

LÉON DUGUIT

ET LE DROIT NATUREL

Dans l'histoire de la pensée juridique française, l'œuvre de Léon Duguit a quelque chose de paradoxal. Aux yeux de certains des plus grands juristes du début du siècle (Carré de Malberg, Esmein), les thèses de Duguit reposaient sur une restauration, contre la conception moderne de la souveraineté, de l'idée du *droit naturel*, alors même que, selon lui, ses adversaires (les théoriciens germaniques ou français de la souveraineté) étaient des *métaphysiciens*, sa doctrine étant seule en accord avec les exigences de l'esprit positif.

L'œuvre de Duguit doit beaucoup au courant dominant de la sociologie française, celui qui va de Comte à Durkheim (1) : la recherche d'une science objective du droit s'accompagne ainsi chez lui d'une méfiance profonde à l'égard des catégories de la philosophie moderne, considérées comme des produits de l'esprit « métaphysique », qui est à la fois *pré-scientifique* et *anti-social*. Or, à ses yeux, le droit lui-même n'a pas été épargné par la « doctrine métaphysique » qui est à la base de la notion contradictoire de « droit subjectif » et, surtout, de la doctrine virtuellement despotique de la « souveraineté » (2). L'élaboration d'une conception scientifique du droit requiert ainsi pour lui une critique du volontarisme moderne : le *positivisme épistémologique* présuppose une rupture avec le *positivisme juridique* ; le problème est donc de savoir si cette critique du positivisme juridique est ou non compatible avec le rejet de toute idée de Droit naturel.

Par définition, le « droit naturel » est un « droit » qui découle de la Nature, antérieurement au droit positif, quelle que soit la source de celui-ci — mais cette définition peut elle-même s'entendre en deux sens distincts :

— dans un premier cas, on entend par « droit naturel », l'en-

(1) Il s'en écarte néanmoins par son hostilité à toute représentation « organiciste » de la société et, surtout, par sa critique de l'idée de « conscience collective » ; voir sur ce point, Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 84-95.

(2) Cf., par exemple, *Traité de droit constitutionnel* (cité ici : T.D.C.), 3^e éd., Paris, 1927-1930, tome I, p. 214 s. et 631 sq.

semble des règles *supérieures* au droit positif ; le terme est donc pris ici dans un sens normatif, qui est le plus fréquemment utilisé ;

— dans une deuxième acception, trop souvent oubliée, on entend simplement par « droit naturel » ce qui est *logiquement antérieur* au droit positif. Pris dans ce sens (qui englobe d'ailleurs le premier), l'expression ne désigne pas nécessairement une instance normative : des théoriciens « absolutistes » de la souveraineté comme Hobbes et Spinoza parlent du droit naturel tout en posant que, dans l'Etat civil, la puissance souveraine est la source de toute règle de droit.

Les controverses françaises du début du siècle portaient essentiellement sur les conditions de la limitation de la souveraineté, sur la signification du développement des fonctions nouvelles de l'Etat (le « service public ») et sur les sources du droit ; elles mêlaient donc des préoccupations normatives avec des tentatives d'interprétation des transformations du droit : les thèses de Duguit peuvent donc être analysées du point de vue des deux aspects du « droit naturel ».

I. — LE DROIT NATUREL COMME PRINCIPE DE LIMITATION DE L'ETAT

Il y a chez Duguit une thèse centrale, qui a conduit ses adversaires à le considérer comme un représentant du « droit naturel », entendu comme principe de limitation : elle consiste dans l'idée que les règles juridiques apparemment posées par l'Etat n'ont de valeur qu'en fonction de leur conformité à la « *règle de droit* » antérieure et supérieure à l'activité de l'Etat. C'est cette doctrine que contestent Esmein et Carré de Malberg, pour qui elle revient à exiger une *subordination* de l'Etat au « droit », considéré comme une instance transcendante et supérieure.

