit (1913), p. 45. Sur les conditions de validité des règles de droit selon Duguit, cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.

<sup>2283</sup> Duguit (1911), p. 69 s.

borée par Jellinek. Selon cette acception aujourd'hui canonique, l'Etat se définit juridiquement par la réunion cumulative d'un territoire, d'une population et d'un pouvoir étatique<sup>2284</sup>. Les éléments qui se dégagent de la définition duguitienne de l'Etat sont un peu plus complexes. En premier lieu, l'Etat n'émerge que dans un groupe social donné, dont la forme paradigmatique se trouve être – au temps de Duguit – la *nation*<sup>2285</sup>. En second lieu, la différenciation entre gouvernants et gouvernés doit s'opérer au sein de ce groupe social. Il faut qu'un ou plusieurs individus parviennent à monopoliser le pouvoir de contrainte<sup>2286</sup>. Un simple pouvoir de contrainte au sein d'un groupe social donné ne peut cependant être qualifié de pouvoir étatique. A cette fin, il faut que la force des gouvernants se soumette à une triple limitation : une limitation personnelle, une limitation territoriale et une limitation matérielle. Tout d'abord, l'autorité de l'Etat ne porte que sur un cercle circonscrit de personnes, les nationaux en constituant la part prépondérante<sup>2287</sup>. Le territoire forme la limite spatiale de l'action des gouvernants. Il constitue la portion d'espace géographique où la volonté de l'Etat peut se déployer à l'exclusion de tout autre Etat<sup>2288</sup>. Les services publics forment la troisième et dernière limite au pouvoir de l'Etat. Il s'agit d'une limite matérielle rappelant les buts que doivent poursuivre les gouvernants pour que leur volonté soit conforme au droit objectif. En effet, Duguit estime que les gouvernants ne « *peuvent employer leur force que pour organiser et contrôler le fonctionnement des services publics* »<sup>2289</sup>.

C'est dans la troisième et dernière édition du *Traité de droit constitutionnel* que Léon Duguit fournit sa définition définitive du service public. Il y affirme que cette notion recouvre « *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 gouvernante* »<sup>2290</sup>. A ce stade, le juriste français ne nie pas l'imprécision de sa définition ni toutes les obscurités qu'elle recèle<sup>2291</sup>. Aussi est-il nécessaire de procéder à plusieurs clarifications. La définition du service public proposée par le Doyen de Bor-

---

<sup>2284</sup> Cf. Jellinek (2005a), p. 17-71.

<sup>2285</sup> Duguit (1911), p. 50. Sur la définition duguitienne de la nation, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.2.

<sup>2286</sup> *Ibid.*

<sup>2287</sup> La limite personnelle du pouvoir de l'Etat peut en effet excéder les nationaux. Au moment où Duguit élabore sa théorie de l'Etat, l'Empire austro-hongrois étend son autorité sur une multitude de groupes nationaux tandis que la France exerce sa puissance sur les habitants des colonies qui ne sont pourtant pas citoyens français. Cf. Duguit (1911), p. 55-56.

<sup>2288</sup> *Ibid.*, p. 68-69.

<sup>2289</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>2290</sup> Cf. Duguit (1928), p. 61 ; Cf. Duguit (1911), p. 71.

<sup>2291</sup> Duguit (1928), p. 61.

deux peut être décomposée en ses trois éléments constitutifs qui nous apparaîtront comme les trois critères cumulatifs de reconnaissance d'un service public. Dans la mesure où les services publics sont à la fois la limite et la raison d'être du pouvoir l'Etat, ces trois critères permettront de déterminer les conditions qui légitiment l'activité de l'Etat et qui posent les limites que celui-ci ne saurait franchir.

Le premier critère est d'ordre *matériel*. Tout service public présuppose une *activité d'une certaine importance sociale*. A cet égard, l'importance sociale d'une activité se mesure négativement en observant le degré de trouble et de perturbation que la cessation de ladite activité génère dans le corps social. Chaque fois que la suspension ou la perturbation d'une activité entraîne un désordre social d'une certaine ampleur, nous nous trouvons en présence d'une activité « *devant servir de support à l'organisation d'un service public* »<sup>2292</sup>. Le trouble n'est pas uniquement d'ordre matériel et objectif, il peut également prendre la forme d'une réprobation de la part de l'opinion publique, faisant de cette dernière la garantie première du service public<sup>2293</sup>. Duguit n'a pas de mal à puiser dans l'actualité de son temps des illustrations prouvant la pertinence de sa définition. La grande grève des cheminots, en 1910, a, par exemple, fort bien démontré que l'arrêt de l'activité ferroviaire ne manque pas de semer le trouble dans les rapports d'interdépendance entre les hommes<sup>2294</sup>. Ainsi, les désordres sociaux d'une *certaine ampleur* visés par Duguit sont le résultat d'atteintes à la solidarité par similitudes ou par division du travail, les deux ciments du lien social.

Le second critère est d'ordre *organique*<sup>2295</sup>. Le service public nécessite *l'action de l'Etat*. Aux termes de la définition proposée par Duguit, il y a lieu à service public lorsque l'activité considérée est « *de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante* ». La nécessité de l'action des gouvernants en faveur de l'activité sociale en jeu découle ainsi de la *nature* de celle-ci. A notre sens, il n'était pas dans les intentions du Doyen de Bordeaux de signifier par là qu'il y aurait *par essence* des activités requérant le concours de l'Etat tandis que d'autres domaines de la vie sociale devraient rester soumis à la seule initiative privée. Les considérations historiques développées par Duguit sur l'évolution des missions des gouvernants à travers le temps ont démontré, à l'encontre de la pensée libérale, tout ce que le service public avait de dynamique. Ainsi les services publics évoluent et se développent au gré des mutations qui s'opèrent dans le lien social, dans sa double dimension de solidarité par similitudes et de solidarité par division du travail. En somme, il y a matière à service public dès qu'une activité acquiert l'importance so-

<sup>2292</sup> Duguit (1913), p. 51.

<sup>2293</sup> Cf. Duguit (1926), p. 267-268.

<sup>2294</sup> Duguit (1913), p. 51.

<sup>2295</sup> Les critères matériel et organique avaient déjà été identifiés par Evelyne Pisier-Kouchner dans sa thèse sur *le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*. Cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 145.

ciale précédemment décrite *et* que le concours de la force gouvernante est indispensable à son maintien. Est-ce à dire que l'intervention de l'Etat ne revêt qu'un rôle *subsidiare* en ceci qu'elle serait injustifiée au cas où l'action des particuliers serait en mesure d'assurer le déroulement de l'activité considérée ? Duguit n'est pas précis sur la question mais rien, dans la définition offerte, ne permet de l'exclure<sup>2296</sup>. En outre, la définition du service public proposée par le juriste français ne donne aucune indication sur les modalités pratiques de l'action de l'Etat. Duguit se contente d'affirmer que l'activité en question doit être « *assurée, réglée et contrôlée* » par les gouvernants. L'imprécision des propos offre à l'interprète une grande latitude de jugement. Selon nous, les procédés nécessaires à la réalisation du service public dépendront également de l'état social du pays considéré. De la prise en charge intégrale de l'activité par le secteur public à son exercice par des particuliers sous la surveillance de l'Etat, les moyens d'actions sont nombreux. Ainsi que l'écrit fort justement Claude Didry, les analyses de Léon Duguit conduisent à une vision très large du service public en ceci que le « *service public déborde le secteur public, entendu comme prise en charge d'activités industrielles et commerciales par des agents de l'Etat ou assimilés, pour intégrer l'ensemble des activités réglementées par la loi* »<sup>2297</sup>.

Au regard de la théorie du droit et de l'Etat de Duguit, cette intervention de la force gouvernante doit être considérée à la fois comme une *obligation juridique* et comme un *facteur de légitimité politique*. Le service public n'est, selon lui, que l'expression des obligations des gouvernants<sup>2298</sup>. La nature de ces obligations n'est pas uniquement politique mais également juridique. A ce titre, il nous faut rappeler que le fondement de l'obligation juridique réside, selon Duguit, dans la conviction nourrie par un nombre important d'individus que tel comportement doit être observé et qu'une contrainte doit être mise en place pour en assurer le respect<sup>2299</sup>. Or l'inaction de l'Etat face au dysfonctionnement d'une activité socialement nécessaire ne peut manquer de prolonger cet état de perturbation. En cela, une forme de contrainte, spontanée et désorganisée, s'exercera de la part des gouvernés envers les gouvernants car l'apathie des gouvernants face au désordre social engendre souvent une forte réprobation du

---

<sup>2296</sup> Cf. Duguit (1928), p. 77 où Duguit affirme, sur la base d'un arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 1923, que le ravitaillement en céréales et en farines était devenu, durant la première guerre mondiale, un service public dans la mesure où « *l'activité privée était impuissante à assurer le ravitaillement du pays en céréales et en farines, que par suite ce ravitaillement devenait une charge obligatoire de l'Etat et acquérait par conséquent le caractère de service public* ».

<sup>2297</sup> Didry (2005), p. 88.

<sup>2298</sup> Duguit (1928), p. 70 : « *la notion fondamentale, qui est au fond de tout service public, est celle d'une obligation juridique s'imposant aux gouvernants d'assurer l'accomplissement ininterrompu d'une certaine activité, qui est d'une importance capitale pour la vie sociale parce que, étant donnés les mœurs, les tendances, les besoins d'une époque, il n'est pas un des membres de la société qui n'ait besoin que cette activité soit réalisée* ».

<sup>2299</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II.

corps social. Une telle conséquence de l'impéritie des gouvernants n'est pas explicitement formulée par Duguit ; nous nous autorisons néanmoins à en faire une conséquence logique de sa théorie de l'Etat. Sa conception de la légitimité du pouvoir de l'Etat, certes formulée de façon quelque peu rudimentaire, nous est ici d'une précieuse utilité. Dans le système du Doyen de Bordeaux, l'autorité politique n'est acceptable que par la façon dont ses titulaires s'acquittent de son exercice, notamment en accomplissant une fonction utile à la société. Aussi le pouvoir de l'Etat n'apparaîtra légitime aux gouvernés qui si celui-ci s'acquitte des tâches nécessaires au maintien de la solidarité sociale. En somme, l'Etat n'est légitime qu'à travers le respect des obligations juridiques qui lui sont imposées par le droit objectif.

Le troisième et dernier critère est d'ordre *téléologique*. L'intervention de l'Etat doit avoir pour *but* d'œuvrer « à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale ». Toute la théorie du droit et de l'Etat de Duguit est une doctrine téléologique<sup>2300</sup>. La volonté d'un individu, gouvernant ou gouverné, ne peut avoir de valeur juridique qu'en considération du but poursuivi. Dès lors, il est indéniable que l'activité de l'Etat en faveur du bon déroulement d'une activité socialement importante doit avoir pour finalité de maintenir voire de renforcer la solidarité sociale. Réduite à sa plus simple expression, le service public nous semble consister, chez Duguit, dans toute action de l'Etat entreprise dans le but d'assurer la solidarité par similitudes et/ou par division du travail entre les membres d'une société donnée<sup>2301</sup>. L'imposant catalogue d'activités à la charge de l'Etat que Duguit élabore dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* est là pour attester de la grande plasticité de la notion de service public<sup>2302</sup>. Celle-ci n'est que la synthèse des devoirs qui incombent aux gouvernants –

<sup>2300</sup> Sa description du droit objectif enseigne que toute norme sociale est, contrairement aux lois physiques, une loi de but. Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.1. Sa théorie de l'acte juridique consiste à élargir les critères de licéité aux buts poursuivis par l(es) auteur(s) de l'acte. Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2 et 3. Enfin, les premiers pas de sa théorie de l'Etat ont consisté à déterminer les buts que doit poursuivre l'Etat. Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>2301</sup> Cf. Duguit (1928), p. 61 : « *les pouvoirs des gouvernants ont pour uniquement fondement leurs devoirs et l'activité des gouvernants se rattache aux devoirs que leur impose la discipline sociale. Elle oblige les gouvernants, quels qu'ils soient, à employer la plus grande force qu'ils monopolisent à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes* ». C'est suite à ce rappel que Duguit offre sa définition du service public.

<sup>2302</sup> Par exemple, l'intervention du législateur dans les rapports de travail présente, aux termes de la définition de Duguit, un évident caractère de service public. En effet, l'action régulatrice de l'Etat sert notamment à prévenir le risque de grève et l'interruption de l'activité économique. Dans une économie industrielle, l'interdépendance des secteurs de production provoquée par la division du travail amène à cette situation où l'arrêt prolongé d'un seul secteur peut paralyser l'ensemble de l'appareil productif. Si l'Etat agit dans le but de prévenir d'empêcher un tel état de fait, alors les trois conditions cumulatives de la définition du service public sont réunies. Nous sommes en présence d'une activité d'une certaine importance sociale, dans la mesure où l'arrêt partiel de l'activité industrielle est capable de porter de graves atteintes à l'interdépendance sociale (critère matériel) ; L'intervention de l'Etat est également nécessaire dans la me-

« *parce qu'ils sont gouvernants* »<sup>2303</sup> – pour la réalisation de la solidarité par similitudes et de la solidarité par division du travail<sup>2304</sup>. Avec la définition du service public, Duguit donne ainsi une expression unitaire à l'ensemble des obligations qu'il avait déduit de la théorie de la solidarité dans son essai de 1901. Cette définition est suffisamment large pour permettre à l'Etat d'investir de nombreux domaines de la vie sociale avec une panoplie de moyens d'action tout aussi vaste. L'Etat est néanmoins soumis à une perpétuelle *contrainte de but*. Au contraire de l'Etat souverain dont les pouvoirs sont illimités sur le principe, l'Etat de service public défendu par Duguit n'a de prérogatives que dans la limite de certains buts sociaux qu'il doit poursuivre.

Nous concluons cette section par quelques remarques méthodologiques. La définition du service public offerte par Duguit s'inscrit donc dans la continuité de sa conception générale du droit. L'existence et la nécessité d'un service public se révèlent comme l'existence d'une règle de droit, par un travail d'observation sociologique. La démonstration de la présence d'une activité d'une certaine importance sociale, de la nécessité d'une intervention étatique et de la direction de celle-ci vers un but conforme à la solidarité par similitudes ou par division du travail est une tâche qui requiert des investigations sociologiques, voire même politiques et psychologiques. En cela, l'acceptation objective et matérielle du service public représentée par Duguit contraste avec la définition formelle et fondée sur un critère subjectif défendue par Gaston Jèze (1869-1953) à la même époque. Dans *Les principes généraux du droit administratif*, Jèze affirme que l'existence d'un service public n'est attestée que par l'*intention* des gouvernants de satisfaire un intérêt général par le procédé du service public<sup>2305</sup>, intention manifestée dans un acte particulier, la loi au sens formel<sup>2306</sup>. A ce titre, Jèze reconnaît au législateur le pouvoir discrétionnaire de décider quand un besoin d'intérêt général nécessite d'être défendu par la voie d'un service public<sup>2307</sup>. Jèze juge sévèrement

---

sure où, à l'époque de Duguit, les acteurs privés de l'économie, employeurs et employés, ne sont pas en mesure d'assurer le déroulement régulier de l'activité productive hors d'une réglementation étatique (critère organique); enfin, l'activité régulatrice de l'Etat apparaît, dans une telle configuration, comme nécessaire au maintien de l'interdépendance sociale. Le but poursuivi par l'Etat est conforme au droit objectif (critère téléologique). Or Duguit n'a jamais, à notre connaissance, affirmé que l'activité industrielle soit en soi un service public alors que sa définition autorise une telle interprétation. A cet égard, nous ne pouvons que constater que sa définition large et ouverte du service public est source d'incertitude et d'insécurité théorique. Dans une contribution rédigée en 1907, Duguit démontre toute la labilité à laquelle conduit sa définition du service public lorsqu'il écrit que « *les gouvernants modernes ne doivent plus seulement à leurs gouvernés la police et la justice proprement dites, mais encore ce que certains publicistes appellent d'un mot commode la culture, à savoir par exemple, l'enseignement, l'assistance, l'hygiène, la protection du travail, les transports, etc., etc ...* » Cf. Duguit (1907), p. 421-422.

<sup>2303</sup> Duguit (1928), p. 61.

<sup>2304</sup> Ibid., p. 60.

<sup>2305</sup> Jèze (1914), p. 247.

<sup>2306</sup> Ibid., p. 300.

la définition du service public de Léon Duguit ; ce dernier n'aurait procédé qu'à une analyse sociologique du service public sans parvenir à développer une acception proprement juridique de cette notion<sup>2308</sup>. Bien que l'on présente souvent Jèze comme un disciple de Duguit<sup>2309</sup>, il faut reconnaître que sur la question pourtant centrale du service public, les deux auteurs divergent du tout au tout. Jèze est volontariste en ceci qu'il estime que l'Etat crée les services publics par sa volonté. Duguit s'élève contre cette conception qui revient à faire de l'Etat le seul créateur du droit<sup>2310</sup>. Jèze adopte une perspective formaliste et positiviste car l'existence d'une loi positive lui apparaît comme le critère déterminant de l'existence d'un service public, alors que Duguit perçoit essentiellement la matière du service public dans la nature de l'activité considérée. Le Doyen de Bordeaux affirme, à cet égard, que la loi positive régissant l'organisation d'un service public n'est que la constatation et la mise en œuvre d'une règle qui relève, en premier lieu, du seul donné social<sup>2311</sup>. S'il a le désavantage de donner un large pouvoir discrétionnaire à l'Etat, le critère formel de reconnaissance d'un service public proposé par Jèze a néanmoins le mérite de la clarté. Il est, à notre sens, bien plus aisé de démontrer l'existence d'une loi formelle que la présence d'une activité d'une certaine importance sociale.

L'une des conséquences de cette divergence entre les deux théoriciens du service public est qu'ils ne s'accordent pas sur le rôle du juriste. Duguit estime que le juriste « *manque à sa mission* » s'il n'indique pas au législateur l'état du droit objectif qui habite la conscience de la collectivité<sup>2312</sup>. L'expertise du juriste lui apparaît nécessaire à la qualité de la loi positive<sup>2313</sup>. En ce sens, Duguit exige que le juriste se dédouble en sociologue – le Doyen de Bordeaux parle parfois de « *juriste-sociologue* » – afin d'indiquer aux gouvernants les domaines où il conviendrait de plonger les ramifications du service public. La position dévolue au juriste par Jèze est bien plus modeste. Le publiciste juge que seule la volonté des gouvernants importe, l'avis du juriste étant négligeable. En ce sens, le juriste n'a pas à se muer en conseiller des

<sup>2307</sup> Ibid., p. 301.

<sup>2308</sup> Ibid., p. 247 n. 3.

<sup>2309</sup> Cf. Beaud (2013), p. 15 s. Par exemple, Jèze, comme Duguit, était un partisan de l'utilisation de la méthode expérimentale – qu'il oppose également à la méthode « idéaliste » basée sur les fictions – dans la science juridique. A l'instar du Doyen de Bordeaux, le droit positif lui apparaît comme une émanation des faits sociaux. Les deux juristes communient dans la critique de la personnalité juridique de l'Etat et érigent la notion de service public en pilier du droit public moderne. Cependant, Jèze était critique à bien des égards vis-à-vis de la doctrine de Duguit, voyant en celle-ci une résurgence de théorie du droit naturel. Cf. David Maslarski, La conception de l'Etat de Gaston Jèze, in : *jus politicum*, n° 3, 2011, accessible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>

<sup>2310</sup> Duguit (1928), p. 74.

<sup>2311</sup> Ibid., p. 75.

<sup>2312</sup> Ibid.

<sup>2313</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.3.1.

gouvernants ou à apprécier la pertinence sociale, politique ou économique de leur action<sup>2314</sup>. Nous touchons ici à un point de la doctrine de Duguit qui se révèle central en raison de ses implications politiques. Duguit assigne à ce professionnel du droit qu'est le juriste la mission d'opérer comme « *directeur de conscience* »<sup>2315</sup> en indiquant le fondement et la limite de l'activité des gouvernants. La fonction même de la science juridique en ressort bouleversée puisqu'il ne s'agit plus pour celle-ci de se contenter de *décrire* le droit positif en vigueur, mais de *prescrire* le contenu des règles que le législateur doit adopter. Pour cette raison, la conception de la science du droit défendue par Duguit sera inacceptable aux yeux des juristes positivistes s'inscrivant dans le sillage de Kelsen, tel Charles Eisenmann<sup>2316</sup>. Il est légitime d'interpréter cette position comme une façon de légitimer un transfert de pouvoir du législateur démocratique vers les techniciens du droit que sont les juges ou les Professeurs de droit. Un certain élitisme – qui pourrait très bien faire office de justification à une forme de gouvernement « technocratique » – est ici à l'œuvre chez Duguit sans que ce dernier parvienne à assumer toute la cohérence de cette position. Malgré l'importante fonction directrice qu'il attribue aux professionnels du droit, Duguit soutiendra tout de même que le Parlement demeure le lieu le plus propre à la concrétisation du droit objectif en raison du lien privilégié que le principe de représentation est capable d'instaurer entre le pouvoir législatif et la « *masse des consciences individuelles* »<sup>2317</sup>. Une position qui sera contredite dans la foulée par la défense vigoureuse du contrôle de constitutionnalité des lois élaborée par le juriste français<sup>2318</sup>.

### 2.3 *Service public et droit public*

Cette acception du service public comme définition, cadre et limite à l'activité de l'Etat emporte des conséquences décisives, tant sur la conception de la nature de l'Etat que sur la définition du droit public. Ainsi l'Etat n'est plus à considérer comme une personne juridique investie d'une puissance irrésistible de commander, mais comme une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants<sup>2319</sup>. C'est sur la base de ces affirmations fondamentales, véritables postulats de sa théorie de l'Etat, que Duguit pourra apporter une contribution notable à l'étude de plusieurs questions importantes qui taraudent tout juriste versé dans l'étude du droit public. En premier lieu, Duguit redéfinira l'objet même de la doctrine du droit public, celle-ci ne devant plus étudier la puissance publique et l'Etat conçue sous la forme d'une personne juridique, mais le service public dont la gestion incombe à des individus qui

---

<sup>2314</sup> Jèze (1914), p. 247-248.

<sup>2315</sup> C'est le terme exact employé par Duguit lors de la séance de l'institut international de droit public du 20 octobre 1928, cf. *Annuaire de l'institut international de droit public* (1929), p. 205.

<sup>2316</sup> Cf. Baumert (2009), p. 357.

<sup>2317</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.2.

<sup>2318</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2.

<sup>2319</sup> Duguit (1928), p. 59.

portent le nom de gouvernants. En second lieu, Duguit reconsidère les rapports de droit public en niant l'idée d'une hiérarchie de principe entre la volonté gouvernante et la volonté gouvernée. La volonté d'un Chef d'Etat lui semble en effet soumise aux mêmes contraintes juridiques que la volonté d'un simple particulier. En troisième lieu, le juriste met à profit sa conception de l'acte juridique pour qualifier l'acte d'organisation d'un service public autour duquel se nouent les rapports de droit public. En quatrième lieu, Duguit procède à une relecture du principe de responsabilité de l'Etat en suivant l'orientation générale de sa doctrine. En effet, il délaisse une conception subjectiviste de la responsabilité étatique au profit d'une compréhension objectiviste de ce principe. Enfin, les vieilles doctrines reposant sur la personnalité juridique de l'Etat et le droit subjectif de puissance publique ayant été liquidées, Duguit pourra proposer un critère inédit de démarcation entre le droit public et le droit privé.

### 2.3.1 La liquidation des vieilles doctrines

Le droit public, selon Duguit, ne doit point être centré sur l'étude d'une personne juridique, personnification de la nation souveraine. C'est essentiellement la notion de « but de service public », que Duguit perçoit derrière tout acte étatique, qui permet au juriste français de se débarrasser définitivement de la notion de personnalité de l'Etat et des idées d'organe ou de représentation qui lui sont concomitantes. La personnalité de l'Etat remplissait une double fonction chez ses différents théoriciens dans la mesure où elle leur permettait de penser à la fois l'unité et la continuité de l'Etat<sup>2320</sup>. Duguit parvient à faire l'économie de ce concept en lui substituant la notion de but de l'Etat. Pour penser l'unité de l'Etat, Duguit juge superflu – et faux sur un plan épistémologique – de recourir à un point d'imputation fictif qui serait l'Etat figuré sous la forme d'une personne. Les actes qui émanent de la multiplicité des organes de l'Etat trouvent leur principe d'unification non dans une personne fictive, mais dans le but de service public qu'ils doivent nécessairement poursuivre pour être considérés comme licites. La notion même d'organe ne devient plus qu'une commodité de langage puisqu'il n'est plus nécessaire d'affirmer que la volonté empirique d'un gouvernant doit être juridiquement imputée à une personnalité tierce, l'Etat, pour comprendre que cette volonté n'est pas purement assimilable à celle d'un simple particulier. En posant que les gouvernants et les agents publics œuvrent dans le but d'assurer la bonne marche du service public, on conçoit aisément que ces derniers n'agissent pas comme des simples particuliers mais bien comme des individus chargés de la mission que le monopole du pouvoir de contrainte leur assigne. Ainsi le but de service public qui doit gouverner l'ensemble des actes étatiques leur imprime ce caractère d'impersonnalité que les auteurs critiqués par Duguit construisaient à partir des notions de personnalité et d'organe de l'Etat. Dans ce même esprit, la continuité de l'Etat n'est plus liée à la

---

<sup>2320</sup> Cf. notre conclusion à la première partie du premier titre de notre recherche pour un aperçu synthétique de la question.

permanence de sa personnalité juridique qui survit aux générations des gouvernants qui se succèdent à sa tête. C'est simplement le but de service public qui dure et survit par-delà le renouvellement du personnel politique et administratif qui permet d'expliquer pourquoi un acte étatique survit à l'individu et au groupe d'individu l'ayant adopté.

En second lieu, l'avènement de la notion de service public signe la disparition du concept de puissance publique. Même quand il s'acquitte d'une tâche régaliennne telle que la défense extérieure, le maintien de l'ordre intérieur ou l'administration de la justice – où les actes unilatéraux prédominent – l'Etat ne fait qu'administrer un service public en faveur du maintien de la solidarité sociale. Duguit repousse énergiquement la distinction faite en doctrine entre les services publics d'autorité et les services publics de gestion au motif que certaines activités pourraient être déléguées à des entreprises privées (les activités industrielles, par exemple, qui sont des services publics de gestion) tandis que d'autres activités restent intimement liées à l'idée de puissance publique (les activités régaliennes qui donnent lieu aux services publics d'autorité) et doivent rester en main du détenteur du monopole de la violence légitime, l'Etat<sup>2321</sup>. Dans les deux cas, les gouvernants n'ont jamais le pouvoir *a priori* d'imposer leur volonté ; ils n'ont de prérogatives que dans la mesure de la *fonction* qui leur a été assignée par le droit objectif. La réflexion de Duguit sur le service public le conduit ainsi à dévaluer le pouvoir des gouvernants. Celui-ci est réduit à une simple fonction sociale qui est plus l'expression des obligations des gouvernants que d'un droit subjectif de commandement à leur disposition. Dans ses considérations historiques sur l'avènement du service public, le juriste français s'était évertué à démontrer que la notion de puissance publique s'était construite sur le modèle du droit de propriété. Il est ainsi normal que la critique duguitienne de la puissance publique et du droit de propriété réponde à la même logique. En effet, le juriste français a lui-même lourdement insisté sur la symétrie de sa double critique : « *De même que le droit privé cesse d'être fondé sur le droit subjectif de l'individu, sur l'autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d'une fonction sociale s'imposant à chaque individu, de même le droit public n'est plus fondé sur le droit subjectif de l'Etat, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d'une fonction sociale des gouvernants, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics* »<sup>2322</sup>.

### 2.3.2 La redéfinition des rapports de droit public

#### 2.3.2.1 L'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée

Ce simple travail de redéfinition n'est pas à lui seul en mesure de régler la question de la relation entre l'individu et l'Etat. La dépréciation de la puissance publique, passée

---

<sup>2321</sup> Duguit (1928), p. 78-80.

<sup>2322</sup> Duguit (1913), p. 52-53.

d'un droit subjectif *a priori* illimité à une fonction sociale aux contours définis constitue certes une digue importante que Duguit érige pour limiter le pouvoir de l'Etat. Cependant, sa volonté de limiter le pouvoir de l'Etat par la théorie du service public se heurte à un écueil. L'obligation faite aux gouvernants d'assurer l'ensemble des services nécessaires au maintien du lien social est également la source de l'extension continuelle de leurs prérogatives. Duguit était lui-même très lucide sur la question. Les domaines d'action de l'Etat croissent et se démultiplient, selon lui, en raison directe du développement des besoins et des aptitudes individuelles dont la satisfaction et la protection sont nécessaires à la pérennité de la solidarité par division du travail<sup>2323</sup>. Nous avons vu que dès 1901, Duguit justifiait que l'Etat sorte des lisières tracées par la pensée libérale en cessant de se cantonner aux fonctions régaliennes. De même, le Doyen de Bordeaux élevait à la dignité d'un but de l'Etat les interventions dans le domaine économique-social dans la mesure où elles servent au maintien du lien social<sup>2324</sup>. Dans ses *Principes de droit public*, Hauriou pose un constat analogue en retraçant la dynamique de l'Etat moderne. Il soutient que le développement régulier des services publics est le signe d'une centralisation des fonctions économiques aux mains des gouvernants qui fait suite au mouvement de centralisation politique et juridique. La traduction inévitable d'un tel phénomène est l'accroissement considérable du poids de l'administration qui devient un interlocuteur quotidien des citoyens pour la réglementation d'une série considérable de questions touchant à leur existence quotidienne (transport, énergie, assurance, etc ...) <sup>2325</sup>. Duguit et Hauriou avaient donc pleinement identifié, à leur manière, le « *tournant vers l'Etat total* » défini par Carl Schmitt comme la prise en charge par l'administration d'un nombre croissant de secteurs de la vie sociale<sup>2326</sup>. Bien loin de rejoindre les conclusions apocalyptiques qui seront celles du juriste allemand, Duguit invite ses lecteurs à observer de tels développements d'un regard apaisé. La théorie du service public qu'il élabore permet certes de justifier l'extension des domaines d'activité de l'Etat, mais elle permet surtout de repenser totalement la nature des rapports juridiques entre Etat et individu si bien que l'on ne saurait percevoir dans le développement des services publics un accroissement de sa « puissance ».

Sous l'angle de la théorie du service public de Léon Duguit, les rapports de droit public n'ont, en effet, plus à être fondés sur une relation asymétrique engageant un sujet dominateur et des sujets dominés. Au contraire, le droit public moderne « *devient un ensemble de règles déterminant l'organisation des services publics et assurant leur*

<sup>2323</sup> Ibid., p. 55-56 ; Duguit (1928), p. 66.

<sup>2324</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 1.

<sup>2325</sup> Hauriou (1916), p. 571 s.

<sup>2326</sup> Sur la notion polysémique d'« Etat total » chez Schmitt, cf. Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 85 s.

*fonctionnement régulier et ininterrompu* »<sup>2327</sup>. Les relations juridiques entre l'Etat et les particuliers s'articulent autour des normes régissant l'activité des services publics. Des deux côtés de la relation, on ne trouve que des individus aux volontés égales. La théorisation du service public implique ainsi, chez le juriste français, la conceptualisation d'un *équilibre* et d'une certaine *symétrie* dans les rapports juridiques entre l'Etat et les individus. Ici s'affirme le postulat de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée, qui lui avait déjà servi d'argument massue pour déconstruire la notion de souveraineté de l'Etat<sup>2328</sup>. Ainsi les gouvernants peuvent-ils imposer leur volonté non pas parce que celle-ci serait d'une nature particulière, mais seulement car elle est déterminée par un but de service public. Autrement dit, la volonté gouvernante n'a, comme la volonté des particuliers, de valeur juridique que quand elle répond à un but de solidarité sociale<sup>2329</sup>. De même que l'Etat peut entreprendre des actes de contrainte dans le but d'assurer la bonne marche des services publics, l'individu dispose d'un arsenal de pouvoirs juridiques lui permettant autant de se prémunir contre l'arbitraire de l'Etat que d'exiger le bon fonctionnement administratif. Lorsqu'il rédige, en 1907, son premier texte relatif au service public, Duguit met au centre de sa contribution les moyens d'action juridique à disposition des individus pour contraindre l'Etat à assurer la bonne marche du service public<sup>2330</sup>. Duguit indique que l'organisation juridique des services publics, qui se développait alors en France, tend à conférer de solides garanties au particulier. Celui-ci peut exiger l'accès au service dans les limites fixées par la loi, de même qu'il peut faire prononcer l'annulation – par le biais d'un recours pour excès de pouvoir<sup>2331</sup> – d'une décision contraire à la loi du service émanant de l'administration, voire, selon les cas, exiger une réparation<sup>2332</sup>. Dans *les transformations du droit public*, Duguit estime, non sans hardiesse, que la responsabilité de l'Etat devrait pouvoir être engagée au cas où le législateur se refuserait à ériger une activité d'une certaine importance sociale en service public<sup>2333</sup>.

### 2.3.2.2 La nature légale de l'acte d'organisation du service public

Dans l'article de doctrine où la notion de service public fait sa première apparition, le Doyen de Bordeaux affirme que la fonction de service public implique, pour les gouvernants, une obligation à la fois générale et permanente. Ils ont, d'une part, le devoir de garantir l'accès aux services publics à tous les gouvernés sans distinction. Il ne s'agit pas, pour les gouvernants, d'accomplir une certaine prestation au profit d'un

---

<sup>2327</sup> Ibid., p. 52.

<sup>2328</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III.

<sup>2329</sup> Duguit (1913), p. 53.

<sup>2330</sup> La contribution porte en effet sur *la situation des particuliers à l'égard des services publics*. Cf. Duguit (1907), p. 411 s.

<sup>2331</sup> Duguit (1907), p. 434 s.

<sup>2332</sup> Duguit (1907), p. 421 s. ; Duguit (1928), p. 72.

<sup>2333</sup> Duguit (1913), p. 59-60.

nombre déterminé d'individus<sup>2334</sup>. D'autre part, cette obligation d'assurer les services publics est permanente en ce qu'elle ne s'éteint point par l'accomplissement d'une prestation fournie un nombre de fois déterminé. La fonction de service public dure autant que le milieu social qu'elle vise justement à conserver<sup>2335</sup>. La généralité et la permanence sont les caractéristiques distinctives de la *situation juridique objective* qui dérive, nous l'avons vu, d'un *acte-règle* ou d'un *acte-condition*. De par la seule nature de l'activité du service public, les rapports juridiques entre l'Etat et l'individu doivent ainsi nécessairement se nouer autour d'une *loi de service public* qui vient organiser la fonction sociale des gouvernants<sup>2336</sup>. A ce titre, Duguit cherche à qualifier juridiquement l'acte par lequel s'organisent deux types de rapports de droit public : les rapports entre l'Etat et le titulaire d'une concession et les rapports entre l'exploitant du service public et les usagers de ce dernier. Dans les deux cas, Duguit parvient à la conclusion que les rapports de droit public s'organisent sur la base d'une loi, d'un *acte-règle*, et non d'un contrat. Duguit réitère ainsi dans sa théorie du droit public cette entreprise de relativisation du contrat déjà à l'œuvre dans son étude du droit privé<sup>2337</sup>.

La nature légale de l'acte organisant le service public n'est pas douteuse lorsqu'il s'agit d'une loi au sens formel. En revanche, des interrogations naissent lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement la concession de service public. Cet acte juridique étant celui par « *lequel une collectivité publique charge un particulier, qui l'accepte, d'assurer le fonctionnement d'un service public, sous certaines conditions déterminées dans un acte appelé cahier des charges* »<sup>2338</sup>, il est indéniable qu'il se forme par convention, d'autant plus que sa conclusion est souvent précédée de négociations<sup>2339</sup>. De plus, toute concession de service public est munie de clauses financières qui font naître un véritable rapport de créancier et de débiteur entre le concédant et le concessionnaire et qui n'ont d'effet qu'entre eux<sup>2340</sup>. Ce ne sont cependant là que des clauses marginales. La plupart des dispositions d'une concession de service public concernent le fonctionnement du service public et sont énoncées par voie générale<sup>2341</sup>. Elles déploient de plus un effet juridique externe puisque les usagers du service public, entre

<sup>2334</sup> Duguit (1907), p. 418.

<sup>2335</sup> Ibid.

<sup>2336</sup> Ibid., p. 419.

<sup>2337</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.2.

<sup>2338</sup> Duguit (1913), p. 134.

<sup>2339</sup> Ibid.

<sup>2340</sup> Ibid., p. 134-135.

<sup>2341</sup> Et les matières traitées sont très variées. Cf. Ibid., p. 135 : « *Par exemple, s'il s'agit d'un chemin de fer ou d'un tramway, les lignes qui doivent être construites et exploitées, le nombre de trains qui doivent être mis en circulation, les mesures à prendre pour assurer la sécurité du personnel et des voyageurs. D'autre part des clauses déterminent les conditions dans lesquelles le public usera du service, les tarifs à payer pour le transport des personnes et des choses [...] Enfin dans la plupart des cahiers des charges se trouvent des clauses qui fixent pour les ouvriers et les employés du concessionnaire un maximum d'heures de travail quotidien, déterminent les*

autres, peuvent s'en prévaloir<sup>2342</sup>. A cet égard, Duguit critique sévèrement la position de certains auteurs qui appréhendent la concession de service public par la catégorie de la stipulation pour autrui<sup>2343</sup>. Ce type de contrat oblige l'un des contractants à fournir une prestation au profit d'un tiers déterminé ou déterminable selon les termes de l'acte. Rien de tel dans la concession de service public où le concessionnaire s'oblige, de façon générale et permanente, à accepter que les rapports de droit qu'il nouera avec tout usager du service soient régis par les dispositions de l'acte de concession<sup>2344</sup>. Plutôt que de fournir une prestation à une personne concrète, le concessionnaire, en acceptant l'acte de concession, accepte une règle générale et abstraite appelée à régir ses relations juridiques avec l'ensemble des usagers<sup>2345</sup>. En outre, le caractère non-contractuel des concessions de service public est attesté par le fait que l'administration peut les modifier unilatéralement dans l'intérêt du service<sup>2346</sup>. Les concessions de service public ne sont donc pas des contrats mais des lois adoptées en la forme conventionnelle. Elles rentrent parfaitement dans la catégorie des conventions-lois élaborée par Duguit sur le modèle de la *Vereinbarung* issue de la doctrine allemande<sup>2347</sup>.

D'un caractère légal, la relation entre l'Etat et un particulier qui se noue dans le cadre d'un service public doit donc être clairement distinguée du rapport créancier-débiteur qui naît suite à un acte subjectif comme le contrat. Nos développements sur le « contrat » d'adhésion nous ont déjà permis de montrer que l'acte par lequel un particulier manifeste sa volonté d'avoir recours à un service public n'est pas un acte contractuel, mais bien un acte unilatéral d'adhésion à un régime légal préexistant<sup>2348</sup> ; acte d'adhésion qui a pour suite de faire naître une situation juridique subjective pour le particulier<sup>2349</sup>. De même, le caractère légal de l'acte d'organisation du service public emporte des conséquences décisives sur la manière d'envisager les rapports de droit public. Il est faux, affirme Duguit, de se demander si l'individu a un droit au fonctionnement des services publics conformément à loi si par là on entend qu'il exis-

---

*conditions du commissionnement, organisent une caisse de retraites et constituent ainsi un véritable statut ».*

<sup>2342</sup> Ibid., p. 136.

<sup>2343</sup> Duguit (1907), p. 430. Une telle position était défendue par Edouard Lambert et Maurice Planiol. Cf. Edouard Lambert, *Du contrat en faveur des tiers, son fonctionnement, ses applications actuelles, cessions de dettes (délégation, cession de portefeuille, cession de bail), assurance-vie, assurance-accident, contrats d'utilité publique, fondations*, Paris, Giard & Brière, 1893. Cf. Planiol (1923), p. 333 et 411.

<sup>2344</sup> Duguit (1907), p. 431.

<sup>2345</sup> Ibid.

<sup>2346</sup> Duguit (1913), p. 141-143 ; Duguit (1930), p. 447-448. Duguit se réfère là aussi à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

<sup>2347</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.3.3.

<sup>2348</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.3.1.

<sup>2349</sup> Duguit (1928), p. 72. Sur la notion de situation juridique subjective, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.1.

terait « un lien juridique entre le particulier et l'Etat-personne, lien de droit en vertu duquel le particulier pourrait faire condamner l'Etat à exécuter le service conformément à la loi »<sup>2350</sup>. Assurément, il n'existe aucun acte juridique particulier entre un individu et l'Etat sur le fondement duquel le premier pourrait contraindre le second à lui assurer l'accès au service public conformément à la loi du service. En revanche, Duguit affirme, jurisprudence du Conseil d'Etat à l'appui, que l'individu peut attaquer par le biais du recours pour excès de pouvoir tout acte administratif émis en violation de la loi du service<sup>2351</sup>, par exemple une décision où l'Etat refuserait une prestation à un particulier alors qu'il remplit les conditions légales pour y avoir droit. En cas de contestation, l'individu ne demanderait pas le respect d'un acte individuel et concret où l'Etat s'est lié à lui par un échange de volontés. Le particulier n'exige donc pas l'accomplissement ponctuel d'une prestation limitée à sa personne. Le particulier requiert, au contraire, l'observation d'une norme générale et abstraite préalable à tout rapport entre lui et l'Etat. Il exige le respect de la situation légale de tous les gouvernés assurée par la loi du service. C'est donc uniquement sur la base du droit objectif que le particulier peut exiger des gouvernants qu'ils s'acquittent de leur devoir de service public.

### 2.3.3 La responsabilité objective de l'Etat

Dans *Les transformations du droit public*, Duguit expose l'interdépendance entre l'hypothèse de la souveraineté de l'Etat et l'irresponsabilité qui en découle. En effet, l'Etat souverain ne peut en aucun cas engager sa responsabilité lorsqu'il légifère puisqu'il est l'unique créateur du droit. La responsabilité impliquant une violation du droit, celui qui crée le droit par sa volonté souveraine ne saurait le violer par le même acte<sup>2352</sup>. Il en va de même lors d'un acte d'exécution d'une loi. Si l'acte d'exécution est accompli en conformité avec la loi, la question de la responsabilité ne se pose même pas. Un acte d'exécution rendu en violation de la loi pourra certes engager une responsabilité, mais ce sera celle de l'agent public qui aura alors substitué sa propre volonté à la volonté exprimée par l'Etat dans la loi<sup>2353</sup>. Cette implacable logique conceptuelle explique pourquoi le droit public postérieur à la Révolution française n'a été capable que d'envisager la responsabilité des agents publics, et jamais une responsabilité générale de l'Etat<sup>2354</sup>. L'obligation faite à l'Etat d'indemniser les propriétaires en cas d'expropriation constitue une exception à ce principe que Duguit parvient à expliquer par des raisons conjoncturelles. Il rappelle à ce titre que l'Assemblée constituante était compo-

<sup>2350</sup> Duguit (1913), p. 62.

<sup>2351</sup> Ibid., p. 62-65 ; Duguit (1928), p. 72-74.

<sup>2352</sup> Duguit (1913), p. 225 ; Duguit (1930), p. 460-461, cf. Michoud (1895), p. 254 : « Dans notre organisation constitutionnelle, tout au moins la question de la responsabilité pour faute ne peut pas se poser à l'égard des actes du pouvoir législatif. Il est strictement vrai de dire que le législateur ne commet pas de faute au sens juridique du mot, parce que son droit est sans limite d'ordre constitutionnel et légal ».

<sup>2353</sup> Duguit (1913), p. 225.

<sup>2354</sup> Ibid., p. 223-224.

sée pour l'essentiel de propriétaires soucieux de la préservation de leurs biens, ce qui explique l'introduction de l'article 17 de la Déclaration de 1789. En somme, c'est moins le principe de la responsabilité de l'Etat que celui de l'inviolabilité du droit de propriété qui fut à l'origine de cette disposition<sup>2355</sup>.

Duguit estime que la reconnaissance d'une responsabilité générale de l'Etat ne fut pas uniquement entravée par la doctrine de la souveraineté, mais également par la prédominance du régime de la responsabilité subjective dans l'ordre juridique français, tel que codifié par l'article 1382 du Code Napoléon. En subordonnant l'existence d'une responsabilité à la commission d'une faute, un tel régime se trouve entièrement centré sur la question de l'imputabilité d'un acte illicite à une volonté. En effet, l'idée de faute implique par nécessité l'existence d'une volonté libre et consciente capable d'agir en violation la loi, acte de violation qui sera ensuite imputé à son auteur afin d'engager sa responsabilité et de faire naître à sa charge une obligation de réparation<sup>2356</sup>. Dans cette logique, la responsabilité subjective de l'Etat présuppose la volonté libre et consciente de celui-ci, capable de commettre une faute qui lui soit personnellement imputable<sup>2357</sup>. Seule la théorie des organes de l'Etat est parvenue à tenir une telle position en soutenant que la volonté empirique de l'individu agissant en qualité d'organe doit être juridiquement imputée à l'Etat, même en cas d'acte illicite<sup>2358</sup>. Nous avons déjà vu qu'une telle position est disqualifiée par Duguit en raison de ses impasses épistémologiques<sup>2359</sup>.

Il s'agit alors pour Duguit de fonder la responsabilité de l'Etat sans le moindre recours à la notion de souveraineté, qui la rend philosophiquement impossible, ou de personnalité de l'Etat, qui ne peut donner lieu qu'à une construction artificielle. Une telle entreprise présente aussi l'heureux avantage de lui permettre de continuer le travail de liquidation de ces deux notions. En même temps, la construction proposée par Duguit confère un rôle central à la notion de service public, achevant de démontrer la nécessité d'abandonner le concept de puissance publique afin de saisir les évolutions du droit public qui se font jour au tournant du XX<sup>e</sup> siècle<sup>2360</sup>. A cette fin, le juriste français estime indispensable d'abandonner le régime de responsabilité subjective pour fonder la responsabilité de l'Etat dans la mesure où ce dernier n'est apte qu'à régir les

---

<sup>2355</sup> Ibid., p. 228. Duguit (1930), p. 462-464. Sur le droit de propriété, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 2.

<sup>2356</sup> Duguit (1913), p. 229.

<sup>2357</sup> Ibid., p. 230.

<sup>2358</sup> Le grand théoricien français de la personnalité morale, Léon Michoud, avait soutenu sans réserve cette position à l'occasion d'un article paru en 1895 à la *Revue du Droit public*, et spécifiquement consacré à la question de la responsabilité de l'Etat. Cf. Michoud (1895), p. 418-419 et Michoud (1895a), p. 18-19.

<sup>2359</sup> Duguit (1913), p. 230 ; Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.1.2.

<sup>2360</sup> Duguit (1930), p. 459 : « *Incontestablement, c'est l'extension toujours plus grande donnée à la responsabilité de l'Etat qui révèle mieux que toute autre chose la transformation profonde de l'Etat moderne et la disparition constante et progressive de la notion de souveraineté* ».

rapports interindividuels. En effet, seul l'individu possède une volonté libre et consciente capable d'enfreindre une règle de droit. L'Etat étant un groupe d'individus dénué de volonté propre, la responsabilité de l'Etat ne pourra être engagée qu'en se départant définitivement de l'idée de faute. Duguit n'a pas eu besoin de chercher très loin les éléments de conceptualisation d'un régime de responsabilité sans faute. Le Doyen de Bordeaux écrit à une époque où le principe de responsabilité objective a déjà fait l'objet d'une théorisation poussée par la doctrine de droit privé. La problématique des accidents de travail et les écrits de Raymond Saleilles et de Louis Josserand à ce sujet ont inspiré à Duguit cette idée selon laquelle un dommage intervenu dans l'exercice d'une activité collective doit être supporté par le patrimoine affecté à l'exploitation de l'activité sociale considérée<sup>2361</sup>. Duguit justifiait le principe de responsabilité objective de l'employeur en cas d'accident de travail par le fait que le patrimoine de celui-ci tire la majeure partie des bénéfices de l'activité industrielle. Il lui apparaissait ainsi normal qu'il prenne à sa charge le risque d'accident inhérent à l'exploitation de son entreprise. Une telle argumentation n'est pas transposable dans l'édification d'une théorie de la responsabilité objective de l'Etat. En effet, l'exploitation des services publics profite avant tout aux usagers et non aux agents publics chargés de leur gestion. Cependant, l'exploitation d'une entreprise industrielle moderne et la gestion d'un service public pourraient être rapprochées en ceci qu'il s'agit d'activités complexes dont le fonctionnement requiert l'intervention d'un faisceau considérable d'acteurs dans le cadre d'une organisation hiérarchique à plusieurs niveaux. Ces différents facteurs confèrent un caractère d'anonymat aux dysfonctionnements et aux accidents qui peuvent survenir. La mise à jour d'une faute individuelle devient, dans une telle configuration, une tâche fort difficile à accomplir. Duguit ne mobilise pas un tel argument qui avait été clairement mis en avant par Raymond Saleilles<sup>2362</sup>. Au contraire, il semble même le rejeter lorsqu'il affirme, dans le *Traité de droit constitutionnel*, que le dysfonctionnement d'un service a toujours pour origine première l'action ou la négligence d'un ou plusieurs agents publics. Il estime totalement chimérique le point de vue selon lequel un accident pourrait être mis sur le compte d'un dysfonctionnement du service public pris dans la globalité de son organisation<sup>2363</sup>.

L'argumentation proposée par le Doyen de Bordeaux pour fonder la responsabilité objective de l'Etat s'appuie plus simplement sur des considérations d'équité. Il estime que l'activité des gouvernants doit être considérée comme une activité sociale non par la nature de la volonté des gouvernants – qui demeurent des volontés individuelles – mais bien par le but *collectif* et *social* qui détermine la volonté des gouvernants et des agents publics ; leur action n'a en effet de valeur juridique que lorsqu'elle

<sup>2361</sup> Duguit (1930), p. 467 ; cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 4.

<sup>2362</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 4.

<sup>2363</sup> Duguit (1930), p. 495-497.

a pour fin la gestion régulière d'un service public. Dès lors, le dommage causé à un individu par le fonctionnement d'un service public devra être réparé par le patrimoine affecté à l'administration du service public concerné, si tant est qu'un lien de causalité puisse être établi entre le fonctionnement du service et le dommage subi<sup>2364</sup>. En d'autres termes, l'Etat ou la collectivité publique dont dépend le service public en question sera déclaré responsable non parce qu'il aurait fauté par un acte imputable à sa volonté – une telle construction étant totalement artificielle aux yeux de Duguit – mais uniquement car il revient au patrimoine affecté à l'administration du service de réparer le dommage provoqué par le fonctionnement du service concerné. Le Doyen de Bordeaux tente de consolider son édifice conceptuel en invoquant cette idée fondamentale selon laquelle les membres d'une même collectivité nationale sont unis par une étroite solidarité de sorte que les dommages résultant de l'activité collective dont chacun tire profit doivent, dans la mesure du possible, peser d'une manière égale sur tous, cette idée n'étant, en définitive, que l'expression du principe de l'égalité devant les charges publiques<sup>2365</sup>. En ce sens, il apparaît légitime que le patrimoine de la collectivité – financé par l'impôt proportionnellement à la force économique de chacun – prenne à sa charge les préjudices provoqués par le fonctionnement des services publics<sup>2366</sup>.

Duguit mobilise également l'argument de la complexité de l'organisation des services publics et de l'administration des Etats modernes, non pour démontrer l'impossibilité d'y déceler une faute, mais afin de soutenir que même un fonctionnement normal et régulier n'est en mesure de parer intégralement à tout risque d'accident et de dommage – Duguit parle de « *risque administratif* »<sup>2367</sup> – causé à un particulier. En conséquence, l'Etat moderne doit s'élever en une sorte de caisse d'assurance pour indemniser les individus des préjudices que le fonctionnement des services publics aurait occasionné<sup>2368</sup>. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, cet argument est repris et considérablement étayé. Ainsi le juriste français soutient-il sans réserve que « *l'on ne peut édifier la responsabilité de l'Etat que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu eu faveur de tous. [...] L'Etat est, en quelque sorte, assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est-à-dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'Etat* »<sup>2369</sup>. Duguit convoque ici un motif argumentatif hérité à l'évidence de l'école solidariste. A cet égard, il est judicieux de rappeler qu'un auteur comme Léon Bour-

---

<sup>2364</sup> Duguit (1913), p. 232-233.

<sup>2365</sup> Duguit (1930), p. 469

<sup>2366</sup> Ibid., p. 471.

<sup>2367</sup> Duguit (1913), p. 262, Duguit (1930), p. 501.

<sup>2368</sup> Duguit (1913), p. 255.

<sup>2369</sup> Duguit (1930), p. 469.

geois soutenait que c'est en prémunissant les citoyens contre les risques de la vie sociale par leur mutualisation que l'Etat trouve l'un de ses plus solides facteurs de légitimation<sup>2370</sup>. Reformulée dans des termes plus proches de la doctrine du Doyen de Bordeaux, une telle assertion signifie que la fonction de service public assignée aux gouvernants implique l'obligation de supporter le risque de dommage inhérent à cette fonction.

Duguit pousse ce principe assez loin puisqu'il estime que la responsabilité de l'Etat doit être également engagée en cas de fonctionnement régulier du service public – soit lorsqu'aucune faute d'un agent public n'est venue entraver le cours normal du service<sup>2371</sup> – dans la mesure où il aurait provoqué un préjudice particulier à des administrés<sup>2372</sup>. Même l'adoption d'une norme générale et abstraite conforme au droit supérieur devrait donner lieu, selon lui, à la réparation d'un dommage spécifique subi par des particuliers<sup>2373</sup>. L'ampleur des vues du juriste français sur la question de la responsabilité étatique appelle inévitablement la question des limites et des exceptions à cette obligation de réparer à la charge de l'Etat, sans quoi la responsabilité de l'Etat s'apparenterait à une assurance universelle contre les risques résultant de l'activité étatique ; ce d'autant plus que le Doyen de Bordeaux estime que la responsabilité de l'Etat devrait pouvoir être engagée à raison du dommage causé par une variété étendue d'actes, tels que les actes législatifs, les actes diplomatiques ou bien encore les actes judiciaires<sup>2374</sup>. A ce titre, Duguit donne quelques précisions sur le critère de préjudice *particulier* qui fonde la responsabilité de l'Etat en cas de fonctionnement régulier du service public. Il indique – en citant une note de jurisprudence de Gaston Jèze – qu'il y a préjudice particulier dès lors qu'il résulte des circonstances de l'espèce que la personne lésée supporte du fait de l'administration un préjudice que les autres individus

<sup>2370</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.3.1.

<sup>2371</sup> Un exemple plusieurs fois mis en exergue par Duguit est tiré de l'arrêt *Pluchard* rendu par le Conseil d'Etat le 24 décembre 1909. Dans cette affaire, le citoyen Pluchard avait eu la jambe cassée après avoir été renversé par un agent de police lancé à la poursuite d'un malfaiteur. Dans ce cas, l'agent de police agissait à l'évidence dans le sens d'un fonctionnement normal et régulier du service de police. Le Conseil d'Etat avait néanmoins admis que la responsabilité de l'Etat était engagée en invoquant une faute de service public. A l'évidence, il s'agit plutôt d'un cas fortuit et la notion de faute n'est ici qu'une commodité de langage. Cf. Duguit (1913), p. 261-262 ; Duguit (1930), p. 502.

<sup>2372</sup> Duguit (1930), p. 506. Afin de démontrer que sa construction concorde – du moins en partie – avec la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de responsabilité étatique, Duguit mobilise une importante casuistique. Cf. Duguit (1913), p. 240, 245, 262 et 265.

<sup>2373</sup> Par exemple, Duguit estime que lorsque l'Etat choisit de prendre à sa charge une activité économique laissée jusque-là à l'initiative privée en l'érigeant en service public par l'édictation d'un monopole de droit, il doit répondre du dommage particulier causé aux acteurs de la branche. L'Etat occasionne par son action un préjudice à des industriels qui ne faisaient rien d'illicite, puisque l'activité est maintenue. Il y a donc manifestement un motif d'équité à la réparation. Cf. Duguit (1930), p. 562-563.

<sup>2374</sup> Duguit (1913), p. 234 s, 247 s. ; Duguit (1930), p. 511 s., p. 537 s., p. 551 s.

ne sont pas appelés à supporter. L'obligation de réparer fait ainsi suite à une atteinte au principe de l'égalité des individus devant les charges publiques puisque l'Etat n'indemniserait que les personnes atteintes d'une manière anormalement lourde dans leur situation patrimoniale ou personnelle<sup>2375</sup>. Le juriste voit dans le maintien du régime de responsabilité subjective pour la responsabilité des fonctionnaires une seconde exception à la responsabilité de l'Etat<sup>2376</sup>. Cependant, Duguit a pu constater, au fil de ses publications, que les conditions posées par la jurisprudence pour que la responsabilité seule du fonctionnaire soit engagée ont connu un mouvement de restriction progressive. Depuis les arrêts *Anguet* (1911) et *Lemonnier* (1918) du Conseil d'Etat sur le cumul des fautes et des responsabilités, la responsabilité de l'Etat peut être mise en cause même en présence de la faute personnelle d'un agent public<sup>2377</sup>. En conséquence, il en vient à la conclusion qu'un tribunal judiciaire ne peut prononcer la responsabilité personnelle d'un agent public sans qu'un tribunal administratif ne puisse, pour le même cas d'espèce, engager la responsabilité de l'Etat, qu'à la condition de se trouver en présence d'une faute personnelle *détachable* du fonctionnement du service. Il s'agit donc des cas où l'acte répréhensible du fonctionnaire n'entretient aucun lien avec le service public considéré, soit parce qu'il s'en écarte notablement par son objet ou par son but. Par exemple, l'agent public qui agit dans le seul but de nuire à un administré avec lequel il est en mauvais terme ne saurait engager la responsabilité de l'Etat par son acte. En effet, ses agissements sont si étrangers à l'esprit du service public que le juge judiciaire peut apprécier sa faute et sa responsabilité sans avoir besoin de se prononcer sur la bonne marche de l'administration<sup>2378</sup>. Le Doyen de Bordeaux ne se montre cependant que peu décontenancé par cette évolution restrictive de la responsabilité personnelle des fonctionnaires puisqu'elle tendait à confirmer « *l'extension de la responsabilité administrative, conformément à l'idée d'assurance sociale contre le risque administratif* »<sup>2379</sup>.

#### 2.3.4 Le service public comme fondement du droit public

Par la négation de la personnalité juridique de l'Etat et de la puissance publique conçue sous la forme d'un droit subjectif, Duguit invalide les fondements de la spécificité du droit public qui reposait, selon une certaine doctrine, sur ces deux notions. Si les gouvernants sont des individus comme les autres en ceci qu'ils sont soumis comme toute le monde à la règle de droit, il est légitime de s'interroger sur la pertinence même de la démarcation entre droit public et droit privé. Alors que Duguit semble avoir préparé le terrain à l'abolition définitive de cette *summa divisio*, il se refuse à

---

<sup>2375</sup> Duguit (1930), p. 506-507.

<sup>2376</sup> La responsabilité des fonctionnaires fait l'objet de longues considérations dans le *Traité de droit constitutionnel*, cf. Duguit (1930), p. 284 s.

<sup>2377</sup> *Ibid.*, p. 515 s.

<sup>2378</sup> *Ibid.*, p. 529.

<sup>2379</sup> *Ibid.*, p. 519.

affirmer l'indistinction complète du droit privé et du droit public. Il n'a pas, à cet égard, l'audace d'un Kelsen. Afin de lever les ambiguïtés de Duguit à cet égard, il convient de revenir sur le débat doctrinal relatif à la distinction entre droit public et droit privé et de voir comment Duguit parvient à maintenir cette division tout en prenant à rebours le discours de la doctrine traditionnelle.

Bien que la distinction entre droit public et droit privé soit connue depuis le droit romain<sup>2380</sup>, l'émergence du droit public comme discipline scientifique au courant du XIX<sup>e</sup> siècle a accentué le débat doctrinal relatif à cette séparation. Pour les juristes de droit public, elle apparaissait essentielle à la consécration de l'autonomie scientifique de leur discipline. En Allemagne, Gerber justifie la spécificité du droit public en démontrant l'originalité des notions couvertes. Le publiciste allemand affirme, en ce sens, que le droit public se distingue du droit privé à trois titres : le droit privé porte sur l'individu et les personnes morales fondées sur son modèle tandis que le droit public porte sur l'Etat conçu comme personne juridique ; le droit privé régit la volonté libre de l'individu tandis que la volonté de l'Etat est déterminée par un but ; enfin, la volonté de l'Etat est spécifique en ce qu'elle est une volonté de domination<sup>2381</sup>. Dans *L'Etat moderne et son droit*, Jellinek souligne que la particularité du droit public réside autant dans les personnes que dans la nature des rapports de droit concernés. Ainsi Jellinek affirme que « *l'opposition du droit privé et du droit public peut se ramener à cette idée fondamentale que, dans le droit privé, les individus se trouvent, les uns par rapport aux autres, dans la situation de personnes essentiellement juxtaposées ; que, par suite, le droit privé règle les rapports des individus entre eux comme tels, tandis que le droit public règle les rapports qui naissent entre les divers titulaires de la puissance publique, l'organisation et le fonctionnement de ces autorités et leurs rapports avec les individus soumis à la puissance publique* »<sup>2382</sup>. En France, le droit public devient une discipline autonome à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Bien qu'un cours de droit constitutionnel fût déjà dispensé au Collège de France entre 1832 et 1845<sup>2383</sup>, l'enseignement du droit public se généralise à partir de la décennie 1890<sup>2384</sup>. L'émancipation théorique du droit public peut être retracée par le rappel de deux événements. Le premier est la création de la *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger* en 1894. La contribution inaugurale est rédigée par Ferdinand Lar-naude qui a hérité de la première chaire de droit public général à l'Université de Paris,

<sup>2380</sup> Cf. Denis Alland/Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, entrée : Droit privé/droit public.

<sup>2381</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.

<sup>2382</sup> Jellinek (2005a), p. 2-3.

<sup>2383</sup> Sur l'enseignement du droit public en France – et du droit constitutionnel en particulier – nous renvoyons au long historique retracé par Guillaume Sacriste. Cf. Sacriste (2011), p. 55 s.

<sup>2384</sup> Le droit public devient matière obligatoire pour le doctorat par un décret du 30 avril 1895. L'enseignement du droit public devient obligatoire dans le programme de licence uniquement en 1905. Cf. Lar-naude (1911), p. 6. Cf. Sacriste (2011), p. 80.

créée en 1890. Le Professeur parisien y décrit sobrement l'objet du droit public en indiquant qu'il conviendra d'étudier l'Etat considéré dans sa structure et dans ses fonctions ainsi que dans les rapports qu'il entretient avec les individus<sup>2385</sup>. Le second événement à mentionner est le sectionnement du concours d'agrégation décidé par le ministère de l'Instruction publique en 1897<sup>2386</sup>. Depuis cette date, le concours d'agrégation est divisé entre un concours de droit privé et un concours de droit public, favorisant l'émancipation théorique du droit public vis-à-vis du droit privé. Un tel sectionnement avait, dans un premier temps, suscité les réserves d'une partie de la doctrine qui dénonçait le manque d'homogénéité du droit public<sup>2387</sup>. En 1896, Esmein publie la première édition de ses *Eléments de droit constitutionnel* que l'on considère, aujourd'hui encore, comme l'œuvre fondatrice de la science du droit constitutionnel en France<sup>2388</sup>. L'année suivante, il rédige, avec succès, un rapport favorable au sectionnement du concours d'agrégation. Esmein souligne la diversité des objets étudiés par le droit privé et le droit public. Alors que le « *droit privé est dominé par la notion de la famille et par celle de la propriété ; le droit public repose sur la notion de souveraineté et sur celle de l'Etat* »<sup>2389</sup>. Le point nodal de la distinction droit privé/droit public est donc bien l'association entre Etat et souveraineté ; celle-ci révèle la nature singulière de l'objet étudié par le droit public<sup>2390</sup>. Le droit public est spécifique en ceci qu'il étudie une personne juridique particulière, l'Etat, doté d'une série de droits spécifiques qui forment la puissance publique. A cet égard, la singularité du droit public a fort bien été mise en relief par Carré de Malberg. Le juriste alsacien écrit que le droit public est avant tout le droit de la corporation étatique<sup>2391</sup>. Si l'Etat n'était pas un sujet de droit distinct de l'individualité des gouvernants, les rapports entre gouvernants et gouvernés se réduiraient à des rapports entre individus et ne différencieraient pas des rapports de droit privé<sup>2392</sup>. Or, comme le souligne à la fois Laband<sup>2393</sup> et Carré de Malberg<sup>2394</sup>, les rapports de droit public divergent précisément des rapports de droit privé en ce que les premiers impliquent la supériorité d'un sujet dominateur qui dispose d'un droit originaire de commandement sur les sujets dominés. En droit privé, les volontés des sujets de droit sont juridiquement égales car l'obligation prend sa source dans la volonté de l'obligé et le créancier ne dispose d'aucun pouvoir propre de coercition. A ces deux aspects, Michoud ajoute une précision. En effet, la spécificité de la

---

<sup>2385</sup> Larnaude (1894), p. 9.

<sup>2386</sup> Cf. Beaud (2006), p. 32.

<sup>2387</sup> Cf. le rapport de Bufnoir, rédigé en 1882, in : *Annales d'histoire des Facultés de droit*, n° 1, 1984, p. 99-119.

<sup>2388</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.1.

<sup>2389</sup> Esmein (1984), p. 124.

<sup>2390</sup> Beaud (2006), p. 38.

<sup>2391</sup> Carré de Malberg (1920), p. 50.

<sup>2392</sup> *Ibid.*

<sup>2393</sup> Laband (1900), p. 119.

<sup>2394</sup> Carré de Malberg (1920), p. 153.

personnalité juridique de l'Etat réside dans la nature des intérêts qu'il défend : les intérêts collectifs de la nation. L'importance des intérêts défendus apparaît alors comme la source des pouvoirs particuliers dont dispose l'Etat-personne. Selon Michoud, l'Etat a un droit de commandement précisément parce qu'il défend l'intérêt public<sup>2395</sup>. Un ton identique domine les arguments avancés par Maurice Hauriou en faveur de la spécificité du droit public. Dans la préface de la 7<sup>e</sup> édition du *Précis de droit administratif* (1911), Hauriou trace une ligne de partage stricte entre droit privé et droit public. L'asymétrie des rapports juridiques régis par ces deux domaines y apparaît comme le principal critère discriminant. En effet, le droit civil est assimilé par le juriste toulousain à un « *droit égalitaire* »<sup>2396</sup> tandis que le droit administratif est un droit exceptionnel, celui « *des personnages puissants que sont les administrations publiques* »<sup>2397</sup>. Les prérogatives spéciales dont dispose l'administration pour assurer l'exécution des lois – que l'on résume sous le nom de puissance publique – fondent à elles seules la spécificité du droit public et rendent impossible tout amalgame avec le droit privé. Dans les *Principes de droit public*, le juriste toulousain semble tourner ses arguments vers le critère des intérêts. Il affirme que le droit public est consubstantiel à l'avènement du « régime d'Etat » permis par l'émancipation du pouvoir politique du régime de la propriété privée<sup>2398</sup>. Contrairement à Duguit, Hauriou ne pense nullement que le phénomène « Etat » se résume à la différenciation entre gouvernés et gouvernants<sup>2399</sup>. L'Etat selon Hauriou est un phénomène bien plus circonscrit qui apparaît dès lors que vie publique et vie privée deviennent, à la faveur de ce processus de séparation du domaine public du domaine privé, deux sphères d'intérêts distinctes régies par deux domaines juridiques différents. Le droit privé est avant tout centré sur les affaires pécuniaires ; il est intimement lié à l'intérêt privé et au commerce<sup>2400</sup>. En revanche, le droit public est défini comme « *celui qui ordonne la chose publique en vue de la liberté et de la justice par la création d'institution et par la personification corporative de l'institution politique* »<sup>2401</sup>. En ce sens, la puissance publique n'est pas exercée dans l'intérêt de celui qui détient le pouvoir, comme c'était le cas des régimes féodaux où propriété privée et pouvoir politique sont encore confondus<sup>2402</sup>. Intimement liée à la « *chose publique* », la puissance publique apparaît comme un pouvoir dépersonnalisé, exercé en faveur du bien public<sup>2403</sup>.

<sup>2395</sup> Michoud (1924), p. 317.

<sup>2396</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Larose & Tenin, 1911, p. XI.

<sup>2397</sup> *Ibid.*, p. VII.

<sup>2398</sup> Hauriou (1916), p. VII.

<sup>2399</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 1.

<sup>2400</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>2401</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>2402</sup> *Ibid.*, p. VIII.

<sup>2403</sup> Cf. Hauriou (1929), p. 103-108.

En somme, nous voyons, dans le discours juridique allemand et français de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, émerger trois critères de distinction qui demeurent, aujourd'hui encore, les éléments essentiels de séparation entre le droit public et le droit privé. Le droit public traite des rapports juridiques qui engagent nécessairement un sujet de droit particulier, l'Etat (critère des sujets). Ces rapports étudiés par le droit public sont pour l'essentiel des rapports asymétriques marqués par le droit de commandement au bénéfice de l'Etat (critère de la subordination). Enfin, l'activité de l'Etat a ceci de spécifique qu'elle doit être dominée par un intérêt public (critère des intérêts). Ainsi, on peut donner raison à Duguit lorsqu'il écrit qu'il « *n'est pas douteux que si l'on admet la notion de souveraineté et celle de personnalité souveraine de l'Etat, cette distinction du droit public et du droit privé est fondamentale* »<sup>2404</sup>. Le Doyen de Bordeaux estime, en revanche, que la distinction entre droit public et droit privé ainsi conçue est non seulement fautive, mais également dangereuse, puisqu'elle permettrait de conférer un fondement juridique à la toute-puissance de l'Etat<sup>2405</sup>. La distinction entre droit privé et droit public oppose, en effet, un domaine qui met aux prises des volontés juridiquement égales qui poursuivent leurs intérêts privés à un domaine de rapports juridiques où s'opposent un sujet dominateur et un sujet dominé. A cet égard, les trois critères qui président à la séparation entre droit privé et droit public sont, selon Duguit, dénués de toute pertinence. Duguit nie la personnalité juridique de l'Etat<sup>2406</sup>, il ne perçoit que des individus. Il ne peut, en conséquence, adhérer au critère des sujets. Duguit récuse la hiérarchie des volontés qui ferait prétendument la singularité du droit public<sup>2407</sup>. Il ne voit que des individus pris dans un réseau de liens d'interdépendance et où chacun a une fonction à remplir<sup>2408</sup>. Le critère de la subordination ne peut donc pas emporter sa conviction. Enfin, Duguit ne se prononce pas directement sur le critère des intérêts dans le cadre de son analyse de la séparation du droit privé et du droit public. Il est néanmoins indéniable que la vision sociologique qui irrigue son œuvre se fonde sur l'indistinction entre l'intérêt privé et l'intérêt général<sup>2409</sup>. Il admet, avec les solidaristes, que le développement de l'individu et celui de la société ne sont pas deux phé-

---

<sup>2404</sup> Duguit (1927), p. 681.

<sup>2405</sup> Ibid., p. 685.

<sup>2406</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II.

<sup>2407</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III et Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.3.2.1.

<sup>2408</sup> Duguit (1927), p. 685 : « *Je ne puis comprendre que les gouvernants soient des individus d'une autre essence que les gouvernés ; ils sont des individus comme les autres, pris comme eux dans les liens de la solidarité sociale et soumis, comme tous les membres de la société, à la règle de droit fondée sur la conscience que les hommes d'une époque ont de cette solidarité* ».

<sup>2409</sup> Ce passage de *l'Etat, le droit objectif et la loi positive* ne devrait laisser guère de doute quant à la conviction de Duguit en la matière : « *C'est devenu un lieu commun de dire que l'Etat est chargé de gérer les intérêts collectifs et permanents de la société, et en même temps d'assurer la conciliation des intérêts individuels et des intérêts collectifs. Or cette opposition n'existe point en réalité. La notion de solidarité sociale est, non point la conciliation de l'intérêt individuel et de l'intérêt collectif, mais leur fusion en un tout unique* ». Cf. Duguit (2003), p. 266.

nomènes contradictoires mais corrélatifs. Dans cet esprit, le juriste français estime que la division du travail permet de rendre solidaires harmonie sociale et développement de l'activité privée<sup>2410</sup>. En cela, sa contribution dans le domaine du droit privé a, en grande partie, visé à démontrer toutes les limites que le droit doit poser à l'activité juridique de l'individu afin que celle-ci ne soit pas nuisible à la société<sup>2411</sup>. La vision sociologique du droit de Duguit aboutit à un véritable brouillage de la démarcation classique entre droit privé et droit public. Dans *De la division du travail social*, Durkheim formule une remarque à ce sujet qui anticipe parfaitement la position de Duguit. En guise de conclusion intermédiaire, nous nous permettons de la restituer *in extenso* : « *La [distinction] la plus répandue est celle qui divise le droit en droit public et en droit privé ; le premier est censé régler les rapports de l'individu avec l'Etat, le seconde ceux des individus entre eux. Mais quand on essaie de serrer les termes de près, la ligne de démarcation qui paraissait si nette au premier abord s'efface. Tout droit est privé, en ce sens que c'est toujours et partout des individus qui sont en présence et qui agissent ; mais surtout tout droit est public, en ce sens qu'il est une fonction sociale et que tous les individus sont, quoique à des titres divers, des fonctionnaires de la société. Les fonctions martiales, paternelles, etc., ne sont ni délimitées, ni organisée d'une autre manière que les fonctions ministérielles et législatives [...]* Qu'est-ce que d'ailleurs que l'Etat ? Où commence et où finit-il ? On sait combien la question est controversée ; il n'est pas scientifique de faire reposer une classification fondamentale sur une notion aussi obscure et mal analysée »<sup>2412</sup>.

Duguit souligne que l'étude du droit privé et du droit public doit s'effectuer selon la même méthode, celle de l'observation sociologique<sup>2413</sup>. Droit public et droit privé se confondent car tous deux émanent d'un même milieu social ; ils suivent en conséquence les évolutions de ce dernier. Le traditionnel dualisme droit privé/droit public laisse sa place, chez Duguit, à un monisme juridique bâti sous le signe d'un unique droit social. Pour cette raison, le juriste français a entrepris de rédiger deux écrits symétriques, consacrés à l'évolution conjointe subie par le droit privé<sup>2414</sup> et le droit public<sup>2415</sup>. Les préfaces de ces deux ouvrages posent un constat identique : le système juridique individualiste et métaphysique s'efface au profit d'un système réaliste et socialiste<sup>2416</sup>. Les principes qui confèrent une valeur juridique à l'acte de volonté d'un

<sup>2410</sup> Cf. Duguit (2003), p. 10 : « *Nous voulons montrer qu'il n'y a pas, qu'il ne peut pas y avoir d'opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, entre l'individu et l'Etat, que l'intérêt de tous et l'intérêt de chacun sont étroitement solidaires, qu'il y a coïncidence permanente et absolue des buts collectifs et des buts individuels* ». Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.2.

<sup>2411</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>2412</sup> Durkheim (2012), p. 32-33.

<sup>2413</sup> Duguit (1927), p. 687.

<sup>2414</sup> Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912.

<sup>2415</sup> Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

gouvernant sont similaires à ceux qui donnent une force obligatoire aux actes d'un particulier. En effet, la volonté d'un gouvernant reste la volonté d'un individu comme un autre, elle n'est jamais la source véritable de l'effet de droit<sup>2417</sup>. La volonté d'un gouvernant sera sanctionnée d'un effet juridique à la condition que son objet et son but concordent avec le droit objectif<sup>2418</sup>.

Cependant, Duguit maintient la ligne de démarcation entre le droit public et le droit privé. A cette fin, il élabore un critère inédit de distinction. Le droit public et le droit privé doivent être distingués, selon Duguit, non pas en raison de la nature des sujets de droit engagés, de l'asymétrie de leurs rapports juridiques ou des intérêts qu'ils poursuivent, mais uniquement car le *mode de sanction du droit* diffère<sup>2419</sup>. La situation de droit public est particulière en ce que l'un des sujets du rapport juridique, l'Etat, bénéficie du monopole de la contrainte directe. Une telle configuration confère une double spécificité à la relation de droit public. En premier lieu, l'Etat<sup>2420</sup> dispose du monopole de la contrainte si bien qu'« aucune des dispositions de droit public qui créent des obligations à la charge de l'Etat ne peut être sanctionnée directement par la contrainte, puisque l'Etat, maître de la contrainte, ne peut l'exercer directement contre lui-même »<sup>2421</sup>. Lorsque l'Etat est débiteur d'une obligation, le créancier ne dispose pas de voie d'exécution forcée comme il pourrait en disposer dans une relation de droit privé avec un autre particulier<sup>2422</sup>. En second lieu, l'Etat bénéficiaire d'une situation de droit est le maître de la force matérielle pour la réaliser. Il pourra ainsi employer *spontanément et directement* cette puissance de contrainte malgré les protestations du débiteur de l'obligation. La possibilité pour le particulier d'attaquer l'acte demeure, mais n'interviendra qu'*a posteriori*<sup>2423</sup>. En d'autres termes, Duguit reconnaît que l'Etat possède le *bénéfice de l'exécution préalable*<sup>2424</sup>. Il s'agit là d'une concession de Duguit aux reproches que lui avait adressés Hauriou dans un article publié en 1911, puis repris en guise d'appendice dans la seconde édition des *Principes de droit public*<sup>2425</sup>. Hauriou indiquait que l'existence d'un authentique droit de commandement de l'Etat était strictement liée à la question de l'obéissance préalable aux ordres

---

<sup>2416</sup> Duguit (1912), p. I-II ; Duguit (1913), p. XI.

<sup>2417</sup> Cf. nos considérations sur l'autonomie de la volonté en droit privé, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>2418</sup> Duguit (1927), p. 694-700.

<sup>2419</sup> *Ibid.*, p. 702.

<sup>2420</sup> Duguit emploie, par commodité de langage, le terme « Etat » en lieu et place de « gouvernants ». Il prend cependant soin de préciser que ce confort terminologique qu'il s'octroie ne doit pas être assimilé à une adhésion tacite à la théorie de la personnalité juridique de l'Etat. Cf. *Ibid.*, p. 710.

<sup>2421</sup> *Ibid.*

<sup>2422</sup> *Ibid.*, p. 712.

<sup>2423</sup> *Ibid.*

<sup>2424</sup> *Ibid.*, p. 713.

<sup>2425</sup> Hauriou (1916), p. 799-812.

de l'Etat : « *il s'agit de savoir de quel côté est le préalable, si c'est du côté de l'autorité qui commande ou si c'est du côté du sujet qui obéit ; si le sujet, avant d'obéir, peut soulever la question préalable de la légalité de l'ordre ou bien si, au contraire, il est obligé d'obéir avant de soulever la question de la légalité* »<sup>2426</sup>. En plaçant le privilège du préalable du côté de l'Etat, Duguit semble frapper sa propre doctrine d'une ambiguïté fondamentale. Le juriste bordelais avait commencé par nier que l'on puisse distinguer le droit public du droit privé en s'appuyant sur la subordination de l'individu à la volonté de l'Etat. Or ses affirmations sur le privilège du préalable ne reviennent-ils pas à souligner la prééminence de l'Etat dans les rapports de droit public ? Dès lors, ne doit-on pas conclure à l'échec du projet de Duguit dont l'objectif était de démontrer que droit public et droit privé sont gouvernés par des principes identiques ?<sup>2427</sup>

Le maintien de la distinction entre public et droit privé ne nous paraît pas entrer en contradiction avec les fondements de la doctrine du Doyen de Bordeaux. Au contraire, il nous semble qu'elle peut s'y intégrer sans incohérence. A notre sens, Duguit ne pouvait nier totalement la distinction entre droit privé et droit public pour cette simple raison qu'il n'a jamais réellement remis en cause la spécificité du phénomène étatique. Celle-ci réside, selon lui, dans la distinction entre gouvernants et gouvernés qui permet aux premiers de se démarquer clairement des seconds par le monopole de la contrainte à leur disposition<sup>2428</sup>. Il y a donc un droit public chez Duguit pour cette simple raison qu'il y a un concept d'Etat spécifique chez le juriste français, qui s'est simplement refusé à le subsumer sous la notion de personnalité juridique. Si Duguit réduit les gouvernants à des *individus comme les autres*, c'est parce qu'il estime que leur volonté est soumise, comme la volonté d'un particulier, à un droit objectif qu'ils ne peuvent modifier ou abroger à leur gré. Cependant, le sociologisme de Duguit le pousse à affirmer que la règle de droit issue des liens de solidarité impose à tout individu le devoir d'agir conformément à sa position dans l'organisation sociale. C'est tout le sens de la notion de fonction que Duguit entend substituer au concept de droit subjectif en droit privé comme en droit public : chacun n'a des prérogatives que dans la mesure où elles lui permettent d'accomplir son devoir social. C'est à la lumière de cet holisme qu'il convient d'apprécier la spécificité du droit public chez Duguit. Si les gouvernants ont des pouvoirs et des devoirs juridiques particuliers, c'est précisément en raison de *cette plus grande force* à leur disposition qui leur permet d'œuvrer plus grandement à la protection et à la réalisation de la solidarité sociale. Le service public est l'expression de cette obligation particulière qui pèse sur les gouvernants en raison de leur position spécifique dans le corps social. En ce qu'ils ont pour mission d'assurer la continuité, la régularité et la permanence d'activités indispensables au maintien

<sup>2426</sup> Ibid., p. 804.

<sup>2427</sup> Cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 269.

