

# LÉON DUGUIT ET GEORGES SCELLE

Fin novembre 1912. Le concours d'agrégation de droit public s'achève. Léon Duguit, alors assesseur du doyen de la faculté de droit de Bordeaux<sup>1</sup>, proclame les résultats en sa qualité de président du jury<sup>2</sup>. Au terme de six semaines d'épreuves, trois candidats sur quatorze sont reçus. Le premier d'entre eux est, à sa troisième tentative, Georges Scelle.

Duguit a alors cinquante-trois ans et Scelle trente-quatre. Leur différence d'âge dans le corps des agrégés des facultés de droit est toutefois encore plus importante. Duguit a en effet été agrégé trente ans avant Scelle, en 1882, à vingt-trois ans, au sixième rang et à sa première tentative<sup>3</sup>. En 1912, sa renommée est déjà considérable et sa doctrine nettement affirmée. S'il a attendu 1901 pour produire son effort « vraiment propre et original »<sup>4</sup> avec *L'État, le droit objectif et la loi positive*<sup>5</sup>, ouvrage dont il n'est pas excessif de considérer qu'il est « le centre et comme le foyer vivifiant »<sup>6</sup> de son œuvre, sa position sur la scène doctrinale française et internationale est rapidement acquise et se situe au tout premier rang. Un an avant l'agrégation de Georges Scelle paraît la première édition *du Traité de droit constitu-*

---

<sup>1</sup> Contrairement à ce qu'indique Évelyne PISIER (*Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, p. 8), Léon Duguit n'a pas accédé au décanat en 1901 mais en 1919.

<sup>2</sup> Duguit était assisté du conseiller d'État Chareyre et des professeurs de Lapradelle, Politis et Bouvier (ces informations sur l'agrégation de Georges Scelle sont extraites de la notice nécrologique consacrée par Charles ROUSSEAU à cet auteur, *RGDIP*, 1961, p. 5 et s.).

<sup>3</sup> Pour des informations biographiques sur Duguit, voir notamment la plaquette publiée à l'occasion de son décès par la faculté de droit de Bordeaux et intitulée *A la mémoire de Léon Duguit*, Cadoret, 1929.

<sup>4</sup> Roger BONNARD, « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », *RDP*, 1929, p. 5 et s., p. 6.

<sup>5</sup> Ouvrage publié chez Fontemoing comme *L'État, les gouvernants et les agents* (1903). Ces deux ouvrages forment les deux volumes des *Études de droit public*.

<sup>6</sup> François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, t. IV, 1924, p. 161.

tionnel<sup>7</sup> et la deuxième édition du *Manuel de droit constitutionnel*<sup>8</sup>. L'année du concours est marquée par la publication du texte de conférences données par Duguit à Buenos Aires sous le titre *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*<sup>9</sup>, ouvrage alors perçu comme une véritable agression disciplinaire et politique par la doctrine privatiste, où il remet notamment en cause des notions aussi unanimement admises que celles de droit subjectif ou de personnalité juridique et affirme avec force la fonction sociale du droit de propriété.

Autant dire qu'à la date où Scelle, collé par Duguit en 1906<sup>10</sup> et agrégé par lui en 1912, acquiert une position institutionnelle lui permettant de développer sereinement sa doctrine, celle de Duguit est déjà construite, exposée dans des écrits largement diffusés et suscite de vives réactions. Les lecteurs et commentateurs des travaux du maître bordelais se partagent dès cette époque entre deux camps : celui des critiques et celui des enthousiastes. Georges Scelle se rangera résolument dans le second, à tel point que Charles Rousseau est allé jusqu'à affirmer que Duguit est le « seul et vrai maître » de Scelle<sup>11</sup>. Vérifier dans quelle mesure cette assertion est justifiée et déterminer quels enseignements on peut en tirer : tels sont l'objet et l'ambition de cette étude qui est donc beaucoup plus parcellaire que la généralité de son titre ne peut le laisser supposer.

Tout d'abord, elle repose uniquement sur l'analyse des écrits publiés des deux éminents auteurs. Autrement dit, seront ici notamment exclus les rapports et échanges personnels qu'ont pu nouer Duguit et Scelle, éléments dont nous ignorons tout ou presque et dont on ne peut exclure *a priori* qu'ils aient été importants, intéressants et riches de sens pour la compré-

<sup>7</sup> Fontemoing, 2 vol. Pour un compte-rendu : Henry NÉZARD, « Une conception nouvelle du droit public », *RGA*, juin 1912, p. 129 et s.

<sup>8</sup> Pour une analyse de la première édition (Fontemoing, 1907) : Joseph BARTHÉLEMY, *RD*, 1908, p. 152 et s. Pour une présentation de la deuxième édition (Fontemoing, 1911) : Roger BONNARD, *RD*, 1911, p. 399 et s.

<sup>9</sup> Félix Alcan. Le projet de l'auteur est clairement indiqué dès l'avant-propos : démontrer que « l'évolution juridique est, dans ses lignes générales, identique dans tous les pays parvenus à peu près au même degré de civilisation (...) elle se caractérise par la substitution constante et progressive, d'un système juridique d'ordre réaliste et socialiste à un système d'ordre métaphysique et individualiste ».

<sup>10</sup> Duguit n'était que membre d'un jury présidé par Berthélemy et qui comprenait également le conseiller d'État Romieu et les professeurs Pillot et Brémont.

<sup>11</sup> « Georges Scelle », *RGDIP*, 1961, p. 5 et s., p. 11.

hension de leurs doctrines respectives et des liens unissant ces dernières<sup>12</sup>. Ensuite, il s'agit avant tout d'une analyse de la lecture opérée par Scelle des travaux de son illustre aîné. En effet, et ne serait-ce que pour d'évidentes raisons chronologiques, Duguit ne s'est guère inspiré de Scelle. La doctrine duguiste a été exprimée avant même que Scelle ne soit agrégé et Scelle n'a véritablement développé ses thèses qu'après la mort de Duguit<sup>13</sup>, en particulier dans son *Précis de droit des gens*<sup>14</sup> dont on s'accorde à considérer qu'il constitue son œuvre maîtresse<sup>15</sup>. Alors que Duguit a lu quelques travaux de

<sup>12</sup> Il convient également de relever que Georges Scelle et Roger Bonnard, principal disciple bordelais de Léon Duguit, étaient très liés (Charles ROUSSEAU, « Georges Scelle », précité, p. 12). Voir ainsi les commentaires « jumelés » qu'ils ont opérés de l'ouvrage de Georges BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État* (RDP, 1943, p. 189 et s.). Nous n'évoquons également pas le fait que, contrairement à Duguit, Scelle n'a pas véritablement fait école (voir en ce sens André-Jean LEONETTI, *Georges Scelle (étude d'une théorie)*, thèse Nice, 1992, p. 4).

<sup>13</sup> Cette affirmation mérite d'être précisée. Ainsi, Charles Rousseau considère que dans l'ouvrage intitulé *Le pacte des nations et sa liaison avec le traité de Paix*, Sirey, 1919, « on trouve en germe toute la doctrine de Georges Scelle » (« Georges Scelle », précité, p. 8). De même, et selon le même auteur, les « lignes directrices » de la doctrine de Scelle sont « esquissées » dans son *Essai de systématique du droit international* – plan d'un cours de droit international public – (RGDIP, 1923, p. 116 et s.). Cette analyse paraît, à la lecture des travaux en question, tout à fait justifiée pour ce qui est du second, même s'il est particulièrement synthétique, et moins évidente à propos du premier (voir toutefois les chapitres II et III respectivement intitulés « La société traditionnelle des États », p. 35-83, et « Maintien nécessaire du droit international traditionnel », p. 85-123). Il n'en demeure pas moins que c'est au début des années 1930, dans son *Précis de droit des gens*, que Scelle « a le plus clairement et le plus complètement exposé sa doctrine » comme le reconnaît d'ailleurs Charles Rousseau lui-même (p. 10). Voir dans le même sens l'appréciation portée par Georges Berlia, dans un cours intitulé « La doctrine de Georges Scelle. Étude de quelques thèmes et professé en 1961 à l'Institut des hautes études internationales de l'Université de Paris », qui écrit quant à lui que c'est « le *Précis* de 1933-1934 qui a édifié les fondements d'une doctrine » (reproduit dans *Droit public interne et international. Études et réflexions*, LGDJ, 1980, p. 355 et s., p. 358).

<sup>14</sup> *Précis de droit des gens. Principes et systématiques*, Sirey, 2 vol., 1932 (Première partie. Introduction. Le milieu intersocial) et 1934 (Deuxième partie. Droit constitutionnel international). Le *Précis* a été réimprimé en un seul vol. par les éditions du CNRS en 1984. Il est resté inachevé dans la mesure où Georges Scelle n'en a rédigé que la première partie et deux des quatre chapitres de la deuxième. Manquent les troisième et quatrième chapitres de la deuxième partie consacrés à l'accomplissement de la fonction juridictionnelle et à l'accomplissement de la fonction exécutive ou gouvernementale et la troisième partie consacrée au « droit des gens administratif » (respectivement annoncés dans le premier tome du *Précis*, p. 312 et p. 69). Cet état d'inachèvement ne doit pas être exagéré. En effet, Georges Scelle a largement développé ses vues sur les deux derniers chapitres de la deuxième partie du *Précis*, notamment dans un de ses cours à l'académie de La Haye (« Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI*, 1936, I, p. 91 et s.) et dans son *Cours de droit international public* (Montchrestien, 1948, p. 662 et s.). Par suite, c'est essentiellement à propos de la troisième partie du *Précis* que l'inachèvement de ce dernier est regrettable.

<sup>15</sup> Voir ainsi Lazare Kopelmanas qui écrit au lendemain de la mort de Scelle : « son *Précis de droit des gens* (...) est resté pour beaucoup d'entre nous un livre de chevet » (« La pensée de Georges Scelle et ses possibilités d'application à quelques problèmes récents de droit international », *JEDI*, 1961, p. 350 et s., p. 362).

Scelle, et n'a d'ailleurs pas manqué d'y renvoyer<sup>16</sup>, Scelle s'est véritablement nourri de la pensée du maître bordelais.

Arrivé à ce stade de nos développements, le lecteur ne connaissant que vaguement les travaux de Duguit et Scelle pensera sûrement que cette étude est centrée sur des questions de droit international public et cherchera à mesurer en quoi les écrits de Duguit préfigurent ceux de Scelle sur ces questions, ce dernier ayant d'ailleurs – selon certains – davantage marqué, au moins sur le plan idiomatique, la doctrine internationaliste française qu'on pourrait le penser à première vue<sup>17</sup>. La suite de ces développements ne manquera alors pas de le surprendre et (ou) de le décevoir. Notre propos ne portera pas sur des questions spécifiquement et exclusivement rattachables à l'étude du droit international et ce pour les deux motifs suivants : le sujet pressenti par le lecteur n'existe pas vraiment et il a de surcroît déjà été traité. Ces deux affirmations ne sont, si l'on y regarde de près, ni contradictoires ni vraiment contestables.

La première repose sur le constat suivant : Duguit ne s'est guère intéressé au droit international. Comme l'affirme Paul Guggenheim, « si l'on examine sa contribution directe au droit international, elle se limite pour l'essentiel à quelques pages – une trentaine – aux paragraphes 17 et 67 de son monumental *Traité de droit constitutionnel*, ainsi qu'à quelques remarques dispersées dans le même ouvrage »<sup>18</sup>. Une telle appréciation, si elle est très largement justifiée, doit cependant être légèrement nuancée comme Guggenheim lui-même le reconnaissait. En effet, il convient de relever que l'attention portée par Duguit au droit international s'est, pour des raisons historiques évidentes, largement accrue après la première guerre

<sup>16</sup> Voir ainsi notamment les références qu'il y fait dans le t. I du *Traité* (de Bocard, 3<sup>e</sup> éd., 1927, p. 105), dans le t. III (de Bocard, 2<sup>e</sup> éd., 1923, p. 568) et dans le t. V (de Bocard, 2<sup>e</sup> éd., 1925, p. 217-218).

<sup>17</sup> Luigi Condorelli a ainsi affirmé à propos de « l'outillage terminologique scellien » qu'il « continue d'être couramment utilisé dans la littérature juridique contemporaine de langue française, et ceci même par ceux qui s'inspirent de théories du droit situées à des années-lumière (...) On dirait qu'en Francophonie il est quasiment impossible, même pour un antiscellien acharné, de ne pas parler comme Georges Scelle » (« Scholie sur l'idiome scellien des manuels francophones de droit international public », *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, p. 232 et s., p. 233).

<sup>18</sup> « Duguit et le droit international », dans *Congrès commémoratif du centenaire de la naissance du doyen Léon Duguit, Revue juridique et économique du Sud-Ouest (série juridique)*, 1959, n° 3-4, p. 221 et s., p. 222. De même, Bonnard précise que « le doyen Duguit s'est toujours consacré à l'enseignement du droit public interne » (« Notice », dans *À la mémoire de Léon Duguit*, précité, p. 31 et s., p. 32).

mondiale<sup>19</sup>. Pour autant, les développements spécifiquement consacrés au droit international n'occupent qu'une place réduite voire marginale dans l'œuvre monumentale du doyen bordelais<sup>20</sup>. On ne peut ainsi que souscrire à l'appréciation suivante de Scelle : « Au moment où la mort l'a prématurément et brutalement enlevé, le doyen Duguit se préparait à donner à l'Institut des Hautes Études Internationales de Paris une série de Conférences sur le Droit international. Parmi tant d'autres pertes que cette mort entraîna celle-là est irréparable pour la science du Droit »<sup>21</sup>. Dès lors, il est possible de soutenir que le sujet ci-dessus évoqué n'existe pas vraiment et que s'efforcer de le traiter revient à « risquer de substituer notre pensée à la sienne [celle de Duguit] et de le trahir totalement »<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Ainsi, ce n'est qu'à partir de la 2<sup>e</sup> édition du *Traité de droit constitutionnel* (t. I, de Bocard, 1921, § 13, p. 99-110 et § 62, p. 550-565) que Duguit va consacrer des développements particuliers au droit international (il n'en dit rien dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, pas davantage dans *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913 et se contente de préciser dans la première édition du *Traité de droit constitutionnel* que « le droit international restera complètement en dehors de nos études », précité, t. I, p. 57). Pour le dernier état de sa doctrine, voir le premier tome de la 3<sup>e</sup> édition du *Traité*, précité, p. 184-199 (§ 17 « la norme juridique intersociale ») et p. 713-733 (§ 67 et dernier, « le droit public international »). Notons d'ailleurs que ce dernier intitulé ne pouvait que séduire Scelle qui préférerait cette expression à celle de droit international public : « On dirait mieux (...) « droit public international » pour souligner le « monisme » de l'ordre juridique et la transposition des disciplines juridiques de l'ordre national à l'ordre international. Mais c'est une pure question de formule, et il nous paraît préférable de ne pas rompre avec une terminologie traditionnelle » (*Manuel élémentaire de droit international public*, Montchrestien, 1943, p. 7). On se doit de signaler, parmi les autres publications de Duguit s'intéressant au droit international, ses conférences prononcées à Columbia entre décembre 1920 et février 1921 sur le thème « Souveraineté et liberté » (Félix Alcan, 1922, en particulier la septième leçon, « La souveraineté nationale dans les relations extérieures », p. 101 et s., et la huitième, « La ligue des Nations », p. 111 et s.).