Pour Esmein, la doctrine de Duguit n'est rien d'autre qu'une reprise des idées des « doctrinaires », Guizot et Royer-Collard : « c'est », dit-il, « la doctrine qui à diverses époques a prétendu ne reconnaître d'autre souveraineté que celle de la raison (...). Dans les *droits et intérêts légitimes*, où Royer-Collard voit la base même de la société politique, on trouve l'équivalent exact de la situation juridique et de la règle de droit sur laquelle Duguit construit tout son système » (3). Or, cette assimilation est doublement inexacte :

— tout d'abord, remarque Duguit, elle méconnaît, à cause d'une simple ressemblance *formelle*, la différence *de fond* qui le sépare de Guizot et de Royer-Collard : contrairement à la « Raison » ou à la « Justice » des doctrinaires, la « règle de droit » est connue par l'expérience et, surtout, elle varie d'une société à l'autre, puisqu'elle

(3) Cité in DUGUIT, *op. cit.*, II, p. 62-63.

exprime simplement, sous des formes changeantes, le principe de la solidarité sociale (4) ;

— on peut remarquer en outre que les concepts fondamentaux de la doctrine de Duguit sont très différents de ceux sur lesquels s'appuie Guizot. Celui-ci, en effet, se contente de dire que la souveraineté ne peut jamais être pleinement incarnée dans un homme ou dans une association, mais son inspiration reste fidèle aux conceptions « modernes », puisque sa théorie part des idées de droit subjectif et de souveraineté ; pour Duguit, au contraire, ce sont là des entités « métaphysiques » qui doivent être éliminées de la science juridique.

Si insuffisantes qu'elles soient quant au fond, les critiques d'Esmein mettent néanmoins bien en lumière une difficulté réelle de la doctrine de Duguit, qu'elle partage effectivement avec les théories libérales du siècle dernier : en soumettant le droit positif à une « règle de droit » supérieure (c'est-à-dire surtout, pour Esmein, en prétendant limiter ainsi les pouvoirs du législatif), on semble introduire un dualisme qui risque de se traduire par un conflit insoluble entre deux types de droit. C'est de ce même argument qu'invoque Carré de Malberg (5) pour développer une critique beaucoup plus approfondie qui porte à la fois sur l'unité du droit et sur le rôle de l'Etat.

Carré de Malberg admet que la variabilité de la « règle de droit » de Duguit constitue une différence avec les conceptions rationalistes du Droit naturel mais il estime néanmoins que le contenu de la règle de droit est beaucoup moins important que la structure à ses yeux dualiste qu'introduit à ses yeux la doctrine de Duguit (6).

On retrouve ici une thèse constante de Carré de Malberg : postuler l'existence d'un droit autre que le droit positif, c'est introduire l'incohérence dans le droit, en admettant la possibilité de « conflits du droit contre le droit » : « ce qui est possible, c'est que le droit et la loi positive se mettent en contradiction avec les règles de la morale, avec la justice immuable, avec l'intérêt social sainement entendu ; mais, en cela, le conflit ne s'élève pas entre deux systèmes juridiques, entre deux règles qui, tout en étant d'espèces différentes, seraient cependant chacune des règles juridiques ». Aussi, si l'on convient d'appeler « droit » la « règle législative, fondée sur la puissance souveraine », « il est contraire à toute logique de désigner du même nom et de faire pareillement rentrer dans la catégorie du droit la règle idéale de justice qui n'a

(4) C'est également en cela, estime Duguit (*ibid.*), que sa doctrine se distingue du « droit naturel », contrairement à ce que croit Gény.

(5) R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (C.G.T.E.), 2 vol., Paris, 1920, rééd. aux Ed. du C.N.R.S., Paris, 1962, I, p. 200-213.

(6) *Ibid.*, p. 202-204.

pas été consacrée par un acte de la puissance souveraine » (*C.G.T.E.*, I, p. 211).

En fait, Carré de Malberg tend à assimiler la doctrine de Duguit à celle d'Hauriou. Celui-ci en effet, comme on le sait, distingue deux espèces de droit : « le droit qui procède de la souveraineté gouvernementale » et le « droit qui découle de la règle de justice » (7) ; en parlant de « lois contraires au droit » (*T.D.C.*, I, p. 152), Duguit défendrait une thèse similaire.