<sup>2428</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 1.

du lien social, il apparaît normal qu'ils bénéficient d'un régime spécial leur permettant d'agir efficacement dans ce but<sup>2429</sup>. On comprend ici pourquoi Duguit a maintenu au profit des gouvernants le privilège de l'exécution préalable. A cet égard, Duguit établit un lien très clair entre ce bénéfice des gouvernants et la mission de service public qui leur incombe. Il serait ainsi nécessaire que les gouvernants puissent forcer un individu à exécuter une prestation par la contrainte, alors même que celui-ci proteste et forme un recours. Dans le cas contraire, n'importe qui pourrait « *par sa mauvaise foi ou sa témérité* », entraver le fonctionnement des services publics par une série de recours paralysants<sup>2430</sup>.

Dans sa thèse consacrée à Duguit, Evelyne Pisier-Kouchner conclut à « *l'échec de ses prétentions doctrinales* »<sup>2431</sup>. Incapable d'abolir la distinction entre droit public et droit privé, Duguit aurait de surcroît, par sa justification du privilège de l'exécution du préalable, contribué à justifier l'inégalité des rapports entre l'Etat et l'individu et ne serait donc pas parvenu à limiter véritablement le pouvoir de l'Etat. En somme, la théorie de l'Etat de Duguit ne serait nullement parvenue à faire l'économie de la notion de puissance publique<sup>2432</sup>. Nous craignons que cet auteur se soit laissé abuser par les déclarations les plus péremptoires du Doyen de Bordeaux et qu'il ait donné au projet de Duguit une portée qu'il n'a jamais eue. A notre sens, Duguit n'entendait pas retirer aux gouvernants le pouvoir d'imposer unilatéralement leur volonté aux gouvernés<sup>2433</sup>. Au contraire, la théorie du service public peut servir de moyen de légitimation à une augmentation des prérogatives de l'Etat<sup>2434</sup>. Il lui importait avant tout que ce pouvoir soit soumis à une limite hétéronome. Sur ce point, le dialogue entre Duguit et la doctrine publiciste allemande acquiert une position structurante dans la compréhension de l'économie générale du système duguiste<sup>2435</sup>. Dans sa lecture sans nuance des juristes allemands, l'Etat apparaît comme un sujet autonome de volonté, totalement maître de l'édiction du droit, qui ne trouve de frontière à son pouvoir que dans sa propre faculté d'autolimitation. C'est sur cette prémisse que la doctrine de

---

<sup>2429</sup> Pour traduire la relation que Duguit perçoit entre le but de service public que doit poursuivre l'Etat et les moyens de contrainte dont il dispose à cet effet, nous pourrions simplement reproduire ces quelques lignes de Jacques Chevallier : « *le service implique la puissance, tandis que la puissance implique le service. L'administration détient la puissance parce qu'elle est au service du public, mais c'est aussi parce qu'elle détient la puissance qu'elle est au service du public* ». Cf. Jacques Chevallier, Les fondements idéologiques du droit administratif français, in : CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Presses Universitaires de France, vol. 2, 1979, p. 42.

<sup>2430</sup> Duguit (1928), p. 417.

<sup>2431</sup> Pisier-Kouchner (1972), p. 291.

<sup>2432</sup> Ibid., p. 294.

<sup>2433</sup> Cf. Laski (1932), p. 127.

<sup>2434</sup> Cf. l'opposition entre la doctrine de Duguit et les théories libérales de l'Etat, cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 1.

<sup>2435</sup> C'est un point qui est totalement absent de la thèse d'Evelyne Pisier-Kouchner.

l'*Isolierung* représentée en première ligne par Laband peut exiger sans contradiction que la science juridique s'isole des autres sciences sociales. Dans cette doctrine, la volonté de l'Etat apparaît avec des qualités particulières, soit comme une volonté de domination capable de se déployer unilatéralement dans les limites qu'elle s'est elle-même fixée. C'est contre ce projet que la doctrine de Duguit se dresse. Le droit public positif organise les prérogatives des gouvernants leur permettant d'accomplir leur fonction de service public, dont les contours ne sont pas définis par la volonté des gouvernants, mais par le droit objectif émergeant des rapports sociaux, d'où l'apport capital de la sociologie à la science juridique. Ainsi la puissance publique disparaît comme droit subjectif pour se muer en fonction<sup>2436</sup>. La théorie du service public de Duguit maintenant intacte la limitation juridique hétéronome du pouvoir de l'Etat, nous nous refusons à conclure sans nuance à l'« *échec des prétentions doctrinales* » du Doyen de Bordeaux.

## II. Les actes juridiques de l'Etat

### 1. Une acception technique et matérielle des fonctions de l'Etat

La théorie du service public élaborée par Léon Duguit a permis de révéler les buts d'ordre politique, économique ou social que se doit de poursuivre de l'Etat et qui forment, en conséquence, sa raison d'être. En ceci, la conceptualisation du service public doit être inscrite dans la *partie politique* de l'œuvre du Doyen de Bordeaux. Or nous savons, par l'étude de la théorie duguitienne de l'acte juridique, que le système construit par le juriste français comporte également un important volet qui s'élabore selon le point de vue de la technique juridique<sup>2437</sup>. La théorie de l'Etat de Duguit suit la même logique que l'étude du droit privé entreprise dans différents écrits. A la détermination des buts de l'Etat succède l'étude des procédés juridiques utilisés pour atteindre lesdits buts. C'est par l'analyse des *fonctions de l'Etat au sens juridique* que Duguit entreprend l'étude des procédés juridiques mis en œuvre par les gouvernants pour remplir la fonction de service public qui leur incombe. La définition du concept de fonction de l'Etat ainsi que les critères permettant d'établir une typologie des fonctions exercées par l'Etat sont des questions qui donnaient lieu à de multiples conceptualisations et à autant de débats dans la doctrine contemporaine de Duguit<sup>2438</sup>. Pour

<sup>2436</sup> Dans un cycle de conférence donnée en Espagne et au Portugal en 1923 dont la publication en Français est demeurée inédite jusqu'en 2008, Duguit affirme que sa « *théorie est l'unique moyen de défendre le pouvoir public vu qu'elle enseigne que la puissance publique n'est pas un droit mais une fonction* ». Cf. Duguit (2008), p. 196.

<sup>2437</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II ; nous nous permettons de rappeler ici que nous nous sommes inspirés de la dichotomie élaborée par Gaston Jèze entre *point de vue politique* et *point de vue de la technique juridique*.

<sup>2438</sup> Cf. Carré de Malberg (1920), p. 263 s.

cette raison, les premières considérations du juriste français visent à apporter certaines clarifications conceptuelles et terminologiques.

Duguit précise que les fonctions juridiques de l'Etat ne sauraient être confondues avec les tâches que l'Etat doit accomplir pour remplir au mieux sa mission de service public<sup>2439</sup>. La question des tâches et des buts de l'Etat relève du problème de ce que Duguit appelle « *les fonctions économiques* » de l'Etat<sup>2440</sup> ; la théorie du service public est entièrement consacrée à la résolution de ce problème. En revanche, les fonctions de l'Etat *au sens juridique* ne couvrent que l'activité *juridique* des gouvernants<sup>2441</sup>. L'Etat exerce ainsi une fonction juridique, selon Duguit, lorsqu'il accomplit un acte de volonté avec l'intention de produire un effet de droit. En d'autres termes, les fonctions juridiques de l'Etat sont circonscrites à l'accomplissement, de la part des gouvernants, des différents types d'actes juridiques identifiés par Duguit (actes-règles, actes-conditions et actes subjectifs)<sup>2442</sup> et, plus largement, à la réalisation d'actes préparant, rendant possible ou exécutant un acte juridique<sup>2443</sup>.

La catégorisation des fonctions juridiques de l'Etat s'opère ainsi, chez Duguit, selon un critère *matériel* puisque c'est sur la base du contenu de l'acte et de la situation juridique qui lui est consécutive que la distinction entre les différentes fonctions trouvera sa logique interne<sup>2444</sup>. Ce critère matériel de démarcation est clairement distinct de celui proposé par une partie de la doctrine allemande à la même époque. Dans *L'Etat moderne et son droit*, Jellinek parle également de fonctions matérielles de l'Etat mais propose un critère de distinction qui tient compte du but poursuivi par l'Etat<sup>2445</sup>. Le juriste allemand affirme qu'il existe des fonctions de l'Etat qui regroupent les activités de l'Etat tendant « à l'établissement et la protection du droit »<sup>2446</sup>. Les autres fonctions réunissent les activités de l'Etat visant au maintien de son existence propre et au développement de la culture, soit le développement du bien-être matériel, intellectuel et moral de la nation<sup>2447</sup>. Ainsi selon Jellinek, il incombe aux fonctions législative et juridictionnelle de présider à l'établissement et au respect du droit, tandis qu'il revient à l'administration d'œuvrer à la préservation de l'Etat et au développement de la culture<sup>2448</sup>. Dans ce même esprit, Otto Mayer définit l'administration comme « *l'acti-*

---

<sup>2439</sup> Duguit (1928), p. 151-152.

<sup>2440</sup> Ibid., p. 154.

<sup>2441</sup> Ibid., p. 151.

<sup>2442</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.1.

<sup>2443</sup> Duguit (1928), p. 152-153.

<sup>2444</sup> Ibid., p. 155 : « *c'est uniquement d'après les modifications qui à la suite de l'acte sont susceptibles de se produire dans l'ordonnement juridique, soit dans le domaine du droit objectif, soit dans les situations juridique subjectives, que doivent être distinguées les différentes catégories des fonctions juridiques de l'Etat* ». Cf. Duguit (2003), p. 430.

<sup>2445</sup> Jellinek (2005a), p. 317 s.

<sup>2446</sup> Ibid., p. 317 ; Cf. également Jellinek (1887), p. 214.

<sup>2447</sup> Jellinek (2005a), p. 317 ; Cf. également Jellinek (1887), p. 214.

*tivité de l'Etat pour la réalisation de ses buts et sous son ordre juridique* »<sup>2449</sup> alors que la fonction juridictionnelle lui est opposée, en ce sens que celle-ci apparaît comme l'activité de l'Etat visant au maintien de l'ordre juridique<sup>2450</sup>. En France, cette distinction des fonctions de l'Etat en raison des buts poursuivis était défendue par Emile Artur, Professeur de droit administratif à l'Université de Rennes. A l'image d'Otto Mayer, Artur oppose la justice et l'administration en se fondant sur le fait que la première cherche à intimor le respect de la loi à ceux qui l'ont violée tandis que la seconde a pour finalité de satisfaire aux divers besoins du corps social<sup>2451</sup>. Selon Duguit, toutes ces définitions « matérielles » amalgament ainsi fonctions, buts et tâches de l'Etat<sup>2452</sup>, autant de questions qu'il cherche précisément à séparer comme deux ordres de problèmes distincts. En effet, le problème des fonctions de l'Etat « *n'est pas de déterminer ce que peut et doit faire l'Etat, mais de préciser comme il fait ce qu'il doit faire, de marquer les caractères des actes de volonté étatique par lesquels se réalise la mission qui incombe à l'Etat* »<sup>2453</sup>. En cela, Duguit propose un critère matériel de séparation des fonctions de l'Etat qui repose sur le caractère interne des différentes formes de manifestations de volonté de l'Etat, et non sur leurs finalités externes<sup>2454</sup>.

Plus proche, en apparence, des vues de Duguit, la théorie dite « matérielle » de Paul Laband est soucieuse de distinguer les fonctions juridiques de l'Etat sur l'appui des caractéristiques internes des actes étatiques<sup>2455</sup>. Cependant, Laband ne s'intéresse pas, en cela, à la situation juridique consécutive à un acte juridique émanant de l'Etat. Selon le juriste allemand, c'est la nature de l'opération psychologique qui préside à la confection des différents actes étatiques qui doit servir de critère à leur classification. Partisan résolu de la théorie de la personnalité juridique de l'Etat, Laband n'a aucune peine à se figurer l'Etat sous la forme d'une personne disposant d'une pensée et d'une volonté propre. Sur cette base, il estime que les fonctions législative et juridictionnelle reposent sur un acte de volition interne de l'Etat. Les lois et décisions de justice déterminent quelle règle doit s'appliquer à un état de fait déterminé. En ce sens, elles constituent des jugements au sens logique du mot puisqu'elles émanent de la subsumption d'un état de fait sous une règle générale et abstraite. Lois et jugements sont ainsi de pures opérations intellectuelles sans prise immédiate sur la réalité extérieure<sup>2456</sup>. L'Etat ne peut ainsi remplir sa mission qu'à la condition d'extérioriser sa

<sup>2448</sup> Jellinek (1887), p. 218-220.

<sup>2449</sup> Mayer (1903), p. 13.

<sup>2450</sup> Ibid., p. 6. Quant à la fonction législative, Mayer la définit comme la création de règles de droit. Cf. Ibid., p. 4-5.

<sup>2451</sup> Artur (1900), p. 237-238.

<sup>2452</sup> Cf. Carré de Malberg (1920), p. 264.

<sup>2453</sup> Duguit (2003), p. 442.

<sup>2454</sup> Ibid., p. 442-443.

<sup>2455</sup> Laband (1901), p. 511.

<sup>2456</sup> Cf. Ibid., p. 514.

réflexion par des actes positifs d'action. C'est précisément le rôle de la fonction administrative et de l'acte administratif que de produire le résultat voulu par les actes législatifs et juridictionnels<sup>2457</sup>. En somme, la législation et la justice fournissent les motifs de l'action extérieure de l'administration<sup>2458</sup>. Si Duguit juge pertinente l'analyse de Laband, il estime qu'elle est totalement inapte à rendre compte des distinctions entre les différentes fonctions juridiques de l'Etat. Le juriste français affirme qu'il y a également un jugement logique de subsumption en amont de tout acte administratif. L'administration est également contrainte de déterminer que sa décision est conforme à une règle antérieure avant de la rendre et, cas échéant, d'en assurer l'exécution. Une telle conclusion découle principalement du principe de légalité – principe incontournable du droit public moderne – mais elle est également valable lorsque l'Etat agit hors de toute loi préexistante, en usant d'un pouvoir général de police, par exemple. Dans un tel cas, l'administration évalue tout d'abord l'opportunité du comportement à adopter avant de passer à l'action proprement dite<sup>2459</sup>. Duguit soutient, par cette démonstration, que Laband détache artificiellement les éléments de conception et d'action pour faire de chacun l'élément constitutif de l'une des fonctions juridiques de l'Etat<sup>2460</sup>. En effet, chaque acte étatique comprend nécessairement, en tant qu'acte juridique, un élément de conception et un élément d'action, si bien que de tels critères apparaissent impropres à la classification rationnelle des différents actes étatiques. Il y a un moment de réflexion et de conception dans un acte administratif tout comme il y a un élément d'action et de volition externe dans une loi ou une décision de justice. En effet, ces deux catégories d'actes étatiques sont avant toute chose des actes juridiques qui n'existent qu'à partir du moment où une volonté s'est extériorisée par une déclaration visant à la production d'un effet de droit. Or la déclaration de volonté qui donne naissance à l'acte juridique est précisément un élément d'action qui suit le moment de la réflexion et de la conception, conformément à l'analyse de l'acte de volonté proposée par Duguit<sup>2461</sup>. Le Doyen de Bordeaux relève que Laband donne raison, malgré lui, à sa démonstration. En effet, la théorie de la loi du juriste allemand repose sur la division de l'acte législatif en deux opérations. La première opération consiste à fixer le contenu de la loi tandis que la seconde consiste dans l'ordre donné aux justiciables de se soumettre aux injonctions énoncées par la loi. Or cette seconde opération est précisément un acte de volition externe et donc un élément d'action<sup>2462</sup>. Le critère « psycho-

---

<sup>2457</sup> Ibid., p. 515

<sup>2458</sup> Cf. Duguit (2003), p. 449.

<sup>2459</sup> Ibid., p. 459.

<sup>2460</sup> Duguit (1928), p. 301.

<sup>2461</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 1.

<sup>2462</sup> Duguit (2003), p. 464 ; la théorie de la loi de Laband a déjà été évoquée. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.3. Elle sera à nouveau examinée lorsqu'il s'agira de rendre en compte des considérations de Duguit sur la fonction législative. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.

logique » de distinction des fonctions de l'Etat proposé par Laband est donc rejeté en raison de ses impasses méthodologiques<sup>2463</sup>.

Le point de vue matériel défendu par Duguit est avant tout dirigé contre les tentatives d'élaboration d'un critère purement formel de démarcation des fonctions de l'Etat. Duguit refuse catégoriquement que l'on fixe le caractère des actes de volonté de l'Etat selon l'organe dont ils émanent<sup>2464</sup>. Suivant le critère formel, les actes de l'Etat sont des lois, des actes d'administration ou de justice lorsqu'ils émanent respectivement des organes législatifs, administratifs et judiciaires tels que désignés par le droit constitutionnel et public en vigueur<sup>2465</sup>. A cet égard, le critère formel possédait, selon certains auteurs, un ancrage dans le droit constitutionnel de la III<sup>e</sup> République. L'art. 1<sup>er</sup> de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 disposait que « *le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat* ». Une partie de la doctrine déduisait de cette disposition laconique que tout acte émanant de l'organe législatif devait être considéré, aux termes du droit positif français, comme une loi, sans considération de sa portée juridique ou de la nature intrinsèque de son contenu<sup>2466</sup>. Dans cette optique, c'est bien la qualité de l'organe qui détermine la nature de l'acte. En doctrine, les partisans d'un tel critère formel étaient relativement peu nombreux, quoique présents des deux côtés du Rhin<sup>2467</sup>. Duguit repousse vigoureusement la doctrine fondée sur un critère formel de définition des actes étatiques. Il avoue ne pas comprendre comment le caractère d'un acte peut varier en fonction de l'organe dont il émane. Cela signifierait que les différents actes juridiques émanant des gouvernants ne présentent aucune différence de fond car, s'ils existent, de tels contrastes doivent subsister quel que soit l'organe à l'origine de l'acte et la forme en laquelle il se manifeste<sup>2468</sup>. De surcroît, la pertinence du lien intime unissant le caractère d'un acte étatique et l'organe dont il émane serait démontrée si les Etats absolutistes concentrant toutes les fonctions entre les mains d'un seul organe – Duguit cite les exemples de la France de l'Ancien Régime et de la Russie tsariste<sup>2469</sup> – n'avaient jamais connu la dis-

<sup>2463</sup> Ibid., p. 466 : « *Concluons de tout cela que la distinction, qui essaye de fixer les caractères distinctifs de la législation, de la juridiction et de l'administration, par le caractère psychologique de l'acte qu'elles impliquent, est inadmissible, car, au point de vue psychologique, ces différents actes ont exactement le même caractère : l'administration n'est pas seulement action, elle est aussi jugement au sens logique ; la législation et la juridiction ne sont pas seulement jugement au sens logique, elles constituent aussi un agir de l'Etat. Il faut donc chercher ailleurs le critérium de la distinction* ».

<sup>2464</sup> Duguit (2003), p. 435.

<sup>2465</sup> Carré de Malberg (1920), p. 268.

<sup>2466</sup> Duguit a, un temps, accordé du crédit à cette interprétation. Cf. Duguit (2003), p. 431. Carré de Malberg soutiendra avec force une telle lecture dans un essai consacré au concept de loi dans la Constitution de 1875. Cf. Carré de Malberg (1931), p. 15 s.

<sup>2467</sup> Pour un aperçu complet des débats doctrinaux sur la question. Cf. Duguit (2003), p. 430 s. ; Carré de Malberg (1920), p. 268 s.

<sup>2468</sup> Duguit (2003), p. 435-436.

inction entre les actes législatifs, administratifs et juridictionnels. Or de tels Etats ont toujours connu la distinction entre législation, administration et juridiction permettant de démontrer, selon Duguit, l'inanité de toute acception formelle des fonctions juridiques de l'Etat<sup>2470</sup>. Le critère formel de distinction des actes étatiques n'est cependant pas totalement dénué de toute portée pratique ; Duguit y aura parfois recours pour cette raison. Par exemple, les modalités d'un recours contre un acte étatique dépendront souvent de l'organe dont il émane<sup>2471</sup>. Néanmoins, cette question n'intéresse pas directement la démarcation des fonctions juridiques de l'Etat – soit des modalités de sa volonté juridique – mais concerne plutôt l'organisation et le fonctionnement de ses différents organes<sup>2472</sup>.

En substance, la théorie des fonctions de l'Etat proposée par Duguit est caractérisée par deux éléments. En premier lieu, il s'agit d'une théorie qui relève de la technique juridique. Par fonctions de l'Etat, le juriste français n'entend que les procédés juridiques utilisés par les gouvernants pour atteindre leur but, celui-ci consistant à remplir leur mission de service public. En cela, la conception duguitienne des fonctions de l'Etat est solidaire de la théorie de l'acte juridique élaborée par le Doyen de Bordeaux. La détermination des fonctions juridiques de l'Etat consiste ainsi à procéder à une classification des différents actes juridiques étatiques. En second lieu, la détermination des caractéristiques des différents procédés juridiques employés par l'Etat répond à un critère exclusivement matériel de distinction. Les diverses activités juridiques de l'Etat sont définies et distinguées d'après le caractère interne des actes par lesquels elles s'exercent – plus précisément selon le type de situation juridique auquel ils entendent donner naissance – abstraction faite des conditions organiques ou formelles dans lesquelles ces actes sont accomplis.

Les sections suivantes seront respectivement consacrées à la théorie de la loi et de l'acte administratif du juriste français. Ces deux actes étatiques couvrent la table des actes juridiques élaborée par Duguit<sup>2473</sup>. Ce dernier juge que doit être qualifié de loi l'ensemble des actes-règles adoptés par l'Etat tandis que les actes-conditions et les actes subjectifs émanant d'un agent public seront rangés dans la catégorie des actes administratifs. Il s'agit là des différentes modalités de déploiement de la volonté de l'Etat susceptibles de créer une situation juridique objective ou subjective. Nous n'ignorons pas l'existence chez Duguit d'une troisième catégorie d'acte étatique, formant l'objet d'une fonction distincte, l'acte juridictionnel, que le Doyen de Bordeaux décrit comme suit : « *L'acte juridictionnel est en substance l'acte d'ordre juridique ac-*

---

<sup>2469</sup> Ibid., p. 437.

<sup>2470</sup> Ibid.

<sup>2471</sup> Ibid. ; Duguit (1928), p. 155.

<sup>2472</sup> Duguit (2003), p. 437.

<sup>2473</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.

*compli par un agent public comme conséquence logique de la constatation qu'il a faite qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou à une situation subjective* »<sup>2474</sup>. A la lumière de cette définition, il ressort que l'acte juridictionnel apparaît toujours secondairement, puisqu'il consiste dans le constat de la licéité ou de l'illicéité d'une manifestation antérieure de volonté. S'agissant de la volonté de l'Etat, l'acte juridictionnel est celui par lequel un agent public vérifie si la volonté de l'Etat a respecté le droit objectif ou une situation subjective le liant. Le constat sur l'illicéité de la volonté de l'Etat forme le premier moment de l'acte juridictionnel. Ce constat est suivi d'un acte juridique – donc une manifestation de volonté – par lequel l'auteur de l'acte juridictionnel tire la conclusion de son constat, par exemple en annulant un acte illégal ou le réformant<sup>2475</sup>. Au point de vue matériel, l'acte juridictionnel revêtira la forme d'un acte-règle, d'un acte-condition ou d'un acte subjectif en fonction des circonstances<sup>2476</sup>. L'acte juridictionnel exerce donc une fonction de *contrôle de régularité* des actes étatiques, sans cependant donner lieu à une catégorie inédite de situation juridique que l'on ne pourrait retrouver suite à une loi (acte-règle) ou à un acte administratif (acte-condition ou acte subjectif). Pour cette raison, nous avons décidé de ne pas consacrer une section à part entière à la fonction juridictionnelle. Celle-ci sera cependant abordé médiatement dans nos considérations sur la notion de loi et d'acte administratif, lorsque nous nous intéresserons aux moyens de contrôle (contrôle de constitutionnalité et recours pour excès de pouvoir) de ces différents actes<sup>2477</sup>.

## 2. La théorie de la loi

### 2.1 Définition formelle et matérielle de la loi

L'opposition entre l'acception formelle et la définition matérielle des fonctions juridiques de l'Etat s'est essentiellement nouée autour de la définition de la loi. Dans l'histoire des idées juridiques comme dans la doctrine contemporaine de l'œuvre de Duguit, il est possible d'identifier des auteurs qui définissaient la loi par certaines qualités intrinsèques tandis que d'autres ne s'attachaient qu'à la détermination de l'organe législatif pour bâtir leur concept de loi. Une approche dualiste combinant les conceptions matérielle et formelle emportait également les suffrages de nombreux juristes. Un descriptif succinct de ces différentes tendances nous permettra de mettre à jour les enjeux autant méthodologiques que politiques qu'elles recelaient.

Dans *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit procède à un inventaire des conceptions de la loi ayant eu cours dans l'histoire des idées politiques et juridiques.

<sup>2474</sup> Duguit (1928), p. 423.

<sup>2475</sup> Ibid., p. 446 : « *l'acte de juridiction est constitué et caractérisé par l'union logique et indissoluble d'une constatation et d'une décision qui en est la conséquence* ».

<sup>2476</sup> Ibid., p. 431.

<sup>2477</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2 et 3.3.

La Grèce antique aurait ainsi consacré la première définition matérielle de la loi. Selon le principe de la liberté antique, le pouvoir n'était socialement accepté qu'à la condition de s'exercer par des règles générales, formulées d'avance, et s'imposant à l'obéissance de tous<sup>2478</sup>. La généralité et l'abstraction de la norme s'imposaient alors comme les critères nécessaires du concept de loi. Dans l'interprétation de Duguit, la pensée grecque ne faisait nullement dépendre le caractère propre de la loi de l'organe qui l'adopte<sup>2479</sup>. La définition purement formelle de la loi serait née dans la Rome impériale. La loi y était assimilée à la seule volonté du souverain de donner à l'une de ses décisions le caractère, la force et l'autorité de la loi. L'adage *Quidquid principi placuit legis habet vigorem*<sup>2480</sup>, attribué à Ulpien, aurait été le couronnement de cette conception de la loi vidée de toute substance matérielle<sup>2481</sup>. Les propos de Duguit à cet égard sont éloquentes puisque l'effacement du concept de loi matérielle au profit d'une définition formelle équivalait pour lui à la disparition de la « *notion vraie et originaire de loi positive* »<sup>2482</sup>. Selon la généalogie historique établie par le Doyen de Bordeaux, la notion de loi formelle domine essentiellement les systèmes juridiques des régimes absolutistes. L'acception formelle de la loi fut donc également celle de la monarchie absolue française, quoiqu'elle s'y serait imposée de manière contrastée<sup>2483</sup>. La loi est alors « *la volonté du roi, qui est maître de la loi et qui est soustrait à son empire. Cela ne veut pas dire que tout acte émané du roi est une loi, mais seulement qu'est une loi tout acte auquel le roi a voulu donner ce caractère ; il faut et il suffit qu'il ait eu cette volonté ; peu importe le caractère interne de l'acte ; tout dépend de la volonté du roi* »<sup>2484</sup>. À partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, les caractères formel et matériel tendent à coexister. Cela est particulièrement net chez Rousseau dont la définition de la loi combine un élément de forme et un élément de fond. D'une part, une loi ne peut émaner que d'une volonté dotée d'un caractère particulier, la volonté générale du peuple souverain<sup>2485</sup>. D'autre part, cette volonté doit avoir un objet général et abstrait<sup>2486</sup>. Il ressort de ce double critère que la loi réunit en elle « *l'universalité de la volonté et celle de l'objet* »<sup>2487</sup> : l'ordre d'un individu par voie générale n'est donc pas une loi, pas plus qu'une décision de la volonté générale sur un objet particulier. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un simple décret, soit d'un acte administratif<sup>2488</sup>. L'indécision entre les points de vue formel et matériel sera ensuite la marque des premiers textes constitutionnels

---

<sup>2478</sup> Duguit (2003), p. 477 ; Cf. Jellinek (2005), p. 468.

<sup>2479</sup> Duguit (2003), p. 480-481.

<sup>2480</sup> Ce qui plaît au Prince a force de loi.

<sup>2481</sup> Duguit (2003), p. 487.

<sup>2482</sup> Ibid.

<sup>2483</sup> Ibid., p. 490-491.

<sup>2484</sup> Ibid., p. 490.

<sup>2485</sup> Rousseau (1996), p. 70.

<sup>2486</sup> Ibid., p. 71.

<sup>2487</sup> Ibid.

<sup>2488</sup> Ibid. ; Cf. Duguit (2003), p. 497 ; Carré de Malberg (1920), p. 277.

postérieurs à 1789<sup>2489</sup>. Quant au droit positif de la III<sup>e</sup> République, Duguit estime que l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 28 février 1875 est bien trop laconique pour qu'une solution claire se dessine. A teneur de texte<sup>2490</sup>, deux interprétations sur la conception de la loi consacrée par le pouvoir constituant en 1875 lui semblaient possibles. Cette disposition pouvait tout d'abord signifier que toute décision des deux chambres est à considérer comme une loi, sans égard pour ses caractéristiques intrinsèques. Il n'était cependant pas possible d'exclure complètement que la loi du 25 février 1875 exigeait le vote conjoint des deux chambres pour l'adoption d'une loi au sens matériel<sup>2491</sup>. Le silence et les imprécisions du texte constitutionnel sont assimilées par Duguit à une pure et simple lacune en ce qu'il juge que « *le juriste n'est lié par aucun texte du droit positif et qu'il peut ainsi en toute liberté faire la théorie rationnelle de la fonction législative* »<sup>2492</sup>.

La coexistence des acceptions formelle et matérielle de la loi était également bien présente dans la doctrine publiciste au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. En France, Esmein fait cohabiter cumulativement les deux critères, dans un esprit proche de Rousseau. L'auteur des *Eléments de droit constitutionnel* définit, dans un premier temps, la loi comme une « *règle impérative ou prohibitive posée par le souverain* »<sup>2493</sup> ce qui indique que la qualité de l'organe – il doit être ou représenter le souverain – est la première condition de la définition juridique de la loi. A ce critère formel s'ajoute cependant une condition matérielle. Esmein précise, dans un second temps, que la loi est nécessairement un texte qui statue « *non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours* »<sup>2494</sup>. La généralité de l'objet de la décision du souverain est ainsi le second élément constitutif de la notion de loi. La même définition duale est défendue par Emile Artur, Professeur de droit administratif à l'Université de Rennes, dans un article parue à la *Revue de droit public* en 1900<sup>2495</sup>. Artur estime que la loi est caractérisée par la réunion d'un critère matériel et d'un critère formel. En premier lieu, la loi se distingue des actes juridictionnels et des actes administratifs – à l'exception des règlements – par la généralité de ses dispositions<sup>2496</sup>. Cependant, la loi ne peut être réduite à un simple acte normatif général et abstrait puisqu'elle possède la particularité d'être un « *acte d'autorité*

<sup>2489</sup> Duguit (2003), p. 497-500 ; Jellinek (1887), p. 73 s.

<sup>2490</sup> Cette disposition, citée dans la section précédente, posait que « *le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat* ».

<sup>2491</sup> Duguit (1928), p. 163.

<sup>2492</sup> Ibid.

<sup>2493</sup> Esmein (1927), p. 29.

<sup>2494</sup> Ibid. ; La généralité de la loi représentait, pour Esmein, l'un des meilleurs freins contre l'arbitraire et le despotisme. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.4.

<sup>2495</sup> Emile Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, in : *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 1900, p. 214-246.

<sup>2496</sup> Artur (1900), p. 220-221.

*initiale* »<sup>2497</sup> ; elle n'est ainsi subordonnée à aucune prescription positive antérieure, signifiant qu'elle s'élabore dans « *des conditions de souveraineté particulièrement radicales* »<sup>2498</sup>. L'organe préposé à la fonction législative doit donc être l'organe suprême, capable de poser des règles avec une liberté illimitée. A l'évidence, ce second caractère manque aux autres actes étatiques – règlement y compris – qui tous sont subordonnés à la loi<sup>2499</sup>. Hauriou a, quant à lui, eu une définition fluctuante de la loi<sup>2500</sup>. En 1921, Hauriou explique, dans la 10<sup>e</sup> édition du *Précis de droit administratif*, que la loi est une « *règle générale, écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir des représentants de la nation, qui déclare obligatoires des rapports sociaux découlant de la nature des choses en les interprétant du point de vue de la liberté* »<sup>2501</sup>. Cette définition relativement obscure semble, là aussi, combiner les aspects formel et matériel. Selon le juriste toulousain, une loi n'est pas seulement une décision des représentants de la nation puisqu'à cette condition organique et formelle s'ajoute un double élément matériel. La loi édicte, d'une part, une règle générale qui, d'autre part, poursuit un but de protection de la liberté. Duguit ne pouvait accepter ce dernier élément. Sa théorie de la loi et, plus largement, des fonctions juridiques de l'Etat s'appuie sur la classification des actes juridiques de l'Etat selon les effets juridiques créés par lesdits actes. Or le but poursuivi n'a aucune influence sur la situation juridique consécutive à l'acte, celle-ci dépendant uniquement de l'objet médiateur de l'acte juridique<sup>2502</sup>. Le problème du concept de loi élaboré par Hauriou en 1921 est qu'il fait intervenir des considérations d'ordre politique dans une question qui relève, dans la logique du système duguitien, de la seule technique juridique. En 1927, la 11<sup>e</sup> édition du *Précis de droit administratif* voit Maurice Hauriou considérablement simplifier sa conception de la loi. Celle-ci n'est alors plus qu'une « *règle générale écrite exprimant une volonté de la nation rendue obligatoire par une opération législative* »<sup>2503</sup>. La dualité des critères matériel et formel est ici présente sous sa forme connue depuis Rousseau.

En Allemagne, la distinction entre un critère formel et un critère matériel de définition de la loi était chose répandue en doctrine, cependant pour aboutir à des résultats différents de ceux décrits dans le précédent paragraphe. Pour les juristes français s'inscrivant dans le sillage de Rousseau, la séparation des aspects formel et matériel avait

---

<sup>2497</sup> Ibid., p. 221.

<sup>2498</sup> Ibid.

<sup>2499</sup> Ibid., p. 222-223.

<sup>2500</sup> Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit répertorie les définitions de la loi que son homologue toulousain propose dans les éditions successives de son *Précis de droit administratif*. Cf. Duguit (1928), p. 164-165.

<sup>2501</sup> Nous tenons la citation de Duguit. Cf. Ibid., p. 164.

<sup>2502</sup> Ibid., p. 164. Pour la distinction entre le but et l'objet des actes juridiques, nous renvoyons à la section consacrée à la théorie duguitienne des actes juridiques. Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II.

<sup>2503</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1927, p. 458.

pour but de démontrer l'existence de deux critères cumulatifs de définition d'une notion univoque de la loi. Chez les juristes allemands, la démarcation des points de vue aboutit à la création de deux types distincts de loi : la loi au sens formel et la loi au sens matériel. Paul Laband et Georg Jellinek comptaient parmi les théoriciens les plus résolus de cette acception duale de la loi. Dans le *Droit public de l'Empire allemand*, Laband affirme que le mot loi possède, dans le vocabulaire juridique, une double signification<sup>2504</sup>. Dans son sens formel, la loi est un acte juridique émanant de l'organe législatif. Prise en son sens matériel, la loi est un acte juridique qui établit une règle de droit<sup>2505</sup>. Cette notion de règle de droit est explicitée plus loin dans le traité de Laband. Le juriste allemand affirme que la règle de droit consiste dans la modification de la situation juridique des individus dans leurs relations réciproques ou dans leurs rapports avec l'Etat par la création, la modification ou l'extinction de droits et d'obligations<sup>2506</sup>. Une règle consacrée au seul fonctionnement interne de l'Etat – par exemple une règle sur l'organisation, la procédure ou la compétence des autorités publiques<sup>2507</sup> – ne peut être considérée comme une loi au sens matériel car elle n'exerce pas un impact direct sur la condition juridique des particuliers. En effet, une telle règle ne produit pas d'effet dans la sphère de capacité juridique des citoyens en ceci qu'elle ne touche pas à leur statut personnel, leur liberté individuelle ou leurs droits patrimoniaux<sup>2508</sup>. Dans son essai *Gesetz und Verordnung*, Jellinek délivre une définition de la loi au sens matériel sensiblement proche. Le juriste de Heidelberg procède à une catégorisation des différents types de loi en tenant compte du but de la loi considérée. Si une loi vise à délimiter la sphère de libre activité des différentes personnes juridiques, alors nous sommes en présence d'une règle de droit, et donc d'une loi au sens matériel. Les lois poursuivant un autre but que celui-ci sont à ranger dans la catégorie résiduelle des lois au sens formel<sup>2509</sup>. Plus précisément, Jellinek soutient que la fonction d'une loi au sens matériel est de donner naissance à du « *droit nouveau* », c'est-à-dire qu'elle doit créer, pour l'Etat ou les individus, des droits et des obligations qui n'existaient jusqu'alors pas dans le droit objectif<sup>2510</sup>. La notion de règle de droit est ainsi intimement liée à la conception générale du droit héritée de l'école pandectiste. Les différentes personnes juridiques sont reconnues comme autant de porteurs d'une volonté libre – une puissance de volonté au contenu indéterminé et donc potentiellement illi-

<sup>2504</sup> Laband (1901), p. 261.

<sup>2505</sup> Ibid.

<sup>2506</sup> Ibid., p. 518 ; Cf. Carré de Malberg (1920), p. 301. Nous avons déjà abordé la définition de la loi au sens matériel dans notre chapitre consacré à Paul Laband. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, 3.3.

<sup>2507</sup> Laband (1901), p. 361.

<sup>2508</sup> Carré de Malberg (1920), p. 302.

<sup>2509</sup> Jellinek (1887), p. 240.

<sup>2510</sup> Ibid., p. 241. Une loi qui reprend et confirme des droits et des obligations déjà existants – par exemple à l'occasion d'une codification – ou qui les supprime est également une loi au sens matériel selon Jellinek.

mitée – que les règles de droit ont précisément pour fonction de circonscrire en délimitant les sphères de libre activité des acteurs du monde juridique<sup>2511</sup>. Par opposition à la loi au sens matériel, le règlement administratif – *Verordnung* en allemand qu'il faudrait plutôt traduire par ordonnance – possède également son domaine propre. Alors que la loi au sens matériel se définit par la règle de droit qu'elle comporte et l'effet juridique que celle-ci déploie sur les particuliers, le règlement *au sens matériel* se distingue par le fait qu'il ne comporte que des dispositions d'organisation administrative dénuées de portée juridique sur les tiers<sup>2512</sup>. A cet égard, nous pourrions qualifier, par contraste, d'ordonnances au sens formel les règlements sortant de leur domaine naturel. Il en ira ainsi des ordonnances contenant des règles de droit<sup>2513</sup>.

Il est ici essentiel de souligner que la notion de loi matérielle défendue par Laband et Jellinek est étrangère à l'idée qu'un tel type de loi doit nécessairement être une règle générale et abstraite. Les auteurs précités ont d'ailleurs pris soin de fournir quelques éclaircissements à ce propos ; cet écart de la longue tradition des auteurs caractérisant la loi par la généralité de son objet n'était en effet pas anodin<sup>2514</sup>. La généralité leur apparaît comme un caractère fréquent mais non point essentiel de la loi. La vie sociale n'est en effet pas un processus chaotique et arbitraire ; elle résulte pour l'essentiel de la répétition de certains faits constants. Ainsi les hommes contractent, commettent des délits ou usent de leur droit de propriété quotidiennement. Les lois ont donc une tendance naturelle à s'exprimer de façon générale et abstraite car les faits visés se produisent, pour un nombre indéterminé de personnes et de situations, avec une certaine régularité<sup>2515</sup>. Cependant, Laband et Jellinek estiment que l'on ne saurait dénier la qualité de loi à des textes élaborés en vue d'un cas isolé. Il existe des situations extraordinaires – au sens littéral du terme – pour lesquelles aucune norme générale n'est apte à fournir une réglementation satisfaisante<sup>2516</sup>. Il convient dès lors de fixer les droits et les obligations des personnes dans le cas visé. Une telle opération reve-

---

<sup>2511</sup> Cf. Jouanjan (2005), p. 267 ; Schönberger (1997a), p. 113 s.

<sup>2512</sup> Laband (1901), p. 379 s ; Jellinek (1887), p. 254 s. et 373 s.

<sup>2513</sup> Laband et Jellinek reconnaissent une différence entre la loi au sens formel et l'ordonnance au sens formel. Bien que toutes deux sortent de leur domaine naturel d'expression, la première peut le faire librement, sans recevoir de délégation d'une autorité supérieure. Les auteurs précités admettent en revanche qu'une ordonnance au sens formel sera juridiquement valable à la condition d'être fondée sur une clause légale de délégation. Il s'agit là d'une manière, pour les juristes allemands, de reconnaître une certaine supériorité de l'organe législatif dans l'organisation des pouvoirs. Cf. Laband (1901), p. 395 ; Jellinek (1887) p. 381 ; Cf. Carré de Malberg (1920), p. 560-561.

<sup>2514</sup> A ce propos, Jellinek écrit que si l'on considère le nombre et l'autorité des auteurs qui ont soutenu la théorie de la loi comme règle générale à travers le temps (de Aristote à Rousseau), la simple idée de la contredire apparaît comme une chose pratiquement impensable. Cf. Jellinek (1887), p. 236.

<sup>2515</sup> Laband (1901), p. 261-262 ; Jellinek (1887), p. 238.

<sup>2516</sup> Jellinek (1887), p. 239.

nant à délimiter la sphère de libre activité des personnes, nous avons affaire à une véritable règle de droit et donc à une loi au sens matériel<sup>2517</sup>. A titre d'illustration, Laband imagine l'hypothèse d'une loi électorale spéciale adoptée en vue d'un seul et unique renouvellement de l'Assemblée législative. Dans la mesure où une telle loi octroie aux citoyens des pouvoirs juridiques, elle comporte en elle une règle de droit et présente le caractère foncier de la loi au sens matériel, bien qu'elle ne doive fonctionner que dans un cas unique<sup>2518</sup>.

Au-delà des auteurs qui soutenaient la dualité des critères formels et matériels – pour les combiner ou les distinguer – il y eut également des juristes pour défendre un critère unique de définition juridique de la loi. Nous nous intéresserons dans un premier temps aux partisans d'une définition exclusivement formelle de la loi. En Allemagne, nous trouvons notamment en Otto Mayer un représentant de cette tendance. Le juriste allemand affirme que la loi ne se définit que par son origine. La loi n'est ainsi que « *la forme prescrite par la Constitution, dans laquelle, par le prince et par la représentation nationale, est produite la volonté investie, d'après la Constitution, du pouvoir législatif* »<sup>2519</sup>. C'est donc bien l'organe qui l'adopte qui caractérise la loi, et non pas son contenu. Selon le publiciste allemand, cette origine confère une force juridique particulière à la loi en ce qu'elle ne peut être modifiée ou abrogée que par voie législative et qu'elle prime tous autres actes de l'Etat qui lui seraient contraires. C'est ce qu'Otto Mayer appelle *la préférence de la loi* ou aussi *la force formelle de la loi*<sup>2520</sup>. En France, le point de vue exclusivement formel était défendu par Ducrocq, Beudant et Jacquelin<sup>2521</sup>, mais son théoricien le plus résolu fut certainement Raymond Carré de Malberg. Dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, le juriste alsacien développe une longue réfutation des doctrines qui qualifient la loi tantôt de règle générale et abstraite tantôt de texte contenant une règle de droit. A titre liminaire, il convient de rappeler que Carré de Malberg adopte une méthode positiviste dans la détermination du concept juridique de loi. Carré de Malberg ne cherche pas à élaborer une théorie générale de la loi – ce qui sera l'ambition de Duguit – mais poursuit un objectif plus modeste. Son entreprise vise à mettre au jour la définition de la loi fournie par les données du droit positif français<sup>2522</sup>. Carré de Malberg procède à la critique des acceptions matérielles de la loi sur la base de ce projet. En premier lieu, il fait grief aux auteurs qualifiant la loi de norme générale et abstraite d'ignorer totalement le système du droit public français alors en vigueur. En passant en revue différents auteurs, le Professeur de Strasbourg constate que seuls des arguments « *extra-juridiques* » sont avancés pour

<sup>2517</sup> Ibid.

<sup>2518</sup> Laband (1901), p. 263 ; Cf. Carré de Malberg (1920), p. 302.

<sup>2519</sup> Mayer (1903), p. 88.

<sup>2520</sup> Ibid., p. 89.

<sup>2521</sup> Cf. Duguit (1928), p. 163.

<sup>2522</sup> Maulin (2003), p. 244. Sur Carré de Malberg, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 3.

défendre l'idée qu'une loi s'applique nécessairement à un nombre indéterminé de situations et de personnes<sup>2523</sup>. L'argument le plus couramment avancé est d'ordre politique. La généralité de la loi serait un excellent préventif à l'arbitraire des gouvernants, et ce à double titre. Au moment de l'élaboration de loi, l'obligation d'énoncer une norme susceptible de s'appliquer à un grand nombre de cas et de personnes incitera les gouvernants à agir avec un sens de la mesure doublé d'un certain désintéressement. Ensuite, les individus sont, sous l'autorité d'une norme générale et abstraite, garantis contre toute surprise car ils peuvent prévoir la mesure qui leur sera appliquée<sup>2524</sup>. Aussi légitimes soient-elles sur un plan politique, ces considérations n'avaient cependant aucun ancrage dans le droit positif de la III<sup>e</sup> République<sup>2525</sup>. Par conséquent, Carré de Malberg les juge « *dénuées de toute portée pratique et tout intérêt juridique* »<sup>2526</sup>. Le juriste alsacien voyait dans la théorie de la loi comme règle générale qu'une forme larvée de jusnaturalisme postulant l'existence d'une *nature* de la loi, dont les dispositifs constitutionnels positifs se doivent d'être la traduction fidèle<sup>2527</sup>. Quant à la théorie de la loi matérielle comme règle de droit, Carré de Malberg estime qu'il s'agit avant tout d'une notion propre au système allemand de la monarchie limitée. La notion de règle de droit devait y servir de principe régulateur dans la répartition des compétences entre le Monarque et la représentation nationale et dans la délimitation du domaine du règlement administratif par rapport à la loi. Tout ce qui touche à la condition juridique des citoyens nécessitait l'assentiment de l'assemblée législative – si bien que loi au sens formel et loi au sens matériel devaient avoir tendance à se confondre<sup>2528</sup> – tandis que le monarque pouvait continuer à organiser et régler les services administratifs par ses propres ordonnances<sup>2529</sup>. Après avoir analysé le degré de conformité de cette théorie avec le droit positif allemand<sup>2530</sup>, Carré de Malberg prend soin de préciser qu'elle n'est pas utile pour l'analyse du concept de loi consacrée par le droit public français. La théorie de la loi au sens matériel est intimement liée à l'histoire constitutionnelle allemande. Dans le système monarchique des Etats allemands, tous les droits de puissance publique résidaient originairement dans

---

<sup>2523</sup> Carré de Malberg (1920), p. 296.

<sup>2524</sup> Ibid., p. 293.

<sup>2525</sup> Ibid., p. 296 : « *Nulle part la Constitution ne définit la loi une règle générale, nulle part elle ne donne à entendre que les règles générales forment la matière propre et réservée de la législation* ».

<sup>2526</sup> Ibid., p. 297.

<sup>2527</sup> Cf. Maulin (2003), p. 251.

<sup>2528</sup> Selon Carré de Malberg, cette optique revient à affirmer que la législation matérielle constitue le domaine spécial et naturel de la législation formelle. Cf. Carré de Malberg (1920), p. 282-283.

<sup>2529</sup> Ibid., p. 305-306. Les soubassements politiques de la théorie allemande de la règle de droit ont été déjà été soulignés dans la section consacrée à l'œuvre de Paul Laband. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, 3.

<sup>2530</sup> Carré de Malberg est très critique sur cette question. Cf. Ibid., p. 309-314.

le roi<sup>2531</sup>. Les constitutions qui limitaient le pouvoir monarchique trouvaient leur source dans la volonté du prince, en ce sens que « *c'est lui qui les a originellement concédées et qui, par cette concession, a lui-même restreint et limité sa puissance antérieure* »<sup>2532</sup>. Selon le juriste alsacien, la doctrine de la loi au sens matériel s'enracine dans cette conception spécifique du pouvoir constituant. Le but de cette thèse était de démontrer que le monarque ne s'est dépouillé de son pouvoir législatif qu'en ce qui concerne les règles de droit, tout en conservant le droit exclusif d'édicter des règles dans tous les autres domaines<sup>2533</sup>. Alors que le pouvoir législatif repose, dans le droit public allemand, sur une division hiérarchique basée sur la priorité du pouvoir exécutif, une logique inverse régissait le système constitutionnel français. Selon Carré de Malberg, le Président de la III<sup>e</sup> République ne disposait d'aucune autonomie législative ; son activité règlementaire s'effectuait, selon l'art. 2 de la loi du 25 février 1875, en exécution des lois. Un règlement ne pouvait dès lors intervenir qu'à la suite d'une loi. En ce sens, le domaine réservé à la loi formelle ne se limitait pas aux règles de droit mais couvrait « *un domaine et une matière illimitée* » contenant l'ensemble des prescriptions qui ne rentrent pas dans le cadre de l'exécution des lois existantes<sup>2534</sup>.

Le résultat du travail critique mené par Carré de Malberg est sans appel : tout critère matériel de définition de la loi est incompatible avec le droit constitutionnel français<sup>2535</sup>. Dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* ainsi que dans un essai sur le concept de loi paru onze ans plus tard<sup>2536</sup>, le Professeur de Strasbourg procède à une analyse historique pour démontrer que le droit public français n'a jamais connu qu'une notion formelle de la loi. En s'appuyant notamment sur les Constitutions de 1791 et de l'an III<sup>2537</sup>, Carré de Malberg en vient à la conclusion que le droit public républicain a érigé en loi toute décision émanant du Corps législatif et adoptée en la forme législative. Contrairement à Duguit, il estime que l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 25 février 1875 n'est pas imprécis ou lacunaire mais ratifie la conception formelle affirmée par les textes de l'époque révolutionnaire. Le concept juridique de loi ne dépend donc nullement de la matière traitée, en ce qu'il n'existe pas de matières relevant spécifiquement de la loi et d'autres du règlement ; la notion de loi est également indifférente à la généralité des dispositions émises, une loi pouvant très bien porter sur une situation

<sup>2531</sup> Ibid., p. 315

<sup>2532</sup> Ibid.

<sup>2533</sup> Ibid. ; sur le modèle allemand de monarchie limitée au XIX<sup>e</sup> siècle, nous renvoyons à l'ouvrage de Jacky Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

<sup>2534</sup> Carré de Malberg (1920), p. 317.

<sup>2535</sup> Ibid., p. 326.

<sup>2536</sup> Raymond Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale : étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931. Duguit n'a jamais pu prendre connaissance de cet ouvrage publié trois ans après son décès.

<sup>2537</sup> Carré de Malberg (1920), p. 327.

ou une personne particulière ; enfin, la loi au sens du droit public français se définit sans considération de l'effet juridique prévu, une loi n'étant pas nécessairement une règle de droit<sup>2538</sup>. A la lumière de cette acception large de la loi, le domaine dévolu à la loi est illimité sur le principe. Le Parlement peut légiférer sur tout objet à l'exclusion de toute autre autorité<sup>2539</sup>. La loi se caractérise non par sa matière, mais par sa force particulière dans la mesure où, à teneur du droit constitutionnel positif, elle s'impose à l'ensemble des organes de l'Etat qui ont l'obligation de l'exécuter et qui n'ont pas de moyens juridiques de la contester<sup>2540</sup>. Carré de Malberg affirme que l'on reconnaît une « *loi véritable* » à ceci qu'elle est en mesure de lier toutes les autres autorités de l'Etat<sup>2541</sup>. C'est sur ce fondement que le juriste alsacien parvient à affirmer la différence de nature juridique entre la loi et le règlement. La loi présente certes des traits similaires à ceux du règlement, en raison notamment de leur effet régulateur et, dans la plupart des cas, de la généralité de leurs dispositions. Ces deux catégories d'acte normatif mériteraient cependant d'être distinguées en raison de la subordination hiérarchique de l'une à l'autre<sup>2542</sup>. Carré de Malberg développe cet argument en soutenant que pouvoir législatif et pouvoir réglementaire divergent par la supériorité intrinsèque du premier sur le second<sup>2543</sup>. Ainsi la loi est d'une portée statutaire supérieure en ce qu'elle peut abroger par elle-même toutes les dispositions légales ou réglementaires qui lui sont contraires, et qu'elle ne peut elle-même être abrogée ou modifiée que par une autre loi. De ceci découle la soumission du règlement aux dispositions prises par législatif. Un règlement ne peut se mouvoir que dans les limites de la loi et sa fonction unique ne peut que consister dans l'exécution des lois qu'il ne saurait contredire<sup>2544</sup>.

La loi trône ainsi au faite de la hiérarchie des normes et cette position prééminente lui est octroyée, selon Carré de Malberg, par la qualité particulière de l'organe législatif. A la prééminence de la loi dans la hiérarchie correspond la supériorité du Parlement dans l'organisation des pouvoirs agencée par le droit constitutionnel républicain, de 1791 à 1875<sup>2545</sup>. Le principe de représentation est la clé permettant de comprendre pourquoi la loi est considérée comme la manifestation de volonté la plus haute de

---

<sup>2538</sup> Ibid., p. 327 ; Carré de Malberg (1931), p. 23 : « *la notion de loi ne dépend ni de conditions relatives au contenu de l'acte législatif, ni de distinctions entre matières ou objets qui seraient ou non législatifs en soi, mais uniquement d'un facteur d'ordre formel, à savoir l'origine de la loi, c'est-à-dire le fait qu'elle a été adoptée par le Corps législatif dans les formes requises pour la législation. De même que le Corps législatif peut seul faire une loi, de même aussi est loi tout ce que fait, en y mettant la forme législative, le Corps législatif* ».

<sup>2539</sup> Carré de Malberg (1920), p. 327-328 ; Carré de Malberg (1931), p. 14.

<sup>2540</sup> Carré de Malberg (1920), p. 328-329.

<sup>2541</sup> Ibid., p. 347.

<sup>2542</sup> Carré de Malberg (1920), p. 346 s.

<sup>2543</sup> Ibid.

<sup>2544</sup> Ibid.

<sup>2545</sup> Ibid., p. 346.

l'Etat<sup>2546</sup>. L'art. 6 de la Déclaration de 1789 donne à lui seul les éléments d'explication de ce lien indissoluble entre primauté de la loi et principe de représentation. Dans un esprit proche de Rousseau, cette disposition commence par énoncer que « *la loi est l'expression de la volonté générale* ». La loi était alors regardée comme la manifestation par excellence de la souveraineté (populaire) et donc comme la volonté juridiquement la plus haute, en ce qu'elle domine l'activité des citoyens et de l'ensemble des autorités publiques instituées aux côtés de la législature<sup>2547</sup>. La seconde partie de l'art. 6 précisait que « *tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation* ». Les textes postérieurs à 1789 éliminèrent la possibilité pour les citoyens de participer directement à l'élaboration des lois en consacrant l'exclusivité du principe de représentation<sup>2548</sup>. A l'aune de ce principe défendu avec vigueur par Sieyès et Barnave, l'expression de la volonté de la nation était intégralement confiée à ses représentants qui ont pour mission de vouloir en lieu et place des citoyens. De cette identification entre la volonté populaire et la volonté parlementaire, il ne résulte rien de moins qu'une substitution de la volonté des élus à celle des citoyens<sup>2549</sup>. Le Parlement, en sa qualité de représentant du souverain, détenait ainsi la puissance dans ce qu'elle a de suprême : « *ses pouvoirs, législatif ou autres, participent de la souveraineté dont il est investi représentativement. Tranchons le mot, ce Parlement, conçu comme le représentant de la nation, devient effectivement le souverain. En lui se concentre la souveraineté nationale, avec toutes les supériorités qui en découlent* »<sup>2550</sup>. Pour Carré de Malberg, le principe de représentation est ainsi essentiel à la compréhension de l'organisation étatique consacrée par le droit public français ainsi que pour l'appréhension exacte du concept de loi exprimé par ce dernier. D'une part, il existe une distinction hiérarchique entre le Parlement – l'organe de l'Etat qui se confond avec la nation – et les autres organes dénués de tout caractère de représentation. Les seconds sont intégralement subordonnés au premier. Les représentants ont une fonction initiale de création juridique de la volonté nationale tandis que les « *fonctionnaires* » agissent secondairement pour l'exécuter<sup>2551</sup>. D'autre part, cette gradation hiérarchique des pouvoirs<sup>2552</sup> se reflète dans la catégorisation des actes étatiques. La loi – quel que soit son contenu – étant l'expression de la volonté géné-

<sup>2546</sup> Ibid., p. 350.

<sup>2547</sup> Carré de Malberg (1931), p. 16 et 22.

<sup>2548</sup> Carré de Malberg s'appuie notamment sur l'art. 2 du préambule du titre III de la Constitution de 1791 qui disposait que « *la Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. – La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi* ». Cf. Ibid., p. 18.

<sup>2549</sup> Ibid., p. 17-18.

<sup>2550</sup> Ibid., p. 20.

<sup>2551</sup> Cf. Ibid.

<sup>2552</sup> On pourrait faire intervenir ici l'idée de séparation des pouvoirs quoique d'une manière différente de ce qu'entendait Montesquieu sous ce terme. Chez Carré de Malberg, les pouvoirs sont distingués uniquement sur la base de la portée et de la force qu'aura un acte étatique se-

rale, elle s'imposera à tous les actes émis par des organes privés de caractère de représentation. Dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Carré de Malberg parle de « système de l'Etat légal » pour qualifier une telle configuration constitutionnelle<sup>2553</sup>, tandis qu'il osera employer le terme plus cru de « souveraineté parlementaire » dans son essai sur le concept de loi dans la Constitution de 1875<sup>2554</sup>.

En guise de synthèse, nous dirons donc que la théorie de la loi de Carré de Malberg repose sur un critère exclusivement formel et organique. La loi se caractérise par l'organe qui l'émet dont la particularité tient en ce qu'il s'identifie – par le biais du principe de représentation – à la nation souveraine. Il est ainsi loisible au Parlement d'étendre son pouvoir législatif sur n'importe quel objet, subordonnant de ce fait l'activité de tous les autres organes de l'Etat ainsi que les actes juridiques qui en émanent<sup>2555</sup>.

## 2.2 *Le concept matériel de loi selon Duguit*

### 2.2.1 La loi comme règle générale et abstraite

Les définitions de la loi exposées par la doctrine publiciste entre la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle s'appuyaient sur la combinaison des éléments formel et matériel ou sur leur distinction, ainsi que sur une défense d'un critère exclusivement formel de caractérisation de la loi. A cet égard, Duguit représente un quatrième courant doctrinal qui entend définir la loi sur le fondement d'un unique critère matériel. Conformément à sa conception générale des fonctions juridiques de l'Etat, la catégorisation des différents actes étatiques ne doit se soucier que du type de situation juridique auquel ils sont susceptibles de donner naissance. L'analyste n'a pas à s'intéresser aux organes adoptant les actes juridiques de l'Etat pour déterminer leur nature juridique, dans la mesure où ce n'est pas l'organisation des pouvoirs mais le contenu des actes étatiques qui détermine le type de situation juridique qui en découlera. En

---

lon qu'il émane du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire. Cf. Carré de Malberg (1920), p. 346-347.

<sup>2553</sup> Ibid., p. 490 : « le régime de l'Etat légal [...] se rattache à une conception politique ayant trait à l'organisation fondamentale des pouvoirs, conception suivant laquelle l'autorité administrative doit, dans tous les cas et en toutes matières, être subordonnée à l'organe législatif, en ce sens qu'elle ne pourra agir qu'en exécution ou par permission d'une loi ». Dans cet essai, Carré de Malberg oppose l'Etat légal à « l'Etat de droit » tel qu'il a notamment été conceptualisé par les juristes allemands Robert von Mohl, Julius Stahl et Rudolf Gneist, qui vise moins à soumettre les organes de l'Etat à l'organe législatif qu'à protéger le citoyen de l'arbitraire des autorités en contraignant l'Etat à soumettre son action à des règles préétablies. Cf. Ibid., p. 488 s.

<sup>2554</sup> Carré de Malberg (1930), p. 20.

<sup>2555</sup> Pour une analyse particulièrement éclairante de la théorie malbergienne de la loi, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à l'excellent ouvrage d'Eric Maulin. Cf. Maulin (2003), p. 255 s.

procédant à la restitution de la théorie duguitienne de la loi, nous pourrions constater l'opposition frontale entre le Doyen de Bordeaux et la doctrine de son temps.

Duguit affirme que la loi est une disposition par voie générale dotée d'un caractère impératif. En ce sens, le juriste français identifie deux critères de définition de la loi matérielle : la généralité et le caractère impératif. Nous débiterons par le premier point, qui a donné lieu aux plus âpres débats doctrinaux. A titre liminaire, il nous faut relever que Duguit ne fut pas isolé dans sa défense de la conception de la loi fondée sur la généralité de son objet. En Allemagne, un tel critère matériel de définition avait notamment été soutenu par Robert von Mohl et le publiciste Georg Meyer<sup>2556</sup>. Dans les *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, Gerber affirme également que l'Etat, lorsqu'il fait œuvre de législateur, s'exprime par le biais de normes générales et abstraites<sup>2557</sup>. En France, l'appréhension du concept de loi par sa généralité trouva ses partisans chez des auteurs que l'on présente parfois comme des « disciples » de Duguit. Ainsi Roger Bonnard reprend à son compte la notion d'acte-règle, indiquant que la fonction législative consiste à formuler des règles de droit générales et impersonnelles<sup>2558</sup>. Gaston Jèze, dont la théorie de l'acte juridique est sensiblement proche de celle de Duguit, estimait que les actes étatiques ne peuvent être distingués les uns des autres que par leur contenu, c'est-à-dire par l'effet juridique voulu par l'auteur de l'acte<sup>2559</sup>. En ceci, l'acte législatif se reconnaît à ceci qu'il crée une situation générale, impersonnelle et objective qui sera celle de tous les individus se trouvant dans les conditions de fait visés par l'acte. Pour produire un tel effet, l'acte législatif ne peut s'exprimer que de manière générale et impersonnelle. La nature juridique de la loi consiste donc dans l'expression d'une règle de droit générale et abstraite<sup>2560</sup>. Jèze affirme, de façon fidèle à Duguit, que la qualité de l'auteur d'un acte juridique n'a aucune influence sur la nature juridique de ce dernier, si bien qu'il est impossible de déceler la moindre différence de nature entre une loi et un règlement<sup>2561</sup>. Du côté des privatistes, Planiol affirme également qu'une loi est nécessairement établie en permanence pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. En conséquence, Planiol se récrie sur la propension à qualifier de loi des actes qui sont prévus pour une exécution unique. De tels actes devraient être qualifiés, selon lui, d'actes administratifs<sup>2562</sup>.

En définissant la loi matérielle comme une règle générale et abstraite, Duguit soutient lui aussi que « *la loi contient une disposition qui ne disparaît pas après son application à un cas prévu et déterminée d'avance, mais qui survit à cette application, et qui*

<sup>2556</sup> Pour les références, cf. Duguit (2003), p. 511-512.

<sup>2557</sup> Gerber (1998), p. 137.

<sup>2558</sup> Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1940, p. 63 s.

<sup>2559</sup> Jèze (1914), p. 22.

<sup>2560</sup> Ibid.

<sup>2561</sup> Ibid., p. 23.

<sup>2562</sup> Planiol (1922), p. 64-65.

*s'appliquera, tant qu'elle ne sera pas abrogée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prévoit* »<sup>2563</sup>. Cette définition laisse apparaître le lien intime entre la structure interne de l'acte et l'effet juridique qu'il vise à produire. La loi matérielle est énoncée en termes généraux et abstraits dans le but de s'appliquer à un nombre indéterminé de situations et de personnes signifiant par là que la loi n'est pas conçue pour une utilisation quantitativement prédéterminée des pouvoirs juridiques qu'elle consacre. Pour employer les termes techniques élaborés par Duguit dans sa théorie de l'acte juridique, une loi matérielle est nécessairement un *acte-règle* visant à créer une *situation juridique objective*, dont la spécificité est d'être permanente et générale comme la norme dont elle dérive<sup>2564</sup>. A l'image des auteurs connaissant la distinction entre loi au sens formel et loi au sens matériel, Duguit affirme que les décisions émanant de l'organe législatif par voie individuelle et concrète sont à ranger uniquement dans la première catégorie. D'un point de vue matériel, de tels actes devront être qualifiés, selon les circonstances, d'actes administratifs ou d'actes juridictionnels, dans la mesure où ils ne sont pas de nature à donner naissance à une situation juridique objective, à l'exception des actes-conditions administratifs<sup>2565</sup>. Une logique identique domine les réflexions de Duguit sur la nature juridique des règlements administratifs. Ceux-ci visant la création d'une situation juridique objective par la généralité de leurs dispositions, ils sont identiques du point de leur effet juridique à tout acte-règle, dont les lois. Les règlements sont ainsi un produit de la fonction législative bien qu'ils n'émanent pas de l'organe législatif désigné par la Constitution<sup>2566</sup>. A travers de l'assimilation de la loi au règlement par leur commune subsomption sous la catégorie de l'acte-règle, Duguit procède à une certaine dévalorisation de la loi positive<sup>2567</sup>. En effet, celle-ci n'apparaît plus comme un acte nettement caractérisé en raison de ses conditions organiques d'adoption. Il ne s'agit plus qu'une règle générale et abstraite parmi d'autres, comme le sont les règlements administratifs ou même les conventions-lois émanant d'acteurs privés<sup>2568</sup>.

---

<sup>2563</sup> Duguit (1928), p. 166.

<sup>2564</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.1. ; En disant que la loi est permanente, Duguit ne veut pas dire qu'une loi au sens matériel est nécessairement prévue pour une durée indéterminée. La « permanence » de la loi renvoie à l'idée selon laquelle « la loi ne s'épuise pas par son application dans un cas particulier, qu'elle reste toujours vivante après ses multiples applications, et applicable aux prévus se présentant à nouveau ». Cf. Duguit (2003), p. 525. Une telle définition n'interdit pas que la loi soit adoptée pour une durée prédéterminée, dans la mesure où la limitation temporelle de la loi ne vise pas à restreindre son application à une situation ou à une personne prédéterminée. Les lois fiscales annuelles en étaient un bon exemple. Cf. Duguit (1928), p. 177-180.

<sup>2565</sup> Duguit (1928), p. 167-168. Sur les actes administratifs, cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>2566</sup> Duguit (1928), p. 209 s.

<sup>2567</sup> Cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 171.

<sup>2568</sup> Sur cette dernière catégorie, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.3.3.

Le Doyen de Bordeaux tente de démontrer la supériorité de sa conception de la loi en l'asseyant sur un double fondement, à la fois rationnel et historico-politique. Cela signifie-t-il qu'elle repose intégralement sur des considérations extra-juridiques ?<sup>2569</sup> Il faut répondre positivement à cette question si l'on entend par là que Duguit élabore une théorie de la fonction législative sans appui dans le droit positif en vigueur. En revanche, il est tout à fait possible de fournir une réponse plus nuancée à cette interrogation à condition de placer la conception duguitienne de la loi matérielle dans la théorie générale du droit défendue par le Doyen de Bordeaux. Dans l'esprit de ce dernier, la loi positive n'est jamais la décision souveraine d'une volonté affranchie de toute limite ; elle n'est que le constat d'une règle de droit plus large qui découle des liens de solidarité entre les hommes. Or une telle norme sociale a pour caractère particulier de régir la conduite de l'ensemble des individus dans toutes les circonstances de la vie sociale<sup>2570</sup>. Toute discipline sociale présente, par définition, un important caractère d'impersonnalité qui doit impérativement se réfracter dans la loi positive. Dans le cas contraire, celle-ci ne serait pas conforme au droit objectif. En ce sens, le fondement que Duguit estime simplement « rationnel » n'est pas dénué de tout caractère juridique.

Le second mode argumentatif développé par le Doyen de Bordeaux convoque des éléments d'ordre historique mais aussi – et surtout – politique. Le développement de la fonction législative est pour lui le produit d'un long développement historique. Dans les sociétés primitives, les gouvernants auraient d'abord agi exclusivement par voie individuelle et concrète avant que se développe progressivement chez les gouvernés l'idée forte qu'une vie sociale stable et paisible n'est possible que sous l'empire de règles s'appliquant à tous et en toute situation<sup>2571</sup>. Les arguments avancés par le Doyen de Bordeaux pour affirmer la supériorité intrinsèque de cette conception matérielle de la loi sont tout à fait communs. Il soutient que la généralité des règles a eu une tendance inexorable à s'imposer du fait qu'elle constitue une solide barrière à l'arbitraire des gouvernants<sup>2572</sup>. A cet égard, Duguit réitère partiellement, dans le *Traité de droit constitutionnel*, l'analyse historique des différentes conceptions de la loi qu'il avait entreprise dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Le juriste français aboutit à cette même dichotomie sommaire : la concept de loi comme règle générale et abstraite est la marque des systèmes juridiques des « *pays civilisés* » tandis que ceux ignorant cette notion seraient des régimes marqués par la tyrannie et l'arbitraire<sup>2573</sup>. Bien

<sup>2569</sup> C'est le reproche que faisait Carré de Malberg aux défenseurs de la conception de la loi comme règle générale et abstraite.

<sup>2570</sup> Duguit (1928), p. 172-173. Sur la notion de règle sociale chez Duguit, cf. *supra*, titre II, 1<sup>re</sup> Partie, 2.

<sup>2571</sup> Duguit (1928), p. 173-175.

<sup>2572</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>2573</sup> *Ibid.*, p. 176.

que Duguit soutienne que sa théorie des fonctions juridiques de l'Etat ne s'occupe que des éléments internes des actes étatiques sans considération du but qu'ils poursuivent, sa construction de la notion de loi résulte bel et bien d'un facteur téléologique. S'il estime que la loi au sens matériel apparaît « *rationnellement, historiquement et socialement avec le caractère de la généralité* »<sup>2574</sup>, c'est en raison de la garantie politique que la loi ainsi caractérisée est en mesure de fournir. La partie théorique de son œuvre est, sur ce point, surdéterminée par sa composante politique.

A ce stade, il nous est possible de démontrer ce qui sépare les conceptions de Duguit sur le concept de loi de celles soutenues par les auteurs qui furent ses contemporains. Le juriste français défend une conception de la loi prise en son sens matériel. Cependant, le critère matériel élaboré par Duguit diffère sensiblement de la définition de Laband et Jellinek de la règle de droit. Selon ces auteurs, la règle de droit se caractérise, non par sa généralité, mais par son effet juridique en ce qu'elle exerce un impact direct sur la sphère juridique de l'Etat ou des individus en attribuant à ceux-ci de nouveaux droits ou de nouvelles obligations. Les critiques de Duguit à l'endroit de cette doctrine recouvrent, comme souvent chez le juriste français, divers champs argumentatifs. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, une critique d'ordre politique et épistémologique domine le propos du Doyen de Bordeaux. En premier lieu, la distinction entre la conception de Laband et Jellinek de la règle de droit et son acception duguitienne tient dans l'identification de la source de la règle de droit. Les juristes allemands précités estiment que la règle de droit est créée par l'Etat tandis Duguit estime que les gouvernants se contentent de constater une règle de conduite sociale préexistante et d'en reporter les impératifs dans une loi positive<sup>2575</sup>. Par conséquent, la liberté laissée à l'Etat dans la création de la règle de droit ne peut qu'influer sur son caractère interne. Si l'Etat est libre de déterminer souverainement la portée d'une règle de droit, il n'y a pas d'opposition possible à ce que les gouvernants créent une règle de droit générale et abstraite ou bien individuelle et concrète selon des motifs qu'ils estimeront pertinents. Duguit affirme, en revanche, que la règle de droit préexiste à la volonté législative et que celle-ci ne peut que reporter les caractères de la règle de droit qui s'impose à elle. Or le Doyen de Bordeaux a démontré que la règle de droit qui découle des liens d'interdépendance entre individus embrasse les manifestations de la vie sociale dans ce qu'elles ont de plus constant ou, à tout le moins, de général<sup>2576</sup>. Duguit estime,

---

<sup>2574</sup> Ibid.

<sup>2575</sup> Duguit (2003), p. 516.

<sup>2576</sup> Ibid. : « *Nous croyons avoir établi que la règle de droit ne peut se concevoir, ne peut avoir une valeur obligatoire, que si elle est une règle sociale, par conséquent une règle générale. La règle de droit est fondée sur la solidarité sociale ; or la solidarité sociale comprend tous les membres d'une société donnée ; elle est générale, permanente ; elle englobe pour ainsi dire toute la vie sociale. La règle de droit doit avoir les mêmes caractères et la même étendue* ».

en conséquence, que la loi positive doit nécessairement posséder les mêmes caractères et la même portée que la règle de droit qu'elle incorpore.

En second lieu, Duguit perçoit dans la définition de la règle de droit offerte par la doctrine allemande de droit public un reliquat larvé de droit naturel. Toute la construction labandienne de la règle de droit repose implicitement sur l'idée d'une sphère de libre activité appartenant à l'individu comme tel, que l'Etat peut accroître ou restreindre en délimitant les possibilités de la volonté privée<sup>2577</sup>. Duguit n'ignore pas le refus de toute considération philosophique dans l'étude du droit revendiqué par Laband ; le juriste français reconnaît que la modification de la sphère juridique visée par les juristes allemands opère sur la situation dans laquelle se trouvait le sujet sous l'empire d'une loi au sens matériel (positive) antérieure<sup>2578</sup>. Cependant, Duguit tente de démontrer par un simple jeu de logique le jusnaturalisme qui s'instille en contrebande dans une telle définition de la règle de droit. L'exactitude d'une définition se mesurant à sa capacité d'embrasser tous les phénomènes qu'elle entend décrire, la théorie générale de la loi au sens matériel développée par Laband et Jellinek doit, si elle veut être considérée comme scientifique, permettre de caractériser toutes les lois, aussi bien « *les lois faites dans un pays parvenu au stade actuel de l'évolution politique que celles formulées dans une société qui naît à la vie politique* »<sup>2579</sup>. Duguit invite le lecteur à imaginer le cas de la *première* décision intervenue dans une société politique. Cette décision sera, selon la définition de Laband et Jellinek, une loi au sens matériel si elle touche à la sphère d'activité juridique des individus. Mais c'est précisément là où la doctrine labandienne ne peut plus échapper à ses contradictions. En effet, cette sphère de libre activité « *ne peut avoir été créée par des lois positives antérieures, puisque par hypothèse il n'y en a point. Cette sphère juridique, si elle existe, et il faut qu'elle existe pour qu'il y ait une loi matérielle [...] ne peut résulter que du droit naturel, c'est-à-dire qu'elle appartient à l'individu en sa qualité d'homme, et la loi positive ne sera dès lors que la décision de l'autorité politique, qui modifie dans l'intérêt commun la sphère d'activité juridique naturelle de l'individu, les droits individuels naturels* »<sup>2580</sup>. Laband et Jellinek admettraient ainsi implicitement que la position originelle de l'individu est un état de liberté inconditionnée. La doctrine sociologique de Duguit enseigne, au contraire, que le statut premier de l'homme est un état social marqué par une discipline s'imposant toujours et partout à sa volonté particulière. Il convient néanmoins de souligner que la réfutation élaborée par Duguit à l'endroit de la définition de la règle de droit de ses homologues d'outre-Rhin repose intégralement sur la fiction d'une société dénuée de toute loi. La démonstration du juriste français est

---

<sup>2577</sup> Ibid., p. 517.

<sup>2578</sup> Ibid.

<sup>2579</sup> Ibid., p. 518.

<sup>2580</sup> Ibid.

peut-être satisfaisante sur un plan logique mais elle rentre en contradiction frontale avec son programme épistémologique<sup>2581</sup>.

En troisième et dernier lieu, Duguit reproche à la théorie allemande de la règle de droit d'opérer une confusion entre la règle de droit et certains autres actes juridiques émanant de l'Etat<sup>2582</sup>. Si une loi au sens matériel peut être individuelle et concrète, alors il ne peut subsister de différence entre celle-ci et un acte administratif. Dans son traité, Laband illustre notamment l'idée qu'il existerait des lois « individuelles » en donnant l'exemple d'une loi déclarant « *un certain prince, issu d'une unionmorganatique, légitime et habile à succéder au trône* »<sup>2583</sup>. Le juriste allemand soutient qu'une telle loi contient une règle de droit dans la mesure où « *l'ordre de la succession au trône a la qualité de droit objectif* »<sup>2584</sup>. Duguit note que cette loi serait, du point de vue strictement matériel, identique à la nomination d'un fonctionnaire puisqu'elle a pour effet de modifier la sphère juridique d'une personne particulière<sup>2585</sup> ; il s'agit dans les deux cas d'un acte-condition plaçant une personne déterminée sous la dépendance d'un certain régime légal<sup>2586</sup>. De même, une loi qui exempterait un individu de l'impôt contiendrait une règle de droit puisqu'elle modifie la sphère juridique d'un individu en la dégrevant d'une obligation<sup>2587</sup>. Pourtant, l'effet juridique d'une telle loi est de donner naissance à une situation juridique subjective, spéciale et temporaire. Le défaut méthodologique de la doctrine labandienne tient donc en ce qu'une même catégorie englobe plusieurs phénomènes juridiques distincts. La notion de règle de droit couvre autant les actes-règles, les actes-conditions que les actes subjectifs. Le refus de caractériser la loi au sens matériel par sa généralité complique ainsi considérablement la catégorisation des actes étatiques.

Les arguments que Duguit développe à l'encontre du critère formel de définition de la loi sont plus directement imprégnés de considérations politiques. L'aspect théorique n'est néanmoins pas exclu. Par exemple, les auteurs qui distinguent la loi du règlement au motif que la première n'est pas susceptible de recours tandis que le second est soumis au respect de la loi et peut être annulé pour cette raison sont accusés de confondre deux ordres de problème distincts. Les possibilités de recours contre la loi ou le règlement regarde l'organisation hiérarchique des pouvoirs et la place prédominante accordée au Parlement en raison de sa fonction représentative du souverain. En revanche, la nature législative de ces actes résulte uniquement de l'identité de leurs ca-

---

<sup>2581</sup> Programme qui, rappelons-le, repose sur l'évacuation de toutes les fictions de la science du droit. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>2582</sup> Duguit (2003), p. 519 ; Duguit (1928), p. 170.

<sup>2583</sup> Laband (1901), p. 262.

<sup>2584</sup> *Ibid.*

<sup>2585</sup> Duguit (2003), p. 520 ; Duguit (1928), p. 170.

<sup>2586</sup> Sur la notion d'acte-condition, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.1.

<sup>2587</sup> Duguit (2003), p. 520.

ractères internes<sup>2588</sup>. Cependant, les prérogatives exorbitantes de l'organe législatif que consacre la théorie formelle de la loi constituent le point central des protestations du juriste français. Il est vrai que la théorie de la loi de Carré de Malberg aboutit à la négation de toute possibilité d'entraver l'expression de la volonté générale portée par le législateur<sup>2589</sup>. A cet égard, Duguit estime que les définitions formelles de la loi se sont imposées uniquement car les esprits auraient été « *hypnotisés par la fausse notion de souveraineté* » de sorte que la loi aurait été réduite à la décision de toute volonté déclarée souveraine, sans considération des caractéristiques internes de celle-ci<sup>2590</sup>.

Au-delà du refus de la notion de souveraineté qui parcourt toute son œuvre, Duguit ancre sa critique de la définition formelle de la loi dans la réalité institutionnelle de son temps. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, le juriste français juge indispensable un retour rapide à la notion « *primaire et rationnelle* »<sup>2591</sup> de la loi – qui voit en celle-ci un texte général et abstrait et donc un rempart contre l'arbitraire des gouvernants – car le début du XX<sup>e</sup> siècle est, selon lui, une époque « *où la démocratie triomphante, flattée par ses courtisans, a comme toujours la tendance à se croire omnipotente* »<sup>2592</sup>. Par démocratie omnipotente, le Doyen de Bordeaux vise essentiellement l'omnipotence parlementaire, thème récurrent de la doctrine constitutionnaliste de la III<sup>e</sup> République. Nous aurons l'occasion de revenir sur la contribution de Duguit à ce débat<sup>2593</sup>. A ce stade, il convient simplement de souligner que le lien entre la prédominance du parlement dans l'organisation des pouvoirs et la supériorité de la loi formelle dans la hiérarchie des normes avait été clairement identifiée par Duguit. Il n'est dès lors par surprenant que ce dernier ait écrit que l'acception formelle de la loi soutenue par Carré de Malberg était aux antipodes de ses conceptions et que lui et le juriste alsacien ne parlaient tout simplement pas la même langue<sup>2594</sup>.

## 2.2.2 Le caractère impératif de la loi ; la question de la promulgation

Outre qu'elle s'énonce par voie générale et abstraite, la loi se caractérise, selon Duguit, par son caractère impératif. En d'autres termes, le second critère de définition de la loi réside dans l'expression d'un commandement ou d'une interdiction de faire une

<sup>2588</sup> Ibid., p. 508-509 : « *Si un recours est possible contre les décisions réglementaires, il n'en résulte point qu'elles ne soient pas des lois au sens matériel. On a déjà montré que les deux choses étaient absolument distinctes : le caractère législatif dépend de la nature intrinsèque de l'acte ; la possibilité du recours dépend du caractère de l'organe qui a fait l'acte, c'est-à-dire d'un élément purement formel* ».

<sup>2589</sup> Cf. Maulin (2003), p. 261.

<sup>2590</sup> Duguit (2003), p. 501 ; Duguit (1913), p. 86 s.

<sup>2591</sup> Duguit (2003), p. 501.

<sup>2592</sup> Ibid.

<sup>2593</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.1.