<sup>20</sup> Duguit n'a consacré au droit international, si l'on en croit la bibliographie de ses œuvres proposée notamment par la *Revue juridique et économique du Sud-Ouest* (précitée, p. 243-246), que deux études particulières. La première est un substantiel compte-rendu du Congrès de droit international d'Anvers tenu en septembre 1885, réunion qui visait à proposer une harmonisation des législations en matière de lettre de change et sur certains points de droit maritime (*Congrès de droit international d'Anvers. Rapport présenté à la faculté de droit de Caen*, Larose et Forcel, 1886). La seconde a trait au différend opposant la Roumanie et la Hongrie sur les décisions de compétence prises par le tribunal arbitral mixte roumano-hongrois à propos des conséquences de la réforme agraire roumaine sur la minorité hongroise. Si les analyses de Duguit et Scelle sont divergentes sur cette affaire (comparer ainsi SCELLE, « L'arrêt du 10 janvier 1927 du TAM Roumano-Hongrois dans les affaires dites « agraires » et le droit international », *RGDIP*, 1927, p. 433 et s. et DUGUIT, « Le différend roumano-hongrois et le Conseil de la Société des nations », *RDI*, 1927, p. 469 et s.), cette question n'a aujourd'hui, au moins dans le cadre de cette étude, qu'un intérêt essentiellement anecdotique. Leur principal point de désaccord est en effet le suivant : Duguit estime que la loi roumaine de réforme agraire n'opère pas de discrimination à l'égard de la minorité hongroise alors que Scelle soutient le contraire.

<sup>21</sup> « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *APDSJ*, 1932, p. 83 et s., p. 83.

<sup>22</sup> Telle était l'appréciation de SCELLE, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », précité, p. 83. Pour une analyse différente voir Michel HALBECK, *L'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, LGDJ, 1965, p. 236 qui écrit notamment que « Léon Duguit n'a guère développé lui-même les conséquences internationales de son système : il en a cependant dessiné l'essentiel et suffisamment pour qu'on puisse juger de la fidélité duguiste de Georges Scelle ».

On peut également considérer que ce champ d'investigation a déjà été plus que défriché. En effet, on se doit en particulier de signaler deux articles qui lui sont consacrés et qui ont été rédigés par les auteurs les plus qualifiés pour le traiter<sup>23</sup>. Le premier est l'œuvre de Marc Réglade, qui appartient au premier cercle bordelais des disciples du maître et qui s'est employé à analyser les perspectives qu'ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du droit international<sup>24</sup>. Que Réglade ait ou n'ait pas opéré des déductions entièrement fidèles aux prémisses développées par son maître importe peu ici<sup>25</sup>. Il était indéniablement le mieux placé pour réaliser une telle étude<sup>26</sup> et le simple fait qu'elle puisse être contestée illustre qu'il s'agissait d'un pari particulièrement difficile à tenir. Le second de ces auteurs est Georges Scelle lui-même, qui a publié un important article intitulé « La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens ». Ce titre ne doit toutefois pas tromper. Relevant que la seule démarche envisageable pour analyser l'apport direct de Duguit à l'étude du droit international était celle de Réglade, Scelle s'est quant à lui livré à une « sorte d'introspection », s'efforçant de déterminer en quoi « la doctrine générale du doyen Duguit (...) [l'] a amené à une certaine conception du Droit des gens »<sup>27</sup>.

Ainsi, qu'il s'agisse de tirer toutes les conséquences des prémisses de la doctrine duguiste ou de mesurer leur influence sur la pensée de Scelle, le sujet ici envisagé semble déjà traité. N'est-il pas alors judicieux de conclure cette étude avant même d'avoir terminé ces développements introductifs ? Certes, on enseigne dans les facultés de droit, que ce soit d'ailleurs à tort ou

<sup>23</sup> D'autres études doivent également retenir l'attention. Voir en particulier Nicolas POLITIS, « L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international », *APDSJ*, 1932, p. 69 et s. ; Louis LE FUR, « Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit », *APDSJ*, 1932, p. 175 et s. et Marc RÉGLADE, « Essai sur le fondement du droit », *APDSJ*, 1933, n° 3-4, p. 160 et s., spécialement p. 162-168.

<sup>24</sup> *RGDIP*, 1930, p. 381 et s.

<sup>25</sup> Pour des appréciations critiques voir Paul GUGGENHEIM, « Duguit et le droit international », précité, p. 225 ; Nicolas POLITIS, « L'influence de la doctrine de Léon Duguit... », précité, p. 75-76 ; J. T. DELOS, « La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *APDSJ*, n° 1-2, 1931, p. 97 et s., p. 120-122.

<sup>26</sup> Il le soulignait d'ailleurs lui-même : « Nous avons pensé que notre court passage dans l'enseignement du droit international, joint à notre qualité de disciple du Doyen Duguit, nous autorisait peut-être à entreprendre ce travail » (p. 381).

<sup>27</sup> « La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens », précité, p. 84.

à raison, que tout doit être écrit dans l'introduction. On se trouverait cependant ici dans une hypothèse assez particulière, un cas limite où il n'y aurait plus rien à écrire de relativement original avant même le terme de ces propos liminaires. Raisonner de la sorte serait toutefois très certainement une erreur d'analyse, largement imputable à l'habitude consistant à étiqueter, cataloguer les auteurs. Dans l'imaginaire collectif, Scelle est un internationaliste et Duguit un administrativiste ou (et) un constitutionnaliste<sup>28</sup>, bref un interniste. Combiné au cloisonnement des différentes disciplines juridiques, cela aboutit à considérer que seuls les développements spécifiquement consacrés par Léon Duguit au droit international ont intéressé Georges Scelle et éventuellement influencé ce dernier. On ne peut pourtant que s'inscrire en faux contre une telle appréciation. Duguit et Scelle étaient bien autre chose que de simples spécialistes de telle ou telle branche de l'enseignement du droit public<sup>29</sup>. Il est même loin d'être évident qu'il soit entièrement judicieux de les qualifier sans autres précisions de publicistes. En effet, Duguit relativise très nettement la distinction entre droit public et droit privé et la ramène à une simple différence de conditions de sanction<sup>30</sup>. Quant à Scelle, il emploie cette dichotomie uniquement à des fins didactiques<sup>31</sup> et développe une conception moniste du droit « qui n'admet pas plus de cloisons étanches entre le Droit privé et le Droit public (...) qu'entre le Droit international et le Droit interne »<sup>32</sup>.

Duguit était avant tout un théoricien général du droit et de l'État et toute son œuvre est centrée sur la question de la limitation de l'État par le

<sup>28</sup> Duguit est sans doute de moins en moins souvent considéré comme un constitutionnaliste depuis que l'on assiste à ce que certains nomment « la résurrection d'une discipline juridique » (Constance GREWE, « L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique », *Mélanges Goy*, PUR, 1998, p. 85 et s.) alors qu'il s'agit sans doute davantage de la naissance et du développement, d'ailleurs controversés (voir ainsi Dominique CHAGNOLLAUD, « La querelle du cuisinier et du rôtiisseur : à propos de trois manuels de droit constitutionnel », *Mélanges Ardant*, LGDJ, 1999, p. 15 et s.), d'une nouvelle forme d'analyse du droit constitutionnel.

<sup>29</sup> Comme l'affirme Slobodan Milacic « Duguit est, avant tout, un penseur du Droit, en général, et du Droit public, en particulier » (« Léon Duguit entre modernité et actualité », dans Alain BOCKEL, dir., *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, Université de Galatasaray, Istanbul et Université Montesquieu, Bordeaux IV, 1999, p. 29 et s., p. 31).

<sup>30</sup> Voir ainsi son *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 680-713. Voir déjà *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 20.

<sup>31</sup> Voir ainsi « La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens », précité, p. 115-119 ; « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, IV, p. 331 et s., p. 360-362 ; « Le droit public et la théorie de l'État », dans Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, dir., *Introduction à l'étude du droit*, Rousseau, t. I, 1950, p. 1 et s., p. 23-28.

<sup>32</sup> « La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens », précité, p. 119.

Droit<sup>33</sup>. Scelle était quant à lui également un théoricien général du droit<sup>34</sup>. Son spectre d'analyse était cependant un peu différent de celui de Duguit. En effet, alors que la quasi-totalité des écrits de Duguit demeurent centrés sur le phénomène étatique, sa limitation par le droit et ses manifestations juridiques, la majeure partie des travaux de Scelle, chantre du monisme intersocial, portent sur le niveau supra-étatique. Il est dès lors possible d'affirmer que les champs d'investigation et les questions étudiées par ces deux auteurs sont à la fois distincts et similaires. Distincts, ils le sont assurément car l'analyse de Duguit est largement bornée par le cadre étatique, est caractérisée par « la contemplation exclusive de la société étatique »<sup>35</sup> alors que celle de Scelle dépasse ce cadre et l'intègre dans une perspective plus large, celle de la société internationale, qui subsume le phénomène étatique. Cette différence a été lumineusement exprimée par Scelle lorsqu'il a cherché à indiquer en quoi le constitutionnaliste et l'internationaliste s'opposent lorsqu'ils traitent de l'État : « Pour le constitutionnaliste, la frontière de l'État est en même temps celle de l'ordre juridique ; l'ordre juridique étatique se suffit à lui-même et conditionne tous les autres ; il est terminal. Pour l'internationaliste, au contraire, l'ordre juridique interne ou étatique n'est qu'un ordre juridique local parmi beaucoup d'autres et tous sont dominés par l'ordre juridique international »<sup>36</sup>.

Similaires, ils le sont tout aussi certainement. En effet, à partir du moment où il adhère au monisme intersocial, tout auteur, même s'il est spécialisé en droit international, se pose les mêmes questions que celles auxquelles le théoricien centrant son analyse sur un ordre juridique étatique tente de répondre : quelles sont les sources du droit ? Quel est le fondement de cet ordre juridique ? Quels sont les instruments conceptuels permettant de décrire les différentes manifestations de ce phénomène juridique ? Étant donné que Scelle est un partisan convaincu du monisme intersocial, il ne peut que s'interroger sur *Le droit constitutionnel international*<sup>37</sup> et ne peut

<sup>33</sup> On se doit toutefois de relever qu'en cherchant à fonder la limitation de l'État par le droit Duguit a développé une doctrine qui aboutit à légitimer l'intervention publique et conduit au développement de cette dernière (voir sur cette question la démonstration opérée par Évelyne PISIER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, précité).

<sup>34</sup> L'intitulé des études qui lui ont été offertes correspond bien (surtout si l'on adhère à son analyse relative à la dichotomie droit public/droit privé) à son champ d'investigation, tant ce dernier est vaste : *La technique et les principes du droit public* (LGDJ), 2 vol., 1950, avant-propos de Charles Rousseau).

<sup>35</sup> SCELLE, « La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens », précité, p. 98.

<sup>36</sup> *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 81.

<sup>37</sup> *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 503 et s.

que considérer que les constructions développées pour décrire tel ou tel ordre juridique sont *a priori* susceptibles d'être transposées et de rendre les mêmes services à propos d'autres ordres juridiques<sup>38</sup>. Si Scelle ne nie pas que l'État constitue l'ordre juridique le plus évolué, le plus intégré, et est un ordre juridique de superposition, il affirme par contre qu'« entre l'État et les autres sociétés politiques, il n'existe que des différences de degré, d'intégration ou de désintégration »<sup>39</sup>, et non de nature. Il ne reconnaît à l'État qu'« une place d'intermédiaire, de charnière »<sup>40</sup> dans la superposition des différents ordres juridiques où « tout système juridique composant est nécessairement et fatalement conditionné par le système juridique composé auquel il appartient »<sup>41</sup>.

Duguit et Scelle travaillent essentiellement, à propos d'objets distincts, sur les mêmes thèmes, les mêmes questions, et Scelle part du principe que

<sup>38</sup> Ainsi, il écrit en 1923 dans son *Essai de systématique du droit international*, p. 117, que l'étude du droit international souffre d'habitudes telle que celle qui consiste « à croire que le droit international constitue une discipline juridique particulière, nettement distincte de toutes les autres et exigeant une technique spéciale. C'est cette technique qu'on s'épuise à chercher ». En effet, « le droit international est une discipline juridique semblable aux autres et comportant la même technique. La technique juridique (...) est une ». Dans son cours à l'académie de La Haye consacré aux Règles générales du droit de la paix, il réaffirme : « Dans tout ordre juridique, la technique est la même, au moins fondamentalement » (précité, p. 370). De même, il précise dès la première page de son étude intitulée « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens » que « les disciplines juridiques dites internationales, ne sont que la transposition sur un plan social élargi des disciplines juridiques étatiques » (précité, p. 83).

<sup>39</sup> « Le droit constitutionnel international », précité, p. 510.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 509.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 511. Scelle ne peut dès lors reprendre la définition duiguiste de l'État. On sait en effet que pour Duguit l'État se ramène à la différenciation entre gouvernants et gouvernés (« Quelle que soit la forme que revête la différenciation sociale entre les faibles et les forts, du moment qu'elle s'est produite, il y a État », *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 670). Pour lui, « une seule chose existe dans la réalité : une distinction entre les plus forts et les plus faibles, entre les gouvernants et les gouvernés ; on ne trouvera pas autre chose, dans une société étatique quelle qu'elle soit, que les volontés individuelles des gouvernants et les volontés individuelles des gouvernés » (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 242. Voir déjà « Des fonctions de l'État moderne », *Revue internationale de sociologie*, 1894, p. 161 et s., p. 165 où il écrit notamment que « du jour où cette différenciation s'est produite, entre ceux qui donnent les ordres et ceux qui les reçoivent, il y a eu dans l'association humaine un État, un État à peine ébauché sans doute, mais un État ». Voir également, et en particulier, le *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 655 et s.). Scelle n'adhère pas à cette doctrine qu'il juge beaucoup trop extensive. En effet, la différenciation entre les forts et les faibles est pour Scelle un trait commun à toutes les sociétés politiques. Or l'État n'est qu'une forme, qu'une espèce de société politique. Dès lors, en définissant l'espèce (l'État) Duguit a en fait défini le genre (la société politique). Par suite, Scelle ne peut reprendre la définition duiguiste de l'État. Pour le maître normand, l'État n'est qu'une forme de société politique parmi d'autres et il n'en existe qu'un critère historico-politique, extérieur et contingent (voir notamment « Règles générales du droit de la paix », précité, p. 346 et « Le droit public et la théorie de l'État », précité, p. 73). « Il n'y a pas de critère de l'État, mais seulement des particularités ou des moments étatiques dans l'immense remous de la continuité de vie intersociale » (« La doctrine de Léon Duguit et le fondement du droit des gens », précité, p. 99).

les constructions des auteurs centrant leurs analyses sur le droit interne, et donc celles de Duguit, sont susceptibles de lui permettre d'étudier son objet privilégié mais non exclusif, l'ordre juridique international. C'est pourquoi il semble justifié de qualifier Duguit de théoricien général du droit et de l'État et Scelle de théoricien général du droit, centrant l'essentiel de ses analyses sur l'ordre juridique international. Ces deux auteurs se sont intéressés à l'origine d'un ordonnancement juridique<sup>42</sup> et aux outils permettant de décrire ce dernier. Duguit raisonne en des termes suffisamment généraux et abstraits pour offrir la possibilité à ses lecteurs, et donc à Scelle, de transposer et adapter ses vues à un ordre juridique autre que l'ordre étatique.