Formulée ainsi, cette critique reste néanmoins peu probante. Lorsque Duguit écrit que « certaines lois sont contraires au droit », en effet, il ne prétend nullement qu'il y ait là conflit entre deux sources du droit : tout ce qui s'oppose à la « règle de droit » — fût-ce la volonté du législateur — est pour lui *ipso facto* hors du droit. La théorie de Duguit n'est pas dualiste : « Il ne peut y avoir », écrit-il au contraire, « une dualité juridique, une norme juridique spontanée et une norme juridique imposée » (*T.D.C.*, I, p. 171).

Il faut donc chercher ailleurs les véritables enjeux de la critique de Carré de Malberg, qui concernent en fait le rôle de l'Etat, d'une part et, d'autre part, la nature de la science juridique.

Chez Duguit, l'Etat apparaît simplement comme un fait, celui de la domination d'un groupe humain doté d'une force supérieure et né de la différenciation des fonctions sociales. L'Etat ne joue donc pas, en tant que tel, de rôle privilégié dans la formation du droit : il doit au contraire être « soumis au droit » : de là provient l'accusation d' « anarchisme juridique » fréquemment portée contre Duguit.

Carré de Malberg, au contraire, défend une doctrine qui est en fait extrêmement proche de celle de Hobbes (8) : il veut montrer comment la souveraineté est irréductible à la force ou à la puissance, parce qu'elle prend nécessairement une structure juridique sans pour autant être limitée du dehors (9) : « Il ne suffit pas », objecte-t-il à Duguit, « de caractériser l'Etat comme un fait dû à certaines forces. L'Etat est aussi une institution juridique, et cela notamment en ce sens que sa puissance se meut dans le cadre d'un ordre juridique déterminé et s'exerce selon certaines règles, formant d'une façon stable le droit public de la communauté » (*C.G.T.E.*, I, p. 198). Ainsi, comme chez Hobbes, la formation de l'Etat suppose le dépassement du conflit où s'affrontent les différents groupes sociaux, par l'émergence d'une puissance permanente susceptible d'être acceptée « comme un fait naturel et nécessaire, par la grande masse des membres de la nation » et qui, parce qu'elle n'est pas

(7) M. HAURIUO, *Les idées de M. Duguit*, p. 14 sq., cité in *C.G.T.E.*, I, p. 210.

(8) Je me permets de renvoyer sur ce point à mon article : « Droit naturel et souveraineté nationale. Remarques sur la théorie de l'Etat chez Carré de Malberg », in *Commentaire*, n° 22, été 1983, p. 386-388.

(9) C'est d'ailleurs pour cela qu'il interprète dans un sens « réaliste » (non moraliste) les célèbres analyses de Rousseau sur le caractère contradictoire de la notion de « droit du plus fort » (*C.G.T.E.*, I, p. 197-198).

seulement « *potentia* » mais aussi « *potestas* », agit conformément à un ordre juridique déterminé (C.G.T.E., I, pp. 198-199).

Les divergences entre Duguit et Carré de Malberg sont d'autant plus significatives que, sur bien des points, leurs préoccupations politiques et même leurs positions sur les évolutions souhaitables du droit français sont tout compte fait assez proches. D'un côté en effet, ils souhaitent l'un et l'autre une amélioration de la protection des libertés dans le droit français en s'accordant à reconnaître que, si précieux soit-il, le principe de légalité reste insuffisant pour cette tâche et, surtout, ils cherchent tous deux à penser les transformations de l'Etat induites par le développement de la démocratie et la croissance des services publics. D'un autre côté, ils s'opposent radicalement sur l'interprétation des transformations contemporaines de l'Etat : si Duguit voit dans l'affermissement des libertés et dans le développement des services publics une *rupture* avec la notion de souveraineté, Carré de Malberg considère que, dans l'Etat contemporain lui-même, c'est toujours le souverain qui détermine seul les limites dans lesquelles s'exerce son activité. S'il n'y a pas de « dualité juridique », c'est pour Duguit parce que le prétendu « souverain » est soumis à la « règle de droit » ; pour Carré de Malberg, au contraire, c'est parce qu'il n'y a pas de rupture entre les fonctions de souveraineté et celles de service public.