<sup>2594</sup> Duguit (1928), p. 165. Plus loin, Duguit écrit que la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* du Professeur de Strasbourg est « *imprégnée de tendances régaliennes contre lesquelles [il] ne saurait trop énergiquement s'élever* ». Cf. Ibid., p. 171.

certaine chose, en ce sens que la loi contient nécessairement un ordre positif ou négatif<sup>2595</sup>. A cet égard, Duguit constate que toute loi positive implique un acte de volonté gouvernante<sup>2596</sup>. La question qui doit maintenant nous préoccuper consistera à déterminer si la volonté de l'Etat constitue en soi le *fondement* du caractère impératif de la loi. La réponse de Duguit à cette interrogation sera résolument négative. Une réponse contraire eût été en opposition frontale avec sa doctrine qui ne laisse que peu de place au pouvoir de création juridique de la volonté gouvernante.

La doctrine contemporaine de Duguit soutenait, dans sa grande majorité, que le fondement du caractère obligatoire de la loi résidait dans la volonté de l'organe dont elle émane. Les considérations des juristes allemands sur la sanction monarchique de la loi ainsi que les développements de leurs homologues français sur le pouvoir de promulgation des lois du Président de la République forment, à notre sens, une excellente voie d'accès à cette compréhension du fondement du caractère impératif des lois positives. Duguit connaissait très bien la théorie allemande de la sanction monarchique des lois dont Paul Laband s'est fait le théoricien<sup>2597</sup>. Selon le juriste allemand, la notion de la loi (au sens matériel) ne s'épuise pas dans la définition de la règle de droit. La fixation du contenu de la loi n'est, en effet, que le premier élément constitutif de la fonction législative. Le second élément inhérent à l'activité législative est l'injonction de se soumettre à la règle de droit exprimée par la loi. L'établissement de toute loi se divise ainsi en deux opérations distinctes qui forment les deux éléments nécessaires à toute œuvre législative : « [la fixation] *une maxime de droit contenu dans la loi, et la sanction jointe à cette maxime ; en d'autres termes, le contenu de la loi et le commandement qui s'y ajoute* »<sup>2598</sup>. Dans la mesure où la perfection d'une loi requiert deux actions distinctes, celles-ci pourront être réalisées par deux organes différents, conformément à l'organisation constitutionnelle du pays considéré<sup>2599</sup>. Dans le cas du modèle allemand de monarchie limitée, Laband indique que la sanction de loi est dévolue au monarque, l'*imperium* étant concentré en ses mains. En revanche, la fixation du contenu de la loi s'opère par le concours de la représentation du peuple et du gouvernement. D'un point de vue pratique, la doctrine de la sanction monarchique aboutit à ce résultat où le monarque ne peut toucher au contenu de la loi, tout en conservant le pouvoir discrétionnaire de rendre celle-ci exécutoire. Le caractère impératif de la loi découle ainsi du commandement d'obéissance adressé aux destinataires de la norme par la volonté souveraine du Monarque<sup>2600</sup>. Dans son essai *Gesetz und Verordnung*,

---

<sup>2595</sup> Ibid., p. 180 ; Duguit (2003), p. 548.

<sup>2596</sup> Ibid.

<sup>2597</sup> Cf. Duguit (2003), p. 549 ; Duguit (1924), p. 627-628.

<sup>2598</sup> Laband (1901), p. 264.

<sup>2599</sup> Ibid., p. 266.

<sup>2600</sup> Nous avons déjà abordé la doctrine labandienne de la sanction monarchique des lois plus haut. Nous avons souligné la dimension de stratégie politique qu'elle revêtait. En effet, Laband af-

Jellinek ratifie la théorie de la sanction monarchique de son aîné, soulignant qu'elle incarnera l'un des acquis les plus durables de la science juridique<sup>2601</sup>. Il nuance cependant le point de vue de Laband. Selon Jellinek, le vote de la représentation nationale ne constitue pas uniquement le moment de fixation du contenu de la loi ; il est également doté d'une valeur juridique en ce qu'il constitue une approbation *a priori* à la future sanction monarchique<sup>2602</sup>. Cependant, cet acte d'approbation ne minore nullement le pouvoir monarchique. En effet, le juriste de Heidelberg précise que le vote aux chambres n'enlève rien à la liberté souveraine du monarque dans sa décision de sanction. En tant que détenteur d'un pouvoir de commandement originaire, le monarque peut refuser à sa guise de sanctionner une loi dûment approuvée par les représentants du peuple<sup>2603</sup>.

La nature de l'action du pouvoir exécutif dans la procédure législative est un point qui préoccupe longuement Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. Le juriste alsacien s'étonne que la majorité des auteurs ait donné une interprétation du pouvoir de promulgation des lois conféré au Président de la République par l'art. 3 de la loi du 25 février 1875 qui tend à l'assimiler à une prérogative similaire à la sanction monarchique des lois. Des auteurs aussi divers dans leurs orientations que Esmein, Laferrière, Hauriou et Duguit auraient ainsi considéré la promulgation comme un acte de nature législative donnant force exécutoire à la loi<sup>2604</sup>. Selon Carré de Malberg, un pareil point de vue ignore totalement l'esprit du système constitutionnel français. Selon la conception formelle de la fonction législative défendue par le Professeur de Strasbourg, la loi est exécutive en vertu de la volonté des Assemblées dont la nature confère une *puissance spéciale* à la loi<sup>2605</sup>, rendant superflu un commandement particulier de l'Exécutif. En effet, le système constitutionnel français investit le Corps législatif de la plus haute puissance de commander en raison de sa fonction représentative, qui lui permet de vouloir en lieu et place de la Nation. Un tel système, comme l'explique justement Eric Maulin, ne connaît pas réellement de *commande-*

---

firmait que la souveraineté de l'Etat ne s'affirmait pas dans la détermination du contenu de la loi mais uniquement dans sa sanction, cet acte seul étant véritablement l'exercice du droit de domination qui caractérise la puissance de l'Etat. En ce sens, l'Empereur devait être regardé, du point de vue du droit public, comme le véritable détenteur du pouvoir législatif. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.3. Duguit n'avait pas manqué de souligner la manœuvre : « nous ne sommes pas éloignés de croire qu'en exposant cette théorie de la loi, Laband a été bien moins dirigé par une étude approfondie de la nature interne de la loi que par le désir de démontrer, à l'aide de raisons juridiques, que l'empereur allemand qui promulgue la loi et formule l'ordre d'obéir à la loi est le véritable titulaire du pouvoir législatif, que ce n'est point le Reichstag ». Cf. Duguit (2003), p. 550.

<sup>2601</sup> Jellinek (1887), p. 315.

<sup>2602</sup> Jellinek (1887), p. 316-317.

<sup>2603</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>2604</sup> Carré de Malberg (1920), p. 405.

<sup>2605</sup> Sur ce point, cf. Maulin (2003), p. 259 s.

ment législatif puisque tout ordre donné par le Corps législatif équivaut – par le biais de la réduction de la volonté nationale à la volonté parlementaire opérée par le principe de représentation – à une obligation des citoyens envers eux-mêmes<sup>2606</sup>. Dans une telle configuration, il apparaîtrait illogique que l'œuvre de l'organe suprême de l'Etat nécessite, pour être parachevée, un ordre spécial émanant d'un organe subalterne<sup>2607</sup>. En promulguant la loi, le Président de la République ne formule aucun commandement mais se contente d'obéir à la loi en pourvoyant à son exécution, ce qui permet de distinguer nettement la promulgation de la sanction monarchique des lois<sup>2608</sup>. En ce sens, la promulgation est à considérer comme le premier acte d'exécution d'une loi parfaite par le seul vote du Parlement. A ce stade, il importe surtout de retenir que Carré de Malberg estime que le fondement du caractère impératif de la loi repose sur la volonté et la qualité particulière de l'organe dont elle émane. La position du juriste alsacien est, sur ce point précis, identique à celle de Laband. Pour les deux auteurs, l'obéissance et la fidélité aux lois sont fondées sur le commandement de l'organe suprême de l'Etat, l'Empereur dans le système allemand, le Parlement dans le système français.

La position de Duguit sur la nature juridique de la promulgation est assez subtile. En apparence, le Doyen de Bordeaux semble rejoindre les conceptions des juristes allemands. Il est possible d'acquiescer à une telle conviction en se reportant aux assertions tenues par Duguit dans le *Traité de droit constitutionnel*. Il y élève la promulgation au rang de « *complément indispensable de la loi* », affirmant que « *tant qu'il n'y a pas promulgation, il n'y a pas, à proprement, de loi, que nul n'est tenu d'obéir à cette prétendue loi qui n'est point encore promulguée* ». A travers cette affirmation, Duguit nous semble rejoindre une position doctrinale qui était largement partagée par ses pairs, à savoir que le juge était autorisé à ne pas appliquer une loi inexistante<sup>2609</sup>. On peut porter au crédit de Gaston Jèze d'avoir particulièrement bien développé cette position. Si ce dernier contestait que le juge puisse refuser l'application d'une loi au motif que son contenu serait contraire à la constitution – il parle à cet égard de contrôle de la « *constitutionnalité intrinsèque* » – il affirmait que tout magistrat était habilité à considérer une loi inexistante pour cause d'« *inconstitutionnalité extrinsèque* »<sup>2610</sup>. Jèze considérait par là qu'une loi dont la confection n'avait pas respecté les conditions formelles posées par la Constitution ne pouvait faire l'objet d'aucun acte d'application<sup>2611</sup>. Ainsi une loi qui n'aurait, par exemple, pas bénéficié du vote des deux chambres ou de la promulgation par le Président de la République était privée de toute

---

<sup>2606</sup> Ibid., p. 257 et 273.

<sup>2607</sup> Carré de Malberg (1920), p. 414, n. 11.

<sup>2608</sup> Ibid., p. 422-423.

<sup>2609</sup> Cf. Baumert (2009), p. 96 s.

<sup>2610</sup> Jèze (1924), p. 422-423 et p. 425.

<sup>2611</sup> Ibid.

effectivité auprès des autorités d'application du droit. C'est certainement sur la base d'un tel constat que Duguit en vient à estimer que « *le Président de la République est directement et vraiment associé à la confection de la loi* »<sup>2612</sup>. A ce titre, Duguit juge erroné de qualifier la promulgation d'acte d'exécution. En effet, un acte d'exécution consiste dans l'accomplissement d'un comportement prescrit ou dans toute mesure visant à empêcher des actions prohibées par une loi *déjà existante*, qui doit avoir été promulguée pour prétendre à une existence juridique<sup>2613</sup>. La promulgation doit être, à l'évidence, considérée comme un acte juridique dans la mesure où l'acte du Président de la République provoque une modification dans l'ordonnement juridique<sup>2614</sup>. A cet égard, Duguit juge opportun de ranger la promulgation dans la catégorie des actes-conditions. L'acte de promulgation est en effet celui par lequel naît une nouvelle situation juridique objective pour les personnes visées par la loi promulguée. La promulgation conditionne la naissance de nouveaux droits et de nouvelles obligations pour les particuliers autant qu'elle crée une nouvelle compétence pour les autorités judiciaires et administratives chargées d'appliquer la loi. Cependant, on ne saurait soutenir, comme l'affirme Carré de Malberg<sup>2615</sup>, que Duguit construit une définition de la promulgation équivalente à la théorie labandienne de la sanction des lois. Le Doyen de Bordeaux prend soin de distinguer les deux notions. Alors que le principe de la sanction monarchique des lois propre aux monarchies constitutionnelles confère au Souverain un pouvoir discrétionnaire de mise en vigueur des lois, le principe de la promulgation consacrée par la loi du 25 février 1875 doit être interprété comme une obligation faite au Président de la République de promulguer la loi<sup>2616</sup>. Ainsi, écrit Duguit, si « *les lois contiennent un commandement, ce n'est pas le président de la République qui l'édicte, mais bien et seulement le parlement* »<sup>2617</sup>. La sanction royale et la promulgation par le Président de la République sont donc identifiées par Duguit comme deux institutions répondant à des logiques distinctes.

Il demeure cependant un élément qui sépare Duguit autant de la théorie de la sanction monarchique élaborée par Laband que du concept de puissance spéciale de la loi soutenue par Carré de Malberg. Ces deux publicistes font du droit de domination de l'Etat le pilier commun de leurs systèmes. Par conséquent, l'obligation juridique y résulte de la volonté du titulaire de la plus haute puissance de commander établie par l'architecture constitutionnelle de l'Etat concerné. Ce pouvoir de domination est, en quelque sorte, légitimé par la théorie de la personnalité juridique de l'Etat. Nous avons eu l'occasion de souligner que cette doctrine enseigne que toute personne exerçant une préro-

---

<sup>2612</sup> Duguit (1924), p. 624.

<sup>2613</sup> Ibid., p. 626.

<sup>2614</sup> Ibid., p. 627.

<sup>2615</sup> Carré de Malberg (1920), p. 411.

<sup>2616</sup> Duguit (1924), p. 628.

<sup>2617</sup> Ibid., p. 629.

gative prévue par la Constitution n'exerce jamais un droit propre mais le droit d'une personne morale tierce, l'Etat, réputée être, dans la variante française de cette théorie, la personnification juridique de la nation. Duguit s'est évertué de faire justice de cette construction, avançant que les gouvernants n'agissent qu'en leur nom propre et que leurs volontés individuelles ne sauraient s'imposer comme telles aux volontés individuelles des gouvernés. A cet égard, Duguit a tenté de déconstruire tous les discours de légitimation fondés sur l'établissement d'une hiérarchie entre volonté(s) gouvernante(s) et volontés gouvernées<sup>2618</sup>. Ces éléments récapitulatifs nous permettent d'expliquer pourquoi la volonté des organes de l'Etat ne saurait fonder, selon Duguit, le caractère impératif des lois positives. Ni le parlement, ni le chef de l'Etat ne sont en mesure, par la puissance intrinsèque de leur volonté, de donner naissance à une obligation juridique puisqu'aucun « *homme, aucun groupe d'hommes, n'a le pouvoir d'adresser un commandement à d'autres hommes, parce qu'aucune volonté humaine n'est supérieure à une autre* »<sup>2619</sup>. De surcroît, la théorie de la personnalité juridique de l'Etat lui semble particulièrement impuissante à fonder le caractère obligatoire des lois qui ne s'adressent non pas aux citoyens mais à l'Etat lui-même, à l'image des Déclarations de droits, des lois organiques et des lois de compétences. En effet, une telle doctrine postule que la volonté de l'organe législatif n'est que l'aspect phénoménal de la volonté d'une personnalité tierce, l'Etat. Dans une telle configuration, une loi dont les injonctions sont dirigées vers le législateur ou vers un autre organe de l'Etat sont à interpréter comme des ordres que l'Etat se donne à lui-même. Or, Duguit pense l'avoir démontré, il est logiquement inconcevable de se donner des ordres à soi-même, sauf à retomber dans les errements de la théorie de l'autolimitation de l'Etat<sup>2620</sup>.

La question du caractère obligatoire de la loi ne peut se résoudre que par l'établissement des conditions constitutives de l'obligation juridique. Or celles-ci sont indépendantes de la volonté de l'auteur du commandement législatif. La position de Duguit à ce sujet, nous l'avons vu, consistait à dire que la force obligatoire d'une loi découle de la conviction subjective que nourrissent ses assujettis quant à la nécessité d'autoriser ou d'interdire les comportements visés par la loi. A cet égard, il nous est apparu que le Doyen de Bordeaux soutenait que la volonté de l'Etat est incapable, par sa seule force, de générer une telle conviction. Le sentiment de l'obligation s'imprime dans la conscience des hommes lorsque l'injonction contenue dans la loi leur apparaît – de façon réfléchie ou purement instinctive – nécessaire au maintien des liens de solidarité qui font la cohésion de toute société<sup>2621</sup>. Le fondement du caractère impératif de la loi n'est ainsi plus à rechercher dans la puissance d'une volonté particulière mais dans la conformité de ladite loi à l'état social du pays. Ce postulat est apparu précocement

---

<sup>2618</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III.

<sup>2619</sup> Duguit (1924), p. 628-629.

<sup>2620</sup> Duguit (1928), p. 182 s ; Duguit (2003), p. 554-555.

<sup>2621</sup> Sur l'ensemble de ces points, cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.2.

dans l'œuvre de Duguit. Dans l'une de ses premières contributions, il écrivait déjà que « *les lois positives portées par le législateur doivent être conformes aux lois sociologiques, et à l'état social pour lequel elles sont faites, lois et état que détermine la science juridique. Il n'y a pas de loi positive bonne ou mauvaise en soi ; il y a seulement des lois conformes ou non à l'état social* »<sup>2622</sup>. En d'autres termes, le législateur n'est jamais en mesure de créer une nouvelle règle de droit, il ne peut que reporter dans la loi positive une norme sociale préexistante, née des interrelations entre les individus dont ceux-ci ont acquis la conviction qu'elle devait faire l'objet d'une sanction sociale<sup>2623</sup>. Cet axiome fondamental est ensuite répété dans l'ensemble des écrits d'envergure du Doyen de Bordeaux. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Duguit soutient également que le caractère obligatoire d'une loi dérive *uniquement* du caractère impératif du droit objectif qu'elle constate ; l'obligation d'obéir à la loi n'entreprendrait ainsi aucun rapport avec l'ordre des gouvernants qui y est contenu<sup>2624</sup>. Le juriste français n'infléchit en rien sa position dans le *Traité de droit constitutionnel*. Il explique que seule une observation superficielle peut conduire à faire de l'ordre prétendument contenu dans la loi la source de l'obligation juridique alors que le caractère impératif des lois positives peut et doit être expliqué sans le moindre recours à la notion de souveraineté de l'Etat et aux fictions qu'elle recèle. A cet égard, il convient d'admettre que loi formule et met en œuvre une règle, antérieure à la volonté de l'Etat, qui s'avère impérative par elle-même en raison de son fondement social<sup>2625</sup>. Le droit objectif précède toujours la loi positive et celle-ci doit être le reflet fidèle du droit objectif pour être jugée obligatoire<sup>2626</sup>. Il devient ainsi impossible de dire que la loi se réduit à « *un ordre adressé par une volonté supérieure à une volonté inférieure et que la loi est la décision d'un législateur souverain s'imposant à des sujets lui devant obéissance* »<sup>2627</sup>.

### 2.3 Loi normative et loi constructive

#### 2.3.1 La loi normative et la pluralité des sources du droit

Après avoir dégagé une définition générale et, à vrai dire, peu originale de la loi, Duguit élabore une distinction inédite entre deux types de lois. En effet, le juriste français estime que la fonction législative peut être décomposée en deux opérations durant lesquelles la volonté gouvernante est amenée à jouer deux rôles bien distincts. Selon le Doyen de Bordeaux, le législateur commence, en principe, par *constater* et *formuler* une règle de droit préexistante avant de *construire* les moyens juridiques propres à en

<sup>2622</sup> Duguit (1889), p. 21.

<sup>2623</sup> Sur le lien entre le droit et la contrainte chez Duguit, nous ne pouvons, là aussi, que renvoyer à nos précédents développements. Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.2.2.

<sup>2624</sup> Duguit (2003), p. 542, 545 et 548.

<sup>2625</sup> Duguit (1928), p. 184

<sup>2626</sup> Duguit (1927), p. 183.

<sup>2627</sup> *Ibid.*, p. 195.

assurer la réalisation et l'effectivité. La première étape de la démarche législative correspond à ce que Duguit appelle la législation *normative* tandis que la seconde comprend l'ensemble des procédés relevant de la législation *constructive*. Dans la mesure où ces deux modalités engagent des conséquences décisives quant à la conception du rôle exact de la volonté de l'Etat dans l'action législative, il convient de les examiner l'une après l'autre.

En principe, l'acte de législation normative précède les mesures appartenant à la législation constructive. Selon Duguit, la loi normative est « *la règle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action* »<sup>2628</sup>. En cela, une loi normative comprend toujours une forme de commandement que l'on ne peut cependant assimiler à l'ordre adressé par une volonté supérieure à une volonté inférieure, une telle hiérarchie étant dépourvue de tout fondement. La législation normative implique moins, de la part des gouvernants, un acte de volonté commandante qu'un acte d'intellection. En posant une loi normative, l'Etat se contente de constater et de formaliser une règle de droit émanant de la vie sociale et dont le caractère impératif découle précisément de ce fondement. La loi positive n'est donc pas un mode de création mais uniquement un mode d'*expression* des règles de droit<sup>2629</sup>. Les lois normatives répertorient l'ensemble des commandements et des défenses qui apparaissent nécessaires au maintien du lien social défini par l'état de la solidarité sociale. Pour l'essentiel, les dispositions normatives s'adressent à l'ensemble des membres de la société, et non uniquement à une certaine catégorie d'entre eux. Cela étant, Duguit estime qu'une analyse du droit positif démontre que les dispositions normatives demeurent en quantité limitée dans la plupart des ordres juridiques des Etats modernes. Par exemple, le Code civil ne comprendrait, abstraction faite du droit de la famille, que trois règles normatives : la liberté des conventions, le respect de la propriété et l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui par une faute<sup>2630</sup>. Le reste des dispositions du Code Napoléon aménage les voies de droit et autres moyens d'action juridique permettant de faire respecter ces trois obligations fondamentales<sup>2631</sup>.

Le rôle du législateur dans l'établissement d'une loi normative peut être comparé à celui d'un sismographe jugeant puis consignait dans la loi les plus hauts degrés d'intensité de la conscience sociale. La tâche du législateur positif consiste ainsi à déterminer les actes dont la masse des consciences individuelles exige qu'ils soient tolérés ou réprimés par l'intermédiaire d'une sanction socialement organisée. En ce sens, la qualité de la législation normative sera inhérente à la capacité de son auteur à lire et à interpréter correctement l'état de la société. Un organe de l'Etat doté d'un caractère de

---

<sup>2628</sup> Duguit (1927), p. 108.

<sup>2629</sup> Ibid., p. 171.

<sup>2630</sup> Ibid., p. 109.

<sup>2631</sup> Ibid., p. 109-110.

représentation semble, à cet égard, parfaitement indiqué pour accomplir à bien une pareille tâche, à condition que la représentation politique soit organisée de manière à ce que le Parlement puisse être considéré comme le miroir fidèle de la société civile<sup>2632</sup>. Dans la mesure où l'opinion publique apparaît comme l'authentique générateur du sentiment de l'obligation juridique, le Doyen de Bordeaux admet sans réserve qu'un Parlement, en ce qu'il incarne les opinions variées de la Nation, demeure l'organe de l'Etat le mieux placé pour mettre à jour les règles de droit<sup>2633</sup>. Cependant, rien n'interdit, aux termes de la doctrine du Doyen de Bordeaux, qu'un organe étatique dénué de caractère de représentation puisse établir l'existence d'une règle de droit. La théorie de la loi défendue par Duguit se situe aux antipodes des conceptions formelles d'un Carré de Malberg où la loi est nécessairement l'expression de l'organe chargée de représenter la volonté générale<sup>2634</sup>. Bien au contraire, Duguit juge que les organes *judiciaires* sont tout aussi légitimes que l'organe législatif pour mettre à jour les règles de droit qui structurent la vie en société. Les tribunaux sont au plus près de l'évolution la vie sociale dans la mesure où ils ont à appliquer les lois aux cas particuliers les plus variés. Les juges sont ainsi aptes à interpréter les « *usages suivis en fait, les besoins économiques, les aspirations vers la réalisation du juste, en un mot, l'ensemble des faits sociaux dont la norme juridique est un produit* »<sup>2635</sup>. Il incombe aux magistrats, du fait de leur fonction d'application du droit à la réalité quotidienne, de mettre à jour les règles de droit nouvelles qui émergent des pratiques sociales, quitte à déroger à la loi positive en vigueur<sup>2636</sup>. A cet égard, Duguit assigne aux juges un rôle d'« *inspireurs et d'initiateurs* » de l'évolution du droit. Il estime que la doctrine doit tenir un rôle similaire<sup>2637</sup>. Les professionnels du droit que sont les magistrats et les juristes doivent ainsi adopter la même attitude face à la loi positive. Celle-ci constitue un simple document attestant un état donné de la conscience juridique d'un peuple. Il incombe aux professionnels du droit de vérifier la concordance des lois qu'ils étudient à l'état de la société qu'elles sont appelées à régir. Duguit affirme avec conviction que le travail du juriste ne vaudrait pas « *une minute d'effort* » s'il consistait simplement à s'incliner sans mot dire devant la volonté du législateur<sup>2638</sup>. On retrouve ici la haute ambition que Duguit nourrissait quant au rôle social et même *politique* des professionnels du droit. Le « *juriste-sociologue* » imaginé par le Doyen de Bordeaux n'a pas se

<sup>2632</sup> Duguit (1927), p. 173 ; il s'agit là d'une question qui intéressera particulièrement Duguit. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.1.

<sup>2633</sup> Duguit (1927), p. 174.

<sup>2634</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>2635</sup> Duguit (1927), p. 160.

<sup>2636</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>2637</sup> Duguit analyse le rôle de la jurisprudence et de la doctrine dans le même chapitre du *Traité de droit constitutionnel*, sans que la fonction précise de l'une soit distinguée de celle de l'autre. Cf. *Ibid.*, p. 159 s.

<sup>2638</sup> *Ibid.*, p. 175.

faire l'interprète docile de la volonté du législateur mais doit se placer sur son terrain en s'ingéniant « à découvrir sous les faits sociaux la règle de droit »<sup>2639</sup>. Cette position révèle la vision de la science du droit défendue par Duguit. Celle-ci ne saurait se limiter à être une discipline *descriptive* visant à rendre compte de la cohérence interne du droit positif ; elle doit également exercer une fonction *prescriptive* et guider les autorités de l'Etat vers la lumière du droit objectif, ce qui ne va pas sans susciter des interrogations sur les conséquences politiques que l'on peut déduire de la conception duguiste de la science juridique<sup>2640</sup>. Avec Duguit, jurisprudence et doctrine sont ainsi élevées au rang de source du droit à part entière. Ces précisions faites, la volonté d'une autorité de dernière instance ou d'un éminent Professeur de droit ne peut aucunement, comme toute volonté gouvernante ou gouvernée, exercer un pouvoir de création juridique ; elle ne peut que *révéler* et formuler en termes clairs une règle de droit qui demeurerait obscurément dans la conscience juridique des individus. L'on pourrait dire, dans un esprit durkheimien, que c'est la fonction sociale que Duguit attribue aux professionnels du droit<sup>2641</sup>. Le principe de responsabilité objective en matière d'accidents de travail fournit au juriste français une illustration particulièrement éclairante. Duguit rappelle fort à propos que ce principe fut élaboré par un important travail jurisprudentiel et doctrinal dont la loi de 1898 ne fut que la concrétisation<sup>2642</sup>. En matière de droit public, il précise que c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui fut à l'origine du recours pour excès de pouvoir<sup>2643</sup>.

Si l'on admet, en accord avec Duguit, que l'établissement d'une règle normative n'implique pas d'acte d'autorité mais une simple opération cognitive, alors il nous faut décliner cette logique jusqu'au point d'admettre que la législation normative peut provenir de sources extra-étatiques. En effet, le monopole de la contrainte socialement organisée n'est pas une faculté très utile pour déterminer les règles qui éclosent dans la conscience juridique des justiciables. La proximité avec la vie sociale est un élément plus pertinent à cet égard et les gouvernants n'en ont à l'évidence pas le monopole. Par exemple, la coutume aurait pu revêtir une importance cruciale dans la doctrine de Duguit. Rien plus que la coutume n'est une expression directe et immédiate de l'ensemble des comportements adoptés par les membres d'une même société avec le sentiment qu'ils sont obligatoires. Le juriste français écrit à ce sujet qu'il est « *difficile de nier que la formation par l'usage des règles s'impose à tous avec une force*

---

<sup>2639</sup> Ibid., p. 162.

<sup>2640</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.2.

<sup>2641</sup> Duguit (1927), p. 164.

<sup>2642</sup> Ibid., p. 178-179 ; sur cette question, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 4. Il faudrait ajouter que le principe de responsabilité objective en matière d'accidents de travail ne fut pas seulement découvert par les tribunaux, mais également par la doctrine comme en témoignent les écrits de Raymond Saleilles et Louis Josserand.

<sup>2643</sup> Ibid., p. 180.

*obligatoire [et] qu'il est difficile de contester que les meilleures lois positives sont celles qui constatent les usages* »<sup>2644</sup>. Il juge également que l'existence de la coutume achève de démontrer qu'une règle de droit impérative peut exister en dehors de toute sanction organisée par l'appareil d'Etat<sup>2645</sup>. Duguit n'a pourtant jamais rejoint les positions de l'Ecole historique du droit en accordant un rôle privilégié à la coutume. Les éléments constitutifs de la coutume que sont la répétition d'une certaine pratique et le sentiment de son caractère obligatoire ne donnent pas naissance à la règle de droit, ils la révèlent. Les règles de droit ont pour uniquement fondement la structure objective des rapports sociaux que déterminent les liens de solidarité<sup>2646</sup>. Or un Parlement ou une Cour suprême peuvent développer une conscience plus rapide et plus nette de ces derniers et les formaliser par voie légale ou jurisprudentielle. De ce fait, la coutume représente une étape contingente et non nécessaire dans l'évolution du droit<sup>2647</sup>.

Si l'n'a pas développé de grands égards pour la coutume, Duguit aura su faire preuve d'une attention particulière à différents actes normatifs qui témoignent de l'émergence de lois d'origine non étatique. Dans la conception formelle de la loi consacrée par la Révolution française et défendue par Carré de Malberg, la loi se définit par l'autorité habilitée à l'adopter, en ce sens que toute loi émane nécessairement de l'organe doté d'un caractère de représentation<sup>2648</sup>. La définition matérielle de la loi établie par Duguit aboutit à ce résultat inverse où la loi normative est tout acte formulé par voie générale et abstraite constatant et exprimant une règle de droit. L'indifférence à l'organe qui caractérise la conception matérielle défendue par Duguit lui permet d'affirmer que la législation normative n'est pas l'apanage du Parlement, ni même de l'Etat. La formalisation des pratiques et des nécessités inhérentes à la vie d'un groupe social constituant l'essence de la législation normative, il semble logique que celle-ci puisse incomber à une pluralité d'acteurs sociaux et politiques, aboutissant de ce fait au *morcellement* et à la *décentralisation* du processus d'élaboration de la législation normative<sup>2649</sup>. C'est un constat que Duguit pose en particulier dans son essai consacré aux transformations subies par le droit public depuis la Révolution française<sup>2650</sup>. Selon Duguit, les hommes de 1789 portaient du postulat selon lequel le pouvoir d'énonciation des règles de droit est concentré dans les mains des représentants du peuple souverain, ceux-ci établissant la loi par commandement unilatéral, si bien qu'il était in-

<sup>2644</sup> Duguit (2003), p. 557.

<sup>2645</sup> Ibid., p. 558-559 ; Duguit (1913), p. 79.

<sup>2646</sup> Ibid., p. 558. Sur ce point, Duguit est assez proche des analyses menées par Durkheim dans son essai sur la division du travail social où le sociologue français affirme que le droit – qu'il soit d'origine coutumière, jurisprudentielle ou législative – n'est que la forme symbolique et visible prise par ce fait inaccessible à l'observation directe qu'est la solidarité sociale.

<sup>2647</sup> Duguit (2003), p. 558.

<sup>2648</sup> Cf. *supra* ; cf. Duguit (1913), p. 85.

<sup>2649</sup> Ibid., p. 106.

<sup>2650</sup> Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

concevable aux hommes de 1789 qu'une loi puisse se former par convention<sup>2651</sup>. Dans son essai de 1913, Duguit constate que l'ensemble de ces axiomes a été battu en brèche par l'apparition de différentes catégories inédites de lois. En premier lieu, Duguit démontre à quel point le mouvement associationniste et syndicaliste – qui selon lui restera comme le « *phénomène social caractéristique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du commencement du XX<sup>e</sup> siècle* »<sup>2652</sup> – aura favorisé l'émergence de lois émanant de groupes sociaux autres que l'Etat. La remise en cause du monopole législatif du Parlement et la reconnaissance d'un véritable pluralisme des sources législatives seront les conséquences juridiques de ce phénomène social. En second lieu, l'apparition d'actes juridiques comme les conventions collectives de travail aura prouvé que la voie unilatérale n'était pas le mode exclusif d'énonciation des règles de droit, la voie conventionnelle étant également envisageable.

L'important travail dogmatique fourni par Duguit dans sa théorie de l'acte juridique a notamment eu pour but de disqualifier la catégorie individualiste du contrat afin de lui substituer une table nouvelle d'actes juridiques propres à refléter la nature exacte des rapports sociaux<sup>2653</sup>. Duguit explique que ce renouvellement des catégories de la science juridique est la simple conséquence du changement qui s'est opéré dans la structure économique et sociale de la France. A ce titre, le Doyen de Bordeaux accorde une grande importance au paradigme institué par la loi le Chapelier du 14 juin 1791. En proscrivant la constitution des corporations de métier, cette législation condamnait la société civile à n'être qu'une addition d'individus nouant des rapports éphémères par contrat. L'individu n'appartenait dès lors qu'à un seul groupe, la communauté nationale, et se trouvait sous la dépendance unique de la loi émanant de cette dernière<sup>2654</sup>. La proclamation des libertés syndicale et associative par les lois de 1884 et de 1901 renversera un tel modèle en permettant la constitution de corps d'intérêts intermédiaires situés entre l'intérêt individuel et l'intérêt national. La constitution et la défense durable de ces intérêts corporatifs ont été rendues possibles par la naissance d'actes juridiques collectifs dont Duguit a démontré qu'ils ne peuvent être assimilés à de simples contrats<sup>2655</sup>. Au même titre que la loi nationale place l'individu dans une situation juridique objective et durable, l'acte constitutif d'une association fait naître au profit de l'associé un nouveau statut juridique, lui assignant une série de droits et d'obligations dont il pourra faire un usage quantitativement indéterminé tant que durera son appartenance à l'association. D'un point de vue juridique, la loi formelle et les statuts d'une association sont identiques en ceci qu'ils déploient les mêmes effets juridiques. D'un point de vue social, ils sont similaires puisqu'ils visent tous deux à

---

<sup>2651</sup> Duguit (1913), p. 85.

<sup>2652</sup> Ibid., p. 121-122.

<sup>2653</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.

<sup>2654</sup> Duguit (1913), p. 122.

<sup>2655</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.3.

défendre un intérêt collectif<sup>2656</sup>. Ce constat aboutit cependant à la remise en cause du monopole d'édiction des lois aux mains de l'Etat puisque celui-ci apparaît comme un groupe corporatif faisant face à une pluralité d'autres groupes sociaux dotés de leurs lois propres.

La dépossession du monopole législatif de l'Etat est le premier coup porté à sa souveraineté. Duguit indique cependant que l'apparition des conventions-lois est certainement le point qui achève de démontrer que l'acte de législation normative n'entretient aucun lien nécessaire avec l'exercice d'un pouvoir unilatéral de commandement. A ce titre, Duguit a montré comment les exemples de la concession de service public et de la convention collective de travail attestaient l'émergence d'un mode conventionnel d'élaboration des lois<sup>2657</sup>. En ce qui concerne plus particulièrement les conventions collectives de travail, le Doyen de Bordeaux indique à quel point cette catégorie encore inédite d'acte juridique préfigurait un mode de réglementation inédite des rapports sociaux, en ce qu'elle inaugurerait une forme de droit négocié impliquant les acteurs sociaux concernés à l'élaboration de la législation relative à leur profession<sup>2658</sup>. Ainsi la coordination et l'harmonie entre les classes sociales ne devaient plus s'effectuer par le biais d'un quelconque commandement étatique mais par suite d'accords entre les syndicats actifs dans les différentes branches. On le voit, le fait associatif et syndical apparaît si puissant qu'il préfigure selon Duguit « *les éléments de la société de demain et le fondement du droit public qui sera le sien* »<sup>2659</sup>. En réalité, cette préfiguration de l'avenir est plutôt l'annonce d'un certain retour du passé. Duguit se montre lucide quant au fait que l'ordre politique féodal se fondait, en partie, sur un système complexe et hiérarchisé de conventions entre les hommes. Le juriste français estime à cet égard qu'il convient de sortir du « *vieux cliché de l'anarchie et de la barbarie féodales* » qui n'est guère plus défendu que par des « *milieux primaires* »<sup>2660</sup>. Il conviendrait plutôt, selon lui, de réévaluer la société féodale et son mode d'organisation conventionnel des rapports sociaux. En effet, Duguit juge qu'il n'y eut jamais de « *société plus fortement intégrée que la société française du XIII<sup>e</sup> siècle* »<sup>2661</sup>. Cette vision magnifiée de la société féodale – réduite à une constellation de groupes sociaux qui se compénètrent harmonieusement – rapproche Duguit considérablement des théories organicistes représentées en Allemagne par Otto von Gierke et Hugo Preuss<sup>2662</sup>.

<sup>2656</sup> Cf. Duguit (1913), p. 125.

<sup>2657</sup> Nous avons vu que c'est à partir de la réception de la notion de *Vereinbarung*, issue de la doctrine publiciste allemande, que Duguit était parvenu à démontrer que le caractère légal de ces deux actes juridiques. Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.3.3.

<sup>2658</sup> Duguit (1913), p. 133.

<sup>2659</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>2660</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>2661</sup> *Ibid.*

La théorie duguitienne de la loi normative aboutit à la reconnaissance d'un véritable *pluralisme juridique* où une multiplicité d'instances politiques et sociales se disputent le pouvoir d'énonciation des règles de droit<sup>2663</sup>. Un tel constat soulève inévitablement la question de la hiérarchie entre ces différentes sources du droit et des principes qui doivent présider à la résolution de leurs conflits éventuels. Duguit ne s'est pas livré à des explications détaillées à cet égard, se contentant d'indications lapidaires. Il en ressort que le Doyen de Bordeaux défend une position pleine de prudence. Il commence par affirmer avec force que la loi positive n'est qu'un mode d'expression de la règle de droit parmi d'autres, si bien qu'aucune hiérarchie ne semble pouvoir être établie entre les différentes sources du droit<sup>2664</sup>. Duguit s'empresse cependant de nuancer cette affirmation, relevant que coutume et jurisprudence demeurent des modes de constatation « *imprécis et flottants* » du droit objectif<sup>2665</sup>. Le juriste français soutient que coutume et jurisprudence procèdent plutôt par tâtonnements. Les règles de droit qu'elles constatent auraient ainsi tendance à se cristalliser petit à petit, sans éviter de demeurer longtemps « *incertaines, fragiles et changeantes* »<sup>2666</sup>.

Au contraire, la loi positive aurait cet avantage de formuler nettement et d'un seul coup les normes juridiques. De plus, la loi positive énonce d'un seul tenant la partie normative et la partie constructive de la législation. La loi positive jouit en ce sens d'une force impulsive supérieure dans la mesure où elle élabore directement les moyens juridiques nécessaires à la réalisation de la règle de droit qu'elle énonce<sup>2667</sup>. En ce sens, le législateur « *peut exercer sur la formation des idées juridiques une action plus directe et plus efficace que la jurisprudence* »<sup>2668</sup>. Toujours soucieux des conditions socio-psychologiques de validité du droit, Duguit note également que d'après les idées dominantes, la loi positive représente la meilleure garantie offerte aux justiciables et aux administrés par la limite qu'elle pose à l'activité des agents publics<sup>2669</sup>. Cela étant, l'argument le plus fort utilisé par Duguit pour fonder la supériorité de la loi positive au sens formel concerne directement le principe de représentation. Carré de Malberg percevait en ce dernier le critère explicatif de la supériorité de la loi formelle sur toutes les autres sources du droit français<sup>2670</sup>. Alors que le constitu-

---

<sup>2662</sup> Nous avons rendu compte de cette doctrine plus haut. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 3.4. Duguit leur reproche cependant leur adhésion à l'hypothèse de l'existence réelle de la personnalité des corporations. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.1.1.

<sup>2663</sup> Cf. Didry (2005), p. 95-96.

<sup>2664</sup> Duguit (1927), p. 171-172 : « *Si l'on étudie la loi au point de vue de la formation et de la constatation du droit objectif, on ne voit pas dans le rôle du législateur quelque chose de spécifiquement différent du rôle que nous avons reconnu à la coutume et à la jurisprudence* ».

<sup>2665</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>2666</sup> *Ibid.*

<sup>2667</sup> *Ibid.*

<sup>2668</sup> *Ibid.*

<sup>2669</sup> *Ibid.*

<sup>2670</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

tionnaliste alsacien entendait appuyer sa démonstration sur l'étude du droit positif, Duguit emploie, conformément aux orientations générales de sa doctrine, des arguments d'ordre sociologique. Si la « masse des consciences individuelles » constitue bel et bien le fondement premier du droit objectif, l'institution dont l'organisation interne lui permet de refléter fidèlement l'opinion publique sera la mieux outillée pour édicter des lois conformes au droit objectif. Duguit estime que le principe de représentation est précisément ce moyen d'organisation de la volonté parlementaire qui confère une force supérieure à la loi par la compénétration et le jeu d'influence réciproque qu'elle permet entre la volonté des représentants et l'opinion publique. En effet, les « *pays de libre démocratie* »<sup>2671</sup> permettent aux citoyens de sanctionner périodiquement les élus pour le cas où ils n'auraient pas satisfait aux aspirations de la majorité. Au-delà de la surveillance ponctuelle mise en place par le jeu électoral, la liberté d'expression et la liberté de la presse autorisent l'opinion publique à exercer un contrôle permanent sur les gouvernants. Duguit estime ainsi que le dispositif institutionnel des démocraties représentatives tend à conférer aux lois formelles un degré supérieur de conformité à la règle de droit telle que pensée et pratiquée par les justiciables<sup>2672</sup>. Le juriste bordelais assigne donc une position prioritaire au Parlement pour la traduction concrète du droit objectif. Il est donc excessif de soutenir, comme le fait Guillaume Sacriste, que la théorie du droit objectif de Duguit dissimule une position conservatrice visant à dévaloriser le rôle du Parlement dans l'édition du droit<sup>2673</sup>.

Le juriste français adhère donc avec les plus grandes réserves à l'idée qu'une coutume, une décision judiciaire ou toute autre source extra-légale puisse déroger à une loi émanant du parlement. A la lecture du *Traité de droit constitutionnel*, les conditions d'une telle dérogation apparaissent très restrictives. La disposition doit ainsi entrer dans une telle contradiction avec la conscience juridique de l'époque qu'une décision prise sur cette base susciterait un « *sursaut de conscience* » rendant, de fait, ladite décision difficilement exécutable<sup>2674</sup>. La résistance à la décision témoigne du décalage qui s'est

<sup>2671</sup> Duguit (1927), p. 174.

<sup>2672</sup> Les propos de Duguit méritent d'être restitués *in extenso* : « *Dans les grandes sociétés démocratiques modernes, la puissance gouvernante appartient à ceux qui représentent plus ou moins exactement la majorité, et les lois sont d'une manière générale, peut-on dire, l'expression même de l'opinion publique. S'il peut arriver et s'il arrive en fait qu'il n'y ait pas entre une loi et l'opinion une adéquation complète, il n'en est pas moins vrai que le parlement, auteur de la loi, exerce une action sur l'opinion, qu'il y a entre lui et elle une série d'actions et de réactions et qu'ainsi peut être hâtée l'acceptation par la masse des esprits du principe de la loi. En un mot, il y a une pénétration continue de l'opinion et du législateur, quel que soit l'organe législatif [...]. Dans les pays de libre démocratie l'influence des actions et réactions du parlement et de l'opinion est portée incontestablement à un degré supérieur ; et cela explique comment il y est assez rare que la loi ne corresponde pas exactement à la norme juridique conçue par la majorité des esprits et comment, d'autre part, le législateur y peut exercer une action puissante sur les conceptions juridiques* ». Cf. *Ibid.*, p. 173-174

<sup>2673</sup> Sacriste (2011), p. 500-505.

peu à peu creusé entre la loi positive et la règle de droit telle qu'elle a évolué dans la conscience juridique des individus. Dans un tel cas, il convient d'admettre que la loi positive a constaté une règle de droit tombée en désuétude. Il est dès lors permis à un agent public de déroger à cette règle de droit pour lui substituer une règle en adéquation avec la conscience juridique du moment. Un tel pouvoir d'adaptation du droit positif doit également être reconnu au juge ou à un agent public lorsque le texte de la loi est lacunaire ou obscur<sup>2675</sup>. Nous voyons ici que le rôle de l'interprète du droit positif n'est donc pas de rechercher l'intention historique du législateur<sup>2676</sup>. A cet égard, l'importante fonction sociale que Duguit assigne aux professionnels du droit consiste plutôt dans le maintien de la conformité du droit positif à la réalité de la règle de droit que révèlent les comportements adoptés par les différents acteurs sociaux avec le sentiment qu'ils sont obligatoires. Duguit concède néanmoins que la reconnaissance d'un pouvoir concurrent d'énonciation des règles de droit au bénéfice des juges et des agents publics est source d'incertitudes et d'insécurité juridique. Aussi le Doyen de Bordeaux prend soin de préciser que l'interprète de la loi positive devra procéder « avec beaucoup de précaution » et que toute « législation prévoyante devra organiser un fort système de hiérarchie judiciaire et administrative pour réduire au minimum le danger d'arbitraire »<sup>2677</sup>. En somme, la dérogation à la loi positive par d'autres modes d'expression du droit – jurisprudence, coutume ou une autre source extra-légale – ne semble justifiée, aux yeux de Duguit, qu'à titre d'*ultima ratio*<sup>2678</sup>.

Cette position, relativement timorée, mérite d'être inscrite dans son contexte discursif immédiat. En effet, le tournant du XX<sup>e</sup> siècle est l'époque d'une importante interrogation sur les sources du droit et leur interprétation. Trois éléments peuvent concourir à l'explication de cette effervescence doctrinale à laquelle Duguit aura su apporter sa contribution. Les tentatives, réussies ou avortées, de diversifier les enseignements dans les Facultés de droit, fournissent un premier indice. Les velléités d'introduire des enseignements d'histoire, de science politique, d'économie ou de sociologie dans les programmes attestent la place grandissante que prenait la méthode d'investigation expérimentale et inductive au détriment du modèle logico-déductif incarné alors par la « jurisprudence des concepts » de l'Ecole pandectiste en Allemagne<sup>2679</sup> et par l'Ecole

---

<sup>2674</sup> Duguit (1927), p. 176.

<sup>2675</sup> Ibid., p. 176-177.

<sup>2676</sup> Ibid., p. 177.

<sup>2677</sup> Ibid., p. 176.

<sup>2678</sup> Nous verrons cependant qu'en prenant fait et cause pour le contrôle de constitutionnalité des lois, Duguit attribuera un rôle important au juge. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2.

<sup>2679</sup> Sur la méthode des pandectistes, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, 1 ; Nous avons également vu que l'objectif de l'un des plus importants critiques allemands du pandectisme, Rudolf von Jhering, était précisément de permettre que l'étude du droit soit au plus près de la vie sociale et de ses évolutions. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, 1.1. Sur la critique du pandectisme en Allemagne, nous renvoyons à la contribution récente d'Aurore Gaillet, Contre le formalisme de la « jurispru-

de l'Exégèse en France<sup>2680</sup>. Nombreux sont les auteurs – et Duguit en particulier – à réclamer le décloisonnement de la science du droit et son ouverture aux sciences sociales naissantes. En second lieu, l'interrogation sur les sources du droit est l'expression d'un doute croissant sur les capacités de la loi positive, affirmation figée d'une volonté contingente, à réglementer tous les aspects de la vie sociale<sup>2681</sup> ; vie sociale par définition toujours mouvante et particulièrement tumultueuse à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au commencement du XX<sup>e</sup> siècle<sup>2682</sup>. Ceci explique la volonté affichée par Duguit et d'autres auteurs de rompre partiellement avec l'interprétation exégétique des textes de loi basée sur la recherche de la volonté historique du législateur. Le postulat de la complétude logique de l'ordre juridique positif, affirmée par l'Ecole pandectiste allemande<sup>2683</sup>, était alors l'objet d'un large rejet d'une doctrine désireuse d'une science du droit détournée de la logique formelle et plus ouverte à la réalité sociale. En ce sens, l'ouverture de la science du droit sur les autres sciences sociales avait pour finalité de permettre la congruence entre la pratique du droit et les exigences de la vie sociale<sup>2684</sup>. En troisième et dernier lieu, le témoignage le plus démonstratif de l'extension des sources du droit reconnue et affirmée par la science juridique peut se trouver dans le droit comparé. En autorisant le pouvoir créateur du juge lorsque la loi et la coutume sont obscures ou muettes, l'art. 1 al. 2 du Code civil suisse, adopté en 1907, incarne l'illustration la plus flagrante de la conviction des hommes de loi de l'époque quant à l'inévitable incomplétude de la loi positive<sup>2685</sup>. Le BGB allemand était plus laconique à cet égard mais de l'avis de ses premiers interprètes, la coutume

---

dence des concepts » : Philipp Heck et la « jurisprudence des intérêts » en Allemagne, in : *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 195 s.

<sup>2680</sup> Cf. Gény (1914), p. 13-14.

<sup>2681</sup> *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>2682</sup> Cf. les éléments de contexte précédemment posés, *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, I.

<sup>2683</sup> François Gény en propose un résumé éloquent : « *La science allemande était irrésistiblement poussée vers une idée extrêmement dangereuse pour l'indépendance de l'interprétation, l'idée que le droit positif, d'un pays et d'une époque donnés, forme un tout organique, composé de pièces fermes, plus ou moins nombreuses et complexes, mais qui peuvent se suffire à elles-mêmes, sans rien demander de nouveau au dehors, bref, un ensemble clos, ne devant s'alimenter qu'en soi, appelé à se développer, par ses propres moyens, avec le concours de la seule logique, indispensable à toute activité d'esprit. C'est le concept, qu'on a traduit, dans cette formule expressive : die logische Geschlossenheit des Rechts* ». cf. Gény (1919a), p. 339 pour la citation et p. 344 s. pour les développements.

<sup>2684</sup> Frydman (2000), p. 215.

<sup>2685</sup> Cf. Gény (1919a), p. 312 ; l'art. 1 al. 2 CC dispose en effet qu'« à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Quitte à décevoir nos amis français, il nous faut rappeler que l'origine de cette disposition ne peut être attribuée à la doctrine de la libre recherche scientifique initiée par François Gény. Eugen Huber, l'auteur du code civil suisse, avait déjà rédigé le titre préliminaire du Code civil lorsqu'il pris connaissance de l'essai *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Cela n'empêcha nullement le juriste bâlois de couvrir d'éloges les travaux de son collègue français. Cf. Gauye (1973), p. 271-281.

y était reconnue comme une source du droit à part entière, placée sur un pied d'égalité avec la loi écrite en ce que la coutume pouvait exercer, par rapport à la loi écrite, une triple fonction supplétive, modificatrice et abrogatoire<sup>2686</sup>. Dans son *Introduction au droit civil allemand* publié en 1904, Raymond Saleilles rend également compte des débats qui avaient agité tant la doctrine que les travaux des différentes commissions d'élaboration du BGB sur le pouvoir de création juridique du juge. Il en ressort un certain consensus sur la nécessité de reconnaître au juge, à défaut d'un véritable pouvoir créateur, des prérogatives d'adaptation du droit positif aux nécessités sociales du présent et de l'avenir, notamment par un usage large de l'interprétation par analogie<sup>2687</sup>.

Ces précisions contextuelles démontrent ainsi l'ébranlement subi par un certain positivisme légaliste bâti sur la prémisse de la suprématie et de la complétude de la loi positive<sup>2688</sup>. A cet égard, les attaques de la doctrine visaient la reconnaissance d'un large pouvoir d'interprétation au profit du juge, au-delà du modèle du juge automate procédant par un travail logique de subsomption des cas particuliers sous la loi positive. La critique des abstractions logiques de l'Ecole pandectiste avait été entreprise, en Allemagne, par Jhering, initiant le mouvement concurrent de la « jurisprudence des intérêts » poursuivi par Philipp Heck (1858-1943)<sup>2689</sup>. Ce travail critique fut ensuite secondé et radicalisé par l'apparition de l'Ecole du droit libre d'Eugen Ehrlich (1862-1922), Hermann Isay (1873-1938) et Hermann Kantorowicz (1877-1940). En France, la déconstruction de la méthode classique de l'Ecole de l'Exégèse fut entreprise par François Géný ainsi que par son collègue et ami Raymond Saleilles. L'ensemble des auteurs précités peuvent être fédérés autour de leur objectif théorique commun consistant dans l'intégration et la prise en compte de la vie sociale et de ses évolutions dans l'interprétation de la loi positive ainsi que dans la reconnaissance d'un pouvoir de dérogation à la loi positive au profit du juge, ce dernier pouvant se référer à une autre source du droit, telle la coutume, ou faire directement office de législateur.

En synthétisant à grands traits, nous pouvons identifier deux modèles de relation du juge à la loi élaborés par ces différents courants doctrinaux. Le premier modèle tend à soutenir une forme d'équivalence entre le juge et le législateur dans la détermination des règles de droit tandis que le second affirme clairement la subordination du magistrat et, plus largement, des autorités d'application du droit à l'œuvre du législateur. Le premier modèle, essentiellement incarné par l'Ecole du droit libre<sup>2690</sup>, affirme que

---

Sur l'environnement et les sources intellectuels d'Eugen Huber, cf. Dominique Manaï, *Eugen Huber – jurisconsulte charismatique*, Bâle/Francfort s.M, 1990, p. 145 s.

<sup>2686</sup> Cf. Saleilles (1904), p. 78 s. Cette affirmation valait pour la coutume d'Empire. Le cas des coutumes locales était plus délicat. Cf. *Ibid.*, p. 80 s.

<sup>2687</sup> *Ibid.*, p. 88 s.

<sup>2688</sup> Cf. Saleilles (1919), p. XIV ; Frydman (2000), p. 220-221.

<sup>2689</sup> Gaillet (2015), p. 195 s.

<sup>2690</sup> Pour une analyse historique détaillée de ce mouvement, cf. Géný (1919a), p. 330 s.

l'acte de législation et l'acte d'interprétation sont d'une nature similaire, en ce qu'ils consistent tous deux en un acte de création juridique<sup>2691</sup>. Un texte normatif énoncé en termes généraux et abstraits offre à l'interprète une pluralité de significations possibles dont l'interprétation consistera à choisir – en fonction de son sentiment subjectif de la justice – parmi cette palette de possibilités<sup>2692</sup>. Contrairement au modèle de la subsomption, l'interprétation juridique ne peut être uniquement considérée comme un acte de connaissance, mais également comme un acte de volonté<sup>2693</sup>. En ce sens, l'interprétation juridique fait nécessairement intervenir la subjectivité créatrice du juge, tout comme la législation fait appel à la subjectivité créatrice du législateur. Sur ce fondement, le représentant le plus autorisé de l'Ecole du droit libre, Hermann Kantorowicz soutenait également l'existence d'un pluralisme juridique où les solutions de la loi positive sont concurrencées par les interprétations créatrices de la jurisprudence<sup>2694</sup>. A l'image de Duguit, Kantorowicz place le fondement du droit dans la vie sociale et non dans la volonté souveraine du législateur<sup>2695</sup> si bien qu'une pluralité d'instances lui apparaît légitimée à formaliser ce droit, le parlement n'ayant pas de privilège particulier sur le juge<sup>2696</sup>. A cette fin, il soutient l'existence d'un « droit libre » produit par les interactions de la vie sociale qu'il estime à la fois antérieur et supérieur au « droit d'Etat », en ce que le premier doit servir de critère d'évaluation du second de même qu'il doit permettre de le perfectionner et d'en combler les lacunes<sup>2697</sup>. Là aussi, les similitudes avec la doctrine de Léon Duguit sont patentes. En France, ce modèle basé sur la liberté créatrice du juge fut notamment défendu par Raymond Saleilles. En ceci, le juriste français entendait rompre avec le modèle classique d'interprétation promue par l'Ecole de l'exégèse où jurisprudence et doctrine devaient uniquement se placer « *au point de vue d'une recherche de volonté, en tirant les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur ; non pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, quel que fût l'intervalle jeté en bloc entre le passé et le présent* »<sup>2698</sup>. La réfutation de ce paradigme s'effectue chez Saleilles par la dissociation du contenu de la loi de la volonté de son auteur. Il est opportun de rappeler ici la théorie de la déclaration de volonté promue par le civiliste français dans le cadre de l'interprétation des actes juridiques et sous l'influence de l'*Erklärungstheorie* allemande. Un acte juridique y apparaît moins comme le produit d'une ou de plusieurs subjectivités que comme une

<sup>2691</sup> L'idée fut pour la première fois avancée dans l'opuscule *Gesetz und Richteramt* d'Oscar Bülow, paru en 1885. Cf. Ehrlich (1903), p. 29 ; Gény (1919a), p. 349 ; Larenz (1979), p. 65.

<sup>2692</sup> Cf. Ehrlich (1903), p. 20-21.

<sup>2693</sup> *Ibid.*, p. 66-67.

<sup>2694</sup> Kantorowicz (1906), p. 20 s.

<sup>2695</sup> Sur ce point, on pourra aussi consulter la célèbre conférence *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* tenue par Eugen Ehrlich en 1903. Cf. Ehrlich (1903), p. 9 qui qualifie le droit de « *colonne vertébrale de l'organisme social* » et p. 28-29.

<sup>2696</sup> Kantorowicz (1906), p. 14 s.

<sup>2697</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>2698</sup> Saleilles (1919), p. XIV ; sur ce point, cf. Frydman (2000), p. 215.

charte destinée à la réglementation de la collaboration ou du conflit de différents intérêts. A cet égard, l'opinion défendue par Saleilles postule qu'une déclaration de volonté prend son sens selon la situation objective qu'elle cherche à réguler et doit ainsi être interprétée au regard de celle-ci et non de l'intention subjective de l'auteur de la déclaration<sup>2699</sup>. Dans la préface qu'il rédige à l'essai *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de son ami François Géný, Saleilles transpose cette logique à l'étude de la loi. Il affirme que la plupart des lois sont adoptées en vue de régler un problème social précis. Dans un esprit proche de Duguit, Saleilles indique que « toute l'histoire démontre qu'une loi n'intervient que lorsqu'un abus précis s'est fait jour, dont l'excès a fini par soulever l'émotion publique »<sup>2700</sup>. Loin d'être l'expression d'une volonté souveraine devant laquelle il faut plier, la loi apparaît comme un instrument dédié au rétablissement de l'équilibre social, le texte ne prenant son sens qu'en fonction de ce dernier. Avant d'être le produit d'une subjectivité, la loi positive apparaît comme un élément objectif de l'ordre social devant évoluer en même temps que lui.<sup>2701</sup> Une telle acception de la loi implique que l'on détache la signification de la norme de l'intention première de son auteur. Une modification dans la situation de fait doit ainsi inmanquablement se répercuter dans le sens donné aux termes de la loi. Par conséquent, les principes énoncés dans la loi gagneront, par le jeu de leurs interprétations successives, une existence isolée et indépendante de la volonté qui les a initialement formulés. Ils formeront ainsi une « entité nouvelle qui, elle aussi, se développe par elle-même, et à laquelle on donne une vie factice, en dehors de la volonté du législateur, et le plus souvent contre lui »<sup>2702</sup>. Dans l'esprit de Saleilles, il appartient notamment à la jurisprudence et à la doctrine de maintenir les principes énoncés dans la loi au diapason des évolutions de la vie de la société pour laquelle ils ont été un jour élaborés<sup>2703</sup>. Cependant, Saleilles n'hésite pas à franchir un cap. Le juriste français soutient qu'il y aura toujours quelque chose d'artificiel dans le rattachement de principes juridiques nés de l'éclosion de nouvelles modalités de rapports et de besoins sociaux à des législations adoptées à une époque où de telles situations étaient totalement inconnues du législateur. En ceci, l'indispensable conformité de la vie du droit à l'état social – cet idéal auquel devrait tendre toute la science juridique<sup>2704</sup> – nécessite que l'on admette l'existence d'autres sources du droit dotées d'une valeur juridique équivalente à celle de la loi positive<sup>2705</sup>. Dans sa contribution rédigée en 1897 sur la question des accidents de travail, Saleilles avait déjà pu éprouver la fécondité du pluralisme juridique qu'il promouvra deux ans plus tard dans la préface à l'essai de Géný.

---

<sup>2699</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, 3.

<sup>2700</sup> Saleilles (1919), p. XVI.

<sup>2701</sup> Cf. Saleilles (1904), p. 89.

<sup>2702</sup> Saleilles (1919), p. XVI.

<sup>2703</sup> *Ibid.*, p. XVII–XXI.

<sup>2704</sup> *Ibid.*, p. XXIII–XIV.

<sup>2705</sup> *Ibid.*, p. XXI.

Saleilles avait démontré que la notion de responsabilité objective pure était une création toute jurisprudentielle dont la loi de 1898 n'avait fait que recueillir les fruits<sup>2706</sup>.

A ce modèle basé sur une création libre du droit par une pluralité d'auteurs sans véritable hiérarchie préétablie s'oppose un modèle fondé sur la fidélité de principe et l'« *obéissance réfléchie* »<sup>2707</sup> du juge à la loi positive. Ce modèle soucieux de l'équilibre entre la sécurité du droit et son adaptation aux évolutions sociales trouva un représentant résolu en la personne de Philipp Heck. Disciple critique de Rudolf von Jhering, Heck a retenu de son maître que toute règle de droit s'analyse à travers les intérêts matériels ou idéaux qu'elle cherche à protéger ou à arbitrer<sup>2708</sup>. Ce sont donc l'évaluation et la pesée des intérêts en cause qui doivent guider l'interprétation de la loi par le juge<sup>2709</sup>. Cependant, Heck se sépare de la radicalité de l'Ecole du droit libre en conservant d'importants égards à l'endroit de la volonté historique du législateur. La première tâche de l'interprète consiste ainsi à rechercher les intérêts pris en considération par le législateur originel, en s'appuyant notamment sur les travaux préparatoires de la loi<sup>2710</sup>. Le juge peut ensuite suppléer au silence de la loi en procédant par analogie, soit par l'application d'un principe légal résolvant un conflit d'intérêts similaire à celui soumis au magistrat. Seul l'échec d'une telle tentative ouvre la possibilité pour le juge de procéder par lui-même à la pesée des intérêts en présence pour en induire une nouvelle règle de droit, faisant de lui l'équivalent d'un législateur. Comme le souligne Aurore Gaillet, l'autonomie du juge ainsi consacrée reste une exception chez Heck, alors qu'elle tendait à être un principe chez les tenants de l'Ecole du droit libre<sup>2711</sup>. Cette même attitude respectueuse vis-à-vis de la loi positive est adoptée par François Gény dans son célèbre essai *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* dont la première édition paraît en 1899. La doctrine contemporaine s'est aujourd'hui distanciée de « *l'image d'Epinal d'un Gény terrassant le dragon de l'Exégèse* »<sup>2712</sup>. Cette représentation est trompeuse dans la mesure où François Gény ne fut

<sup>2706</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 4. ; Certainement conscient des risques d'arbitraire que l'attribution d'un pouvoir de création juridique trop large au profit du juge risquerait de faire naître, Saleilles s'est tout de même astreint à donner quelques indications sur les principes devant guider le juge dans son travail d'adaptation du droit à la réalité sociale. Saleilles précise que le juge doit créer des règles et principes juridiques nouveaux par un travail d'analogie avec des règles et principes déjà existants ; il doit en outre scruter avec attention l'état de la « conscience juridique collective » afin de s'assurer de la concordance de la règle nouvellement créée aux mœurs de son temps. Enfin, il doit être également permis au magistrat de puiser ses solutions dans le droit comparé, au cas où une législation étrangère plus avancée aurait déjà traité le problème qui s'offre à lui. Cf. Saleilles (1904), p. 90 s. ; Cf. Gény (1914), p. 54 s.

<sup>2707</sup> L'expression est de Philipp Heck. Cf. Gaillet (2015), p. 211.

<sup>2708</sup> *Ibid.*, p. 205

<sup>2709</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>2710</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>2711</sup> *Ibid.*

<sup>2712</sup> Cf. Frydman (2000), p. 218.

pas un adversaire si obstiné que cela de la méthode exégétique fondée sur la recherche de la volonté du législateur. En premier lieu, sa théorie des sources du droit s'appuie sur une hiérarchie dominée par la loi écrite<sup>2713</sup>. Cette supériorité est bâtie à partir d'une définition formelle où la loi s'impose non pas en raison de certaines qualités intrinsèques – telles la généralité et l'abstraction de ses dispositions ou sa conformité à l'état social du pays – mais uniquement sur le fondement de l'autorité souveraine de ses auteurs, établi notamment par le principe de représentation<sup>2714</sup>. Gény se heurte ainsi à la définition matérielle de la loi défendue par Duguit<sup>2715</sup>. L'opposition entre les deux juristes devient frontale lorsque Gény refuse de voir dans les différentes corporations et groupes sociaux des législateurs décentralisés et concurrents du législateur national. A rebours du pluralisme juridique promu par un Duguit en France ou par un Gierke en Allemagne, le juriste nancéen affirme « *ne reconnaître de loi écrite que dans les injonctions formulées au nom de l'Etat* ». Dans ce même esprit, Gény condamne sans réserve toutes les théories qui réduisent la loi à une simple expression du milieu social et qui tiennent pour quantité négligeable la volonté du législateur, l'essentiel étant de faire évoluer le sens de la loi au gré des évolutions de la société<sup>2716</sup>. Dans sa volonté de faire de la loi un objet malléable à merci, une telle conception commettrait la double erreur d'ignorer l'essence de la loi, qui est avant tout l'expression d'une volonté consciente et réfléchie, et de sacrifier ainsi les deux qualités que la rationalité de la procédure législative procure à la loi écrite : la précision et la stabilité, gages de la sécurité juridique<sup>2717</sup>. Si l'on trouve une critique de la volonté législative chez François Gény, c'est dans une proportion bien plus modeste. L'œuvre du privatiste français est, pour l'essentiel, dirigée contre les « *illusions rationalistes de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle* » et leur propension à voir dans la loi écrite « *une révélation, parfaite et complète, du droit positif, devant, a priori, se suffire à elle-même, coulée dans un système d'une exactitude mathématique* »<sup>2718</sup>. Ces précisions permettent de percevoir

---

<sup>2713</sup> Gény (1919), p. 238-239 : « *Ainsi donc, loi écrite, coutume, tradition ou autorités, voilà, dans leur ordre hiérarchique, dessiné par les faits eux-mêmes, la série des sources formelles, dont nous devons estimer la puissance* ».

<sup>2714</sup> Ibid., p. 243-244.

<sup>2715</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.2. Dans la seconde édition de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Gény range Duguit parmi une série d'auteurs qui défendraient une conception de la loi fondée sur une philosophie personnelle et subjective. Cf. Gény (1919), p. 243 n. 6.

<sup>2716</sup> Ibid., p. 257 s. Dans son essai, Gény vise essentiellement l'Ecole historique du droit et sa réduction de la loi à l'une des modalités d'expression de la conscience populaire, au même titre que la coutume et les autres sources du droit. Cependant, cette critique peut s'étendre sans peine à la théorie de Saleilles – explicitement exprimée dans la préface même à l'essai de Gény – qui fait de la loi une simple dépendance du milieu social. Elle également transposable à la théorie du droit de Duguit, dans la mesure où la règle de droit est fondée sur le double sentiment de la solidarité et de la justice des assujettis.

<sup>2717</sup> Ibid., p. 263-264.

<sup>2718</sup> Ibid., p. 256.

aisément les lisières qui doivent borner l'interprétation de la loi. Dans un premier temps, la tâche de l'interprète consiste uniquement à rechercher ce que le législateur a réellement voulu dire dans ses injonctions<sup>2719</sup>. L'enquête portera sur l'intention du législateur au jour de la création de la loi, sans tenir compte des évolutions ultérieures<sup>2720</sup>. A cette fin, l'interprète se servira en premier lieu du sens littéral de la loi. Dans la mesure où la législation positive est l'œuvre d'une volonté consciente et réfléchie, il y a lieu de considérer que le législateur a consciencieusement choisi les termes propres à traduire sa volonté<sup>2721</sup>. Le spectre de l'analyse peut ensuite s'élargir vers le milieu social de la loi de manière à prendre en compte l'ensemble des buts moraux, politiques, sociaux et économiques que le législateur cherchait à réaliser<sup>2722</sup>. Sur la base de ce matériau, l'interprète pourra élargir ou restreindre le sens résultant de l'interprétation littérale, afin que la lettre de la loi coïncide à l'intention réelle du législateur<sup>2723</sup>. Seul l'accomplissement complet *et* infructueux de ce long et exigeant travail d'interprétation légale peut permettre à l'interprète de déclarer la loi obscure et lacunaire. Il s'agit dès lors de reconnaître l'inévitable incomplétude de la loi écrite et ainsi de cesser son interprétation afin de s'orienter vers « *une autre branche de la méthode* »<sup>2724</sup>. C'est notamment par le recours à d'autres sources formelles du droit comme la coutume<sup>2725</sup> ou aux « *autorités d'interprétation* » que sont la jurisprudence<sup>2726</sup> et la doctrine<sup>2727</sup> que le juge pourra remédier aux obscurités de la loi. A condition que ces dernières persévèrent dans un mutisme incurable, l'interprète peut procéder à la « *libre recherche scientifique* » d'une règle de droit applicable<sup>2728</sup>. La libre recherche scientifique place l'interprète dans une situation similaire à celle du législateur, en ce qu'il est soustrait à toute autorité positive dans son travail de détermination de la règle de droit. S'il est *libre*, le travail de l'interprète se doit de demeurer *scientifique* car il doit puiser « *dans les éléments objectifs que la science peut lui révéler* » afin d'accomplir son œuvre de législateur supplétif<sup>2729</sup>. En cela, l'interprète n'a

<sup>2719</sup> Ibid., p. 268.

<sup>2720</sup> Ibid., p. 269 s. Génny concède toutefois que la modification brutale des éléments économiques et sociologiques ayant présidé à la confection de la loi autorise l'interprète à déroger, à titre exceptionnel, à ses dispositions. Cf. Ibid., p. 273-275.

<sup>2721</sup> Ibid., p. 277.

<sup>2722</sup> Ibid., p. 288.

<sup>2723</sup> Ibid., p. 298-299. Génny est fermement opposé à ce que l'interprétation de la loi s'interroge non pas sur ce que le législateur a réellement décidé mais sur ce que le législateur *aurait décidé* s'il avait à faire œuvre de législateur aujourd'hui ou sur ce qu'il aurait dû décider s'il avait eu une connaissance juste et complète des circonstances au moment d'adopter la loi. Cf. Ibid., p. 300-302.

<sup>2724</sup> Ibid., p. 302.

<sup>2725</sup> Ibid., p. 316 s.

<sup>2726</sup> Génny (1919a), p. 29 s.

<sup>2727</sup> Ibid., p. 56 s.

<sup>2728</sup> Ibid., p. 74 s.

<sup>2729</sup> Ibid., p. 78.

pas la même position qu'un législateur souverain en droit. Si Gény n'a pas adhéré de manière aussi continue et enthousiaste que Duguit à la sociologie de son temps<sup>2730</sup>, il partageait la conviction de ses contemporains quant à l'existence d'une « *nature des choses* »<sup>2731</sup>. Une telle conviction postulait l'objectivité de la réalité sociale et entraînait la certitude que « *les rapports de la vie sociale ou plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique (du moins possible), portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui doit les régir* »<sup>2732</sup>. L'interprète sort ici clairement des limites de l'interprétation juridique pour entrer de plein pied dans l'analyse sociologique des conditions de l'équilibre social. Il ne nous appartient pas ici de dérouler l'ensemble des arguments développés par Gény pour donner corps à son projet de libre recherche scientifique<sup>2733</sup>. Notre propos visait plus humblement à démontrer que cette dernière n'a qu'un rôle *second et subsidiaire* par rapport à la recherche de la volonté du législateur. Si la loi écrite constitue le document le plus immédiat et le plus précieux offert à tout interprète du droit, elle demeure incapable de saisir l'ensemble des rapports sociaux effectifs. Le mérite de François Gény est dès lors d'avoir développé une méthode de recherche annexe permettant de maintenir la conformité entre l'état du droit et la réalité des rapports sociaux.

Ce détour par l'œuvre de certains contemporains de Duguit jette une lumière crue sur la modération de la position du Doyen de Bordeaux sur les sources du droit et leur ordonnancement. De prime abord, cela peut apparaître surprenant. En effet, les fondements de la pensée du juriste français auraient pu aisément l'amener à rejoindre les positions de l'Ecole du droit libre sur l'équivalence a-hiérarchique des différentes sources du droit. En effet, la négation de la souveraineté de l'Etat traverse la théorie du droit de Duguit comme un fil rouge continu. A cet égard, le concept de loi normative élaboré par le juriste français lui a permis de déposséder l'Etat de son monopole d'édiction du droit. Le Doyen de Bordeaux s'autorise cependant à renverser ces prémisses et à proclamer la supériorité intrinsèque de la loi positive sur les autres sources du droit. Il rejoint, sur ce point, les vues de François Gény qui défend pourtant une définition formelle de la loi aux antipodes de la conception matérielle soutenue par Duguit. La position de Gény semble cohérente en ceci que sa définition de la loi repose sur l'autorité souveraine de celui qui l'édicte. En ce sens, il apparaît logique que la loi positive domine la hiérarchie des sources du droit dans la mesure où elle émane de l'organe investi de la plus grande autorité. En revanche, Duguit définit la loi normative sur la base de ses qualités intrinsèques : la généralité et l'abstraction de ses dispositions et sa conformité à la solidarité sociale. Dans ces conditions, il n'apparaît pas indispensable de donner la primauté à la loi écrite sur les autres sources du droit. Des

---

<sup>2730</sup> Sur ce point, cf. Chazal (2010), p. 88.

<sup>2731</sup> Gény (1919a), p. 88.

<sup>2732</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>2733</sup> A cet égard, on pourra se référer à la contribution de Benoît Frydman (2000), p. 221-226

instances concurrentes au législateur sont, en effet, capables de mieux jauger la réalité des rapports sociaux et de formaliser certaines règles de conduite en ce sens. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit délivre la clé permettant de décrypter sa position. Nous l'avons vu, le juriste bordelais démontre que le principe de représentation favorise la congruence entre le Parlement et la société civile, permettant de postuler la concordance entre le droit objectif et la loi positive<sup>2734</sup>. Pour cette raison, il conviendra de s'arrêter sur la construction juridique de la représentation proposée par le Doyen de Bordeaux, afin de déterminer en quoi elle peut être rattachée à sa conception de la loi normative<sup>2735</sup>. Nous pourrions ainsi mettre en lumière un point qui, selon nous, a été trop peu analysé par les commentateurs de la doctrine de Duguit.

### 2.3.2 La législation constructive

Rudolf von Jhering écrivait qu'une « *une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens ; c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas* »<sup>2736</sup>. Duguit, qui connaissait fort bien l'œuvre du juriste allemand, savait donc pertinemment que l'acte de législation ne s'épuise pas dans la réception des règles générées spontanément par la vie sociale. Si ces règles sont obligatoires par ce seul fondement, elles restent néanmoins dénuées de tout caractère exécutoire tant que la contrainte socialement organisée ne peut être mobilisée pour assurer le respect de la loi normative<sup>2737</sup>. L'organisation des mesures, des compétences et des voies de droit nécessaires à la réalisation d'une règle de droit forme ainsi l'objet de ce que Duguit appelle la loi constructive<sup>2738</sup>. En d'autres termes, une règle constructive a toujours pour finalité de « *faire intervenir un détenteur de la force à l'effet d'imposer par la contrainte la réalisation du droit* »<sup>2739</sup>. A la différence de la loi normative, la loi constructive présuppose donc l'existence d'un appareil d'Etat, soit *a minima* d'une organisation disposant du monopole de la contrainte<sup>2740</sup>. En cette qualité, l'Etat s'arroge naturellement le privilège de la législation constructive. Alors que le pouvoir d'énonciation des règles normatives est partagé entre différentes instances, le pouvoir d'établir les voies de droit utiles à l'effectivité de la législation normative demeure exclusivement en mains de l'Etat. Le rôle indispensable de l'Etat dans l'élaboration de la législation constructive laisse ainsi apparaître ses traits caractéristiques ainsi que les disparités qui la séparent de la législation normative.

<sup>2734</sup> Il est ainsi excessif de d'affirmer, comme Jean-Michel Blanquer et Marc Milet, que Duguit exclut le parlement de l'élaboration de législation normative pour le cantonner à la création des règles constructives. Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 137.

<sup>2735</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.2.

<sup>2736</sup> Jhering (1901), p. 216.

<sup>2737</sup> Sur la conception duguitienne du rapport entre droit et contrainte, cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.2.2.

<sup>2738</sup> Duguit (1927), p. 107 ; Duguit (2003), p. 560.

<sup>2739</sup> Duguit (1927), p. 107.

<sup>2740</sup> *Ibid.*, p. 108.

Tandis que l'établissement d'une règle normative condamne l'Etat à une certaine réserve, en ce qu'il doit se contenter de formaliser de la manière la plus claire qui soit un donné social qui s'impose à lui, la règle constructive est tout entière une création des gouvernants. En ce sens, la partie constructive d'une loi revêt un caractère *artificiel*<sup>2741</sup>. Elle relève purement de l'art et de la technique politique et juridique. Il est entendu, pour Duguit, que la loi constructive doit être, comme toute loi, exprimée par voie générale et abstraite et qu'elle ne peut contrarier un principe relevant du droit social qui lui est antérieur et supérieur<sup>2742</sup>. Au-delà de ces deux contraintes, il appartient au seul législateur de déterminer quels procédés juridiques s'avèrent les plus opportuns pour la réalisation de la partie normative de la loi<sup>2743</sup>. Selon Duguit, le législateur serait bien avisé de recourir à l'expertise des juristes professionnels du droit. Le « juriste-sociologue » n'a pas pour unique mission de dévoiler les règles de droit issues des faits sociaux ; il doit aussi mettre son expertise au service de ce « *travail d'art technique* » consistant à élaborer les règles constructives aptes à garantir la réalisation de la loi normative<sup>2744</sup>.

A ce stade, la double opération qui constitue un acte législatif complet nous apparaît sous son jour le plus clair. Nous pourrions même dire qu'en posant une césure dans la notion de loi, Duguit met au jour la division du travail qui caractérise toute œuvre législative. La fonction normative consiste à établir les règles de droit qui s'imposent à un certain moment de l'évolution d'une société. Cette tâche requiert une observation et une connaissance des rapports sociaux. Un tel acte de cognition peut être accompli, nous l'avons vu, par une pluralité d'acteurs. Par opposition, la fonction constructive consiste à déterminer les conditions et les modalités de mobilisation de la contrainte. Il s'agit d'une question technique entièrement déléguée à l'Etat. En ce sens, la loi constructive est indéfectiblement liée à la mission de service public qui incombe aux gouvernants puisque celle-ci comprend toutes les mesures propres à assurer la pérennité et le développement des liens de solidarité<sup>2745</sup>. Dans *Les transformations du droit public*, Duguit n'hésite pas à écrire que les lois constructives peuvent être assimilées à « *toutes celles qui organisent des services publics* »<sup>2746</sup>.

Le lien indissoluble entre la législation constructive et l'Etat tient ainsi dans le fait que les uniques destinataires des règles sont les gouvernants et les agents publics. La distinction entre gouvernants et gouvernés n'est en revanche d'aucune utilité pour déterminer le champ d'application personnel d'une loi normative, celle-ci devant en principe s'appliquer à l'ensemble des individus qui remplissent les conditions

---

<sup>2741</sup> Duguit (2003), p. 561.

<sup>2742</sup> *Ibid.*, p. 561.

<sup>2743</sup> *Ibid.*, p. 562.

<sup>2744</sup> Duguit (1927), p. 162.

<sup>2745</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.

<sup>2746</sup> Duguit (1913), p. 80.

personnelles posées par la loi. Les lois organiques incarnent le cas le plus typique des lois constructives dans la mesure où elles sont intégralement destinées à réglementer les compétences et les mesures nécessaires à l'Etat pour réaliser la règle de droit<sup>2747</sup>. Cependant, un même acte normatif peut contenir en son sein des dispositions normatives *et* constructives. L'exemple du droit pénal fait ressortir de façon particulièrement visible la dualité des impératifs que peut contenir une loi. Chaque disposition du Code pénal commence par énoncer un acte interdit. Cette prohibition forme la partie normative de la loi et s'adresse à tous les hommes. En revanche, l'ordre de poursuivre l'auteur de l'acte et d'administrer une mesure répressive à son endroit est uniquement adressé aux agents publics en leur qualité de détenteurs du monopole de la contrainte<sup>2748</sup>. Enfin, la dichotomie entre loi normative et loi constructive permet également d'éclaircir la nature des normes supplétives, particulièrement importantes en droit civil. Une règle qui autorise les parties à déroger à ses dispositions ne peut assurément pas contenir un commandement adressé à ces particuliers. Si elles sont facultatives pour les particuliers, ces dispositions ne le sont jamais pour le juge à qui s'adresse le commandement de respecter la volonté des parties ; l'agent public est donc bien le seul destinataire de la règle supplétive<sup>2749</sup>.

L'élément central de la définition de la loi constructive tient cependant dans sa dépendance à l'égard de la loi normative. Ce point doit nous permettre d'illustrer le jeu de dépendance réciproque entre le caractère *obligatoire* et le caractère *exécutoire* d'une norme qui permet de donner une cohérence interne à la dualité loi normative/constructive. Le caractère exécutoire d'une loi est acquis dès lors qu'une sanction socialement organisée a été mise en place par le biais d'une loi constructive. Duguit admet, sur ce point précis, qu'une intervention positive de l'appareil d'Etat est nécessaire. Les données du problème tiennent en ceci qu'une loi normative qui ne serait pas accompagnée de règles constructives risquerait d'être privée d'effectivité. Cependant, une loi constructive indépendante de toute législation normative s'avèrera fatalement dénuée de tout caractère obligatoire. Pure émanation de la volonté de l'Etat, une règle constructive ne peut avoir aucun caractère obligatoire si elle n'est pas la mise en œuvre d'une loi normative qui la précède. Seule la règle de droit formulée par la loi normative possède par elle-même ce caractère impératif, qui viendra néanmoins se réverbérer dans le commandement du législateur lorsqu'il adoptera la loi constructive<sup>2750</sup>. Si la volonté des gouvernants est donc incapable de générer le sentiment de l'obligation, ceux-ci restent en mesure d'assurer l'effectivité d'une loi normative en mettant sur pied la sanction socialement organisée de cette dernière<sup>2751</sup>. En dotant

---

<sup>2747</sup> Ibid., p. 82.