Dès lors, le sujet de cette étude existe bel et bien. De plus, cette dernière paraît de grand intérêt. En effet, étudier la lecture opérée par Scelle des travaux de Duguit permet tout à la fois de déterminer les liens unissant leurs œuvres respectives (dans quelle mesure Scelle a-t-il adhéré aux doctrines de Duguit ?) et de mieux comprendre chacune de ces œuvres (que nous apprend Scelle sur Duguit ? que nous révèle la lecture qu'il opère de Duguit sur sa pensée, en particulier sur ses autres sources d'inspiration ?). Reste encore à préciser les limites de la recherche. Est-il utile voire nécessaire, à supposer d'ailleurs que cela soit matériellement possible, de comparer minutieusement tous les écrits de Duguit et Scelle, soit plusieurs dizaines de milliers de pages, plus de deux cent-cinquante références ? Convient-il de traiter de toutes les questions étudiées par l'un et l'autre de ces auteurs ? Une réponse négative nous paraît s'imposer à ces deux interrogations. Insister sur des détails et autres éléments marginaux aboutirait à faire perdre de vue l'essentiel, à confondre les brindilles et les poutres et empêcherait de mettre en évidence et en valeur les lignes de force de la lecture faite par Scelle des travaux de Duguit. Ces dernières n'apparaissent que si l'on concentre son attention sur les questions les plus importantes et

---

<sup>42</sup> Ne sera pas reprise ici la distinction opérée par Scelle entre ordre juridique et ordonnancement juridique (voir ainsi « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », précité, p. 94 : L'ordre juridique est l'« ensemble des règles de droit positif, considérées à l'état statique » et l'ordonnancement juridique l'« ensemble des situations juridiques (...) réalisées à un moment donné dans une collectivité donnée ; c'est le droit dans son dynamisme ». Au contraire, et à l'instar de Duguit, nous emploierons indifféremment ces deux expressions (voir ainsi *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 326-327 : « J'entends par ordonnancement juridique, ou, d'un mot plus court et plus commode, par ordre juridique, l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré et les situations juridiques qui s'y rattachent »).

sur les réponses que leur apportent ces deux auteurs dans leurs écrits les plus significatifs<sup>43</sup>. C'est aux principaux éléments de ces deux doctrines qu'il faut s'intéresser si l'on veut les comprendre et en apprécier l'intérêt. Encore convient-il évidemment de choisir avec soin lesdits éléments.

À la lecture des travaux de Scelle et Duguit, et des études consacrées à l'un et à l'autre de ces auteurs, s'impose rapidement la dichotomie suivante, régulièrement utilisée pour présenter l'œuvre de Duguit : la distinction entre philosophie et technique juridiques. Quoiqu'une telle dichotomie ne doive pas conduire à opérer une césure parfois abusive dans la pensée de Duguit<sup>44</sup>, elle s'avère en effet tout à fait heuristique dans la mesure où il est possible d'établir que Scelle est à la fois, en ce qui concerne les fondements du droit, un disciple de Duguit (I) et, pour ce qui est de la technique juridique, un critique de Duguit (II).

### I. — Scelle disciple de Duguit : les fondements du droit

La question des fondements du droit n'intéresse plus vraiment la plupart des juristes contemporains qui estiment que leur champ d'analyse « ne commence qu'avec l'existence proclamée et sanctionnée de la norme qu'ils ont pour charge d'interpréter et d'expliquer »<sup>45</sup> et qui considèrent qu'il s'agit d'une interrogation extra-juridique et ascientifique. Au contraire, pour Duguit comme pour Scelle et nombre de leurs contemporains, une doctrine juridique est incomplète<sup>46</sup> si elle ne répond pas à la question

<sup>43</sup> Pour une appréciation détaillée de la valeur respective des différents travaux de Duguit voir Roger BONNARD, « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », précité. Sur ceux de Scelle voir Georges BERLIA, cours précité, p. 358 et Charles ROUSSEAU, avant-propos à *La technique et les principes du droit public*, précité, p. VI.

<sup>44</sup> Elle ne doit en effet pas faire oublier que la technique de Duguit est largement indissociable et dépendante de sa philosophie (voir en ce sens BONNARD, « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », précité, p. 23-24). Charles Eisenmann commet donc selon nous un contresens lorsqu'il écrit que « l'appareil technique proposé par M. Duguit (...) ne se rattache par aucun lien nécessaire aux postulats fondamentaux de sa doctrine » (« Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, vol. CX, p. 231 et s., p. 278). Ce lien entre philosophie et technique juridiques est par contre beaucoup plus limité dans l'œuvre de Georges Scelle dans la mesure où cet auteur opère une claire distinction entre ces deux dimensions de ses travaux, ce que lui permet, et ce sans contradiction aucune, de largement adhérer à la philosophie duguiste tout en rejetant une part substantielle de la technique duguiste.

<sup>45</sup> S. SEGAL, « Les fondements du droit dans la doctrine de M. Georges Scelle », *RTD*, 1935-3, p. 186 et s., p. 193.

<sup>46</sup> Louis Le Fur écrit ainsi à propos de Duguit : « la question philosophique du fondement du droit (...), de toutes peut-être, était celle à laquelle il attachait non sans raison le plus d'importance » (« Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit », précité, p. 176).

suiivante : « D'où viennent les règles de droit ? »<sup>47</sup>. Autrement dit, Duguit et Scelle ne se limitent pas à l'analyse des sources formelles du droit et, au contraire, tentent d'en déterminer les sources matérielles. En effet, « la source suppose une nappe souterraine, parfois inconnue ou mal connue, dont l'existence est pourtant indiscutable, puisque les sources sans elles n'existeraient pas »<sup>48</sup>.

Il est dès lors désormais très largement vain de se demander si ces deux auteurs sont ou ne sont pas positivistes, sont ou ne sont pas jusnaturalistes<sup>49</sup>. Ils ont simplement écrit à une période où la doctrine dominante ne se limitait pas à un positivisme techniciste, à bien des égards réducteur et autolimité, et acceptait de se poser la question la plus essentielle et la plus délicate à résoudre : quels sont les fondements du droit, quelle est l'origine de l'ordonnement juridique ? C'est d'ailleurs sur ce thème que Duguit, « influencé par Durkheim avant même que Durkheim n'ait une véritable influence »<sup>50</sup>, a livré ses premiers combats. En effet, sa doctrine sur les fondements du droit, à la fois négatrice des thèses couramment développées à l'époque et proposant un cadre explicatif original, est clairement et longuement développée dès 1901 dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Elle fait grand bruit<sup>51</sup> et il ne fait guère de doute que Scelle, alors étudiant, se soit plongé dans sa lecture<sup>52</sup>. Proche du faite de sa carrière, il indiquera en 1943 que « Les deux volumes du Doyen Duguit sur l'État (...) marquent à notre avis, le tournant de la rénovation des conceptions françaises du droit public »<sup>53</sup>. Il cite cependant plus volontiers la troisième et dernière édition du *Traité de droit constitutionnel*, dont les deux tomes

<sup>47</sup> Georges SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, précité, p. 12 et *Cours de droit international public*, précité, 1948, p. 6.

<sup>48</sup> « Essai sur les sources formelles du droit international », *Mélanges Gény*, t. III, Sirey, 1935, p. 400 et s., p. 400.

<sup>49</sup> Sur la question de savoir si l'analyse de Duguit est positiviste voir, au sein d'une littérature surabondante, Philippe RAYNAUD, « Léon Duguit et le droit naturel », *RHFDSJ*, 1987, n° 4, p. 169 et s. et Bernard NOYER, « La doctrine de Bonnard sur le droit naturel », *ibid.*, p. 181 et s.

<sup>50</sup> Jean-Michel BLANQUER, « Léon Duguit et le lien social », dans Séverine DECRETON, dir., *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 77 et s., p. 80.

<sup>51</sup> Voir notamment le compte-rendu d'HAURIOU et MESTRE, *RDP*, 1902, p. 346 et s. Voir également le compte-rendu de GÉNY, *RCLJ*, 1902, p. 502 et s.

<sup>52</sup> En 1906, dans sa seconde thèse de doctorat réalisée sous la direction de Berthélemy (*De l'influence des considérations d'utilité publique sur le contrat*, Sirey), il affirme déjà « le grand mérite des doctrines solidaristes » (p. 17).

<sup>53</sup> « Pouvoir étatique et droit des gens (Réponse à une négation de l'Ordre juridique international) », *RDP*, 1943, p. 189 et s., p. 190.

sont parus en 1927 et 1928<sup>54</sup>, où Duguit achève d'incliner sa pensée dans un sens idéaliste qui ne convainc d'ailleurs nullement Scelle<sup>55</sup>.

Ce dernier est toutefois, sur la question des fondements du droit, un authentique disciple de Duguit, même s'il ne se contente pas de reproduire l'analyse de ce dernier. Bien au contraire, il y ajoute les fruits de sa réflexion personnelle et en particulier la radicalise en développant une conception organiciste de la société. Il est donc tout à la fois un disciple et un émule. Si sa réflexion part de Duguit et en reprend les grandes orientations, ce qui justifie que Scelle soit ici qualifié de disciple, elle n'en comporte pas moins une part originale importante visant à aller au-delà des enseignements du maître bordelais, à les dépasser. On peut donc tout à la fois affirmer que Scelle reprend l'analyse duguiste et l'amende.

### *La reprise de l'analyse duguiste*

On s'accorde à considérer que la pensée de Duguit comprend sur la plupart des questions, et en particulier pour ce qui est de l'analyse des fondements du droit, deux volets : l'un négatif, critique, et l'autre positif, constructif<sup>56</sup>. Ce serait cependant une erreur que d'en déduire que ces deux composantes de sa pensée sont indépendantes. Tout au contraire, elles sont intimement liées et nombre des critiques formulées par Duguit se déduisent des prémisses de la partie constructive de sa doctrine. Ainsi, c'est parce qu'il opère une distinction entre droit objectif et droit positif que Duguit est amené à critiquer les thèses volontaristes et normativistes. Pour autant, cette dichotomie manquerait de substance si le maître bordelais n'avait pas

<sup>54</sup> On cite souvent la 3<sup>e</sup> édition du *Traité de droit constitutionnel* en cinq volumes. Cela ne doit pas tromper. En effet, comme le précise M. D. (selon toute vraisemblance Michel Duguit, fils du maître) en avertissement à la troisième édition du t. III du *Traité* (de Bocard, 1930) Léon Duguit est décédé avant d'avoir pu mener à bien la mise à jour des trois derniers tomes du *Traité*. Dès lors, l'édition qui est aujourd'hui la plus lue et la plus aisément accessible, la réimpression opérée par les éditions Cujas sous une couverture cartonnée bleue, est en fait la réimpression des deux uniques tomes de la troisième édition revus par Duguit et, pour ce qui est des trois autres tomes, du texte de la deuxième édition.

<sup>55</sup> « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », précité, p. 105. Cette inflexion idéaliste, notamment *via* le développement du rôle reconnu au sentiment de justice, date en fait de la deuxième édition du *Traité* (voir ainsi t. I, de Bocard, 1921, p. 47 et s. Comparer avec le t. I de la 1<sup>re</sup> éd., précité, p. 17 et s.). Elle est la conséquence, si l'on en croit Marcel Laborde-Lacoste, de « l'ébranlement déchirant que lui causa en soi la guerre de 1914-1918 et avec elle ce qu'elle lui coûta : son fils aîné tombé devant Verdun et puis, peut-être aussi, depuis ce moment-là, son goût pour les études religieuses, suscitée et entretenue par Vizios avec tant de zèle, de prosélytisme, de science et de talent » (« La vie et la personnalité de Léon Duguit », *Congrès commémoratif*, précité, p. 93 et s., p. 102).

<sup>56</sup> Toutefois, comme le souligne E. Pisier, « une telle distinction restée schématique et même abusive si on l'affecte, comme on le fait parfois, d'une présentation chronologique » (*Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, précité, p. 27).

précisé que le droit objectif est issu du phénomène social de solidarité. Sur ces deux points, Scelle reprend l'analyse de Duguit.

Comme l'indique très nettement le titre de son premier ouvrage, l'opposition entre droit objectif et droit positif occupe chez Duguit une place essentielle. Bonnard le souligne d'ailleurs avec force dès avant le décès de son maître : « toute l'œuvre de Duguit en droit public est dominée par un but essentiel. Il a voulu démontrer que l'État peut et doit être limité par le droit »<sup>57</sup>. Dès 1901, Duguit considère ainsi qu'« il faut que le pouvoir politique soit limité par le droit. Il faut que la science juridique puisse établir le fondement de cette limitation, autrement cette science est vaine et sans portée »<sup>58</sup>. Il écrit dans le même sens en 1918 : « Existe-t-il une règle de droit supérieure à l'État qui lui interdise de faire certaines choses et l'oblige à en faire certaines autres ? Telle est la question fondamentale du droit public. Si l'on y répond non, il n'y a pas de droit public »<sup>59</sup>. En 1927, il affirme encore : « Plus j'avance en âge et plus je reste convaincu que toutes les spéculations juridiques sont vaines si elles n'arrivent pas à déterminer d'une manière positive le fondement solide d'une limitation juridique apportée à l'action de ceux qui dans une société donnée (...) détiennent la plus grande force »<sup>60</sup>.

Le but essentiel poursuivi par Duguit est donc de démontrer l'hétéro-limitation de l'État, des gouvernants, par le droit. Pour cela, il va opposer droit objectif et droit positif. Par droit objectif, il entend un « droit en (...) perpétuelle évolution, résultant des forces continuellement changeantes de la solidarité sociale, et constamment variables suivant les temps et les pays »<sup>61</sup>, une règle de conduite se traduisant dans les consciences individuelles. Quant à la loi positive, elle n'est rien d'autre que « l'acte par lequel les gouvernants constatent une règle de droit objectif »<sup>62</sup>. Autrement dit, et contrairement à la doctrine contemporaine la plus usuelle, Duguit n'assimile pas droit objectif et droit positif. Au contraire, il distingue nettement

<sup>57</sup> « La doctrine de Duguit sur le droit et l'État », *RITD*, 1926-1927, p. 18 et s., p. 18.

<sup>58</sup> *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 257.

<sup>59</sup> « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *RDP*, 1918, p. 173 et s. et p. 325 et s., p. 174.

<sup>60</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 65.

<sup>61</sup> *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 428.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 422.

ces deux notions et affirme que le droit positif est soumis au droit objectif<sup>63</sup>. Ainsi, si le législateur ne se contente pas de constater le droit objectif et édicte des règles contraires à celui-ci, ses prescriptions ne doivent pas être respectées. En effet, alors même que Duguit n'a pas été un des chantres les plus précoces du contrôle de constitutionnalité des lois<sup>64</sup>, il a par contre proclamé que nul n'est tenu d'obtempérer à une loi contraire au droit objectif et qu'il existe même un devoir d'y résister<sup>65</sup>. Duguit parvient ainsi à affirmer l'hétérolimitation de l'État par le droit, confinant le législateur, alors tout puissant<sup>66</sup>, dans un simple rôle de constatation du droit et non de

<sup>63</sup> Pour une analyse différente, voir É. PISIER qui reconnaît toutefois qu'à la question de savoir si Duguit oppose droit objectif et droit positif « la très grande majorité des auteurs répondent par l'affirmative ; de très nombreux passages de l'œuvre de Duguit autorisent une telle interprétation » (*Le service public dans la théorie de Léon Duguit*, précité, p. 120). La divergence opposant É. PISIER à la doctrine dominante nous semble en fait être purement sémantique. Si l'on entend par droit positif, comme Évelyne PISIER ou avant elle Gaston JÈZE, le droit régissant les rapports entre individus à un moment donné dans une société donnée, on peut effectivement affirmer que « le droit objectif est déjà du droit positif » (É. PISIER, thèse précitée, p. 122). Par contre, si l'on entend par droit positif le droit constaté, que ce soit par la coutume, la jurisprudence ou la loi positive (Voir ainsi *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 153 et s.), on ne peut adhérer à cette dernière affirmation.