Plus profondément, le conflit entre les deux doctrines met en présence deux conceptions antinomiques de la science juridique : là où Carré de Malberg reste fidèle au *volontarisme* de la philosophie juridique moderne, Duguit considère au contraire que la tâche du législateur, comme celle du juge, ne consiste pas à « créer » du droit mais à « constater » une règle de droit préexistante. Le système de Duguit se veut d'ailleurs radicalement anti-subjective, puisque, au-delà de la notion de souveraineté, c'est l'idée même de *droits subjectifs* qui s'y trouve récusée.

Plus que son insistance sur la solidarité, c'est cette rupture avec la philosophie moderne qui sépare Duguit de la tradition libérale. L'idée que les pouvoirs des gouvernants doivent être limités ne signifie plus chez lui que le droit positif, valide dans sa sphère, devrait impérativement s'arrêter devant des « droits naturels » inviolables (Constant) ni même que la faillibilité humaine implique la division et la limitation de la souveraineté (Guizot) (10) ; elle s'accompagne au contraire d'une critique *conjointe* de l'individualisme et de l'étatisme considérés comme les conséquences du subjectivisme moderne. « Métaphysique », incapable de ce fait de rendre

(10) Il y a bien chez Guizot une critique de la notion de souveraineté, qui repose sur l'extension à toutes les doctrines absolutistes des objections que Bonald adressait à la doctrine rousseauiste de la volonté générale et qui substitue déjà au volontarisme moderne un raisonnement quasi « sociologique » ; mais il conserve un *sens* et une portée critique à l'idée de souveraineté, alors que Duguit lui dénie toute valeur (cf. sur Guizot, P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985).

compte du développement réel du droit, la « doctrine individualiste », qui est totalement impuissante à « résoudre le problème de la souveraineté de l'Etat », n'échappe à l'anarchie qu'en justifiant le despotisme (*T.D.C.*, I, pp. 631-648).

Ainsi, parce qu'il identifiait la tradition jusnaturaliste à la prétention à déduire le droit des exigences de la Raison, Duguit estimait impossible de fonder la limitation de l'Etat sur le droit naturel ; il reste à voir si sa propre doctrine, dans son effort pour rendre compte de l'évolution de l'Etat et du droit modernes, est effectivement étrangère à toute idée de droit naturel.

II. — LE DROIT NATUREL COMME PRINCIPE D'INTERPRETATION

C'est sans doute dans son analyse des principes révolutionnaires de la *Déclaration des Droits de l'Homme* de 1789 que l'on perçoit le mieux la signification — et les difficultés — de la doctrine de Duguit (11). Aux yeux de Duguit, les révolutionnaires ont certes compris la nécessité de reconnaître une règle de droit supérieure à l'Etat mais, aveuglés par des doctrines « métaphysiques », ils n'ont pas pu surmonter l'antinomie entre la souveraineté de l'Etat et celle de l'individu. En outre, si Duguit admet la valeur de l'idée révolutionnaire de liberté pour les sociétés modernes, c'est en fait pour mieux affirmer sa relativité historique et, surtout, il en redéfinit entièrement la signification : l'autonomie individuelle et le libre développement des « talents » ne sont pas des droits subjectifs mais expriment au contraire simplement une impérieuse nécessité sociale (12).

On voit ainsi quelle interprétation du monde contemporain sous-tend les analyses de Duguit. D'un côté, comme nous l'avons vu, Duguit prolonge la tradition de Saint-Simon et d'Auguste Comte, ce qui l'amène à une double récusation de l'esprit « métaphysique » des doctrines modernes : étrangères à l'esprit scientifique, ces dernières méconnaissent aussi les exigences de la solidarité sociale ; de là découle la réduction méthodique des « droits subjectifs » au droit objectif, par la mise à jour des contradictions internes des doctrines individualistes (13). D'un autre côté, il reconnaît aussi

(11) Je me permets sur ce point de renvoyer à mon article : « Des droits de l'homme à l'Etat de droit ; les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public », in *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 2, Paris, P.U.F., 1985.

(12) C'est ce que montre pour lui, par exemple, la loi de 1882 sur l'obligation scolaire : si l'on avait considéré le développement des talents comme un *droit subjectif*, l'instruction aurait simplement été gratuite ; si elle est obligatoire, c'est parce qu'elle traduit une *nécessité sociale* exprimée par une situation de *droit objectif*. Cf. sur ce point, *Souveraineté et liberté*, Paris, 1922.