<sup>2748</sup> Duguit (2003), p. 574-575.

<sup>2749</sup> Ibid., p. 567-568.

<sup>2750</sup> Duguit (2003), p. 564-565 ; Duguit (1927), p. 108 et 115.

<sup>2751</sup> Duguit (1913), p. 80.

ainsi la loi normative d'une efficacité institutionnelle par la législation constructive, les gouvernants assurent son caractère exécutoire. Par ce fait, ils accomplissent également leur mission de service public en organisant les procédés de réalisation des règles de droit propres au maintien et au développement de la solidarité sociale. En somme, les règles constructives apparaissent autant nécessaires que les lois normatives à une législation légitime *et* efficace.

#### 2.4 *Loi positive et droit objectif : la question des institutions*

##### 2.4.1 Obéissance et résistance

La conformité de la loi au droit objectif est le point central de la théorie duguitienne de la loi positive, la loi normative en particulier. Nous l'avons vu, le commandement législatif ne peut déployer un quelconque effet obligatoire si son contenu n'est pas en concordance avec ce que la « masse des consciences individuelles » estime nécessaire au maintien du lien social. En toute logique, Duguit admet la validité du droit de résistance à l'encontre des lois qui ne respecteraient pas la règle de droit issue des liens de solidarité entre les membres d'une même société<sup>2752</sup>. C'est une déduction de l'axiome fondamental de la théorie de l'Etat de Duguit. L'Etat ne peut créer le droit et lier l'individu à ses règles par la puissance de sa volonté prétendument souveraine. L'obéissance des citoyens ne lui sera acquise que lorsqu'il aura traduit dans la loi positive ce que ceux-ci estiment conforme à la solidarité sociale et à leur sentiment de la justice. Inspiré par la théologie catholique qui opère la distinction entre résistance *passive*, résistance *défensive* et résistance *agressive*, Duguit soutient, dans le *Traité de droit constitutionnel*, sans réserve la première de ces trois formes de résistance. Selon lui, il n'est pas douteux que tout individu « a le droit de résister à l'application de toute loi contraire au droit ou à tout acte contraire à la loi, en n'exécutant la chose commandée que lorsque la contrainte est employée contre lui »<sup>2753</sup>. Concrètement, la résistance passive n'autorise cependant rien d'autre que l'emploi des voies de recours prévues par la loi. Quant à la résistance défensive, qui consiste à pouvoir résister par la force à un acte de contrainte pris en exécution d'une loi, Duguit la juge théoriquement soutenable mais la repousse pour des raisons pratiques. Il lui semble difficilement concevable qu'une société puisse fonctionner régulièrement si chacun est en droit d'opposer la force à un acte étatique<sup>2754</sup>. Le même raisonnement préside au refus que Duguit oppose à la résistance agressive, soit au droit d'insurrection. La révolution contre un gouvernement qui, par ses lois et ses actes, porte une atteinte systématique au droit supérieur qui s'impose à l'Etat doit être considérée comme légitime<sup>2755</sup>. Ce-

---

<sup>2752</sup> Cf. Duguit (1930), p. 800 s. Pour une lecture stimulante de la place du droit de résistance dans la doctrine de Duguit. Cf. Baumert (2009), p. 338 s.

<sup>2753</sup> Duguit (1930), p. 801.

<sup>2754</sup> *Ibid.*, p. 802.

<sup>2755</sup> *Ibid.*, p. 805.

pendant, la reconnaissance d'un droit constitutionnel à l'insurrection ne manquerait pas de jeter un « ferment d'anarchie » dans tout le pays<sup>2756</sup>. En revanche, Duguit repousse sans réserve le tyrannicide<sup>2757</sup>. La position que Duguit défend à l'égard du droit de résistance dans le *Traité de droit constitutionnel* est bien plus timorée que celle qui suscitait ses faveurs dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Dans ce premier essai d'envergure publié en 1901, Duguit affirmait que « tout gouvernement, quel qu'il soit, qui emploie la force dont il dispose contre le droit, est un gouvernement oppresseur ; et les gouvernés opprimés ont le pouvoir et le devoir juridiques de le renverser même par la force »<sup>2758</sup>. Cette défense peu nuancée du droit à l'insurrection, qui plaçait Duguit dans l'orbite des auteurs de la Constitution de 1793, avait valu de sévères reproches au Doyen de Bordeaux, dont la fameuse épithète d'« anarchiste de la chaire » formulé par Maurice Hauriou<sup>2759</sup> et d'autres auteurs<sup>2760</sup>. Certainement touché par ces critiques<sup>2761</sup>, Duguit a progressivement mis beaucoup d'eau légaliste dans son vin révolutionnaire. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit ne semble admettre aucune autre forme de résistance active que l'utilisation des voies de recours offertes par le droit positif.

Pour éviter la résistance défensive ou agressive des individus et le désordre social qui en découle, il devient impératif que les lois positives se conforment pleinement au droit objectif. Cette concordance favorise l'obéissance aux lois et diminue le risque de résistance ou d'insurrection. La question des institutions est, à ce titre, incontournable, comme Duguit le reconnaît lui-même avec une éclatante clarté dans le *Traité de droit constitutionnel* : « les gouvernants, par cela même qu'ils sont obligés, par leur situation même, de formuler et de mettre en œuvre la règle de droit, sont en même temps tenus d'une obligation particulière, qui est le complément indispensable des obligations que nous leur avons reconnues. Ils doivent donner à l'Etat une organisation interne et prendre des mesures telles que se trouve réduite au minimum la possibilité pour eux de faire des lois qui violent leurs obligations ou de ne pas faire des lois qu'ils sont obligés de faire »<sup>2762</sup>. Il est ainsi erroné d'affirmer catégoriquement que la théorie du droit objectif de Duguit omet la question des sanctions pratiques capables

<sup>2756</sup> Ibid., p. 806.

<sup>2757</sup> Ibid., p. 800-801.

<sup>2758</sup> Duguit (2003), p. 312.

<sup>2759</sup> Hauriou (1910), p. 79. Sur les reproches d'« anarchisme » auxquels Duguit a dû faire face tout au long de sa carrière, cf. Milet (2003), p. 102-103.

<sup>2760</sup> Esmein (1914), p. 41 s. ; Gény (1915), p. 254-255 ; Carré de Malberg (1920), p. 203 s. ; Michoud (1924), p. 51.

<sup>2761</sup> Cf. Baumert (2009), p. 340.

<sup>2762</sup> Duguit (1930), p. 712-713. Cf. également p. 790 : « la garantie de l'accomplissement par l'Etat des obligations négatives et positives qui lui incombent se trouve avant tout dans une bonne organisation des pouvoirs publics. C'est la sûreté qui est le droit pour l'individu que l'Etat s'organise de telle manière que soit réduit au minimum le danger de violation du droit ».

d'en assurer l'effectivité<sup>2763</sup>. Au contraire, la question des institutions est en lien direct avec la théorie du droit du juriste français et occupe un rôle essentiel, bien que Duguit ne l'ait jamais mise explicitement en avant. Une bonne organisation interne de l'Etat apparaît comme le *medium* essentiel permettant au droit objectif de s'intégrer dans la loi positive. En l'occurrence, c'est essentiellement l'organisation du pouvoir législatif qui doit nous préoccuper. En effet, l'extrait proposé ci-dessus démontre que, selon Duguit, les bonnes institutions sont celles qui permettent à l'Etat d'établir le contenu des *lois* positives conformément au droit objectif. A cet égard, Duguit élabore une construction doctrinale originale au sujet de deux institutions chargées de guider le législateur égaré vers la lumière du droit objectif : le principe de représentation et le contrôle de constitutionnalité des lois. Avant d'entrer dans le vif du sujet, deux remarques préliminaires s'imposent.

En premier lieu, la contribution du Doyen de Bordeaux à propos de ces deux institutions est *originale* en ceci qu'elle rompt avec le paradigme institué par la Constitution de 1791, qui donna ses premières assises à l'édifice constitutionnel qui devait succéder à l'Ancien Régime. Le Doyen de Bordeaux a tenté de penser le principe de représentation et le contrôle de constitutionnalité des lois selon l'idée de la collaboration et de l'interdépendance, qui se situe au cœur de sa théorie générale du droit. Il ressortira de notre analyse que Duguit rompt en ceci avec un certain dogme de la *séparation et de l'indépendance* qui présida autant à l'institutionnalisation de la représentation politique qu'au refus du contrôle de constitutionnalité des lois au lendemain de la Révolution de 1789. En effet, la Constitution de 1791 postulait la séparation et l'indépendance des représentants vis-à-vis de leurs représentés. Ces derniers demeurèrent exclus de l'exercice du pouvoir législatif, de même qu'ils furent privés de tout moyen de contrôle sur leurs élus en cours de législature. A l'encontre de cette configuration, Duguit élabore une théorie de la représentation fondée sur le double lien de solidarité par similitudes et par division du travail entre représentants et représentés. C'est sur cette base que Duguit défendra différents instruments (vote des femmes, élection proportionnelle, représentation professionnelle, référendum, droit de dissolution) permettant de s'assurer que les opinions des représentants concordent au plus haut degré avec celles de leurs représentés. Ainsi le contenu de la loi positive peut se rapprocher au plus près de la conscience sociale, fondement du droit objectif. Un semblable retournement est à l'œuvre dans la défense du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois proposée par Duguit. Nous verrons que la question du contrôle de constitutionnalité des lois a trait directement à la problématique de la conformité de la loi positive au droit objectif. En effet, Duguit défendra une conception extrêmement large du droit supra-légal qui embrasse autant la constitution écrite que le droit objectif révélé par les mouvements de la conscience collective. Il autorisera, sur cette prémisse, le juge à

---

<sup>2763</sup> C'est ce que soutient par exemple Marie-Joëlle Redor. Cf. Redor (1992), p. 79.

refuser l'application d'une loi sur le seul fondement de sa non-conformité avec une règle de droit révélée par la « masse des consciences individuelles ». Bien que le Doyen de Bordeaux s'en défendra, sa défense du pouvoir des juges d'examiner la constitutionnalité des lois mettra ainsi la question de la séparation des pouvoirs au premier plan. Etalés sur une période de près de trente ans – d'un long article de 1893 à la troisième édition du *Traité de droit constitutionnel* publié à partir de 1927 – les écrits de Duguit sur la question de la séparation des pouvoirs laissent apparaître une profonde remise en cause du modèle d'organisation des pouvoirs institué par la Constitution de 1791. A une séparation stricte basée sur l'indépendance mutuelle des pouvoirs, le Doyen de Bordeaux substituera un modèle où les organes sont amenés à interagir et à se contrôler mutuellement. Nous inscrirons la défense du contrôle de constitutionnalité des lois dans cette logique, quand bien même le Doyen de Bordeaux refusera d'examiner cette question sous l'angle de la séparation des pouvoirs.

A l'issue de notre examen, nous aurons l'occasion de voir émerger un Duguit à deux faces. La théorie de la représentation révèle un Duguit « démocrate », soucieux d'inclure les femmes et les classes ouvrières dans le jeu politique et d'offrir au corps électoral des moyens de contrôle sur les représentants de la nation. En revanche, la défense du contrôle de constitutionnalité nous permettra de découvrir un Duguit plus « élitiste » qui permet à un juge non-élu de détricoter l'œuvre du législateur démocratique au motif que ce dernier aurait été un lecteur incomplet ou imparfait des règles de droit qui découlent des liens de solidarité. Il y assurément une tension dans cette position ambivalente. Tension dont le juriste bordelais ne semble pas avoir pris conscience et dont il n'a pas, en conséquence, proposé des moyens de conciliation.

## 2.4.2 Les métamorphoses de la représentation

### 2.4.2.1 Le modèle de 1791 : une théorie de la séparation

La théorie juridique de la représentation s'est fondée en 1789-1791, selon Duguit, sur l'idée de mandat représentatif<sup>2764</sup>. Un mandat cependant particulier en ce qu'il liait deux entités collectives. Ce n'est, en effet, pas les citoyens pris comme individus qui faisaient office de mandant, mais bel et bien la nation prise comme une entité indivisible, un être collectif et synthétique qui ne pouvait être assimilé au seul corps électoral<sup>2765</sup>. A cet égard, l'article 1<sup>er</sup> du titre III de la Constitution de 1791 constitue l'origine d'une telle construction. En disposant notamment que la souveraineté est une et indivisible et qu'elle appartient à la Nation toute entière, le texte en arrivait à la conclu-

<sup>2764</sup> Il est intéressant de noter que Duguit, comme Carré de Malberg, centre son analyse du gouvernement représentatif sur la Constitution de 1791. A ce titre, Adhémar Esmein possédait un spectre de vues plus large, en ce qu'il estimait que le gouvernement représentatif était une invention des anglais et qu'il accordait en conséquence une grande attention à leurs institutions. Cf. Esmein (1914), p. 88.

<sup>2765</sup> Duguit (1928), p. 643-644.

sion qu'aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice<sup>2766</sup>. A la lumière de cette disposition, il était impossible de soutenir, à l'instar de Rousseau, que chaque citoyen est titulaire d'une fraction de souveraineté<sup>2767</sup>. Au contraire, le pouvoir politique suprême résidait dans les mains d'« *un corps unifié, envisagé dans son universalité globale et distingué, par conséquent, des unités individuelles et des groupes partiels que ce corps national comprend en soi* »<sup>2768</sup>. On sait que la Nation, dans l'organisation constitutionnelle élaborée en 1791, ne devait jamais exercer par elle-même le pouvoir souverain, puisqu'elle délégait cette tâche à ses représentants : le Corps législatif et le roi<sup>2769</sup>. L'interdiction du mandat impératif est avancée par Duguit comme preuve irréfutable que les députés n'étaient pas les représentants des électeurs de leur circonscription mais les commis du « vœu national », pour reprendre les termes de Sieyès<sup>2770</sup> : « *la doctrine du mandat impératif est manifestement contraire au principe de la souveraineté nationale. En effet, si la souveraineté nationale existe, elle est, par définition même, la volonté une et indivisible de la nation ; ni les individus ni les groupes pris séparément n'ont une parcelle quelconque de la souveraineté ; par conséquent, ni les individus ni les groupes ne peuvent donner au député un mandat quelconque d'exercer en leur nom une souveraineté qu'ils n'ont pas* »<sup>2771</sup>. La souveraineté étant une et indivisible comme la Nation dont elle émane, elle ne peut s'exprimer que sous la forme d'une volonté unifiée. En ceci, ce n'est pas chaque député pris individuellement – Duguit fait curieusement abstraction du caractère représentatif conféré au Roi par la Constitution de 1791 – qui pouvait se considérer comme un mandataire à part entière<sup>2772</sup>. Une telle solution laisserait penser que le suffrage de députés minoritaires forme une expression concurrente de la volonté nationale de celle émanant de la majorité des députés. Seule l'élévation du Corps législatif dans son indivisibilité collective comme mandataire unique de la Nation permettait d'éviter ce morcellement de la souveraineté<sup>2773</sup>. Nous savons que le réalisme de Duguit ne pouvait souffrir une telle construction qui repose sur l'hypothèse de la person-

---

<sup>2766</sup> Cf. Esmein (1914), p. 307.

<sup>2767</sup> Rousseau (1996), p. 89.

<sup>2768</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 224.

<sup>2769</sup> Cf. Titre III, art. 2 de la Constitution de 1791 : « *La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. – La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi* ».

<sup>2770</sup> Duguit (1928), p. 646-647.

<sup>2771</sup> Ibid., p. 655.

<sup>2772</sup> Duguit (1928), p. 643-644.

<sup>2773</sup> Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 224 : « *la règle « le député représente la nation » se fonde sur ce fait qu'il est membres d'une assemblée collégiale, qui a le pouvoir de vouloir pour la nation, en tant qu'il concourt individuellement, par son activité et son suffrage, à la formation de la volonté nationale. Il faut bien remarquer, en effet, que chaque député ne saurait, à lui tout seul, vouloir pour la nation. L'organe proprement dit de la nation, c'est le Corps législatif. Le député n'est représentant qu'en tant que membre de l'assemblée représentative, c'est-à-dire en tant que concourant à constituer cette assemblée et appelé à coopérer à la formation de la vo-*

nalité et de la volonté d'entités supraindividuelles. La manière dont Duguit fait justice de cette fiction nous est désormais bien connue et il n'est pas nécessaire d'y revenir<sup>2774</sup>.

Le point qui doit maintenant se situer au centre de nos préoccupations a trait à la nature des relations entre les représentants et l'élément représenté au sein du régime représentatif institué par la Constitution de 1791. Il est quelque peu surprenant que Duguit place un tel cadre de relations sous la catégorie du mandat. En effet, peu de choses rapprochent les rapports juridiques qui se nouent entre deux personnes liées par un mandat de droit privé des relations qui s'établissaient entre les citoyens et leurs représentants à la faveur de ce nouveau régime constitutionnel. Deux auteurs en particulier ont étudié d'une manière approfondie l'essence de ces relations, pour en tirer les conséquences les plus décisives sur la nature du régime représentatif : Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg<sup>2775</sup>. Ces deux auteurs exposent les quatre éléments qui interdisent toute assimilation de la logique du gouvernement représentatif instituée en 1791 à une théorie du mandat. En premier lieu, le député aurait pu être considéré comme un mandataire si l'on avait admis qu'il représentait uniquement le collège électoral qui l'avait nommé. Dans un contrat de mandat, on ne devient mandataire que de ceux qui nous ont explicitement désigné. Dans une telle hypothèse, le mandat impératif n'aurait pas rencontré d'obstacle incontournable. Or, son interdiction démontre que le député acquiert la qualité de représentant vis-à-vis d'un ensemble bien plus large, la nation<sup>2776</sup>. En second lieu, le représentant n'est, aux termes de la Constitution de 1791, d'aucune manière révocable, ni par les membres de sa circonscription, ni par le corps électoral national. Une seconde différence radicale s'établit ainsi entre le régime de la représentation politique et le système du mandat de droit privé, en ce qu'il est de l'essence de celui-ci de permettre au mandant de révoquer en tout temps son mandataire<sup>2777</sup>. Ensuite, un mandataire de droit privé est juridiquement responsable envers son mandant de la manière dont il s'acquitte de sa tâche ; il est en conséquence tenu de rendre compte au mandant de sa gestion. Rien de tel dans le gouvernement représentatif bâti en 1791 où les députés n'étaient astreints à aucun régime de responsabilité envers leurs électeurs<sup>2778</sup>. Enfin, il découle de la nature du mandat que la volonté instituante du mandant peut restreindre ou élargir à son gré le cercle

---

*lonté qu'elle exprime. Or, l'assemblée est l'organe indivisible de la nation envisagée, elle aussi, dans son indivisibilité collective ».*

<sup>2774</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.2.

<sup>2775</sup> Cette liste n'est naturellement pas exhaustive. Avant eux, la critique de l'assimilation de la représentation politique à une théorie du mandat avait été entreprise par le juriste italien Orlando, dans un article paru en 1895 à la *Revue du droit public*. Cf. Orlando (1895), p. 1 s.

<sup>2776</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 212-213 et p. 247 ; Esmein (1914), p. 88 ; Esmein (1894), p. 38-39 ; Orlando (1895), p. 11.

<sup>2777</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 214-215 ; Esmein (1914), p. 88 ; Orlando (1895), p. 13-14.

<sup>2778</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 215.

des attributions du mandataire. En revanche, un député de 1791 n'était jamais lié par quelque instruction venue de ses électeurs ; son vote était libre de s'éloigner du programme politique qui avait pu motiver son élection<sup>2779</sup>.

Il ressort de cette analyse comparative que le point majeur de dissemblance entre le système du mandat et le régime représentatif de droit public concerne la liberté du fondé de pouvoir<sup>2780</sup>. Le mandataire est l'instrument de la volonté de son mandant, il doit obéir à toutes ses instructions et sa responsabilité peut être engagée en cas de mauvaise gestion ; le pouvoir de révocation à disposition du mandant est le signe le plus manifeste de ce lien de dépendance. Par opposition, le député « *ne remplit pas un mandat qui l'enchaîne, mais il exerce une fonction libre. Il n'exprime pas la volonté de ses électeurs, mais il se décide par lui-même et sous sa propre appréciation. Il ne parle, ni ne vote, au nom et de la part de ses électeurs, mais il forme son opinion et émet son suffrage selon sa conscience et ses vues personnelles* »<sup>2781</sup>. L'indépendance du représentant est ainsi le trait caractéristique du gouvernement représentatif<sup>2782</sup>, comme l'attestent son irresponsabilité<sup>2783</sup> et son irrévocabilité<sup>2784</sup>. Le rôle du représentant consiste à vouloir librement pour le compte de la nation. En ceci, il est investi du pouvoir d'exercer au nom de la nation une volonté libre et souveraine<sup>2785</sup>. La volonté d'un député ne peut dès lors être dirigée ou contrecarrée d'une quelconque manière. Sieyès eut une formule incisive pour dépeindre cet état de liberté du député lorsqu'il déclara devant l'Assemblée constituante que le peuple ne peut réellement parler et agir que par ses représentants<sup>2786</sup>. L'interdiction du mandat impératif découle en ligne directe d'une telle conception de la représentation politique<sup>2787</sup>. Plus encore, l'indépendance absolue du représentant et son pouvoir d'exprimer une volonté libre et initiale au nom de la nation a comme corollaire la mise à l'écart de tous les instruments permettant au peuple – qu'il faut ici considérer comme la masse des citoyens actifs – d'exprimer par lui-même la volonté nationale. Carré de Malberg écrit ainsi que si « *le corps électoral est bien organe de création du Parlement, il n'est pas or-*

---

<sup>2779</sup> Ibid., p. 215-216 ; Esmein (1914), p. 88-89.

<sup>2780</sup> Cf. Esmein (1894), p. 15.

<sup>2781</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 217.

<sup>2782</sup> Esmein (1914), p. 392 : « *ce qui caractérise les représentants du peuple souverain, c'est que, dans la limite des attributions qui leur sont conférées, ils sont appelés à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple, qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche* ».

<sup>2783</sup> Ibid., p. 438.

<sup>2784</sup> Ibid., p. 441 : « *il [le droit de révocation] est la négation même du gouvernement représentatif qui suppose la pleine liberté de décision et de discussion chez les membres de l'Assemblée législative. Il ne serait pas moins contraire au principe de la souveraineté nationale qui fait de chaque député le représentant de la nation entière* »

<sup>2785</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 267.

<sup>2786</sup> Cf. Carré de Malberg (1931a), p. 6.

<sup>2787</sup> Cf. Esmein (1894), p. 20 s.

*gane de volition ; bien plus, le but même du régime dit représentatif est d'exclure systématiquement le peuple de la puissance de vouloir, c'est-à-dire de décider, pour l'Etat, et de réserver celle-ci aux seuls représentants »*<sup>2788</sup>. Le gouvernement représentatif exclut par définition tous les instruments de démocratie directe comme l'initiative populaire ou le référendum. Il peut dès alors apparaître comme l'antithèse du « *gouvernement direct* » par lequel les citoyens forment l'organe essentiel et initiale de l'Etat, « *en ce sens que ce total d'individus est la source de tous les pouvoirs exercés par les autorités publiques, et, en outre, que la volonté étatique se confond, en principe avec la volonté populaire* »<sup>2789</sup>. Les institutions démocratiques qui distinguent le gouvernement direct révèlent sa finalité dernière qui est d'assurer la concordance des vues entre les citoyens et leurs représentants. Tout autre est l'objectif visé par le gouvernement représentatif. Celui-ci cherche en effet à assurer aux représentants le degré maximal d'indépendance et de liberté dans la mesure où ils sont seuls habilités à vouloir pour la nation<sup>2790</sup>. Pour le formuler crûment, gouvernement représentatif n'est pas, à proprement parler, un synonyme exact de gouvernement démocratique<sup>2791</sup>.

Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg arrivent à la conclusion que l'Assemblée constituante a inauguré, entre 1789 et 1791, des modalités inédites d'organisation constitutionnelle qui doivent être distinguées autant du régime monarchique que du régime démocratique inspiré de la démocratie antique où les citoyens avaient une participation active à la puissance législative. Les deux auteurs cherchent alors à identifier les causes et les raisons profondes ayant conduit à l'avènement du gouvernement représentatif dans la Constitution de 1791. Trois clés d'explication ressortent de leurs analyses. En premier lieu, les constituants de 1791 ont créé le régime de la souveraineté nationale et auraient inventé ainsi un titulaire inédit de la souveraineté : la nation. Esmein comme Carré de Malberg repoussent la réduction de la nation au corps des citoyens actifs ou même de la population présente sur le territoire national. La nation est indépendante de tout cela ; c'est un être « *envisagé dans son universalité abstraite* »<sup>2792</sup>, une « *collectivité indivisible et extra-individuelle* »<sup>2793</sup>, un pur « *être de raison* »<sup>2794</sup>, une « *collectivité unifiée de nationaux* »<sup>2795</sup>, une entité possédant « *une sorte*

<sup>2788</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 346

<sup>2789</sup> Ibid., p. 355.

<sup>2790</sup> Esmein comme Carré de Malberg accordent une très haute considération à la conception du représentant développée par Roederer et Barnave à l'Assemblée constituante. Cette conception est fondée sur la gradation entre le représentant, qui a pour charge d'exprimer *directement* la volonté souveraine de la nation, et le fonctionnaire qui ne peut qu'*agir* pour le compte de la nation, en ce sens qu'il se doit d'exécuter la volonté nationale exprimée par les représentants. Cf. Esmein (1914), p. 392 ; Carré de Malberg (1922a), p. 266-267.

<sup>2791</sup> Cf. Deslandres (1902), p. 41 :

<sup>2792</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 214.

<sup>2793</sup> Ibid., p. 223.

<sup>2794</sup> Ibid., p. 277 ; cf. Maulin (2003), p. 227

<sup>2795</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 432.

*de vie propre, distincte des vies additionnées des individus qui la composent à un moment donné, où se combinent l'activité et la pensée des générations passées avec celles de la génération présente, où se prépare le sort des générations futures* »<sup>2796</sup> et dont on ne peut pas dire qu'elle constitue « *une personne réelle* »<sup>2797</sup>. En somme, ces deux auteurs décrivent la nation de sorte à la transformer en pure abstraction. Or le propre d'un être idéal et abstrait est qu'il est incapable de développer une volonté tangible et constatable empiriquement. Le rôle du représentant consiste dès lors à exprimer cette volonté. Le terme de représentation semble alors presque excessif. La représentation suppose la présence de deux volontés clairement identifiables : la volonté du représenté et la volonté du représentant. Le principe de souveraineté nationale exclut l'existence d'une volonté réelle de l'élément représenté pour ne laisser substituer que la volonté du représentant qui se doit dès lors de constituer intégralement et librement la volonté du représenté<sup>2798</sup>. Sans porter intérêt à la concordance de cette acception de la nation à l'idée que s'en faisait la majorité des membres de l'Assemblée constituante<sup>2799</sup>, elle signale avec précision la position subordonnée de la nation face à ses représentants dans la Constitution de 1791<sup>2800</sup>. Ceux-ci étaient en effet capables de vouloir à sa place à un degré d'indépendance et de liberté presque maximal.

Sur ce constat, Carré de Malberg soutient sa thèse aussi audacieuse que célèbre selon laquelle l'Assemblée constituante n'aurait pas mis en place un régime de représentation mais qu'elle aurait plutôt institué un système d'organisation constitutionnelle articulé autour de la notion d'*organe de l'Etat*, dont l'élaboration théorique sera le fait ultérieur des juristes allemands. Le juriste alsacien perçoit dans le terme même de représentation une survivance de l'Ancien régime, où les envoyés aux Etats généraux étaient des mandataires, au sens strict, de leur ordre. La représentation faisait ainsi naître un rapport entre deux volontés distinctes dans lequel la volonté du mandant préexiste à la volonté du mandataire et la contrôle. A l'opposé, l'organe juridique ne pré-

---

<sup>2796</sup> Esmein (1914), p. 285

<sup>2797</sup> Ibid., p. 299.

<sup>2798</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 267.

<sup>2799</sup> C'est un point qui est, de nos jours, contesté en doctrine. La charge la plus virulente fut lancée par Guillaume Bacot dans son essai *Carré de Malberg et la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*. L'auteur nie que les membres de la Constituante se soient figuré la nation sous la forme d'un être collectif abstrait. Au contraire, ils auraient usé des termes de « peuple » et de « nation » comme de stricts synonymes signifiant « *l'ensemble des citoyens qui peuvent effectivement participer concrètement à l'exercice de la puissance publique et jamais une collectivité plus ou moins abstraite et intemporelle* ». Cf. Bacot (1985), p. 92. L'historien Patrice Gueniffay nuance également la lecture opérée par Esmein et Carré de Malberg. Si elle semble pertinente pour rendre compte de la Constitution de 1791, il rappelle que celle-ci n'incarne pas la quintessence de la pensée politique des constituants. Cf. Patrice Gueniffay, *Le nombre et la raison, la Révolution française et les élections*, Paris, Editions de l'EHESS, 1993, p. 109. Cf. également Brunet (2004), p. 35 s. ; Maulin (2003), p. 227.

<sup>2800</sup> Cf. Maulin (2003), p. 227 s.

suppose pas une personnalité et une volonté déjà existantes. Le propre de l'organe est de vouloir pour le compte d'une collectivité unifiée qui, en tant qu'entité abstraite, ne peut vouloir et agir par elle-même. Ainsi la représentation implique deux personnalités distinctes, tandis que l'organe n'a point de personnalité propre, en tant qu'il se confond avec la personne collective dont il formule la volonté. De même, la représentation présuppose deux volontés, dont l'une se substitue à l'autre, alors qu'un système reposant sur la notion d'organe ne laisse apparaître qu'une seule et unique volonté, celle de la collectivité elle-même, juridiquement organisée pour vouloir par l'intermédiaire de ses organes<sup>2801</sup>.

La conception de la nation comme un être abstrait incapable de volonté effective permet donc d'expliquer pourquoi une Constitution fondée sur le principe de souveraineté nationale est nécessairement représentative. Ce seul argument n'explique toutefois pas l'exclusion des citoyens de la participation à la puissance législative. Privé du droit de référendum ou d'initiative populaire, le peuple était réduit par la Constitution de 1791 à une autorité passive, inapte à exprimer la volonté de la nation et seulement capable de nommer les membres du corps législatif. Ceci, le principe de souveraineté nationale ne peut à lui seul le justifier. On peut admettre que la masse des citoyens actifs ne constitue point le véritable titulaire de la souveraineté. Sur cette seule prémisse, on ne peut cependant pas exclure qu'ils puissent former un organe de représentation capable d'exprimer la volonté nationale, en collaboration avec le Parlement. L'Assemblée constituante s'est pourtant refusée à une telle option. On ne peut le comprendre qu'en recherchant les autres éléments ayant conduit à l'avènement en 1791 d'un régime représentatif entendu en son sens le plus strict. A cette fin, Esmein et Carré de Malberg convoquent l'autorité des sources classiques pour déterminer le second et le troisième facteur de l'institution du gouvernement représentatif. Le nom de Montesquieu est particulièrement cité pour déterminer les conditions d'émergence du gouvernement représentatif, indépendamment de son lien éventuel avec le principe de souveraineté nationale. L'argument de la taille des sociétés politiques est un premier élément formulé par l'auteur de *L'Esprit des lois*. Le passage des petites cités antiques aux grands Etats modernes aurait rendu impraticable la réunion du peuple en

---

<sup>2801</sup> Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 228-229 et surtout 284 s. Avant Carré de Malberg, le juriste italien Orlando avait lui aussi substitué la notion d'organe au système du mandat pour rendre compte de la nature juridique du gouvernement représentatif. Cf. Orlando (1895), p. 1 s. Saripolos développera les mêmes arguments quelques années plus tard sur cette interprétation, cf. Saripolos (1899a), p. 138 ; Michoud réitérera une telle interprétation dans son maître-ouvrage consacré à la personnalité morale, paru en 1906, cf. Michoud (1924) p. 287-290. Naturellement, les juristes allemands seront acquis à une telle construction. C'est ainsi que Laband la défend pour affirmer que les membres du Reichstag ne sont les représentants de personne et qu'ils tiennent juridiquement leur pouvoir de la seule Constitution. Cf. Laband (1900), p. 443 ; sur cette interprétation, cf. Maulin (2003), p. 226 s ; Brunet (2004), p. 39 s ; Laquière (2005), p. 252 s.

assemblée législative de sorte qu'il devint nécessaire que le pouvoir législatif fût exercé par un nombre restreint d'individus sélectionné au sein du corps électoral<sup>2802</sup>. Cette explication n'est, à elle seule, pas satisfaisante pour rendre compte du modèle institué par la Constitution de 1791 où le peuple était privé de tout accès à l'exercice du pouvoir législatif. Que le territoire soit trop vaste pour que l'on songe à convoquer l'ensemble des citoyens actifs afin qu'ils délibèrent sur les affaires du pays est une chose. Une autre est que ce constat ne permet pas d'exclure que l'on prenne soin de consulter le peuple sur certains projets de lois sensibles ou importants.

Il faut ainsi se tourner vers le troisième et dernier facteur ayant conduit à l'apparition du gouvernement représentatif identifié par la doctrine de la Belle Epoque. Là encore, Montesquieu est fréquemment invoqué et notamment le chapitre VI du livre XI de *L'Esprit des lois* où nous pouvons lire qu'« *il y avait un grand vice dans la plupart des anciennes républiques ; c'est que le peuple avait droit d'y prendre des résolutions actives et qui demandent quelque exécution, chose dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée. Car s'il y a peu de gens qui connaissent le degré précis de la capacité des hommes, chacun est pourtant capable de savoir, en général, si celui qu'il a choisi est plus éclairé que la plupart des autres* »<sup>2803</sup>. Plutôt que le principe de souveraineté nationale, ces lignes de Montesquieu nous semblent constituer la clé d'explication de la position effacée du peuple dans la Constitution de 1791. A cet égard, Esmein invoque l'autorité de l'un des membres les plus influents de l'Assemblée constituante, Emmanuel Sieyès, dont les dits et les écrits en matière d'organisation constitutionnelle jouissent d'une assez large réception dans la doctrine de droit public de la III<sup>e</sup> République<sup>2804</sup>. Dans ses *Eléments de droit constitutionnel*, Esmein souligne que Sieyès était pleinement acquis à l'argument relatif à l'incapacité des gouvernés. Sieyès estimait que l'exclusion du peuple de la puissance législative se justifiait par son manque de temps, d'intérêt et d'instruction<sup>2805</sup>. En ceci, l'Abbé Sieyès comprenait que le système d'organisation des sociétés modernes les rendait impropres au gouvernement direct. Avant Benjamin Constant, Sieyès avait saisi que les sociétés modernes sont avant tout des « sociétés commerçantes » où les citoyens, tout absorbés qu'ils le sont par leurs activités industrielles, n'ont ni le loisir de s'occuper de la gestion des affaires publiques, ni le temps d'en développer les facultés<sup>2806</sup>. Le gouvernement direct des

---

<sup>2802</sup> Montesquieu (1979), p. 297 ; cf. Duguit (1928), p. 617-618 et p. 623 ; Esmein (1914), p. 396.

<sup>2803</sup> Montesquieu (1979), p. 297-298 ; cf. Duguit (1928), p. 623.

<sup>2804</sup> Cf. Laquière (2005), p. 230.

<sup>2805</sup> Cf. Esmein (1914), p. 397.

<sup>2806</sup> Et Sieyès, comme Benjamin Constant après lui, avait noté à quel point ces traits distinguaient la société moderne des sociétés antiques : « *les peuples européens modernes ressemblent bien peu aux peuples anciens. Il ne s'agit parmi nous que de commerce, d'agriculture, de fabriques, etc. ; le désir des richesses semble ne faire de tous les Etats de l'Europe que de vastes ateliers ;*

Anciens s'appuyait sur l'esclavage qui laissait toute la liberté requise aux citoyens pour s'investir dans le travail législatif ou dans la conduite du gouvernement<sup>2807</sup>. La disparition du fondement socio-économique de la démocratie directe devait nécessairement aboutir à la transformation du rapport des citoyens au politique. Au vu de l'incapacité matérielle et de la relative incompetence des citoyens à délibérer des projets de lois, la défense du bien commun commandait que ceux-ci se bornent à nommer des représentants « *bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général et d'interpréter à cet égard leur propre volonté* »<sup>2808</sup>. Cependant, le gouvernement représentatif ne devait pas uniquement s'imposer pour ces raisons contingentes<sup>2809</sup>. Un autre principe cardinal de l'organisation des sociétés modernes, le principe de la division du travail, était avancé par Sièyès afin de démontrer la supériorité du gouvernement représentatif sur le gouvernement direct et sa meilleure adaptation au type nouveau type de société qui venait d'émerger. La division du travail possède en effet cet avantage de favoriser la spécialisation des individus dans une tâche déterminée et de permettre d'améliorer ainsi l'efficacité globale de l'appareil productif. A ce titre, Sièyès jugeait que le travail politique est soumis aux mêmes lois d'airain que toute activité sociale. La spécialisation de certains individus dans le travail politique devait donc contribuer à la meilleure qualité des lois et du gouvernement<sup>2810</sup>. Esmein adoube sans réserve ces arguments. Il nous semble toutefois qu'il les appauvrit quelque peu et les transforme en un simple réquisitoire élitiste contre la démocratie directe. A cette fin, Esmein est contraint d'infléchir sa définition de la loi qui reposait, au début de son traité, sur la dualité des critères formel et matériel<sup>2811</sup>. L'auteur des *Eléments de droit constitutionnel* se montre plus nuancé lorsqu'il s'agit de vanter les mérites du gouvernement représentatif. Il soutient que la loi est beaucoup moins l'expression de la volonté générale qu'une « *règle de justice et d'intérêt public* »<sup>2812</sup>. S'il n'ose exclure totalement le critère formel de sa définition de la loi, il place nettement l'accent sur le critère matériel en faisant du juste, de l'utile et du rationnel le critère décisif de définition de la loi<sup>2813</sup>. Or il ne lui apparaît point douteux que le gouvernement représentatif est la seule modalité d'organisation de la puissance législative capable de conférer une telle qualité matérielle à la loi<sup>2814</sup>. Sur le fond, il juge irrationnel de confier la confection des lois aux citoyens qui n'ont ni l'instruction pour en comprendre tous les as-

---

*on y songe bien plus à la consommation et à la production qu'au bonheur* ». Cf. Pasquino (1987), p. 219.

<sup>2807</sup> Ibid., p. 216.

<sup>2808</sup> Esmein (1914), p. 398.

<sup>2809</sup> Cf. Laquièze (2005), p. 249.

<sup>2810</sup> Cf. Pasquino (1987), p. 221 ; Clavreul (1987), p. 50.

<sup>2811</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>2812</sup> Esmein (1914), p. 400.

<sup>2813</sup> Ibid., p. 401.

<sup>2814</sup> Ibid. ; Esmein (1894), p. 16.

pects, ni le temps pour les étudier<sup>2815</sup>. Sur la forme, le gouvernement direct lui semble intenable en ceci qu'il est matériellement impossible de mener une discussion sérieuse impliquant l'ensemble du corps électoral. A ce titre, il rejette d'un revers de la main la possibilité que la presse soit le vecteur d'un débat au niveau national, affirmant entre autres que « *l'expérience montre malheureusement combien sont, non seulement passionnés, mais surtout superficiels, les débats qui se poursuivent dans les journaux spécialement destinés aux classes populaires* »<sup>2816</sup>. La position d'Adhémar Esmein a le mérite de la clarté. Plus nuancé dans sa prise de position, Carré de Malberg soutient également que c'est l'incompétence supposée des citoyens qui conduisit les constituants de 1789-191 à instituer un gouvernement représentatif entendu dans une acception tout à fait étroite<sup>2817</sup>. Cette prémisse ajoute alors un élément de poids dans la définition du gouvernement représentatif. Si les citoyens sont inaptes à décider mais capables d'élire, le propre du gouvernement représentatif tient alors dans une sélection des meilleurs, seuls dignes de devenir les agents d'exercice du pouvoir<sup>2818</sup>. En d'autres termes, le gouvernement représentatif devient, sous la plume du juriste alsacien, une forme de régime aristocratique<sup>2819</sup>. C'est fort de ce constat que Carré de Malberg s'autorise à affirmer que « *la Constituante avait conçu l'assemblée des députés comme une oligarchie, organe de la communauté nationale, voulant pour celle-ci à l'exclusion du peuple : c'était là une sorte de régime aristocratique, dans lequel, selon le mot de Rousseau, le peuple, en élisant ses députés, se donnait des maîtres, dans lequel l'exercice de la souveraineté devait appartenir à un petit nombre d'élus et à eux seuls. Les députés, voilà quels devaient être les véritables citoyens actifs* »<sup>2820</sup>.

#### 2.4.2.2 La conception « sui generis » de Duguit

Cette configuration du gouvernement représentatif, centrée sur l'indépendance du représentant, ne résista pas à l'épreuve du temps. L'introduction du suffrage universel en 1848 et l'entrée des masses sur la scène politique n'apparurent pas, aux yeux de plusieurs auteurs, comme une simple extension du corps électoral, mais comme le chamboulement complet des institutions politiques. Maurice Deslandres eut même l'audace

---

<sup>2815</sup> Ibid., p. 399.

<sup>2816</sup> Ibid., p. 400.

<sup>2817</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 256-258.

<sup>2818</sup> La définition du gouvernement représentatif comme sélection des meilleurs avait été déjà soutenue par Orlando, qui reliait directement le caractère aristocratique du gouvernement représentatif à l'institution de l'élection. Cf. Orlando (1895), p. 31-39. Il reviendra à Bernard Manin de donner bien plus tard une théorisation poussée de cette intuition. Cf. Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 2012, p. 125 s. Cf. également Rosanvallon (1998), p. 45 s.

<sup>2819</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 208. Cf. également, Saleilles (1898), p. 226 : « *L'élection a pour but de faire sortir de la masse une aristocratie politique ; et c'est cette aristocratie qui gouverne, n'ayant de compte à rendre que vis-à-vis d'elle et de conseils à prendre que d'elle-même* ».

<sup>2820</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 363.

de parler de « *crise de l'Etat moderne* » pour caractériser ce changement de paradigme<sup>2821</sup>. Le suffrage censitaire délimitait le champ de l'action politique au bénéfice d'une élite restreinte de propriétaires. Celle-ci n'incarnait pas l'ensemble de la nation souveraine mais constituait simplement ce qui était convenu d'appeler « *le pays légal* »<sup>2822</sup>. Ce corps électoral restreint ne pouvait pas exiger des députés qu'ils se conforment à leurs opinions car les élus n'auraient plus été les représentants de la nation, mais les simples porte-voix d'une part ténue de celle-ci. L'indépendance du représentant ne pouvait dès lors apparaître comme une contradiction. Au contraire, le suffrage universel tend à faire coïncider le corps électoral et le titulaire de la souveraineté. A ce propos, Maurice Deslandres notait que « *les électeurs, étant l'universalité de la nation, titulaire de la souveraineté, devaient refuser d'admettre qu'en votant ils n'exerçaient pas une souveraineté existant en eux-mêmes, et, si leur vote était l'exercice d'une souveraineté personnelle, ils ne devaient plus admettre non plus que cette souveraineté, ils la déléguaient définitivement, complètement à un corps d'élus, qui, en les représentant, les éclipsaient et usurperaient l'exercice libre de la souveraineté nationale* »<sup>2823</sup>. Dans ces conditions, il n'était pas possible de considérer le Parlement autrement que comme un commis de la Nation, obligé de se conformer à ses tendances pour s'en sentir le véritable représentant.

Auteur d'une lecture particulièrement fine du régime de représentation instauré en 1791, Carré de Malberg constate à son tour que la réalité du régime parlementaire s'est peu à peu éloignée des prémisses théoriques posées au lendemain de la Révolution. Il avance plusieurs éléments d'explication relatifs au changement d'orientation du gouvernement représentatif. En premier lieu, la règle selon laquelle chaque député est un représentant de la nation toute entière s'est étiolée à mesure que les élus tombaient sous la coupe du corps électoral de leur circonscription. Un député, s'il aspirait à être réélu, devait nécessairement suivre les instructions de ses électeurs ou, à tout le moins, tenter de ne pas s'exposer à leur désapprobation formelle<sup>2824</sup>. Ce simple état de fait portait une double atteinte aux principes fondamentaux du gouvernement représentatif. Non seulement le député cessait d'être le représentant de la collectivité nationale prise dans son ensemble, mais sa dépendance envers ses électeurs lui faisait également perdre le droit de vouloir en toute liberté et en toute indépendance en lieu et place de la nation. Un député était ainsi le plus souvent l'homme d'une catégorie d'intérêts plus restreinte que l'intérêt national<sup>2825</sup>. A ce titre, l'émergence des partis politiques peut, entre autres, faire figure d'élément d'explication. En soumettant leurs membres élus à une puissante discipline de groupe et à un contrôle continu de leurs

<sup>2821</sup> Deslandres (1902), p. 39 s.

<sup>2822</sup> Ibid., p. 41.

<sup>2823</sup> Ibid. p. 42.

<sup>2824</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 363-364.

<sup>2825</sup> Ibid., p. 365.

actes, les partis limitaient d'autant la marge de manœuvre des députés dans leur action législative<sup>2826</sup>. Carré de Malberg perçoit dans le développement du « régime parlementaire » en France une seconde source d'altération de l'esprit originel du gouvernement représentatif. Selon le juriste alsacien, le régime parlementaire implique une forme de « gouvernement du pays par le pays, ou encore de gouvernement d'opinion »<sup>2827</sup>. En cela, il induit une transformation de la finalité de l'élection. Alors que l'élection d'un député s'effectuait auparavant selon des facteurs non directement politiques – comme sa notoriété locale ou la déférence dont il faisait l'objet<sup>2828</sup> – l'élection, sous la domination du régime parlementaire, offre aux citoyens la possibilité de choisir parmi différents programmes politiques dont les candidats ne sont que les porte-paroles<sup>2829</sup>. Le rôle des partis politiques est, à cet égard, encore à rappeler<sup>2830</sup>. A la faveur de cette configuration nouvelle de l'élection, il devenait loisible aux citoyens de peser directement sur les orientations générales de la politique nationale. Le lien représentatif ne pouvait en sortir que radicalement transformé puisque d'un régime marqué par l'indépendance du député l'on passait à un système caractérisé par « un rapport de liaison constante, dont la durée ne se restreint pas uniquement au moment éphémère où le corps électoral nomme et renomme périodiquement ses députés, mais qui se maintient, d'une façon persistante, pendant tout le cours de la législature »<sup>2831</sup>. Si, comme le veut Duguit, la tâche du juriste est de déterminer la nature juridique des institutions politiques en s'appuyant sur leurs faits constitutifs<sup>2832</sup>, il est évident que l'évolution des rapports effectifs entre représentants et représentés devait se répercuter sur leur formalisation juridique. Le Doyen de Bordeaux va donc s'atteler à l'édification d'une théorie juridique de la représentation totalement inédite, qui s'éloigne autant des prémisses de la théorie du mandat représentatif que des conséquences pratiques de la théorie de l'organe.

Duguit fait une lecture particulièrement critique du régime représentatif institué en 1791. En portant le statut du député à un niveau si élevé d'indépendance et de liberté, les auteurs de la Constitution de 1791 n'auraient pas été en mesure d'un élaborer un régime qui tienne compte de la nature réelle des relations entre les représentants et leurs représentés. La formalisation juridique du principe de représentation sous l'angle de la théorie des organes de l'Etat par les auteurs français et allemands n'aurait qu'accentuer l'erreur, en ceci que cette doctrine fait totalement disparaître la volonté du représenté pour ne laisser subsister que celle du représentant. En effet, la qualification

---

<sup>2826</sup> Cf. Manin (2012), p. 249-251.

<sup>2827</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 371.

<sup>2828</sup> Manin (2012), p. 261.

<sup>2829</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 371.

<sup>2830</sup> Cf. Manin (2012), p. 250-251.

<sup>2831</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 372.

<sup>2832</sup> Duguit (2005), p. 5. Sur ce point, cf. Beaud (2011), p. 49.

du parlement comme organe de l'Etat s'accompagne, chez ces auteurs, de l'affirmation selon laquelle la détermination des pouvoirs de cette autorité trouve, au point de vue juridique, sa source unique dans la Constitution, et non pas dans la volonté antérieure des citoyens<sup>2833</sup>. Cette construction abolit toute possibilité de rapport juridique entre les députés et le corps électoral<sup>2834</sup>. Toute cette théorie possède, selon Duguit, le tort grave de méconnaître ce fait fondamental que des rapports de dépendance mutuelle s'instaurent inévitablement entre représentants et représentés, du simple fait que les députés visant une réélection sont obligatoirement amenés à rendre des comptes sur l'exercice de leur mandat<sup>2835</sup>. En ceci, elle aurait totalement méconnu la réalité des faits politiques, ce qui ne pouvait, à terme, que la condamner<sup>2836</sup>. Partant de ce constat qu'il existe un rapport de fait irréductible entre le parlement et la nation, Duguit affirme qu'il appartient au juriste d'en donner la formule juridique exacte en s'appuyant sur la réalité des faits politiques<sup>2837</sup>. Rejetant la formalisation juridique du lien représentatif sous l'angle d'une théorie du mandat ou d'une théorie de l'organe<sup>2838</sup>, Duguit perçoit dans le *fait* de la représentation l'expression d'une solidarité et d'un état d'association entre deux groupes de personnes : les représentants et les représentés<sup>2839</sup>. Or Duguit est convaincu que partout « où il y a solidarité, état d'association, se forme immédiatement un droit objectif, qui a pour fondement et pour mesure cette solidarité »<sup>2840</sup>. La représentation relève donc d'une *règle de droit* – dont la tra-

<sup>2833</sup> Cf. Jellinek (2005a), p. 276.

<sup>2834</sup> Duguit (2005), p. 199-202.

<sup>2835</sup> Duguit (2005), p. 203 ; Duguit (1928), p. 658. Là aussi, il est possible de tracer un parallèle saisissant entre Duguit et Jellinek. Bien que le juriste de Heidelberg appréhende la représentation par le prisme de la notion d'organe, il refuse d'en déduire l'indépendance absolue du représentant. Cf. Jellinek (2005a), p. 277 : « Mais, incontestablement, les partisans de cette thèse [de l'idée qu'un organe de l'Etat ne tire ses pouvoirs que de la Constitution] négligent le point le plus important de tout le système représentatif ou tout au moins n'en tiennent pas le compte qui convient. C'est que le système représentatif dépasse le domaine juridique ; que le formalisme juridique est tout à fait hors d'état de l'embrasser entièrement. Les grandes transformations survenues dans la structure des Etats modernes, à la suite des changements profonds du droit électoral, des grands combats livrés pour rendre le vote plus démocratique, pour réaliser la représentation des minorités, sont, dans cette opinion, tout à fait incompréhensibles au point de vue juridique. Il ne s'agit pas, en tout cela, d'une simple participation au vote, mais de la conquête de l'influence politique au moyen des élus ». Et Jellinek d'en déduire la conséquence fondamentale quelques pages plus loin : « cette action de l'opinion publique, qui n'est pas juridiquement appréciable, mais politiquement si importante, fait que l'élu, sans avoir à rendre aucun compte à ses électeurs, se trouve cependant toujours sous leur contrôle effectif [...] les facteurs politiques font que la volonté d'un Parlement qui serait tout à fait éloignée des opinions du peuple, ne pourrait pas se maintenir longtemps ». cf. *Ibid.*, p. 283-284.

<sup>2836</sup> Duguit (1928), p. 658.

<sup>2837</sup> *Ibid.*

<sup>2838</sup> Pour Duguit, mandat et organe en droit constitutionnel sont deux notions qui ne recouvrent rien d'autre que des *fictions*. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.1.2 et 3.2.

<sup>2839</sup> Duguit (1928), p. 546-547.

<sup>2840</sup> *Ibid.*, p. 547.

duction en droit positif se trouve en générale dans la constitution – qui confère aux représentants et aux représentés différents pouvoirs et devoirs juridiques capable de maintenir et de renforcer leur association. Duguit tente alors de cerner la mesure de ces différents pouvoir et devoirs en analysant les relations des représentants et représentés sous l'angle des deux types de solidarité propres à tout groupe social : *la solidarité par division du travail et la solidarité par similitudes*.

En premier lieu, la théorie du gouvernement représentatif de Duguit ne peut pas uniquement se comprendre comme une rupture. En effet, il rejoint également certains postulats ayant conduit à l'adoption du gouvernement représentatif dans la constitution de 1791. Duguit juge ainsi que l'institution du gouvernement direct est impraticable dans « *les grands pays modernes* », rendant inéluctable la pratique du gouvernement représentatif, ce d'autant plus qu'un « *corps législatif composé d'hommes instruits et distingués est plus compétent pour discuter et voter les lois que le peuple lui-même* »<sup>2841</sup>. Le juriste français adhère ainsi à deux arguments classiques en faveur du gouvernement représentatif, celui de la taille des Etats modernes mais aussi et surtout celui de la compétence supérieure des représentants<sup>2842</sup>. Duguit estime, dans un premier temps, qu'il est indispensable que s'instaure une certaine séparation entre les représentants et les représentés. Un peu comme Sieyès avant lui<sup>2843</sup>, Duguit est convaincu que l'activité politique n'échappe pas au grand principe d'organisation des sociétés modernes : la division du travail<sup>2844</sup>. Il est ainsi utile que les représentants se spécialisent dans l'activité politique et développent des aptitudes en mesure de donner une qualité supérieure à la production législative<sup>2845</sup>. En ceci, les représentants doivent pouvoir bénéficier d'une certaine marge de manœuvre et ne peuvent se retrouver sous la coupe permanente de leurs électeurs. C'est notamment en vertu du principe de la division du travail que Duguit repousse catégoriquement l'institution du mandat impératif au motif précis que « *les députés, liés par les instructions de leurs électeurs, ne*

---

<sup>2841</sup> Duguit (1928), p. 620.

<sup>2842</sup> On trouve un indice indéniable des tendances élitistes de la doctrine de Duguit dans *L'Etat, les gouvernants et les agents*. Dans cet essai, Duguit juge absurde que le système électoral soit organisé d'une telle manière que le même poids soit donné à la voix de chaque citoyen, pour cette simple raison que tous ne présentent pas la même acuité dans leur conscience de la solidarité sociale et du droit qui doit en découler. Le juriste français préconise en conséquence l'instauration d'un système de pondération dans le décompte des voix qui prenne juste compte de « *l'inégalité morale* » des hommes. Cf. Duguit (2005), p. 88.

<sup>2843</sup> Cf. Laquière (2005), p. 250 sur le lien Duguit-Sieyès.

<sup>2844</sup> *Ibid.*, p. 546-547 : « *Représentés et représentants sont liés par la réciprocité des fonctions et des services ; les représentés fournissent l'élément qui produit et maintient la force gouvernante ; c'est seulement en s'appuyant sur eux que les représentants peuvent imposer leur volonté aux gouvernés ; et d'autre part, les représentants peuvent seuls exercer les fonctions étatiques au nom des représentés qui ne le pourraient pas ou ne le pourraient que tout à fait imparfaitement. En un mot, l'échange des services consiste en ce que les représentés fournissent la plus grande force et les représentants l'exercice des fonctions étatiques* ».

<sup>2845</sup> Duguit (2005), p. 219.

*pourraient pas apporter au pays le profit de leurs aptitudes propres* »<sup>2846</sup>. En ce sens, le gouvernement représentatif implique un certain affranchissement de la volonté représentante par rapport à la volonté des représentés.

En second lieu, si le système institué en 1791 contient, aux yeux de Duguit, indubitablement une part de vérité, les membres de l'Assemblée constituante auraient toutefois ignoré que la relation entre représentants et représentés ne peut se réduire à l'isolement de chaque élément dans sa tâche spécifique. Duguit estime que les députés et les citoyens sont également liés par un lien de *solidarité par similitudes* qui exige que les représentants se conforment « *aux tendances de l'élément qu'ils représentent* »<sup>2847</sup>. Dans l'esprit du juriste français, il est dans « *l'essence même* » du gouvernement représentatif d'assurer la conformité exacte et constante entre la volonté parlementaire et la volonté des citoyens<sup>2848</sup>. En ce sens, le gouvernement représentatif doit instituer un régime de dépendance de la volonté des représentants envers la volonté des représentés. Plus encore, il affirme que « *cette solidarité et cette pénétration réciproques des deux groupes [le corps des citoyens et le Parlement] seront d'autant plus grandes que les éléments constitutifs de l'un se trouveront reproduits plus exactement dans l'autre, que [...] la structure sociale du peuple se reflètera plus exactement dans le parlement* ». La représentation politique n'exige pas uniquement la concordance des opinions entre députés et citoyens mais elle impose également, à cette fin, la mise en place d'une homologie entre la composition « sociologique » du Parlement et la structure de la société. Duguit fait ainsi une lecture particulièrement originale du gouvernement représentatif. Esmein et Carré de Malberg étaient parvenus à un constat résolument inverse. Selon eux, les institutions du gouvernement représentatif n'avaient originellement pour but d'aménager la congruence des opinions entre représentants et représentés mais simplement de permettre aux députés de vouloir librement et arbitrairement pour le compte de la nation<sup>2849</sup>. Pourtant, on pourrait leur rétorquer que des institutions déjà existantes en 1791, telles que la publicité des votes et des débats au Parlement, peuvent difficilement s'expliquer sans quelques concessions à l'interprétation de Duguit. En effet, elles permettent aux citoyens de s'enquérir des positions défendues par leurs députés, ceux-ci pouvant être sanctionnés lors des élections s'ils s'éloignent par trop des opinions de leurs électeurs<sup>2850</sup>.

Duguit construit ainsi une théorie de la représentation politique qui n'implique pas uniquement la spécialisation et l'indépendance des représentants mais également une union constante et un accord permanent entre les élus et les électeurs<sup>2851</sup>. Le gouverne-

<sup>2846</sup> Duguit (1928), p. 656 ; Duguit (2005), p. 164.

<sup>2847</sup> Duguit (1928), p. 549.

<sup>2848</sup> Ibid., p. 636.

<sup>2849</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 337.

<sup>2850</sup> Duguit (1928), p. 650-651.

<sup>2851</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 376.

ment représentatif est composé de deux éléments solidaires, mais qui sont aussi potentiellement contradictoires, entretenant entre eux une relation dialectique qu'il convient d'éclaircir. Tout le dilemme tient en ceci que les représentants doivent être *à la fois* indépendants et dépendants des représentés. D'une part, la spécialisation des représentants et un degré raisonnable d'indépendance en leur faveur permettent aux députés de mettre en œuvre leurs aptitudes au profit de la collectivité. D'autre part, la qualité de la législation sera fonction de sa conformité à l'état social du pays. Cet élément nécessite que s'instaure une certaine similitude entre les vues des députés et des citoyens. A cette fin, le parlement doit impérativement se faire le miroir fidèle des tendances et des mouvements d'opinion à l'œuvre au sein de la société civile. La solidarité par similitudes est, en ce sens, aussi essentielle que la solidarité par division du travail à la bonne qualité de la loi. Duguit se fait ici le défenseur d'une conception « microscopique » de la représentation qui implique que l'instance représentative ne soit rien de plus que la photographie de l'élément représenté<sup>2852</sup>.

En conséquence, le pouvoir du député n'est, comme le pouvoir de tout gouvernant, qu'une simple *fonction* sociale telle que Duguit la définit d'une façon générale dans les rapports de droit privé comme de droit public<sup>2853</sup>. Il convient ainsi de rappeler que dans son acception juridique, la notion de fonction recouvre une série de prérogatives juridiques que son titulaire ne peut utiliser que dans un but prédéterminé. Le député dispose ainsi du pouvoir de concourir à la formation de la loi avec une certaine liberté d'action, sans cependant pouvoir en faire un usage arbitraire. Il se doit de former la loi en conformité avec l'opinion majoritaire du pays. En plaçant sa théorie de la solidarité au cœur du concept juridique de représentation, Duguit invente une conceptualisation capable de rendre compte du rapport de dépendance des représentants envers les représentés sans s'appuyer sur des fictions telles que la théorie du mandat ou de l'organe. Avec Olivier Beaud, nous soutenons que la théorie de l'Etat de Duguit, en niant le pouvoir des représentants de vouloir librement pour la Nation, parvient à prendre « *en compte l'égalité principielle entre les gouvernants et les gouvernés et l'avènement de la démocratie comme force politique et comme principe de légitimité* »<sup>2854</sup>.

Le défi de l'organisation de la représentation politique consiste donc à établir le juste équilibre entre l'indépendance des représentants et le contrôle que les représentés peuvent exercer sur eux. Il est ainsi essentiel de combiner différentes institutions aux finalités contradictoires afin de parvenir à cet équilibre. A ce titre, Duguit n'hésite pas à relever ce périlleux défi. Nous avons vu que l'interdiction du mandat impératif lui semble être un procédé commode pour assurer au député une marge de liberté dans son activité au Parlement. Il adhère tout aussi pleinement aux institutions de l'irres-

---

<sup>2852</sup> Rosanvallon (1998), p. 17 et 103 s.

<sup>2853</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I et Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>2854</sup> Beaud (2011), p. 50-51.

ponsabilité et de l'inviolabilité parlementaires<sup>2855</sup>. Ces deux immunités spéciales accordées aux députés sont, en effet, indispensables afin d'assurer son indépendance – autant vis-à-vis du gouvernement que des particuliers – sans laquelle il ne pourrait exercer efficacement son mandat<sup>2856</sup>. Le Doyen de Bordeaux se montre beaucoup plus loquace lorsqu'il s'agit d'examiner les moyens propres à garantir la concordance des opinions entre le Parlement et les citoyens. Outre le principe, déjà mentionné, de publicité des débats et des votes au Parlement, Duguit se fait le thuriféraire de toute une panoplie d'institutions qui peuvent être regroupées en deux catégories. Ces deux groupes d'institutions sont les deux moyens assurant que la représentation soit conforme à sa nature, soit celle d'un gouvernement où les élus sont dépendants de leurs électeurs. En premier lieu, le Doyen de Bordeaux défend différents procédés permettant d'assurer *l'homologie entre la composition du parlement et la structure de la société civile*. A cette fin, il affirme le lien indéfectible entre le caractère électif et représentatif d'une autorité, de même qu'il a apporté son soutien, au nom de la logique propre au gouvernement représentatif, au suffrage des femmes, à l'élection à la proportionnelle ainsi qu'à la représentation syndicale et professionnelle au Parlement. Grâce à ces différents procédés, la composition sociologique et la variété des opinions politiques de la nation trouvent leur reflet fidèle au Parlement. En second lieu, Duguit adhère à deux *moyens de contrôle de l'activité des députés en cours de législation* : le référendum et la dissolution. En ceci, le Doyen de Bordeaux prend fait et cause, au nom du principe de représentation, pour deux institutions dont Esmein et Carré de Malberg estimaient qu'elles relevaient du gouvernement direct et qu'elles étaient, à ce titre, totalement contraires à l'esprit du gouvernement représentatif<sup>2857</sup>. C'est en ce sens que l'on peut soutenir que Léon Duguit défend une conception *sui generis* de la représentation politique qui brouille totalement la distinction entre gouvernement direct et gouvernement représentatif<sup>2858</sup>.

La lecture novatrice du gouvernement représentatif par Léon Duguit peut s'expliquer par des arguments d'ordre conjoncturel et structurel. On peut valablement soutenir que les évolutions subies par le régime parlementaire ont pu orienter la lecture de Duguit, le Doyen de Bordeaux étant soucieux de rapprocher les institutions juridiques des faits sociaux et politiques dont elles doivent être la traduction. L'appel à une démocratisation du régime représentatif peut tout aussi être perçu comme une réponse à la « crise de la représentation » que connaissait la III<sup>e</sup> République, confrontée à l'émergence d'un prolétariat industriel et à l'apparition de doctrines, telles le marxisme ou le syndicalisme révolutionnaire, qui déniaient toute légitimité aux institutions politiques républicaines<sup>2859</sup>. Face à ce défi, une partie notable de la doctrine appela à un renou-

<sup>2855</sup> Duguit (1924), p. 206 s.

<sup>2856</sup> Ibid., p. 213.

<sup>2857</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 379.

<sup>2858</sup> Ibid., p. 328-329.

vement des institutions de la République, dans un sens proche de celui indiqué par Duguit<sup>2860</sup>. Si ces explications de nature conjoncturelle sont tout à fait pertinentes à nos yeux, nous aimerions les compléter par un argument d'ordre structurel qui entend placer la théorie de la représentation du Doyen de Bordeaux dans l'économie générale de son système. En effet, le concept de représentation défendu par le Doyen de Bordeaux nous semble présenter une importante connexité matérielle avec sa théorie de la loi normative<sup>2861</sup>. A cet égard, il est surprenant – et dommageable pour la cohérence globale de son propos – que Duguit n'insiste pas plus sur cette liaison fondamentale. La loi normative est, dans la doctrine du juriste français, un acte juridique où la volonté joue un rôle clairement délimité. La volonté législative n'a ici pas le pouvoir de créer la règle de droit par sa seule force. La source originelle de la règle de droit se situe dans la société et dans les liens d'interdépendance qui s'y nouent ; l'obligation juridique trouve sa garantie la plus fondamentale dans la conviction que nourrissent ses assujettis quant à l'aptitude et à la nécessité de la loi normative à œuvrer en faveur de cette solidarité objective<sup>2862</sup>. On mesurera dès lors la qualité d'une loi positive selon son degré de conformité à l'état social du pays. Or le gouvernement représentatif est un fruit de la division du travail ; il implique une spécialisation des représentants dans le travail politique et donc une certaine séparation de ceux-ci vis-à-vis des représentés. Si cette séparation gagne de trop larges proportions, le risque existe que la loi positive ne soit plus qu'un reflet pâle et imprécis des attentes des citoyens. Or la conséquence inévitable d'une dissonance accrue entre le droit objectif et la loi positive est la perte de son caractère obligatoire, et éventuellement, l'apparition d'actes de résistance<sup>2863</sup>. Un parlement qui ne serait exposé à aucun mécanisme de contrôle de son activité courrait toujours le risque de se muer en pur et simple « *pouvoir oligarchique* » totalement coupé du reste du corps social avec lequel il est censé former une totalité fonctionnelle. Une justification puissante aux moyens institutionnels capables d'assurer l'harmonie entre la volonté parlementaire et l'opinion publique est ainsi fournie<sup>2864</sup>. L'association directe et indirecte des citoyens à la production législative pouvait en ce sens apparaître au juriste français comme l'un des moyens les plus appropriés à une bonne élaboration de la législation positive.

---

<sup>2859</sup> Sur le contexte politique et social de la III<sup>e</sup> République, cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, I.

<sup>2860</sup> Cf. Sacriste (2011), p. 451 s.

<sup>2861</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.2 ; c'est pour cette raison que la présente section est intégrée au chapitre consacré à la théorie de la loi du Doyen de Bordeaux.

<sup>2862</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, 2 et Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 1.3.1.

<sup>2863</sup> Cf. notre introduction, *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 1.4.1.

<sup>2864</sup> Duguit (2005), p. 231-232. Le terme d'« oligarchie parlementaire » revient de temps à autre sous la plume du Doyen de Bordeaux, comme sous celle d'autres publicistes de la Belle-Epoque. On pourrait y voir une preuve tangible de la conscience aigüe que ces juristes avaient de la crise que traversaient les institutions représentatives de la III<sup>e</sup> République. Cf. Redor (1992), p. 120 s.

### 2.4.2.3 Election et représentation

A première vue, il semble trivial d'affirmer que le caractère représentatif d'une autorité est lié à l'élection de ses membres. Ceci seulement à condition de considérer, avec Duguit, que le gouvernement représentatif implique une forme de dépendance des représentants envers leurs représentés. L'élection apparaît dès lors comme un procédé efficace offert aux représentés pour sanctionner les représentants s'il s'avère que ces derniers auraient pris de trop grandes libertés avec leurs promesses de campagne<sup>2865</sup>. En ceci, l'élection est le moyen d'organisation qui permet à la représentation politique d'être conforme à sa nature. Ainsi seulement elle peut devenir un système où représentants et représentés partagent tendanciellement les mêmes opinions<sup>2866</sup>. A cette fin, le processus d'élection doit inclure l'élément représenté de la manière la plus large et inclusive qui soit<sup>2867</sup>. L'élection au suffrage universel apparaît dès lors comme la condition minimale pour reconnaître à une autorité un quelconque caractère de représentation<sup>2868</sup>. Ainsi « *l'organisation positive de la représentation doit reposer sur une participation directe des représentés à l'institution du ou des représentants. Cette participation directe ne peut guère se réaliser que par une élection, et une élection qui doit être organisée de telle façon qu'elle assure autant que possible la représentation de tous les individus composant l'élément représenté* »<sup>2869</sup>.

Duguit renonce cependant à soutenir catégoriquement qu'une autorité non élue soit dénuée de tout caractère représentatif. Il admet qu'un corps non élu puisse se prévaloir de représenter une certaine catégorie de personne, à l'image des monarchies où l'une des chambres du parlement est composée de membres nommés par le souverain afin de représenter « *l'élément aristocratique* »<sup>2870</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'une « *semblable organisation sera toujours imparfaite* »<sup>2871</sup>. Dès lors qu'un régime constitutionnel repose sur le principe de souveraineté nationale, la représentation est, en revanche, nécessairement liée à l'élection. Nous savons que, selon Duguit, le régime de représentation consacré par la Révolution française repose sur l'idée d'un mandat liant la Nation au parlement. Si des autorités élues peuvent être privées de caractère représentatif, seule une autorité dont les membres sont choisis par la nation peut, à ses

<sup>2865</sup> Duguit (2005), p. 167-168.

<sup>2866</sup> Duguit (1928), p. 547-548 ; Duguit (2005), p. 224.

<sup>2867</sup> Les sections suivantes traitant de l'élection proportionnelle, du vote des femmes et de la représentation professionnelle l'attesteront.

<sup>2868</sup> Duguit se montre néanmoins assez prudent sur ce dernier point. En effet, il affirme que le suffrage universel ne peut être introduit que dans les pays où les électeurs ont atteint un niveau certain d'instruction, de culture et de sagesse politique. On retrouve ainsi un certain élitisme dans l'argumentation du Doyen de Bordeaux. Il estimait néanmoins que la France de son temps était suffisamment mûre pour pratiquer le suffrage universel. Cf. Duguit (1928), p. 714.

<sup>2869</sup> Ibid., p. 548.

<sup>2870</sup> Ibid., p. 548.

<sup>2871</sup> Ibid.

yeux, revêtir une telle qualité<sup>2872</sup>. La qualité de représentant est ici consubstantielle à la fonction de mandataire qui, par définition, est *choisi* par le mandant. La qualité de représentant attribuée au Roi par la Constitution de 1791 se réduit ainsi à une indéfendable *fiction*. Seul un roi élu peut se parer du titre de représentant de la nation<sup>2873</sup>. Ses descendants ne peuvent revêtir une telle qualité car l'hérédité, contrairement à l'élection, est incapable de créer ce lien essentiel à tout régime représentatif qui unit la nation représentée à l'organe de représentation. De plus, ce lien ne peut exister que pour un temps déterminé et doit être renouvelé par le suffrage périodique des représentés, ce qu'exclut catégoriquement le système de la monarchie héréditaire<sup>2874</sup>. Duguit synthétise son point de vue en constatant que « *l'institution d'une monarchie héréditaire par le peuple est non point une représentation organisée, mais une aliénation consentie* »<sup>2875</sup>.

Cette lecture s'inscrit comme une négation de la définition du gouvernement représentatif que Carré de Malberg déduit des institutions mises en place par la Constitution de 1791. Selon le juriste alsacien, la représentation politique implique le pouvoir du député de vouloir souverainement pour la nation. Dans cette optique, la représentation n'est en rien inhérente à l'élection : « *la représentation ne présuppose plus nécessairement l'élection du représentant : la qualité de représentant va être étendue à tout personnage ou collège qui tient de la Constitution la puissance de vouloir pour la nation* »<sup>2876</sup>. Carré de Malberg lie ainsi le caractère représentatif d'une autorité à la puissance de la volonté qu'elle est capable de déployer. Le représentant peut exprimer une volonté libre et initiale pour le compte de la nation, en ceci qu'elle n'est pas subordonnée à la volonté d'une autre autorité. Par opposition, toute autorité qui ne peut agir que secondairement sur le fondement de la volonté d'une autre autorité se trouvera dénuée de tout caractère représentatif ; on aura alors affaire à de simples « *fonctionnaires* »<sup>2877</sup>. Dans l'acception positiviste qui est celle du juriste alsacien, seul le texte constitutionnel donne la mesure des pouvoirs. Ceci explique, selon lui, que la Constitution de 1791 ait pu revêtir le Roi de la qualité de représentant en lui octroyant un pouvoir de volonté initiale, dans la prérogative qui lui était donnée de surseoir à la promulgation d'une loi (droit de veto)<sup>2878</sup> ainsi que dans sa capacité à engager la nation en signant des traités avec l'étranger<sup>2879</sup>. Au contraire, certaines autorités subordonnées

---

<sup>2872</sup> Ibid., p. 652.

<sup>2873</sup> Ibid., p. 777.

<sup>2874</sup> Ibid.

<sup>2875</sup> Ibid.

<sup>2876</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 263 ; Avant lui, Orlando avait déjà soutenu une telle position. Cf. Orlando (1895), p. 22.

<sup>2877</sup> Ibid., p. 264-267. Carré de Malberg reprend ici à son compte la célèbre distinction entre représentant et fonctionnaire élaborée par Barnave à la Constituante.

<sup>2878</sup> Titre III, chapitre III, section III.

<sup>2879</sup> Titre III, chapitre IV, section III ; cf. Carré de Malberg (1922a), p. 273.

voyaient leurs membres désignés par un processus électif. Ainsi les administrateurs devaient être « *élus à temps par le peuple* » tout étant privés de tout caractère de représentation par la Constitution<sup>2880</sup>. Les administrateurs n'étaient pas des représentants car ils ne pouvaient décider librement pour le compte de la nation, et ceci à un double titre. D'une part, ils étaient placés sous le contrôle et l'autorité du roi, qui pouvait annuler leurs actes. D'autre part, ils devaient se borner à mettre en œuvre et à exécuter, dans leur sphère d'attribution, les dispositions des lois et les ordres hiérarchiques du roi<sup>2881</sup>. Les juges se voyaient placés dans la même position subalterne, bien qu'ils étaient également élus par les citoyens<sup>2882</sup>. Leurs prérogatives étaient limitées à l'application des lois et il leur était impossible de s'opposer d'une quelconque manière aux décrets du corps législatif. Election et représentation étaient donc deux choses nettement distinctes.

Duguit va cependant se placer en opposition à sa propre conception de la représentation lorsqu'il abordera le statut du Président de la République pour rejoindre, quoique d'une façon atténuée, les vues de son homologue de l'Université de Strasbourg. Les Présidents de la III<sup>e</sup> République étaient élus par les chambres réunies en congrès<sup>2883</sup>. Ce mode d'élection indirecte n'était pas, pour Duguit, un obstacle à la reconnaissance de la qualité de représentant de la nation du Président de la République<sup>2884</sup>. En lisant de près les considérations de Duguit sur ce point, l'on remarque que le caractère représentatif du Président ne se mesure pas à son élection – fût-elle directe ou indirecte – mais plutôt à sa capacité d'action sur le Parlement. En effet, Duguit écrit que le Parlement et le gouvernement peuvent être considérés comme des égaux lorsque l'on voit dans l'un et l'autre des organes de représentation de la volonté nationale<sup>2885</sup>. S'il était déchu de son caractère représentatif, le Président déclinerait au point de ne plus être qu'une « *autorité administrative* » qui se trouverait dans l'obligation d'exécuter tous les desiderata du Parlement sans avoir son mot à dire<sup>2886</sup>. Sur ce point, Duguit ne va pas jusqu'à soutenir, comme Carré de Malberg, que la qualité de représentant se mesure à la capacité de vouloir librement pour la nation ; capacité caractérisée par l'absence de subordination envers une volonté souveraine antérieure. Il n'en écrit pas moins que ce n'est qu'en considérant le Président comme un représentant et non comme un simple commis du Parlement que l'on peut admettre qu'il soit pourvu de

<sup>2880</sup> Titre III, chapitre IV, section II, article 2

<sup>2881</sup> cf. Carré de Malberg (1922a), p. 275.

<sup>2882</sup> Titre III, article 5 ; cf. Carré de Malberg (1922a), p. 278.

<sup>2883</sup> Article 2 de la loi du 25 février 1875 : « *le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages par le Sénat et par la Chambre des députés réunis en Assemblée nationale. Il est nommé pour sept ans. Il est rééligible* ».

<sup>2884</sup> Duguit (1928), p. 793 ; Duguit (2005), p. 329.

<sup>2885</sup> Duguit (1928), p. 798.

<sup>2886</sup> Ibid., p. 793.

moyens de contrôle et d'influence de la volonté parlementaire<sup>2887</sup>. Le Président de la III<sup>e</sup> République n'était en effet pas dénué de pouvoir vis-à-vis du Parlement. Il disposait, concurremment avec les membres des deux chambres, du droit d'initiative des lois<sup>2888</sup>. Il avait le droit de convoquer extraordinairement les Chambres et d'en ajourner les séances<sup>2889</sup>. Il lui était également loisible de communiquer avec les députés en faisant lire un message à la tribune par un ministre<sup>2890</sup>. Dans le délai qui lui était octroyé pour promulguer une loi, le Président de la République avait la pouvoir de demander une seconde délibération aux Chambres que celles-ci ne pouvaient refuser<sup>2891</sup>. Surtout, il possédait le droit de dissoudre l'Assemblée nationale et d'en appeler ainsi à de nouvelles élections<sup>2892</sup>.

La position de Duguit nous semble ici dominée par une recherche de compromis qui n'échappe pas à certaines contradictions. D'une part, il lie de façon indéfectible la qualité représentative d'une autorité à l'élection de ses membres par le peuple. D'autre part, il affirme que le Président de la République forme un organe de représentation à part entière bien qu'il ne soit pas élu au suffrage universel. Duguit n'était par ailleurs que peu convaincu par la nécessité de procéder à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct<sup>2893</sup>. Il pointait du doigt les risques de dérive césariste qui accompagnent l'élection du chef de l'exécutif au suffrage universel direct. Le coup d'Etat du 2 décembre 1851 de Louis-Napoléon Bonaparte – alors Président élu au suffrage universel – suffisait, selon lui, à démontrer la crédibilité d'une semblable crainte<sup>2894</sup>. Pourtant, le Doyen de Bordeaux déplorait le rôle effacé du Président dans la vie politique de la III<sup>e</sup> République qu'il imputait principalement à son mode de nomination<sup>2895</sup>. En effet, Duguit était un partisan convaincu du régime parlementaire qui, dans sa conception, repose sur l'égalité entre le parlement et le gouvernement ainsi que sur la nécessité d'un équilibre dans leurs rapports réciproques<sup>2896</sup>. Il est un fait connu dans la doctrine contemporaine que l'omnipotence du Parlement était

---

<sup>2887</sup> Duguit (1928), p. 793 et p. 824 : « *Eclairés par l'exemple de 1848, les auteurs de la constitution de 1875 n'ont pas voulu que le président fût trop fort et l'ont fait élire, non par le suffrage direct universel, mais par un congrès formé de deux chambres. Le président de 1875 est néanmoins véritablement un représentant ; il a le droit d'initiative et le droit de veto suspensif en matière législative [...]* ». Duguit dresse ensuite la liste de toutes les prérogatives du Président qui l'élèvent au rang d'un égal du Parlement. Cf. Duguit (2005), p. 330-331.

<sup>2888</sup> Article 3 de la loi du 25 février 1875.

<sup>2889</sup> Article 2 de la loi du 16 juillet 1875.

<sup>2890</sup> Article 6 de la loi du 16 juillet 1875.

<sup>2891</sup> Article 7 de la loi du 16 juillet 1875.

<sup>2892</sup> Article 5 de la loi du 25 février 1875. Le droit de dissolution du Président de la République devait toutefois s'exercer « *sur l'avis conforme du Sénat* », ce qui en minore passablement la portée.

<sup>2893</sup> Duguit (1923), p. 205-206.

<sup>2894</sup> Duguit (1928), p. 786-787.

<sup>2895</sup> Duguit (2005), p. 327-328.

<sup>2896</sup> Cf. Duguit (1928), p. 805 s.

un sujet de préoccupation récurrent chez les publicistes du début du XX<sup>e</sup> siècle et le renforcement des prérogatives du Président une proposition fréquente pour y faire face<sup>2897</sup>. Duguit se satisfaisait pour l'essentiel des institutions de la III<sup>e</sup> République<sup>2898</sup>. Il souhaitait néanmoins que le Président ait l'audace d'utiliser des armes constitutionnelles à sa disposition, comme le droit de dissolution. Dès lors, l'affirmation du caractère représentatif du Président de la République de la nation a pu se révéler comme un moyen de légitimation des mécanismes de contrôle et d'influence de la volonté parlementaire mis à disposition du Président par les lois constitutionnelles de 1875. Ce fut cependant au prix d'une contradiction manifeste entre sa définition de la représentation où celle-ci est un attribut d'une élection large et inclusive et sa conception du rôle du Président de la République.