<sup>64</sup> Voir sur cette question les analyses d'É. PISIER (*op. cit.*, p. 204 et s. et « Léon Duguit et le contrôle de constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », dans *Mélanges Duverger*, PUF, 1988, p. 189 et s.) et de Bernard PACTEAU (« Duguit, la loi, le droit et le juge. Quand et comment Léon Duguit revendiquait la répression par le juge des lois contraires au droit », dans *Léon Duguit et le service public aujourd'hui*, précité, p. 57 et s.). Pour la position développée par Scelle sur ce point voir « Le droit public et la théorie de l'État », précité, p. 49-51. Comme l'a démontré É. PISIER, « l'œuvre de Duguit oscille constamment entre la critique d'un législateur français irrespectueux du droit et la confiance à l'égard de la capacité du même législateur à « constater » exactement le droit objectif » (« Léon Duguit et le contrôle de constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », précité, p. 195) et « la logique duguiste de l'État de droit s'accompagne bien de l'horreur du « gouvernement des juges » dont les actes doivent rester hiérarchiquement et étroitement subordonnés à un droit objectif, et donc à la loi, qui plus que n'importe quelle autre manifestation du droit positif, lui est présumée conforme » (p. 197).

<sup>65</sup> Voir ainsi *Traité*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1923, p. 790 et s. et *Leçons de droit public général*, de Bocard, 1926, p. 269 et s. Duguit reconnaît tout de même, surtout à la fin de sa vie, que « le droit à l'insurrection, incontestable en théorie, est en fait dépourvu d'efficacité. La loi constitutionnelle d'un pays ne peut le reconnaître sans jeter dans ce pays un ferment d'anarchie » (*Traité*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., p. 806) et qu'« il n'est pas permis au juriste de formuler comme principe le droit à l'insurrection contre un gouvernement oppresseur » (*Leçons de droit public général*, p. 273). Il se rapproche alors de l'analyse développée par Georges Scelle qui ne reconnaît pas de droit de résistance à l'oppression mais affirme qu'« en cas de désaccord prolongé » entre droit objectif et droit positif « on aboutit fatalement, si les institutions sociales ne se prêtent pas à des réajustements (...), à de violents rétablissements d'équilibre qui s'appellent la révolution dans les milieux étatiques et la guerre dans les milieux internationaux » (« La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », précité, p. 106).

<sup>66</sup> Voir ainsi la démonstration classique de CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la constitution de 1875*, Sirey, 1931.

création de celui-ci<sup>67</sup>. Précisons que Duguit distingue également dès 1901 les parties normative et constructive de la loi positive<sup>68</sup>. Les règles de droit normatives sont celles constatant le droit objectif et les règles constructives celles « destinées à assurer la réalisation de la règle de droit »<sup>69</sup>, c'est-à-dire du droit objectif<sup>70</sup>. L'État est soumis au droit objectif, mais c'est lui qui élabore et prévoit les moyens de le mettre en œuvre, de l'appliquer.

Scelle va reprendre à son compte l'essentiel de ces éléments. Ainsi, il oppose dans son *Précis de droit des gens* droit positif et droit objectif. Le premier est composé de « l'ensemble des règles sociales en vigueur à un moment donné, dans une société donnée ». Quant au second, c'est le « droit naturel ou dynamique de chaque société » à la source duquel se trouve le fait social, la solidarité. Le droit positif n'est qu'une « traduction des lois biologiques qui gouvernent la vie et le développement de la société »<sup>71</sup>. Par suite, ce n'est pas parce que Scelle écrit que les règles de droit « viennent du fait social lui-même et de la conjonction de l'éthique et du pouvoir, produits de la solidarité sociale »<sup>72</sup> que l'on doit nécessairement en déduire que « sa thèse apparaît plus « réaliste » que celle de Duguit »<sup>73</sup>. En effet, Scelle évoque dans cette phrase non le droit objectif mais le droit positif et Duguit ne niait absolument pas que le droit positif, s'il n'est qu'une constatation du droit objectif, est le plus souvent exprimé, dans les sociétés étatiques modernes, par les titulaires du pouvoir politique, par les

<sup>67</sup> Voir déjà « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, p. 484 et s., p. 502 : « 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. Ce n'est point le législateur qui fait le droit ; le droit existe en dehors de toute loi écrite ; le législateur le constate et sa mission est de rédiger des lois écrites, qui répondent aux besoins sociaux de son époque, en dehors de principes *a priori* et de programmes préconçus. Toute loi qui est contraire aux tendances sociales est arbitraire, reste sans effets, ou peut même amener une crise grave ».

<sup>68</sup> Sur cette dichotomie voir *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 105 et s.

<sup>69</sup> *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 560.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 543 : « Il y a (...), dans la plupart des lois positives, une série de dispositions, qui ne sont plus la constatation d'une règle de droit, mais qui ont pour but d'organiser les mesures propres à assurer l'application de la loi. Nous appellerons cette partie de la loi, à défaut d'autre nom, la partie *constructive* de la loi, par opposition à la partie de la loi, qui se borne à constater implicitement ou expressément la règle de droit impérative, que nous appellerons la partie *normative* de la loi ou simplement la *norme*. La partie constructive n'est pas un élément nécessaire de la loi positive, qui reste toujours essentiellement la constatation d'une règle de droit impérative par elle-même. L'essence de la loi se réduit à la norme, c'est-à-dire à la formulation d'une règle de droit, que constate le gouvernant et dont il veut l'application ».

<sup>71</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, précité, p. 5.

<sup>72</sup> *Manuel élémentaire de droit international public*, précité, p. 12 et *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 6.

<sup>73</sup> Nguyen QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 1999, p. 105.

gouvernants<sup>74</sup>. Scelle précise également que les règles du droit positif sont soit normatives soit constructives<sup>75</sup>. « Le droit normatif qui constitue l'essence même du droit objectif et se trouve dans les formules fondamentales du droit positif, détermine quels sont les actes de volonté qui sont conformes, et quels sont ceux qui sont contraires au droit objectif »<sup>76</sup>. Quant au droit constructif, il « fournit au contraire, dans sa presque totalité, la matière du droit positif : il indique les procédés par lesquels les normes devront être utilisées et grâce auxquels elles seront respectées. Il décrit les moyens propres à atteindre les buts légaux »<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Par suite, il est possible d'affirmer à propos de l'extrait reproduit ci-dessus de *Manuel* et du *Cours de droit international public* qu'il s'agit d'une « formule duguiste » (Michel HALBECQ, *L'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, précité, p. 228).

<sup>75</sup> Voir déjà son étude intitulée « À propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Étude sur la responsabilité de l'État législateur », *RDP*, 1913, p. 637 et s., p. 660, qualifiée de « très bon article » par Duguit (*Traité*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., p. 568). Scelle utilise cette dichotomie à propos d'une question qui ne sera pas évoquée dans la suite de nos développements, celle de la responsabilité de l'État législateur. Duguit (*ibid.*, p. 551 et s.), dont la position n'a pas été constante et est demeurée ambiguë (É. PISIER, *op. cit.*, p. 193 et s.), distingue les cas où le législateur interdit ou restreint une activité « considérée comme dangereuse pour le développement physique, intellectuel ou moral de l'individu et par là même de la nation » (p. 556) et ceux où le « législateur fait une loi qui interdit ou restreint une certaine activité, non point parce qu'elle est nocive et doit être prohibée comme telle, mais pour l'organiser en service public, monopolisé ou non » (p. 562). Il considère que le législateur est tenu de prévoir une indemnité dans le second cas mais pas dans le premier. Si le législateur ne dit rien à ce sujet, Duguit estime, toujours à propos de la seconde hypothèse, que le juge doit accorder un tel dédommagement. Analysant l'affaire uruguayenne à l'origine de l'article de Scelle, Duguit affirme ainsi que l'on se trouve dans ce dernier cas de figure et que « les tribunaux uruguayens seraient compétents pour condamner l'État » (p. 556-557). Telle n'est pas l'appréciation de Georges Scelle qui, à la suite d'un raisonnement différent, conclut qu'aucune indemnité n'est due en l'espèce. Scelle considère en effet que la responsabilité de l'État législateur ne peut être engagée lorsque sont en cause des dispositions normatives conformes au droit objectif mais peut par contre être engagée lorsque sont en cause des dispositions constructives. Alors même qu'il affirme que « juridiquement, le législateur uruguayen était tenu d'admettre le principe de l'indemnité » (p. 671), il s'incline devant son intention de ne pas indemniser qui ressort nettement des travaux préparatoires de la loi (le texte de cette dernière étant toutefois muet sur la question). Prenant acte du fait que la mission du juge est réduite à un « rôle strict de constatation » (p. 664), Scelle conclut à l'impossibilité pour les tribunaux uruguayens d'accorder une indemnité. Au-delà de leurs différences et de leurs subtilités, qui mériteraient des développements dévoreurs d'un espace dont nous ne disposons pas, les analyses de Duguit et Scelle ont un point commun essentiel : elles réfutent avec vigueur l'idée classique que le souverain ne peut mal faire, que le législateur est par nature irresponsable, idée alors encore prégnante (Voir sur ce point Marie-Joëlle REDOR, *De l'État légal à l'État de droit*, *Economica-PUAM*, 1992, p. 251 et s.).

<sup>76</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, précité, p. 15. À la fin de sa carrière, Scelle évoque brièvement une distinction tripartite entre les règles normatives (qui « contiennent une injonction ou une permission d'agir exprimée abstraitement »), les règles constructives (ou procédurales qui « prévoient de quelle façon les agents juridiques seront investis de leurs compétences ou comment celles-ci seront utilisées ») et les règles institutionnelles (qui « organisent l'activité d'un certain nombre d'agents juridiques spécialisés dans une fonction sociale »), *Manuel élémentaire de droit international public*, précité, p. 16 et *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 13.

<sup>77</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, précité, p. 15.

À partir du moment où l'on adhère à la dichotomie opposant droit objectif et droit positif, nombre de théories développées à propos des fondements du droit sont critiquables. Tel est en particulier le cas des analyses volontaristes et normativistes. Le positivisme volontariste repose en effet sur une base claire : le droit est la création du souverain. Duguit et Scelle ne peuvent évidemment que s'opposer à cette doctrine. Écoutons Scelle : « le droit objectif s'impose à la société qu'il régit et, par conséquent, à tous les membres : le Droit [objectif] seul est souverain. Tout sujet de droit qui se prétend souverain s'insurge immédiatement contre le droit et le nie »<sup>78</sup>. Dès lors, que l'on entende par souveraineté le pouvoir de faire tout ce que l'on veut ou la compétence de la compétence, cette notion est inacceptable car elle suppose que son titulaire n'est pas soumis au droit objectif<sup>79</sup>. La démarche kelsenienne n'est pas plus acceptable. On sait que le maître viennois affirme que le droit appartient exclusivement au domaine du devoir-être, du *Sollen*, et ne voit dans l'ordre juridique qu'un ensemble de normes hiérarchisées, chaque norme concrétisant une norme de degré supérieur qui détermine sa validité. Pour clore son système, il affirme qu'il convient de supposer qu'existe une norme hypothétique fondamentale sur laquelle la « pureté » de l'analyse repose<sup>80</sup>. En effet, ce n'est qu'une fois cette hypothèse logico-transcendentale admise que l'on peut considérer que le droit n'appartient qu'au domaine du devoir-être. Or, Duguit comme Scelle vont, très logiquement vu les prémisses de leurs doctrines, rejeter l'idée suivant laquelle le droit appartient uniquement au monde du *Sollen*. Ainsi, Duguit écrit que « le droit est (...) un ensemble de règles, mais de règles nées de besoins pratiques qui sont des faits de *Sein* (...) Qu'on oppose le concept de l'être et celui du devoir, le concept du *Sein* et celui du *Sollen*, fort bien. Mais qu'on place l'ordonnancement juridique en dehors de la vie réelle, en dehors du *Sein* c'est ce à quoi je ne saurais souscrire »<sup>81</sup>. Scelle va encore plus loin. Qu'on en juge : « Kelsen pose sa norme fondamentale comme une hypothèse scientifique nécessaire, et spécifie qu'au-delà de cette

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>79</sup> Voir également la belle image dont Scelle use dans l'un de ses derniers écrits (« Quelques réflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique interétatique », *Mélanges Basdevant*, Pedone, 1960, p. 473 et s., p. 475-476) : « l'idée philosophiquement impensable d'une multiplicité de souverainetés réputées égales (...) réduit le concept à une coexistence de forces antagonistes et en outre aussi inégales et inconstantes que les flots de la mer ou les souffles du vent ».

<sup>80</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1962, p. 255 et s. Voir sur ce point la synthèse opérée par Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 229-236.

<sup>81</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 64.

norme hypothétique le juriste n'est plus dans son domaine, parce que l'origine du droit est métajuridique. Mais toute hypothèse juridique doit être vérifiée. L'on ne peut pas ainsi rester suspendu dans le vide. Nous pensons qu'il n'y a point de cloison étanche entre le domaine de l'être et celui du devoir et que la norme juridique est une déduction consciente des lois du monde phénoménal. Il faut ainsi réintroduire l'élément de causalité en recherchant l'origine du Droit dans les nécessités de la vie sociale »<sup>82</sup>.

De plus, ni Duguit ni Scelle ne se satisfont de la neutralité politique et idéologique dont Kelsen se targue<sup>83</sup>. De l'assimilation opérée par ce dernier entre droit et État<sup>84</sup>, Duguit déduit qu'il devient « bien difficile d'établir une limitation de l'État par le droit »<sup>85</sup>. Or on sait quel prix le maître bordelais attache à la démonstration de cette limitation. Quant à Scelle, s'il apprécie le caractère moniste de la description opérée par Kelsen de l'ordre juridique, il s'inquiète que le maître viennois affirme que ce monisme puisse aussi bien aller de pair avec l'affirmation de la primauté du droit interne ou au contraire avec celle de la primauté du droit international<sup>86</sup>. Scelle reviendra fréquemment sur la question de la *Grundnorm* et exprimera à chaque occasion ses réserves. Il emploiera alors une formule qu'il attribue à Duguit, écrivant à propos de la norme hypothétique fondamentale : « C'est là le point faible de la théorie, et la plupart des constitutionnalistes sont d'accord sur ce point ». Selon Duguit<sup>87</sup>, Kelsen raisonne comme celui qui dirait : « Je veux accrocher mon manteau ; donc je suppose qu'il y a ici un porte manteau et j'y accrocherai mon manteau. Le manteau tombera ! Si la norme source tombe, tout le système, dit-on, tombe ensuite. Pas nécessairement. L'objection est légère »<sup>88</sup>. Autrement dit,

<sup>82</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, précité, p. 40.

<sup>83</sup> Voir ainsi sa préface à la 1<sup>re</sup> édition de la *Théorie pure du droit*, notamment reproduite dans l'édition française de la seconde édition de ladite théorie, précité, p. VII et s. Pour une étude approfondie sur ce thème voir Carlos Miguel HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, spécialement la troisième et dernière partie, p. 237 et s.

<sup>84</sup> Voir ainsi *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., précitée, p. 378 et s. : « L'identité de l'État et du droit ».

<sup>85</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 64-65.

<sup>86</sup> Voir ainsi son *Précis de droit des gens*, t. I, précité, p. 41. On sait en effet que si Kelsen affirme « le caractère inévitable d'une construction moniste », il précise que le choix entre le monisme avec primauté du droit international et le monisme avec primauté du droit étatique est politique et ne relève pas de la « science du droit » (voir ainsi sa *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., précitée, p. 430 et s.).

<sup>87</sup> L'expression « selon Duguit » apparaît dans son cours de *Principes du droit public* de 1942-1943 et non dans celui professé l'année précédente, en 1941-1942.