(13) Cf., par exemple, la réduction de la propriété à une *fonction sociale* (*T.D.C.*, I, p. 445-450), ou encore la critique de la notion d'*abus de droit* (*T.D.C.*, I, p. 266-274).

une certaine valeur positive à l'effort des modernes en faveur du développement de l'autonomie, ce qui l'amène à reprendre certaines thèses rationalistes, libérales ou démocratiques (14). Cette volonté de conciliation entre l'individualisme et le principe de solidarité se traduit finalement par l'affirmation d'une continuité essentielle entre l'Etat social et l'Etat libéral. L'effort des libéraux (illusoire dès lors qu'ils en restaient à une doctrine subjectiviste) visait à *limiter* les pouvoirs des gouvernants ; or, sur ce point, « la conception solidariste (...) ne vient point contredire les solutions de la doctrine individualiste ; au contraire elle les confirme » (*T.D.C.*, III, 605) ; parce qu'il leur impose des *obligations* nouvelles, le développement des services publics constitue en effet une nouvelle limitation de l'arbitraire des gouvernants.

Il reste à savoir si cette interprétation, qui se veut conforme à l'esprit « positif » de la science moderne, est réellement étrangère à toute forme de droit naturel et si, par ailleurs, elle dépasse vraiment les présupposés du droit naturel *moderne*.

Selon Duguit, il suffit, pour rompre avec le droit naturel, d'admettre que la règle de droit est variable d'une société à l'autre et de la reconstruire au terme d'une induction ou d'une observation « sociologique » des normes sociales en vigueur dans les diverses sociétés. La portée de ce « positivisme » épistémologique apparaît néanmoins bien réduite quand on voit Duguit lui-même se reconnaître pour précurseurs Aristote et saint Thomas.

Dans un curieux passage du *Traité*, en effet, Duguit rapproche sa propre doctrine de la « règle de droit » de l'analyse thomiste de la justice (15), référence qui, pour lui, est parfaitement en accord avec ses ambitions sociologiques : « Aristote n'a-t-il pas été le premier sociologue et n'a-t-il pas étudié toutes les questions politiques et sociales de son temps sans rattacher en aucune façon les solutions qu'il donne à une doctrine métaphysique ? L'auteur de la *Politique* et de la *Constitution politique d'Athènes* applique la plus pure méthode sociologique. Et dans l'œuvre immense de saint Thomas, l'effort est constant aussi de résoudre tous les problèmes du droit politique par la seule observation des faits. Assurément pour lui tout vient de Dieu dans le monde social comme dans le monde physique, mais tout évolue humainement comme si Dieu n'existait pas : si Dieu n'existait pas, rien ne se passerait ; mais tout se passe comme si Dieu n'existait pas. C'est pourquoi les sociologues modernes n'abandonnent ni leur méthode ni leur point de départ, en faisant un emprunt au grand scholastique. » (*T.D.C.*, I, p. 127).

(14) Ainsi, s'il critique le *volontarisme* législatif, il reconnaît néanmoins à la *loi* (comme expression de la règle de droit) des mérites éminents : plus simple et plus claire que la coutume et la jurisprudence, « la loi constitue d'après les idées modernes une limite qui est une garantie précieuse pour les justiciables et les administrés » (*T.D.C.*, I, p. 173).

(15) Cf. *T.D.C.*, I, p. 122-123, qui cite notamment la *Somme théologique*, IIa, IIae, LVIII, art. 8.

Ce texte, qui mériterait à lui seul un long commentaire, touche à des questions fondamentales, sans vraiment clarifier le sens de la référence de Duguit à la tradition aristotélicienne. Remarquons simplement que si, dans un contexte thomiste, l'idée de la consistance propre de la nature peut justifier l'autonomisation du droit (16), il est en revanche très difficile de couper complètement les analyses politiques et juridiques d'Aristote (ou de Thomas d'Aquin) de la physique et de la métaphysique : la distinction, par exemple, entre les constitutions justes et leurs formes perverses (monarchie et tyrannie, aristocratie et oligarchie, « politeia » et « démocratie ») repose entièrement sur une représentation naturaliste et finaliste de l'ordre politique. La conception aristotélicienne du droit est donc fondée sur l'idée d'un univers naturel à la fois finalisé et traversé par la contingence : les méthodes juridiques participent de l'Art humain et de la Prudence, qui n'ont pas d'autre objet que d'imiter l'ordre naturel pour achever ce que la nature est incapable d'accomplir elle-même.