#### 2.4.2.4 Le droit de vote des femmes

Le suffrage féminin n'était pas une exigence indispensable dans la conception dominante de la souveraineté nationale et de la représentation politique au lendemain de la Révolution. L'admission obligatoire de chaque citoyen au rang de membre du corps électoral ne pouvait se concevoir qu'au nom d'une conception de la souveraineté remise non pas dans les mains de l'individualité *indivisible* de la nation, mais distribuée en parcelles *divisées* à tous les citoyens. On aurait dès lors pu considérer que chaque citoyen, en tant qu'il est titulaire d'une parcelle de souveraineté, devait être habilité à l'exprimer en étant intégré au sein du corps électoral. Un droit subjectif à l'électorat aurait été ainsi constitué. Or, dans la lecture opérée par un auteur comme Carré de Malberg, la Révolution se fit au nom d'une conception opposée de la souveraineté, au terme de laquelle il était impossible de déduire un droit subjectif d'accès à l'électorat dont chaque membre de la nation serait titulaire<sup>2899</sup>. En effet, le corps indivisible de la nation était regardé comme le titulaire unique et exclusif de la souveraineté. Dès lors, la nature du pouvoir électoral devait revêtir une autre signification. Il résultait du principe de souveraineté nationale que lorsque « *les électeurs votent, ils votent non en tant que citoyens exerçant un droit individuel en leur nom propre, mais en tant que fonctionnaires appelés par la nation à élire en son nom et pour son compte. D'où alors il appartient aussi à la nation de déterminer librement par ses lois les conditions*

<sup>2897</sup> Cf. Redor (1992), p. 123 s.

<sup>2898</sup> Cf. Duguit (1928), p. 827 qui juge que ces institutions ont fait leur preuve dans certains moments difficiles de l'histoire de France, comme la première guerre mondiale.

<sup>2899</sup> C'est une conclusion à laquelle Rousseau était pourtant parvenu : « *Supposons que l'Etat soit composé de 10 000 citoyens. Le souverain ne peut être considéré que collectivement et en corps ; mais chaque particulier en qualité de sujet est considéré comme individu. Ainsi le souverain est au sujet comme 10 000 est à un ; c'est-à-dire que chaque membre de l'Etat n'a pour sa part que la 10 000<sup>e</sup>me partie de l'autorité souveraine* ». Cf. Rousseau (1996), p. 86. De cette parcellisation de la souveraineté en autant de citoyens découle en droit ligne un droit à l'électorat supérieure aux lois positives que celles-ci ne peuvent que constater et organiser. En aucun cas elles ne peuvent le remettre en question. Cf. Duguit (2005), p. 84.

*auxquelles sera subordonnée l'acquisition du titre d'électeur*»<sup>2900</sup>. En termes plus crus, les députés, en ce qu'ils étaient seuls habilités à vouloir au nom de la nation, étaient également seuls à même de déterminer le cercle des électeurs lors de l'élaboration des lois électorales. Ils n'étaient pas tenus par des principes constitutionnels supérieurs les obligeant à inclure certaines catégories au sein du corps électoral<sup>2901</sup>. Celui-ci pouvait donc être réduit ou élargi au bon vouloir de la députation nationale. La bourgeoisie put ainsi exclure les classes populaires du corps électoral par l'introduction du suffrage censitaire. Le refus du vote des femmes n'était, en ce sens, nullement contraire aux principes constitutionnels mis en place à partir de 1789<sup>2902</sup>. Il était impossible de soutenir que le suffrage universel fut d'une quelque manière une déduction du concept de gouvernement représentatif ou de la théorie de la souveraineté nationale. Sa progression ne tint qu'à des facteurs politiques, en particulier aux luttes menées par les mouvements démocratiques<sup>2903</sup>.

Duguit ne pouvait combattre une telle doctrine au nom de sa théorie de l'électorat. Selon le doyen de Bordeaux, l'électorat n'existe que dans les limites posées par le droit objectif. La qualité d'électeur se résume en une situation juridique objective qui peut être modifiée ou supprimée par le législateur positif<sup>2904</sup>. Adversaire résolu du jusnaturalisme des Lumières, Duguit affirme que l'on ne peut trouver aucun droit subjectif supérieur et antérieur aux lois qui contraindrait le législateur à intégrer certaines catégories de la population au sein du corps électoral<sup>2905</sup>. Cependant, le système de Duguit admet aussi que le législateur, comme tout organe de l'Etat, est tenu de respecter le droit objectif qui naît des rapports de solidarité entre les hommes. La loi électorale doit ainsi être conçue selon la nature des rapports sociaux<sup>2906</sup>. A cet égard, le Doyen de Bordeaux regrette un état d'arriération de la législation électorale française qui ne répondait plus à l'état moral et économique de la société française au début du XX<sup>e</sup> siècle. L'entrée progressive des femmes sur le marché du travail les ayant placées dans une position sociale sensiblement similaire à celle des hommes, l'argument de la division traditionnelle du travail entre les sexes ne pouvait plus s'opposer à leur accès à l'électorat<sup>2907</sup>. Surtout, la théorie de la représentation de Duguit est fondée sur

---

<sup>2900</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 244-245. Cf. Duguit (1928), p. 581.

<sup>2901</sup> Duguit (2005), p. 89. Duguit constate que cette vision entraine en contradiction avec l'art. 6 de la Déclaration de 1789 qui disposait que *tous* les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à la formation de la loi. Il en déduit que l'électorat était à la fois un droit et une fonction dans le droit constitutionnel de l'époque. Surtout, il découle de cette disposition de la Déclaration de 1789 que le refus du vote des femmes était incohérent au regard de la logique des institutions mises en place. Cf. Duguit (1928), p. 582 s. Cf. Duguit (2005), p. 93 s. pour un aperçu des débats à la Constituante relatifs à la nature de l'électorat.

<sup>2902</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 439.

<sup>2903</sup> Ibid., p. 440.

<sup>2904</sup> Duguit (1928), p. 586-587.

<sup>2905</sup> Duguit (2005), p. 121.

<sup>2906</sup> Duguit (2005), p. 121.

l'idée que le Parlement doit être le miroir fidèle de la société pour laquelle il légifère. A ce titre, il est évident que cet objectif ne peut pas être atteint en excluant la moitié de la population du corps électoral.

#### 2.4.2.5 L'élection proportionnelle

Peu de choses, dans la conception du gouvernement représentatif élaborée en 1791, plaident en faveur de l'introduction de l'élection proportionnelle. En premier lieu, la représentation ne reposait pas sur l'idée que le parlement soit, dans sa composition, un reflet fidèle des tendances et des aspirations d'ordre moral et matériel qui dominent la société civile. Le rôle de l'Assemblée n'était pas de reproduire, de la façon la plus adéquate qui soit, la volonté préexistante des individus ou des groupes composant la nation. Au contraire, les députés avaient pour tâche de produire *ex nihilo* la volonté nationale en jouissant d'une indépendance presque complète. L'élection proportionnelle du corps législatif n'aurait eu aucune sorte d'effet bénéfique à cet égard. En effet, la caractéristique principale de ce mode d'élection est de permettre la représentation des minorités politiques au Parlement. Cet élément ne peut nullement être considéré comme étant inhérent à la nature du régime représentatif, à tout le moins dans sa conception originelle. Il faudrait, pour cela, considérer que ce dernier a pour vocation première d'assurer à chaque fraction du corps électoral une voix proportionnelle à sa force au sein de l'Assemblée du peuple. Mais alors, les membres du corps législatif apparaîtraient, dans ces conditions, moins comme les membres d'une aristocratie élective capable de vouloir en toute liberté pour le compte de la nation que comme de simples porte-paroles de leurs électeurs<sup>2908</sup>. En second lieu, l'élection proportionnelle paraît entrer en contradiction frontale avec le principe de souveraineté nationale que le gouvernement représentatif avait pour but premier de mettre en œuvre. Dans cette perspective, seule la nation, prise comme une entité indivisible, est titulaire de la souveraineté. A ce titre, l'élection proportionnelle reposerait sur l'idée inverse que chaque électeur est titulaire d'une fraction de souveraineté qu'il est légitimé à faire valoir lors de l'élection. Indéniablement, l'élection proportionnelle accrédite l'idée que chaque citoyen dispose d'un droit subjectif à être représenté au Parlement, dès lors que la finalité première de ce mode de scrutin est d'assurer la représentation la plus large possible du corps électoral au Parlement<sup>2909</sup>. De plus, une telle hypothèse

<sup>2907</sup> Ibid., p. 86. Duguit (1928), p. 594. Tout ceci n'empêche pas Duguit d'être un homme de son temps et d'avoir une conception très arrêtée du rôle de la femme. Ainsi déclare-t-il dans une conférence donnée au soir de sa vie, en 1926 : « *Il n'y pas aujourd'hui de demoiselle de magasin, de petite ouvrière ou de jeune paysanne, qui ne veuille <vivre sa vie>. Dites-leur à toutes celles qui emploieront devant vous cette formule stupide que <vivre sa vie> c'est pour tout le monde remplir la tâche dans la voie où l'on a été placé par le sort et que pour la femme <vivre sa vie> c'est avoir des enfants, les nourrir et les élever* ». Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 339-340.

<sup>2908</sup> Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 367-369 ; Esmein (1894), p. 36.

<sup>2909</sup> Duguit (1928), p. 728.

laisse supposer que les élections constituent déjà une étape du processus législatif lors de laquelle le peuple joue un rôle primordial<sup>2910</sup>. En effet, l'élection proportionnelle aura cet effet que la discussion au parlement se déroulera dans une configuration sensiblement similaire à une délibération directe du corps électoral, pour cette simple raison que les mêmes forces et tendances y sont représentées. Pour ce même motif, le vote des chambres élues au scrutin proportionnel sur tel projet de loi aboutira tendanciellement à un résultat identique à celui d'une consultation populaire<sup>2911</sup>. L'élection proportionnelle assure ainsi aux citoyens un moyen de contrôle de la volonté parlementaire plus efficace que l'élection majoritaire. Il est dès lors permis de soutenir qu'à la faveur d'un scrutin proportionnel, « *chaque électeur devient un organe étatique, en ce sens, tout au moins, que chacun est mis en situation d'élire un député et d'influer ainsi sur les délibérations d'où doivent sortir les décisions de l'assemblée élue* »<sup>2912</sup>. L'élection proportionnelle se dévoile ainsi comme la négation des principes combinés de la souveraineté nationale et du gouvernement représentatif. En effet, ce mode d'élection place la souveraineté dans les mains du peuple considéré comme une simple addition d'individus, et non dans la nation prise comme une indivisible totalité. De surcroît, il tend à placer le corps électoral dans la position d'une instance de décision et non plus comme un simple organe de nomination des membres du corps législatif ; il entre ainsi en contradiction avec le régime d'« *aristocratie parlementaire* » mis en place par le gouvernement représentatif<sup>2913</sup>. En ceci, l'élection proportionnelle relèverait plutôt du gouvernement direct et de la souveraineté populaire.

À mesure que le suffrage universel se généralisa dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, un vaste mouvement « proportionnaliste » se développa puis se répandit en Europe<sup>2914</sup>. L'accession des masses populaires au pouvoir politique n'alla pas sans susciter des craintes chez les élites européennes, inquiètes du remplacement inéluctable, par la seule loi du nombre, des anciennes élites composées de propriétaires par des représentants des « classes dangereuses »<sup>2915</sup>. À bien des esprits, l'élection proportionnelle apparut soudainement parée de nombreuses vertus. Elle devait ainsi permettre de perpétuer l'accès au Parlement aux membres de l'élite « politico-intellectuelle », numériquement moins nombreux<sup>2916</sup>. Il n'est pas interdit de penser que l'adhésion de

---

<sup>2910</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 480.

<sup>2911</sup> Cf. Saleilles (1898), p. 231.

<sup>2912</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 480.

<sup>2913</sup> Saleilles (1898), p. 226.

<sup>2914</sup> Owen (1985), p. 17 ; Saleilles (1898), p. 215 s. ; Pour deux ouvrages représentatifs de cette tendance, cf. Charles Benoist, *La crise de l'Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel*, Paris, Didot, 1897 ; Nicolas Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle : étude historique, juridique et politique*, Paris, A. Rousseau, 1899.

<sup>2915</sup> Pensons simplement au fait qu'avant l'introduction du suffrage universel en 1848, seuls 248 000 hommes étaient titulaires du droit de vote. En 1848, ce chiffre passa à 9 600 000. Cf. Grimm (1973), p. 15.

Duguit – membre de cette élite – à l'élection proportionnelle fut influencée par de tels arguments<sup>2917</sup>. L'élection proportionnelle était en outre présentée comme un remède efficace à certaines tares du jeu démocratique, en ce qu'elle devait avoir pour effet de policer le débat électoral. En effet, l'élection majoritaire – *a fortiori* l'élection uninominale à un tour – provoque nécessairement un âpre combat entre les candidats qui doivent tout mettre en œuvre pour attirer toutes les voix marginales capables de leur permettre d'emporter une circonscription. En assurant un accès plus aisé au Parlement, l'élection proportionnelle diminue d'autant le bénéfice qu'un candidat peut retirer des manœuvres frauduleuses, de la corruption ou bien encore des campagnes démagogiques<sup>2918</sup>. Cependant, ce n'est pas cet argument que l'histoire a prioritairement retenu des débats qui ont accompagné l'émergence de l'idée proportionnaliste dans le débat politique européen. Le *leitmotiv* de l'élection proportionnelle est plutôt un argument de justice qui vise à assurer la juste représentation des minorités politiques au Parlement<sup>2919</sup>. Deux enjeux politiques surgissent rapidement en arrière-fond de cet appel à l'équité. En premier lieu, le mode de scrutin proportionnel se dévoilait comme le rempart contre la tyrannie de majorités parlementaires capables de confisquer l'exercice du pouvoir législatif sans avoir pour autant conquis la majorité absolue des suffrages exprimés<sup>2920</sup>. En second lieu, l'introduction du suffrage proportionnel symbolisait une *transformation des finalités de l'élection*. L'élection majoritaire était ainsi défendue à l'aide d'arguments pragmatiques. Si elle ne permettait pas une représentation équitable de toutes les sensibilités politiques, l'élection majoritaire avait pour effet de favoriser la formation de majorités franches en mesure d'assurer une meilleure gouvernabilité du pays. En ce sens, le but de l'élection était la constitution d'autorités capables de gouverner. Quant à l'élection proportionnelle, elle ne possédait pas d'autres finalités, selon ses promoteurs, que d'assurer la plus grande concordance possible entre les suffrages exprimés et la composition du parlement. L'élection était ainsi moins un moyen de gouvernance qu'un simple baromètre appelé à donner la mesure de l'état politique de la nation.

<sup>2916</sup> Owen (1985), p. 23-25.

<sup>2917</sup> C'est ce que soutiennent Jean-Michel Blanquer et Marc Milet. Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 121.

<sup>2918</sup> Duguit donne un certain crédit à cet argument, en rappelant toutefois que l'élection proportionnelle ne saurait à elle seule écarter de telles prévarications. L'expérience du scrutin de liste qu'il a pu observer lors des élections de 1919 et de 1924 ne l'ont guère convaincu des vertus bienfaitrices de l'élection proportionnelle sur les mœurs politiques. Cf. Duguit (1928), p. 722. Cf. Saripolos (1899a), p. 160 ; Owen (1985), p. 25.

<sup>2919</sup> Owen (1985), p. 19.

<sup>2920</sup> C'est un argument que Duguit développe lui aussi. Cf. Duguit (2005), p. 185 ; Duguit (1928), p. 727. C'est donc plutôt la tyrannie de la minorité que l'on redoutait ! Cf. Owen (1985), p. 20.

Duguit va se faire l'avocat particulièrement convaincu du système proportionnel<sup>2921</sup>, à une époque où il est de plus en plus pratiqué en Europe<sup>2922</sup> alors qu'il peine à s'imposer en France<sup>2923</sup>. Contrairement à l'interprétation soutenue par Esmein et Carré de Malberg, Duguit estime que l'élection proportionnelle ne constitue en rien la négation de la souveraineté nationale et du régime représentatif mais qu'elle incarne la déduction la plus logique de leurs prémisses. Dans la conception que s'en fait le juriste bordelais, la souveraineté nationale implique l'existence d'une volonté nationale préexistante à toute institutionnalisation<sup>2924</sup>. Sur la base de ce postulat qui contredit frontalement la lecture d'Esmein et de Carré de Malberg, il estime que les institutions du gouvernement représentatif doivent être conçues de sorte que la volonté parlementaire soit le calque fidèle de la volonté de la nation. Tout le dilemme de l'« *art politique* » consistera dès lors à trouver les procédés aptes à atteindre un tel résultat<sup>2925</sup>. Sur ce point, l'élection proportionnelle semble à Duguit un moyen bien plus efficace que l'élection majoritaire puisqu'elle permet d'assurer une meilleure représentation de toutes les tendances et aspirations politiques qui s'expriment au sein du corps électoral. A des fins de démonstration, le Doyen de Bordeaux puise abondamment dans les statistiques électorales qui attestaient le déficit de représentation dont souffrait le Parlement de la III<sup>e</sup> République<sup>2926</sup>. Entre 1881 et 1919, le nombre de voix représentées à la Chambre des députés s'est toujours révélé être inférieur à la quantité de voix non représentées par les élus. En 1914, les 586 députés de la France métropolitaine étaient issus du suffrage de 55 % des votants et de 44 % des inscrits. Un texte aussi capital que la loi relative à la séparation des Eglises et de l'Etat fut ainsi approuvé le 3 juillet 1905 par 341 députés qui ne représentaient qu'une part ténue du corps électoral : 24.1 %<sup>2927</sup>. L'introduction d'une part de proportionnelle dans le système électoral en 1919 permit une amélioration de la représentativité de la Chambre des députés, puisque ce sont

---

<sup>2921</sup> Dans ses *Leçons de droit public général* prononcées en 1926 à l'Université du Caire, Duguit nuancera quelque peu son enthousiasme, affirmant qu'« *on se demande, et je me demande aujourd'hui si, à côté d'avantages évidents, il [le système proportionnel] n'a pas de graves inconvénients, s'il n'aboutit pas, comme en Belgique, à la suppression dans les assemblées politiques d'une majorité de gouvernement, indispensable pour que la machine parlementaire puisse fonctionner* ». Cf. Duguit (1926), p. 230.

<sup>2922</sup> Owen (1985), p. 17-18 ; Duguit (1928), p. 744-753.

<sup>2923</sup> La France n'avait pratiqué le scrutin de liste avec une dose de représentation proportionnelle qu'à l'occasion des élections de 1919 et 1924. Le scrutin majoritaire uninominal fut rétabli en 1927. Cf. Duguit (1928), p. 718-719.

<sup>2924</sup> Nous avons vu que selon Duguit, le principe de représentation dans un régime de souveraineté nationale se réalise par un mandat donné par la Nation au Corps législatif. Or un mandat étant un contrat bilatéral, nécessite la présence de deux volontés, dont, ici, celle de la Nation. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.2 et Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.1.

<sup>2925</sup> Duguit (1928), p. 729.

<sup>2926</sup> *Ibid.*, p. 730-731.

<sup>2927</sup> *Ibid.*, p. 732. Ils représentaient très exactement 2 647 315 électeurs, alors que le corps électoral français était alors composé de 10 967 000 électeurs.

70% des votants et 52% des électeurs inscrits qui y étaient représentés<sup>2928</sup>. Ces quelques illustrations chiffrées achèvent de démontrer, selon Duguit, que seul le mode de scrutin proportionnel est en mesure d'organiser la représentation politique d'une façon conforme à son idée directrice qui exige que le Parlement soit toujours la reproduction en miniature de la société civile, dans toute la diversité des opinions et des idéologies qui s'y expriment. Cet objectif exige cependant, *a minima*, que les différents partis politiques se présentent face aux électeurs avec des programmes clairement formulés et qu'ils s'y tiennent avec loyauté. Si les partis se mettent à former des coalitions incohérentes dans le seul but d'accéder au pouvoir, la représentation s'en trouvera obligatoirement faussé et la constitution d'une majorité parlementaire stable et apte à gouverner deviendra impossible en pratique<sup>2929</sup>.

#### 2.4.2.6 La représentation syndicale et professionnelle

Duguit fait de la représentation syndicale et professionnelle l'une des clés de voûte de sa théorie de la représentation, à une époque où cette question est d'une actualité brûlante dans le discours politique et juridique. La représentation des intérêts corporatifs avait de quoi séduire les différents éléments constitutifs du champ politique français au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. En effet, l'intégration des classes ouvrières dans le jeu politique pouvait emporter l'adhésion d'une partie du camp socialiste tandis que les milieux conservateurs pouvaient percevoir dans cette nouvelle forme de représentation un moyen utile de tempérer certains effets pervers du suffrage universel, tels ce « pouvoir du nombre » consacrant l'expression aveugle des passions d'une simple majorité numérique<sup>2930</sup>.

L'intervention de Duguit en faveur de la création d'une Chambre dédiée à la représentation des intérêts corporatifs illustre la démarche dialogique de son argumentation. En effet, il tente de démontrer la nécessité d'organiser la représentation des groupes professionnels au Parlement en s'opposant d'une manière particulièrement critique à deux doctrines prépondérantes du discours politique et juridique de son temps. Il dut d'abord faire face à la doctrine du syndicalisme révolutionnaire pour imposer une définition du syndicalisme qui ne soit pas en opposition frontale avec l'institution parlementaire. Ensuite, il lui fallut se confronter une nouvelle fois au principe de souveraineté nationale. A l'encontre de l'hostilité des hommes de la Révolution envers la représentation des intérêts corporatifs, l'entrée des syndicats et autres associations pro-

---

<sup>2928</sup> Ibid., p. 731.

<sup>2929</sup> Cf. Ibid., p. 742-744. Duguit impute à la formation d'alliances contre-nature (notamment entre modérés et radicaux) l'échec de l'élection proportionnelle instillée en petite dose dans le système électoral en 1919. Cet échec semble d'ailleurs avoir produit un grand effet sur le Doyen de Bordeaux qui avoue tout de go douter de l'utilité et du bénéfice que peut retirer un pays de l'existence de partis politiques !

<sup>2930</sup> Sur le contexte discursif relatif à l'instauration de la représentation professionnelle et syndicale, cf. Rosanvallon (1998), p. 113 s.

fessionnelles aux Chambres apparaîtra au juriste français comme le moyen le plus propice pour faire enfin du Parlement le reflet fidèle de la Nation.

Duguit donne sa première définition systématique du syndicalisme en 1908, à l'occasion d'une série de conférences prononcées à l'École des hautes études sociales<sup>2931</sup> et d'un article paru dans la *Revue politique et parlementaire*<sup>2932</sup>. Ces deux contributions sont complétées par un article paru en 1911 dans la même revue<sup>2933</sup>, cette fois explicitement consacré à la question de la représentation syndicale au Parlement. Duguit y inscrit sa définition du syndicalisme en opposition frontale à la doctrine du syndicalisme révolutionnaire dont la ligne politique vient de s'imposer, en 1906, à l'occasion de l'adoption de la « Charte d'Amiens », lors du 9<sup>e</sup> congrès de la Confédération générale du travail (CGT)<sup>2934</sup>. Trois éléments essentiels de la doctrine syndicaliste révolutionnaire méritent d'être ici restitués à grands traits car ils formeront les objets de la réfutation construite par Duguit : la notion de classe sociale, la conception des rapports entre les classes et, bien sûr, la question de la représentation syndicale au Parlement. La notion de classe sociale défendue par les syndicalistes révolutionnaires était assez conforme à sa définition marxienne. L'appartenance d'un individu à une classe déterminée se définit selon sa position par rapport aux moyens de production. L'individu propriétaire de ses moyens de production appartiendra à la classe « bourgeoise » ou « capitaliste » tandis que l'individu qui ne dispose que de sa force de travail pour subvenir à ses besoins sera directement considéré comme un membre du prolétariat. Toujours en accord avec la doctrine marxiste, le syndicalisme révolutionnaire adhérait à une vision agonale des rapports sociaux. Les relations entre bourgeoisie et prolétariat étaient marquées du sceau du conflit permanent, dans la mesure où l'exploitation du prolétariat par la bourgeoisie était le moteur de la société capitaliste. Ainsi, toute idée de réconciliation entre les deux classes semblait par avance vouée à l'échec. Loin de toute idée réformiste, le rôle des syndicats consistait dès lors à mener la lutte des classes au nom du prolétariat jusqu'à l'avènement de la société socialiste, marquée par la disparition des classes sociales. L'originalité de la position du syndicalisme révolutionnaire tenait dans la méthode préconisée. Les syndicalistes révolutionnaires entendaient mener la lutte des classes par la constitution d'une véritable *autonomie ouvrière*<sup>2935</sup>. Dans l'esprit de Georges Sorel, Edouard Berth ou encore Hubert Lagardelle, il s'agissait d'organiser une société parallèle à la République parlemen-

---

<sup>2931</sup> Léon Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Félix Alcan, 1922.

<sup>2932</sup> Léon Duguit, le syndicalisme, *Revue politique et parlementaire*, tome 56, avril-juin 1908, p. 472-493.

<sup>2933</sup> Léon Duguit, La représentation syndicale au Parlement, in : *Revue politique et parlementaire*, n° 205, tome 69, 10 juillet 1911, p. 28-45.

<sup>2934</sup> Sur le syndicalisme révolutionnaire, Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, I, 2.

<sup>2935</sup> Cf. Jacques Julliard, *Autonomie ouvrière. Etudes sur le syndicalisme d'action directe*, Paris, Gallimard, 1988.

taire et bourgeoise, sous la forme d'un vaste ensemble de fédérations professionnelles de travailleurs associés et fondée sur l'appropriation par les travailleurs des moyens de production<sup>2936</sup>. La Charte d'Amiens précisait à cet égard que le syndicalisme devait préparer « *l'émancipation intégrale, qui ne peut se réaliser que par l'expropriation capitaliste ; il préconise comme moyen d'action la grève générale et il considère que le syndicat, aujourd'hui groupement de résistance, sera, dans l'avenir, le groupement de production et de répartition, base de réorganisation sociale* »<sup>2937</sup>. Le syndicat n'était donc pas appelé à se fondre dans les institutions étatiques existantes, mais au contraire à s'ériger en contre-Etat capable de rendre superflu l'Etat bourgeois<sup>2938</sup>. La Charte d'Amiens précisait en outre que « *l'action économique doit s'exercer directement contre le patronat, les organisations confédérées n'ayant pas, en tant que groupements syndicaux, à se préoccuper des partis et des sectes* »<sup>2939</sup>. L'action partisane à l'intérieur du système politique était une forme d'activité prohibée, l'action directe sur le terrain économique constituant la voie privilégiée<sup>2940</sup>. Au moment où ces lignes sont rédigées, la France ne disposait pas, à la différence de l'Allemagne, de parti ouvrier de masse capable d'assurer l'intégration politique de la classe ouvrière<sup>2941</sup>. La volonté des syndicalistes révolutionnaires de bâtir une autonomie ouvrière basée sur la seule action « économique » peut légitimement être perçue comme une traduction de ce déficit d'inclusion dans la vie politique et parlementaire<sup>2942</sup>. Ce refus de toute compromission avec la République permet ainsi d'expliquer pourquoi l'antiparlementarisme devint un motif récurrent du discours des syndicalistes révolutionnaires<sup>2943</sup>. De ce fait, les syndicalistes révolutionnaires réprouvaient toute forme de participation au jeu parlementaire ou de représentation ouvrière au sein des Chambres ; cela leur apparaissait comme le prélude à l'embourgeoisement des représentants du prolétariat<sup>2944</sup>.

Duguit va ainsi s'opposer à ces trois composantes du discours du syndicalisme révolutionnaire : la définition de la classe sur le fondement de la (non)-propriété des moyens de production, la conception purement agonale des rapports entre classes sociales et, enfin, le refus de la représentation syndicale dans les institutions de la III<sup>e</sup> République. Ce véritable retournement conceptuel s'opérera par la substitution de la sociologie durkheimienne à la philosophie d'inspiration marxiste dans le travail de définition des trois éléments précités. C'est ainsi que le Doyen de Bordeaux fustige le simplisme

<sup>2936</sup> Ponsard (2010), p. 3.

<sup>2937</sup> La Charte d'Amiens peut être consultée chez Julliard (1988), p. 222

<sup>2938</sup> Ibid., p. 204-205.

<sup>2939</sup> Ibid., p. 222.

<sup>2940</sup> Ibid., p. 205.

<sup>2941</sup> Ibid., p. 200.

<sup>2942</sup> Ibid., p. 27-28.

<sup>2943</sup> Cf. Rosanvallon (1998), p. 222 s. pour une quantité de propos antiparlementaires tirés des écrits des principaux représentants du syndicalisme révolutionnaire.

<sup>2944</sup> Ponsard (2010), p. 3-4 ;

à l'œuvre dans la division de la société en deux classes antagonistes<sup>2945</sup>. Selon Duguit, les syndicalistes révolutionnaires avaient le tort de mésestimer l'importance de la petite bourgeoisie composée de petits commerçants, artisans et paysans<sup>2946</sup>. Les membres de la petite bourgeoisie ont ceci de particulier qu'ils sont propriétaires de leurs moyens productions alors que leurs conditions de vie objectives tendent plutôt à les rapprocher du prolétariat. Malgré une commune propriété des moyens de productions, la petite bourgeoisie peut difficilement se sentir solidaire du reste de la bourgeoisie. De même que la propriété de moyens de production ne génère pas nécessairement de solidarité entre les membres de la bourgeoisie, la seule condition de salarié n'est pas susceptible de fonder l'appartenance à une classe clairement déterminée. Duguit prend pour exemple le cas comparé des employés de l'industrie et des fonctionnaires. Il estime peu probable qu'un sentiment de solidarité durable puisse s'installer entre la classe ouvrière et les fonctionnaires tant leurs activités diffèrent par leur nature, les seconds exerçant une activité érigée en service public et étant soumis à un régime légal particulier<sup>2947</sup>. De même, peu de choses rapprochent l'ouvrier de l'employé de bureau d'une même exploitation industrielle, tous deux salariés, pour cette simple raison qu'ils accomplissent des tâches aux traits fortement disparates<sup>2948</sup>. Duguit en déduit ainsi qu'une classe sociale ne réunit pas des individus selon qu'ils sont propriétaires ou non de leurs moyens de production. L'appartenance à une classe sociale résulte, selon lui, d'un « *lien particulièrement étroit existant entre les hommes qui accomplissent le même ordre de besogne dans ce vaste atelier qu'est toute société. Ce lien plus étroit résulte avant tout de la similitude des intérêts et des aptitudes, de la nature du travail accompli, manuel ou intellectuel, mais aussi de la similitude des habitudes, des manières de vivre, des aspirations, des joies et des souffrances communes* »<sup>2949</sup>. La classe sociale a ainsi peu ou prou tendance à se confondre avec la profession exercée. En effet, elle se constitue en fonction de la nature de l'activité exercée ainsi que de la *similitude* dans le mode de vie et les émotions vécues qu'une telle activité est susceptible d'engendrer parmi les hommes la pratiquant. Le nombre de classes sociales dans un pays apparaît dès lors autrement plus varié que dans l'acception marxienne puisqu'il y aura pratiquement autant de classes sociales que de professions exercées<sup>2950</sup>. Par l'emprunt à Durkheim de la notion de solidarité par similitudes<sup>2951</sup>,

---

<sup>2945</sup> Duguit (1922), p. 112-113.

<sup>2946</sup> Petite bourgeoisie qui était numériquement importante au moment où Duguit développe sa doctrine, comme en témoigne l'épopée boulangiste. A cet égard, le Doyen de Bordeaux rappelle que le Général Boulanger dut principalement son succès aux suffrages des membres de la petite bourgeoisie. Cf. *Ibid.*, p. 114.

<sup>2947</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>2948</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>2949</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>2950</sup> Duguit (1911), p. 31.

<sup>2951</sup> Sur cette notion, cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.1

Duguit soutient une définition de la classe sociale bien éloignée des présupposés marxistes des syndicalistes révolutionnaires.

La sociologie d'Emile Durkheim s'avère également d'une précieuse utilité au Doyen de Bordeaux lorsqu'il en vient à redéfinir la nature des rapports de classe. Loin de la conception purement agonale du syndicalisme révolutionnaire, les relations entre les classes ne sont, pour Duguit, nullement vouées à stagner dans une situation de conflit permanent et insoluble. Chaque classe – on pourrait dire chaque profession – exerce une activité utile dans ce « *vaste atelier qu'est toute société* » sans laquelle l'activité des autres classes serait compliquée ou simplement rendue impossible. En ce que chaque classe exerce une fonction utile à l'ensemble, une solidarité par *division du travail* s'installe par la force des choses entre les tous les éléments constitutifs de l'appareil productif<sup>2952</sup>. L'interdépendance des fonctions qui relie les composantes du corps social créent en ceci moins les conditions d'un conflit permanent que les prédispositions d'une collaboration entre les classes. Or Duguit a eu l'occasion, de son vivant, de voir s'épanouir une modalité de cette entente : les conventions collectives de travail. Nous avons déjà eu l'occasion d'analyser les différentes fonctions théoriques que cet acte juridique exerce dans la doctrine du Doyen de Bordeaux. Elle constitue pour lui à la fois le signe de l'effacement progressif de la catégorie individualiste du contrat ainsi que l'indice de la dépossession du monopole législatif de l'Etat<sup>2953</sup>. Le juriste français considère que l'émergence des conventions collectives de travail montre, en outre, la voie à suivre pour le mouvement syndical. Au lieu d'être le moyen pour le prolétariat de mettre à bas le pouvoir de la bourgeoisie, il estime, sans doute dans un excès d'optimisme, que le syndicalisme doit être le procédé par lequel les classes sociales coordonnent leurs efforts en vue de l'efficacité de l'appareil de production et de la paix sociale<sup>2954</sup>. La représentation syndicale et professionnelle au Parlement doit, en ce sens, être perçue comme le prolongement et le couronnement de cet ordre d'idées. Elle doit être le moyen pour les catégories professionnelles assimilées au prolétariat d'exercer un contrepoids au pouvoir de la bourgeoisie dans la sphère politique. A l'encontre de la doctrine du syndicalisme révolutionnaire, Duguit refuse de réduire le mouvement syndical à une simple dimension économique. Il entend en faire

---

<sup>2952</sup> Duguit (1911), p. 30.

<sup>2953</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.3.3 et Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.3.1 ; Dans ses publications de 1908 et 1911 consacrées au syndicalisme, Duguit rappelle à l'endroit des syndicalistes révolutionnaires que les conventions collectives de travail permettent aux classes d'organiser leurs relations d'une manière autonome et de réduire le rôle de l'Etat à une simple fonction de surveillance. Ainsi le Doyen de Bordeaux voit dans la collaboration des classes une façon – certes bien particulière – d'accomplir l'idéal de l'autonomie de classe promue par les syndicalistes révolutionnaires. Cf. Duguit (1922), p. 125-126

<sup>2954</sup> *Ibid.*, p. 121 s.

une véritable *force politique*<sup>2955</sup>. C'est en étant confrontées l'une à l'autre dans l'arène parlementaire que les différentes classes sociales seraient contraintes d'équilibrer leurs prétentions par le jeu de la délibération et de parvenir ainsi à des accords répondant aux intérêts de tous. En conséquence, Duguit s'oppose à ce que la représentation politique des syndicats se constitue sous la forme de deux Confédérations générales – l'une représentant le prolétariat l'autre le patronat – car une telle configuration reviendrait « à composer une assemblée politique de deux éléments rivaux et toujours en guerre. Ce serait augmenter les éléments de division et de lutte des classes quand la représentation syndicale doit être au contraire un élément puissant de pacification »<sup>2956</sup>. La représentation syndicale au Parlement procède ainsi de la même idée directrice que les conventions collectives de travail. Toutes deux visent à assurer l'équilibre social par le dialogue entre les parties constitutives du corps social<sup>2957</sup>.

Il est ainsi essentiel que les corporations de tous les groupes sociaux soient équitablement représentées pour espérer atteindre cette situation d'équilibre social. Duguit rappelle à ce propos que l'un des pères du système représentatif moderne, l'Abbé Sieyès, fut le premier à indiquer une telle direction, jugeant nécessaire d'instaurer la présence à la législature « d'hommes voués aux trois grands travaux, aux trois grandes industries qui composent le mouvement et la vie d'une société qui prospère : [...] l'industrie rurale, l'industrie citadine et celle dont le lieu est partout et qui a pour objet la culture de l'homme »<sup>2958</sup>. Duguit adoube cette vision, lui qui estime que les forces sociales sont appelées à acquérir une part du pouvoir politique par le biais du principe de la représentation<sup>2959</sup>. C'est ainsi que le Tiers-Etat s'est manifesté en 1789 afin d'être associé à la puissance politique, contestant le monopole de l'aristocratie. Il estime que le mouvement syndical qui agite la France au tournant du XX<sup>e</sup> siècle n'est que la manifestation des aspirations du prolétariat qui, au vu de l'importance sociale qui lui a été donnée par la Révolution industrielle, aspire à acquérir une part du pouvoir politique<sup>2960</sup>. La représentation syndicale a donc pour fonction première d'œuvrer à l'intégration sociale et politique de la classe ouvrière<sup>2961</sup>. L'accès des représentants du prolétariat au Parlement était en ce sens la condition *sine qua non* pour que s'instaurent

---

<sup>2955</sup> Sur ce point, cf. Sacriste (2011), p. 449.

<sup>2956</sup> Duguit (1911), p. 37.

<sup>2957</sup> Sur les vertus intégratives du syndicalisme chez Duguit, cf. Sacriste (2011), p. 443 s.

<sup>2958</sup> Cf. Duguit (2005), p. 81. Duguit relève que l'acte additionnel de 1815 formulait, sous l'influence cette fois des idées de Benjamin Constant, le principe de la représentation professionnelle, à son article 33 ainsi libellé « *L'industrie et la propriété manufacturière et commerciale auront une représentation spéciale* ». Cf. également Esmein (1914), p. 304-305.

<sup>2959</sup> Duguit (1928), p. 541 : « *Tout élément sociale qui se crée dans le milieu national tend à acquérir une puissance politique et à s'organiser en représentation* ».

<sup>2960</sup> Ibid., p. 544. Il est remarquable que Duguit n'a ici aucun mal à considérer le « prolétariat » comme une classe sociale à part entière.

<sup>2961</sup> Blanquer/Milet (2015), p. 190.

les conditions d'un équilibre social entre les deux grandes forces sociales de la société industrielle<sup>2962</sup>.

Duguit ne pouvait cependant se contenter de faire pièce aux conceptions des syndicalistes révolutionnaires pour démontrer la nécessité d'une représentation syndicale au Parlement. Il dut également s'opposer à la doctrine de droit public qui tenait une telle représentation comme radicalement incompatible avec les principes fondamentaux du droit constitutionnel républicain. En effet, la représentation syndicale et professionnelle au Parlement procède d'une conception de la représentation que les hommes de 1789 ont désiré bannir. Les membres de l'Assemblée constituante entendaient supprimer le système de représentation qui prévalait aux Etats généraux. En vertu de la Constitution de 1791, le député était un représentant de la Nation, pleinement indépendant vis-à-vis des électeurs de sa circonscription. Il n'avait ainsi plus rien de commun avec un envoyé des Etats généraux, représentant de l'un des trois ordres constitutifs du corps social de l'Ancien régime, et entièrement soumis à leurs instructions<sup>2963</sup>. Cette transformation du régime représentatif modifia également la base de la représentation puisque ce n'étaient plus des corps collectifs, placés en intermédiaires entre l'individu et l'Etat central, qui étaient représentés. La représentation politique devait désormais s'appuyer sur une conception atomistique et individualiste du corps social, en ce que les individus formaient le seul élément représentable au sein du Corps législatif<sup>2964</sup>. Selon l'idée dominante, aucun intérêt collectif particulier ne devait détourner l'individu de l'intérêt national. L'adoption de la loi le Chapelier le 14 juin 1791 proscrivant, entre autres, la constitution de corporations de métiers fut la consécration la plus flamboyante de cet état d'esprit. L'interdiction du mandat impératif trouve également sa justification dans cet ordre d'idées en ceci qu'elle entendait libérer le député de la tutelle de sa circonscription et de ses intérêts particuliers afin qu'il ne soit plus soumis qu'aux intérêts de la Nation. Dans cette même logique, l'octroi d'un droit de représentation à des associations syndicales ou professionnelles aurait signifié le morcellement de la souveraineté au détriment de son seul titulaire légitime, la Nation<sup>2965</sup>. A cet égard, Esmein concédait, avec certaines réserves, que l'on puisse concevoir la représentation des intérêts corporatifs d'une manière conforme au principe de souveraineté nationale<sup>2966</sup>, avant d'affirmer dans la foulée qu'il serait difficile d'admettre que le représentant d'un groupe syndical ou professionnel puisse véritablement faire abstrac-

<sup>2962</sup> Duguit (1928), p. 544-545. Cf. Clavreul (1987), p. 48.

<sup>2963</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 239. Esmein (1914), p. 308.

<sup>2964</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 240-241.

<sup>2965</sup> Esmein (1914), p. 303 ; Orlando (1895), p. 33.

<sup>2966</sup> Il suffirait en effet de disposer que le député d'un syndicat, une fois nommé, n'est plus que le représentant de toute la nation et qu'il ne peut plus recevoir d'instruction de sa corporation. En ceci, la division du corps électoral en circonscriptions procéderait simplement d'un autre facteur, non plus le facteur régional, mais le facteur professionnel. Cf. Esmein (1914), p. 304.

tion des intérêts particuliers du groupe qui l'a élu pour ne s'orienter que vers l'intérêt général<sup>2967</sup>.

Duguit va faire justice de cette conception de la même manière qu'il a combattu les arguments opposés à l'introduction de l'élection proportionnelle. Selon le Doyen de Bordeaux, la représentation syndicale ne constitue en aucun cas l'antithèse de la souveraineté nationale. Au contraire, elle en serait la déduction logique. S'il doit exister une volonté nationale et une représentation de celle-ci, alors faut-il encore que cette représentation soit organisée de manière à refléter la nation dans toute sa complexité. La théorie de la représentation défendue par le Doyen de Bordeaux exige que le Parlement soit le calque fidèle de la société. Il faut ainsi que tous les éléments constitutifs de la nation trouvent leur place au sein du corps législatif. A ce titre, Duguit soutient précisément que « *ces éléments constitutifs sont non seulement les individus, mais aussi les groupes. On représentera donc la volonté nationale à cette condition seule qu'on fasse figurer dans le corps représentatif tous les éléments constitutifs de la nation, les individus et les groupes. Bien loin d'être contradictoire avec le dogme de la souveraineté nationale, la représentation professionnelle n'en est au contraire que la conséquence. Un parlement ne pourra se donner comme le représentant du pays qu'à la condition de comprendre les deux éléments qui le constituent : l'élément individuel et l'élément collectif* »<sup>2968</sup>. A cet égard, il est certain que « l'élément collectif » de la société française s'est passablement développé à la faveur du mouvement syndical né de la consécration de la liberté syndicale par la loi de 1884. Il a fait naître de puissants intérêts collectifs venus s'intercaler entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. En ceci, une représentation fidèle à la réalité multiple de la nation ne pouvait, selon Duguit, faire l'économie de la représentation des intérêts collectifs syndicaux et professionnels.

Au terme de cette analyse, il n'est pas difficile de saisir en quoi le juriste français jugeait sévèrement l'organisation du Parlement de la III<sup>e</sup> République. A ses yeux, les Chambres se trouvaient dans l'incapacité de représenter fidèlement la nation. La Chambre des députés et le Sénat étaient tous deux issus du suffrage des individus. Dans une contribution datée de 1895 consacrée au système d'élection des sénateurs, Duguit notait l'absurdité de tout système bicaméral fondée sur l'élection des deux chambres au suffrage universel direct : « *donner aux deux Chambres la même origine électorale, c'est aboutir à l'absorption de l'une par l'autre, c'est faire une répétition inutile, c'est compliquer les rouages législatifs sans utilité, c'est rendre vaine la pondération que l'on attend de la dualité parlementaire* »<sup>2969</sup>. Dès lors que les Chambres représentent les mêmes intérêts, l'une ne peut exercer un véritable contrepoids sur

---

<sup>2967</sup> Ibid., p. 305.

<sup>2968</sup> Duguit (2005), p. 179-180. Cf. Duguit (1911), p. 33.

<sup>2969</sup> Duguit (1895), p. 460.

l'autre en raison d'une conception différente de l'intérêt général, mais uniquement sur la base de rivalités personnelles<sup>2970</sup>. Pour que le corps législatif fût véritablement la reproduction fidèle du corps social, il aurait fallu que ses différents éléments constitutifs – les deux Chambres – fussent disposés de façon à représenter adéquatement les différents types d'intérêts sociaux. Duguit préconisait ainsi que le bicamérisme – plus précisément un système de bicamérisme parfait – s'organise sur des bases tout à fait différentes. Selon lui, le système de représentation idéal aurait été « *un parlement composé de deux assemblées, l'une élue au suffrage direct et universel, avec élection proportionnelle, et l'autre élue par les différents groupes sociaux [...] le parlement forme le groupe représentatif; dans l'intérieur de ce groupe les divers éléments seront disposés de telle façon qu'ils correspondent le plus exactement possible aux éléments représentés, afin que les forces politiques soient portées à leur maximum d'intensité et de rendement* »<sup>2971</sup>. Une telle organisation parlementaire aurait ainsi creusé une brèche supplémentaire dans la conception individualiste du droit. La représentation des groupes professionnels ne signifiait rien d'autre, selon Duguit, que la reconnaissance de la nature complexe du corps social. Loin de la vision construite par la loi le Chapelier où le corps social se résume à une collection d'individus atomisés, ce dernier est en réalité composé de la superposition de deux éléments : les individus et les corps intermédiaires représentatifs d'intérêts corporatifs<sup>2972</sup>. Ainsi Duguit n'hésitait pas à soutenir, déjà en 1895 « *qu'un pays, où la double représentation des individus et des groupes n'est pas assurée, n'a point de constitution* »<sup>2973</sup>. A notre sens, cette nature duale du corps social qui sert de point d'appui à l'institution du bicamérisme ne fait que rendre compte de la conception duguiste de la solidarité par division du travail. En suivant Durkheim, le juriste français avait reconnu que cette forme de solidarité encourage la spécialisation des individus et favorise ainsi le développement de l'individualité. Duguit avait néanmoins perçu que ce mouvement d'individualisation était contrebalancé par l'émergence d'une forme nouvelle de solidarité par similitudes à travers l'apparition des groupes professionnels<sup>2974</sup>. Ainsi la représentation des individus et des groupes professionnels se veut le calque dans la sphère politique de la structure des sociétés modernes marquées par une importante division du travail<sup>2975</sup>. Toute la densité sociologique de l'œuvre de Duguit se réfracte ainsi dans sa conception de la représentation.

---

<sup>2970</sup> Ibid., p. 461.

<sup>2971</sup> Duguit (2005), p. 228 ; Duguit (1911), p. 34.

<sup>2972</sup> Duguit (1895), p. 463.

<sup>2973</sup> Ibid.

<sup>2974</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 1.4.2.

<sup>2975</sup> Nous répondons ici à Evelyne Pisier-Kouchner qui, faute d'avoir suffisamment étudié la conception de la solidarité chez Duguit, juge « *étranges* » les arguments de Duguit en faveur de la représentation syndicale. Cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 244.

Enfin, Duguit estime qu'une Chambre composée des représentants des syndicats et groupes professionnels constituerait un frein efficace au pouvoir de la Chambre des députés pour cette seule raison que la chambre syndicale incarnerait un « *élément social* » (les intérêts professionnels) distinct de celui représenté par les membres de la Chambre des députés (les intérêts individuels des électeurs, voire les intérêts locaux des différentes circonscriptions)<sup>2976</sup>. On perçoit par-là que la représentation syndicale au parlement n'a pas pour seul objectif de contribuer à l'intégration politique des ouvriers, mais aussi à contrer le « pouvoir du nombre » et la « tyrannie de la majorité » exercés au sein de la chambre basse élue au suffrage universel<sup>2977</sup>. Dans ses premiers écrits, le Doyen de Bordeaux percevait dans cette forme originale de bicamérisme un mécanisme de modération du pouvoir politique émanant des Chambres bien plus efficace qu'un Président de la République élu au suffrage universel. Incapable de refléter des intérêts sociaux distincts de ceux représentés par la Chambre des députés, le Président de la République était, selon Duguit, condamné à n'être pas autre chose qu'un « *personnage décoratif, qui reçoit les souverains et les ambassadeurs, préside les cérémonies, donne des bals et des diners, va aux courses, mais dont l'action politique est réduite à rien* »<sup>2978</sup>. Duguit nuancera sa position par la suite. Comme nous l'avons vu, sa défense du régime parlementaire l'amènera à considérer qu'il est nécessaire que le Président de la République exerce une action modératrice sur le Parlement<sup>2979</sup>. A cette fin, il ne sera pas opposé à l'élargissement du corps électoral chargé de nommer le Président afin que ce dernier puisse peser d'un poids plus fort sur les Chambres<sup>2980</sup>.

---

<sup>2976</sup> Duguit (1922), p. 131.

<sup>2977</sup> Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 190 ; Rosanvallon (1998), p. 111-112.

<sup>2978</sup> Duguit (1922), p. 131-132. Cf. Duguit (1895), p. 462 ; Duguit (2005), p. 328-329 : « *La Constitution de 1875 a fait du président de la république un roi sans couronne et sans force, qui disparaîtra tôt ou tard, comme tout organe inutile, qui dépense et ne produit pas. [...] La présidence de la république est une institution décorative, un symbole qui plaît au peuple. Peut-être rend-elle quelques services encore dans le protocole des relations diplomatiques. En réalité, le pouvoir politique appartient en France exclusivement à deux organes de représentation, le sénat et la chambre ; c'est par une organisation plus complète et savante de ces deux corps représentatifs qu'on donnera au pays une constitution positive harmonique à son état social. La force du nombre et la puissance des associations sont les deux grandes forces des démocraties modernes ; ce sont ces deux forces qu'il faut organiser de manière qu'elles se pondèrent réciproquement et qu'elles assurent au pays un gouvernement en même temps fort et équitable* ».

<sup>2979</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.3 ; nous aborderons à nouveau la question lorsque nous aurons à rendre compte de la conception duguiste de l'organisation des pouvoirs, *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2, 4).

<sup>2980</sup> On trouve déjà des affirmations allant dans ce sens dans la première édition du *Manuel de droit constitutionnel*, publié en 1907. Cf. Duguit (1907a), p. 412. Sur ce point, cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 253.

#### 2.4.2.7 Le droit de dissolution

Le vote des femmes, l'élection proportionnelle ainsi que la représentation syndicale et professionnelle sont trois institutions dont Duguit pense qu'elles sont indispensables à un gouvernement représentatif assurant la concordance des opinions entre les citoyens et le Parlement. Si ces institutions sont susceptibles d'assurer l'homologie du corps social et du corps législatif au moment de l'élection, elles sont toutefois dénuées d'efficacité lorsqu'il s'agit d'atteindre une telle finalité en cours de législature. La théorie de la représentation de Duguit serait incomplète si elle n'accueillait aucun procédé capable d'assurer un contrôle sur les élus tout au long de leur mandat. Nous avons vu que le juriste français critiquait et refusait l'institution du mandat impératif. Il juge cependant que le droit de dissolution et le référendum sont deux moyens utiles pour assurer une concordance continue entre les représentants et les représentés.

L'originalité de Duguit tient en ce qu'il n'analyse pas uniquement le droit de dissolution sous l'angle de la séparation des pouvoirs. Partisan convaincu du régime parlementaire, Duguit voyait dans le droit dissolution un contrepois nécessaire à la toute-puissance parlementaire<sup>2981</sup>. Il regrettait que cette institution soit tombée en désuétude à la suite de son exercice malheureux et maladroit par le Président légitimiste Mac Mahon, laissant planer des relents de monarchisme derrière cette institution<sup>2982</sup>. A ce propos, il est judicieux de préciser qu'aux termes de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le droit de dissolution ne pouvait s'exercer sans l'assentiment du Sénat, ce qui minorait considérablement la faculté de cette institution de servir de contrepois au pouvoir parlementaire<sup>2983</sup>. Totalemment lié au bon vouloir de la Chambre haute, le Président n'avait aucunement la possibilité de contrer le pouvoir des chambres par sa seule initiative<sup>2984</sup>.

Au-delà de cette lecture classique du droit de dissolution, le Doyen de Bordeaux présentait cette prérogative présidentielle comme l'une des meilleures garanties du gouvernement représentatif. En effet, cette institution trouve son utilité lorsque le Chef de l'exécutif considère que la politique suivie par le Parlement ne répond plus aux aspirations du pays<sup>2985</sup>. Dans son esprit, la dissolution du Parlement peut donc être assi-

<sup>2981</sup> En France, le droit de dissolution a de longue date été présenté comme un moyen de résoudre les conflits entre l'exécutif et le législatif. Cf. André Cabanis/Michel-Louis Martin, *La dissolution parlementaire à la française*, Paris, Presses de Science Po, 2001. C'était donc aussi la position défendue par Duguit. Cf. Duguit (1928), p. 811 s.

<sup>2982</sup> Duguit (1928), p. 811 ; Cf. Schmitt (1993), p. 160.

<sup>2983</sup> Article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « *Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat. En ce cas, les collègues électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois* ».

<sup>2984</sup> Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 408.

<sup>2985</sup> Ibid.

milée à une forme de référendum – Carré de Malberg parle justement d'« *appel au peuple* » à ce propos<sup>2986</sup> – portant sur la politique générale à conduire au nom de la nation<sup>2987</sup>. Les électeurs peuvent ainsi donner leur approbation ou signifier leur rejet de la politique menée en réitérant leur confiance aux membres du corps législatif dissout ou, au contraire, en les congédiant au profit d'une nouvelle élite parlementaire. Avant d'être une arme à disposition de l'exécutif, la dissolution est un moyen de contrôle des représentants à destination des représentés. En ceci, le droit de dissolution est un attribut logique du gouvernement représentatif, à tout le moins dans la conception « *sui generis* » défendue par le Doyen de Bordeaux. En effet, il répond parfaitement au principe fondamental selon lequel le but des institutions représentatives est d'assurer l'harmonie des pensées entre représentants et représentés<sup>2988</sup>. Duguit juge que le droit de dissolution est un moyen de contrôle des représentants plus pratique et plus aisé à mettre en place que le mandat impératif, qui conférerait un pouvoir trop important aux comités électoraux<sup>2989</sup>. Nous noterons tout de même que si Duguit avait déroulé toutes les conséquences de cette conception de la dissolution, il aurait pu prendre fait et cause pour un droit de dissolution du Parlement dont les citoyens eussent été les premiers titulaires. A cet égard, il aurait pu s'intéresser de près à l'institution de l'*Abberufung*, pratiquée dans plusieurs cantons de Suisse alémanique, qui permet à un nombre déterminé de citoyens d'exiger l'organisation d'un référendum portant sur la destitution de l'ensemble des membres de l'autorité législative ou exécutive. L'*Abberufung* peut donc être rapprochée autant du droit de dissolution que de la motion de censure<sup>2990</sup>. Duguit connaissait pourtant cette institution qu'il présente dans *L'Etat, les gouvernants et les agents*. Il déclare à ce propos qu'elle révèle la nature démocratique de la dissolution puisque l'*Abberufung* combine les institutions du référendum et de la dissolution en permettant à la population, en décidant de la destitution d'une autorité, de se prononcer sur la politique générale menée par celle-ci. Cependant, Duguit ne précise pas si l'introduction d'un tel droit de veto populaire en France serait bénéfique.

Même assortie de nuances et de réserves, la lecture du droit de dissolution proposée par Duguit reste néanmoins en contradiction manifeste avec la conception du gouvernement représentatif qui s'était imposée au lendemain de la Révolution. Dans l'esprit de la Constitution de 1791, le contrôle des représentants en cours de législature n'avait

---

<sup>2986</sup> Ibid., p. 375.

<sup>2987</sup> Duguit (1928), p. 811.

<sup>2988</sup> Duguit (2005), p. 168-170 et p. 232.

<sup>2989</sup> Ibid., p. 170.

<sup>2990</sup> Comme le relevait l'historien du droit constitutionnel Alfred Kölz, l'*Abberufungsrecht* (droit de révocation) est à la fois le droit populaire le moins connu et le plus spectaculaire du droit constitutionnel suisse. Cf. Alfred Kölz, *Das Abberufungsrecht*, in : *Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag* 1998, Soleure, 1998, p. 185.

aucune raison d'être. Les députés étaient appelés à vouloir librement et souverainement pour le compte de la nation sans que ceux qui les avaient nommés puissent avoir leur mot à dire. Cet appel au peuple qu'est la dissolution du Parlement n'avait donc pas sa place dans la logique des institutions mises en place au lendemain de la Révolution<sup>2991</sup>.

#### 2.4.2.8 Le référendum

Contrairement au droit de dissolution, le référendum ne trouvait pas sa place dans les lois constitutionnelles de 1875. Il était même exclu par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 25 février 1875 qui disposait que « *le pouvoir législatif s'exerce par la Chambre des députés et le Sénat* ». Avec d'autres auteurs, Duguit était d'avis que cette disposition excluait totalement le peuple de l'exercice de la puissance législative<sup>2992</sup>. Dans la littérature juridique, la répugnance du droit constitutionnel français envers le référendum trouvait plusieurs éléments d'explication. L'incompatibilité entre la pratique référendaire et les principes fondamentaux du gouvernement représentatif était l'argument dominant. Dans un tel type de gouvernement, les citoyens sont réduits à une fonction de corps électoral, soit un organe qui n'a d'autre pouvoir que de *nommer* ceux qui seront habilités à exprimer la volonté de l'Etat. Les institutions créées par la Constitution de 1791 aménageaient une très grande liberté aux députés appelés à exercer la fonction législative. Il était ainsi inconcevable que les citoyens puissent remettre en cause la volonté exprimée par leurs représentants<sup>2993</sup>. A cet égard, Carré de Malberg soutient que l'institution du référendum ferait retomber la représentation politique dans une logique de mandat de droit privé, en ceci que le référendum confère aux citoyens un certain pouvoir d'instruction et de contrôle sur le corps législatif<sup>2994</sup>. Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer en quoi le modèle de gouvernement représentatif institué en 1789-1791 était sous-tendu par des arguments élitistes<sup>2995</sup>. Le manque supposé d'instructions et de compétence des citoyens fut le motif principal d'opposition au référendum<sup>2996</sup>. Adversaire résolu du référendum, Adhémar Esmein déploie un réquisitoire complet à son encontre, cherchant au-delà du simple manque supposé d'instruction des citoyens les raisons de la nocivité de ce mode de consultation populaire. En premier lieu, il estime particulièrement incommode d'appeler le peuple à se prononcer d'un seul tenant sur une loi comprenant souvent une variété importante de points primaires et secondaires. Il arrive ainsi souvent que les citoyens soient amenés à rejeter

<sup>2991</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 373.

<sup>2992</sup> Duguit (1928), p. 636 ; Esmein (1914), p. 436-437.

<sup>2993</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 257, 260-261 et 330-331.

<sup>2994</sup> Carré de Malberg (1931a), p. 9.

<sup>2995</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.1.

<sup>2996</sup> Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 256 qui cite les propos de Sieyès : « *La très grande pluralité de nos concitoyens n'a, ni assez d'instruction, ni assez de loisirs, pour vouloir s'occuper directement des lois qui doivent gouverner la France ; leur avis est donc de se nommer des représentants* ».

une loi à cause d'un élément subalterne auquel ils ont donné une importance démesurée<sup>2997</sup>. Ensuite, Esmein soutient que le référendum possède l'inconvénient de jeter le discrédit sur le gouvernement représentatif, sans toutefois le supprimer. En effet, il se demande « *quelle autorité peuvent avoir les assemblées, lorsque les lois discutées et votées par elles peuvent, à chaque instant, être repoussées, par caprice ou ignorance, par la majorité même qui a élu leurs membres sur un programme déterminé ?* »<sup>2998</sup>. Le constitutionnaliste parisien estime que les élections remplissent suffisamment la fonction dévolue au référendum. Selon lui, les citoyens pèsent déjà d'un poids certain sur le contenu des lois lorsqu'ils élisent leurs députés sur la base d'un programme politique<sup>2999</sup>. En dernier lieu, Esmein juge inopportun que l'on interroge trop souvent le corps électoral sur les lois adoptées, celui-ci usant de son droit de consultation dans un esprit de conservation susceptible de freiner le progrès<sup>3000</sup>.

Tous ces arguments sont repoussés par Duguit. Comme nous l'avons vu, sa théorie de la représentation politique s'accorde parfaitement avec une institution susceptible de maintenir une harmonie continue entre les pensées des représentants et des représentés<sup>3001</sup>. Il peut donc s'autoriser à écrire qu'un pays pratiquant le référendum est « *dans la vérité du régime représentatif bien plus que celui qui n'a pas inscrit le référendum dans sa constitution, parce que ce procédé est un moyen excellent de maintenir l'harmonie entre le corps électoral et le parlement, harmonie, qui constitue l'essence même de la représentation* »<sup>3002</sup>. A l'encontre d'Esmein, il affirme que l'absence de moyens de contrôle continu sur les députés comme la dissolution et le référendum aboutit à faire du Parlement un véritable pouvoir oligarchique sans frein et contrepoids<sup>3003</sup>. Il est ainsi essentiel que ces instruments soient mis en place pour que les représentants se sentent contraints de suivre l'opinion des représentés. Le Doyen de Bordeaux n'est pas plus indulgent à l'encontre des autres arguments en défaveur du référendum avancés par son collègue parisien. Il lui rétorque que les parlementaires, au même titre que le peuple, sont contraints de prendre en compte l'ensemble des dispositions lorsqu'ils procèdent au vote final d'une loi<sup>3004</sup>. De même, le référendum lui apparaît moins comme un frein au progrès que comme un facteur de

---

<sup>2997</sup> Esmein (1914), p. 400 et 433-434.

<sup>2998</sup> Ibid., p. 434.

<sup>2999</sup> Ibid., p. 431.

<sup>3000</sup> Ibid., p. 431-432.

<sup>3001</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.2.

<sup>3002</sup> Duguit (2005), p. 232 ; Cf. aussi Duguit (1928), p. 636 : « *Etant donné la conception que je me forme de la représentation, je crois que tous les procédés propres à assurer la conformité exacte et constante de la volonté parlementaire à la volonté du corps des citoyens sont excellents et conformes à l'essence même du régime représentatif, que ces procédés devraient être consacrés par nos lois constitutionnelles et peuvent être régulièrement et utilement pratiqués quand ils ne sont pas interdits par la constitution* ».

<sup>3003</sup> Ibid., p. 231-232. Cf. également Esmein (1894), p. 40-41.

<sup>3004</sup> Duguit (1928), p. 621.

tempérance, en ceci qu'il permet de bloquer les réformes téméraires et de ne donner suite qu'aux réformes qui répondent à l'état d'esprit dominant<sup>3005</sup>. S'il est un partisan convaincu du référendum, Duguit prend garde de ne pas lui donner une portée trop conséquente. Nous savons que Duguit rejette vigoureusement le concept de souveraineté populaire, notamment à travers sa critique de la doctrine de Rousseau<sup>3006</sup>. Un vote populaire ne peut créer à lui seul la loi normative car la volonté n'a pas de pouvoir de création juridique, qu'elle soit individuelle ou supposément collective. Le référendum permet de mesurer l'état de conscience du pays et, en cela, il est un instrument indispensable à la qualité de la législation normative. Un peuple peut cependant céder aux passions et aux caprices et ainsi se fourvoyer sur ce qui est réellement nécessaire au maintien et au développement de la solidarité sociale. C'est certainement cette raison qui incite à Duguit à une certaine prudence. Aussi préconise-t-il que le référendum ne doit avoir qu'une portée *consultative* et qu'il revient au Parlement, composé d'hommes plus compétents, d'avoir le dernier mot<sup>3007</sup>. Encore une fois, Duguit tempère les tendances les plus démocratiques de sa doctrine, au profit d'une vision plus élitiste de l'établissement des règles de droit. Sa défense du contrôle de constitutionnalité des lois ne fera que confirmer cette tendance.

#### 2.4.3 Loi positive, droit objectif et justice constitutionnelle

Dans sa thèse consacrée à l'évolution de la doctrine publiciste française entre 1879 et 1914, Marie-Joëlle Redor a souligné avec force arguments la récurrence de la critique contre « *l'omnipotence parlementaire* » dans le discours doctrinal<sup>3008</sup>. La revalorisation des deux autres pouvoirs – pouvoir exécutif<sup>3009</sup> et pouvoir judiciaire<sup>3010</sup> – gagna les suffrages de certains auteurs, en raison du contrepoids qu'ils pouvaient apporter au pouvoir du parlement<sup>3011</sup>. Duguit céda diversement à ces sirènes.

Le juriste bordelais n'était certainement pas un partisan du régime d'Assemblée. Il aspirait bien plus à un rétablissement du régime parlementaire, fondé sur l'équilibre des relations entre le gouvernement et le parlement, conformément à la lettre des lois constitutionnelles de 1875. Dans une communication faite au Congrès international de droit comparé, tenu à Paris entre le 31 juillet et le 4 août 1900, le juriste bordelais regrettait une certaine déviation des institutions de la III<sup>e</sup> République. Il déplorait à cet égard la propension du Parlement à s'occuper d'affaires mineures et à s'immiscer dans les affaires administratives<sup>3012</sup>. Il fustigeait également le personnel parlementaire de

<sup>3005</sup> Ibid., p. 624.

<sup>3006</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 1).

<sup>3007</sup> Duguit (1928), p. 636.

<sup>3008</sup> Redor (1992), p. 85 s.

<sup>3009</sup> Ibid., p. 123 s.

<sup>3010</sup> Ibid, p. 260 s. ; Cf. également Baumert (2009), p. 91 s.

<sup>3011</sup> On trouvera de précieuses informations sur ce point chez Sacriste (2011), p. 425 s.

<sup>3012</sup> Duguit (1900), p. 317.

son temps, l'accusant d'être « *sans programme politique, sans majorité homogène, sans idée d'ensemble, abandonné tout entier au choc des intérêts personnels et des passions politiques et religieuses, qui attaque chaque jour le ministère au pouvoir, mais ne le contrôle point dans le véritable sens du mot* »<sup>3013</sup>. Cependant, Duguit se gardait bien de remettre en cause l'institution parlementaire en tant que telle. Pour l'essentiel, il imputait la responsabilité de l'instabilité parlementaire à une mauvaise organisation du suffrage universel qui ne permettrait pas, selon lui, une représentation des « *groupes et des intérêts permanents* »<sup>3014</sup>. Duguit visait ainsi, nous l'avons vu, à une réorganisation de la représentation politique capable de refléter fidèlement l'opinion de la nation. S'il y a une critique conjoncturelle du fonctionnement et de la composition parlementaires chez Duguit, il n'y a pas de remise en cause structurelle de l'importance cruciale du Parlement dans l'organisation des pouvoirs. Le Doyen de Bordeaux échappe ainsi en grande partie au mouvement de revalorisation de l'exécutif qui traverse la doctrine de son temps, percevant dans un rôle plus large du Chef de l'Etat un moyen de contrer l'omnipotence parlementaire<sup>3015</sup>. Duguit n'a jamais préconisé un bouleversement des institutions de la III<sup>e</sup> République. L'usage effectif du droit de dissolution, prévu par l'article 5 de la loi du 25 février 1875, était la seule exigence formulée par le Doyen de Bordeaux qui peut s'apparenter à un rôle plus marqué du Président de la République. Si Duguit était conscient que le texte de la Constitution de 1875 conférait au Président un rôle pratiquement équivalent à celui des Chambres et si, en tant que partisan du régime parlementaire, il approuvait les moyens d'action et de contrôle de l'exécutif sur le législatif, le Doyen de Bordeaux n'en estimait pas moins que la Présidence de la République était, à terme, une institution condamnée dans la mesure où le Président n'incarnait aucune force sociale distincte de celles représentées au Parlement<sup>3016</sup>.

Loin d'être une institution discréditée, le Parlement joue un rôle capital dans le système de Duguit. En effet, le juriste français estime que le principe de représentation, par le jeu d'action réciproque qu'il favorise entre représentants et représentés, élève le parlement en institution-clé pour la concrétisation du droit objectif dans la loi positive<sup>3017</sup>. Or les auteurs qui valorisent le Parlement et la qualité de sa production légis-

---

<sup>3013</sup> Ibid., p. 318.

<sup>3014</sup> Ibid., p. 320.

<sup>3015</sup> Redor (1992), p. 150 ; Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 221 et 311.

<sup>3016</sup> Duguit (1922), p. 131-132 ; Duguit (2005), p. 328-329. Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.6.

<sup>3017</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.2 ; les propos de Duguit méritent ici d'être rappelés : « *Dans les grandes sociétés démocratiques modernes, la puissance gouvernante appartient à ceux qui représentent plus ou moins exactement la majorité, et les lois sont d'une manière générale, peut-on dire, l'expression même de l'opinion publique. S'il peut arriver et s'il arrive en fait qu'il n'y ait pas entre une loi et l'opinion une adéquation complète, il n'en est pas moins vrai que le parlement, auteur de la loi, exerce une action sur l'opinion, qu'il y a entre lui et elle une série d'actions et de réactions et qu'ainsi peut être hâtée l'acceptation par la masse des*

lative jugent en général inutile le contrôle de constitutionnalité des lois<sup>3018</sup>. Duguit a, un temps, suivi cette logique en refusant que les juges puissent contrôler la conformité des lois à la Constitution. La « conversion »<sup>3019</sup> du Doyen de Bordeaux s'opère en 1913 lors de la publication des *Transformations du droit public*<sup>3020</sup>. Auparavant, le juriste français s'opposait à une telle prérogative en avançant deux sortes d'argument. Dans la première édition du *Manuel de droit constitutionnel* (1907), Duguit fondait son opposition sur une interprétation particulièrement rigide du principe de légalité : « nous estimons que, dans un régime fondé comme le nôtre essentiellement sur le principe de la légalité, il ne saurait être permis aux agents de l'Etat d'apprécier la légalité de la loi qu'ils sont obligés d'appliquer. La loi est le fondement et la limite de leur compétence ; leur permettre d'apprécier la valeur de cette loi, ce serait leur permettre de s'insurger contre le principe même en vertu duquel ils peuvent agir, ce serait créer un véritable élément d'anarchie »<sup>3021</sup>. L'argument nous paraît assez étrange, sinon contradictoire. Duguit s'oppose au contrôle de constitutionnalité des lois en prenant appui sur une définition monolithique de la légalité, faisant mine d'ignorer la hiérarchie des normes dont il reconnaît pourtant l'existence quelques pages auparavant<sup>3022</sup>. François Géný souligne le caractère contradictoire de cette position au regard des données les plus fondamentales du système duguitien. La doctrine du Doyen de Bordeaux s'articule sur l'idée d'une hiérarchie irréversible entre le droit objectif issu de la vie sociale et le droit positif émanant de la volonté des gouvernants. Or en s'opposant au contrôle judiciaire des lois, le premier Duguit contestait un moyen pratique de sanctionner la supériorité du droit objectif sur la loi positive<sup>3023</sup>. Cette contradiction apparente peut s'expliquer par une certaine considération pour l'autorité du Parlement, capable de respecter par lui seul les prescriptions du droit supérieur. Cette forme de déférence à l'égard de l'autorité parlementaire trouve sa confirmation dans la seconde édition du *Manuel de droit constitutionnel* (1911), où Duguit réitère son refus du contrôle de constitutionnalité. Il n'invoque cette fois point le principe de légalité. Il se borne à affirmer laconiquement que « dans le système de notre droit public positif les

---

*esprits du principe de la loi. En un mot, il y a une pénétration continue de l'opinion et du législateur, quel que soit l'organe législatif [...] Dans les pays de libre démocratie l'influence des actions et réactions du parlement et de l'opinion est portée incontestablement à un degré supérieur ; et cela explique comment il y est assez rare que la loi ne corresponde pas exactement à la norme juridique conçue par la majorité des esprits et comment, d'autre part, le législateur y peut exercer une action puissante sur les conceptions juridiques ». Cf. Duguit (1927), p. 173-174.*

<sup>3018</sup> Baumert (2009), p. 109.

<sup>3019</sup> Ibid., p. 293 s.

<sup>3020</sup> Duguit (1913), p. 97-103.

<sup>3021</sup> Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, Fontemoing, 1907, p. 659.

<sup>3022</sup> Cf. Ibid., p. 485 s. où Duguit reconnaît à la Déclaration de 1789 une force de droit positif, précisant qu'elle s'impose autant au législateur ordinaire qu'au législateur constituant.

<sup>3023</sup> Géný (1915), p. 257.

*lois formelles émanent d'un organe tel qu'aucune juridiction n'est compétente pour apprécier la valeur juridique de ces décisions* »<sup>3024</sup>. On pourrait ici affirmer que Duguit se contente de prendre acte de la place prépondérante que le droit constitutionnel positif accorde à l'organe législatif. Il est également possible, et c'est notre hypothèse, de percevoir dans ces propos elliptiques la conviction encore inarticulée du rang primordial du Parlement pour la concrétisation du droit objectif. Duguit donnera une formulation plus aboutie de cette position dans le *Traité de droit constitutionnel*. Si, dans son œuvre ultérieure, Duguit ne contestera pas l'importance du Parlement dans la concrétisation du droit objectif, il changera radicalement sa position à l'égard du contrôle de constitutionnalité des lois, prenant fait et cause pour l'introduction d'une exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires<sup>3025</sup>. Deux positions contradictoires vont ainsi cohabiter dans la pensée du dernier Duguit. D'une part il affirme que le Parlement est le lieu le plus adapté à la traduction du droit objectif en règles fixes et écrites. D'autre part, il admet que la loi adoptée par le Parlement puisse ne pas être appliquée par un juge si cette loi est contraire au droit supérieur, au sommet duquel trône le droit objectif. En d'autres termes, le Doyen de Bordeaux acceptera que l'autorité la plus capable d'effectuer une concrétisation précise du droit objectif soit désavouée par une autorité dont Duguit n'explique pas en quoi elle jouirait d'une perception plus fine du droit objectif. Il conviendra dès lors de s'interroger sur les motivations qui ont pu animer Duguit dans sa conversion au contrôle de constitutionnalité des lois. Quoiqu'il en soit, l'ambivalence qui frappe la position de Duguit sur le statut du Parlement n'est pas sans conséquence sur la portée politique de son système, celui-ci se révélant plus « élitiste » et moins « démocratique » que sa théorie de la représentation ne pouvait laisser l'imaginer.

#### 2.4.3.1 La tradition française du refus du contrôle de constitutionnalité des lois

Avant la création du Conseil constitutionnel par la Constitution du 4 octobre 1958, la juridiction constitutionnelle était chose inconnue en France. L'introduction d'une telle institution s'était régulièrement heurtée à d'importants obstacles idéologiques et institutionnels de sorte que les rares tentatives visant à introduire un contrôle de constitutionnalité des lois ne fournirent pas les résultats escomptés<sup>3026</sup>. Le projet « jury constitutionnaire » envisagé par Sieyès au lendemain de la révolution fut balayé par la Constituante tandis que le Sénat ne joua jamais pleinement son rôle de « conservateur » de la Constitution sous le premier et le second Empire<sup>3027</sup>. Quant au comité

---

<sup>3024</sup> Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing, 1911, p. 103.

<sup>3025</sup> Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2, 3).

<sup>3026</sup> Cf. Larnaude (1926), p. 184 : « [Aussi bien] l'histoire de nos institutions (qui n'est dans aucun pays ce qu'elle a été en France), que l'esprit de notre droit public, qui est fonction de cette histoire, qui est conditionné par elle, que la nature de notre séparation des pouvoirs, que les textes les plus formels, et enfin qu'une jurisprudence sage et prudente, empêchent de soulever le moindre doute sur l'inexistence, en France, de la règle de l'inconstitutionnalité ».

constitutionnel institué par la Constitution de 1946, il n'eut jamais vraiment l'occasion de faire office de juridiction constitutionnelle. Quatre obstacles à l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité des lois étaient identifiés et débattus dans la littérature juridique de la III<sup>e</sup> République<sup>3028</sup> : la conception rigide de la séparation des pouvoirs, la conception de la loi comme expression de la volonté générale, l'indistinction du pouvoir législatif et du pouvoir constituant et la faible densité normative des lois constitutionnelles de 1875. Après les avoir analysés un à un, nous verrons comment Duguit les contourne afin de justifier l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois, sous la forme d'une exception d'inconstitutionnalité.

#### 2.4.3.1.1 La conception rigide de la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs constitue le thème de l'une des premières publications de Duguit en matière de droit constitutionnel. En 1893, Duguit consacre un long article à dévoiler les fondements du modèle d'organisation des pouvoirs consacré par la Constitution de 1791. A la lecture de cette contribution, il apparaît clairement que l'objectif général de ce modèle ne pouvait que barrer la voie à l'avènement du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. En effet, le modèle de séparation des pouvoirs élaboré par le constituant en 1789-1791 repose sur l'idée qu'il faut créer dans chaque Etat « *plusieurs organes distincts, n'ayant aucun rapport entre eux, aucune action réciproque, et à confier à chacun des catégories de fonctions déterminées, qu'il accomplit sans le concours des autres* »<sup>3029</sup>. Selon Duguit, le fondement positif d'une telle conception se situe à l'article 16 de la déclaration de 1789 ainsi que dans le titre III de la constitution de 1791. Adhémar Esmein identifiera quant à lui trois « constitutions-types » ayant élaboré une séparation des pouvoirs qui confine à leur isolement mutuel : la Constitution des Etats-Unis de 1787, la Constitution française de 1791 ainsi que la Constitution de l'an III<sup>3030</sup>. C'est sur le titre III de la Constitution de 1791 que Duguit concentre l'essentiel de son analyse. A lui seul, il fournit quelques définitions capitales du lexique du droit constitutionnel moderne. En premier lieu, la notion de *pouvoir* peut ici se définir comme une *fraction déléguée de souveraineté*. En effet, la Nation étant seule souveraine (article 1<sup>er</sup> du titre III), tous les pouvoirs ne peuvent émaner que d'elle. Les pouvoirs sont exercés uniquement par délégation (article 2 du titre III). De plus, la souveraineté étant une et indivisible (art. 1<sup>er</sup> du titre III), les pouvoirs ne peuvent être considérés autrement que comme une partie intégrante de la volonté nationale souveraine<sup>3031</sup>. Un pouvoir est délégué à un individu

<sup>3027</sup> Cf. Carré de Malberg (1931), p. 130 ; Jèze (1924), p. 406.

<sup>3028</sup> Nous n'avons pas ici l'ambition de produire un historique détaillé des débats juridiques et politiques autour du contrôle de constitutionnalité sous la III<sup>e</sup> République. Les lecteurs intéressés pourront se retourner vers la thèse de Renaud Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, 2009.

<sup>3029</sup> Duguit (1893a), p. 99.

<sup>3030</sup> Esmein (1914), p. 473.

ou à un groupe d'individus dès lors qu'il est habilité à *vouloir pour la nation*, selon l'expression fameuse de Barnave<sup>3032</sup>. La constitution de 1791 fractionne ainsi la volonté de la Nation souveraine en trois éléments qu'elles délèguent à trois organes distincts, chacun exerçant une fonction correspondante (pouvoir législatif, exécutif et judiciaire)<sup>3033</sup>. En ceci, la notion d'*organe* désigne la personne ou le groupe de personnes auquel l'on délègue une telle fraction de souveraineté ; le concept de *fonction* recoupe ici le contenu du pouvoir délégué, soit les actes juridiques que les organes pourront accomplir en leur qualité de représentant du Souverain<sup>3034</sup>.

La séparation des pouvoirs ainsi comprise vise à réaliser une certaine égalité entre les organes de l'Etat. Une telle égalité se réalise selon deux facteurs : la spécialisation de chaque organe dans une fonction déterminée et l'indépendance de chaque organe vis-à-vis des autres<sup>3035</sup>. La souveraineté se décompose ainsi en trois puissances distinctes, dont la réunion spéculative compose la souveraineté une et indivisible. Les trois grands pouvoirs de l'Etat ne sont jamais coordonnés en vue d'une action commune mais uniquement juxtaposés afin qu'aucun pouvoir n'empiète sur les prérogatives de l'autre. Chaque organe possède une portion spéciale et différente de la volonté de l'Etat, à l'intérieur de laquelle il doit se trouver dans une situation de totale indépendance<sup>3036</sup>. Appliqué d'une manière pure et absolue, ce paradigme signifie que le pouvoir législatif ne saurait accomplir aucun acte relevant des fonctions exécutive et judiciaire. De son côté, le gouvernement et l'administration ne pourraient exercer aucune parcelle du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, tandis que les tribunaux ne devraient en aucun cas s'immiscer dans les sphères d'action de l'administration ou du corps législatif<sup>3037</sup>.

Dans sa contribution de 1893, Duguit tente de démontrer que les constituants de 1789 et 1791 ont tenté d'ériger un modèle reposant sur la séparation stricte des pouvoirs, chacun devant être isolé dans sa fonction propre. Il prend à témoin des déclarations sans équivoque tenues par différents membres de la Constituante<sup>3038</sup> dont l'esprit se serait traduit dans certaines dispositions de la Constitution de 1791. Ainsi le Roi disposait du pouvoir exécutif ce qui excluait par définition qu'il puisse faire des lois, mêmes provisoires (titre III, chapitre IV, section, I, article 6). Par cette disposition qui

---

<sup>3031</sup> Duguit (1928), p. 669.

<sup>3032</sup> Ibid., p. 672.

<sup>3033</sup> Cf. également Carré de Malberg (1922a), p. 22-23.

<sup>3034</sup> Duguit en parvient finalement à cette définition synthétique : « [Dans la constitution de 1791], la volonté nationale étant souveraine, chacun des éléments qui la composent est souverain ; chacun de ces éléments de souveraineté est délégué par représentation à un organe et chaque organe exerce une fonction différente ». Cf. Duguit (1928), p. 669.

<sup>3035</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 8-9.