<sup>88</sup> *Principes du droit public*, cours de DES de droit public, Les cours de droit, 1941-1942, p. 102 et 1942-1943, p. 61.

et comme nous aurons l'occasion de le constater plus loin, tout en ne se satisfaisant pas de la théorie de la norme hypothétique fondamentale, Scelle ne rejette pas l'ensemble de la doctrine de Kelsen. La dichotomie opérée par Duguit puis Scelle entre droit objectif et droit positif ne leur permet pas uniquement d'affirmer la limitation de l'État par le droit et de faire œuvre critique. Bien au contraire, elle les conduit également à préciser d'où vient le droit objectif et à affirmer qu'il est issu du fait social, de la solidarité<sup>89</sup>. « L'homme est un « animal politique ». Bien qu'on sache cela depuis Aristote, on n'en tire pas encore toutes les conséquences scientifiques »<sup>90</sup>. Duguit, s'appuyant sur les analyses de Durkheim, va justement s'employer à déterminer ces conséquences et Scelle va faire siennes les analyses du maître bordelais. Le point de départ de l'analyse de Durkheim, dans *De la division du travail social*, ouvrage issu de sa thèse dont la première édition date de 1893, est le suivant<sup>91</sup> : partant de l'idée que le droit en vigueur dans un groupe social donné offre une image fidèle des formes principales de solidarité unissant les membres de ce groupe, il s'efforce de distinguer différentes espèces de règles de droit afin de rechercher quelles sont les différentes formes de solidarité sociale auxquelles elles correspondent. Pour cela, Durkheim oppose les règles juridiques suivant les sanctions qui sont attachées à leur violation et distingue les sanctions répressives des sanctions restitutives. À l'une et l'autre de ces espèces de sanctions va correspondre une espèce de solidarité. Aux sanctions répressives correspond la solidarité mécanique ou par similitudes, et aux sanctions restitutives correspond la solidarité par division du travail social ou organique. Durkheim précise que la solidarité par division du travail se développe dans les sociétés modernes à l'inverse de la solidarité par similitudes qui tend à régresser.

Ni Duguit ni Scelle n'ont adhéré à la distinction opérée par Durkheim entre droit répressif et droit restituitif. Ils ont par contre l'un et l'autre repris à leur compte l'affirmation de l'existence de deux formes de solidarité, la solidarité par similitudes et celle par division du travail social, et celle de la progressive prépondérance de la seconde. Afin d'éviter d'inutiles répétitions, on se contentera de citer Scelle<sup>92</sup> : « la doctrine solidariste (...)

<sup>89</sup> Ce qui permet, élément qui ne sera pas développé ici, de critiquer les doctrines jusnaturalistes les plus usuelles, spécialement celles se rattachant à ce que l'on nomme couramment l'école moderne du droit naturel.

<sup>90</sup> SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, précité, p. 12 et *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 6.

<sup>91</sup> *De la division du travail social*, Quadrige-PUF, 1996, p. 27 et s.

<sup>92</sup> Pour la doctrine de Duguit voir notamment *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 25 et s. et *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 85 et s.

distingue avec Durkheim, le sociologue, et Duguit, le juriste, deux aspects inverses, mais complémentaires de la solidarité sociale ; la solidarité par similitudes, ou homogénéité du groupe, et la solidarité par dissemblances ou par division du travail qui engendre précisément le jeu des échanges d'individus à individus dans le groupe et de groupe à groupe »<sup>93</sup>. Dans le *Précis de droit des gens*, Scelle les présente de la manière suivante : « La solidarité par similitude provient des ressemblances physiques, de la communauté d'origine, de la similarité des besoins et des aptitudes, de la communauté de langage, de l'analogie des réactions aux milieux et aux faits, de la concordance des jugements qui en découlent. Elle est originaire, primitive, se rencontre dans les agrégats humains les plus proches de l'animalité (...) mais elle subsiste également dans toutes les sociétés, même les plus évoluées (...) La solidarité par division du travail qui apparaît, elle aussi, dès l'origine des sociétés, mais se développe plus lentement, constitue l'élément de différenciation et, par conséquent, d'organisation et de perfectionnement. C'est elle qui, se modelant sur les aptitudes individuelles, entraîne la distribution des tâches, spécialise les activités, multiplie la productivité, fait éclore les besoins nouveaux et cimente la solidarité globale »<sup>94</sup>.

Il ne fait guère de doute que Duguit aurait fait siennes les affirmations qui précèdent. Ainsi, il est possible d'affirmer que Scelle reprend les grandes lignes de la construction duguiste, issue du projet du maître bordelais d'affirmer la limitation de l'État par le droit et s'inspirant des analyses de Durkheim. Scelle distingue droit objectif et droit positif, critique les auteurs ne reprenant pas à leur compte cette dichotomie et affirme que le droit prend sa source dans le fait social, dans le phénomène de solidarité. Est-ce à dire que Scelle et Duguit développent des doctrines identiques en ce qui concerne les fondements du droit ? Nullement, dans la mesure où il est possible de mettre en évidence que Scelle amende l'analyse duguiste.

### *L'amendement de l'analyse duguiste*

« Sociabilité = solidarité = juridicité »<sup>95</sup>. Léon Duguit aurait sûrement repris à son compte cette formule proposée par Georges Scelle, aussi synthétique que saisissante. Pour autant, leurs doctrines ne sont pas exacte-

<sup>93</sup> *Manuel élémentaire de droit international public*, précité, p. 12 et *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 6.

<sup>94</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, précité, p. 2.

<sup>95</sup> *Le droit public et la théorie de l'État*, précité, p. 9.

ment similaires et on ne saurait déduire de ce qui précède une totale convergence de vues entre Duguit et Scelle. En effet, ces deux auteurs divergent, aussi discrètement qu'indiscutablement, sur l'importance respective des deux types de solidarité. De plus, et d'une manière beaucoup plus explicite, Scelle, en développant une doctrine clairement organiciste et en affirmant l'origine biologique du droit objectif, radicalise la démarche duguiste.

Le premier de ces amendements, sans constituer une profonde rupture, est loin d'être négligeable. En effet, même si Duguit reconnaît « qu'avec le progrès, la solidarité par division du travail grandit de plus en plus, la solidarité par similitudes restant au second plan »<sup>96</sup>, il ne porte pas la même appréciation que Scelle sur l'importance de cette évolution et considère que « la solidarité par similitudes subsiste malgré le développement de la solidarité par division du travail social et forme en quelque sorte la substructure permanente de la société »<sup>97</sup>. Scelle, tout en reconnaissant qu'« il n'y a de société parfaite que dans une combinaison équilibrée des deux modes de solidarité »<sup>98</sup>, fait davantage la part belle à la solidarité par division du travail. Une telle attitude n'est guère étonnante. La solidarité par similitudes « est à la base même de l'État et de la Nation »<sup>99</sup>. Dès lors, plus elle est forte, plus elle est susceptible de freiner le développement du droit international. Au contraire, la « solidarité des peuples »<sup>100</sup> est très essentiellement<sup>101</sup> une solidarité par division du travail social. Pour Scelle, affirmer que cette dernière est en plein développement est par suite une véritable nécessité. De cette solidarité est né l'ordre juridique international. Si l'on ne démontre pas qu'elle est forte, qu'existe un « intérêt public global »<sup>102</sup>, on ne voit pas pourquoi le droit international devrait s'imposer aux droits nationaux. Scelle affirme ainsi à propos de la hiérarchie des ordres juridiques que « la règle de droit intersociale est l'expression d'un fait de solidarité spontanément issu des rapports entre les ressortissants des collectivités préexistantes. Si cette règle est, comme nous disons qu'elle l'est, par

<sup>96</sup> *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing, 1<sup>re</sup> éd., 1907, p. 11.

<sup>97</sup> *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 57-58.

<sup>98</sup> *Précis de droit des gens*, t. 1, précité, p. 3.

<sup>99</sup> *Manuel élémentaire de droit international public*, précité, p. 12 et *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 6. Voir dans le même sens DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 72 : « la solidarité par similitudes (...) unit d'abord les membres d'une même nation ».

<sup>100</sup> *Le droit public et la théorie de l'État*, précité, p. 97.

<sup>101</sup> *Précis de droit des gens*, t. 1, précité, p. 29.

<sup>102</sup> *Manuel élémentaire de droit international public*, précité, p. 21 et *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 21.

définition, l'expression d'une condition nécessaire à la permanence du fait de solidarité intersociale, il s'ensuit immédiatement qu'elle s'impose, d'abord, aux ressortissants de la collectivité intersociale elle-même, et ensuite aux collectivités de base préexistantes dont les rapports lui ont donné naissance, c'est-à-dire à leurs gouvernants et leurs agents. Si, en effet, il y avait contradiction entre les systèmes juridiques des collectivités composantes et le système juridique de la collectivité résultante ou composée (du moins dans le domaine de la solidarité qui leur est commun), il y aurait dépérissement, et tôt ou tard *disparition* du phénomène de solidarité intersociale et de la communauté qui lui correspond »<sup>103</sup>. Selon Scelle, « qui dit phénomène intersocial dit en même temps supériorité nécessaire de la solidarité globale sur les solidarités locales des éléments composant »<sup>104</sup>.

Scelle réalise le tour de force d'être à la fois pluraliste et moniste<sup>105</sup>. Il est en effet pluraliste dans la mesure où il reconnaît l'existence de nombreux ordres juridiques, au contraire de Duguit qui raisonne dans la perspective d'une intégration dans le cadre étatique et a tendance à tout ramener à ce cadre<sup>106</sup>. Il n'en est pas moins moniste dans la mesure où il affirme qu'existent entre ces ordres juridiques des liens hiérarchiques. Or, comment justifier que l'ordre juridique fédéral prime sur les ordres fédérés ou que l'ordre juridique international prime sur les ordres juridiques étatiques ? Il faut pour cela considérer que l'ordre juridique le plus élevé repose sur des liens de solidarité suffisamment puissants pour s'imposer en cas de contrariété<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> Règles générales du droit de la paix, précité, p. 351.

<sup>104</sup> Le droit constitutionnel international, précité, p. 511.

<sup>105</sup> Voir en ce sens Georges GURVITCH, compte-rendu du premier tome du *Précis de droit des gens*, APDSJ, 1932, p. 279 et s., p. 281 : « La conception « moniste » de Scelle se combine avec un pluralisme très intense des ordres et des collectivités différenciées ».

<sup>106</sup> Très révélateurs sont à cet égard le fait qu'il nomme la société internationale « milieu intersocial » alors même que, comme le souligne Scelle, « le milieu étatique lui-même constitue un milieu intersocial » (« La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », p. 97) et sa définition particulièrement extensive du phénomène étatique (sur ce point voir *supra*, note 41). Ainsi, et contrairement à Antonio Cassese qui écrit à propos de Scelle que sa doctrine est « *under the clear influence of the French publicist Léon Duguit's doctrine of the plurality of legal orders* » (« Remarks on Scelle's theory of « role splitting » (dédoublément fonctionnel), EJIL, 1990, vol. 1, p. 210 et s., p. 211), il nous semble que le pluralisme de Scelle est en rupture avec l'analyse duguiste, à propos de laquelle Scelle a pu écrire que « la contemplation exclusive de la société étatique, dont l'intégration et l'organisation particulièrement poussées voilent (...) les diversités, jusqu'à donner l'illusion d'un tout homogène » explique ses imprécisions terminologiques (« La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », p. 98). Il y a là chez Duguit (nouveau paradoxe ?) une forme assez originale de statocentrisme.

Par suite, Scelle ne peut que minorer l'importance de la solidarité par similitudes et mettre en avant la solidarité par division du travail social<sup>108</sup>. Si cette divergence de vues entre Duguit<sup>109</sup> et Scelle est très révélatrice<sup>110</sup>, elle est toutefois sans doute moins délicate à apprécier que celle portant sur le caractère biologique de la règle de droit.

Avouons-le. Déterminer si l'organicisme de Scelle constitue une franche rupture par rapport à la doctrine de Duguit n'est pas chose aisée. Comme l'a relevé Mme Évelyne Pisier, l'analyse duguiste est en effet pleine de contradictions et d'incertitudes sur la question de savoir si le droit objectif est une création psychologique issue de la masse des consciences individuelles ou un produit du fait social lui-même<sup>111</sup>. La règle économique ou morale<sup>112</sup> devient-elle juridique lorsque la masse des consciences individuelles admet que sa violation doit être socialement sanctionnée ou cette prise de conscience constitue-t-elle uniquement un moyen de constater l'existence de la règle juridique ? Aucune réponse ne s'impose avec la force de l'évidence. Ainsi, Duguit écrit que « ce qui nous permet d'affirmer qu'à un certain moment une norme sociale est devenue juridique, c'est que la masse des consciences individuelles est arrivée à comprendre que la sanc-

<sup>107</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, p. 31. Voir en ce sens Hubert THIERRY qui écrit que « *the hierarchy of legal rules implies that universal solidarity requirements are superior to that of partial (including national) solidarities. This is equivalent to saying that the interests of the universal community take precedence over national interests* » (« The thought of Georges Scelle », *EJIL*, vol. 1, 1990, p. 193 et s., p. 200). Comme l'énonce Scelle dans son « Essai sur les sources formelles du droit international » (précité, p. 409) « tout fait social composé, tout élargissement de la solidarité et du fait social, exigent pour se réaliser, progresser et durer, que les phénomènes sociaux sous-jacents ne les contrarient pas. Il en résulte que toute norme juridique d'une société composée doit nécessairement modifier ou abroger les normes juridiques des sociétés composantes, en tant qu'elles seraient contradictoires avec elle ».

<sup>108</sup> Voir dans le même sens H. THIERRY (« The thought of Georges Scelle », précité). « *The first, solidarity by similarity, did not wholly find favour with Scelle because, fundamentally, it is the basis of national exclusivity* » (p. 199). Cela peut assurément être critiqué : « *It can be argued in this respect that Scelle failed to recognize the strength of similarity of common interests* (« solidarité par similitude »), *which is the basis of national and collective exclusivity, and that he exaggerated the strength of solidarity based on the « division of labour* » (solidarité par « division du travail ») » (p. 206).

<sup>109</sup> Qui persiste à considérer en 1928, affirmation d'ailleurs peu contestable, qu'« au stade d'évolution auquel sont parvenues les sociétés modernes, la solidarité nationale est la forme par excellence de la solidarité sociale » (*Traité*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., de Bocard, 1928, p. 12).

<sup>110</sup> On en trouve également trace dans leurs analyses des décisions du tribunal arbitral mixte roumano-hongrois (voir les références citées *supra*, note n° 20) où Duguit affirme avec force que le régime foncier est une question qui relève de la compétence des États alors que Scelle considère au contraire que la condition juridique des individus ne doit pas être « à la merci de l'arbitraire des États » et doit bénéficier d'une protection internationale.

<sup>111</sup> *Op. cit.*, p. 122 et s.

<sup>112</sup> *Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, précité, p. 89 et s. « Toute norme juridique est ou morale ou économique ; mais toute norme morale ou économique n'est pas nécessairement juridique » (p. 92).

tion matérielle de cette norme peut être socialement organisée ». Il affirme : « Je n'ai pas dit que la masse des consciences individuelles crée la norme juridique ; j'ai dit, ce qui est encore tout différent, que la norme juridique comme toute norme sociale est le produit du fait social, mais que nous ne pouvons la saisir qu'en apercevant la réaction sociale qu'entraîne sa violation »<sup>113</sup>. Dès lors, le rôle des consciences individuelles semble être limité à la constatation des règles juridiques. Pourtant, une dizaine de pages plus loin, Duguit écrit qu'« une règle économique ou morale devient norme juridique lorsque a pénétré dans la conscience de la masse des individus, composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que ceux qui y détiennent la plus grande force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle. Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée. Cette organisation peut ne pas exister ; elle peut être embryonnaire et sporadique ; peu importe. C'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit »<sup>114</sup>. De cette longue citation, on peut logiquement déduire que la règle de droit est issue des consciences individuelles<sup>115</sup>. On pourrait multiplier les références, « constater dans les nombreux écrits du doyen Duguit les contradictions qui s'y trouvent »<sup>116</sup> sur cette question, comme sur d'autres d'ailleurs. Il nous suffit ici d'avoir justifié l'affirmation suivante : on ne sait trop si le droit objectif est issu selon Duguit de la masse des consciences individuelles ou si celles-ci se contentent de le constater. Dès lors, évaluer dans quelle mesure Scelle se sépare de Duguit devient délicat, étant donné que le référentiel de cette comparaison, l'œuvre duguiste, est incertain.