Or, si, malgré la différence des contextes philosophiques, la « règle de droit » de Duguit, norme variable selon les sociétés mais jamais totalement incarnée, présente effectivement de nombreuses ressemblances avec la « justice » d'Aristote, c'est sans doute parce que, sur plus d'un point la « sociologie » de Duguit se rapproche en fait du naturalisme classique (17).

Paradoxalement, la théorie de Duguit paraît même à certains égards beaucoup plus objectiviste que celle d'Aristote. Celui-ci, en effet, ne dit pas seulement que la « *Phusis* » est variable (et donc le droit naturel, comme la règle de droit chez Duguit), mais aussi qu'il y a une consistance propre au « *Nomos* » dans sa capacité d'innovation volontaire et délibérée ; chez Duguit, au contraire, la théorie du « *but* » semble parfois aboutir à une négation complète du rôle de la volonté aussi bien dans la *protection des intérêts* que dans la *création du droit* (T.D.C., III, pp. 333 sq.).

Mais cet objectivisme apparent est lui-même contredit par d'autres aspects de la doctrine, qui semble en fait incapable de réaliser son programme et de surmonter le subjectivisme moderne.

En effet, la négation apparente du rôle créateur de la volonté dans les relations contractuelles ou dans la législation, qui se traduit par l'insistance sur l'objectivité de la « règle de droit », a pour contrepartie l'affirmation du « *fondement purement humain* » de la règle juridique (T.D.C., I, p. 151), qui réside dans la *conscience* des individus, et dans le *sentiment* de justice (18). De ce fait, quels que soient les efforts de Duguit pour éliminer tout volontarisme de

(16) Le problème est d'ailleurs complexe, et met en jeu, au-delà de la question du droit, l'ensemble de la synthèse thomiste entre le Dieu judéo-chrétien (transcendant) et le Cosmos grec.

(17) Cf. « Des droits de l'homme à l'Etat de droit... », *loc. cit.*, p. 65.

(18) Cf., par exemple, T.D.C., I, p. 112-113, 115-116, 170-171.

la théorie du droit, il semble bien que sa critique de la notion de souveraineté aboutisse à reprendre les arguments libéraux et démocratiques classiques contre l'absolutisme étatique.

Tel est le cas, tout d'abord, de la subordination de la valeur de la loi au fait que les consciences individuelles dont est formée l'opinion publique « en sont arrivées à considérer qu'une certaine règle s'impose aux membres du groupe social de faire ou de ne pas faire quelque chose » (19). Carré de Malberg, qui cite cette formule, n'a aucune peine à montrer qu'elle retrouve une difficulté classique de l'individualisme libéral (*C.G.T.E.*, I, pp. 205-207) ; on peut ajouter que cette réduction est d'autant plus légitime que Duguit n'invoque plus ici un fondement objectif de la limitation de l'Etat mais affirme au contraire que c'est la conscience individuelle qui juge de la validité de la loi.

Le rôle de la « conscience » introduit une difficulté analogue dans l'analyse du développement du service public. Celui-ci traduit, d'après Duguit, l'importance croissante du principe de solidarité dans « la règle de droit » ; mais si celle-ci n'existe qu'à travers l'opinion publique et les consciences individuelles, qui exigent non seulement la limitation de l'arbitraire mais aussi le développement de la protection sociale, n'est-on pas en fait ramené à l'idée démocratique qui fonde la légitimité de l'action de l'Etat sur sa conformité à la volonté générale ?