<sup>3036</sup> Ibid., p. 20.

<sup>3037</sup> Duguit (1928), p. 673-674.

<sup>3038</sup> Duguit (1893a), p. 101 et 115.

n'alla pas sans susciter d'après débats, l'Assemblée constituante refusait au chef de l'exécutif l'exercice du pouvoir réglementaire que toutes les constitutions établissant en France le régime parlementaire lui reconnaîtront par la suite<sup>3039</sup>. Une conception aussi rigide de la séparation des pouvoirs aurait également été à l'origine du refus fait au Roi de tout droit d'initiative dans la procédure législative (titre III, chapitre III, section I, article 1, chiffre 1)<sup>3040</sup>. Le principe de la permanence de l'Assemblée nationale (titre III, chapitre I, article 1), le refus du droit de dissolution au bénéfice du roi (titre III, chapitre I, article 5), l'interdiction signifiée au Roi d'assister aux délibérations de l'Assemblée nationale (titre III, chapitre III, section IV, article 8), le droit exclusif du Roi de nommer et de révoquer les ministres (titre III, chapitre II, section IV, article 1) ainsi que l'incompatibilité entre la fonction de ministre et de député (titre III, chapitre II, section IV, article 2) sont également à interpréter comme une conséquence de cette volonté d'opérer une séparation absolue entre les pouvoirs, ici entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif<sup>3041</sup>. Concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire, la Constitution de 1791 se montrait tout aussi péremptoire en disposant que « *le pouvoir judiciaire ne peut en aucun cas être exercé par le corps législatif et par le roi* » (titre III, chapitre V, article 1). Duguit relève les interventions de Nicolas Bergasse et Jacques-Guillaume Thouret à la Constituante où la justice était présentée comme un pouvoir à part entière et ainsi comme une émanation de la nation souveraine<sup>3042</sup>. Le principe de l'élection des juges par le peuple (titre III, chapitre V, article 2) aurait été la preuve indubitable de la volonté d'ériger la justice en pouvoir autonome et équivalent aux autres<sup>3043</sup>. Selon la conception de la séparation rigide des pouvoirs qui dominait alors les esprits, il était tout aussi inconcevable que le pouvoir judiciaire pût s'immiscer d'une quelconque manière dans les fonctions des autres pouvoirs. Bergasse concluait ainsi son rapport du 17 août 1789 en précisant que « *le pouvoir judiciaire sera mal organisé, si les dépositaires de ce pouvoir ont une part active à la législation ou peuvent influencer en quelque manière que ce soit sur la formation de la loi* »<sup>3044</sup>.

En ceci, l'indépendance du pouvoir judiciaire était conçue de manière à ce qu'il ne puisse s'immiscer dans l'exercice des fonctions dévolues aux autres pouvoirs, le pouvoir législatif en particulier. Duguit restitue avec soin les longs et houleux débats de la Constituante relatifs à la nature exacte du pouvoir judiciaire et à ses relations avec les autres pouvoirs. Nombre de voix s'élevèrent pour affirmer que le pouvoir judiciaire ne constituait qu'une dépendance du pouvoir exécutif, la justice ayant à exécuter les lois

<sup>3039</sup> Duguit (1893a), p. 121.

<sup>3040</sup> Duguit (1893a), p. 122-123.

<sup>3041</sup> Duguit (1893a), p. 127-131, p. 349 s. Sur cette séparation des pouvoirs législatif et exécutif, cf. Carré de Malberg (1922a), p. 39.

<sup>3042</sup> Duguit (1893a), p. 572.

<sup>3043</sup> Ibid., p. 574.

<sup>3044</sup> Ibid., p. 572.

dans les rapports entre individus comme l'administration les exécute dans les relations entre l'Etat et le citoyen<sup>3045</sup>. Une telle position, essentiellement soutenue par la droite de l'Assemblée, amena ses partisans à exiger l'introduction d'un pouvoir d'investiture des magistrats au profit du Roi, en sa qualité de chef de l'exécutif<sup>3046</sup>. Duguit est alors fortement en faveur de la réduction du pouvoir judiciaire à une simple modalité du pouvoir exécutif, comme une partie importante de la doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>3047</sup>. Il constate ainsi avec regret la victoire à l'Assemblée constituante des « *théories artificielles* » promues par les défenseurs d'une indépendance rigoureuse du pouvoir judiciaire. En effet, c'est le principe de l'élection des juges par le peuple qui fut consacré, à cette réserve près que les juges élus par le peuple ne pouvaient officier sans recevoir une lettre-patente du Roi<sup>3048</sup>. En revanche, Duguit n'a pas de mal démontrer que l'Assemblée constituante se mit en contradiction avec elle-même en acceptant sans discuter que les officiers du ministère public soient choisis par le Roi<sup>3049</sup>. L'indépendance du pouvoir judiciaire instituée en 1791 apparaît à vrai dire à Duguit comme une indépendance en trompe-l'œil, sinon comme une simple soumission au pouvoir législatif. Conformément à la logique d'une séparation stricte et abstraite entre les pouvoirs, la constitution de 1791 interdisait aux tribunaux de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou de suspendre l'exécution des lois (titre III, chapitre V, article 3). Il s'agissait là d'une reprise du principe énoncé par la loi du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire qui interdisait purement et simplement aux juges de refuser l'application d'un décret du corps législatif (titre II, article 10), quand bien même il serait inconstitutionnel. Un juge confronté à une telle situation n'avait que la possibilité de s'adresser au corps législatif pour s'enquérir de la juste interprétation du décret ou en demander l'abrogation (titre II, article 12). Or une telle interdiction qui rabaisait le pouvoir judiciaire en autorité subordonnée au corps législatif entraînait en contradiction flagrante avec le principe d'élection des juges par le peuple prévu par la Constitution de 1791. Les magistrats émanaient ainsi directement du peuple souverain et auraient dû être considérés comme les égaux des titulaires du pouvoir législatif<sup>3050</sup>. Malgré la dignité conférée aux juges par l'élection, l'Assemblée décréta, contre la logique même de l'indépendance du pouvoir judiciaire, que la justice ne serait pas rendue au nom du peuple français mais au nom du Roi (titre II, article 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 16 août 1790). Il était ainsi implicitement admis que la justice demeurerait une branche du pouvoir exécutif<sup>3051</sup>, et qu'elle ne pouvait réellement pré-

---

<sup>3045</sup> Ibid., p. 569-570.

<sup>3046</sup> Ibid., p. 575 s.

<sup>3047</sup> Pour un aperçu des débats doctrinaux relatifs à la nature du pouvoir judiciaire à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, cf. Choppelet (2016), p. 421 s.

<sup>3048</sup> Duguit (1893a), p. 583.

<sup>3049</sup> Ibid., p. 583-584. Duguit fait ici référence à l'article 8 du titre II de la loi du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

<sup>3050</sup> Ibid., p. 587-588.

tendre à l'expression de la volonté nationale. En ce sens, il était permis de soutenir avec Ferdinand Larnaude, adversaire résolu du contrôle de constitutionnalité des lois, que la « *séparation des pouvoirs à la française était tout entière dirigée contre le pouvoir judiciaire* »<sup>3052</sup>.

#### 2.4.3.1.2 la loi comme expression de la volonté générale

Duguit conclut son étude historique par un constat sans équivoque. En voulant bâtir une séparation stricte et rigide entre les différents pouvoirs de l'Etat, les membres de l'Assemblée constituante auraient en réalité consacré la suprématie du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Les conclusions du juriste français rejoignent les observations que formulera Carré de Malberg plusieurs décennies plus tard. Dans son étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875, publiée en 1931, le Professeur de Strasbourg parvient à la conclusion que l'omnipotence parlementaire dont souffrait la III<sup>e</sup> République trouvait son origine dans les institutions mises en place entre 1789 et 1791. L'équation était assez simple : si la loi est l'expression de la volonté générale et si sa confection doit être laissée aux représentants du souverain installés dans l'hémicycle parlementaire, alors la volonté parlementaire équivaut à la volonté générale<sup>3053</sup>. Carré de Malberg accorde à ce titre une importance particulière à la distinction entre représentants et fonctionnaires qui lui semble la meilleure traduction de la hiérarchie des volontés instituée entre deux sortes de titulaires de la puissance publique. Au faîte de l'organisation des pouvoirs se tenait le Parlement, qui en tant que représentant de la nation, ne faisait qu'un avec elle. Ce Parlement concentrait en lui « *la souveraineté nationale, avec toutes les supériorités qui en découlent* »<sup>3054</sup>. Il exprime librement la volonté générale à laquelle tous doivent se soumettre. Tout autre est le statut des ministres, agents publics et juges qui sont privés de caractère de représentation. Ceux-ci n'expriment pas la volonté générale ; ils n'exercent que des compétences, ne remplissent que des offices et des commissions prédéterminés dans la Constitution et dans la loi<sup>3055</sup>. En cela, il ne leur est pas permis

<sup>3051</sup> Ibid., p. 600-601.

<sup>3052</sup> Larnaude (1926), p. 186. Le Doyen de la Faculté de droit de Paris expliquait par l'histoire une telle hostilité : « *En France, l'histoire interdisait de faire du juge le contrôleur du législatif. L'histoire des Parlements, les luttes de la royauté contre les Parlements à la fin de l'Ancien Régime, les réformes de Turgot et de Necker entravées par les parlementaires, tout cela était présent à la mémoire de membres de nos assemblées révolutionnaires comme à celles des membres des corps politique du Consulat et du Premier Empire. A aucun prix il ne fallait que les tribunaux puissent s'ériger, sous une forme quelconque, en censeurs des législateurs. Il le fallait d'autant moins que des réformes profondes se préparaient, se réalisaient tous les jours. Comment auraient-ils pu s'accomplir d'accord avec ce pouvoir éminemment conservateur – et il faut qu'il le soit pour bien remplir sa fonction – qu'est le pouvoir judiciaire* ». Pour une opinion similaire, cf. Jèze (1924), p. 403-404.

<sup>3053</sup> Ces deux points ont déjà été abondamment présentés et discutés dans nos considérations sur la notion formelle de la loi et la théorie de la représentation. Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>3054</sup> Carré de Malberg (1930), p. 20.

de déployer une volonté contraire à celle du corps législatif. Ils ne peuvent intervenir que secondairement pour exécuter les prescriptions de la volonté parlementaire. Les dispositions de la loi du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire qui prohibent aux juges de refuser l'application d'un décret du corps législatif n'était que la déclinaison de cette gradation fondamentale. L'absence de contrôle judiciaire des lois est à inscrire dans cette logique que perpétueront les lois constitutionnelles de 1875 : « *pour que la Constitution n'ait pas songé un seul instant, qu'il pût y avoir, en dehors du Parlement, une autorité capable de contrôler et de juger la validité de ses lois, il faut qu'elle ait envisagé la volonté parlementaire comme douée de la même suprématie de puissance que la volonté exprimée par le souverain lui-même. Il n'y a, en effet, que la volonté du souverain avec laquelle aucun citoyen, ni aucun organe constitué, ne puisse être admis à entrer en discussion. C'est ce concept de la puissance absolue du Corps législatif, en tant que représentant de la volonté générale, qui, durant la période révolutionnaire, a tenu en échec le projet de jurie constitutionnaire de Sieyès. Aujourd'hui pareillement, un système d'intangibilité de la loi, tel que celui qui résulte du fait qu'il n'a été prévu aucune possibilité de mettre en question la validité de son contenu, suffit à prouver péremptoirement que la Constitution de 1875 a obéi, sur ce point, à la tradition venue de la Révolution : elle a traité le pouvoir législatif des Chambres comme un pouvoir identique à la souveraineté* »<sup>3056</sup>.

#### 2.4.3.1.3 L'indistinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif

L'élévation de la loi en expression de la volonté de la nation souveraine entraîna, sous forme de conséquence logique et immédiate, une certaine indistinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif. Un contrôle de constitutionnalité des lois n'a de signification forte que lorsque la loi et la constitution émanent d'autorités distinctes et hiérarchisées. La constitution est alors un texte *rigide* – pour reprendre un terme fort usité dans la doctrine publiciste – que la procédure spéciale d'adoption et de révision place à l'abri des turpitudes du législateur ordinaire. Les Etats-Unis pouvaient alors être cités en exemple, puisque seule la Constitution émane du peuple souverain, la loi n'étant l'œuvre que de la Législature, soit d'une autorité constituée. Une véritable hiérarchie s'installe alors entre la loi et la Constitution<sup>3057</sup>. D'adoption plus récente, la jeune Constitution de Weimar qui s'offrait à l'analyse des juristes de la III<sup>e</sup> République distinguait également de façon tangible la loi de la constitution, tout en maintenant leur adoption au sein de la sphère parlementaire. Selon son article 76, la Constitution de Weimar ne pouvait être modifiée qu'à la condition que les deux tiers des membres des deux chambres du Parlement (Reichstag et Reichsrat) fussent présents au moment du vote et qu'une majorité qualifiée de deux tiers de ceux-ci se pro-

---

<sup>3055</sup> Ibid., p. 21.

<sup>3056</sup> Ibid., p. 51.

<sup>3057</sup> Ibid., p. 109. Carré de Malberg (1927), p. 349.

noncent en faveur de la révision. La révision de la Constitution était soustraite au pouvoir de la majorité ordinaire, laissant ainsi un espace à un éventuel juge constitutionnel pour tenter d'imposer à cette dernière le respect du pouvoir constituant formé par la majorité qualifiée<sup>3058</sup>. En effet, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'apparaît pas problématique dans de telles conditions. D'une part, le juge est dans une position équivalente à celle du Parlement, en ce qu'il constitue lui aussi un pouvoir constitué qui tire l'ensemble de ses prérogatives de la Constitution. D'autre part, le juge constitutionnel est investi d'une mission de la plus haute importance dans la mesure où il se doit de faire respecter la voix de l'autorité souveraine et constituante face aux velléités d'une simple autorité constituée<sup>3059</sup>.

Tout autre était la configuration découlant des lois constitutionnelles de 1875. En 1902, Ferdinand Larnaude pouvait poser à juste titre le constat qu'en France, « *comme dans les autres Etats du continent, le principe des constitutions écrites et rigides a eu beau être adopté, il n'a pas pu produire ses conséquences logiques* », pour cette raison précise que le pouvoir constituant et législatif était concentré dans les mains du Parlement<sup>3060</sup>. Deux décennies plus tard, Carré de Malberg radicalisa cette lecture, postulant que la règle de la rigidité constitutionnelle n'était déjà qu'une illusion sous l'empire de la Constitution de 1791. Le Parlement n'y faisait déjà pas figure d'autorité subalterne mais bel et bien d'« *organe permanent de la volonté générale* »<sup>3061</sup>. En tant que volonté suprême de l'ordre juridique, la volonté générale exprimée par le Corps législatif avait la faculté d'aborder par ses lois tous les objets possibles : « *la volonté générale, en effet, est une comme la souveraineté : quel que soit l'objet sur lequel elle s'exerce, elle n'admet point de puissance supérieure à la sienne. Son empire s'étend aussi bien aux questions fondamentales d'organisation des pouvoirs étatiques qu'à toute autre matière appelant de la réglementation* »<sup>3062</sup>. Ainsi lois et constitution se confondaient en tant que simples modalités d'expression de la volonté générale. Par cette indistinction fondamentale, l'ordre constitutionnel n'élevait aucune volonté à un rang supérieur à la volonté parlementaire. La place particulière qu'occupait le Parlement dans l'architecture constitutionnelle française conduisit Carré de Malberg à dénoncer, dans son dernier ouvrage, le caractère inopérant de la théorie kelsénienne de la formation du droit par degré dans le cadre français. Puisque sous la constitution de 1875, l'Assemblée nationale et le Parlement étaient pareillement des organes de représentation nationale, l'absence de différence essentielle entre l'organe législatif et l'organe constituant abolissait la gradation hiérarchique entre la loi et la Constitution<sup>3063</sup>.

---

<sup>3058</sup> Ibid., p. 137-138.

<sup>3059</sup> Ibid., p. 110.

<sup>3060</sup> Larnaude (1902), p. 216.

<sup>3061</sup> Carré de Malberg (1930), p. 133.

<sup>3062</sup> Ibid., p. 111.

<sup>3063</sup> Carré de Malberg (1933), p. 161.

La pyramide des normes imaginée par Merkl puis Kelsen devait ainsi demeurer une construction étrangère au droit français, malgré les prétentions universalisantes de ces deux théoriciens<sup>3064</sup>.

Le signe le plus évident de cette indistinction résidait dans la similarité frappante entre la procédure législative et la procédure de révision constitutionnelle. En 1791 comme en 1875, le Parlement disposait de la mainmise absolue sur la loi *et* la Constitution. La Constitution de 1791 déléguait le pouvoir de révision constitutionnelle à une Assemblée de révision spécialement élue à cet effet. L'appel à une telle Assemblée ne pouvait toutefois être lancé sans l'assentiment du Corps législatif. En effet, l'article 2 du titre VII de la Constitution de 1791 disposait sans ambiguïté qu'il convenait de réunir le vœu uniforme de trois Législatures consécutives pour qu'une modification constitutionnelle puisse entrer en ligne de compte. Les lois constitutionnelles de 1875 honorèrent cet esprit en le poussant encore plus avant. Aux termes de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, la révision de la Constitution relevait, au même titre que l'élaboration des lois, de la compétence du Parlement à cette réserve près que ce dernier devait siéger en Assemblée nationale afin de disposer du texte constitutionnel. La distinction entre pouvoir législatif et pouvoir de révision constitutionnelle s'évanouissait du fait que chacun était exercé par la même autorité selon des modalités peu dissemblables<sup>3065</sup>. Que les chambres siègent séparément ou en collège réuni n'était pas un élément susceptible de distinguer sensiblement la loi et de la Constitution, en ce que chacune dépendait de la volonté de la majorité parlementaire ordinaire. Si la procédure de révision constitutionnelle présentait bien une certaine rigidité, il faut convenir que celle-ci était d'un degré très faible<sup>3066</sup>. L'intervention d'un juge venant s'assurer de la constitutionnalité des lois serait apparue comme une pure et

---

<sup>3064</sup> Cf. Baumert (2009), p. 240. Duguit était également opposé à l'acception kelsénienne de la classification hiérarchique des normes, cependant pour des motifs différents. En effet, il eut l'occasion d'en débattre avec le juriste autrichien lors de la séance de l'Institut international de droit public du 20 octobre 1928. Pour Kelsen, les règles générales comme les actes juridiques individuels et concrets sont à classer dans le même ordonnancement en raison de leur caractère commun de norme. La norme se définissant comme un impératif, un *Sollen*, elle pourra être générale ou individuelle dans la mesure où un commandement peut être formulé en termes généraux ou individuels. Le rapport hiérarchique entre les normes s'établira dès lors en résolvant la question de l'exécution, en ceci qu'une norme inférieure exécute nécessairement une norme supérieure, en la précisant et en y ajoutant donc des éléments nouveaux. Ainsi la loi « exécute » la Constitution, tout comme l'acte administratif individuel et concret exécute la loi. Duguit s'opposa vivement à cette conception. Il soutint que les règles (générales) et les actes juridiques (concrets) sont de nature essentiellement différente et ne peuvent donc être hiérarchisés dans un même ensemble. Ils ne pourraient ainsi être mis en rapport en disant que l'un exécute l'autre. Pour le Doyen de Bordeaux, l'exécution consiste uniquement dans l'accomplissement d'un *acte matériel* prescrit par la loi. Cf. *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Presses Universitaires de France, 1929, p. 193-196.

<sup>3065</sup> Cf. Carré de Malberg (1927), p. 348.

<sup>3066</sup> Baumert (2009), p. 40.

simple *absurdité*. En effet, elle aurait signifié la possibilité pour une autorité ne représentant pas la volonté générale d'intimer à l'organe d'expression de la volonté générale le respect de cette même volonté générale. En outre, l'identité entre l'auteur de l'objet du contrôle de constitutionnalité et l'auteur de la norme de référence privait un éventuel contrôle de constitutionnalité de toute portée pratique. Un jugement d'inconstitutionnalité aurait pu être aisément contourné par la modification de la disposition constitutionnelle violée selon une procédure de révision presque identique à celle ayant présidé à l'élaboration de la loi jugée inconstitutionnelle. En somme, l'institution d'un pouvoir constituant identique au pouvoir législatif par les constitutions de 1791 et 1875 procédait de la conviction que le Parlement demeurait le seul et unique gardien de la Constitution<sup>3067</sup>.

#### 2.4.3.1.4 La faiblesse normative des lois constitutionnelles de 1875

Sans norme de référence dotée d'une certaine densité normative à sa disposition, une cour constitutionnelle est condamnée à rester une institution vaine. A cet égard, les lois constitutionnelles de 1875 frappaient par leur faiblesse normative. Pour l'essentiel, elles ne contenaient que des règles relatives à l'organisation des pouvoirs qui auraient été d'un secours peu utile à un citoyen désirant obtenir la défense de ses droits<sup>3068</sup>. Nées du double traumatisme de la défaite de 1870 et de la Commune de Paris, les lois constitutionnelles de 1875 peuvent être interprétées comme une œuvre transitoire, de compromis, produit de l'indécision entre Monarchie et République qui tirait la classe politique de l'époque<sup>3069</sup>. De son côté, l'absence de déclaration des droits fondamentaux pouvait s'expliquer par le large consensus en leur faveur qui

<sup>3067</sup> On trouve une expression particulièrement nette de cette conviction chez Esmein : « *Régulièrement rendues dans la forme, les lois s'imposent aux juges ; ils ont qualité pour les appliquer et non pour les juger. Cela revient, au fond, à dire qu'ils ont compétence pour appliquer et interpréter les lois ordinaires, mais qu'ils n'ont point compétence pour appliquer et interpréter la Constitution. Celle-ci, en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation. C'est l'idée qu'a législativement proclamée l'assemblée constituante en 1790, inspirée surtout par le souvenir des anciens Parlements [...] Depuis, cette doctrine a toujours persisté chez nous, et généralement on la présente comme une rigoureuse application du principe de la séparation des pouvoirs* ». Cf. Esmein (1914), p. 428 ; cf. Carré de Malberg (1927), p. 344-345 : « *Dire, en effet, que le droit de déclarer qu'il y a lieu de réviser les constitutionnelles [c'est le contenu de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875] est placé dans les Chambres, c'est, en sens inverse, dénier la possession de ce droit à toute autorité qu'elles. L'article 8 implique donc que l'examen des doutes qui naîtront au sujet de la constitutionnalité d'une *lex ferenda*, est réservé à la compétence du législateur ; et par conséquent, il exclut la possibilité de remettre en question la légitimité de la loi, dès qu'il y a *lex lata* [...] L'interprétation de la Constitution, d'après l'article 8, n'appartient et n'incombe qu'au Parlement* ». Cf. Carré de Malberg (1930), p. 131.

<sup>3068</sup> Jèze (1924), p. 414.

<sup>3069</sup> Schmitt (1993), p. 160 ; Carré de Malberg (1930), p. 105.

constituait une forme de garantie tacite<sup>3070</sup>. Leur faiblesse normative trouve ici un premier élément d'explication.

Cependant, il est également permis d'imputer la faiblesse normative des normes constitutionnelles de la III<sup>e</sup> République à l'indistinction entre pouvoir législatif et pouvoir constituant qu'elles consacraient. L'érection du Parlement en organe unique d'expression de la volonté générale avait aboli les éléments d'une distinction tranchée entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Il apparaissait dès lors inutile d'enrichir la Constitution d'une multitude de détails que l'on pouvait fort bien consigner dans une loi selon une procédure d'adoption analogue<sup>3071</sup>. Pour cette raison, les domaines que l'on juge matériellement constitutionnels purent aisément trouver réception au niveau de la loi ordinaire : l'organisation des pouvoirs, la délimitation du domaine de la loi et du règlement et les droits fondamentaux. Des points essentiels de l'organisation des pouvoirs, matière première et presque unique des lois constitutionnelles de 1875, étaient ainsi réglés au niveau de la loi ordinaire, à l'image de la loi du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés qui venait compléter le très laconique article 1<sup>er</sup> de la loi constitutionnelle du 25 février 1875<sup>3072</sup>. La Constitution de 1875 demeurait totalement muette sur la question de la délimitation du domaine de la loi et du règlement. Le Parlement était dès lors libre de déterminer les matières qu'il entendait déléguer au pouvoir réglementaire de l'exécutif<sup>3073</sup>. Quant aux droits fondamentaux, les lois constitutionnelles de 1875 brillaient par leur silence absolu. Ainsi la protection des libertés individuelles s'effectua sous la III<sup>e</sup> République par la voie de la législation ordinaire. Les lois du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, du 21 mars 1884 instaurant la liberté syndicale et du 1<sup>er</sup> juillet 1901 proclamant la liberté d'association en sont la démonstration la plus probante. Selon Carré de Malberg, il s'agissait là d'un héritage du droit constitutionnel issu de la Révolution qui donnait déjà toute latitude de jugement au Parlement en ce qui concerne les conditions d'exercice, les limitations, et au final, la « *consistance même des franchises reconnues aux citoyens* »<sup>3074</sup>. En somme, le droit constitutionnel positif était bien trop inconsistant pour qu'un contrôle de constitutionnalité des lois pût se révéler d'une utilité quelconque.

#### 2.4.3.2 Les arguments de Duguit en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois

La section qui vient de s'achever a fait l'inventaire des obstacles que les lois constitutionnelles de 1875 opposaient au contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges. Pour qu'une telle institution devînt une hypothèse digne d'être envisagée, il fal-

---

<sup>3070</sup> Baumert (2009), p. 38.

<sup>3071</sup> Carré de Malberg (1930), p. 114-115.

<sup>3072</sup> Ibid., p. 117-118.

<sup>3073</sup> Ibid., p. 118 ; Jèze (1924), p. 415.

<sup>3074</sup> Carré de Malberg (1930), p. 120.

lait partir d'une théorie de l'Etat et d'une conception des normes constitutionnelles satisfaisant à plusieurs conditions. En premier lieu, il convenait de procéder d'une conception de la séparation des pouvoirs qui fût le contre-pied parfait de celle qui emporta l'adhésion de l'Assemblée constituante. En second lieu, une certaine dévalorisation de la volonté du parlement et la remise en cause de sa fonction d'expression de la volonté générale pouvaient, à cet égard, constituer des arguments mobilisables. Ensuite, la distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires et la primauté des premières sur les secondes devait être soutenue et affirmée. Enfin, elle devait défendre une conception du droit constitutionnel y intégrant des normes extra-positives afin que les normes de référence du contrôle de constitutionnalité présentassent une densité normative suffisante.

La théorie du droit et de l'Etat de Léon Duguit remplit l'ensemble de ces conditions. Aussi convient-il de les examiner l'une après l'autre.

#### 2.4.3.2.1 La conception réaliste de la loi

La loi doit être soustraite à tout contrôle judiciaire dès lors qu'elle est présentée comme une manifestation de volonté du souverain. La suprématie de la loi dans l'ordre juridique repose ainsi sur l'hypothèse d'une hiérarchie des volontés au sein de l'Etat. Le Parlement aurait ainsi le pouvoir d'exprimer la volonté de la nation souveraine et de s'imposer autant aux autres organes de l'Etat qu'aux gouvernés. A l'aide de son épistémologie réaliste<sup>3075</sup>, Duguit n'a aucune peine à mettre en pièce une telle construction. Ainsi déclare-t-il sans ambages que les députés n'expriment aucune volonté générale, en ceci que l'idée même de volonté collective est une fiction insoutenable. Selon le Doyen de Bordeaux, la loi est tout simplement « *l'expression de la volonté individuelle des hommes qui la font, chefs d'Etat, membres du parlement. En dehors de cela, tout ce que l'on peut dire n'est que fiction. En France notamment, la loi est l'expression de la volonté des 350 députés et des 200 sénateurs qui forment la majorité habituelle au Sénat et à la Chambre* »<sup>3076</sup>. Ainsi la volonté parlementaire ne peut se prévaloir d'aucune supériorité puisqu'elle n'est constituée que de l'addition de quelques centaines de volontés individuelles<sup>3077</sup>. Elle ne saurait dès lors s'imposer comme telle à la volonté des individus soumis à la loi dans la mesure où il n'existe aucune hiérarchie entre les volontés. La conception réaliste de la loi de Duguit découle en ligne direct du postulat qui informe toute sa théorie de l'Etat, celui de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée. Les gouvernants investis du pouvoir de légiférer doivent, comme tout le monde, se soumettre à la règle de droit immanente aux rapports sociaux. En ceci, la théorie du droit et de l'Etat implique nécessairement la conceptualisation d'un droit supérieur à la légalité ordinaire. Dans le

<sup>3075</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, I.

<sup>3076</sup> Duguit (1913), p. 75.

<sup>3077</sup> On retrouvera cet argument, à l'état identique, chez Gaston Jèze. Cf. Jèze (1924), p. 401-402.

troisième volume du *Traité de droit constitutionnel*, Duguit développe une longue analyse consacrée à la détermination de la composition et de la hiérarchie interne à ce droit supra-légal. Après avoir hésité sur le mode de sanction le plus adéquat, le juriste bordelais en viendra à soutenir le pouvoir des juges de refuser l'application d'une loi en raison d'un vice d'inconstitutionnalité.

#### 2.4.3.2.2 Composition et hiérarchie interne du droit supra-légal

Dans sa lecture des lois constitutionnelles de 1875, Carré de Malberg affirme que l'indistinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires n'est que le retour logique à l'esprit originaire de la Constitution de 1791 instituant le parlement comme organe unique d'expression de la volonté générale. Duguit parvient à une conclusion radialement différente. Le système des lois constitutionnelles rigides, qui distingue la constitution de la loi ordinaire par une procédure d'adoption spéciale et soustrait de ce fait certains principes à la puissance du législateur ordinaire<sup>3078</sup>, est un élément permanent du patrimoine constitutionnel français. Et ceci de longue date. Duguit conteste ainsi la paternité de la distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires aux Américains<sup>3079</sup>. A ce titre, le Doyen de Bordeaux prend à témoin l'histoire constitutionnelle de son pays pour démontrer que les constitutions ont été toujours été distinguées au point de vue de leur forme des lois ordinaires, et ceci bien avant 1789. Le Doyen de Bordeaux nous apprend que depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, on opérait une distinction entre les lois du Royaume et les lois du Roi. Les premières étaient en général des règles coutumières s'imposant au Roi qui ne pouvait y déroger par sa seule volonté. En effet, une modification des lois du Royaume exigeait l'assentiment des Etats généraux<sup>3080</sup>. Les lois du roi, en revanche, pouvaient être révoquées de la seule volonté du Monarque<sup>3081</sup>. Durant les années qui précèdent la Révolution française, Duguit rappelle que la distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires était soutenue par un acteur majeur des futurs événements de 1789, l'abbé Sieyès<sup>3082</sup>. L'auteur de *Qu'est-ce que le tiers-état ?* affirme que les lois constitutionnelles ne peuvent émaner d'autre autorité que celle de la volonté nationale et qu'elles sont fondamentales pour cette raison précise que le législateur ordinaire ne peut y toucher<sup>3083</sup>. Dans son célèbre essai, Sieyès anticipe la solution qui sera instituée par la Constitution de 1791 en préconisant que les révisions constitutionnelles ne puissent s'effectuer que par le biais d'une Assemblée spéciale élue à cet effet<sup>3084</sup>. Cette démarcation fondamentale sera ensuite consacrée par l'ensemble des textes constitutionnels républicains connus par la France entre

---

<sup>3078</sup> Duguit (1930), p. 687-688.

<sup>3079</sup> Ibid., p. 690.

<sup>3080</sup> Ibid., p. 691.

<sup>3081</sup> Ibid.

<sup>3082</sup> Ibid., p. 692.

<sup>3083</sup> Sieyès (1988), p. 127-128.

<sup>3084</sup> Ibid., p. 135-137.

1789 et 1875<sup>3085</sup>. L'effacement de la distinction entre lois constitutionnelles rigides et lois ordinaires dans les lois constitutionnelles de 1875 ne peut s'expliquer, selon Duguit, que par des facteurs conjoncturels. L'article 8 de la loi du 25 février 1875 qui octroyait le pouvoir de révision de la Constitution au législateur ordinaire devait ainsi être lue comme l'expression de l'esprit de compromis et de la transaction qui s'opéra au sein de la classe politique, alors indécise sur la forme de gouvernement, monarchique ou républicain, à donner à l'Etat français. La transaction aboutit comme suit : *« le centre droit votera le principe de la république comme gouvernement définitif ; mais le centre gauche en retour acceptera une clause de révision générale et toujours possible, afin que suivant les circonstances, à tout moment, la monarchie puisse être faite »*<sup>3086</sup>. Les constituants de 1875 portaient donc de la conviction qu'ils accomplissaient une œuvre transitoire devant s'affermir une fois la situation politique stabilisée<sup>3087</sup>. A la faveur de cet exposé historique, le Doyen de Bordeaux peut conclure contre la lettre de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 que *« la distinction des lois constitutionnelle rigides et des lois ordinaires a profondément pénétré tout notre droit public [et] elle est devenue vraiment un principe du droit politique commun aux nations civilisées »*<sup>3088</sup>.

L'existence d'un corps de règles et de principes de droit auquel le législateur ordinaire ne peut porter atteinte était ainsi une évidence indéniable aux yeux du juriste bordelais. Nous devons maintenant nous intéresser à son contenu précis et à l'existence d'une hiérarchie en son sein. Il est possible de se former une vision assez précise du droit supra-légal chez Duguit en analysant la définition de l'inconstitutionnalité qu'il élabore dans le *Traité de droit constitutionnel* : *« j'appelle loi contraire au droit toute loi formelle qui contient une disposition contraire, soit à un principe de droit supérieur, tel qu'il est aperçu par la conscience collective du peuple dans les conditions que j'ai essayé de déterminer [...] soit à une disposition inscrite dans la déclaration des droits, soit enfin à une disposition de la loi constitutionnelle rigide, dans les pays qui, comme la France et les Etats-Unis, ont adopté cette hiérarchie des lois. Pour faciliter l'exposé, je qualifierai simplement de loi inconstitutionnelle toute loi contraire à un principe supérieur du droit, inscrit ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire, déclaration des droits ou loi constitutionnelle rigide »*<sup>3089</sup>. Le Doyen de Bor-

<sup>3085</sup> Duguit (1930), p. 696-704 ; le système des Chartes instituant les régimes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet était, selon Duguit, largement insensible à la distinction.

<sup>3086</sup> Ibid., p. 708.

<sup>3087</sup> Ibid., p. 708-709. Ce qui fut en partie le cas avec la loi du 14 août 1884 dont l'article 2 disposait que la forme républicaine de gouvernement ne pouvait faire l'objet d'une proposition de révision. Le choix en faveur de la République était acté, mais l'indistinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires demeurait intacte.

<sup>3088</sup> Ibid., p. 709.

<sup>3089</sup> Ibid., p. 710.

deux défend une conception extrêmement large de la supra-légalité puisqu'elle s'étend autant au droit écrit qu'au droit non écrit.

Parmi les différentes sources qui composent ce droit supra-légal, Duguit installe quelques éléments de hiérarchisation. L'échelon le plus bas de la supra-légalité est ainsi occupé par la constitution écrite à laquelle le législateur ordinaire ne saurait déroger, mais qui elle-même ne peut violer aucun principe de droit inscrit dans l'une des autres sources du droit supra-légal. Cette question conduit Duguit à devoir affronter le problème de la supra-constitutionnalité. La reconnaissance d'un corps de règles supra-constitutionnelles était porteuse de lourds enjeux pour la théorie constitutionnelle de la III<sup>e</sup> République. Admettre l'existence de règles supra-constitutionnelles revenait à poser des limites au pouvoir constituant du Parlement. La force contraignante de la Déclaration de 1789 fut ainsi une question âprement débattue car elle ne signifiait rien de moins qu'une réduction drastique de la marge de manœuvre du Parlement en matière de réglementation des droits fondamentaux. Le champ doctrinal était alors divisé en deux tendances clairement antagonistes. Les uns, représentés notamment par Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg, déniaient toute valeur de droit positif à la Déclaration de 1789. Carré de Malberg soutenait en premier lieu que la Déclaration de 1789 n'était qu'un acte préliminaire à la Constitution de 1791 qui disparut du droit positif en même temps que celle-ci<sup>3090</sup>. Il rappelle de surcroît que la Déclaration de 1789 fut suivie des Déclarations de 1793, de l'an III et de 1848 dont personne n'osait soutenir qu'elles pussent déployer quelque force contraignante<sup>3091</sup>. En second lieu, Esmein comme Carré de Malberg soulevaient l'inanité d'une éventuelle valeur de droit positif reconnue à la Déclaration de 1789. En effet, ce texte n'était, à leurs yeux, rien de plus qu'une déclaration de principes dont la formulation vague laissait une pleine latitude de jugement au législateur pour en concrétiser les préceptes<sup>3092</sup>. Les autres, représentés notamment par Maurice Hauriou et Léon Duguit, admettaient non seulement la force contraignante de la Déclaration de 1789 mais voyaient également en elle un texte de nature *supra-constitutionnelle*. Dans son *Précis de Droit constitutionnel* dont la première édition remonte à 1923, Hauriou affirme que chaque pays est doté

---

<sup>3090</sup> Carré de Malberg (1922a), p. 580-581.

<sup>3091</sup> Ibid., p. 580.

<sup>3092</sup> Cf. Esmein (1914), p. 559 s. Esmein opère à cet égard une distinction entre déclarations des droits et garantie des droits, sur laquelle nous avons déjà eu l'occasion de nous arrêter. Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 1.4 ; Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 581 : « *Les Déclarations de l'époque révolutionnaire, en particulier celle de 1789, ne consistaient qu'en maximes abstraites ou axiomes théoriques [...] elle ne formule pas des règles juridiques, qui soient susceptibles d'être appliquées pratiquement par un juge ; elle ne met pas les citoyens en état de faire valoir devant les tribunaux telle ou telle faculté individuelle nettement délimitée ; les vagues et générales affirmations auxquelles elle se borne, laissent entière la question de la réglementation législative des droits individuels qu'elle a pu implicitement consacrer ; et par suite, elle laisse entière aussi la puissance du législateur à l'égard de cette réglementation* ».

d'une Constitution sociale et d'une Constitution politique, les deux se fondant dans la constitution nationale qui forme ce que le Doyen toulousain nomme la « superlégimité constitutionnelle »<sup>3093</sup>. Alors que la Constitution politique s'occupe de l'organisation interne de l'Etat, la Constitution sociale pose les fondements de légitimité de l'Etat en énonçant les principes et valeurs censés guider et limiter son action. A cet égard, Hauriou ne limite pas la Constitution sociale à la seule Constitution écrite mais l'étend à tous « *les principes fondamentaux du régime, c'est-à-dire, tant les principes de l'ordre individualiste qui sont à la base de l'Etat que les principes politiques qui sont à la base du gouvernement* »<sup>3094</sup>. Il semble ici évident que Hauriou a en vue l'ensemble des principes contenus dans la Déclaration de 1789 dont il précise que ceux-ci forment une « légitimité constitutionnelle » située au-delà de la Constitution écrite. Hauriou dresse ainsi une hiérarchie interne à la superlégimité constitutionnelle très claire puisqu'il précise explicitement que la légitimité constitutionnelle se place *au-dessus* de la Constitution écrite. En d'autres termes, la Constitution sociale – largement non écrite sous la III<sup>e</sup> République – est supérieure à la Constitution politique – codifiée par les trois lois constitutionnelles de 1875 – en ce sens que la seconde doit être aménagée de manière à servir et protéger la première<sup>3095</sup>. Par ailleurs, le juriste français déduit de cette conception duale de la superlégimité constitutionnelle les conséquences les plus décisives quant au pouvoir de révision constitutionnelle au bénéfice des Chambres. Si les organes de révision constitutionnelle légalement constitués peuvent amender la Constitution sur tel ou tel point, il leur est interdit de porter atteinte à l'essence de celle-ci, c'est-à-dire à l'ensemble des principes fondamentaux qui fondent la légitimité de l'Etat<sup>3096</sup>.

Duguit déroule des arguments similaires dans le *Traité de droit constitutionnel*. Il démontre que la force juridiquement contraignante ainsi que la supériorité de la Déclaration de 1789 sur l'ensemble du droit positif n'était point douteuse dans l'esprit des hommes de la Constituante, en ce qu'une telle Déclaration exprimait les principes du droit naturel devant s'imposer à tout gouvernement<sup>3097</sup>. Une hiérarchie des normes à trois niveaux fut ainsi consacrée à la Révolution : la Déclaration des droits en occupait le sommet, suivie de la Constitution et des lois ordinaires<sup>3098</sup>. Contrairement à Carré

<sup>3093</sup> Hauriou (1929), p. 261 s.

<sup>3094</sup> Sur cette notion de superlégimité constitutionnelle chez Hauriou, cf. Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », in : *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 12-14.

<sup>3095</sup> Hauriou (1929), p. 612.

<sup>3096</sup> La liste des principes constitutionnels ne pouvant faire l'objet d'une révision est assez large chez Hauriou, puisqu'elle comprend non seulement l'intangibilité de la forme républicaine de gouvernement et les libertés proclamées par la Déclaration de 1789, mais touche également à la séparation des pouvoirs, au principe de l'égalité et de la publicité de l'impôt et au principe de la hiérarchie administrative. Cf. Hauriou (1925), p. 82 s.

<sup>3097</sup> Duguit (1930), p. 603-604.

<sup>3098</sup> *Ibid.*, p. 604.

de Malberg, le Doyen de Bordeaux estime que la Déclaration de 1789 n'a pas été abrogée par la disparition de la Constitution de 1791 du droit en vigueur. Duguit présente la Déclaration de 1789 comme le pacte social fondamental préalable non pas à une Constitution particulière, mais à *toutes* les Constitutions fondant en France un régime républicain. Ceci explique, d'une part, qu'elle conserve une valeur de droit positif à travers le temps, et d'autre part, qu'elle soit considérée comme supérieure à la Constitution écrite<sup>3099</sup>. La Déclaration de 1789 était ainsi l'expression d'une philosophie juridique, politique et sociale dont les auteurs voulaient qu'elle s'impose à tous les gouvernements. Ils étaient ainsi pleinement convaincus du caractère impératif et contraignant de leur œuvre : « *pénétrés de cette idée qu'ils représentaient la souveraineté nationale, qu'ils avaient la toute-puissance législative, ils ne purent avoir un moment la pensée de formuler une simple déclaration philosophique et non point une loi véritable. C'était au contraire dans leur esprit la loi fondamentale, la loi supérieure à toutes les lois, même aux lois constitutionnelles* »<sup>3100</sup>. Bien qu'il soit extrêmement critique envers les fondements dogmatiques de la doctrine « individualiste » dont la Déclaration de 1789 est l'une des plus éclatantes expressions<sup>3101</sup>, Duguit estime que cette philosophie reste à la racine du droit positif français, tendant à prouver que le législateur s'est constamment senti lié aux préceptes de 1789<sup>3102</sup>.

Il n'était ainsi point douteux dans l'esprit de Duguit que le droit supra-légal fût composé *a minima* des lois constitutionnelles de 1875 et de la Déclaration de 1789. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, le juriste français franchit un palier en affirmant que le droit supérieur est constitué par du droit écrit et *non écrit*<sup>3103</sup>. Est-ce à dire que la pyramide du droit supra-légal construite par Duguit se dote d'un échelon suprême qui serait constitué de certains principes juridiques non-écrits ? Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit répond explicitement à cette question puisqu'il soutient sans ambages que le droit supra-légal est composé en premier lieu de tous « *les principes de droit supérieur, tels qu'ils sont aperçus par la conscience collective du peuple dans les conditions que j'ai essayé de déterminer* »<sup>3104</sup>. Un lecteur un peu introduit dans l'œuvre de Duguit verra ici une référence à sa théorie du droit objectif qui, émanant des liens de solidarité entre les hommes, se révèle par le mouvement de la « *masse des consciences individuelles* » qui en exige la sanction<sup>3105</sup>. Selon le juriste

---

<sup>3099</sup> Ibid., p. 607.

<sup>3100</sup> Duguit (1928), p. 184.

<sup>3101</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 2.1.

<sup>3102</sup> Duguit (1930), p. 608.

<sup>3103</sup> Ibid., p. 719. Cf. Ibid., p. 730 où Duguit loue la Cour suprême américaine pour sa jurisprudence audacieuse consistant à examiner la constitutionnalité des lois à l'aune de la constitution écrite mais également à la lumière des principes fondamentaux du droit américain qui ne sont pas explicitement codifiés.

<sup>3104</sup> Ibid., p. 710.

<sup>3105</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.2.

français, aucune prescription n'est supérieure à ce droit objectif inhérent à la vie sociale qui demeure non écrit tant qu'il n'a pas été formalisé par une instance d'édiction du droit, en principe le Parlement, sous la forme d'une loi normative<sup>3106</sup>. Aussi importante soit-elle, la Déclaration de 1789 demeure le constat figé dans le temps d'un certain droit objectif correspondant à une période donnée de l'évolution sociale. Le droit objectif inhérent à la vie sociale est, nous l'avons vu, soumis à un principe de mutabilité permanente du fait qu'il évolue simultanément aux rapports sociaux<sup>3107</sup>. Pour cette raison, le droit écrit ne peut avoir la prétention de refléter l'ensemble du droit objectif. Il subsiste toujours des marges où du droit non-écrit, exprimé par la répétition de pratiques sociales jugées obligatoires, supplante le droit écrit. Cette remarque en appelle une autre. Bien qu'il affirme que le droit français est basé sur une stricte hiérarchie des normes allant de la loi ordinaire au droit non écrit en passant par la Constitution écrite et la Déclaration de 1789<sup>3108</sup>, Duguit ne semble pas percevoir que cet ordonnancement est totalement incompatible avec sa propre théorie du droit. S'il doit exister une hiérarchie entre les sources du droit chez Duguit, elle ne peut résulter que de leur conformité respective au droit objectif, jamais de leur forme d'édiction. En ce sens, il doit revenir à l'autorité chargée d'interpréter et d'appliquer une règle de droit de déterminer son degré de conformité au droit objectif et de la placer au sein de la hiérarchie des normes en conséquence. L'agencement hiérarchique des sources du droit n'est dès lors jamais un donné figé, posé en amont de tout acte d'application. Bien au contraire, il consiste en un processus d'interprétation en perpétuel mouvement. Dans cette optique, rien ne s'oppose à ce qu'une loi récente, ayant constaté avec exactitude une règle du droit objectif, déroge à une disposition constitutionnelle tombée en désuétude. Comme l'écrit fort justement Renaud Baumert, la hiérarchie des normes est, chez Duguit, « *sapée de l'intérieur par la thèse du droit objectif [puisque] n'importe quelle norme peut être depositaire d'une règle de droit objectif* »<sup>3109</sup>.

#### 2.4.3.2.3 La préférence pour l'exception d'inconstitutionnalité

L'acception très large de la supra-légalité soutenue par Duguit nous amène à nous interroger sur l'étendue du pouvoir de l'autorité chargée d'en assurer la sanction. Plusieurs auteurs contemporains de Duguit avaient parfaitement identifié les conséquences capitales que la reconnaissance d'une supra-constitutionnalité associée à l'introduction du contrôle judiciaire des lois était susceptible de déployer sur la séparation des pouvoirs. Ainsi capable d'opposer son veto à une loi ordinaire ou à la consti-

<sup>3106</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.3.1.

<sup>3107</sup> Cf. *supra*, Titre II, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>3108</sup> Duguit (1930), p. 711 : « *En France, nous avons trois catégories de lois : les déclarations des droits qui formulent les principes supérieurs du droit que ne peuvent transgresser ni le législateur ordinaire ni même le législateur constituant, et les lois constitutionnelles que le législateur ordinaire ne peut ni modifier ni abroger* ».

<sup>3109</sup> Baumert (2009), p. 354.

tution écrite, le juge constitutionnel aurait bénéficié d'un pouvoir exorbitant. En effet, il lui aurait été loisible de limiter le pouvoir législatif *et* constituant du Parlement en s'appuyant sur un texte, la Déclaration de 1789, hors de portée de ce dernier. Au cours des années 1920, des velléités d'introduire le contrôle de constitutionnalité des lois et de constitutionnaliser la Déclaration de 1789 dans le même mouvement firent leur apparition au Parlement<sup>3110</sup>. Au même moment, Edouard Lambert percevait dans une telle entreprise l'avènement d'une constitutionnalité hors de portée du législateur, résultat d'une lecture plastique de la Déclaration de 1789 opérée par une magistrature toute puissante<sup>3111</sup>. Les craintes de Lambert sont doublement légitimes si l'on s'intéresse au système préconisé par Duguit, où les magistrats peuvent agir de la sorte en se fondant sur un principe fondamental non-écrit qu'il aurait découvert en scrutant les finalités intimes de l'ordre juridique ou la nature des rapports sociaux. Le juge constitutionnel s'élève ainsi en pouvoir constituant *de facto* et en auteur privilégié de la norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Le risque était grand, dans de telles conditions, de voir le contrôle de constitutionnalité des lois lentement dériver vers un contrôle politique du Parlement par le juge<sup>3112</sup>. En effet, si le juge peut lui-même constater une règle de droit par l'observation de la vie sociale et la déclarer supra-constitutionnelle dans la foulée, sa prééminence sur le Parlement apparaît pratiquement absolue.

Duguit développe un argumentaire en deux temps pour contourner cet écueil. Dans un premier temps, il démontre les vertus du contrôle de constitutionnalité<sup>3113</sup> en le présentant comme un moyen de résistance à l'arbitraire du législateur et, en définitive, comme un substitut pratique au droit de résistance<sup>3114</sup>. Dans l'esprit du Doyen de Bordeaux, une loi positive est dénuée de toute force obligatoire dès qu'elle rentre en contradiction avec le droit objectif. La désobéissance du citoyen peut donc être directe, par le biais de la résistance passive ou de l'insurrection, ou se révéler indirecte par le recours à une institution capable de contrôler la conformité de la loi positive au droit objectif. La justice constitutionnelle exerce précisément cette fonction permet-

---

<sup>3110</sup> Cf. Baumert (2009), p. 71 s.

<sup>3111</sup> Lambert (1921), p. 225 s. Juriste engagé, Lambert craignait avant tout que les principes individualistes de 1789 comme le droit de propriété soient invoqués par les juges afin d'invalider la législation sociale votée par un parlement à majorité à gauche.

<sup>3112</sup> Jèze (1924), p. 421-422 ; Carré de Malberg (1927), p. 340 ; Carré de Malberg (1931), p. 123-124. On trouvera une liste complète d'auteurs soutenant un point de vue similaire chez Baumert (2009), p. 104 s.

<sup>3113</sup> Le terme de contrôle de constitutionnalité plaisait peu à Duguit puisqu'il traduit imparfaitement la portée du contrôle qu'il appelait de ses vœux. En effet, nous savons que le droit supra-légal ne se limite pas chez Duguit à la Constitution écrite, mais embrasse un corpus bien plus large de règles écrites et non-écrites. Cf. Duguit (1930), p. 715.

<sup>3114</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.1. Sur ce point, cf. Baumert (2009), p. 338 s. qui étudie en détail la position de Duguit sur le droit de résistance et son lien avec le contrôle de constitutionnalité des lois.

tant au citoyen de ne pas obéir à une loi violant un principe de droit supérieur<sup>3115</sup>. Cette option présente, de plus, l'avantage de préserver la paix sociale, ce que le droit de résistance et le recours à l'insurrection ne permettent pas. Dans un second temps, le Doyen de Bordeaux s'interroge sur les modalités d'organisation du contrôle de constitutionnalité. A cet égard, Duguit manifeste une forte opposition à l'égard du contrôle de constitutionnalité concentré, exercé par une Cour spécialisée. Il estime qu'une telle autorité ne pourrait jamais présenter le degré d'indépendance et d'impartialité qui la préserverait d'une trop forte politisation. Le mode de nomination de ses membres constitue la première pierre d'achoppement : *« s'ils sont nommés par le gouvernement ou le parlement, il est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance. S'ils sont élus par le peuple, au suffrage direct ou à deux degrés, cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas les garanties d'impartialité qu'on lui demande. Si elle se recrute par cooptation, elle deviendra vite une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne »*<sup>3116</sup>. Les différents modes de saisine envisageables soulèvent tout autant de problèmes. Si la Cour constitutionnelle peut être saisie par le gouvernement, il est à craindre que ce dernier n'use de son droit de saisine qu'à l'encontre de lois qui lui déplaisent. Un droit d'auto-saisine au bénéfice de la Cour la transformerait en organe politique susceptible d'acquérir une trop grande puissance dans l'Etat<sup>3117</sup>. Duguit se montre tout aussi sceptique au sujet d'un droit de saisine à disposition des individus : *« si l'on permet à tout individu qui se prétend lésé par une loi inconstitutionnelle de s'adresser à cette juridiction, on peut redouter que l'œuvre législative ne soit elle-même complètement entravée. On conçoit qu'un simple particulier puisse provoquer l'annulation d'un acte fait par une autorité administrative (recours pour excès de pouvoir). On comprend plus difficilement, ce nous semble, qu'un simple particulier puisse provoquer l'annulation d'une loi qui, faite par les organes constitutionnels du pays doit être présumée utile et conforme au droit »*<sup>3118</sup>. Enfin, Duguit remémore à son lecteur l'expérience peu concluante du Sénat conservateur sous le consulat et les deux Empires qui ne bénéficièrent jamais d'une réelle indépendance<sup>3119</sup>. Un rappel qui doit être lu, selon nous, comme une manière d'affirmer qu'un contrôle concentré n'est pas une solution adaptée aux institutions françaises.

Les fortes préventions affichées par Duguit à l'endroit de la création d'une Cour constitutionnelle spécialisée témoignent en outre de son respect pour l'institution parlementaire. Dans sa théorie de la loi, le Doyen de Bordeaux avait soutenu que le Parlement demeure l'institution la mieux placée pour constater et formuler les lois norma-

<sup>3115</sup> Duguit (1930), p. 711-715 ; Baumert (2009), p. 342-343.

<sup>3116</sup> Duguit (1930), p. 715.

<sup>3117</sup> Ibid., p. 715-716.

<sup>3118</sup> Ibid., p. 716.

<sup>3119</sup> Ibid., p. 716-718.

tives grâce à l'interaction continue que le principe de représentation assure entre le Parlement et la société civile<sup>3120</sup>. Cette confiance placée dans l'institution parlementaire est la clé explicative du refus d'une Cour constitutionnelle qui puisse s'élever en pouvoir concurrent du Parlement. Le Doyen de Bordeaux va en conséquence plaider pour l'introduction inédite d'un contrôle de constitutionnalité diffus, sous la forme d'une exception d'inconstitutionnalité opposable, dans un cas concret, à une loi que le recourant juge incompatible avec un principe de droit supérieur<sup>3121</sup>. Cette solution a pu séduire Duguit dans la mesure où il estime que l'exception d'inconstitutionnalité ne porte aucune atteinte aux prérogatives du Parlement. Il commence par affirmer que le rôle du juge, lorsqu'il contrôle la conformité d'une loi au droit supérieur, n'est pas de saper le travail du Parlement mais uniquement d'assurer le respect du principe de légalité, entendu dans son sens large et selon l'agencement hiérarchique des différentes sources du droit<sup>3122</sup>. Surtout, l'exception d'inconstitutionnalité présente le précieux avantage de ne pas annuler la loi, mais simplement d'en refuser l'application dans un cas concret. Ceci signifie, dans l'analyse du juriste français, que « *malgré cette décision, la loi subsiste et conserve tout entier son caractère de loi. Un autre tribunal pourra décider au contraire, que la loi est constitutionnelle ; et le même tribunal, dans une nouvelle espèce, ne sera point lié par une décision antérieure. Qu'on ne dise pas qu'avec le système de l'exception d'inconstitutionnalité la justice empieète sur le domaine de la législation. Il n'en est rien. Le parlement conserve son indépendance entière et les tribunaux restent dans leur rôle en appliquant, au cas de contradiction entre deux lois, dont l'une est subordonnée à l'autre, en appliquant, dis-je, la loi supérieure* »<sup>3123</sup>. Comme le relève Renaud Baumert, cette interprétation est conforme à la lecture dominante de la doctrine française. Celle-ci estimait que l'exception d'inconstitutionnalité ne peut pas être considérée comme une atteinte au pouvoir législatif dans la mesure où, dans une telle configuration, un jugement d'inconstitutionnalité laisse la loi intacte. En conséquence, la doctrine privilégiait majoritairement l'exception d'inconstitutionnalité sur le contrôle centralisé des lois où les risques d'une politisation de la justice apparaissaient plus tangibles<sup>3124</sup>. Il semble que la source de cette argumentation soit située chez Tocqueville. L'étude de la *Démocratie en Amérique* fut l'oc-

---

<sup>3120</sup> Sur la loi normative, cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4. ; sur le principe de représentation, cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, 2.4.2.2.

<sup>3121</sup> Duguit (1930), p. 719 : « *tout plaideur doit être déclaré recevable à opposer devant un tribunal quelconque, l'exception d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire recevable à soutenir que la loi invoquée contre lui ne peut être appliquée par le tribunal parce qu'elle est contraire au droit supérieur écrit ou non écrit auquel est subordonné le législateur ordinaire* ». Cf. Jèze (1924), p. 411 qui relève que Duguit, contrairement à Hauriou, n'a jamais soutenu que l'exception d'inconstitutionnalité ait été un jour admise par les tribunaux français. Cf. Baumert (2009), p. 335 s.

<sup>3122</sup> Duguit (1930), p. 718.

<sup>3123</sup> *Ibid.*, p. 723.

<sup>3124</sup> Baumert (2009), p. 99-101 et 348.

cas pour cet auteur de relever que le contrôle de constitutionnalité ne donne pas de pouvoir politique au juge si deux conditions sont réunies. Premièrement, la déclaration d'inconstitutionnalité doit intervenir dans le cadre d'un *procès*, soit être le résultat d'une procédure juridictionnelle *initiée* par une partie plaignante. La justice ne saurait donc s'auto-saisir pour déclarer une loi inconstitutionnelle. Deuxièmement, elle doit porter sur un cas concret et, en conséquence, ne pas déployer d'effet *erga omnes*<sup>3125</sup>. Deux conditions qui sont remplies par l'exception d'inconstitutionnalité dans sa teneur défendue par Duguit. Cette argumentation autorise ainsi le Doyen de Bordeaux à escamoter la question de la séparation des pouvoirs afin de faire de l'exception d'inconstitutionnalité un simple moyen d'assurer le respect du principe de légalité et de la hiérarchie des normes qui lui est liée.

La littérature contemporaine a offert des lectures contrastées de la position du Doyen de Bordeaux sur le contrôle judiciaire des lois. Evelyne Pisier juge que le juriste français s'inscrit dans la tradition hexagonale de la critique du « gouvernement des juges »<sup>3126</sup>. Cette appréciation se fonde sur la préférence affichée par Duguit pour l'exception d'inconstitutionnalité. En effet, cette modalité du contrôle judiciaire des lois ne permet pas au juge de porter atteinte à la loi en tant que telle ; elle constitue de la sorte une entrave commode à la politisation de la justice. Cette lecture serait pertinente si les effets que Duguit rattache à la décision portant sur l'exception d'inconstitutionnalité étaient ceux qu'elle déploie réellement. Nous sommes loin de penser que le refus d'appliquer une loi ordinaire dans un cas concret laisse la loi et le pouvoir du Parlement aussi « intacts » que ne le pense Duguit. Si l'exception d'inconstitutionnalité ne permet pas d'abroger la loi à proprement parler, elle aboutit néanmoins à la priver de toute effectivité. Un juge prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi dans un cas concret ne va donc pas respecter le choix opéré par le législateur quant à la réglementation du comportement social. Un comportement proscrit par le législateur dans une loi ordinaire sera ainsi autorisé par le juge concluant à l'inconstitutionnalité de l'interdiction. La loi et le pouvoir du parlement de dicter les comportements à adopter en société sont ainsi loin d'en ressortir intacts. Ce constat est d'autant plus vrai dans le cadre de la théorie de la supra-légalité construite par Duguit. Cette dernière autorise le juge à priver la loi – voire même la constitution écrite – de tout effet concret dans l'hypothèse où elle serait contraire à un principe inscrit dans la Déclaration de 1789 ou dans le droit objectif émané de la vie sociale. Le juge n'a dès lors plus le rôle modeste de cet « aiguilleur » chargé d'indiquer au Parlement le niveau hiérarchique – loi ou constitution – dans lequel il doit inscrire une prescription. La configuration dans laquelle se place la notion de supra-légalité chère à Duguit offre une perspective bien

---

<sup>3125</sup> Ibid., p. 27.

<sup>3126</sup> Pisier (1987), p. 197. Cf. également Pisier-Kouchner (1972), p. 210 ; sur cette interprétation, cf. Baumert (2009), p. 348-349.

différente. Ici, le juge peut faire échec à une législation voulue par le Parlement en s'appuyant sur du droit écrit (la Déclaration de 1789) ou non-écrit (le droit objectif) inaccessible au pouvoir de ce dernier. Le juge s'érige ainsi en dernier garant de la législation normative, capable d'indiquer au législateur ordinaire l'état réel du droit objectif découlant des liens de solidarité et d'opposer sa découverte autant à la loi qu'à la constitution écrite. En effet, la hiérarchie des normes supra-légales définie par Duguit autorise son gardien, le juge, à se faire le maître de la légalité *et* de la constitutionnalité. Ce dernier est en mesure d'ériger des digues infranchissables qui privent le Parlement du pouvoir du dernier mot. Evacué dans un premier temps par Duguit, le problème de la séparation des pouvoirs revient comme une conséquence inévitable de sa théorie de la supra-légalité.

#### 2.4.3.2.4 De la séparation des pouvoirs à la collaboration des organes de l'Etat

Tout au long des contributions qui jalonnent son évolution doctrinale, le juriste français critique sévèrement le modèle d'organisation des pouvoirs conçu par l'Assemblée constituante. Il suffit de se reporter à l'analyse longue et fouillée que Duguit consacre à cette question dans son article de 1893. Nous avons vu plus haut que le projet de certains constituants consistait, selon Duguit, à isoler chaque pouvoir dans une fonction déterminée, ce qui aboutit notamment à la séparation stricte du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire<sup>3127</sup>. Dans un second temps, cette première contribution de Duguit dans le domaine du droit constitutionnel s'arrête sur les entorses et les dérogations que les hommes de 1789 ont apportées au principe de la séparation rigide des pouvoirs, comme pour mieux démontrer l'inanité et le caractère artificiel d'une telle conception<sup>3128</sup>. Cette façon de procéder en dit long sur les objectifs de Duguit. Ce dernier ne cherche pas à restituer avec exactitude ce que fut la Constitution de 1791 – qui organisait une véritable balance des pouvoirs – mais à opposer un certain discours dogmatique de quelques figures de l'Assemblée constituante à ce que sera la réalité de son œuvre institutionnelle.

C'est dans la seconde partie de sa contribution de 1893 que Duguit démontre que la Constitution de 1791 créa une architecture des pouvoirs fondée sur la collaboration et le contrôle réciproque des organes de l'Etat. Ce texte remettait ainsi au corps législatif une parcelle du pouvoir judiciaire en lui autorisant à « *poursuivre devant la haute Cour nationale la responsabilité des ministres et des agents principaux du Pouvoir exécutif; d'accuser et de poursuivre devant la même Cour, ceux qui seront prévenus d'attentat et de complot contre la sûreté générale de l'Etat ou contre la Constitution* » (titre III, chapitre III, section I, article 1, chiffre 10). Ce pouvoir judiciaire accordé à l'Assemblée nationale était en même temps une atteinte à la séparation du pouvoir lé-

---

<sup>3127</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.1, 1).

<sup>3128</sup> Duguit (1893a), p. 125.

gislatif et du pouvoir exécutif puisque c'est bien la responsabilité pénale des membres de l'exécutif que les députés pouvaient mettre en cause<sup>3129</sup>. Le texte constitutionnel avait beau proclamé la séparation absolue du pouvoir exécutif et législatif, il n'en attribua pas moins d'importantes fonctions exécutives au Corps législatif, notamment en matière d'impôt et de défense (titre III, chapitre III, section I, article 1, chiffres 2, 3, 4, 7 et 8). Un droit de convocation de l'Assemblée nationale au bénéfice du Roi fut également prévu en cas de circonstances exceptionnelles (titre III, chapitre III, section IV, articles 4 et 5) donnant au pouvoir exécutif un premier levier d'influence sur le corps législatif. Cela étant, le droit de veto accordé au Roi (titre III, chapitre III, section III), objet des délibérations les plus incisives<sup>3130</sup>, demeure l'empiètement le plus considérable au principe de séparation rigide des pouvoirs<sup>3131</sup>. Duguit souligne une contradiction flagrante chez les membres de l'Assemblée constituante. Alors qu'ils privèrent le Roi de prérogatives comme le droit ordinaire de convocation de l'Assemblée ou encore le droit d'assister à ses délibérations, les pères de la Constitution de 1791 lui accordèrent néanmoins un droit de veto suspensif sur les lois votées par l'Assemblée. Le juriste français s'explique sans mal cette incohérence. Les membres de l'Assemblée constituante avaient perçu que l'isolement de chaque pouvoir dans une fonction exclusive les privait *ipso facto* de la possibilité de limiter l'action et de contrecarrer les débordements des autres pouvoirs. En interdisant à l'exécutif toute action sur le législatif, les constituants auraient bâti les conditions de l'omnipotence du corps législatif. C'est devant l'évidence des faits qu'ils auraient abandonné leur théorie par trop étroite et admis le principe du veto législatif<sup>3132</sup>. Quant au principe de la responsabilité politique des ministres, il ne fut pas formellement codifié<sup>3133</sup> mais constitua, selon Duguit, une réalité de fait à plusieurs reprises, comme en témoigne déjà le rappel de Necker en juillet 1789<sup>3134</sup>. Or ce principe signifie par excellence la négation de la séparation stricte du pouvoir législatif et du pouvoir exé-

---

<sup>3129</sup> Ibid., p. 589.

<sup>3130</sup> Ibid., p. 336-349.

<sup>3131</sup> C'est ainsi que Duguit en vient à présenter Sieyès comme un partisan d'une séparation rigide des pouvoirs en raison de l'opposition manifestée en 1789 par ce dernier à l'encontre du droit de veto du Roi. Cf. Ibid., p. 337. Cf. également Laquière (2005), p. 231.

<sup>3132</sup> Duguit (1893a), p. 342.

<sup>3133</sup> Ibid., p. 364-372.

<sup>3134</sup> Ibid., p. 360-361 : « L'Assemblée décide à une grande majorité qu'une députation sera envoyée au roi pour lui demander le renvoi des ministres et le rappel de Necker. La rédaction de l'adresse est confiée au Comité. Quelques instants après, le président Lefrane de Pompignan, archevêque à Vienne, annonce que le Roi consent au rappel de Necker et remet à l'Assemblée la lettre qu'il a écrite à ce sujet. Ainsi donc, dès le mois de juillet 1789, sur un vote de l'Assemblée, un ministère était renvoyé par le roi et un nouveau ministère était constitué. C'était la mise en œuvre de la responsabilité ministérielle politique. [...] Le roi reconnaissait que ses ministres devaient avoir la confiance de l'assemblée, et le principe de la responsabilité politique se trouvait pratiqué avant d'être reconnu ou compris ». Duguit donne ensuite d'autres exemples. Cf. Ibid., p. 361 s.

cutif dans la mesure où il octroie au Parlement un droit de contrôle sur tous les actes du pouvoir exécutif<sup>3135</sup>. Néanmoins, Duguit affirme qu'en ne reconnaissant pas le principe de la responsabilité politique des ministres et son contrepoids naturel qu'est le droit de dissolution au bénéfice du Chef de l'exécutif, l'Assemblée constituante ouvrit le champ, par cette application rigide du principe de la séparation des pouvoirs, à un conflit permanent entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif représenté par le Roi<sup>3136</sup>.

A la faveur de cette étude historique, Duguit disqualifie le modèle de séparation des pouvoirs prétendument hérité de Montesquieu<sup>3137</sup>, à une époque où il était déjà discrédité par une frange notable de la doctrine publiciste<sup>3138</sup>. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit réitère ses attaques à l'encontre de l'œuvre de l'Assemblée constituante. Il moque la grossière incohérence du principe même de la séparation des pouvoirs lorsqu'il est adossé à la notion de souveraineté. Partant de la souveraineté une et indivisible, il aboutit à la souveraineté divisée en trois pouvoirs indépendants<sup>3139</sup>. Le juriste français relève la similitude frappante qui unit la doctrine de la séparation des pouvoirs au dogme de la trinité divine. C'est à chaque fois la même

---

<sup>3135</sup> Ibid., p. 357.

<sup>3136</sup> Ibid., p. 369 et p. 581 : « Pour assurer la force, la sécurité et le fonctionnement de l'organisme politique, il faut un pouvoir exécutif puissant ; en faisant une constitution qui désarme le représentant du pouvoir exécutif, on prépare ou l'anarchie, ou le despotisme d'une assemblée, aussi redoutable que la tyrannie d'un seul ».

<sup>3137</sup> Bien que Duguit ne conteste pas l'influence de l'auteur de *Esprits des lois* sur les hommes de 1789, le Doyen de Bordeaux estime que ces derniers n'ont pas su saisir le sens véritable de l'œuvre de Montesquieu. Ils auraient ainsi été séduits par les formules les plus générales et abstraites du philosophe français sur la division tripartite de la souveraineté et la nécessité de ne pas concentrer les fonctions de l'Etat dans la même autorité. Les membres de l'Assemblée constituante auraient en ce sens méconnu l'un des aspects les plus précieux de la doctrine de Montesquieu. Selon Duguit, son ambition principale était de démontrer, sur la base de l'étude de la constitution anglaise, comment la liberté trouvait sa plus solide garantie non dans la séparation stricte des pouvoirs, mais bien dans leur collaboration et leurs interactions constantes. Jamais Montesquieu n'aurait prétendu que les organes investis des trois fonctions de l'Etat (législative, exécutive et judiciaire) seraient trois organes représentant le souverain, absolument indépendants l'un de l'autre. Ainsi reconnaît-il à l'exécutif le pouvoir de convoquer les Assemblées ainsi qu'un droit de veto sur les décrets du pouvoir législatif. La collaboration des pouvoirs ne gravite pas uniquement autour de la faculté d'empêcher chez Montesquieu. Il juge également indispensable que ce dernier possède un droit de contrôle sur les actions du pouvoir exécutif. Le philosophe français n'avait pas non plus d'opposition à ce qu'un même pouvoir exerce certaines fonctions qui devraient normalement échoir à d'autres. Ainsi trouve-t-il légitime que le corps législatif soit muni d'attributions judiciaires lorsqu'il s'agit de juger des membres de la noblesse – il doit revenir à la chambre représentant cette classe sociale de faire office de juge – de déroger aux lois existantes dans un cas particulier et de poursuivre les gouvernants s'étant rendus coupables de haute trahison. Cf. Montesquieu (1979), p. 293-301. Duguit (1928), p. 663-665.

<sup>3138</sup> Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 11 s. qui répertorie toutes les attaques dont la théorie de Montesquieu faisait l'objet.

<sup>3139</sup> Duguit (1928), p. 669 ; Duguit (1893a), p. 119.

conception de la division d'un pouvoir suprême entre trois entités chargées de le représenter<sup>3140</sup> : « *trois pouvoirs distincts dans l'Etat, trois pouvoirs qui sont également souverains dans leur domaine, mais unité et indivisibilité logique de l'Etat dont la substance en même temps est une et sert de support à trois personnes. C'est bien là le mystère de la trinité politique calqué sur le mystère de la trinité divine, comme l'omnipotence de l'Etat est une copie de l'omnipotence divine ; théorie politique, théorie théologique qui n'ont, l'une et l'autre, d'autre valeur que celle d'un jeu de l'esprit* »<sup>3141</sup>. A cet égard, Duguit juge bon de rappeler que Kant fut l'auteur qui poussa cette analogie dans ses plus lointaines conséquences en soutenant que les trois pouvoirs de l'Etat formaient trois personnalités distinctes<sup>3142</sup>. Le morcellement de l'unité de l'Etat et de son pouvoir se révèle ainsi comme l'inconséquence fatale de la théorie de la séparation des pouvoirs<sup>3143</sup>.

En conséquence de sa critique du principe de la séparation des pouvoirs, Duguit fonde sa conception de l'organisation constitutionnelle de l'Etat sur de toutes autres prémisses. Le terme même de séparation des pouvoirs lui semble trompeur. Pour le Doyen de Bordeaux, l'architecture des pouvoirs ne saurait faire place à l'idée de séparation, l'exemple de 1791 ayant démontré que cette solution aboutit fatalement à des conflits et au triomphe de l'un des pouvoirs sur les autres<sup>3144</sup>. Bien au contraire, il estime que l'équilibre entre les différents organes de l'Etat ne peut être réalisé que par l'organisation d'une collaboration intime entre eux<sup>3145</sup>. A cet égard, le *régime parlementaire* constituerait un exemple-type d'équilibre et de collaboration judicieuse entre les pouvoirs, le gouvernement et le parlement en l'occurrence<sup>3146</sup>. En effet, le régime parlementaire reposerait « *essentiellement sur l'égalité des deux organes de l'Etat, le parlement et le gouvernement, sur leur intime collaboration à toute activité de l'Etat et sur l'action qu'ils exercent l'un sur l'autre pour se limiter réciproquement* »<sup>3147</sup>. L'exemple du régime parlementaire démontre ainsi que l'équilibre entre les pouvoirs se réalise par la poursuite de deux objectifs : la *collaboration* et le *contrôle mutuel*. Ainsi gouvernement et parlement *collaborent* en contribuant chacun à leur manière à l'exercice des fonctions étatiques. Le parlement participe à la fonction législative par la délibération et le vote des lois, tandis que le gouvernement apporte son concours en proposant la loi, en prenant part à sa discussion et en la promulguant. Il participe également à la fonction législative par l'adoption de règlements<sup>3148</sup>. Quant au parlement,

<sup>3140</sup> Duguit (1928), p. 669-671.

<sup>3141</sup> Ibid., p. 671.

<sup>3142</sup> Duguit (1928), p. 670-671. Sur la critique de la doctrine kantienne du droit par Duguit, cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, III, 3.2.2, 2).

<sup>3143</sup> Cf. Carré de Malberg (1922a), p. 24-25 ; Cf. également Jellinek (2005a), p. 161.

<sup>3144</sup> Duguit (1928), p. 540.

<sup>3145</sup> Ibid., p. 541.

<sup>3146</sup> Ibid., p. 794 s.

<sup>3147</sup> Ibid., p. 805.

il collabore à l'exercice de « *ce qu'on est convenu d'appeler l'exécutif* »<sup>3149</sup> en votant une série de mesures qui n'ont aucun caractère législatif, telles le budget ou des actes individuels et concrets comme des autorisations d'emprunt<sup>3150</sup>. Duguit démontre ensuite que le régime parlementaire comprend différentes institutions qui organisent le contrôle et l'action réciproques entre le gouvernement et le parlement. Le premier peut ainsi agir sur le second par les communications et les conseils qu'il peut lui délivrer<sup>3151</sup>. De plus, il est dans la logique du gouvernement parlementaire que « *les représentants du gouvernement assistent à toutes les délibérations du parlement, non seulement pour répondre aux questions, mais encore pour y exercer un rôle actif, et même y faire sentir une influence directrice* »<sup>3152</sup>. Cependant, le pouvoir d'action du gouvernement en régime parlementaire résulte très certainement du droit de dissolution, dont il a déjà été question s'agissant de son rôle dans un gouvernement représentatif<sup>3153</sup>. Au titre de l'organisation des pouvoirs, la dissolution apparaît comme un moyen de combattre les excès du pouvoir parlementaire et de le rappeler à l'ordre<sup>3154</sup>. Un équilibre ne peut toutefois s'instaurer qu'à la condition que la dissolution trouve sa contrepartie. Le principe de responsabilité politique des ministres remplit à cet égard une fonction analogue au droit de dissolution puisqu'il autorise le parlement à congédier les membres du gouvernement s'il désapprouve la politique suivie par lui<sup>3155</sup>. De cette analyse du parlementarisme Duguit retire l'idée que la *collaboration* des pouvoirs à l'exercice des différentes fonctions étatiques est plus apte à assurer un équilibre constitutionnel que leur séparation et leur isolement dans une fonction déterminée. Duguit en conclut que le principe de collaboration se substituera nécessairement à l'idée de séparation en tant que principe d'organisation de l'Etat<sup>3156</sup>.

L'interprétation du parlementarisme proposée par Duguit démontre son adhésion de principe aux moyens de contrôle et d'influence sur le Parlement, au nom de la nécessaire collaboration entre les organes de l'Etat. Pourtant, il n'articule pas explicitement une pareille lecture à sa défense du contrôle de constitutionnalité. La raison à cette contradiction apparente réside dans les faveurs que le Doyen de Bordeaux nourrit pour l'exception d'inconstitutionnalité. Nous avons vu en quoi cette modalité du contrôle judiciaire des lois ne constituait pas pour Duguit une immixtion du pouvoir

---

<sup>3148</sup> Ibid., p. 809.

<sup>3149</sup> Ibid. Par cette formulation, Duguit fait mine d'admettre qu'il existe une fonction exécutive, ce qu'il conteste dans sa détermination des fonctions juridiques de l'Etat. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 3.1.

<sup>3150</sup> Duguit (1928), p. 809-810

<sup>3151</sup> Ibid., p. 810.

<sup>3152</sup> Ibid.

<sup>3153</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.2.7.

<sup>3154</sup> Duguit (1928), p. 811.

<sup>3155</sup> Ibid., p. 812.

<sup>3156</sup> Ibid., p. 540.

judiciaire sur les terres du Parlement<sup>3157</sup>. Il pouvait en conséquence estimer que la séparation stricte du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire instaurée par la loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire ainsi que par la Constitution de 1791 ne représentait nullement un obstacle à l'exception d'inconstitutionnalité<sup>3158</sup>. Interprétation insoutenable si l'on tient compte de la conception extrêmement large de la notion de supra-légalité qui domine chez Duguit. Qu'il le veuille ou non, il fait du juge l'égal, voire le supérieur du parlement. A cet égard, il lui aurait été impossible de nier que la jurisprudence des tribunaux pratiquant le contrôle de constitutionnalité incarne un moyen puissant de contrôler le parlement et d'influencer le contenu de sa production législative. Cette assertion se relève d'une pertinence particulière dans le cas de Duguit dans la mesure où il admet le refus d'appliquer d'une loi contraire à un texte supra-légal, par définition hors de portée du Parlement. Pour être complète et cohérente, Duguit aurait dû inscrire l'exception d'inconstitutionnalité dans sa conception de l'organisation des pouvoirs fondée sur la collaboration des pouvoirs dont il estimait qu'elle était appelée à supplanter le modèle dépassé de 1791. Avec un peu d'effort, il est tout de même possible de déceler plusieurs citations qui démontrent que les vues de Duguit s'orientaient sur cette voie. En 1925, Duguit accorde un entretien au journal *le Temps* dans le cadre de l'affaire Ratier<sup>3159</sup>. A cette occasion, il soutient « *qu'en partant du principe de la séparation des pouvoirs les Américains ont reconnu aux tribunaux le droit d'apprécier l'inconstitutionnalité des lois et qu'en partant exactement du même principe, on leur a ici refusé ce droit* »<sup>3160</sup>. Cette citation révèle que Duguit n'est pas frontalement opposé à ce que la séparation des pouvoirs soit invoquée pour justifier le contrôle judiciaire des lois. L'ambition directe du Doyen de Bordeaux est de réfuter la lecture française de ce principe<sup>3161</sup> afin de lui substituer une interprétation qui laisse plus de place à l'interdépendance des organes de l'Etat. Duguit opère également cette relecture de la conception française de la séparation des pouvoirs dans le *Traité de droit constitutionnel* lorsqu'il écrit que l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas uniquement la conséquence nécessaire et logique de la hiérarchie des normes

<sup>3157</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2, 3).

<sup>3158</sup> Duguit (1930), p. 725 ; cf. également Jèze (1924), p. 407.

<sup>3159</sup> Antony Ratier, ancien Garde des Sceaux et Sénateur, avait été appelé à témoigner devant une commission d'enquête parlementaire investiguant sur le financement de la campagne électorale de 1924 du « Bloc national ». Depuis la loi Rochette du 23 mars 1914, les commissions d'enquête parlementaire s'étaient vu attribuer des attributs du pouvoir judiciaire, tel la possibilité de contraindre un citoyen à témoigner devant elle. Condamné à une amende symbolique pour son refus de témoigner devant la Commission, Ratier fit appel de cette décision, arguant des prérogatives judiciaires accordés à la Commission une violation de la séparation des pouvoirs, et donc des lois constitutionnelles de 1875. Cette affaire fut le déclencheur d'un vaste débat doctrinal sur la recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité devant les tribunaux. Sur cette affaire, Milet (1999), p. 783 s. ; Baumert (2009), p. 51 s ; Blanquer/Milet (2015), p. 326 s.

<sup>3160</sup> Duguit (1925a), p. 3.

<sup>3161</sup> Cf. Baumert (2009), p. 345 et 353.

mais qu'elle résulte en outre du principe de la séparation des pouvoirs qui confère implicitement aux juges un pouvoir de contrôler les lois<sup>3162</sup>.