La doctrine de Scelle est au contraire particulièrement explicite, constante et dotée d'une forte cohérence interne. Le maître normand va développer une analyse ouvertement organiciste, c'est-à-dire reposant sur une assimilation entre sociétés humaines et êtres vivants, considérant que le droit a pour « origine unique (...) la loi biologique des sociétés humaines »<sup>117</sup>, que « le Droit (...) est (...) d'origine biologique »<sup>118</sup>. Scelle écrit ainsi : « Le

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 93-94.

<sup>115</sup> Voir également *Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 115 : « C'est l'état de conscience, précédemment décrit, qui est finalement la source créatrice du droit ».

<sup>116</sup> Georges LANGROD, « L'influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », dans *Congrès commémoratif*, précité, p. 129 et s., p. 134.

<sup>117</sup> « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », précité, p. 104.

droit objectif est l'ensemble des lois *causales* qui déterminent l'apparition, la permanence et le développement du fait social. C'est le faisceau des *conditions optima* nécessaires à l'existence de ce fait social, sans l'observation desquelles il ne pourrait ni naître, ni persister. Il s'agit donc bien de lois causales »<sup>119</sup>. Et Scelle d'enfoncer le clou : « Chaque organisme possède (...) sa loi de vie, qui n'est exactement semblable à celle d'aucun autre. Nous avons qualifié ces *ordres juridiques spontanés* et nécessaires de *droit objectif*, parce qu'ils sont soustraits (...) à toute espèce de détermination subjective. Ils sont complètement indépendants de la volonté humaine, non seulement en ce qui concerne leur contenu et leur apparition, mais même en ce qui concerne leur valeur. Ils sont indifférents à toute appréciation subjective. *Ils sont, seulement* »<sup>120</sup>.

La doctrine de Duguit est-elle différente ? Scelle affirme que non et juge que l'opposition de Duguit à l'affirmation de l'origine biologique du droit est « beaucoup plus une question de terminologie (...) qu'une divergence fondamentale de conception »<sup>121</sup>. Il écrit ainsi : « Voici (...) comment nous raisonnons sur la base choisie par Duguit. L'homme est un être social, ce qui signifie qu'il ne peut vivre isolé. Quelque rudimentaire que soit le groupe, par exemple le groupe familial, le phénomène de solidarité, c'est-à-dire d'échanges, y est constant. L'homme, surtout dans son jeune âge, mais aussi dans tous les moments de sa vie, est étroitement dépendant du milieu. S'il en est isolé il meurt. De là le sentiment si intense de la sociabilité dans les milieux les plus primitifs. Le fait social est donc un fait biologique. La loi de conservation et de progrès des sociétés est en même temps la loi de conservation et de progrès de l'individu. Toutes les normes qui découlent de la solidarité sociale, et notamment la règle de droit lorsqu'elle s'est individualisée, ont donc pour but le maintien et le progrès du groupe social. En admettant que ce but soit conscient, il ne peut donc aboutir qu'à la recherche ou à l'application des lois biologiques »<sup>122</sup>.

Duguit aurait-il pu faire siennes les affirmations qui précèdent ? Scelle le soutient. Cette thèse n'est d'ailleurs pas indéfendable et peut se réclamer de certains passages de l'œuvre de Duguit<sup>123</sup>. Elle a toutefois fait l'objet de

<sup>118</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, précité, p. 3.

<sup>119</sup> « Règles générales du droit de la paix », précité, p. 348.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 349.

<sup>121</sup> « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », p. 101.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 102-103.

vives critiques de Réglade<sup>124</sup> qui nous semblent davantage correspondre à l'orthodoxie duguiste et aux affirmations répétées du maître bordelais, de *L'État, le droit objectif et la loi positive*<sup>125</sup> à la troisième édition du *Traité de droit constitutionnel*<sup>126</sup>. Duguit estime que l'on ne saurait assimiler les faits sociaux et les faits physiques ou biologiques dans la mesure où les faits sociaux sont des « faits volontaires, c'est-à-dire des faits produits par l'activité consciente de l'homme poursuivant un certain but »<sup>127</sup>. Dès lors, il semble nécessaire d'affirmer, à l'instar de Réglade, qu'il y a entre normes sociales et lois biologiques « une différence de nature (...) absolue » car « l'homme ne peut à la fois être contraint matériellement d'agir, d'une part, et, d'autre part, avoir la possibilité de choisir en lui-même les buts de son action et la faculté de tenir ou de ne pas tenir compte des motifs de cette action que lui fournissent les faits extérieurs à lui »<sup>128</sup>.

Quoi qu'il en soit, la pensée de Duguit sur cette question est assez incertaine, ne serait-ce que parce que l'on peut soutenir qu'elle est composée d'au moins « deux couches superposées »<sup>129</sup>. En fait, la clé du débat réside sans doute dans la dimension idéaliste de l'analyse duguiste, nettement mise en évidence par Alice Piot. Affirmant dans une perspective éminemment cartésienne<sup>130</sup> que « par solidarité nous n'entendons pas, nous ne pouvons pas entendre un lien matériel, unissant les hommes ; la solidarité est une pensée individuelle de l'homme ; elle n'en est pas moins une réalité ; elle n'est même une réalité sociale que parce qu'elle est une pensée individuelle ; seule la pensée individuelle est chose en soi »<sup>131</sup>, centrant sa doctrine sur la notion de conscience individuelle et les sentiments qui la traversent et adjoignant, à la fin de sa vie, au sentiment de socialité celui de justice, Duguit donne en effet à sa doctrine une indéniable coloration idéaliste. Scelle est, quant à lui, resté beaucoup plus réaliste et est en cela peut-être plus fidèle au projet que s'était assigné le maître bordelais<sup>132</sup>. C'est en ce

<sup>123</sup> Voir ainsi *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 78-79, cité par SCELLE (« La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », p. 103-104) et *Leçons de droit public général*, précité, p. 45.

<sup>124</sup> « Essai sur le fondement du droit », précité, p. 166 et s.

<sup>125</sup> Précité, spécialement p. 16-20.

<sup>126</sup> Tome I, précité, notamment p. 68.

<sup>127</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 68. Voir sur ce point Gaëtan PIROU, « Léon Duguit et l'économie politique », *Revue d'économie politique*, 1933, p. 55 et s., spécialement p. 60-63.

<sup>128</sup> « Essai sur le fondement du droit », précité, p. 167.

<sup>129</sup> Alice PIOT, *Droit naturel et réalisme. Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines*, thèse Paris, 1930, p. 28 et s., p. 31.

<sup>130</sup> Voir ainsi *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 26.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 40.

sens que l'on peut soutenir que Scelle a été plus duguiste que Duguit, mais moins subjectiviste que ce dernier dans la mesure où il n'a pas tout ramené à des états de conscience individuelle. Un des principaux paradoxes de l'analyse duguiste, révélateur de la redoutable polysémie du terme subjectif, est sans doute en effet d'avoir pourfendu les conceptions subjectivistes<sup>133</sup> tout en développant une doctrine éminemment subjectiviste, au sens ontologique du terme<sup>134</sup>, puisque selon lui « la conscience individuelle est la seule réalité »<sup>135</sup>.

Il n'est pas interdit d'essayer d'analyser la démarche scellienne comme un retour aux premiers écrits du maître bordelais. Comme Duguit l'a lui-même écrit, « la doctrine organique, qui a eu naguère un grand crédit, (...) nous le reconnaissons volontiers, nous a un temps séduit »<sup>136</sup>. Dès lors, pourquoi ne pas se risquer à affirmer que Scelle est plus fidèle au « jeune » Duguit que Duguit lui-même à partir de 1901 ? Une telle présentation peut de surcroît s'appuyer sur les travaux du plus fin connaisseur de l'œuvre duguiste, Roger Bonnard, qui a fortement affirmé que les premiers écrits de Duguit sont très nettement empreints d'organicisme, spécialement sous l'inspiration d'Herbert Spencer<sup>137</sup>. Cette analyse a toutefois fait l'objet de vigoureuses contestations. Ainsi, Paul Cintura s'est employé à démontrer qu'il s'agit d'un « pseudo-organicisme initial »<sup>138</sup>. Dans le même sens, Évelyne Pisiert considère que « malgré les apparences, dès ses premiers écrits, Duguit marque des distances à l'égard des thèses organicistes »<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> Voir en ce sens S. SEGAL, « Les fondements du droit dans la doctrine de M. Georges Scelle », précité, p. 188 : « Nous croyons que M. Scelle est parmi les rares savants qui, tout en se réclamant de la doctrine générale de M. Duguit, a su en dégager toutes les conséquences extrêmement importantes qu'elle comportait pour le droit international, et rester dans la logique de la conception originaire, abandonnée par la suite par le maître lui-même ».

<sup>133</sup> Voir ainsi *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 14 et s. Duguit critique les doctrines reposant sur la notion de droit subjectif. Pour lui, et « en un mot le droit subjectif est un pouvoir de volonté qui implique la subordination d'une volonté humaine à la volonté humaine titulaire de ce pouvoir. Le droit subjectif est cela et ne peut être que cela ; il est cela ou il n'est rien » (p. 217).

<sup>134</sup> Sur celui-ci voir John R. SEARLE, *La construction de la réalité sociale*, Gallimard, 1998, p. 22.

<sup>135</sup> *L'État, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 29.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>137</sup> « Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine », précité, p. 8-13.

<sup>138</sup> « La pensée politique de Léon Duguit », *Revue juridique et économique du Sud-Ouest, série juridique*, 1968, n° 1-2, p. 67 et s. et n° 3-4, p. 151 et s., p. 75-80.

<sup>139</sup> *Op. cit.*, p. 87.

En l'état actuel de notre réflexion, et à la lecture des principales « pièces » du dossier<sup>140</sup>, nous penchons dans ce second sens. Si l'emploi par Duguit de formules nettement et ouvertement organicistes est incontestable et répété avant 1901<sup>141</sup>, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre d'éléments témoignent du fait que Duguit en use dans une perspective métaphorique et qu'il perçoit les limites de cette analogie<sup>142</sup>. Cela nous incline à considérer que l'analyse duguiste est, sinon un pseudo-organicisme, au moins un organicisme très modéré et lucide. Dès avant *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Duguit reconnaît une grande importance à la notion de conscience individuelle. Or, on sait justement que c'est parce qu'il accorde aux consciences individuelles un rôle majeur que Duguit ne peut accepter d'assimiler lois biologiques et normes sociales. De plus, mais cet élément est indémontrable rigoureusement, il nous semble que les formules organicistes utilisées par Duguit relèvent davantage d'une stratégie argumentative que d'une conviction de fond. Que veut en effet démontrer Duguit, en particulier dans *Le droit constitutionnel et la sociologie*, *Un séminaire de sociologie* et *Des fonctions de l'état moderne* ? Qu'il est un scientifique, qu'il appartient à la communauté des sociologues et que les facultés de droit sont le lieu le plus approprié pour l'étude des sciences sociales. Pour cela, il se doit de reprendre les vues alors couramment développées par ses interlocuteurs afin d'emporter leur adhésion. S'adressant à un public *a priori* réticent, Duguit fait preuve du zèle du nouveau converti désireux d'être intégré dans une communauté académique qui le considère comme un étranger, voire comme un adversaire.

<sup>140</sup> Voir en particulier *Quelques mots sur la famille primitive*, conférence faite à Bordeaux le 16 mars 1883, Larose et Forcel, 1883 ; « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, 1889, p. 484 et s. ; « Un séminaire de sociologie », *Revue internationale de sociologie*, 1893, p. 201 et s. ; « Des fonctions de l'état moderne », *Revue internationale de sociologie*, 1894, p. 161 et s.

<sup>141</sup> Voir ainsi *Quelques mots sur la famille primitive*, précité, p. 6 : « La société humaine (...) est un être vivant (...) Composé de parties vivantes et organisées, le tout social doit être forcément lui-même un être organisé ; et, en effet, on retrouve dans la société tous les organes des êtres vivants » ; « Le droit constitutionnel et la sociologie », précité, p. 495 : « les phénomènes sociaux sont de même ordre que les phénomènes de la vie (...) les phénomènes sociaux (...) sont à vrai dire des phénomènes organiques (...) la société elle-même est un être vivant, un individu organisé » ; « Des fonctions de l'état moderne », précité, p. 167 : « la société est un agrégat de cellules vivantes similaires ; l'État, composé lui-même de cellules vivantes, est un organe de cet agrégat. La société est un être vivant ; l'État est un organe de cet être vivant ».

<sup>142</sup> Voir en ce sens « Le droit constitutionnel et la sociologie », précité, p. 498 : « il faut agir avec une extrême réserve, et se garder d'assimiler absolument le corps social à un organisme vivant » ; « Des fonctions de l'état moderne », précité, p. 191 : « Les fonctions de l'État ne sont pas, comme il est de mode de le dire aujourd'hui, des fonctions physiologiques ; ce sont des fonctions psychologiques, des actes de volition ».

Ainsi, l'organicisme de Scelle ne peut pas selon nous être rattaché à la doctrine initiale de Duguit, à laquelle le maître normand – à notre connaissance – ne fait d'ailleurs pas référence. Dès lors, il est possible d'affirmer, contrairement à Scelle, que ce qui l'oppose à Duguit dépasse une simple différence de terminologie et que Scelle est organiciste alors que Duguit ne l'est pas et ne l'a sans doute jamais vraiment été. On peut donc conclure que Scelle est, en ce qui concerne la question des fondements du droit, un disciple de Duguit mais qu'il n'est pas un disciple entièrement orthodoxe<sup>143</sup>. Son analyse de la technique duguiste est par contre beaucoup plus critique.

## II. — Scelle critique de Duguit : la technique juridique

Tout comme sa doctrine plus proprement philosophique, les développements consacrés par Duguit à la technique juridique, c'est-à-dire, pour reprendre une des définitions qu'en propose Scelle, « le mécanisme de l'activité juridique (...) les modes d'action des agents juridiques dans un ordre juridique déterminé »<sup>144</sup>, sont en rupture avec les analyses alors dominantes. Après quelques tâtonnements et après avoir développé et fermement structuré sa conception des fondements du droit, Duguit va en effet proposer une technique juridique nettement originale et particulièrement élaborée. Les principaux éléments de celle-ci sont sa dichotomie opposant situations juridiques objectives et situations juridiques subjectives<sup>145</sup> ; sa conception de l'acte juridique comme « toute manifestation de volonté se produisant avec l'intention qu'à sa suite il y ait une modification dans l'ordonnement juridique de la société »<sup>146</sup> ; sa classification tripartite des actes juridiques distinguant acte-règle, acte-condition et acte subjectif<sup>147</sup> ; sa définition de l'acte juridictionnel<sup>148</sup>.

Ces constructions ont davantage retenu l'attention de la doctrine que son analyse des fondements du droit. Elles ont ainsi été reprises, dévelop-

<sup>143</sup> On peut d'ailleurs douter qu'il en existe. Les cas de Bonnard et Réglade sont à cet égard très révélateurs.