Plus généralement, on peut remarquer que, par un curieux renversement, les thèses apparemment les plus « objectives » de Duguit peuvent toujours être réinterprétées dans un sens subjectiviste et volontariste. Dans la théorie de la propriété, par exemple, le but de Duguit est de montrer que celle-ci n'est pas une « situation juridique subjective » mais au contraire une « situation de droit objectif » qui correspond à une fonction sociale, et qui requiert l'intervention de la « contrainte sociale » pour « sanctionner des ordres et des défenses édictées par la norme juridique » (*T.D.C.*, I, p. 448-449). Cependant, dès lors que se pose la question des organes qui décident des conditions auxquelles cette fonction est correctement remplie, Duguit en vient tout naturellement à considérer que cette tâche revient au législateur (20) ; même si son intention est simplement de critiquer la conception individualiste de la propriété, il semble bien que nous soyons ici encore ramenés à une théorie démocratique de la volonté générale, puisque ce sont les « consciences individuelles », réunies dans l'opinion publique et agissant par la médiation de la loi, qui interprètent la règle de droit

(19) Cité par CARRÉ DE MALBERG, *C.G.T.E.*, I, p. 204-205.

(20) Cf. *T.D.C.*, I, p. 445. « De réalité juridique, ici comme ailleurs, il n'y en a pas d'autres que les défenses et les commandements sanctionnés par la contrainte, que la loi adresse aux individus et aux agents publics. »

et décident de l'emploi de la contrainte sociale (21). En outre, dans cette conception, la valeur des situations juridiques « objectives » dépend entièrement de leur conformité à l'ordre juridique formellement en vigueur (22) ; les principes du « positivisme juridique », prétendument niés par l'interprétation « sociologique » de la « règle de droit » sont donc en fait subrepticement réintroduits, et avec eux l'idée du primat de la puissance publique (23), qui resterait d'ailleurs inconcevable si l'on avait vraiment éliminé le concept « absolutiste » de souveraineté.

Si elle manifeste à certains égards la renaissance spontanée, dans le contexte contemporain, de certains thèmes issus de la tradition *classique* (aristotélicienne) du droit naturel, la théorie de Duguit s'avère donc également incapable, dans son interprétation des phénomènes juridiques, de se passer des représentations du *droit naturel moderne*, dont elle retrouve au contraire les thèmes principaux (et les tensions majeures) : c'est peut-être de cette difficulté que provient son caractère exemplaire.

*
**

La théorie de Duguit peut d'abord être considérée comme une réponse à l'un des grands problèmes que se posaient, au début du siècle, les théoriciens européens du droit public : que reste-t-il du concept de *souveraineté* étatique à l'époque de la consolidation de l'« Etat de droit », de l'extension du régime représentatif, et du développement de la démocratie ? C'est à cette question que répondent les doctrines germaniques sur l'auto-limitation de l'Etat (et leur critique par Kelsen (24)) et, en France, les réflexions de

(21) DUGUIT écrit en effet : « L'acte de volonté individuelle ne peut pas être cause efficiente d'un effet de droit. On le voit clairement maintenant en ce qui concerne la propriété. La volonté d'un individu ne peut pas en elle-même faire que la contrainte sociale intervienne pour sanctionner des ordres et des défenses édictées par la norme juridique » ; l'argument vaut peut-être contre les prétentions des individus agissant dans leur propre intérêt mais pas contre le rôle des volontés individuelles dans l'élaboration de la « norme juridique » ; que si l'on objecte que celle-ci est simplement *constatée* (et non *créée*) par les « consciences individuelles » on répondra, avec Hobbes, que, dans ce cas, tout le problème est de savoir comment sont déterminés les organes capables d'imposer leur interprétation de la norme, ce qui, en pratique, revient au même.

(22) Cf. *T.D.C.*, I, p. 449 : « C'est seulement l'acte déterminé par la loi, qui conditionne le changement d'affectation de l'utilité totale d'une chose et la protection de la nouvelle affectation. C'est seulement en se plaçant à ce point de vue que l'on comprend le rôle, dans ce qu'on appelle le transfert de la propriété, des solennités et de la tradition dans le droit romain, de la tradition des choses mobilières et de la transcription pour les immeubles dans le droit moderne ».