Dans sa thèse devenue fameuse sur la justice constitutionnelle aux Etats-Unis<sup>3163</sup>, Edouard Lambert constatait autant l'échec du modèle français que du modèle américain de la séparation des pouvoirs dans l'instauration d'un véritable équilibre entre les organes de l'Etat. Alors que la France consacrait la toute-puissance du Parlement, les Etats-Unis tombaient dans un travers analogue en conférant un pouvoir démesuré à la Cour suprême<sup>3164</sup>. Après avoir exposé l'ensemble des éléments de la doctrine de Duguit qui plaident en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois, nous devons tirer un semblable constat d'échec chez Duguit. Le modèle d'organisation des pouvoirs qu'il élabore, sans véritablement l'achever, place le juge dans une position privilégiée face au Parlement<sup>3165</sup>. Nous avons vu plus haut que cette asymétrie tient à la définition très large du droit supra-légal défendue par le Doyen de Bordeaux<sup>3166</sup>. Ainsi armé d'une norme de référence extensible à l'envie, le juge dispose en permanence du pouvoir du dernier mot contre le législateur. La conception duguitienne de la séparation des pouvoirs est donc également un modèle déséquilibré, dans lequel le juge s'est substitué au Parlement en tant que détenteur du pouvoir du dernier mot<sup>3167</sup>.

Qu'est-ce qui a donc pu pousser Duguit à placer subrepticement le juge au faite de l'organisation des pouvoirs ? On pourrait avancer à titre de première hypothèse que le juriste français craignait que la faible représentativité du Parlement français péjore la qualité de sa production législative. Cet argument était parfois avancé dans le débat juridico-politique français pour soutenir l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois<sup>3168</sup>. Marie-Joëlle Redor avance une seconde hypothèse digne de considération. Elle place Duguit dans un mouvement doctrinal valorisant l'indépendance et l'impartialité du juge. Elle rappelle que dans sa théorie de l'acte juridictionnel, Duguit souligne que la mission exclusive du juge consiste à résoudre des questions de conformité au droit<sup>3169</sup>. Le juge ne réaliserait ainsi qu'un acte d'intellection dans l'adoption d'un acte juridictionnel, qui découlerait uniquement d'un raisonnement syllogistique portant sur la mise en relation d'un acte étatique (décision, règlement, loi) à une norme supérieure. L'opération juridictionnelle ne ferait appel qu'à une logique impar-

---

<sup>3162</sup> Duguit (1930), p. 724-725.

<sup>3163</sup> Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

<sup>3164</sup> Lambert (1921), p. 15-16.

<sup>3165</sup> Cet élément de la doctrine de Duguit avait été subrepticement remarqué par Laski. Cf. Laski (1932), p. 127.

<sup>3166</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2, 2).

<sup>3167</sup> Laski (1932), p. 127.

<sup>3168</sup> Baumert (2009), p. 72.

<sup>3169</sup> Cf. Duguit (1907), p. 241 ; Duguit (1928), p. 426.

tiale et neutre excluant toute interférence d'une volonté et donc tout risque d'arbitraire<sup>3170</sup>. Il est permis de déduire de ce constat que la neutralité et l'impartialité du juge ne résultent pas uniquement de l'indépendance qui lui est octroyée par la séparation des pouvoirs. Ces qualités sont la conséquence même de la nature du raisonnement que le juge est conduit à mener. Dans la première édition de son *Manuel de droit constitutionnel* (1907), Duguit va même jusqu'à reconnaître que le large pouvoir d'appréciation dont peut jouir le juge dans certains cas ne remet pas en cause son impartialité : « le juge peut avoir un pouvoir très grand d'appréciation, relativement au droit objectif ou au droit subjectif et aux conséquences qui en résultent, relativement aux faits qui lui sont soumis ; deux juges peuvent même, dans des espèces identiques, donner des solutions différentes. Mais si le juge procède régulièrement, il ne peut pas résoudre le même cas différemment suivant son bon plaisir ; il ne fait pas acte de volonté à proprement parler ; il ne peut pas mettre sa volonté à la place de l'opération logique, qui est dominée par une mineure et une majeure, suivant les lois de la pensée humaine. Le juge constate le droit et en tire la conclusion logique »<sup>3171</sup>. Le juriste français écrit ces lignes à une période où il refuse encore le contrôle de constitutionnalité des lois. On peut soutenir que son retournement d'opinion a pu être en partie provoqué par sa confiance dans la garantie de neutralité et d'impartialité assurée par la mission du juge.

Dans l'introduction à la présente section, nous disions que les moyens imaginés par le juriste français pour aider à la transcription du droit objectif dans la loi positive faisaient émerger tantôt un Duguit « démocrate », tantôt un Duguit « élitiste »<sup>3172</sup>. Force est de constater que le second finit par l'emporter sur le premier. Si sa théorie de la représentation lui permet d'affirmer ses faveurs pour des moyens de contrôle démocratique des gouvernants, c'est aussitôt pour y mettre un nombre substantiel de nuances. Duguit rejette ainsi le mandat impératif autant qu'il s'empresse de donner un caractère purement consultatif au référendum, au motif que le dernier mot doit revenir au Parlement, composé d'hommes plus compétents. Il ne lui vient non plus pas à l'idée que le droit de dissolution puisse être directement exercé par le peuple ou que ce dernier bénéficie d'un pouvoir d'initiative législative ou constitutionnelle. Il semble bel et bien que dans l'esprit du Doyen de Bordeaux, les représentants doivent garder une indépendance et une autonomie d'action par rapport à leurs représentés, quand bien même ceux-ci constituent la source vive où se révèle ce droit objectif que les députés ont pour mission de découvrir et de mettre en œuvre. Les faveurs de Duguit envers les instruments démocratiques ont donc de sérieuses limites et ses penchants élitistes reprennent rapidement le dessus. A ce propos, on rappellera à profit que Duguit fut long-

---

<sup>3170</sup> Redor (1992), p. 264-265.

<sup>3171</sup> Duguit (1907), p. 241

<sup>3172</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.

temps un partisan convaincu du *vote plural* et proposait que le poids de chaque suffrage soit pondéré selon la « capacité » de l'électeur<sup>3173</sup>. Si les penchants démocratiques de Duguit sont déjà mis à mal de ce point de vue, le système argumentatif qu'il met en place pour défendre le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ne laissent qu'une place restreinte au doute. Au final, c'est une figure à faible légitimité démocratique, le juge ordinaire, qui se voit remettre les clés du système et la garde du droit objectif.

### 3. La théorie de l'acte administratif

#### 3.1 Définition de la fonction administrative

Les points de vue et les préoccupations s'alternent et se succèdent dans l'analyse de la fonction législative proposée par Léon Duguit. Annonçant procéder à la définition de la fonction législative sur la base exclusive des caractères internes de l'acte législatif, Duguit se révèle rapidement infidèle à son programme, développant une série d'arguments d'ordre politique à l'appui de ses démonstrations. Ainsi le juriste français défend-t-il la supériorité d'une conception de la loi conçue en termes généraux et abstraits en invoquant la garantie qu'elle procure contre l'arbitraire des gouvernants. De même, la distinction entre législation normative et législation constructive permet de démarquer précisément le rôle de l'Etat dans l'établissement et la garantie des règles de droit. Duguit aborde la fonction administrative selon un plan similaire ; il établit en premier lieu une définition matérielle de la fonction administrative en s'attachant à décrire les caractères internes de l'acte administratif avant de souligner toutes les limites que l'Etat ne saurait franchir dans l'exercice de la fonction administrative.

En conformité avec sa théorie des fonctions de l'Etat, Duguit décrit la fonction administrative selon un point de vue *matériel*. Il ne prend ainsi en considération que les caractéristiques internes de l'acte administratif révélées par la situation juridique qu'il est susceptible de produire. L'aspect formel des actes administratifs est laissé délibérément de côté. Duguit rappelle, à cet égard, que la détermination de l'organe qui rend un acte étatique ainsi que des possibilités et des modalités d'un recours à son encontre est une question qui regarde la théorie des organes de l'Etat et de leur agencement hié-

---

<sup>3173</sup> On lit notamment ces lignes imprégnées d'élitisme dans la quatrième édition du *Manuel de droit constitutionnel* : « *Qu'on accorde à tous une participation à la puissance publique, cela est juste, puisque tous ont intérêt à ce que les affaires publiques soient bien gérées et que tous supportent les charges publiques. Mais qu'on accorde à tous une égale participation à la puissance publique, sous prétexte que tous sont membres du corps social, c'est un pur sophisme, car si tous les individus sont membres du corps social, ils rendent à la société des services différents et ont une capacité différente. Par conséquent, pour respecter le principe d'égalité, on devrait accorder à chacun une participation à la puissance politique variant suivant sa capacité et les services qu'il est susceptible de rendre et qu'il rend en effet à la société* ». Cf. Duguit (1923), p. 221. Sur ce point, cf. Blanquer/Milet (2015), p. 95, p. 137, p. 213 ; Sacriste (2011), p. 458.

rarchique mais ne concerne en rien le problème des fonctions juridiques de l'Etat<sup>3174</sup>. À la suite de ces précisions, Duguit affirme que la fonction administrative comprend l'ensemble des actes-conditions et des actes subjectifs rendus par l'Etat. La fonction administrative est ainsi nettement séparée de la fonction législative qui comprend, quant à elle, l'ensemble des actes-règles émanant de l'Etat. La démarcation des fonctions juridiques de l'Etat s'effectuant par la classification des actes étatiques, on pourrait tout de même suspecter Duguit de commettre une confusion lorsqu'il classe dans la même fonction juridique deux actes donnant lieu à deux types de situation juridique nettement distincts. En effet, un acte-condition comme la nomination d'un fonctionnaire place ce dernier dans une situation où il pourra faire un usage indéfiniment répété des pouvoirs juridiques aménagés par le régime légal de la fonction publique, sans qu'un nouvel acte administratif doive intervenir pour chaque usage de l'une de ces prérogatives. En revanche, une décision de taxation rendue à l'encontre d'un contribuable pour une année fiscale déterminée fera naître une obligation de payer à la charge du contribuable et un droit d'action de l'administration fiscale pour récupérer la somme exigée. Une fois que le particulier aura accompli son obligation, celle-ci disparaître et un nouvel acte administratif sera nécessaire afin de créer une nouvelle obligation à la charge de l'individu concerné. Cette illustration comparative nous montre que Duguit met dans l'orbe de la fonction administrative autant les actes étatiques qui placent un ou plusieurs individus dans une situation juridique objective aménagée par un régime légal préexistant ainsi que ceux faisant naître une situation juridique subjective à l'égard d'un ou plusieurs individus<sup>3175</sup>. Le point qui permet cependant de réunir ces catégories dans un ensemble commun a trait à leur caractère nettement *individualisé* puisque, dans les deux cas, il s'agit d'actes étatiques traitant de la situation juridique d'individus déterminés<sup>3176</sup>. Pour cette raison, l'acte administratif est toujours libellé en termes individuels et concrets. Par opposition, la fonction législative regroupe des actes-règles qui ont par nature un cercle de destinataires indéterminable dans la mesure où ils sont énoncés en termes généraux et abstraits. Dans tous les cas, le mode d'énonciation des actes étatiques est fonction de leur effet juridique.

En délimitant la fonction administrative par la description du contenu matériel des actes administratifs, Duguit défend un point de vue matériel qui n'emportait de loin pas l'adhésion de la doctrine de son temps. Nous avons déjà retracé les débats doctrinaux relatifs aux critères de distinction des différentes fonctions juridiques de l'Etat. Concernant la définition de la fonction administrative, les lignes d'opposition étaient peu ou prou identiques à celles qui divisaient les auteurs intéressés à la détermination

---

<sup>3174</sup> Duguit (1928), p. 284-285.

<sup>3175</sup> Ibid., p. 286.

<sup>3176</sup> Ibid., p. 287 ; on notera que Duguit range également dans la catégorie des actes administratifs l'ensemble des actes matériels accomplis par les agents publics en vue du bon fonctionnement des services publics. Cf. Ibid., p. 289.

de la fonction législative. Cette raison justifie que l'on se contente d'indiquer à grands traits les tendances majeures de la doctrine. En premier lieu, Duguit adresse de sérieuses critiques aux auteurs qui tentent d'appréhender la fonction administrative selon un critère téléologique, c'est-à-dire en prenant en considération les buts particuliers que poursuivrait l'administration. Nous retrouvons cette tendance aussi bien en France qu'en Allemagne. Ainsi Hauriou définit la fonction administrative essentiellement par les buts pratiques qu'elle poursuit, indiquant à cet égard que l'administration consiste à « *faire les affaires courantes du public : 1) en ce qui concerne la gestion des intérêts généraux ; 2) en ce qui concerne l'administration exécutive du droit* »<sup>3177</sup>. Si l'on suit la définition proposée par le juriste toulousain, on reconnaît un acte administratif à ce qu'il poursuit nécessairement un but d'intérêt général ou d'exécution du droit, ce second but pouvant se confondre, selon nous, avec le premier. Artur tient une position strictement analogue lorsqu'il écrit qu'administrer revient « *à pourvoir, par des actes immédiats, incessants, à l'organisation et au fonctionnement des services publics* »<sup>3178</sup>. En Allemagne, la définition de l'administration selon les buts poursuivis trouva en Otto Mayer et Georg Jellinek des défenseurs résolus, ce dernier estimant que l'activité administrative se caractérise par les buts de préservation de l'Etat et de développement de la culture – ce dernier terme étant étendu dans un sens très large – qu'elle poursuit<sup>3179</sup>. Duguit fait grief à ces auteurs de confondre le problème des fins de l'activité étatique avec la question des moyens juridiques que l'Etat emploie pour atteindre ses buts qui sont, selon lui, deux ordres de problèmes clairement distincts. A cet égard, le juriste français relève que la classification des actes étatiques sur le fondement de leur finalité aurait quelque pertinence si les auteurs défendant un tel point de vue affirmaient sans ambages que l'ensemble des lois réglant l'organisation politique, diplomatique et administrative ou militaire d'un Etat sont des actes administratifs vu qu'elles tendent à la préservation de l'Etat et des services publics. De même, ils devraient reconnaître que toutes les législations relatives à la protection des travailleurs, à l'assistance publique ou aux retraites ouvrières sont des actes d'administration en ce qu'elles œuvrent à la satisfaction de l'intérêt général et au développement de la « culture ». Duguit accule ainsi ses adversaires théoriques aux limites de leurs contradictions en soulignant que ces derniers, pour être cohérents avec les fondements de leur pensée, devraient qualifier la presque totalité de la législation des Etats modernes d'actes administratifs. Une position que, bien entendu, aucun des auteurs incriminés n'ose tenir<sup>3180</sup>.

Les théories formalistes des fonctions de l'Etat sont le miroir inversé de la position de Duguit sur le sujet. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, le Doyen de Bordeaux se

---

<sup>3177</sup> Hauriou (1933), p. 24 ; Cf. Duguit (1928), p. 295.

<sup>3178</sup> Artur (1905), p. 19 ; Cf. Duguit (1928), p. 297.

<sup>3179</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>3180</sup> Duguit (1928), p. 300-301.

distancie en termes net et précis des vues du représentant le plus convaincu de cette définition, Raymond Carré de Malberg<sup>3181</sup>. Le Doyen de Bordeaux et le Professeur de Strasbourg défendent deux projets méthodologiques distincts, leur opposition sur la définition des fonctions juridiques de l'Etat n'étant que le résultat de cette première divergence. La position de ces deux auteurs sur la valeur du droit positif pour la science du droit est la source de leur désaccord. La loi positive est pour Carré de Malberg le moyen d'apprécier la valeur scientifique d'une théorie juridique, celle-ci étant évaluée par son degré de conformité aux données du droit positif en vigueur<sup>3182</sup>. Pour cette raison, Carré de Malberg juge fort sévèrement la doctrine de Duguit relative aux fonctions juridiques de l'Etat, estimant qu'elle entre en contradiction flagrante avec les principes consacrés par le droit constitutionnel alors en vigueur<sup>3183</sup>. A cet égard, il est vrai que la théorie du droit de Duguit n'assigne pas la même fonction au droit positif. Celui-ci dispose d'une valeur seconde et subordonnée dans l'économie générale du système duguitien. Notre recherche s'est, pour l'essentiel, soumise à cette systématique. Dans un premier temps, Duguit élabore un concept de droit totalement indépendant de la notion d'Etat, né des liens de solidarité qui unissent les individus d'une même société. Ce n'est que dans un second temps qu'il prend en considération le droit positif afin d'évaluer la conformité de ce dernier au droit objectif. Alors qu'il est un critère d'évaluation de la valeur d'une doctrine chez Carré de Malberg, le droit positif n'est, pour Duguit, qu'un outil à disposition du juriste pour jauger la conscience juridique du moment. Cependant, le juriste doit constamment évaluer les béances et les dérivations qui écartent le droit positif de la réalité du droit social, raison pour laquelle Duguit conçoit tout à fait qu'un auteur de doctrine s'écarte des données du droit positif s'il estime que celui-ci n'est pas en conformité avec le droit objectif.

Duguit a ainsi écarté de ses considérations l'art. 1<sup>er</sup> de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pour dresser la théorie de la fonction législative, invoquant ses obscurités pour mieux le rejeter<sup>3184</sup>. Il n'a pas plus d'égards pour l'art. 3 de cette même loi, dont Carré de Malberg se sert pour dévoiler « *la vraie notion de l'administration selon le droit positif français* »<sup>3185</sup>. En disposant que le Président de la République doit non

<sup>3181</sup> Rappelons que Duguit affirme que lui et Carré de Malberg ne parlent « *tout simplement pas la même langue* » ajoutant que leurs conceptions respectives du droit se situent aux antipodes. Cf. *Ibid.*, p. 303 et p. 450 : « *la pensée de Carré de Malberg est aux antipodes de la mienne ; nous ne pouvons discuter, nous ne parlons pas la même langue* ».

<sup>3182</sup> Cela ne signifie pas que la théorie du droit de Carré de Malberg se réduise à un positivisme plat et littéraliste, les travaux d'Eric Maulin ont, à cet égard, tout ce que le positivisme du juriste alsacien avait de subtil, notamment à travers le travail effectué sur le texte constitutionnel afin d'en extraire les principes généraux qui le constituent. Cf. Maulin (2003), p. 24-27.

<sup>3183</sup> Cf. la confrontation entre Duguit et Carré de Malberg sur la fonction législative, *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1. En ce qui concerne la fonction administrative, Carré de Malberg se plaît également à affirmer que la doctrine de Duguit ne trouve « *aucun appui* » dans le droit public français. Cf. Carré de Malberg (1920), p. 472.

<sup>3184</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.2.

seulement promulguer les lois mais également en surveiller et en assurer l'exécution, la loi du 23 février 1875 aurait établi une définition claire de la fonction administrative. En effet, il apparaît que le propre de l'activité administrative tient dans sa dépendance à la loi, en ce que l'acte administratif intervient nécessairement pour l'exécuter au sens littéral du mot ou, plus largement, pour développer et mettre en œuvre par différentes mesures les principes qui y sont énoncés<sup>3185</sup>. En cela, administration et législation ne sauraient être distinguées ni selon les buts poursuivis – chacun concourt à la réalisation des buts de l'Etat – ni selon les procédés employés – législation et administration intervenant par actes libellés tant en termes généraux et abstraits qu'individuels et concrets – ni même selon le domaine propre de leur activité ; nous savons que Carré de Malberg récuse la théorie allemande affirmant que l'énonciation des règles de droit soit le domaine dévolu à la législation au sens matériel<sup>3187</sup>. Aux termes du droit constitutionnel français, la seule distinction possible entre l'acte législatif et l'acte administratif est liée à la différence de puissance quant à leurs effets. La loi est, en effet, l'expression de la volonté la plus haute de l'Etat. A ce titre, elle jouit d'une double supériorité sur l'acte administratif. En premier lieu, la loi peut modifier ou abroger les dispositions prises par voie administrative, l'inverse n'étant pas vrai<sup>3188</sup>. En second lieu, la législation est libre, elle peut se développer dans tout domaine tandis que l'administration est liée ; elle ne peut s'exercer que dans les matières qui lui sont confiées par la loi, qui la domine et la limite juridiquement<sup>3189</sup>. Dans cette mesure, il est possible de qualifier la fonction administrative de fonction *exécutive*, non pas que l'administration se borne à appliquer mécaniquement les lois, mais simplement par ce fait qu'elle ne dispose d'aucune puissance d'initiative, agissant uniquement dans les limites et sur le fondement de la loi<sup>3190</sup>.

Selon Carré de Malberg, cette dépendance de l'acte administratif envers l'acte législatif ne représente nullement la consécration de « *l'Etat de droit* » par le régime constitutionnel de la III<sup>e</sup> République. Le juriste alsacien a ici en vue la notion forgée par les publicistes allemands Robert von Mohl, Julius Stahl et Rudolf Gneist selon laquelle l'Etat offre à ses citoyens une garantie contre l'arbitraire des autorités étatiques en soumettant son action à des règles préétablies, cela en établissant un régime de droit qui détermine les droits des citoyens ainsi que les voies et moyens de droit qui pourront être employés à leur encontre pour réaliser les buts de l'Etat<sup>3191</sup>. L'idée directrice qui

---

<sup>3185</sup> Carré de Malberg (1920), p. 474.

<sup>3186</sup> Ibid., p. 475-476.

<sup>3187</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>3188</sup> Carré de Malberg (1920), p. 486.

<sup>3189</sup> Ibid.

<sup>3190</sup> Ibid., p. 502 s.

<sup>3191</sup> Ibid., p. 488 ; Dans sa reconstruction du concept d'Etat de droit, Carl Schmitt a bien mis ces différents éléments en relief. Cf. Schmitt (1993), p. 269-271.

préside à la subordination des autorités administratives à la législation en vigueur est tout autre dans le système constitutionnel français. En effet, les fondements du principe de légalité trouvent leur origine dans une conception particulière de l'organisation des pouvoirs, en ceci que la soumission de l'administration à la loi a moins pour finalité de protéger les citoyens contre l'arbitraire que d'assurer la suprématie du Corps législatif – organe investi du pouvoir de représentation – sur les autres organes de l'Etat<sup>3192</sup>. Le système constitutionnel français instaure ainsi le modèle de « l'Etat légal » qui, à l'évidence, offre une garantie moindre aux citoyens que le régime de l'Etat de droit puisqu'en assurant l'autorité absolue du Parlement, il prive les citoyens de tout moyen de recours à l'endroit des dispositions prises par le Corps législatif<sup>3193</sup>. Une telle conclusion dérive en droite ligne de la conception formelle de la loi défendue le Professeur de Strasbourg. Il nous a déjà été donné de constater que le juriste alsacien soutient que toute décision émanant de l'organe législatif est à considérer comme une loi, s'imposant à toutes les autorités et insusceptible de recours, quand bien même il s'agirait d'une disposition énoncée en termes individuels et concrets privant un citoyen de ses droits pour un motif obscur<sup>3194</sup>.

Cette doctrine qui fixe le caractère des actes étatiques selon l'organe qui les adopte, plus précisément selon sa position dans l'organisation hiérarchique des pouvoirs, est l'objet des attaques les plus vives de la part de Duguit. A cet égard, le Doyen de Bordeaux juge incompréhensible que deux actes étatiques au contenu identique puissent recevoir deux qualifications distinctes du fait qu'ils n'émanent pas du même organe<sup>3195</sup>. On ne peut pas dire grand-chose de cette incompréhension si ce n'est qu'elle est le fruit de l'opposition irréconciliable entre la vision matérielle des actes étatiques, défendue par Duguit en dehors de tout ancrage dans le droit positif, et l'acception formelle des fonctions de l'Etat que Carré de Malberg établit sur la base d'une lecture qui se veut respectueuse de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. C'est dans ce même esprit que Duguit critique la tendance à assimiler fonction administrative à une « *prétendue fonction exécutive* »<sup>3196</sup>, pour la simple raison que la tâche d'exécution des lois – confiée au Président de la République par l'art. 3 de la loi du 25 février 1875 – implique l'adoption d'actes qui rentrent dans les fonctions législative, administrative et juridictionnelle. En effet, l'exécution des lois peut s'effectuer par tout acte permettant de préciser le sens des dispositions légales ou d'en assurer l'effectivité<sup>3197</sup>. Or une telle tâche peut autant être accomplie par un règlement – norme générale et abstraite

<sup>3192</sup> Carré de Malberg (1920), p. 490-491.

<sup>3193</sup> Ibid., p. 492-493.

<sup>3194</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>3195</sup> Duguit (1928), p. 303.

<sup>3196</sup> Ibid., p. 530.

<sup>3197</sup> On se réfère ici à la définition large proposée par Raymond Carré de Malberg. Cf. Carré de Malberg (1920), p. 476.

relevant de la fonction législative<sup>3198</sup> – que par des actes individuels et concrets qui revêtent de ce fait la qualité d'actes administratifs<sup>3199</sup>. L'exécution des lois ne constitue ainsi pas une fonction juridique de l'Etat puisqu'il n'existe pas d'acte d'exécution qui puisse donner lieu à une situation juridique que l'on ne pourrait rattacher aux fonctions législative ou administrative. Tout au plus, l'exécution des lois peut être regardée comme l'un des buts de l'Etat auquel doit tendre l'activité des gouvernants pour assurer leur mission de service public ; mais nous savons désormais que la question des buts de l'Etat ne regarde en rien le problème des fonctions juridiques qu'il exerce, cet élément n'ayant trait qu'aux moyens juridiques mis en œuvre<sup>3200</sup>.

Cette propension à assimiler la fonction administrative à une fonction subordonnée aux lois est due, selon Duguit, au rôle crucial du principe de légalité dans les Etats modernes<sup>3201</sup>. Le Doyen de Bordeaux reconnaît sans mal la pertinence d'un tel point de vue tant il cadre parfaitement avec les orientations générales de sa doctrine<sup>3202</sup>. Aucun acte de volonté n'échappe à la prise du droit, qu'il émane d'un particulier ou d'un gouvernant, tous étant pris dans les filets du droit objectif tressés par les liens d'interdépendance sociale. Cependant, la façon dont Duguit justifie le principe de légalité des actes administratifs se heurte frontalement au mode argumentatif déployé par Carré de Malberg. Duguit est résolument du côté de ceux qui construisent le principe de légalité sur le fondement de la notion d'Etat de droit. Dans la généalogie du concept de loi qu'il dresse autant dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* que dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit affirmait que les gouvernants des « sociétés primitives » agissaient exclusivement par voie individuelle et concrète avant que se développe progressivement chez les gouvernés l'idée fondamentale selon laquelle une vie sociale stable et paisible n'est possible que sous l'empire de règles s'appliquant à tous<sup>3203</sup>. Il soutenait ainsi, d'une manière fort commune, que le principe de légalité a eu une tendance inexorable à se développer en raison de la sécurité juridique et de la garantie contre l'arbitraire qu'il procure<sup>3204</sup>. Duguit est donc bien plus proche des théoriciens allemands de l'Etat de droit que de la doctrine de Carré de Malberg qui justifie le principe de légalité par la nécessité d'assurer l'autorité suprême du Corps législatif. Duguit relève à cet égard que la règle générale et abstraite qui doit limiter l'activité des gouvernants peut provenir de sources diverses (coutume, jurisprudence, règlement) et ne doit pas forcément émaner du Parlement<sup>3205</sup>.

---

<sup>3198</sup> La position de Duguit à cet égard est on ne peut plus claire. Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.2.1

<sup>3199</sup> Duguit (1928), p. 534.

<sup>3200</sup> *Ibid.*, p. 535 ; cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 1.

<sup>3201</sup> Duguit (1928), p. 303.

<sup>3202</sup> La section suivante y sera expressément consacrée, cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 3.2.

<sup>3203</sup> Duguit (2003), p. 466 s ; Duguit (1928), p. 174.

<sup>3204</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.2.1.

<sup>3205</sup> Duguit (1928), p. 303.

### 3.2 *La volonté dans l'acte administratif*

Le principe de légalité a un rôle central – quoique non théorisé de façon systématique – dans la théorie duguitienne de la fonction administrative. En effet, il lui permet de décliner l'axiome fondamental de sa théorie de l'Etat, celui de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée. Ce principe trouve son origine dans la conception du corps social défendue par Duguit où chaque individu se trouve soumis à la même discipline de groupe qui le contraint à œuvrer au développement de la solidarité sociale. Ce postulat formait déjà la matrice de sa réfutation de la notion de souveraineté de l'Etat, le juriste bordelais tentant de démontrer que l'on ne peut établir aucune supériorité intrinsèque de la volonté de l'Etat sur la volonté de l'individu, sauf à tomber dans les multiples « fictions métaphysiques » liées aux idées de personnalité juridique de l'Etat ou de volonté générale<sup>3206</sup>. L'axiome de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée constitue la trame qui permet de restituer dans leur logique globale les interventions du Doyen de Bordeaux dans les domaines du droit public et du droit privé. Il y affirme que le droit objectif saisit la volonté du particulier et la volonté gouvernante sur un mode identique. Il existe ainsi une symétrie entre les développements du juriste français sur le droit de propriété, l'abus de droit ou la responsabilité civile et sa théorie du service public. L'antisubjectivisme qui s'y manifeste vise à démontrer que la finalité du droit est moins de protéger le libre épanouissement de la volonté d'un sujet – la liberté individuelle en droit privé et la souveraineté en droit public – que de réprimer les actes contraires à la solidarité et d'encourager ceux qui la renforcent. Enfin, le principe de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée est mis à contribution par Duguit dans sa théorie de la fonction législative. Avec de lourdes réserves, le juriste français reconnaît une valeur similaire aux sources étatiques et non-étatiques dans la législation normative.

Selon Duguit, la validité d'un acte administratif répond aux mêmes exigences que la validité d'un acte juridique émanant de la volonté d'un particulier. En ce sens, il parvient à décliner le principe de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée en trois affirmations fondamentales. En premier lieu, le juriste français soutient qu'aucun acte administratif n'échappe à la prise du droit, prenant ainsi la défense intransigeante du principe de légalité contre la théorie des actes de gouvernement. En second lieu, Duguit affirme que les éléments constitutifs de l'acte administratif ne diffèrent en rien des éléments essentiels de l'acte juridique, à savoir que la validité d'un acte administratif est liée à la conformité de son objet et de son but au droit objectif. Enfin, le Doyen de Bordeaux estime que les modalités d'expression de la volonté dans l'acte administratif sont identiques en droit privé et en droit public, en ceci que les actes régis par le droit public présentent un caractère interne similaire aux actes juridiques qui font l'objet de règles de droit privé. Les types de situations juridiques aux-

<sup>3206</sup> Le premier titre de notre recherche est entièrement consacré à ce problème. Cf. *supra*, Titre I.

quels un acte de volonté est susceptible de donner naissance sont, en effet, les mêmes en droit privé et en droit public. À cet égard, nous verrons ainsi que Duguit soulignera que le droit public n'est pas uniquement caractérisé par des actes unilatéraux, au même titre qu'il avait démontré que le contrat n'était de loin pas la seule catégorie d'acte juridique connue par le droit privé. Ses réflexions sur les contrats de droit public en témoigneront.

### 3.2.1 Contre la théorie des actes de gouvernement : le principe de légalité

Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit se fait le défenseur convaincu du principe de légalité. Une lecture attentive de la pensée du juriste français sur ce point laisse toutefois apparaître certaines nuances. En effet, Duguit prend soin de distinguer la légalité *matérielle* de la légalité *formelle*. Cette dernière ne concerne que la répartition du pouvoir législatif entre les différents organes de l'Etat. Il y aura ainsi violation du principe de la légalité formelle lorsqu'un organe aura adopté un acte de nature législative qui relève de la compétence du Parlement, à l'image des « règlements de nécessité » adoptés par le gouvernement hors de toute habilitation législative dans des domaines qui appartiennent en temps normal au Corps législatif<sup>3207</sup>. Ces actes constituent des atteintes au principe de l'« Etat légal » théorisé par Raymond Carré de Malberg. Il s'agit, en effet, d'usurpations de l'autonomie législative – dévolue au seul Parlement – par une autorité qui n'a qu'un pouvoir secondaire d'exécution de lois<sup>3208</sup>. Duguit ne se montre pas totalement défavorable aux entorses au principe de légalité formelle. Il reconnaît certes que, dans l'histoire constitutionnelle de la République française, le Parlement s'est souvent vu octroyer le soin d'édicter les normes générales et abstraites, tandis que le rôle du gouvernement et de l'administration se limitait à pourvoir à leur exécution par des actes individuels et concrets<sup>3209</sup>. D'un point de vue général, il juge néanmoins conforme à l'évolution de l'Etat moderne l'accroissement du pouvoir réglementaire dévolu à l'exécutif. Sa théorie du service public a mis en relief l'extension continue de la sphère d'action de l'Etat, ce dernier prenant en charge ou réglementant un nombre croissant d'activités sociales<sup>3210</sup>. Cette dynamique propre à l'Etat moderne a eu des conséquences décisives sur la répartition du pouvoir législatif. Le Parlement n'ayant plus le temps de délibérer sur l'ensemble de la réglementation propre à la large activité de l'Etat moderne, une partie notable de l'activité législative a dû tout logiquement être transférée au gouvernement et au puissant appareil administratif qui le soutient<sup>3211</sup>. S'agissant plus spécifiquement des règlements de nécessité adoptés dans des situations exceptionnelles, le Doyen de Bordeaux estime également que, pour des raisons pratiques d'organisation, le gouvernement est mieux

---

<sup>3207</sup> Duguit (1930), p. 748 s.

<sup>3208</sup> Cf. Carré de Malberg (1920), p. 646 s.

<sup>3209</sup> Duguit (1924), p. 666.

<sup>3210</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.1.

<sup>3211</sup> Duguit (1924), p. 699 s.

placé que le Parlement pour agir avec célérité<sup>3212</sup>. La tolérance affichée par Duguit envers les transgressions de la légalité formelle s'explique aisément par la conception matérielle de la loi qu'il défend. Pour mémoire, une loi au sens matériel est, selon Duguit, tout texte normatif énoncé en termes généraux et abstraits. De ce point de vue, une loi votée par un Parlement et un règlement adopté par le gouvernement sont d'une nature identique. C'est grâce à la généralité et à l'abstraction de ses dispositions qu'un texte de loi pose des digues solides à l'arbitraire dont l'Etat pourrait se rendre coupable. Dans cette perspective, la question de savoir quel organe de l'Etat a adopté le texte en question importe peu<sup>3213</sup>.

C'est donc le principe de la *légalité matérielle*, qui concerne la conformité de l'ensemble des actes administratifs au droit général et abstrait existant, quelle que soit la source dont il émane, qui préoccupe le plus Duguit. Sur cet aspect, le juriste bordelais se montre bien plus intransigeant. Il estime qu'aucun organe de l'Etat ne saurait prendre une décision individuelle qui ne soit conforme à une disposition par voie générale antérieurement édictée<sup>3214</sup>. Le Doyen de Bordeaux soutient que le principe de légalité ainsi défini dans son aspect matériel doit être absolu dans son application, en ceci qu'un recours pour excès de pouvoir déposé contre un acte administratif doit être déclaré recevable en toutes circonstances, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un acte rendu *contra legem*<sup>3215</sup>. Duguit pousse son raisonnement assez loin sur ce point puisqu'il estime, à l'encontre de la solution découlant du droit constitutionnel positif, que le Parlement ne saurait faire un acte individuel et concret qui ne puisse être conforme à une règle générale et abstraite antérieure<sup>3216</sup>. Le Doyen de Bordeaux déplore l'absence de sanction dans un tel cas de figure, tout en précisant que l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité permettrait de résoudre ce problème<sup>3217</sup>.

Cette affirmation est appuyée par les arguments développés par Duguit en défense de sa conception matérielle de la loi. L'Etat ne peut agir hors de toute règle générale préalable, sauf à tomber dans l'arbitraire et le despotisme, et c'est pour cette raison précise que l'acception matérielle de la loi s'est peu à peu développée et imposée dans les esprits. Le principe de légalité est ainsi défendu en raison de la double garantie politique qu'il procure. Il est tout d'abord un facteur de sécurité juridique, les justiciables

---

<sup>3212</sup> Ibid., p. 760 ; Pour un aperçu plus détaillé de la position de Duguit sur les « règlements de nécessité », cf. Goupy (2011), p. 69 s.

<sup>3213</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.2.1.

<sup>3214</sup> Duguit (1930), p. 732.

<sup>3215</sup> Ibid., p. 734.

<sup>3216</sup> Ibid., p. 733 ; rappelons que dans la définition de la fonction législative que Carré de Malberg déduit du droit positif, le Parlement est tout à fait en droit d'adopter un acte individuel et concret qui contrevienne à une norme générale et abstraite. Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.1.

<sup>3217</sup> Sur le rapport de Duguit au contrôle de constitutionnalité des lois, cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.3.2.

pouvant prévoir à l'avance les décisions rendues par l'Etat par la connaissance du régime légal applicable. Il est en outre un moyen efficace de contrer l'arbitraire du législateur, que l'obligation de statuer par voie générale et abstraite astreint à l'impersonnalité des décisions ainsi qu'à un certain désintéressement<sup>3218</sup>. La justification du principe de légalité prend ainsi chez Duguit l'aspect d'un plaidoyer en faveur de l'Etat de droit. On voit bien ici tout ce qui sépare l' « Etat de droit » de l' « Etat légal ». Il s'agit dans un cas de protéger le citoyen contre les dérives du pouvoir de l'Etat, dans l'autre de prémunir le Corps législatif contre les ingérences venues des autres organes de l'Etat.

C'est fort de cette distinction que nous pouvons aborder la critique duguitienne de la notion d'acte de gouvernement, dans laquelle le Doyen de Bordeaux perçoit l'une des plus graves entorses au principe de la légalité matérielle<sup>3219</sup>. Par acte de gouvernement, Duguit vise tout acte administratif – donc un acte individuel et concret comme un acte-condition ou un acte subjectif – qui présentent deux caractéristiques particulières : il est déterminé par un but politique et il échappe, pour cette raison, à tout recours, quand bien même il aurait été fait en violation flagrante des lois existantes<sup>3220</sup>. La notion d'acte de gouvernement n'est, bien entendu, pas une création de Duguit si bien que l'appréciation de ce qu'est un « but politique » caractéristique de l'acte de gouvernement est puisé chez d'autres auteurs. Duguit mentionne les noms de Batbie et Dufour, ce dernier écrivant que « *ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la Société prise en elle-même, ou personnifiée dans le Gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement* »<sup>3221</sup>. En ce sens,

---

<sup>3218</sup> Ibid., p. 733. Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.2.1.

<sup>3219</sup> Duguit (1930), p. 736.

<sup>3220</sup> Duguit (1928), p. 306. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit opère une distinction entre les actes de gouvernement et ce qu'il appelle les actes politiques. Cette dernière catégorie recouvre, dans l'esprit du Doyen de Bordeaux, tous les actes étatiques, sans considération de leur caractère interne (les actes politiques ne se limitent pas aux actes administratifs comme les actes de gouvernement) émanant d'un organe agissant en qualité d'organe politique (en principe, le gouvernement ou le parlement). De la liste d'exemples d'actes politiques dressé par Duguit (acte conférant une grâce, l'amnistie, déclaration d'état de siège, acte diplomatique), il apparaît que leur seul dénominateur commun est l'impossibilité de déposer un recours en raison du fait qu'ils présentent une dimension politique sensible. Nous ne sommes pas loin de la définition de l'acte de gouvernement. Deux distinctions subsistent néanmoins. La première est que les actes politiques couvrent l'ensemble des actes étatiques tandis que l'acte de gouvernement est nécessairement un acte administratif. La seconde tient au fait que les actes politiques mentionnés par Duguit ne sont pas des exceptions au principe de la légalité puisqu'ils reposent sur une habilitation légale ou constitutionnelle ; l'acte de gouvernement tel que compris par Duguit étant un acte administratif échappant au principe de la légalité pour des motifs politiques impérieux. Signalons toutefois que Duguit condamne autant la notion d'acte de gouvernement que celle d'acte politique, y voyant dans les deux cas un reliquat de la théorie de la souveraineté. Cf. Duguit (1928), p. 306-344 et Duguit (1930), p. 737.

l'acte de gouvernement est l'acte administratif rendu dans le but de parer un danger imminent pour l'ordre public. Cette définition basée sur la théorie du mobile politique était repoussée par la jurisprudence et combattue par la doctrine contemporaine de Duguit<sup>3222</sup>. Celui-ci se place au diapason de leur critique. Admettre les actes de gouvernement reviendrait tout simplement à donner une valeur juridique à la raison d'Etat et à autoriser de multiples violations au principe de la légalité matérielle<sup>3223</sup>. L'extrême labilité du concept de « but politique » ouvre la porte aux actes les plus arbitraires<sup>3224</sup>. C'est en ces termes que Duguit critique la position de Hauriou qui, dans son *Précis de droit administratif et de droit public*, admet l'existence d'actes administratifs qui échappent au principe de légalité<sup>3225</sup>. Le mode argumentatif mis en œuvre par le juriste toulousain concentre tout ce que Duguit rejette. En effet, Hauriou affirme que les actes de gouvernement sont soustraits au contrôle de la justice à raison de leur matière spéciale puisqu'ils doivent nécessairement concerner les affaires exceptionnelles et les grands intérêts de la Nation<sup>3226</sup>. Hauriou souligne l'utilité de placer ces affaires délicates hors de portée de la justice puisqu'il existe « *des nécessités politiques qui s'imposent pour la légitime défense de l'Etat et sur lesquelles il ne doit pas être contraint de s'expliquer* »<sup>3227</sup>. Duguit ne peut tolérer que l'on place ainsi des actes hors de la légalité puisqu'aucun acte de l'Etat ne saurait échapper à la prise du droit objectif<sup>3228</sup>. Accorder du crédit aux arguments de Hauriou, cela reviendrait à reconnaître une supériorité de principe à la volonté gouvernante, dans la mesure où l'on admet qu'elle se dérobe à l'autorité des lois existantes pour se placer par-dessus, une attitude que l'on ne tolérerait pas de la part d'un particulier. Or toute la théorie du droit de Duguit est dirigée contre ce pouvoir exorbitant de l'Etat de faire défaut au régime de la légalité matérielle et de l'Etat de droit, même en cas de circonstances exceptionnelles. On devine ici les critiques acerbes que Duguit aurait pu adresser à un Carl Schmitt s'il avait eu l'occasion de prendre connaissance de sa doctrine. A notre avis, le juriste français aurait certainement vu en Schmitt une sorte d'épigone de Max von Seydel. Le décisionnisme schmittien est proche de la théorie du *Herrscher* de Seydel en ceci que ces deux auteurs estiment que le pouvoir de décision du souverain fonde et prime l'ordre juridique – car il est la condition de son existence – tandis que la théorie du droit de Duguit est construite sur un postulat inverse : le droit objectif prime et

<sup>3221</sup> Nous empruntons la citation à Léon Michoud. Cf. Michoud (1889), p. 3.

<sup>3222</sup> Duguit (1930), p. 740. On trouvera une recension utile à cet égard chez Michoud. Cf. Michoud (1889), p. 9 s. Cf. également Carré de Malberg (1920), p. 530 ; Goupy (2011), p. 49 s.

<sup>3223</sup> Duguit (1930), p. 738.

<sup>3224</sup> Ibid.

<sup>3225</sup> Hauriou (1933), p. 415 s.

<sup>3226</sup> Ibid. p. 418.

<sup>3227</sup> Ibid., p. 421.

<sup>3228</sup> Duguit (1930), p. 743.

fonde la valeur juridique de la volonté gouvernante<sup>3229</sup>. Il ne nous est pas difficile de relier une telle affirmation à la conception générale du droit soutenue par Duguit qui repose sur l'existence d'un droit antérieur et supérieur à l'Etat. Face à la règle de droit, gouvernants et gouvernés sont placés dans une position d'équivalence. Chacun est tenu de se conformer à la règle et d'accomplir ainsi les devoirs nécessaires à la réalisation de la solidarité sociale. L'affirmation inconditionnelle du principe de la légalité ainsi que le refus des actes de gouvernement découlent de cette prémisse<sup>3230</sup>.

### 3.2.2 But et objet de l'acte administratif

La soumission de l'ensemble des actes administratifs à la loi constitue le premier moyen mis en œuvre par Duguit pour appuyer sa thèse de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée. Dans un second temps, le juriste français reprend ses développements relatifs à l'acte juridique afin de démontrer que la validité juridique d'un acte de volonté émanant d'un organe de l'Etat est soumise aux mêmes critères que les actes juridiques réalisés par des particuliers. Dans les deux cas, l'effet de droit prévu ne pourra se déployer qu'à la condition que l'objet et le but de l'acte soient conformes au droit objectif.

La volonté des gouvernants et la volonté des particuliers peuvent ainsi être placées sur un pied d'égalité dans la mesure où la volonté est, quelle que soit son origine, incapable de déclencher un effet de droit par sa seule force. Les différentes incursions menées par Duguit sur le terrain du droit privé lui ont notamment permis de se confronter à la théorie de l'« autonomie de la volonté ». Il avait en premier lieu dénoncé, sur un plan philosophique, les errements de cette doctrine héritière de l'individualisme des Lumières et qui considérait l'individu comme porteur d'un pouvoir de création juridique en raison des droits qu'il tiendrait de sa nature<sup>3231</sup>. Duguit avait ensuite démontré tout ce que cette position avait d'intenable face à une analyse réaliste de l'acte de volonté. L'homme n'ayant la maîtrise que de ses propres mouvements corporels (objet immédiat de l'acte de volonté), l'effet recherché (objet médiat de l'acte de volonté) ne se produira que par l'impulsion donnée à son acte par une loi naturelle ou juridique. Ainsi l'action de lâcher une pierre dans le vide n'est pas la cause efficiente de sa chute

---

<sup>3229</sup> Sur cet aspect du décisionnisme de Carl Schmitt, cf. Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt, Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 36 s. Sur Seydel, cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, II, 2.

<sup>3230</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de la section du *Traité de droit constitutionnel* spécifiquement consacrée à l'Etat de droit. Duguit commence par y rappeler les fondements de sa pensée avant de les relier au principe de légalité. Cf. Duguit (1930), p. 589 s.

<sup>3231</sup> Rappelons que selon Duguit, l'individualisme inhérent à la théorie du droit naturel admet que la « *volonté de l'homme a par nature une certaine force créatrice dans le domaine du droit, puisqu'il a par nature des droits, c'est-à-dire un pouvoir juridique. Il est d'évidence, par suite, que dans cette doctrine c'est la volonté humaine en soi qui, seule, produit l'effet de droit* ». Cf. Duguit (1927), p. 347.

mais constitue seulement le fait conditionnant l'application d'une loi naturelle, la loi de la gravité en l'occurrence, qui apparaît comme la véritable cause de l'effet produit. Selon Duguit, une logique similaire préside à l'enchaînement des phénomènes juridiques. Les déclarations de volonté des parties ne sont ainsi pas la cause de l'effet juridique du contrat – la naissance des obligations et l'ouverture d'une voie de droit – mais le simple fait qui conditionne l'application de la loi régissant le régime des contrats<sup>3232</sup>.

Cette critique d'ordre philosophique et épistémologique est transposée par Duguit dans son étude de l'acte administratif. Pas plus que la volonté d'un particulier dans un contrat, la volonté d'un agent public dans un acte administratif n'est en mesure de produire un effet juridique par sa seule force. Dans un premier temps, Duguit rappelle que la volonté gouvernante n'est en dernier ressort qu'une volonté d'individu qui n'a pas plus de valeur intrinsèque que la volonté du citoyen vers qui elle est dirigée. Or pour affirmer qu'une volonté humaine a par elle-même un pouvoir de créer un droit ou une obligation à l'égard d'autrui, il faut postuler des qualités particulières à cette volonté. En droit privé, nous l'avons vu, c'est le principe de l'autonomie de la volonté qui pose que l'homme peut imposer sa volonté au respect de tous lorsqu'elle exprime ses droits naturels. En droit public, seul le postulat voulant que l'agent public agit au nom d'une personne tierce extraordinaire, l'Etat personne investi de la puissance publique, pourrait donner un crédit quelconque à une telle affirmation. Ces deux postulats subjectivistes du droit moderne sont battus en brèche par Duguit dans sa critique de la « *double souveraineté* » démontrant que les hypothèses du droit naturel et de la souveraineté de l'Etat sont scientifiquement intenable<sup>3233</sup>. Dans un second temps, le Doyen de Bordeaux souligne que l'on peut bien souscrire à l'idée de la souveraineté de l'Etat, on n'en arrivera toujours pas à prouver que sa volonté puisse créer un effet de droit, pour cette raison fondamentale que « *la volonté du déclarant n'est jamais la cause créatrice de l'effet de droit, que la déclaration de volonté est seulement la condition à laquelle est subordonnée la naissance de l'effet de droit déterminé par la règle de droit* »<sup>3234</sup>.

Cette mise au point a établi que l'acte de volonté s'analyse d'une façon univoque, qu'il émane d'un agent public ou d'un simple particulier. L'acte administratif peut ainsi être examiné selon les critères qui ont guidé Duguit dans son analyse de l'acte juridique. En premier lieu, cela signifie que le droit privé et le droit public connaissent les mêmes catégories d'actes juridiques, les actes unilatéraux et plurilatéraux étant

<sup>3232</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>3233</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 3.

<sup>3234</sup> Duguit (1928), p. 366. Cf. également *Ibid.*, p. 354 et 375 : « *La volonté d'un agent se manifestant conformément au droit objectif, un effet de droit se produit par application de la loi juridique comme un effet physique ou biologique se produit consécutivement à un acte de volonté par application des lois physiques ou biologiques* ».

communs à ces deux domaines. La section suivante sera spécifiquement dédiée à l'étude de cette question<sup>3235</sup>. En second lieu, le principe de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée, affirmée avec force par Léon Duguit, implique que la validité juridique d'un acte administratif dépendra de la conformité de ses deux éléments constitutifs – son objet et son but – au droit objectif<sup>3236</sup>.

L'étude de l'acte administratif suit donc peu ou prou le cheminement emprunté par Duguit pour percer les secrets de l'acte juridique. Le juriste français débute par affirmer qu'un acte administratif, en ce qu'il est avant tout un acte de volonté, ne saurait exister sans une déclaration externe. Seule la déclaration de volonté adressée à autrui constitue un fait social pertinent du point de vue juridique ; elle doit en conséquence constituer l'objet exclusif de l'investigation du juriste, en ce sens que tous les éléments relevant de la psychologie interne du déclarant ne doivent pas entrer en ligne de compte lors de l'interprétation de l'acte<sup>3237</sup>. De même, Duguit affirme que l'acte de volonté comporte, dans l'acte administratif comme dans l'acte juridique en général, en un objet immédiat, un objet médiat et un but. L'objet immédiat du vouloir juridique est toujours la déclaration de volonté en ce qu'elle constitue le mouvement corporel sur lequel le sujet possède un contrôle immédiat<sup>3238</sup>. L'objet médiat de l'acte administratif est l'effet de droit recherché par l'auteur de l'acte, soit la création, la modification ou la suppression d'une situation juridique<sup>3239</sup>. La notion de but concentre les réflexions les plus développées et les plus pertinentes de Léon Duguit sur l'acte juridique. Rappelons à ce propos que le but d'un acte juridique consiste, selon Duguit, dans « *la représentation que se forme le sujet que, s'il agit de telle ou de telle manière, cela aura pour conséquence d'assurer ou de faciliter la réalisation d'un autre vouloir antérieur ou postérieur chez lui ou chez une autre personne* »<sup>3240</sup>. Dans sa contribution à l'étude du droit privé, Duguit s'en était déjà servi pour montrer que le but constitue un critère à part entière de licéité des actes juridiques<sup>3241</sup>. Il réitère cette affirmation dans ses considérations sur l'acte administratif. Ainsi écrit-il dans le *Traité de droit constitutionnel* que « *c'est d'après la légalité du but déterminant que s'apprécie très souvent la validité d'un acte public* »<sup>3242</sup>. Un agent public n'est qu'un individu comme un autre, néanmoins placé dans une situation juridique lui autorisant à faire usage des moyens de contrainte socialement organisés. Cependant, ce n'est pas la contrainte qui

---

<sup>3235</sup> Duguit (1928), p. 364-365. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 3.2.3.

<sup>3236</sup> Duguit (1928), p. 367.

<sup>3237</sup> *Ibid.*, p. 368-372 ; sur la question de la déclaration de volonté, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.3.1.

<sup>3238</sup> Duguit (1928), p. 377.

<sup>3239</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>3240</sup> *Ibid.*, p. 379.

<sup>3241</sup> Cf. les sections « La question de l'abus de droit » et « But et objet de l'acte juridique ». Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, I, 3 et Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 2.

<sup>3242</sup> Duguit (1928), p. 379.

confère à son acte de volonté un caractère particulier. La contrainte n'est qu'un moyen d'exécution externe, une pure puissance physique capable de briser les volontés récalcitrantes, et non pas un élément du contenu juridique de l'acte administratif<sup>3243</sup>. En revanche, l'acte d'un agent public tirera son caractère particulier du but qu'il poursuit qui doit nécessairement être un but de service public<sup>3244</sup>. Ce n'est toujours qu'à raison de la finalité qui le détermine qu'un acte tirera sa valeur juridique, jamais d'après la volonté dont il émane<sup>3245</sup>.

Objet immédiat, objet médiat et but sont les éléments constitutifs de l'acte administratif et forment de ce fait l'objet de l'examen en légalité opéré par le juge administratif<sup>3246</sup>. A ce sujet, la notion de but concentre l'essentiel des réflexions du Doyen de Bordeaux. Elle constitue à son sens la barrière la plus solide contre l'arbitraire des gouvernants. Déjà fortement sollicitée dans l'étude de l'acte juridique de droit privé, cette notion prend donc une signification toute aussi importante dans le décryptage de l'acte administratif<sup>3247</sup>. A titre de démonstration, le juriste français met à profit la notion de détournement de pouvoir qui apparaît dans la jurisprudence du Conseil

<sup>3243</sup> Cf. Duguit (2003), p. 352 s.

<sup>3244</sup> Duguit (1928), p. 380. Le juriste français n'ignore pas qu'un acte administratif doit également être rendu par une autorité compétente pour être valable. Cf. Ibid., p. 375 s.

<sup>3245</sup> Cette assertion renvoie aux fondements mêmes de la théorie de l'Etat du Doyen de Bordeaux. Cf. Ibid., p. 380 : « *le point primordial qu'il importe de mettre tout d'abord en relief, c'est qu'un acte fait par un agent public doit être déterminé par un but de service public, que sinon il cesse par là même d'être un acte public quoique fait par un agent public. Et cela est parfaitement logique. Si la souveraineté n'existe pas, s'il est impossible de dire que l'agent public est l'organe d'une puissance quelconque, possède une volonté différente de celle dont est investi tout être humain, l'acte qu'il fait ne peut avoir un caractère propre qu'à raison du but qui le détermine* ».

<sup>3246</sup> Le motif impulsif doit ainsi être exclu du contrôle de la légalité des actes administratifs dans la mesure où il s'agit d'un élément extérieur à l'acte de volonté. À première vue, une telle affirmation semble incompatible avec le principe de la compétence liée qui oblige l'administration à rendre une décision lorsque certains faits énumérés par la loi se sont produits, dite décision pouvant être annulée au cas où les faits en question ne se seraient en réalité pas déroulés. Or dans les cas où il semble que le motif impulsif soit la cause de l'annulation de l'acte, une analyse approfondie démontre que c'est en réalité l'examen du but de l'acte qui a conduit à son annulation, pour la seule raison que motif impulsif et but déterminant se confondent. Par exemple, la hiérarchie d'un service administratif prononce la mise en congé d'un fonctionnaire sur sa demande. Assurément, la demande du fonctionnaire tendant à sa mise en congé constituera à la fois le motif impulsif (l'administration n'aurait jamais agi sans cette demande) et le but déterminant (l'administration agi dans le but d'œuvrer à la réalisation du vouloir du fonctionnaire concerné) de la décision de mise en congé. Dans la mesure où le juge administratif n'examine pas la validité juridique de la demande du fonctionnaire mais bien celle de la décision de mise en congé, l'annulation se fondera sur l'illégalité du but qui a déterminé l'administration à prononcer la mise en congé, si tant est qu'il est démontré que le fonctionnaire n'a jamais requis sa mise en congé. Il pourra en effet être constaté que l'administration a violé à la loi lui permettant de mettre en congé un fonctionnaire dans le but d'accéder à sa requête. Cf. Ibid., p. 395 s.

<sup>3247</sup> Cf. Ibid., p. 379-380.

d'Etat au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>3248</sup>. Selon Duguit, le recours pour détournement de pouvoir est précisément une modalité du recours pour excès de pouvoir lorsqu'il est fondé sur l'illégalité du but de l'acte administratif<sup>3249</sup>, plus précisément lorsque le but de l'acte n'est pas celui prévu par la loi sur laquelle il se fonde<sup>3250</sup>. En ce sens, le détournement de pouvoir équivaut en droit public au principe de l'abus de droit en droit privé, puisqu'il s'agit dans les deux cas de sanctionner un acte de volonté fait dans un but autre que celui prévu par le droit objectif<sup>3251</sup>. L'apparition du détournement de pouvoir est ainsi venue parachever l'extension progressive de la cognition du juge lors du contrôle de la légalité d'un acte administratif. Alors que le recours pour excès de pouvoir ne portait originairement, sur l'appui de la loi des 7-14 octobre 1790, que sur l'incompétence des agents administratifs<sup>3252</sup>, la jurisprudence du Conseil d'Etat a peu à peu cessé de se limiter à l'examen des moyens d'illégalité externe pour se concentrer sur la légalité interne des actes administratifs à partir de la chute de la Monarchie de Juillet<sup>3253</sup>. L'émergence du grief de détournement de pouvoir signifie que le juge est fondé à analyser tous les aspects de l'acte de volonté contenu dans un acte administratif, puisqu'il peut non seulement en scruter l'objet, mais également le but<sup>3254</sup>. La portée de cette création jurisprudentielle est considérable puisqu'elle signe la disparition du pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>3255</sup>. Par ces propos, Duguit ne soutient absolument pas que les agents publics seraient démunis de tout pouvoir d'appréciation et qu'ils n'auraient plus qu'une compétence liée. Le détournement de pouvoir signifie plus modestement qu'un agent public peut continuer d'agir de la manière qui lui semble la plus opportune à condition que son acte soit déterminé par le but prévu par la loi sur laquelle se fonde sa compétence. En conséquence, le détournement de pouvoir apparaît comme un puissant moyen de limiter les risques d'arbitraire de la part de l'administration.

### 3.2.3 Manifestation unilatérale et bilatérale de la volonté dans l'acte administratif

L'érection de la puissance publique en catégorie première du droit public ne pouvait que rendre malaisée la conceptualisation de la figure de l'Etat contractant. Si l'Etat est par définition une puissance de domination et que les rapports de droit public sont par essence des relations asymétriques, alors il semble inenvisageable qu'Etat et individu puissent pactiser sur un pied d'égalité<sup>3256</sup>. L'adaptation de ce fondement dogmatique à la réalité des rapports juridiques bilatéraux entretenus par l'Etat avec des indi-

---

<sup>3248</sup> Cf. Burdeau (1995), p. 250 s.

<sup>3249</sup> Duguit (1928), p. 380.

<sup>3250</sup> Ibid., p. 382.

<sup>3251</sup> Ibid., p. 383 ; sur l'abus de droit, cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, 3.

<sup>3252</sup> Cf. Burdeau (1995), p. 170 s.

<sup>3253</sup> Ibid., p. 177.

<sup>3254</sup> Duguit (1928), p. 382.

<sup>3255</sup> Ibid., p. 384.

<sup>3256</sup> Stolleis (2014), p. 570-571.

vidus ou d'autres collectivités donna lieu en doctrine à des constructions théoriques audacieuses, dont Duguit aime à moquer le caractère artificiel. En Allemagne, la *théorie du fisc* permit notamment de soumettre l'Etat au droit civil pour ses rapports patrimoniaux avec des particuliers, à une époque où les garanties individuelles contre la puissance publique étaient pratiquement inexistantes en droit administratif<sup>3257</sup>. En soi, la notion de fisc (*Fiskus*) remonte au droit romain où elle permettait de figurer l'Etat comme sujet capable de propriété privée<sup>3258</sup>. La doctrine du fisc aboutit à un dédoublement de l'Etat puisqu'il se présentait comme personne morale sous un double rapport, comme association politique dotée d'un droit de domination et comme société d'intérêts pécuniaires afin de représenter la première dans les rapports de droit civil avec des tiers<sup>3259</sup>. A chacune de ces personnalités correspondait ainsi un domaine d'action et des règles propres. Le fisc est à l'image de « l'homme privé ordinaire », soumis aux lois et à la compétence des tribunaux civils. Sa marque particulière est la possession d'un patrimoine. Alors que le fisc apparaît comme un sujet de droit privé comme un autre – bien que bénéficiant de différents privilèges<sup>3260</sup> – l'Etat est par nature une puissance supérieure capable de s'autodéterminer, de commander et de contraindre autrui par sa seule force. L'ensemble de ses prérogatives est frappé du sceau de la puissance publique ; il peut l'invoquer pour se soustraire à l'empire des lois régissant les rapports entre particuliers<sup>3261</sup>.

Ce fractionnement de l'Etat en deux entités séparées fut condamné par le développement de l'Etat de droit<sup>3262</sup>. Léon Michoud a eu l'occasion de souligner les contradictions inextricables et les conséquences insoutenables que la séparation entre le fisc et l'Etat ne pouvait manquer de susciter. En effet, elle signifiait que l'Etat puissance publique n'avait pas à répondre des actes accomplis par l'Etat personne privée. De même, le contrat passé par l'un ne pouvait avoir de force obligatoire pour l'autre en tant que *res inter alios acta* et l'autorité de la chose jugée ne pouvait également déployer ses effets qu'à l'encontre de la personnalité partie à la procédure<sup>3263</sup>. L'ensem-

<sup>3257</sup> Mayer (1903), p. 55.

<sup>3258</sup> Savigny (1855), p. 239.

<sup>3259</sup> Mayer (1903), p. 57.

<sup>3260</sup> Ibid., p. 56.

<sup>3261</sup> Ibid., p. 58-62.

<sup>3262</sup> Ibid., p. 65 : « *Ce qu'il y a de nouveau [avec l'Etat de droit] c'est que, désormais, cette puissance souveraine, universelle, reçoit une organisation spéciale, par laquelle elle se revêt, d'elle-même, des formes et des marques caractéristiques du droit. Le droit public ne signifie plus, comme dans l'euphémisme des anciens docteurs, une sphère pour laquelle, en opposition avec celle du droit civil, il n'y a pas de droit lorsqu'il s'agit des rapports entre Etat et sujet [...]. Le droit civil cesse d'être le seul droit possible, le seul qui soit appelé à fournir ses règles partout où l'Etat ne s'y soustrait pas en faisant valoir sa puissance de commander et de contraindre et en se manifestant comme étant au-dessus du droit [...]. C'est seulement par une conséquence de ce changement de situation, que l'ancienne doctrine du fisc a disparu* ».

<sup>3263</sup> Michoud (1924), p. 298.

ble de ces éléments amena Michoud à affirmer en conséquence l'unicité de la personnalité juridique de l'Etat<sup>3264</sup>. Pour autant, la dualité de la manifestation de la volonté étatique resta un thème présent en doctrine. Nous en voulons pour preuve la distinction entre actes administratifs de puissance publique et actes administratifs de gestion qui sont d'une inspiration commune à la théorie du fisc. Cette distinction fut théorisée dans un premier temps par Edouard Laferrière dans le but de mettre au clair le partage des contentieux entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires<sup>3265</sup>. Dans son célèbre *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Laferrière entend fonder la dualité des actes administratifs sur la double mission qui incombe à l'administration<sup>3266</sup>. D'une part, les agents publics seraient chargés de « *veiller à la gestion de la fortune publique et à son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature destinés à pourvoir aux charges communes, et leur affectation aux services publics* »<sup>3267</sup>. Les actes juridiques entrant dans ce cadre sont qualifiés d'actes de gestion et ne donnent, en principe, pas lieu au contentieux administratif, sauf disposition contraire de la loi<sup>3268</sup>. D'autre part, l'administration a pour mission de « *de faire exécuter les lois, d'édicter les prescriptions secondaires destinées à assurer leur application, de régler la marche des services public et de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police* »<sup>3269</sup>. A cette fin, l'administration doit faire valoir sa qualité de dépositaire de la puissance publique en édictant des prescriptions et en agissant par voie d'injonctions et de défenses. En ceci, elle accomplit des actes de commandement ou de puissance publique<sup>3270</sup> qui forment l'objet *par nature* du contentieux administratif<sup>3271</sup>. La faiblesse de la doctrine de Laferrière réside, selon Duguit, dans la double mission qu'il assigne à l'administration. C'est là une erreur fondamentale de perspective : l'administration ne saurait poursuivre qu'un seul but – la bonne conduite des services publics – bien qu'elle puisse l'atteindre par des moyens juridiques différents<sup>3272</sup>. De surcroît, le critérium élaboré lui semble aboutir à des conséquences inadmissibles ; certains actes unilatéraux, tel l'arrêté de débet pris par un ministre contre un détenteur des deniers de l'Etat, devraient ainsi être rangés dans la catégorie des actes de gestion

---

<sup>3264</sup> Ibid., p. 297 ; cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, III, 2.

<sup>3265</sup> Cf. Duguit (1913), p. 151 ; Duguit (1928), p. 78-79.

<sup>3266</sup> Laferrière (1989), p. 5.

<sup>3267</sup> Ibid.

<sup>3268</sup> Ibid., p. 7-8.

<sup>3269</sup> Ibid., p. 5.

<sup>3270</sup> Ibid.

<sup>3271</sup> Ibid., p. 7-8. Laferrière résume ainsi sa conception du contentieux administratif : « *Le contentieux administratif comprend l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi, et qui ont pour objet, soit un acte de puissance publique émané de l'autorité administrative, soit un acte de gestion des services publics déferé à la juridiction administrative par des dispositions de loi générales ou spéciales* ». Cf. Ibid., p. 8.

<sup>3272</sup> Duguit (1928), p. 347.

en ce qu'ils tendent à assurer la perception d'un revenu en faveur de l'Etat, et ce alors même qu'ils présentent plutôt l'aspect d'un acte de puissance publique<sup>3273</sup>.

Ces quelques imprécisions ne marquèrent cependant pas la disparition de la distinction entre actes de gestion et actes de puissance publique. Son fondement donna même lieu à d'intéressants développements sur la supposée nature duale de l'activité étatique. Dans son *Traité élémentaire de droit administratif*, Henry Berthélemy tente de cerner plus précisément la catégorie de l'acte de gestion. Il suit Laferrière en la liant intimement à la notion de patrimoine, en ce sens que « *tout acte de gestion a pour objet ou pour résultat de conserver, de diminuer ou d'augmenter un patrimoine* »<sup>3274</sup>. Les actes de gestion sont ainsi les actes par lesquels l'Etat peut apparaître comme propriétaire, créancier ou débiteur<sup>3275</sup>. Berthélemy ajoute néanmoins une précision importante en indiquant que les actes de gestion recourent les actes ordinaires de la vie civile que l'Etat accomplit *comme un simple particulier pourrait le faire*<sup>3276</sup>. Le patrimoine étant nécessairement lié, selon la définition canonique d'Aubry et Rau<sup>3277</sup>, à l'idée de personnalité juridique, Berthélemy estime que seul l'Etat envisagé ainsi comme une personne privée doit être reconnu comme une personne juridique. La notion de personnalité juridique lui apparaît superflue pour rendre compte des actes d'autorité accomplis par les fonctionnaires détenteurs de la puissance publique<sup>3278</sup>. En ne reconnaissant ainsi la personnalité juridique à l'Etat que dans ses rapports de droit privé, Berthélemy aboutit à un résultat singulièrement similaire à la théorie allemande du fisc.

<sup>3273</sup> Ibid.

<sup>3274</sup> Berthélemy (1913), p. 39.

<sup>3275</sup> Ibid.

<sup>3276</sup> Ibid.

<sup>3277</sup> Charles AUBRY/Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français d'après la Méthode de Zacharie*, t. VI, 4<sup>e</sup> édition, Paris, 1917, p. 231-232 : « *le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte que les personnes physiques et morales peuvent seules avoir un patrimoine ; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne possède actuellement aucun bien ; qu'une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine dans le sens propre du mot* ».

<sup>3278</sup> Berthélemy juge que l'élévation de la puissance publique en droit subjectif de l'Etat est dangereuse puisque l'exercice d'un tel droit « conduit fatalement » à diminuer la liberté naturelle des individus au profit des droits prétendus de la collectivité. Au-delà de cet argument politique, il y perçoit une source d'inutiles complications dans la mesure où l'idée de personnalité juridique de l'Etat repose sur l'assimilation fictive de l'Etat à une personne naturelle et qu'elle mène à la création d'une nouvelle catégorie de droits – les droits de contrainte – inconnus du droit privé. Cf. Berthélemy (1913), p. 42. Bien que les éléments avancés par Berthélemy pour critiquer la personnalité de l'Etat puissance publique et les droits subjectifs qui y seraient rattachés soient proches de l'argumentation de son collègue bordelais, Duguit a toujours jugé illogique le maintien de la personnalité juridique de l'Etat dans les rapports de droit privé. Cf. Duguit (928), p. 349 ; Duguit (1927), p. 527-528.

Bien qu'il ait, de son côté, affirmé avec force l'unité de la personnalité juridique de l'Etat, Léon Michoud devait tout de même admettre – dans un article de 1895 portant principalement sur la question de la responsabilité de l'Etat – que l'Etat est une personnalité à *double face*<sup>3279</sup>. A certains égards, l'Etat apparaît dans des dimensions modestes, agissant dans le commerce juridique comme *tout autre particulier pourrait le faire* par le biais d'actes de gestion de son patrimoine qui peuvent consister en contrats avec d'autres particuliers ou dans l'exercice de certaines industries. Dans ces hypothèses, la volonté de l'Etat apparaît équivalente à la volonté individuelle. A moins que la loi ne lui réserve certains privilèges, l'Etat sera soumis aux règles du droit privé et les actes de gestion touchant à l'administration de son patrimoine seront régis par les principes généraux du droit civil<sup>3280</sup>. De tels actes requerront bien souvent l'assentiment des tiers concernés pour que ceux-ci s'obligent, conformément au principe de l'autonomie de la volonté dominant en droit privé<sup>3281</sup>. A d'autres égards, l'Etat s'érige en « *un être juridique supérieur possédant des droits éminents auxquels aucun particulier ne peut prétendre et qui ont tous leur source dans le droit de souveraineté, ou droit de commander aux particuliers et de s'en faire obéir* »<sup>3282</sup>. L'Etat revêt une telle qualité à chaque fois qu'il donne un ordre, édicte une prohibition ou délivre une autorisation dans l'intérêt public ; en somme, à chaque fois qu'il fait usage de sa *puissance publique*<sup>3283</sup>. De tels actes de puissance publique impliquent la subordination de la volonté des administrés à la volonté de l'Etat. En conséquence, ils échappent totalement aux règles et principes du droit privé. Michoud soutient que l'on ne saurait scruter le but poursuivi par l'Etat pour faire la distinction entre un acte de gestion et un acte de

---

<sup>3279</sup> Michoud (1895a), p. 2 ; c'est à une solution similaire que parviendra Hauriou dans son *Traité de droit administratif*, avec le langage particulier qui est le sien : « *il faut partir de là que toute personnalité administrative contient, d'abord, la personnalité civile de droit commun qui correspond sensiblement à la sphère des droits patrimonialisés ; c'est pour cela que la personnification d'un rouage administratif est décelée par l'acquisition des biens. Mais, ensuite, la personnalité administrative se dilate plus ou moins dans la sphère des droits de puissance publique non patrimonialisés. Sans doute, alors, elle ne se manifeste pas par le signe de la propriété, mais elle se manifeste par celui des responsabilités encourues à la suite de l'exercice des droits ; la responsabilité subjective étant, aussi bien que la capacité d'acquérir, un critérium de la personnalité* ». Cf. Hauriou (1933), p. 49.

<sup>3280</sup> Ibid., p. 3 : « *Il n'y a pas, par exemple, une théorie de la propriété qui soit propre à l'Etat ; il l'acquiert sauf les exceptions contenues dans les textes. Il n'y a pas davantage une théorie des obligations faite exprès pour lui ; les contrats qu'il passe sont soumis à un grand nombre de dispositions spéciales ; mais la multiplicité de ces dispositions ne leur enlève pas leur caractère exceptionnel, et sur tous les points qu'elles ne règlent pas, c'est toujours au droit commun des obligations qu'il faut recourir. S'il en est ainsi des obligations contractuelles, il ne doit pas en être autrement des obligations nées soit d'un quasi-contrat soit d'un délit ou quasi-délit. Le principe doit être que l'Etat, considéré comme personne morale de droit privé, est soumis en ce qui les concerne aux mêmes règles que les autres personnes morales* ».

<sup>3281</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>3282</sup> Michoud (1895), p. 2

<sup>3283</sup> Ibid., p. 13.

puissance publique. En effet, l'Etat ne saurait agir autrement que dans l'intérêt général, quelle que soit la modalité d'expression de sa volonté<sup>3284</sup>. Le juriste grenoblois affirme qu'il revient à la nature de l'acte de servir de critère de démarcation. Plus précisément, c'est la nature de la volonté de l'Etat contenue dans l'acte juridique analysé qui permettra de le qualifier. Dès lors que l'administration « *s'interdit d'agir par voie d'autorité* » pour préférer se « *conduire comme pure personne privée* », son acte sera considéré comme un acte de gestion et sera régi par le droit privé<sup>3285</sup>. En revanche, l'Etat accomplit un acte de puissance publique à partir du moment où il « *invoque les droits de souveraineté qu'ils lui appartiennent* »<sup>3286</sup>; le droit public devient de ce fait le régime juridique applicable. Deux éléments ressortent de cette tentative de distinction des actes étatiques. En premier lieu, il semble qu'un acte de gestion sera, en principe, toujours un acte bilatéral tandis qu'un acte de puissance publique, étant un acte d'autorité, se manifestera par voie unilatérale. En second lieu, il appert de l'argumentation élaborée par Michoud que l'Etat est seul maître du dynamomètre de sa volonté. Sa faculté d'agir par acte de puissance publique ou par acte de gestion ne dépend que d'un choix discrétionnaire de sa part. En d'autres termes, sa soumission au droit commun est entièrement suspendue à sa volonté d'autolimitation. Le fondement du caractère obligatoire des actes de gestion élaboré par Michoud ne diffère ainsi que peu de la doctrine allemande sur les contrats passés par l'Etat. Dans *Gesetz und Verordnung*, Jellinek rappelle que le propre de la souveraineté de l'Etat réside dans sa faculté d'autodétermination, en ce sens qu'il est l'unique énonciateur de ses droits et de ses devoirs<sup>3287</sup>. Cela étant, l'autodétermination peut très bien aller dans le sens d'une autolimitation. L'Etat s'autolimite en reconnaissant la personnalité juridique aux particuliers et en admettant par ce fait qu'ils disposent d'une sphère propre de droit subjectifs<sup>3288</sup>. Une intuition que Jellinek développera quelques années plus tard dans sa célèbre théorie des statuts<sup>3289</sup>; La soumission de l'Etat au droit privé est ainsi citée dans la liste d'illustrations d'une telle autolimitation<sup>3290</sup>.

La doctrine de la double personnalité de l'Etat – ou de la personnalité à « double face » – a fait l'objet des critiques constantes et sans réserve de la part de Léon Duguit. Déjà dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, il remarque qu'une telle construction théorique révèle les contradictions dans lesquelles s'empêtrent ses défenseurs. En 1901, Duguit vise principalement les auteurs allemands – Gerber, Laband et Jellinek selon lui – qui érigent l'Etat en puissance de domination. Confrontés à l'impossibilité

<sup>3284</sup> Ibid., p. 15.

<sup>3285</sup> Ibid.

<sup>3286</sup> Ibid.

<sup>3287</sup> Jellinek (1887), p. 196-197.

<sup>3288</sup> Ibid., p. 198.

<sup>3289</sup> Cf. *supra*, Titre I, 1<sup>re</sup> Partie, I, 4.5.

<sup>3290</sup> Jellinek (1887), p. 199.

d'envisager un rapport juridique égalitaire entre l'Etat et l'individu sur cette prémisse, ces auteurs auraient été contraints de recourir au « *mystère de la dualité* »<sup>3291</sup> en soutenant que l'Etat peut déployer une volonté tantôt supérieure, tantôt égale à celle des particuliers. L'idée qu'à la personnalité de droit public de l'Etat s'ajoute une personnalité de droit privé pareille à celle des particuliers revient à cumuler deux fictions, l'Etat n'étant pas plus une personne juridique en droit public que dans ses rapports relevant du droit privé<sup>3292</sup>. Du reste, cette hypothèse de la dualité de la volonté étatique ne lui apparaît pas de nature à résoudre la question du caractère obligatoire des contrats conclus par l'Etat. En effet, seule la volonté de l'Etat de renoncer à faire exercice de la puissance publique semble en mesure d'offrir une garantie à l'individu<sup>3293</sup> ; nous savons désormais que cette faculté d'autolimitation n'est, aux yeux de Duguit, qu'une limitation en trompe-l'œil<sup>3294</sup>.

Le Doyen de Bordeaux n'est pas plus tendre avec la distinction entre actes de gestion et actes de puissance publique qui lui semble mener aux mêmes impasses que la division de l'Etat en deux personnalités. Le postulat selon lequel l'Etat peut tantôt agir comme un simple particulier tantôt en qualité de personne collective détentrice de la puissance publique lui apparaît erroné à plus d'un titre. Dans un premier temps, Duguit affirme qu'un tel axiome est fondé sur la conviction qu'il existe des activités dont ne pourrait concevoir qu'elles soient exercées par des particuliers. Cette hypothèse semble dénuée de fondement. L'impossibilité de déterminer un cercle d'actions étatiques *par nature* est un point central dans la théorie du service public de Duguit. Les tâches de l'Etat se modèlent en effet sur l'état du lien social ; elles s'élargissent ou se restreignent selon ses mutations<sup>3295</sup>. Même des fonctions régaliennes comme la justice, la police ou la défense nationale peuvent être prises en charge – et l'ont déjà été dans l'histoire – par des particuliers<sup>3296</sup>. Dans un second temps, Duguit admet sans réserve que la volonté d'un gouvernant ou d'un agent public demeure en toute hypothèse la volonté d'un individu ; volonté gouvernante et volonté gouvernée sont toujours d'une nature équivalente<sup>3297</sup>. Cependant, la volonté gouvernante diffère notablement de la volonté d'un particulier non pas en raison de sa nature intrinsèque mais par le *but de service public* qui détermine l'ensemble des actes juridiques qu'elle accomplit<sup>3298</sup>. La distinction entre actes de gestion et actes de puissance publique apparaît ainsi doublement fallacieuse. D'une part, il n'existe pas deux variations de force dans

---

<sup>3291</sup> Duguit (2003), p. 384.

<sup>3292</sup> Ibid.

<sup>3293</sup> Ibid., p. 387.

<sup>3294</sup> Ibid., p. 388 ; cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 2.

<sup>3295</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.1.

<sup>3296</sup> Duguit (1928), p. 350. Notre actualité, marquée par le poids grandissant de la justice arbitrale et l'émergence des entreprises militaires privées, donnerait plutôt raison à Duguit sur ce point.

<sup>3297</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.3.2.1.

<sup>3298</sup> Duguit (1913), p. 156.

la volonté étatique, la volonté de l'Etat n'étant en dernière instance qu'une volonté individuelle comme une autre. D'autre part, les actes de l'Etat ne sauraient être divisés en deux catégories antagonistes puisque tant les actes unilatéraux – les prétendus actes de puissance publique – que les actes de bilatéraux – les soi-disant actes de gestion – se doivent d'être réunis dans un ensemble commun en raison de l'identité de leur but. La seule distinction que Duguit puisse tolérer à cet égard a trait à la classification des actes étatiques selon leur objet, soit de l'effet juridique qu'ils entendent produire<sup>3299</sup>.

Après avoir fait justice de la division de l'Etat en deux personnalités juridiques ainsi que de la différenciation entre actes de gestion et actes de puissance publique, Duguit tente d'identifier la source ayant mené à un tel égarement. Il la situe pour l'essentiel dans l'hypothèse erronée selon laquelle la volonté est la cause efficiente de l'effet de droit. Ce principe découle en droite ligne d'une conception individualiste du droit – exprimée par le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé<sup>3300</sup> – où l'individu ne saurait être obligé sauf à donner son consentement *ou* à être soumis à une volonté d'une *nature* supérieure<sup>3301</sup>. Si l'Etat passe ainsi par le procédé contractuel pour obliger l'individu, cela signifierait qu'il déploie une volonté équivalente à un celle d'un particulier, incapable d'obliger autrui unilatéralement. En revanche, la volonté de l'Etat peut faire naître unilatéralement une obligation à la charge d'un individu lorsqu'il décide d'agir en qualité de puissance publique, soit en exprimant une volonté d'une essence supérieure à la volonté individuelle. Dans ces conditions, la division de l'Etat en une personnalité patrimoniale de droit privé et en puissance publique régie par le droit public apparaît bel et bien comme le rejeton du dogme voyant dans la volonté la cause efficiente de l'effet de droit<sup>3302</sup>. Or nous savons que Duguit place une telle cause efficiente non dans la volonté de l'auteur d'un acte juridique mais dans le seul droit objectif. Plus précisément, un acte juridique – qu'il dépende du droit privé ou du droit public – ne sera en mesure de créer un droit ou une obligation que si son objet et son but se révèlent conformes au droit objectif supérieur. Dès lors, la volonté de l'Etat est soumise aux mêmes conditions de validité matérielle, quelle que soit la forme de son déploiement. En ceci, l'Etat est soumis comme le particulier au principe de la légalité matérielle, comme l'atteste la disparition des actes de gouvernement et l'importance accrue de la notion de but dans l'analyse de l'acte administratif. Savoir

---

<sup>3299</sup> Duguit (1928), p. 357 s.

<sup>3300</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 3.

<sup>3301</sup> Duguit (1913), p. 159.