<sup>144</sup> *Principes du droit public*, 1941-1942, précité, p. 241. Voir également, dans le même Cours, p. 3.

<sup>145</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 307 et s.

<sup>146</sup> *Leçons de droit public général*, précité, p. 75.

<sup>147</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 327 et s.

<sup>148</sup> *Traité*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., de Boccard, 1928, p. 418 et s. « L'acte juridictionnel est (...) en substance l'acte d'ordre juridique accompli 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 atteinte à une situation objective ou à une situation subjective » (p. 423).

pées et amendées par Gaston Jèze<sup>149</sup>, Roger Bonnard<sup>150</sup> puis André de Laubadère<sup>151</sup>, Paul Duez et Guy Debeyre<sup>152</sup>. Il en reste d'ailleurs encore dans la doctrine contemporaine des traces plus ou moins visibles et plus ou moins incontestables. Tel est en particulier le cas de ce que l'on nomme usuellement la classification matérielle des contentieux<sup>153</sup>. La définition du guiste de l'acte juridique est également souvent reprise sans que, toutefois, le nom du maître bordelais lui soit toujours attaché. La notion d'acte-condition est plus rarement utilisée, mais son origine est alors mentionnée<sup>154</sup>. Bref, le sens commun savant de notre discipline académique contient encore des éléments importants de la technique du guiste.

Scelle a d'abord repris cette technique avant de progressivement s'en détacher. C'est en particulier à l'occasion de cours de doctorat heureusement photocopiés qu'il l'a fortement remise en cause et s'est progressivement et largement laissé charmer par les sirènes de la technique normativiste. L'élément qui a fait basculer sa pensée est l'analyse de la notion de situation juridique. Après plusieurs années d'hésitations, Scelle a définitivement nié la distinction entre situation juridique objective et situation juridique subjective et affirmé le monisme de la notion de situation juridique. Étant donné que cette dichotomie est un véritable pivot des conceptions du guistes, nombre d'éléments essentiels de la technique juridique du maître bordelais s'effondrent par une sorte de réaction en chaîne et la technique normativiste s'impose très largement. Pour retracer l'évolution de la pensée de Scelle, en comprendre les ressorts et les incidences, il semble opportun d'étudier sa critique de la dichotomie situation juridique objective-situation juridique subjective avant de voir en quoi cela l'a conduit à abandonner une large part de la technique du guiste.

<sup>149</sup> Voir ainsi *Les principes généraux du droit administratif* (Giard, 3<sup>e</sup> éd., t. I, *La technique juridique du droit public français*, 1925). Pour son appréciation d'ensemble sur la doctrine de Duguit voir son article intitulé « L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français », *APDSJ*, 1932, p. 135 et s.

<sup>150</sup> Une place à part doit être faite à cet auteur qui s'est efforcé de reprendre et amender les deux volets de l'analyse du guiste (sur ses travaux voir Bernard NOYER, *Essai sur la contribution du doyen Bonnard au droit public français*, thèse Bordeaux I, 1984). Tel est également, à un degré moindre, le cas de Marc RÉGLADE (pour une introduction aux travaux de cet auteur voir son ouvrage posthume *Valeur sociale et concepts juridiques. Norme et technique*, Sirey, 1950).

<sup>151</sup> *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 1953, p. 15 et s.

<sup>152</sup> *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 181 et s.

<sup>153</sup> Pour une présentation et une critique de cette construction voir notamment Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, thèse Bordeaux IV, 2000, p. 114-236.

<sup>154</sup> Voir ainsi Florian LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1997, p. 67 et s.

*Une critique centrée sur la dichotomie  
situation juridique objective – situation juridique subjective*

S'il est incontestable, l'abandon opéré par Georges Scelle de la dichotomie opposant situation juridique objective et situation juridique subjective n'en a pas moins été tardif, relativement discret et progressif. Tardif, dans la mesure où il faut, semble-t-il, attendre la fin des années 1930 pour que Scelle remette substantiellement en cause par écrit cette analyse dualiste. Ainsi, il offre en 1932 dans son *Précis du droit des gens* une présentation de la dichotomie conforme aux enseignements de Duguit<sup>155</sup>. Discret, puisque Scelle a démontré le monisme de la notion de situation juridique uniquement dans des cours polycopiés et n'a guère développé son argumentaire dans ses écrits les plus connus et les plus diffusés<sup>156</sup>. Progressif, car Scelle a hésité quelques années avant de véritablement l'abandonner, comme en témoignent plusieurs de ses cours polycopiés. On peut ainsi considérer que la pensée du maître normand a connu trois étapes. La première est celle de l'orthodoxie duguiste. La deuxième est celle d'une forte critique qui ne va pas jusqu'à la rupture. La troisième est celle de la franche rupture sous l'influence des travaux de Kelsen et Merkl. Le meilleur moyen de restituer la pensée de Scelle semble dès lors de présenter ses trois états successifs.

Scelle a tout d'abord repris à son compte la doctrine de Duguit. Par situation juridique, il faut entendre un ensemble de pouvoirs et de devoirs reconnus au profit ou à la charge d'un individu. Duguit va distinguer deux espèces de situations juridiques. La première est dite objective. Elle « dérive directement de la norme juridique, de la loi positive quand la norme a été formulée par un législateur »<sup>157</sup>. Duguit en déduit qu'elle possède les mêmes caractères : généralité et permanence. De plus, il considère qu'elle est modifiable par un acte-règle postérieur à sa naissance. Jèze affirme quant à lui qu'une telle situation juridique n'est pas susceptible de renonciation générale, absolue<sup>158</sup>. La seconde espèce de situation juridique est dite subjective. Elle apparaît à la suite d'une manifestation individuelle de volonté en déterminant le contenu. Elle est spéciale et momentanée. Duguit considère qu'une loi ne peut la modifier sauf à violer un « principe de droit supérieur »<sup>159</sup>, alors que Jèze estime qu'une situation subjective est susceptible de

<sup>155</sup> Tome I, p. 16-17.

<sup>156</sup> Voir toutefois son *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 681.

<sup>157</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 308.

<sup>158</sup> *Les Principes généraux du droit administratif*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 10 et s., p. 14.

<sup>159</sup> *Traité*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., p. 239. Voir également le t. V du *Traité*, 2<sup>e</sup> éd., p. 308 et s.

renonciation<sup>160</sup>. Précisons enfin que selon Duguit la nature de la situation juridique apparue à la suite d'une décision juridictionnelle permet d'expliquer l'étendue de l'autorité de chose jugée de cette dernière : relative si la situation est subjective, absolue si elle est objective<sup>161</sup>.

À cette dichotomie des situations juridiques correspond une tripartition des actes juridiques<sup>162</sup>. Elle oppose l'acte-règle, l'acte-condition et l'acte subjectif. Le premier constate les règles de droit objectif et contient donc des prescriptions de caractère général. Il est régulièrement défini comme l'acte formulant les règles de droit<sup>163</sup>, les établissant, les modifiant ou les supprimant. Le deuxième repose sur le constat suivant : certaines règles ne sont pas directement applicables aux individus et il est régulièrement nécessaire qu'un acte juridique attribue une situation définie par un acte-règle (et donc évidemment objective) à tel ou tel individu<sup>164</sup>. Cet acte est l'acte-condition qui consiste uniquement en l'attribution à un individu déterminé d'une situation objective. Autrement dit, l'acte-condition n'ajoute rien aux pouvoirs et devoirs prévus par cette dernière et a pour unique objet de la rendre applicable à Pierre ou Paul. Reste enfin le cas de l'acte subjectif qui fait naître, supprime ou modifie une situation juridique subjective. S'opposent ainsi les actes objectifs (acte-règle et acte-condition) et les actes subjectifs qui aboutissent respectivement, immédiatement ou médiatement, à la formation de situations juridiques objectives ou subjectives.

Tels sont les principaux éléments de l'analyse duguiste. Scelle va d'abord les reprendre à son compte dans le *Précis de droit des gens*. Qu'on en juge : « L'acte-règle a pour objet de conférer ou de modifier les compétences, mais de façon abstraite, générale et impersonnelle (...) L'effet de l'acte-règle est d'instituer ou de modifier les situations juridiques objectives, applicables à tous les sujets de droit qui se trouveront dans des conditions déterminées d'une façon abstraite par l'auteur de l'acte. La situation objective légale ou réglementaire se distingue par sa pérennité ; elle produit ses effets tant

<sup>160</sup> *Les Principes généraux du droit administratif*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 20.

<sup>161</sup> Voir sur ce point le *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 315 et les *Leçons de droit public général*, précité, p. 69-70.

<sup>162</sup> Voir ainsi *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 327 et s.

<sup>163</sup> Qui, dans une perspective duguiste, ne peuvent être que générales et ne sauraient être individuelles (Voir sur ce point *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, précité, p. 518 et le *Traité*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., précité, p. 172-173).

<sup>164</sup> Pour Duguit, l'acte-condition est un acte individuel. Bonnard reconnaît pour sa part l'existence d'actes-condition de portée générale (*Précis de droit administratif*, LGD], 4<sup>e</sup> éd., 1943, p. 32).

qu'elle n'a pas été supprimée ou modifiée par les sujets de droit qui avaient compétence pour la créer (...) L'acte-condition est un acte de volonté qui (...) déclenche ou conditionne l'application d'une situation juridique objective (...) l'acte subjectif engendre des situations juridiques toutes différentes des précédentes. La situation juridique subjective est celle dont le contenu est déterminé non plus par la loi ou l'acte-règle et d'une façon abstraite, mais par la volonté des auteurs de l'acte juridique et en considération du ou des individus qui sont investis de la situation (...) La caractéristique de la situation subjective, c'est d'être personnelle, par conséquent unique, et transitoire, c'est-à-dire épuisée aussitôt que réalisée (...) Elle s'oppose ainsi nettement à la situation objective dont les caractères sont inverses »<sup>165</sup>. Il n'est guère difficile de constater que l'analyse de Scelle est en 1932 très proche de celle de Duguit, très orthodoxe. Le juriste normand affirme le dualisme des situations juridiques et attache à cette dichotomie d'importantes conséquences pratiques.

Scelle va toutefois progressivement abandonner cette position. En 1938-1939, dans son cours de doctorat de *Principes du Droit Public*, il pose la question suivante à propos des différentes situations juridiques dans lesquelles se trouve chaque individu passant dans la rue (« il est citoyen, il est français, il est en même temps habitant de telle ville, il est père de famille, marié, il est syndiqué, il est membre d'une association, il est propriétaire ; il a quantité de créances sur tels ou tels individus qui sont ses débiteurs. En revanche, il est aussi débiteur de son loyer, de son tailleur etc. ») : « Ces situations sont-elles véritablement différentes ? Sont-elles objectives et d'autres subjectives ? Je crois que oui, mais cependant, il faut bien remarquer que (...) ce qu'on appelle la *situation subjective est une situation mixte* »<sup>166</sup>. En effet « tout acte juridique subjectif détermine en même temps la naissance d'un effet de droit purement légal et réglementaire »<sup>167</sup>. Une telle analyse ne peut se réclamer de la pensée de Duguit mais peut par contre être rapprochée de celle d'autres émules du maître bordelais.

Bonnard affirme ainsi que l'acte subjectif est toujours complexe « en ce sens qu'à la suite de l'élément acte subjectif qui est son élément essentiel, il se manifeste à titre accessoire un certain élément d'acte-condition »<sup>168</sup>. Jèze

<sup>165</sup> *Précis de droit des gens*, t. I, p. 16-17.

<sup>166</sup> Les cours de droit, p. 71. L'expression « situation mixte » est déjà incidemment utilisée dans *Le droit ouvrier*, Armand Colin, 1922, p. 94.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>168</sup> *Précis de droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., p. 33.

avait déjà ouvert la voie en considérant que chaque pouvoir ou devoir d'agir constitue une situation juridique, que « tout pouvoir, tout devoir juridique forme une situation juridique qui doit être examinée *en soi*. C'est là un point très important. Il arrive, en effet, très souvent, qu'à la suite d'un acte juridique, un individu soit investi de plusieurs *pouvoirs* et même de *devoirs*. Il ne faut pas dire qu'il est dans une situation juridique : il faut dire qu'à la suite de cet acte il se trouve placé dans *plusieurs* situations juridiques ; et il se peut que ces situations juridiques n'aient pas la même nature, que les unes soient *générales, impersonnelles, objectives*, les autres *individuelles, subjectives* »<sup>169</sup>. Dès lors, si l'on adopte la conception duguiste de la notion de situation juridique et si l'on considère qu'à la suite d'un acte juridique un individu ne peut être que dans une seule situation juridique, on ne peut qu'admettre que les situations considérées comme subjectives par Duguit sont un complexe de situations objectives et subjectives au sens de Jèze. Ainsi, André de Laubadère affirme que « les situations individuelles [subjectives] ne se rencontrent jamais à l'état pur » et use de la formule « situations mixtes »<sup>170</sup>. Quant à Paul Duez et Guy Debeyre, ils parlent des « situations complexes » où « des pouvoirs juridiques généraux, impersonnels, abstraits peuvent venir se superposer, au profit ou à la charge d'un individu, à des pouvoirs juridiques particuliers, individuels, concrets »<sup>171</sup>.

Scelle va encore plus loin puisque pour lui seul est subjectif « le contenu matériel de la situation juridique »<sup>172</sup>. En effet, une créance n'est une situation juridique « que parce qu'on a reconnu en droit positif la situation de créancier ou de débiteur »<sup>173</sup>. Il va toutefois conserver la dichotomie situation objective/situation subjective au motif que « le titulaire ne peut pas disposer de la situation objective ; de la situation subjective, le titulaire peut disposer »<sup>174</sup>. Scelle précise d'ailleurs que, selon lui, les situations objectives correspondent à un système socialiste du droit et les situations subjectives à un système individualiste<sup>175</sup>. Et l'éminent auteur d'ajouter : « Au fur et à mesure que le système se socialise, les situations subjectives tendent à disparaître et au fur et à mesure, au contraire, que le système individualiste du

<sup>169</sup> *Les Principes généraux du droit administratif*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 12.

<sup>170</sup> *Traité élémentaire de droit administratif*, 1<sup>ère</sup> éd., p. 18.

<sup>171</sup> *Traité de droit administratif*, p. 184.

<sup>172</sup> *Cours de Principes du droit public*, 1938-1939, précité, p. 71-72.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>175</sup> Sur l'opposition entre droit individuel et droit social, voir l'introduction de son cours de *Principes du droit public* de 1941-1942, précité, p. 3 et s.

droit triomphe, ce sont les situations subjectives, c'est-à-dire dont le contenu matériel est à la disposition du sujet de droit, qui tendent à prévaloir »<sup>176</sup>. En 1941-1942, il écrit que « dans toute situation subjective, il y a des éléments de situation objective, et ce sont les éléments essentiels » avant d'ajouter que « la situation juridique varie dans ses modalités, mais au fond, c'est toujours la même : un faisceau de pouvoirs et de devoirs qui sont entre les mains des agents juridiques et qui sont déterminés par le droit positif »<sup>177</sup>. Scelle enfonce encore davantage le clou : « De toute façon, il apparaît que la situation dite subjective, c'est-à-dire individualisée par son contenu quantitatif, n'est jamais qu'une situation mixte, puisqu'elle n'existe qu'à l'intérieur et dans le cadre d'une situation objective que le droit positif peut toujours modifier »<sup>178</sup>. Il maintient pourtant cette dichotomie pour les mêmes motifs que les années précédentes, précisant à nouveau qu'« à l'heure actuelle, en Droit positif, il y a des situations objectives et des situations subjectives, mais nous sommes en pleine régression de la situation subjective en faveur de la situation réglementaire et légale »<sup>179</sup>.