(23) Cf. sur ce point, Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit* Paris, L.G.D.J., 1972, p. 270-291. Remarquons que, pour l'essentiel, la problématique de Duguit reste pré-kelsenienne (malgré ses efforts pour discuter le normativisme ; *T.D.C.*, I, p. 42-65).

(24) Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. (1960), trad. Paris, Dalloz, 1962, N.B. p. 410-411.

Carré de Malberg sur la souveraineté nationale (25) ou encore, chez Hauriou, la distinction entre les deux « séries juridiques » de la « souveraineté gouvernementale » et de la « règle de justice ».

Dans ce contexte, la tentative de Duguit se distingue d'abord par son *radicalisme* : percevant confusément les difficultés d'une simple *restauration* de la notion *classique* de droit naturel, il tente néanmoins une critique de l'ensemble de conceptions du droit naturel *moderne*, tel qu'il est constitué depuis Hobbes.

S'il échoue néanmoins dans cette tentative, c'est sans doute faute d'avoir compris la profondeur de la *question* dont était partie la philosophie politique moderne : à quelles conditions l'obéissance à une règle ou à une autorité est-elle possible, dès lors qu'est ruinée l'idée classique du « Cosmos » et de la « Nature », dont l'ordre politique et juridique pouvait jusqu'alors passer pour une approximation ? Son échec se manifeste à chacune des grandes articulations de sa tentative, par le retour des figures typiques de la philosophie juridique moderne (l'individualisme libéral, le positivisme légaliste, la doctrine démocratique de la volonté générale, etc.) qu'il s'agissait pourtant d'exorciser ; il se manifeste, en particulier, par l'incapacité de Duguit à dépasser l'antinomie classique, pourtant clairement formulée, de l'individualisme libéral et de l'absolutisme étatique (26).

Si, cependant, la théorie de Duguit conserve aujourd'hui un grand intérêt, c'est parce que, paradoxalement, il a mieux que d'autres perçu les *difficultés* des solutions traditionnellement apportées aux paradoxes modernes. Tout d'abord, en mettant au premier plan le développement des services publics, il analyse avec profondeur les transformations apportées aux modèles libéraux ou légalistes classiques par l'affirmation du principe de solidarité et par la « multiplication des buts » (Auguste Comte) assignés aux pouvoirs publics (27), sans tomber pour autant dans l'illusion d'une « rupture » intégrale entre les principes « individualistes » et les principes « solidaristes ». En outre, au point de départ de sa théorie de la « règle

(25) Cf., notamment, C.G.T.E., II, p. 177-178.

(26) Sur cette antinomie, qui constitue le thème central du *Fondement du droit naturel* de FICHTE, cf. les profondes analyses d'Alain RENAULT in *Le système de droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris, P.U.F., coll. Epiméthée, 1986 ; on peut cependant estimer que la solution fichtéenne reste trop proche des conceptions du XVIII^e siècle (celle de Beccaria, par exemple) pour répondre aux problèmes posés par l'évolution ultérieure du droit et de la théorie politique.

(27) Là réside sans doute l'argument le plus fort des critiques néo-libérales — celle de Hayek, notamment — contre l'État social moderne : en agissant pour des buts particuliers, en dépendant des groupes explicitement organisés, en faisant une large place à des partis « de classe », l'État-Providence et les législateurs contemporains ruinent la conception classique de la *loi*, qui n'était à la fois *absolue* et garante des *libertés* que parce qu'elle se voulait *générale* dans sa source et dans son objet. Quoi que l'on pense de cette critique, elle invite pour le moins à une réflexion nouvelle sur les principes de la légitimité, qui ne peut que constater l'écart apparent entre le projet des Lumières et sa réalisation dans le monde contemporain.

de droit », il y a aussi une conscience aiguë des limites de l'*artificialisme politique* moderne, dont la crise a été ouverte par les critiques traditionalistes des Lumières et par les philosophies de l'Histoire du XIX^e siècle. Pour l'essentiel ces questions sont encore aujourd'hui les nôtres, même si le *dépassement* des paradoxes de la modernité ne peut se faire par la simple *négation* des principes modernes de légitimité.

Philippe RAYNAUD,
Ancien élève de l'E.N.S. de Saint-Cloud,
Agrégé de philosophie,
Docteur en science politique.