<sup>3302</sup> Duguit (1928), p. 354 : « *De deux choses l'une, ou l'Etat est puissance publique ou il ne l'est pas. S'il est puissance publique, il l'est toujours et dans tous les actes qu'il fait ; s'il ne l'est pas, il ne l'est jamais dans aucun acte. La vérité, c'est que pas plus pour les actes émanés des agents de l'Etat que pour ceux émanés des particuliers, l'effet de droit n'a pour cause créatrice la volonté de l'auteur de l'acte, mais bien sa conformité au droit objectif. Et voilà l'erreur de la théorie qui rattache l'effet de droit à une volonté de puissance, comme celle qui le rattache à une volonté individuelle autonome* ».

si l'Etat agit par voie de décision unilatérale ou par contrat devient une question superflue<sup>3303</sup>.

La doctrine de Duguit présente ainsi le précieux avantage de fonder le caractère obligatoire des contrats conclus par l'Etat sans le recours à des constructions baroques comme l'hypothèse de la double personnalité de l'Etat ou la distinction des actes de gestion et des actes de puissance publique<sup>3304</sup>. En éradiquant la puissance publique des principes fondamentaux du droit public pour lui substituer le principe de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée, le juriste français élimine dans le même mouvement l'obstacle idéologique interdisant la formulation d'une notion unitaire des contrats d'Etat. Dans le *Traité de droit constitutionnel*, Duguit pointe du doigt la distinction pernicieuse entre les contrats de droit public et contrats de droit privé, en ce qu'elle aurait pour objet de « donner une apparence juridique aux procédés plus ou moins habiles par lesquels les détenteurs du pouvoir tendent fréquemment à se soustraire à des engagements régulièrement pris »<sup>3305</sup>. Sans se prononcer sur ce procès d'intention, nous pouvons relever que l'opposition manifestée par Duguit à l'égard de cette distinction prend racine dans son refus relatif de la *summa divisio* entre droit public et droit privé<sup>3306</sup>. Si la volonté de l'Etat rencontre la volonté d'un particulier pour donner naissance à cet acte subjectif clairement circonscrit qu'est le contrat<sup>3307</sup>, alors il n'y a pas de raison pour que l'Etat soit lié d'une manière différente que ne pourrait l'être un particulier vis-à-vis d'un autre individu, l'hypothèse du privilège de la puissance publique ayant été invalidée<sup>3308</sup>. Bien que le tribunal compétent ne soit pas le même, la situation juridique subjective sera identique, de même que la nature de la voie de droit qui s'y rattache<sup>3309</sup>. En toute logique, l'Etat ne pourra porter atteinte au contrat par un acte unilatéral, individuel et concret de sa part, même sous la forme d'une loi formelle<sup>3310</sup>. En effet, on ne saurait admettre pareille attitude de la part d'un particulier<sup>3311</sup>.

---

<sup>3303</sup> Duguit (1913), p. 159-160.

<sup>3304</sup> Ibid., p. 161.

<sup>3305</sup> Duguit (1930), p. 434-435.

<sup>3306</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, I, 2.3.4.

<sup>3307</sup> Cf. *supra*, Titre II, 2<sup>e</sup> Partie, II, 4.2.

<sup>3308</sup> cf. Duguit (2003), p. 369-370.

<sup>3309</sup> Duguit (1930), p. 437. En l'occurrence, il s'agira d'un cas de juridiction subjective. Au sujet de la distinction entre juridiction objective et juridiction subjective. Cf. *infra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 3.3.

<sup>3310</sup> Duguit (1930), p. 437-439. Comme souvent, Duguit prend à témoin la jurisprudence du Conseil d'Etat, comme pour signifier que les évolutions du droit public consacrent sa théorie du droit.

<sup>3311</sup> Ibid., p. 438. Duguit cite les termes explicites du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Orcibal* où la plus haute juridiction administrative reprend le libellé de l'article 1134 du Code civil pour affirmer que les conventions légalement formées tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites, un ministre ne peut modifier un contrat sans obtenir le consentement du cocontractant de l'Etat.

### 3.3 *Le recours pour excès de pouvoir*

La doctrine du Doyen de Bordeaux, en la creusant quelque peu, s'avère riche de multiples enseignements sur les *modalités institutionnelles* propre à assurer le respect du droit objectif par le législateur ordinaire<sup>3312</sup>. Les considérations du juriste français sur la fonction administrative de l'Etat ne sont pas en reste. En effet, Duguit ne se contente pas d'affirmer que l'ensemble des actes administratifs de l'Etat est soumis au principe de la légalité. Il s'interroge également sur les sanctions pratiques de ce principe. Dans son essai consacré aux *Transformations droit public*, publié en 1913, Duguit se montre encore sceptique quant aux vertus du système électoral représentatif. Il doute que de simples garanties *politiques* suffisent à contraindre l'Etat à assurer sa mission de service public<sup>3313</sup>. Nous trouverons une position plus nuancée dans les dernières éditions du *Traité de droit constitutionnel* où Duguit affirme que le principe de représentation place le Parlement dans la meilleure position pour la transcription du droit objectif dans la loi positive<sup>3314</sup>.

En 1913, Duguit nourrit une confiance autrement plus grande dans la juridiction administrative et dans le recours pour excès de pouvoir en particulier, au sujet duquel il met sur pied une lecture particulièrement stimulante, une telle institution acquérant de ce fait une signification capitale dans la théorie du droit public du Doyen de Bordeaux. Le développement du recours pour excès de pouvoir marque, selon lui, autant la disparition progressive de la conception subjectiviste du droit public que l'émergence d'un puissant moyen de contrôle de l'activité administrative à destination des administrés. Pour le comprendre, il faut au préalable rendre compte de la distinction opérée par Duguit entre juridiction et contentieux subjectifs d'une part et juridiction et contentieux objectifs d'autre part<sup>3315</sup>. En premier lieu, Duguit constate que sous l'influence des conceptions subjectivistes, le contentieux administratif ne pouvait être, à l'origine, qu'un contentieux subjectif. Le Droit public postérieur à la Révolution française était dominé par le concept de droit subjectif. Un litige entre l'Etat et un individu opposait nécessairement deux sujets de droit investis de droits contradictoires<sup>3316</sup>. La question centrale de tout contentieux administratif consistait alors à déterminer si l'Etat, dans l'exercice de son droit subjectif de puissance publique, avait porté une atteinte indue aux droits subjectifs de l'individu qui lui sont garantis par la loi<sup>3317</sup>. Cette configura-

<sup>3312</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.4.

<sup>3313</sup> Duguit (1913), p. 185.

<sup>3314</sup> Cf. *supra*, Titre II, 3<sup>e</sup> Partie, II, 2.3.1 ; sur l'évolution de Duguit sur la question, cf. Pisier-Kouchner (1972), p. 247.

<sup>3315</sup> Cf. Duguit (1928), p. 458 s.

<sup>3316</sup> C'est tout le problème de la « double souveraineté » théorisée par Duguit pour démontrer les impasses de la conception subjectiviste du droit public comme du droit privé. Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 3.

<sup>3317</sup> Duguit (1913), p. 182.

tion représente un cas de juridiction subjective en ce que le juge est appelé à trancher une question de droit subjectif<sup>3318</sup>. Le contentieux subjectif porte exclusivement sur le point de savoir si l'acte administratif a porté atteinte à la situation juridique subjective d'un individu protégé par la loi ou s'il touche d'une quelconque manière ses droits subjectifs. Ce type de contentieux est donc consécutif d'un acte juridique subjectif, tel un contrat de vente ou une décision de taxation qui fait naître une créance d'impôt<sup>3319</sup>. L'une des caractéristiques de la situation juridique subjective étant sa portée relative, un tel recours ne pourra être formé que par celui qui se prétend bénéficiaire de la situation dont l'existence ou l'étendue sont contestées et l'autorité de la chose jugée de la décision n'aura d'effet qu'à l'égard de l'individu concerné<sup>3320</sup>. On osera alors qualifier le contentieux subjectif d'institution individualiste dans cette mesure où la décision n'ayant qu'un effet relatif, seul un ou plusieurs individus clairement déterminés trouveront un intérêt légitime au recours.

Par opposition, le contentieux qui forme l'objet de la juridiction objective – et Duguit estime précisément que le recours pour excès de pouvoir est uniquement un contentieux objectif<sup>3321</sup> – est centré sur de toutes autres considérations. La question ne portera plus sur le fait de savoir si l'on a porté atteinte au droit subjectif d'un individu mais si l'administration a violé une règle de droit<sup>3322</sup>. La configuration du contentieux objectif que Duguit mentionne en premier lieu apparaît lorsqu'un administré conteste la légalité d'un acte-règle, tel un règlement administratif, qui est une loi du point de vue matériel mais bel et bien un acte administratif au point de vue formel<sup>3323</sup>. L'individu qui porte un pareil contentieux objectif au regard du juge administratif n'invoque pas une situation juridique dont il serait bénéficiaire, il soutient simplement que la règle formulée par un agent public l'a été en violation d'un droit objectif supérieur s'imposant à lui<sup>3324</sup>. Dans une telle hypothèse, les disparités qui séparent le contentieux objectif du contentieux subjectif se dégagent sans difficulté. Tout d'abord, il est évident que l'effet juridique du jugement d'annulation aura un effet *erga omnes* ; le règlement annulé sera nul vis-à-vis de tous, et non uniquement à l'égard du recourant<sup>3325</sup>. De surcroît, la qualité pour agir sera nécessairement bien plus étendue que dans le cas du contentieux subjectif. La légitimation active n'appartiendra pas uniquement au bénéficiaire d'une situation juridique subjective mais bel et bien à tout intéressé qui invoque un intérêt à l'annulation de l'acte, intérêt qui peut être simplement

---

<sup>3318</sup> Sur la notion de juridiction subjective, cf. Duguit (1928), p. 458 s.

<sup>3319</sup> Cf. *Ibid.*, p. 501.

<sup>3320</sup> Duguit (1913), p. 187.

<sup>3321</sup> Duguit (1928), p., 495 s.

<sup>3322</sup> Duguit (1913), p. 187 ; Duguit (1928), p. 476.

<sup>3323</sup> Duguit (1913), p. 188.

<sup>3324</sup> Duguit (1928), p. 496.

<sup>3325</sup> *Ibid.*, p. 497.

indirect ou moral<sup>3326</sup>. La raison en est que ce type de recours intéresse à vrai dire tout le monde puisqu'il ne porte pas uniquement sur la protection d'un droit subjectif mais sur le fonctionnement régulier de l'administration et des services publics<sup>3327</sup>. De telles modalités se justifient également dans le second type de contentieux objectif défini par Duguit qui porte sur la contestation d'un acte-condition<sup>3328</sup>. Par exemple, le contentieux électoral porte sur un acte-condition puisque l'acte par lequel le gouvernement confirme le résultat d'une élection modifie la situation juridique objective des élus. Si l'élection vient à être annulée, il est évident qu'elle le sera à l'égard de tous et non uniquement à l'égard de l'auteur du recours. Tous les citoyens doivent ainsi posséder la qualité pour agir car chacun a ainsi un intérêt à la régularité légale du scrutin<sup>3329</sup>. Un raisonnement analogue peut être soutenu en cas de nomination d'un fonctionnaire. Son annulation déploiera un effet *erga omnes* puisque le fonctionnaire cessera d'avoir cette qualité et les pouvoirs qui en découlent non pas seulement vis-à-vis de l'auteur du recours, mais bien pour tous les administrés<sup>3330</sup>. Duguit légitime et explique ainsi les décisions du Conseil d'Etat déclarant recevables les recours pour excès de pouvoir déposés par des associations de fonctionnaires à l'encontre d'une nomination. Dans les cas en question, les recourants ne prétendaient pas posséder un droit subjectif à être nommés à la fonction considérée, ils invoquaient seulement la violation de la légalité objective<sup>3331</sup>. De par sa nature objective, le recours pour excès de pouvoir tend naturellement à être ouvert à tous les administrés. La nature des rapports de droit public en sort considérablement transformée. Alors que le contentieux subjectif permet à l'individu de défendre ses seuls intérêts face à l'Etat, le contentieux objectif permet à chaque citoyen de se faire le défenseur de l'intérêt général en ce que le recours pour excès de pouvoir est tout entier fondé sur la « *défense la légalité, du droit objectif, de la loi du service public* »<sup>3332</sup>. Il va sans dire que l'individu qui dépose un recours pour excès de pouvoir n'est bien souvent motivé que par son intérêt propre ; la cognition du juge n'en portera pas moins sur la régularité de l'acte vis-à-vis de la loi du service public. C'est donc moins l'intérêt ou la situation juridique du recourant que le fonctionnement régulier des services publics et de l'administration que vise à protéger le recours pour excès de pouvoir. C'est ainsi que dans les *Transformations du droit public* – un essai riche en affirmations audacieuses – Duguit n'hésite pas à soutenir qu'à la faveur de la facilité d'accès grandissante du recours pour excès de pouvoir, chaque citoyen est muni d'une « *action populaire* » lui permettant d'officialier en quelque sorte en qualité d'« *agent du ministère public* » pour protéger la so-

---

<sup>3326</sup> Duguit (2013), p. 186 et 191.

<sup>3327</sup> Ibid., p. 189.

<sup>3328</sup> Duguit (1928), p. 500.

<sup>3329</sup> Duguit (1913), p. 190-191.

<sup>3330</sup> Duguit (1928), p. 501-502.

<sup>3331</sup> Ibid., p. 502.

<sup>3332</sup> Duguit (1913), p. 205.

ciété des errements de l'administration<sup>3333</sup>. Le développement de la jurisprudence administrative n'a jamais accompli les espérances de Duguit dans une telle mesure<sup>3334</sup>

## Conclusion

Cette partie ultime de notre recherche doit nous permettre de prendre la mesure de l'apport de Léon Duguit à la théorie de l'Etat et du droit public. A cette fin, nous retiendrons deux axes majeurs de la pensée du Doyen de Bordeaux qui fondent la spécificité de sa doctrine : la rematérialisation de la théorie de l'Etat, mais aussi et surtout une conception complète et conséquente de l'Etat de droit.

L'appel à la sociologie de Durkheim et, plus précisément, à sa définition de la solidarité sociale a permis à Duguit de délimiter le cercle de l'activité étatique. En fondant une doctrine téléologique qui fixe les *buts de l'Etat*, à savoir essentiellement la défense et le renforcement de la solidarité sociale, le juriste français a défini autant les conditions de légitimité de l'action des gouvernants (ce qu'ils *peuvent* faire) que les obligations qui pèsent sur leurs épaules (ce qu'ils *doivent* faire). Sa définition du service public fait, en ce sens, figure de critère univoque permettant de fixer les obligations de l'Etat (l'administration des services publics) ainsi que ses pouvoirs (les prérogatives traditionnellement rattachées à l'idée de puissance publique). Duguit a mené à bien cette entreprise en soutenant l'existence d'un droit objectif extérieur et antérieur à la volonté de l'Etat qui ne laisse pas cette dernière se déployer au-delà de ce qu'exige l'état momentané de la solidarité sociale. Duguit définit ainsi une limite *matérielle* à la volonté des gouvernants. En ceci, il s'oppose avant tout aux théories subjectivistes du droit public qui, postulant à la fois la souveraineté de l'Etat et le monopole d'édition du droit au bénéfice de ce dernier, n'auront su concevoir autre chose qu'une limite *formelle* au pouvoir de l'Etat, que ce dernier se fixe à lui-même par la force de sa propre volonté<sup>3335</sup>. Même un auteur aussi subtil que Jellinek n'aura pas échappé à cette consé-

---

<sup>3333</sup> Ibid.

<sup>3334</sup> Il est aujourd'hui admis que le recours pour excès de pouvoir est en quelque sorte un recours d'utilité publique dans la mesure où son objet est la sauvegarde de la légalité. Cependant, le Conseil d'Etat n'a jamais eu l'audace de transformer une telle voie de recours en action populaire à la disposition de n'importe quel citoyen. Cette attitude restrictive – sans aucun doute motivée par la volonté d'éviter un afflux incontrôlable de recours – est néanmoins contrebalancée par l'appréciation très libérale de l'intérêt à agir du recourant, si bien que la facilité d'accès est l'une des caractéristiques du recours pour excès de pouvoir. En ce sens, on ne peut pas dire que Duguit se soit totalement fourvoyé dans ses prémonitions. Cf. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 224-225.

<sup>3335</sup> Le Fur (1932), p. 207-208 : « *il est exact que Duguit a rendu un grand service à la science du droit en la détachant de ce formalisme juridique qui ne veut voir dans le droit que la volonté des gouvernants* ».

quence<sup>3336</sup>. La doctrine de Duguit doit donc être considérée comme une tentative de *rematériation* de la théorie de l'Etat<sup>3337</sup>.

Cela étant, la contribution majeure du Doyen de Bordeaux à la science du droit public réside dans sa conception originale et conséquente de l'*Etat de droit*. Cela ne doit pas surprendre de la part d'un auteur qui clamait haut et fort que l'objectif premier de la théorie du droit public consiste dans la construction d'une limite juridique claire et cohérente au pouvoir de l'Etat. A notre sens, c'est véritablement l'idée d'un Etat limité par le droit qui se trouve au cœur des préoccupations du juriste français. La théorie du service public n'est qu'une étape de ce projet, en ceci qu'elle est parvenue à fixer le cadre général dans lequel devait s'inscrire l'activité de l'Etat<sup>3338</sup>. Plus largement, le projet de Duguit se construit autour de deux idées-forces qui forment l'armature de son système. La première idée est qu'il existe une règle de droit antérieure et extérieure à la volonté de l'Etat, et même à toute volonté humaine. Ce droit objectif naît de la structure même de la société et la subjectivité n'y joue pas un rôle créateur, mais un simple rôle révélateur. Face à cette règle, la volonté des gouvernants et la volonté des gouvernés sont en situation d'*équivalence*. Il s'agit là de la seconde idée-force à la racine du système duguitien. Toute volonté, qu'elle émane d'un gouvernant ou d'un gouverné, est soumise à cette règle qu'elle ne peut violer sans échapper à une forme de sanction ; sanction qui peut être socialement organisée ou simplement consister dans la réaction spontanée de la « masse des consciences individuelles ». A cet égard, le principe de l'*équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée* constitue le véritable leitmotiv qui traverse toute la doctrine de Duguit, sa partie négative et critique comme sa partie positive et (re)constructive.

Ce principe agit comme une trame permettant de suivre la longue réfutation que Duguit oppose à la personnalité juridique de l'Etat et à la puissance publique conçue sur le modèle d'un droit subjectif. En effet, les acteurs du monde juridique sont équivalents en ce qu'il ne s'agit que d'individus. La théorie réaliste du droit que Duguit entend mettre sur pied ne peut ainsi souffrir la conceptualisation d'entités juridiques abstraites et collectives qui viendrait mettre en doute la commune nature individuelle de tous les sujets de droit. La volonté des gouvernants et la volonté des gouvernés sont également équivalentes en ceci que la première ne saurait s'imposer à la seconde au titre d'une supériorité intrinsèque. La critique que Duguit oppose à l'ensemble des discours qui tentent de légitimer le pouvoir de l'Etat par son origine est la déclinaison de ce postulat. L'idée qu'une habilitation divine ou populaire puisse investir la volonté de

<sup>3336</sup> Cf. *supra*, Titre I, 2<sup>e</sup> Partie, IV, 2.

<sup>3337</sup> Cf. Jouanjan (2015), p. 17 qui remarque que c'est là un aspect présent dans la plupart des théories sociologiques du droit.

<sup>3338</sup> Cf. Blanquer/Milet (2015), p. 226 qui estiment que la place du service public chez Duguit a tendance à être surévaluée par les commentateurs. Cf. Melleray (2001), p. 1887 s.

certain du droit de commander à d'autres est totalement étrangère à Duguit. Cette façon de concevoir la supériorité de volontés individuelles sur d'autres volontés d'individus ne pouvant s'effectuer qu'au prix de constructions métaphysiques, le Doyen de Bordeaux les rejette hors de la science du droit.

Le principe de l'équivalence de la volonté des gouvernants et de la volonté des gouvernés forme également le socle de la propre théorie de l'Etat de Duguit. Cette équivalence se fonde sur la commune soumission des gouvernants et des gouvernés à la règle de droit issue des liens de solidarité. Par la critique de la souveraineté de l'Etat en droit public et de l'autonomie de la volonté en droit privé, Duguit est parvenu à la conclusion qu'une volonté individuelle ne peut créer un effet de droit par sa seule force. En effet, la volonté de l'Etat n'est pas à la source du caractère obligatoire des règles de droit tout comme la volonté de l'individu n'est pas la cause efficiente de l'effet de droit des actes juridiques par lesquels elle se lie. Tout acte de volonté ne peut ainsi déployer un effet de droit sans se soumettre, par son objet et par son but, aux prescriptions du droit objectif. Un Etat *de droit* est donc celui dont l'ensemble des actes de volonté entre en accord avec le droit objectif, cette émanation spontanée du corps social. La force et la cohérence de la doctrine de Duguit tiennent en ceci qu'il ne s'arrête pas à ces considérations d'une grande généralité, mais qu'il tente de les concrétiser dans son travail de redéfinition de certaines catégories fondamentales du droit public. L'important effort dogmatique fourni par Duguit relativement aux actes juridiques de l'Etat est riche d'enseignements à cet égard. Pour cette raison, on ne saurait lire isolément la partie technique de l'œuvre du Doyen de Bordeaux. Elle ne déploie toute sa richesse qu'une fois reliée à sa théorie générale du droit et de l'Etat.

La *théorie de la loi* de Duguit s'appuie sur une conception matérielle où cet acte juridique ne peut être envisagé autrement que sous une forme générale et abstraite. A l'encontre du droit constitutionnel positif de la III<sup>e</sup> République, Duguit défend une acception de la loi qui se signale par son caractère limitatif. Duguit rejoint ici une tradition bien connue qui perçoit dans la généralité des dispositions légales un facteur de modération du pouvoir législatif. La distinction entre loi normative et loi constructive est plus intéressante et originale, bien qu'elle poursuive le même objectif de délimitation du champ de déploiement de la volonté de l'Etat. Par l'édition de la loi normative, l'Etat crée les obligations à la charge des individus. L'Etat se borne, dans cette tâche, à une opération de *constatation* de la règle de droit, puisqu'il se doit de consigner le plus fidèlement possible ce que la « masse des consciences individuelles » juge conforme à son sentiment de la justice et digne de recevoir une sanction socialement organisée. Dans ce travail de radiographie du corps social, l'Etat entre nécessairement en compétition avec d'autres instances (corps intermédiaires, syndicats, associations) qui se situent souvent à un niveau plus proche des rapports sociaux générateurs de règles de droit. La doctrine de Duguit est ainsi une théorie *pluraliste* du droit, qu'il re-

viendra à d'autres de développer plus avant<sup>3339</sup>. L'établissement de la législation constructive offre à la volonté de l'Etat un véritable pouvoir créateur puisqu'il lui revient de mettre sur pieds les voies de droit et les institutions qui permettront d'assurer le respect et l'effectivité de la loi normative. Si la marge de manœuvre de la volonté des gouvernants est ici plus large, elle demeure tout autant incapable de générer un quelconque caractère juridiquement obligatoire, celui-ci dépendant de la loi normative dont la loi constructive n'est que la mise en œuvre pratique. En ceci, nous pouvons dire que l'idée selon laquelle l'Etat doit respecter le droit objectif traverse, chez Duguit, la simple définition de la loi. Cette idée fondamentale est également le motif qui révèle la cohérence interne des réflexions de Duguit sur la représentation politique et le contrôle de constitutionnalité des lois. Une bonne organisation de la représentation et l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois sont deux sanctions préventives que Duguit envisage afin d'assurer le respect du droit objectif par l'Etat, le pouvoir législatif en particulier. Si le droit objectif émane du corps social en étant *révéélé par le mouvement de la masse des consciences individuelles*, il apparaît évident qu'un Etat, afin de mettre sa législation positive au diapason du droit objectif, aura tout intérêt à organiser le pouvoir législatif de manière à ce que l'opinion publique y soit fidèlement reflétée. C'est à cette condition que Duguit peut donner à la loi positive une certaine prééminence sur les autres sources du droit. Cette volonté de soumettre l'Etat au droit objectif n'influe pas uniquement sur sa conception de la loi et du pouvoir législatif; elle irrigue sa conception de l'organisation des pouvoirs et fonde son adhésion au contrôle de constitutionnalité des lois. Alors que la théorie de la représentation du Doyen de Bordeaux nous faisait découvrir un Duguit favorable, avec des réserves, à différents instruments de contrôle démocratique, sa défense du contrôle de constitutionnalité des lois, et l'acceptation très large de la supra-légalité qui l'accompagne, nous a révélé un Duguit plutôt élitiste, soucieux de confier aux professionnels du droit la garde du droit objectif. La défense de l'Etat de droit passe par une limitation du pouvoir du législateur, ce qui ne va pas sans remettre en question certains principes démocratiques<sup>3340</sup>.

La *théorie de l'acte administratif* du juriste français est également conçue sous l'angle d'une conception de l'Etat de droit. En défendant le principe de légalité, Duguit réactive le principe de l'équivalence de la volonté gouvernante et de la volonté gouvernée. En effet, le respect du principe de légalité par l'Etat – et la négation de l'existence d'« actes de gouvernement » qui en est le corollaire – signifie sa soumission au droit objectif pour toutes les formes de déploiement de sa volonté. En ce sens, l'Etat est *rabaissé* à la condition juridique d'un simple individu. Non seulement sa volonté est

<sup>3339</sup> On pensera ici notamment à Harold J. Laski, l'un des pères de la « *théorie pluraliste de l'Etat* ». Cf. Harlow (2011), p. 227 s.

<sup>3340</sup> Blanquer/Milet (2015), p. 328.

soumise aux mêmes conditions de validité juridique que n'importe quelle manifestation de volonté individuelle, mais la typologie des actes juridiques que la volonté d'un agent public peut créer n'est pas d'une nature différente aux actes juridiques auxquels la simple volonté d'un individu est capable de donner naissance (acte-règle, acte-condition et acte subjectif). Le droit public n'est donc pas un domaine où règnerait essentiellement les actes unilatéraux, tandis que le droit privé régirait avant tout les actes bi- ou plurilatéraux. La relativisation du contrat en droit privé opérée par Duguit et ses réflexions sur le « contrat de droit public » sont venues briser cette image d'Epinal. D'une façon similaire à ce qu'il a entrepris dans sa théorie de la loi, Duguit ne s'est pas contenté d'offrir une redéfinition de l'acte administratif. Il s'est également enquis des moyens institutionnels capables d'assurer la légalité de l'activité administrative. En l'occurrence, il perçoit dans le *recours pour excès de pouvoir* le moyen permettant d'intimer le respect de la loi à l'administration. L'introduction du recours pour excès de pouvoir possède une forte signification sur la redéfinition des rapports de droit public. Il signifie que l'individu peut exiger de l'Etat qu'il observe ses devoirs, tout comme l'Etat peut exiger de l'individu le respect de la loi en usant de ses prérogatives traditionnellement associées à l'idée de puissance publique. La géométrie des rapports de droit public change alors totalement d'axe. Gouvernants et gouvernés ne sont plus dans une relation de subordination verticale, mais s'associent dans un lien de coordination horizontale. Chacun est investi de pouvoirs et de devoirs par le droit objectif et chacun dispose des voies de droit permettant de contraindre l'autre à respecter ses obligations légales. Si un Etat de droit se caractérise par la soumission de la force gouvernante au droit, l'équivalence entre gouvernants et gouvernés, dessinée tout au long de l'élaboration du système de Duguit, en constitue assurément l'armature essentielle.

## **Conclusion générale**



La doctrine de Léon Duguit fut une tentative exigeante et stimulante de refondation complète de la science du droit. Sur des bases épistémologiques nouvelles, le Doyen de Bordeaux est parvenu à redéfinir les catégories les plus fondamentales de la science du droit (personnalité juridique, droit subjectif, acte juridique), du droit public en particulier (théorie du service public, redéfinition de la loi et de l'acte administratif). En même temps qu'il s'est attelé à cette entreprise de rénovation, Duguit a défini une figure inédite du juriste – celle du « juriste-sociologue » – à laquelle il attribue une fonction scientifique autant qu'un rôle social. C'est sur ce dernier point que nous souhaiterions nous arrêter pour conclure notre propos.

En affirmant avec force que le droit n'est pas l'émanation de la volonté des gouvernants, Duguit a définitivement rejeté la réduction du droit au seul droit positif. Partant, il incombe au juriste la tâche de déterminer les règles de droit qui auraient échappé à la sagacité du législateur. Duguit se fait une haute image du juriste. Le Doyen de Bordeaux incite en effet les professionnels du droit à considérer la loi positive comme un simple document fournissant des renseignements sur l'état du droit d'une société donnée. Duguit enjoint ainsi les juristes à ne pas se coucher aveuglément devant les prescriptions posées par les autorités constitutionnellement habilitées à dire le droit et, au besoin, à contester la juridicité de celles-ci. La science du droit ne peut se contenter d'être descriptive. Le juriste-sociologue doit prescrire, porter des jugements normatifs qui seront utiles aux gouvernants. Pour être à la hauteur de cette haute ambition, nous avons vu que Duguit souhaite l'interdisciplinarité de la science juridique. Si la science du droit aspire à être une authentique science sociale, elle ne peut faire l'impasse sur le dialogue avec la sociologie. Ainsi seulement le juriste pourra découvrir, par l'observation du tissu social, les règles de droit qui n'ont pas encore été formellement « constatées » par le législateur. Il va sans dire que la science du droit gagne, dans ces conditions, une dimension prescriptive. Certes le juriste se borne à décrire les règles qu'il déduit de l'observation des comportements sociaux, mais il prescrit aux gouvernants l'action législative à adopter. Le désaccord entre Jèze et Duguit sur la notion de ser-

vice public trouve ici sa source. Le Doyen de Bordeaux appelle de ses vœux des juristes qui ne soient pas uniquement des techniciens du droit ou des commentateurs de lois, mais des véritables guides de conscience prenant une place à part entière dans l'élaboration de la législation positive.

La postérité a-t-elle satisfait les espérances de Duguit ? Nos Facultés de droit forment-elles ces « juristes-sociologues » appelés de ses vœux par le Doyen de Bordeaux ? Nous nous permettons d'exprimer un doute à ce sujet. Aujourd'hui, l'enseignement du droit – à tout le moins tel que nous l'avons reçu et pratiqué à une modeste échelle – est essentiellement tourné vers la technique juridique et nous n'apprenons guère à nos étudiants à contester la volonté du législateur au nom d'un droit que l'on prétend tirer de l'observation du monde social. Le positivisme légaliste qui règne dans nos facultés signe l'échec des espoirs de Duguit. Il convient dès lors de s'interroger sur les causes de l'insuccès de l'entreprise de Duguit, un auteur dont les historiens du droit admettent à l'unanimité l'importance et qui, au final, n'a pas réellement fait école<sup>3341</sup>.

En premier lieu, on peut pointer du doigt un certain « amateurisme » à l'œuvre chez le Doyen de Bordeaux. Son usage de la sociologie est somme toute assez superficiel. Il s'est limité à récupérer certains concepts chez les figures de proue de la sociologie naissante pour les intégrer à son édifice conceptuel d'une manière toute personnelle. Duguit n'a jamais entrepris un véritable travail de sociologue fondé sur des observations empiriques. Il procède avant tout par intuitions personnelles, qu'il sait certes développer avec un certain brio. Il ne fut donc pas un véritable « juriste-sociologue » et, en ceci, il n'a pas tracé la voie qu'auraient dû suivre les générations ultérieures de juristes.

En second lieu, nous pensons que Duguit a été victime du scientisme et du positivisme – au sens d'Auguste Comte – propres à son époque. Bien qu'il se soit précocement départi des métaphores organicistes et qu'il ait dénoncé la confusion des sciences sociales et des sciences de la nature, le juriste bordelais n'a jamais cessé de croire à l'intégrale objectivité des règles de droit. Il a en tout temps considéré que les règles de droit sont inhérentes et immanentes au monde social comme les règles de la nature découlent de l'existence même du monde physique, sans que qu'une subjectivité créatrice vienne procéder à l'ordonnancement des règles. Sur ces prémisses, il a estimé que la simple observation de la société suffisait à déterminer les règles qui devaient présider à son fonctionnement. Le passage du *Sein* au *Sollen* s'opère chez lui d'une façon presque automatique. En cela, il ignore « la loi de Hume » qui enseigne que l'on ne saurait soutenir une conclusion à l'impératif sur des prémisses qui sont toutes à l'indicatif. Pour passer de l'un à l'autre, il faut nécessairement qu'un juge-

---

<sup>3341</sup> Cf. Melleray (2001), p. 1887 s.

ment de valeur intervienne pour affirmer qu'un comportement ou un fait constaté est bon ou mauvais et qu'il mérite d'être toléré ou interdit<sup>3342</sup>.

Cette remarque en appelle une autre qui porte sur les conséquences politiques de la conception de la science du droit défendue par Duguit. Si l'on admet que l'on ne peut fonder un impératif sur le simple constat d'un fait, mais qu'un jugement subjectif est la condition nécessaire du passage de l'indicatif à l'impératif, alors il convient de se demander *qui* est le plus légitime pour porter ce jugement. C'est ici, nous l'avons vu, que Duguit oscille entre une position démocratique et une attitude élitiste dans une tension entre ces deux pôles qui n'est jamais clairement résolue. Bien qu'il lui semblât nécessaire de démocratiser les institutions de la III<sup>e</sup> République, il prit fait et cause pour un contrôle de constitutionnalité extrêmement large qui confie au juge la garde du droit objectif. Cela ne doit nullement surprendre de la part d'un auteur qui assigne aux professionnels du droit de se spécialiser dans la sociologie afin de devenir des « directeurs de conscience ». Cette position ne serait pas problématique si les règles de droit extra-positives que découvrent les « juristes-sociologues » n'étaient pas empreintes de leur subjectivité. Or le juriste est inclus dans les liens sociaux qu'il prétend observer pour en déduire les règles de droit qui s'imposent. Les sciences sociales comme la science juridique ou la sociologie ne pourront jamais atteindre un niveau de séparation absolue entre le sujet observant et l'objet observé. Lorsqu'un juge ou un juriste-sociologue pose une nouvelle règle de droit qui vient suppléer ou compléter le droit positif existant, il agit réellement à la manière d'un législateur : il observe un comportement et déclare, sur la base d'un jugement de valeur, que celui-ci doit être socialement admis ou réprimé. La création d'une règle de droit engage nécessairement les valeurs et la conception du bien commun de celui qui l'édicte. Duguit a succombé à l'illusion d'une production du droit libre de toute subjectivité. Il a pu ainsi orienter son système vers une conception technocratique et scientiste de l'établissement du droit. Nous l'avons vu, le fin mot de la doctrine de Duguit revient à dire qu'un professionnel du droit non-élu peut substituer sa propre vision des droits et obligations des gouvernants et des gouvernés à celle défendue par la majorité du peuple ou de ses représentants. Convaincu de défendre une conception purement objectiviste du droit, Duguit légitime le pouvoir d'une minorité sachante dans le processus de production du droit. Il nie le pluralisme des valeurs à l'œuvre dans les sociétés modernes, imaginant que le bien commun puisse se déduire de l'observation scientifique. Dès lors, il n'est pas surprenant qu'il n'ait finalement pas donné ses faveurs aux procédés démocratiques qui permettent la concurrence des visions antagonistes du bien commun.

---

<sup>3342</sup> Troper (1994), p. 23 s.

Duguit avait certainement de trop hautes ambitions quant au rôle social du juriste, ce qui explique que la science du droit qu'il appelait de ses vœux n'a pas connu de concrétisation ferme et durable.

# Bibliographie

## 1. Ouvrages et articles de Léon Duguit<sup>3343</sup>

- (1883), *Quelques mots sur la famille primitive*, Conférence faite à Bordeaux le 16 mars 1883, Paris.
- (1886), *Congrès de droit international d'Anvers. Rapport présenté à la faculté de droit de Caen*, Paris, L. Larose et Forcel.
- (1888), De quelques réformes à introduire dans l'enseignement du droit, in : *Revue internationale de l'enseignement*, tome XV, janvier-juin 1888, p. 153-164.
- (1889), Le droit constitutionnel et la sociologie, in : *Revue internationale de l'enseignement*, 15 novembre 1889, Armand Colin (tirage à part).
- (1893), Un séminaire de sociologie, in : *Revue internationale de sociologie*, n° 3, mai-juin 1893, p. 201-208.
- (1893a), La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789, in : *Revue d'économie politique*, tome VII, février, avril et juin 1893, p. 99-132, 336-372, 567-615.
- (1894), Des fonctions de l'Etat moderne. Etude de sociologie juridique, in : *Revue internationale de sociologie*, n° 3, mars 1894, p. 161-197.
- (1895), L'élection des sénateurs. A propos des propositions de MM. Faure et Guillemet, in : *Revue politique et parlementaire*, n° 11, août 1895, tome V, p. 300-323 ; n° 12, sept. 1895, p. 453-475.
- (1896), Le Sénat et la responsabilité politique du ministère, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, mai-juin 1896, tome V, p. 426-433.
- (1900), *Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire*. Rapport présenté au Congrès de droit international comparé de 1900.

---

<sup>3343</sup> Nous nous limitons ici à citer les ouvrages, articles et contributions diverses de Duguit mobilisés et cités dans notre travail de recherche. Le lecteur intéressé trouvera une bibliographie exhaustive des travaux de Duguit chez Blanquer/Milet (2015), p. 379-388.

- (1906), Les syndicats de fonctionnaires, in : *Revue politique et parlementaire*, n° 142, tome XLVIII, 10 avril 1906, p. 28-30.
- (1907), De la situation des particuliers à l'égard des services publics, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XXVI, 1907, p. 411-439.
- (1907a), *Manuel de droit public français. I – Droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat – organisation politique*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, A. Fontemoing, 1140 p.
- (1908), Le syndicalisme, in : *Revue politique et parlementaire*, tome 56, avril-juin 1908, p. 472-493.
- (1911), La représentation syndicale au Parlement, in : *Revue politique et parlementaire*, n° 205, tome 69, 10 juillet 1911, p. 28-45.
- (1911a), *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat, libertés publiques, organisation politique*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Fontemoing.
- (1912), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Editions de la mémoire du Droit. Réimpression de l'édition originale de 1920.
- (1913), *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin.
- (1917), The Law and the State, in : *Harvard Law Review*, vol. 31, n° 1 (nov. 1917), pp. 1-185.
- (1918), Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1918, n° 2-3, p. 173-211 (Rousseau et Kant) et p. 325-377 (Hegel).
- (1919), la doctrine allemande de l'auto-limitation de l'Etat, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1919, n° 1, p. 161-190.
- (1922), *Souveraineté et liberté : leçons faites à l'Université Columbia (New-York) 1920-1921*, Paris, Félix Alcan.
- (1922a), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Félix Alcan.
- (1923), *Manuel de droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, E. de Boccard.
- (1924), *Traité de droit constitutionnel*, vol. 4, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing & Cie.
- (1925), *Traité de droit constitutionnel*, vol. 5, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing & Cie.
- (1925a), La commission d'enquête de la chambre et le serment, Propos de Duguit rapportés par Georges Suarez in : *Le Temps*, 19 novembre 1925, p. 3.
- (1927), *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing & Cie.
- (1928), *Traité de droit constitutionnel*, vol. 2, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing & Cie.
- (1930), *Traité de droit constitutionnel*, vol. 3, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing & Cie.

- (2000), *Leçons de droit public général faites à la Faculté de Droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, Paris, Editions de la mémoire du Droit. Réimpression de l'édition originale de 1926.
- (2003), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz. Réimpression de l'édition originale de 1901.
- (2005), *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz. Réimpression de l'édition originale de 1903.
- (2008), *Le Pragmatisme juridique. Conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre en 1923*, Paris, La Mémoire du Droit.

## 2. Autres sources primaires

- ANDLER Charles (1897), Du quasi-contrat social et de M. Léon Bourgeois, in : *Revue de métaphysique et de morale*, 1897, p. 520-530.
- ARTUR Emile (1900), Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, in : *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 1900, p. 214-246.
- ARTUR Emile (1905), *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer*, Paris, Pichon.
- BENOIST Charles (1897), *La crise de l'Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel*, Paris, Didot.
- BERTHÉLEMY Henry (1913), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7<sup>e</sup> édition, Paris, Arthur Rousseau.
- BLACK Anthony (éd., 1990), *Community in historical perspective : a translation of selections from Das deutsche Genossenschaftsrecht (The German Law of Fellowship) by Otto von Gierke*, New York/Port Chester/Merlbourne/Sydney, Cambridge University Press.
- BOUGLÉ Célestin (1903), L'évolution du solidarisme, in : *Revue Politique et Parlementaire*, t. XXXV, janvier-février-mars 1903, p. 480-505.
- BOUGLÉ Célestin (1924), *Le solidarisme*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Marcel Giard.
- BOUGLÉ Célestin (2007), *Les idées égalitaires*, Lormont, Le Bord de l'eau.
- BOURGEOIS Léon (1907), *Essai d'une philosophie de la solidarité. Conférences et discussions (Ecole des Hautes Etudes sociales, 1901-1902)*, Paris, Félix Alcan.
- BOURGEOIS Léon (1914), *La politique de la prévoyance sociale. I. La doctrine et la méthode*, Paris, Eugène Fasquelle.
- BOURGEOIS Léon (1998), *Solidarité*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion.
- CAPITANT Henri (1927), *De la cause des obligations*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz.

- CAPITANT Henri (1929), *Introduction à l'étude du droit civil*, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Pedone.
- CARRE DE MALBERG Raymond (1922), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, vol. 1, Paris, Sirey.
- CARRE DE MALBERG Raymond (1922a), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, vol. 2, Paris, Sirey.
- CARRE DE MALBERG Raymond (1927), La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875, in : *Revue politique et parlementaire*, vol. 128, p. 339-354.
- CARRE DE MALBERG Raymond (1931), *La loi expression de la volonté générale : étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey.
- CARRE DE MALBERG Raymond (1931a), Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme, in : *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, avril-mai-juin 1931 (tirage à part), p. 5-24.
- CARRE DE MALBERG Raymond (1933), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey.
- COMTE Auguste (1890), *Système de politique positive*, t. I, Paris, Larousse.
- COMTE Auguste (1996), *Philosophie des sciences*, Paris, Gallimard.
- DARLU Alphonse (1898), Encore quelques réflexions sur le quasi-contrat social, in : *Revue de métaphysique et de morale*, 1898, p. 113-122.
- DEMOGUE René (1911), *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Arthur Rousseau.
- DEREUX Georges (1910), De la nature juridique des « contrats d'adhésion », in : *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503-541.
- DESLANDRES Maurice (1902), *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, A. Chevalier-Marescq.
- DURKHEIM Emile (1890), Les principes de 1789 et la sociologie, in : *Revue internationale de l'enseignement*, XIX, 1890, p. 450-456.
- DURKHEIM Emile (1918), Le « Contrat social » de Rousseau, in : *Revue de métaphysique et de Morale*, tome XXV (1918), p. 1-23 et 129-161.
- DURKHEIM Emile (1975), *Textes, 3. Fonctions sociales et institutions*, Paris, Editions de Minuit.
- DURKHEIM Emile (2010), *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Flammarion.
- DURKHEIM Emile (2010a), *Leçons de sociologie*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France.

- DURKHEIM Emile (2013), *De la division du travail social*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France.
- EHRlich Eugen (1903), *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, Leipzig, C.L. Hirschfeld.
- ESMEIN Adhémar (1894), Deux formes de gouvernement, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1894, n° 1, p. 15-41.
- ESMEIN Adhémar (1900), Le droit comparé et l'enseignement du droit, in : *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1900, t. 35, pp. 489-498.
- ESMEIN Adhémar (1914), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey.
- ESMEIN Adhémar (1984), Rapport sur le sectionnement du concours d'agrégation, in : *Annales d'histoire des Facultés de droit*, 1984, n° 1, p. 119-132.
- ESPINAS Alfred (1924), *Des sociétés animales*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Félix Alcan.
- FERNEUIL Thomas (1889), *Les principes de 1789 et la science sociale*, Paris, Hachette.
- FOUILLÉE Alfred (1884), *La propriété sociale et la démocratie*, Paris, Hachette.
- FOUILLÉE Alfred (1897), *La science sociale contemporaine*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Hachette.
- GAUDEMET Eugène (1904), Les Codifications récentes et la Révision du Code civil, in : *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, tome II, Paris, Arthur Rousseau, p. 967-986.
- GÉNY François (1914), *Science et technique en droit privé positif. Première partie : Introduction ; Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Paris, Sirey.
- GÉNY François (1915), *Science et technique en droit privé positif. Seconde partie : Elaboration technique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Paris, Sirey.
- GÉNY François (1919), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, vol. I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- GÉNY François (1919a), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, vol. II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- GÉNY François (1924), *Science et technique du droit privé positif. Quatrième partie : Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (Le conflit du droit naturel et de la loi positive)*, Paris, Sirey.
- GERBER Carl Friedrich Wilhelm von (1852), *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, Laupp & Siebeck.

- GERBER Carl Friedrich Wilhelm von (1998), *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Hildesheim/Zürich/New-York, Olms-Weidmann. Réimpression de la 3<sup>e</sup> édition de 1880.
- GIDE Charles (1893), L'idée de Solidarité en tant que programme économique, in : *Revue internationale de sociologie*, 1<sup>re</sup> année, n° 5, sept-oct. 1893, p. 385-400.
- GIDE Charles (1932), *La Solidarité. Cours au Collège de France 1927-1928*, Paris, Presses Universitaires de France.
- GIDE Charles (2001), L'École nouvelle, in : *Coopération et économie sociale (1886-1904)*, Les œuvres de Charles Gide – Vol. IV, Paris, L'Harmattan, p. 147-171.
- GIERKE Otto von (1954), *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Graz, Akad. Druck- und Verlagsanstalt.
- GIERKE Otto von (1963), *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin/Hildesheim, Olms-Weidmann.
- GIRARD Paul Frédéric (2003), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz.
- GOUNOT Emmanuel (1912), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau.
- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich (1998), *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France.
- HAURIOU Maurice (1893), Les facultés de droit et la sociologie, in : *Revue générale du droit*, 1893, tirage à part, p. 3-8.
- HAURIOU Maurice (1910), *Principes de droit public*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, Sirey.
- HAURIOU Maurice (1916), *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey.
- HAURIOU Maurice (1925), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey.
- HAURIOU Maurice (1929), *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey.
- HAURIOU Maurice (1931), *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, 3 vol., Paris, Sirey.
- HAURIOU Maurice (1933), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey.
- HAURIOU Maurice (2008), *Ecrits sociologiques*, Paris, Dalloz.
- JELLINEK Georg (1880), *Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*, Vienne, Hölder.
- JELLINEK Georg (1887), *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Fribourg-en-Brigau.
- JELLINEK Georg (1906), *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin, O. Häring, 1906.

- JELLINEK Georg (1919), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, J.C.B. Mohr. Réimpression de la 2<sup>e</sup> édition de 1905.
- JELLINEK Georg (2005), *L'Etat moderne et son droit. Première partie : Théorie générale de l'Etat*, Paris, Editions Panthéon-Assas. Réimpression de la traduction française de 1913.
- JELLINEK Georg (2005a), *L'Etat moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'Etat*, Paris, Editions Panthéon-Assas. Réimpression de la traduction française de 1913.
- JEZE Gaston (1914), *Les principes généraux du droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Giard & Brière.
- JEZE Gaston (1924), Le contrôle juridictionnel des lois, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 41, 1924, p. 399-430.
- JHERING Rudolf von (1886), *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, tome I, Paris, A. Marescq.
- JHERING Rudolf von (1901), *L'évolution du droit*, Paris, Chevalier-Marescq et Cie.
- JHERING Rudolf von (2006), *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz. Réimpression de la traduction française de 1890.
- JOSSERAND Louis (1927), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz.
- KANT Emmanuel (1971), *Métaphysique des mœurs II : Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, Paris, Vrin.
- KANTOROWICZ Hermann (1906), *Der Kampf um Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C. Winter.
- KELSEN Hans (1923), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2<sup>e</sup> éd., Tübingen, J.C.B. Mohr.
- KELSEN Hans (1997), *Théorie générale du Droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ.
- KELSEN Hans (2004), *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Dalloz.
- LABAND Paul (1880), Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, in : *Der Rektoratswechsel an der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg am 1. Mai 1880*, Strasbourg, Heitz, p. 24-57.
- LABAND Paul (1885), Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, in : *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 30, 1885, p. 469-532.
- LABAND Paul (1900), *Le Droit public de l'Empire allemand*, tome I, Paris, Giard & Brière.
- LABAND Paul (1901), *Le Droit public de l'Empire allemand*, tome II, Paris, Giard & Brière.
- LAFERRIÈRE Edouard (1989), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome I, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.

- LAMBERT Edouard (1921), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard.
- LARNAUDE Ferdinand (1902), Etudes sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays, au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif, in : *BMSCL*, 1902, n° 3, p. 175-225.
- LARNAUDE Ferdinand (1911), Le droit public, sa conception, sa méthode, in : *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales (1910)*, Paris, Giard & Brière, 1911, p. 1-61.
- LARNAUDE Ferdinand (1926), L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français, in : *Revue politique et parlementaire*, 1926, p. 181-199.
- LE FUR Louis (1896), *Etat fédéral et Confédérations d'Etats*, Paris, Marchal et Billard.
- LE FUR Louis (1928), La théorie du droit naturel depuis le XVII<sup>ème</sup> siècle et la doctrine moderne, in : *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de La Haye (1927)*, Paris, Hachette, 1928, p. 263-439.
- LEROY-BEAULIEU Paul (1900), *L'Etat moderne et ses fonctions*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Guillaumin, 1900.
- MARION Henri (1879), *De la solidarité morale. Essai de psychologie appliquée*, Paris, Germer Baillière et Cie.
- MAYER Otto (1903), *Le droit administratif allemand*, Tome I, Paris, Giard & Brière.
- MICHOUD Léon (1889), *Des actes de gouvernement*, Grenoble, Allier frères et fils.
- MICHOUD Léon (1895), De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 4, 1895, p. 401-429.
- MICHOUD Léon (1895a), De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 5, 1895, p. 1-31.
- MICHOUD Léon (1911), La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine, in : *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern*, Weimar, H. Böhlhaus.
- MICHOUD Léon (1924), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2<sup>e</sup> éd., 2 vol., Paris, LGDJ.
- MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat (1979), *De l'esprit des lois*, tome I, Paris, Garnier-Flammarion.
- MORIN Gaston (1917), L'individualisme de la Révolution française et du Code civil et la structure nouvelle de la vie économique, in : *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1917, p. 517-568.

- ORLANDO Vittorio Emanuele (1895), Du fondement juridique de la représentation politique, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. III, 1895, p. 1-39.
- PLANIOL Marcel (1903), « Note sous Tribunal civil Cholet, 12 février 1897 », *Dalloz Périodique*, 2, 1903, pp. 25-26.
- PLANIOL Marcel (1904), Inutilité d'une Révision générale du Code civil, in : *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, tome II, Paris, Arthur Rousseau, p. 955-963.
- PLANIOL Marcel (1922), *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- PLANIOL Marcel (1923), *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- PREUSS Hugo (1889), *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften : Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin, Julius Springer.
- PUCHTA Georg Friedrich (2004), Encyclopédie, Livre premier du *Cursus der Institutionen*, in : Olivier JOUANJAN (2004), *L'esprit de l'Ecole historique du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, pp. 33-74.
- RENAN Ernest (1992), *Qu'est-ce qu'une nation ? et autres essais politiques*, Paris, Pocket.
- RIPERT Georges (1929), *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Jossierand De l'Esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.
- RIPERT Georges (1949), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.
- ROUSSEAU Jean-Jacques (1996), *Du Contrat social*, Paris, Librairie Générale Française.
- SALEILLES Raymond (1897), *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris, Arthur Rousseau.
- SALEILLES Raymond (1898), La représentation proportionnelle, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1898, p. 215-234.
- SALEILLES Raymond (1901), *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, F. Pichon.
- SALEILLES Raymond (1903), Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?, in : *Revue Politique et Parlementaire*, 1903, n° 36, pp. 91-123.
- SALEILLES Raymond (1904), *Introduction à l'étude du droit civil allemand. A propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*, Paris, Pichon.

- SALEILLES Raymond (1919), Préface à : François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. XIII-XXV.
- SALEILLES Raymond (1922), *De la personnalité juridique : histoire et théories, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Rousseau & Cie.
- SALEILLES Raymond (1925), *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.
- SARIPOLOS Nicolas (1899), *La démocratie et l'élection proportionnelle : étude historique, juridique et politique*, t. I, Paris, A. Rousseau.
- SARIPOLOS Nicolas (1899a), *La démocratie et l'élection proportionnelle : étude historique, juridique et politique*, t. II, Paris, A. Rousseau.
- SAVIGNY Friedrich Carl von (1840), *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, Deit und Comp.
- SAVIGNY Friedrich Carl von (1843), *Traité de droit romain*, vol. 3, Paris, Firmin Didot.
- SAVIGNY Friedrich Carl von (1855), *Traité de droit romain*, vol. 2, Paris, Firmin Didot.
- SEYDEL Max von (1873), *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Fribourg-en-Brigau, J.C.B. Mohr.
- SIEYÈS Emmanuel-Joseph (1988), *Qu'est-ce que le tiers-état ?*, Paris, Flammarion.
- SIMIAND François (1897), L'année sociologique française 1896, in : *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1897, p. 491-499.
- SIMMEL Georg (2010), *Sociologie. Etudes sur les formes de la socialisation*, Paris, Presses Universitaires de France.
- SOREL Georges (1990), *Réflexions sur la violence*, Paris, Seuil.
- SPENCER Herbert (1883), *Principes de sociologie*, tome III, Paris, Germer Baillière.
- SPENCER Herbert (1885), *L'individu contre l'Etat*, Paris, Félix Alcan.
- SPENCER Herbert (1904), *Principes de sociologie*, tome II, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Félix Alcan.
- TARDE Gabriel (2001), *Les lois de l'imitation*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond.
- TERRAT Barthélemy (1904), Du régime de la propriété dans le Code civil, in : *Le Code civil. Livre du Centenaire (1804-1904)*, vol. 1, Paris, Arthur Rousseau, p. 329-353.
- TRIEPEL Heinrich (1920), *Droit international et Droit interne*, Paris, Pedone.
- WAGNER Adolph (1893), *Grundlegung der Politischen Ökonomie*, 3<sup>e</sup> éd., Leipzig, C. F. Winter.

WINDSCHEID Bernhard (1891), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7<sup>e</sup> éd., vol. 1, Francfort s.M, Rütten & Loening.

### 3. Littérature secondaire

ALEXY Robert, Grundrecht und Status, in : Stanley L. PAULSON/Martin SCHULTE (éd.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Francfort, Mohr Siebeck, 2000, p. 209-225.

ANCEL Pascal/DIDRY Claude (2001), L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX<sup>e</sup> siècle, in : *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne.

ANTER Andreas (2000), Max Weber und Georg Jellinek. Wissenschaftliche Beziehungen, Affinitäten und Divergenzen, in : Stanley L. PAULSON/Martin SCHULTE (éd.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Francfort, Mohr Siebeck, 2000, p. 67-86.

ARNAUD André-Jean (1975), *Les juristes face à la société du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France.

ARON Raymond (1967), *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard.

AUDIER Serge (2010), *La pensée solidariste. Aux sources du modèle social républicain*, Paris, Presses Universitaires de France.

AUDREN Frédéric (2015), Le « moment 1900 » dans l'Histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation, in : *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assas.

BACHELARD Gaston (1980), *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Vrin.

BACOT Guillaume (1985), *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Editions du CNRS.

BARBERIS Daniela S. (2003), In search of an object : organicist sociology and the reality of society in *fin-de-siècle* France, in : *History of the human sciences*, vol. 16, n° 3, 2003, p. 51-72.

BARJOT Dominique (1995), *Histoire économique de la France au XIX<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Nathan.

BARTHÉLÉMY Joseph (1908), Compte-rendu de la 1<sup>ère</sup> édition du *Traité de droit constitutionnel* de Léon Duguit, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 25, 1908, p. 152-163.

BAUME Sandrine (2002), Penser l' « Etat organique », enjeux critiques d'une analogie, in : *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XL, 2002, n° 122, p. 119-139.

- BAUMERT Renaud (2009), *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, L.G.D.J.
- BAUMERT Renaud (2011), Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : aspects d'une conversion, in : Fabrice MELLERAY (éd.), *Autour de Léon Duguit : actes du colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, pp. 139-189.
- BEAUD Olivier (1994), *La puissance de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France.
- BEAUD Olivier (1994a), La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de Carré de Malberg, in : *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1994, p. 1251-1301.
- BEAUD Olivier (1997), Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 219-253.
- BEAUD Olivier (2001), Le cas Savigny ou un constitutionnalisme allemand sans l'Etat de droit, in : Olivier JOUANJAN (éd.), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, p. 149-176.
- BEAUD Olivier (2006), La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques, in : *The Public Law/Private Law. Une entente assez cordiale ? La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, Oxford/Portland, Hart Publishing, p. 21-38.
- BEAUD Olivier (2011), Duguit, l'Etat et la reconstruction du droit constitutionnel français, in : Fabrice MELLERAY (éd.), *Autour de Léon Duguit : actes du colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, p. 29-55.
- BEAUD Olivier (2013), L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ?, in : *Jus Politicum*, n° 11, 2013, p. 1-36.
- BERLIOZ Georges (1976), *Le contrat d'adhésion*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence
- BERNARDINI Jean-Marc (1997), *Le darwinisme social en France (1589-1918). Fascination et rejet d'une idéologie*, Paris, CNRS Histoire.
- BERTHELOT Jean-Michel (2001), *La construction de la sociologie*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France.
- BERSTEIN Serge (1980), *Histoire du parti radical. La recherche de l'âge d'or*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques.

- BLANQUER Jean-Michel (1999), Léon Duguit et le lien social, in : Séverine DECRETON (éd.), *Service public et lien social*, Paris, L'Harmattan, p. 77-92.
- BLANQUER Jean-Michel/MILET Marc (2015), *L'invention de l'Etat. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob.
- BLOT Yvan (2007), *Herbert Spencer. Un évolutionniste contre l'étatisme*, Paris, Les Belles Lettres.
- BONNARD Roger (1929), Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier-février-mars 1929, p. 5-51.
- BONNARD Roger (1932), Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec des inédits de Duguit), in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 7-19.
- BONNECASE Julien (1924), *L'Ecole de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, De Boccard.
- BONNECASE Julien (1933), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels. Tome I : considérations préliminaires, analyse descriptive des doctrines, leurs classifications et leurs représentants*, Bordeaux, Delmas.
- BOUDON Julien (2009), Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution, in : PINON Stéphane/PRÉLOT Pierre-Henri (éd.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein : actes du colloque du 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 87-109.
- BOUDON Julien (2012), Une doctrine juridique au service de la République ? La figure d'Adhémar Esmein, in : *Historia et ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2/2012, <<http://www.historiaetius.eu>>.
- BOUDON Julien (2013), L'interprétation des écrits de Rousseau par la doctrine publiciste de la Belle Epoque, in : HERRERA Carlos-Miguel (éd.), *Rousseau chez les juristes. Histoire d'une référence philosophico-politique dans la pensée juridique*, Paris, Kimé.
- BRIMO Albert (1978), *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone.
- BROOKS Thom (2013), *Hegel's political philosophy. A systematic reading of the Philosophy of Right*, Edimbourg, Edinburgh University Press.
- BRUNET Pierre (1997), Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 273-293.

- BRUNET Pierre (2004), *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant & LGDJ.
- BRUNET Pierre (2012), Les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg, <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00662018>>.
- BURDEAU François (1995), *Histoire du droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France.
- CANDAR Gilles (2004), La gauche en République (1871-1899), in : *Histoire des Gauches en France*, vol. 1, Paris, La Découverte, p. 113-131.
- CASTEL Robert (1995), *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard.
- CHARLE Christophe (1991), *Histoire sociale de la France au XIX<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Seuil.
- CHARMONT Joseph (1927), *La renaissance du droit naturel*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne.
- CHAZAL Jean-Pascal (2010), Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique, in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 65, 2010/2, p. 85-133.
- CHAZEL François (1991), Emile Durkheim et l'élaboration d'un « programme de recherche » en sociologie du droit, in : *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ.
- CHÉNEDÉ François (2012), De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité, in : *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, volume 4, 2012, p. 155-181.
- CHÉNEDÉ François (2012a), Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion, in : *Revue des contrats*, 2012, p. 241-258 et p. 1017-1038 (article en deux parties).
- CHOPPELET Antoine (2016), *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Mare et Martin, 2016.
- CLAVREUL Colette (1987), Sieyès et la genèse de la représentation moderne, in : *Droits*, 6, 1987, p. 45-56.
- CRETOIS Pierre (2014), *Le Renversement de l'individualisme possessif. De Hobbes à l'Etat social*, Paris, Classiques Garnier.
- DE BENOIST Alain (2013), Syndicalisme révolutionnaire et « grève-généralisme », in : *Edouard Berth ou le socialisme héroïque (Sorel-Maurras-Lénine)*, Grez-sur-Loing, Pardès.
- DÉMIER Francis (2000), *La France au XIX<sup>ème</sup> siècle (1814-1914)*, Paris, Seuil.
- D'HOMBRES Emmanuel (2009), « Un organisme est une société et réciproquement ? ». La délimitation des champs d'extension des sciences de la vie et des

- sciences sociales chez Alfred Espinas (1877), in : *Revue d'histoire des sciences*, tome 62-2, juillet-décembre 2009, p. 395-422.
- D'HOMBRES Emmanuel (2010), Le solidarisme. De la théorie scientifique au programme de gouvernement, in : *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 260, 2010/3, p. 81-107.
- DIDRY Claude (1990), De l'Etat aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de Léon Duguit et d'Emile Durkheim au tournant du siècle (1880-1900), in : *Genèses*, 2, 1990. A la découverte du fait social, p. 5-27.
- DIDRY Claude (1990), La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », in : *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2001/6 (56<sup>e</sup> année), p. 1253-1282.
- DIDRY Claude (2005), Léon Duguit, ou le service public en action, in : *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 52-3, juillet-septembre 2005, p. 88-97.
- DIGEON Claude (1959), *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, Presses Universitaires de France.
- DONZELOT Jacques (1994), *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Seuil.
- DUCOULOUX-FAVARD Claude (1992), L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie, in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 44, n° 4, Octobre-Décembre 1992, p. 849-881.
- EISENMANN Charles (1930), Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou, in : *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, t. CX, 1930, p. 231-279.
- ESPAGNO Delphine (2013), *Léon Duguit : de la Sociologie et du Droit*, Le Mans/Toulouse, L'Epitoge.
- EWALD François (1986), *L'Etat Providence*, Paris, Grasset.
- FELLMETH Rainer (1981), *Staatsaufgaben im Spiegel politischer Ökonomie : zum Verhältnis von Wirtschaft und Staatstätigkeiten in Werken von Adam Smith und Adolph Wagner*, Munich, Minerva.
- FILLOUX Jean-Claude (1979), Durkheim et l'organicisme : l'influence de Spencer et d'Espinas dans l'élaboration du fonctionnalisme durkheimien, in : *Revue européenne des sciences sociales*, t. 17, n° 47, 1979, p. 135-148.
- FONBAUSTIER Laurent (2004), Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit, in : *Revue française de droit administratif*, novembre-décembre 2004, p. 1053-1061.
- FOURNIER Pierre (2000), Evolution des textes concernant les conventions collectives, le salaire minimum et les conflits collectifs, in : *Cahiers du Chateaufp*, n° 2-3, janvier 2000. Consultable à l'adresse suivante : <[http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/conventions\\_collectives.pdf](http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/conventions_collectives.pdf)>

- FOURNIER Marcel (2007), *Emile Durkheim (1858-1917)*, Paris, Fayard.
- FREUND Julien (1990), « La rationalisation du droit selon Max Weber », in : *Etudes sur Max Weber*, Genève, Droz, p. 237-263.
- FRYDMAN Benoît (2000), Le projet scientifique de François Gény, in : *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris/Bruxelles, Bruylant/Dalloz, p. 213-231.
- GAILLET Aurore (2012), *L'individu contre l'Etat. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2012.
- GAILLET Aurore (2015), Contre le formalisme de la « jurisprudence des concepts » : Philipp Heck et la « jurisprudence des intérêts » en Allemagne, in : Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis, Paris, Panthéon-Assas, 2015, p. 195-221.
- GARNSEY Peter (2013), *Penser la propriété. De l'Antiquité jusqu'à l'ère des révolutions*, Paris, Les Belles Lettres.
- GAUDEMET Paul-Marie (1989), Paul Laband et la doctrine française de droit public, in : *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1989, p. 957-979.
- GAUDEMET Jean (1995), *Dominium – Imperium*. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne, in : *Droits*, 1995 (1), p. 3-17.
- GAUYE Oscar (1973), François Gény est-il le père de l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> alinéa, du Code civil suisse ?, in : *Revue de droit suisse*, 1973, vol. 114, I, p. 271-281.
- GEIGER Roger L. (1981), René Worms, l'organicisme et l'organisation de la sociologie, in : *Revue française de sociologie*, t. XXII, 1981, p. 345-360.
- GIACUZZO Jean-François (2014), « Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918 », in : *Jus Politicum*, n° 12, 2014.
- GONJO Yasuo (1972), Le « plan Freycinet », 1878-1882 : un aspect de la « grande dépression » économique en France, in : *Revue Historique*, t. 248, fasc. 1 (503) (Juillet-Septembre 1972), p. 49-86.
- GOUPY Marie (2011), *L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne : une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie*, Thèse, 2011.
- GOYARD-FABRE Simone (1996), *La Philosophie du Droit de Kant*, Paris, Vrin.
- GRIMM Dieter (1973), *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Francfort s.M, Athenäum Verlag.
- GRIMM Dieter (2016), Une lecture allemande de Léon Duguit, in : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 1, 2016, p. 185-194.

- GURVITCH Georges (1932), *L'Idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Sirey.
- HAFERKAMP Hans-Peter (2004), *Georg Friedrich Puchta und die « Begriffsjurisprudenz »*, Francfort, Klostermann.
- HALPÉRIN Jean-Louis (2012), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France.
- HARLOW Carol (2011), The influence of Léon Duguit on Anglo-American legal thought, in : Fabrice MELLERAY (éd.), *Autour de Léon Duguit : actes du colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, p. 227-254.
- HAUPT Heinz-Gerhard (1993), *Histoire sociale de la France depuis 1789*, Paris, Editions de la maison des sciences de l'homme.
- HELLER Hermann (2012), *La crise de la théorie de l'Etat*, Paris, Dalloz.
- HERB Karlfriedrich (1996), Contrat et histoire. La transformation du contrat social de Rousseau à Kant, in : *Revue germanique internationale*, 6/1996, p. 101-112.
- HERRERA Carlos Miguel (1997), Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, n° 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 325-345.
- HERRERA Carlos Miguel (2013), L'étranger dans la maison ? Rousseau chez les juristes, in : HERRERA Carlos-Miguel (éd.), *Rousseau chez les juristes. Histoire d'une référence philosophico-politique dans la pensée juridique*, Paris, Kimé.
- HOBBSAWM Eric J. (1989), *L'Ere des Empires (1875-1914)*, Paris, Fayard.
- HOFFMANN Paul (1982), Benjamin Constant critique de Jean-Jacques Rousseau, in : *Revue d'Histoire littéraire de la France*, 82<sup>e</sup> année, n° 1 (jan-fév. 1982), p. 23-40.
- HONNETH Axel (2000), *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Editions du Cerf.
- HOUTE Arnaud-Dominique (2014), *Le triomphe de la République (1871-1914)*, Paris, Seuil, 2014.
- HUMMEL Jacky (2002), *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, Presses Universitaires de France.
- JÈZE Gaston (1932), L'influence de L. Duguit sur le droit administratif français, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 135-151.
- JONES Stuart H. (1993), *The French State in question. Public Law and political argument in the Third Republic*, Cambridge, Cambridge University Press.

- JOUANJAN Olivier (1997), Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 11-63.
- JOUANJAN Olivier (1998), La volonté dans la science juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique, in : *Droits*, 28 (1998), pp. 47-69.
- JOUANJAN Olivier, éd. (2001), *Figures de l'Etat de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg.
- JOUANJAN Olivier (2002), Un positiviste dans la crise : Richard Thoma, in Jean-François KERVÉGAN (éd.) : *Crise et pensée de la crise en Droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS Editions, p. 13-54.
- JOUANJAN Olivier (2003), De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques, in : *Revue européenne des sciences sociales*, XLI-128 (2003), p. 129-144.
- JOUANJAN Olivier (2004), Sur les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek, in : *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, pp. 6-16.
- JOUANJAN Olivier, éd. (2004a), *L'esprit de l'Ecole historique du droit : textes inédits en français de F.C Savigny et G. F. Puchta ; étude de Joachim Rückert*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, n° 7, 2004, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg.
- JOUANJAN Olivier (2005), *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : idéalisme et conceptualisme chez les juristes du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Presses Universitaires de France.
- JOUANJAN Olivier (2005a), Georg Jellinek ou le juriste philosophe, Préface à : Georg JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, Paris, Editions Pantheon-Assas, 2005, pp. 5-85.
- JOUANJAN Olivier (2006), Jhering ou l'amour du droit, Présentation de : Rudolf von JHERING, *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, 2006, pp. I-XXXIII.
- JOUANJAN Olivier (2010), Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction de l'Etat moderne, site web : <<https://sites.google.com/site/olivierjouanjan/olivier-jouanjan>>.
- JOUANJAN Olivier (2011), Duguit et les Allemands, in : Fabrice MELLERAY (éd.), *Autour de Léon Duguit : actes du colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bordeaux, 29-30 mai 2009, Bruxelles, Bruylant, p. 195-224.

- JULLIARD Jacques (1988), *Autonomie ouvrière. Etudes sur le syndicalisme d'action directe*, Paris, Gallimard.
- JULLIARD Jacques (2006), La charte d'Amiens, cent ans après. Texte, contexte, interprétations, in : Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle, 2006/1, n° 24, p. 5-40.
- KELSEN Hans (1997), La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique, in : *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 437-492.
- KERSTEN Jens (2000), *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- KERVÉGAN Jean-François (1992), *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, Presses Universitaires de France.
- KERVÉGAN Jean-François (2007), *L'effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin.
- KREMER Carsten (2008), *Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber*, Francfort, Vittorio Klostermann.
- LAQUIÈZE Alain (2005), La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX<sup>ème</sup> et du XX<sup>ème</sup> siècles, in : *Historia Constitucional (revista electronica)*, n° 6, 2005, p. 229-261.
- LANDAU Peter (2000), Rechtsgeltung bei Georg Jellinek, in : Stanley L. PAULSON / Martin SCHULTE (éd.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Francfort, Mohr Siebeck, 2000, p. 299-307.
- LASKI Harold J. (1932), La conception de l'Etat de L. Duguit, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 121-134.
- LAUVAUX Philippe (1997), Le principe monarchique en Allemagne, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 65-78.
- LECRIVAIN André (2001), *Hegel et l'éthicité*, Paris, Vrin.
- LEFEBVRE Jean-Pierre/MACHEREY Pierre (1984), *Hegel et la société*, Paris, Presses Universitaires de France.
- LE FUR Louis (1932), Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 175-211.
- LE GOFF Jacques (1990), La naissance des conventions collectives, Retour sur un débat doctrinal significatif, 1980-1920, in : *Droits*, 1990, n° 1.
- LENOIR Rémi (1993), Le droit et ses usages, in : *Division du travail et lien social. Durkheim un siècle après*, Paris, Presses Universitaires de France.
- LEWIS John D. (1935), *The Genossenschaft-theory of Otto von Gierke. A Study in Political Thought*, Madison, University of Wisconsin Studies.

- LINDITCH Florian (1996), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ.
- LINDITCH Florian (1997), La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'Etat dans la doctrine française, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 179-217.
- LOSANO Mario G. (1984), *Studien zu Jhering und Gerber*, Ebelsbach, Rolf Gremer.
- MAIRET Gérard (1996), *Le principe de souveraineté : histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard.
- MANIN Bernard (2012), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion.
- MARTY Gabriel/BRIMO Albert (éd., 1968), *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Pédone.
- MASLARSKI David (2011), La conception de l'Etat de Gaston Jèze, in : *jus politicum*, n° 3, 2011, accessible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>
- MAULIN Eric (2003), *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France.
- MELLERAY Fabrice (2001), École de Bordeaux, école du service public et école du guiste. Proposition de distinction, in : *Revue du droit public et de la science politique*, 2001, p. 1887-1905.
- MELLERAY Fabrice, éd. (2011), *Autour de Léon Duguit : actes du colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant.
- MESTRE Achille (1932), Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 163-173.
- MIÈVRE Jacques (2001), Le solidarisme de Léon Bourgeois. Naissance et métamorphose d'un concept, in : *Cahiers de la Méditerranée*, 63, 2001, p. 141-155.
- MILET Jean (1970), *Gabriel Tarde et la philosophie de l'Histoire*, Paris, Vrin.
- MILET Marc (1999), La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier, in : *Revue française de science politique*, 49<sup>e</sup> année, n° 6, 1999, p. 783-802.
- MILET Marc (2003), L. Duguit et M. Hauriou, Quarante ans de controverse juridico-politique (1889-1929), in : *Les juristes face au politique. Le Droit, la Gauche et la doctrine sous la III<sup>e</sup> République*, Paris, Kimé, p. 85-121.
- MINEUR Didier (2010), *Carré de Malberg : le positivisme impossible*, Paris, Michalon.
- MOMMSEN Theodor (1984), *Le droit public romain*, tome I, Paris, De Boccard.
- MORIN Gaston (1932), L'œuvre de Duguit et le droit privé, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 153-162.

- MUCCHIELLI Laurent (1998), *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France*, Paris, La Découverte.
- NICOLET Claude (1982), *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard.
- OERTZEN Peter von (1962), Die Bedeutung C.F von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre, in : Konrad HESSE/Siegfried REICKE/Ulrich SCHEUNER (éd.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübingen, J.C.B. Mohr.
- OWEN Bernard (1985), Aux origines de l'idée proportionnaliste, in : *Pouvoirs*, 32, 1985, p. 16-30.
- PACTEAU Bernard (2010), Léon Duguit à Bordeaux, un Doyen dans sa ville, in : *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, n° 2-2010, p. 505-521.
- PAHUD Samuel (2013), *Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Etude de droit romain de l'époque classique*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess.
- PAPAEFTHYMIOS Sophie (1997), La distinction « droit privé-droit public » en France entre 1848 et 1900 : le paradigme positiviste perdu, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 101-133.
- PASQUINO Pasquale (1987), Emmanuel Sieyès, Benjamin Constant et le « gouvernement des modernes ». Contribution à l'histoire du concept de représentation politique, in : *Revue française de science politique*, 37<sup>e</sup> année, n° 2, 1987, p. 214-229.
- PAULSON Stanley L. (1996), Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism, in : *The Modern Law Review*, 1996, 59/6, p. 797-812.
- PAULSON Stanley L. (1997), Introduction, in : Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ.
- PAULY Walter (1993), *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- PAULY Walter (2001), Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek, in : Olivier JOUANJAN (éd.), *Figures de l'Etat de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg.
- PESET Mariano (1971), Philosophie et science dans l'œuvre de Léon Duguit, in : *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1971, p. 353-386.

- PINON Stéphane/PRÉLOT Pierre-Henri, éd. (2009), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein : actes du colloque du 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, Paris, Montchrestien.
- PINON Stéphane (2010), Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante, in : *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, n° 2-2010, p. 523-548.
- PINON Stéphane (2011), Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit, in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/2, vol. 67, p. 69-93.
- PISIER-KOUCHNER Evelyne (1972), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ.
- PISIER-KOUCHNER Evelyne (1977), La sociologie durkheimienne dans l'œuvre de Duguit, in : *L'Année sociologique*, vol. 28, 1977, p. 95-114.
- PISIER Evelyne (1987), « Léon Duguit et la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », in : *Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, p. 189-202.
- PÖGGELER Wolfgang (1998), Introduction à : C.F GERBER (1998), *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Hildesheim/Zürich/New-York, Olms-Weidmann. Réimpression de la 3<sup>e</sup> édition de 1880, pp. 5-28.
- POLITIS Nicolas (1932), L'influence de la doctrine de L. Duguit et les fondements du droit des gens, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 69-81.
- PONSARD Nathalie (2010), Sur les traces d'un « antiparlementarisme syndical » marginal (France, XX<sup>e</sup> siècle), in : *Siècles*, 32, 2010, p. 2-11.
- RANOUIL Véronique (1980), *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France.
- RAYNAUD Philippe (1987), Léon Duguit et le droit naturel, in : *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 4, p. 169-180.
- REDOR Marie-Joëlle (1992), *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'Evolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille
- RÉGLADE Marc (1932), Théorie générale du droit dans l'œuvre de L. Duguit, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 21-67.
- RENDU André (1910), *La loi de Wagner et l'accroissement des dépenses dans les budgets modernes*, Paris, A. Rousseau.
- RIEG Alfred (1968), Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle, in : *Archives de philosophie du droit*, n° 13, 1968, p. 31-49.
- ROSANVALLON Pierre (1990), *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil.

- ROSANVALLON Pierre (1998), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard.
- ROSANVALLON Pierre (2004), *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil.
- SACRISTE Guillaume (2001), Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle, in : *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001/1, n° 4, pp. 69-94.
- SACRISTE Guillaume (2011), *La république des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Paris, Les Presses de SciencesPo.
- SCELLE Georges (1932), La doctrine de L. Duguit et les fondements du droit des gens, in : *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, n° 1-2, 1932, p. 83-119.
- SCHMITT Carl (1993), *Théorie de la Constitution*, Paris, Presses Universitaires de France.
- SCHMITZ Julia (2013), *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan.
- SCHÖNBERGER Christoph (1997), Penser l'Etat dans l'Empire et la République : critique et réception de la conception juridique de l'Etat de Laband chez Carré de Malberg, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 255-271.
- SCHÖNBERGER Christoph (1997a), *Das Parlament im Anstaltsstaat – Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918)*, Francfort, Klostermann.
- SCHÖNBERGER Christoph (2000), Ein liberaler zwischen Staatswille und Volkswille : Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende, in : Stanley L. PAULSON/Martin SCHULTE (éd.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Francfort, Mohr Siebeck, 2000, pp. 3-32.
- SCHÖNBERGER Christoph (2006), L'« Etat » de la théorie générale de l'Etat. Remarques comparatives sur une discipline spécifiquement allemande, in : *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich (1875-1945)*, Munich, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, p. 257-275.
- SCHÖNBERGER Christoph (2010), De l'Etat comme substance à l'Etat comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, in : Olivier JOUANJAN (éd.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'économie*, Paris, PUF.
- SOUAL Philippe (2006), *Le sens de l'Etat. Commentaire des Principes de la Philosophie du Droit de Hegel*, Louvain/Paris/Dudley, Peeters.

- SOUAL Philippe (2011), *Le drame de la liberté. Introduction aux Principes de la philosophie du droit de Hegel*, Paris, Hermann.
- STOLLEIS Michael (1998), *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police (1600-1800)*, Paris, PUF.
- STOLLEIS Michael (2002), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, vol. 3, München, C.H. Beck.
- STOLLEIS Michael (2014), *Histoire du droit public en Allemagne (1800-1914)*, vol. 2, Paris, Dalloz.
- THOMAS Yann (1984), *Mommsen et « l'Isolierung » du Droit (Rome, l'Allemagne et l'Etat)*, Paris, De Boccard.
- THOMAS Yann (1995), « *Fictio legis* ». *L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in : *Droits*, 21, 1995, p. 18-63.
- TROPER Michel (1994), Le positivisme juridique, in : *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 23-44.
- UHLENBROCK Henning (2000), *Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchung zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot.
- VIDAL Michel (1977), La propriété dans l'école de l'exégèse en France, in : *Quaderini Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, 1976-77, p. 7-40.
- WALINE Marcel (1930), Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou, in : *L'année politique française et étrangère*, n° 17, juin 1930, p. 39-63.
- WALINE Marcel (1939), Défense du positivisme juridique, in : *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1939, n° 1-2, p. 83-96.
- WEBER Max (1959), *Le savant et le politique*, Paris, Plon.
- WHITMAN James Q. (1997), Jhering parmi les français, 1870-1918, in : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, t. 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 151-164.
- WIEACKER Franz (1995), *A history of private law in Europe*, Oxford, Clarendon Press.
- WILHELM Walter (1958), *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Francfort, Klostermann.
- XIFARAS Mikhaïl (2004), *La propriété. Etude de philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France.



Le nom du juriste français Léon Duguit (1859-1928) est souvent associé à la notion de «service public». Il en fut effectivement l'un des principaux théoriciens. Duguit est pourtant l'auteur d'une œuvre plus vaste qui forme une véritable théorie générale de l'Etat et du droit. La doctrine de Duguit vise précisément la liaison de ces deux éléments fondamentaux dans une conception radicalement neuve de l'Etat de droit. Avec Duguit, penser l'Etat de droit s'opère en se séparant définitivement de l'idée de souveraineté, en ce qu'elle constitue l'obstacle majeur à la soumission de l'Etat au droit. Penser l'Etat de droit passe nécessairement par une réflexion approfondie sur les sources du droit, car l'Etat sera véritablement soumis au droit lorsqu'il en aura perdu le monopole d'édiction. Penser l'Etat de droit revient à changer de perspective dans la conception des rapports de droit public, l'hypothèse d'une hiérarchie verticale entre l'Etat et ses administrés devant faire place à une certaine horizontalité. Penser l'Etat de droit implique également de s'interroger sur l'organisation des pouvoirs, en particulier sur la place du Parlement et la légitimité de la justice constitutionnelle. Située à la lisière entre la philosophie politique, la sociologie du droit, l'histoire du droit et le droit constitutionnel, la présente étude s'adresse à toutes les personnes intéressées à une compréhension interdisciplinaire de l'Etat.

*Théophile von Büren, Dr en droit*

ISBN 978-3-7190-4550-0