L'année suivante, il affirme : « plus nous y réfléchissons, plus il nous semble qu'il n'y a qu'une sorte de situation juridique, puisque toutes sont objectives dans leurs éléments essentiels et toutes personnalisées »<sup>180</sup>. Pour autant, il publie la même année son *Manuel élémentaire de droit international public* où il reprend, certes très brièvement, la dichotomie duguiste, affirmant que les situations objectives sont « abstraites et générales » et que « si la situation juridique, au lieu d'être conçue abstraitement, voit son contenu déterminé par la personnalité individuelle de tel ou tel membre de la collectivité, on dit que la situation est *subjective* »<sup>181</sup>. Il réitère toutefois sa position développée dès 1938-1939 dans son cours de troisième année de licence professé en 1943-1944. Il continue à affirmer que la dichotomie se ramène à la possibilité ou à l'impossibilité de disposer librement de la situation juridique en cause. Il tente à cette occasion de fournir une explication technique permettant de dépasser l'opposition entre systèmes de droit socialiste et individualiste qui le dissuade de reconnaître le monisme de la notion de situation juridique. Cette explication est la suivante : « Toute situation juridique peut être modifiée ou annulée par le jeu de l'acte

<sup>176</sup> Cours de *Principes du droit public*, 1938-1939, p. 173.

<sup>177</sup> Cours de *Principes du droit public*, 1941-1942, p. 284.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 287. Voir déjà son cours de 1938-1939, p. 74.

<sup>180</sup> Cours de *Principes du droit public*, 1942-1943, Les cours de droit, p. 235.

<sup>181</sup> Précité, p. 17.

contraire. Or, la situation légale et réglementaire émanant d'un acte unilatéral peut être modifiée par acte unilatéral, qui est souvent un acte de l'autorité publique. La situation subjective, elle, étant souvent bilatérale, *contractuelle*, l'acte contraire exige l'intervention des mêmes sujets de droit compétents, et, dans le contrat, leur accord. C'est ce qui fait croire à la différence d'essence des deux situations, alors qu'il n'y a qu'une différence de procédé technique dans leur création, modification ou suppression »<sup>182</sup>.

Tel semble être le dernier état du deuxième temps de la pensée de Scelle sur la dichotomie situation juridique objective/situation juridique subjective. Si la rupture est d'ores et déjà nette et très avancée, elle n'est pas encore totale. Il faut attendre son cours de doctorat de 1944-1945, cours de *Principes du droit public*, dont la partie spéciale est consacrée à la fonction juridictionnelle, et qui constitue selon toute vraisemblance le véritable aboutissement de ses conceptions sur cette question. Scelle va y développer une analyse largement inspirée par la *Stufenbauthorie*. Dès 1938-1939, dans un fort instructif appendice à son cours de *Principes du droit public*, il qualifie cette théorie de « très séduisante » et « extrêmement intéressante » mais ne s'y rallie pas, affirmant : « Je crois qu'il doit être maintenu une différence entre la situation objective et la situation subjective, mais nous avons vu dans la partie générale qu'il n'y a là qu'un dégradé et qu'il est difficile de savoir le moment exact où l'on passe de l'un à l'autre »<sup>183</sup>. En 1941-1942, il présente le postulat de la *Stufenbauthorie*, qui le conduira logiquement à reconnaître le monisme de la notion de situation juridique, de la manière suivante : « à chaque degré successif de création normative du droit, il y a *concrétisation* de la règle précédente et *exécution* de cette règle »<sup>184</sup>. Cet élément a été lumineusement exprimé par Bonnard dans une étude d'ailleurs mentionnée par Scelle<sup>185</sup> : « En résumé, l'ordonnement juridique, étant constitué exclusivement de normes juridiques ou règles de droit (car il peut y avoir des règles générales et des règles individuelles), forme un tout homogène et peut être soumis dans tous ses éléments à la même loi de formation. Dans une théorie pure du droit, cette loi se tire du concept même de norme juridique. Elle se formule ainsi : les normes s'engendrent l'une par l'autre. Par suite, dans l'ordonnement juridique, les normes se présentent en une série de degrés hiérarchisés dans chacun

<sup>182</sup> Cours de *Droit public* (licence 3<sup>e</sup> année, 1943-1944), Les cours de droit, p. 251.

<sup>183</sup> Précité, p. 312-313.

<sup>184</sup> Précité, p. 100.

<sup>185</sup> Voir ainsi son cours précité de 1938-1939, p. 312.

desquels on trouve le même phénomène de création et d'exécution du droit (sauf au commencement et à la fin de la série), ainsi qu'une concrétisation croissante de l'ordonnancement juridique ; tout cela parce que les normes de chaque degré conditionnent les normes du degré inférieur »<sup>186</sup>. Une fois cet élément admis, il est logique d'affirmer le monisme de la notion de situation juridique entendue comme une imputation de normes à une personne juridique, comme une « projection de normes »<sup>187</sup>.

C'est dans cette perspective normativiste que Scelle va affirmer ce monisme : « la situation dite subjective n'est qu'une situation objective réglée par la loi des compétences, mais plus individualisée encore, plus personnalisée si l'on veut, selon la loi de concrétisation progressive démontrée par la *Stufentheorie*. C'est le degré ultime de concrétisation de la norme juridique »<sup>188</sup>. Scelle va en effet tirer toutes les conséquences du principe même de la formation du droit par degrés, écrivant encore : « il y a lieu de nous rallier ici à la *Stufentheorie* : les situations juridiques ne varient entre elles que par leur degré de concrétisation. Elles sont concrétisées au maximum quand elles sont personnalisées, c'est-à-dire quand elles n'affectent qu'une ou plusieurs personnes déterminées »<sup>189</sup>. Et Scelle de conclure au monisme de la notion de situation juridique : « Une situation juridique est une situation juridique. Toute situation est un ensemble de pouvoirs et de devoirs, au profit ou à la charge des agents juridiques qui en sont investis. Ces pouvoirs et devoirs sont investis sur un ou plusieurs de ces agents. Ils le sont par des actes juridiques conformes à une norme préexistante à ces actes, et déterminant la compétence nécessaire à les faire. Ils aboutissent tous à un aménagement nouveau ou modification de compétence, qui n'est autre que la situation elle-même. En somme, la situation juridique correspond toujours à un nouvel échelon dans l'échelle des normes, et la situation individuelle, ou individualisée, constitue le dernier échelon de la concrétisation »<sup>190</sup>.

Une telle doctrine paraît très convaincante et a le grand mérite d'aller sur ce point au bout de la logique qui la sous-tend, au contraire de celles développées notamment par Jèze et surtout par Bonnard qui nous semblent s'arrêter au milieu du gué dans leur amendement de l'analyse du guiste. La

<sup>186</sup> « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », *RDP*, 1928, p. 668 et s., p. 677-678.

<sup>187</sup> Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ, 1983, p. 214.

<sup>188</sup> *Cours de Principes du droit public*, 1944-1945, Les cours de droit, p. 123-124.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 125-126.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 127.

situation juridique est une imputation de normes à une personne juridique et la dichotomie duguiste, outre qu'elle ne correspond pas au droit positif dans la mesure où les caractères attachés par Duguit et Jèze à la nature objective ou subjective d'une situation ne s'y retrouvent pas<sup>191</sup>, ne peut qu'être abandonnée dès lors que l'on adhère au principe de la formation du droit par degrés et que l'on considère que peuvent exister des normes individuelles<sup>192</sup>. Ce n'est d'ailleurs pas le seul abandon auquel Scelle va procéder.

### *Une critique conduisant à l'abandon d'une large part de la technique duguiste*

Duguit a écrit que « la distinction (...) entre les situations juridiques objectives et les situations juridiques subjectives est fondamentale. On ne peut comprendre le droit que si on la comprend elle-même »<sup>193</sup>. Cette affirmation est très juste si par « on ne peut comprendre le droit », on entend « on ne peut comprendre ma doctrine ». Une fois cette dichotomie abandonnée, une part importante de la technique duguiste perd en effet tout son sens : il s'agit en particulier de la classification tripartite des actes juridiques et de la classification matérielle des contentieux. Au monisme de la situation juridique correspondent logiquement celui de l'acte juridique et celui de la juridiction<sup>194</sup>. Il convient toutefois de reconnaître que Scelle s'est, à notre connaissance, essentiellement focalisé sur le second point et ne s'est guère étendu sur le premier. C'est pourquoi nous présenterons d'abord sa démonstration du caractère objectif de tout contentieux avant de déduire des prémisses de son analyse d'autres conséquences en matière de technique juridique et de préciser le degré d'originalité de la technique développée par Scelle.

Scelle a très nettement et très vigoureusement rejeté la distinction opérée par Duguit entre juridiction objective et juridiction subjective. Il

<sup>191</sup> Voir sur ce point l'étude classique de Roger LATOURNERIE, « Étude sur la classification des diverses situations juridiques », *RDP*, 1933, p. 327 et s. et Fabrice MELLERAY, *op. cit.*, p. 191-195.

<sup>192</sup> Pour une démonstration du fait que la généralité n'est pas un caractère nécessaire de la norme juridique voir Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, précité, p. 19 et s.

<sup>193</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 314. Voir également les *Leçons de droit public général*, précité, p. 68 : « l'intérêt pratique de cette distinction entre les situations juridiques objectives et les situations juridiques subjectives (...) est considérable et l'on peut dire que la distinction domine tout le droit public et privé ».

<sup>194</sup> Au sens de Duguit, ce terme désignant chez cet auteur l'objet de la fonction du juge et non les organes juridictionnels.

affirme qu'elle a été développée pour tenter d'expliquer pourquoi certains actes juridictionnels ont une autorité absolue de chose jugée et d'autres une simple autorité relative<sup>195</sup>. Une telle analyse offre une vision parcellaire et déformée du but poursuivi par Duguit. En effet, les promoteurs de cette classification matérielle, au premier rang desquels il faut d'ailleurs également ranger Maurice Hauriou<sup>196</sup>, ont cherché à démontrer au début du XX<sup>e</sup> siècle le caractère matériellement juridictionnel du recours pour excès de pouvoir<sup>197</sup>, caractère alors contesté par certains tels René Jacquelin<sup>198</sup>. La dichotomie juridiction objective/juridiction subjective permet d'affirmer le caractère matériellement juridictionnel du recours pour excès de pouvoir et d'expliquer non seulement les différences d'étendue d'autorité de chose jugée entre les différentes voies de droit, mais aussi l'absence ou la présence de parties à l'instance, les variations dans l'exigence d'un intérêt personnel pour agir et la limitation du juge de l'excès de pouvoir à un simple pouvoir d'annulation.

Duguit distingue ce que l'on nomme aujourd'hui les contentieux suivant la nature de la question posée au juge. Il affirme que cette dernière se ramène toujours à l'une ou l'autre des trois hypothèses suivantes : « 1° On peut demander au juge s'il y a une attitude, action ou abstention, contraire à la règle de droit, à la loi ; 2° s'il y a une action ou une abstention qui constitue une atteinte à une situation de droit objectif ; 3° s'il y a eu une action ou abstention qui soit une atteinte à une situation juridique subjective »<sup>199</sup>. Scelle considère pour sa part que « l'acte de juridiction consiste essentiellement à contrôler la légalité d'une situation juridique et à déclarer d'une façon socialement inattaquable que la conformité de cette situation avec la règle de Droit, (sa légalité), existe totalement ou partielle-

<sup>195</sup> Voir ainsi son *Cours de droit international public*, 1948, précité, p. 680.

<sup>196</sup> Voir sur ce point F. MELLERAY, *op. cit.*, p. 128-136.

<sup>197</sup> Voir sur ce thème les synthèses opérées par Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p. 263 et s. et Marie-Joëlle REDOR, *De l'État légal à l'État de droit*, précité, p. 187 et s.

<sup>198</sup> Voir ainsi *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et Brière, 1899, p. 255 et s.

<sup>199</sup> *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 435-436.

ment, ou bien n'existe pas »<sup>200</sup>, ne peut que rejeter cette doctrine dès lors qu'il affirme le caractère objectif de toute situation juridique. Il professe ainsi logiquement en 1944-1945 que « dans tous les cas, le rôle du juge est le même, et c'est toujours, de résoudre une question de légalité objective. Cela va de soi si l'on remarque que la validité d'un acte, même prétendu subjectif, dépend toujours d'une question de légalité, puisqu'elle porte sur le point de savoir si une compétence a été ou non régulièrement utilisée »<sup>201</sup>.

Du monisme des situations juridiques découle le monisme juridictionnel<sup>202</sup>. Comme l'a affirmé M. Bernard Pacteau, « Duguit a inséré (...) cette question de la distinction des contentieux dans sa vaste théorie des situations juridiques »<sup>203</sup>. Par suite, la remise en cause de cette dernière conduit logiquement à faire de même de toutes les constructions reposant sur elle, au premier rang desquelles se trouve la classification matérielle des contentieux. Georges Scelle n'a pas, semble-t-il, réellement poussé plus avant sa critique de la technique duguiste. Pourtant, une fois le principe de la formation du droit par degrés adopté et le monisme des situations juridiques reconnu, on se doit d'affirmer le monisme des actes juridiques, quitte à les différencier suivant qu'ils émettent des normes impersonnelles ou personnelles, suivant qu'il s'agit d'un acte-règle ou d'un acte-condition<sup>204</sup>. Si Scelle n'a pas, au moins à notre connaissance, substantiellement

<sup>200</sup> « Le droit public et la théorie de l'État », précité, p. 56. Voir déjà le *Précis de droit des gens*, t. I, p. 18 : « La fonction juridictionnelle consiste essentiellement à constater la régularité ou l'irrégularité totales ou partielles d'un acte juridique contesté et, par suite, la validité des situations juridiques qui en découlent ». Et Scelle de préciser quelques lignes plus loin que « l'acte de juridiction s'épuise par la constatation de la conformité de la situation juridique avec la règle de droit. Mais l'opération judiciaire ne s'arrête pas toujours là. Le juge est généralement investi, en outre, de compétences administratives et exécutive qui font de lui un magistrat et un gouvernant, et qui lui permettent de tirer les déductions logiques de l'acte juridictionnel. Il prendra d'abord une série de décisions incorporées soit dans des actes-règle, soit dans des actes-condition, soit dans des actes subjectifs et variant avec les différents systèmes d'organisation judiciaire (...) Le magistrat accomplira enfin une fonction proprement exécutive lorsqu'il déclenchera les voies d'exécution en apposant sur le jugement la formule exécutoire : par là il oblige des détenteurs de la force publique à mettre celle-ci au service du Droit définitivement constaté » (p. 19).

<sup>201</sup> Cours de *Principes du droit public*, 1944-1945, précité, p. 169.

<sup>202</sup> Auparavant, Scelle écrivait (« Règles générales du droit de la paix », précité, p. 500) que « La situation juridique, selon qu'elle est objective ou subjective, donne lieu à des actes juridictionnels *objectifs* ou *subjectifs* ».

<sup>203</sup> « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », *Revue administrative*, n° spécial, 1999, p. 51 et s, p. 55.

<sup>204</sup> Voir déjà son cours de doctorat de *Principes de droit public*, 1939-1940, Les cours de droit, p. 111 où il écrit « on peut se demander s'il y a véritablement distinction entre la situation objective et la situation subjective, et si tout ne se ramène pas à des situations objectives et par conséquent à des actes-règles d'un côté et des actes-conditions de l'autre, ce qui tendrait à la disparition de l'acte subjectif, le subjectif étant seulement une modalité matérielle de l'acte ».

développé ce point, on peut trouver dans ses écrits un certain nombre d'éléments laissant supposer qu'il reconnaissait le monisme des actes juridiques. Ainsi, dans sa contribution à l'*Introduction à l'étude du droit* dirigée par Léon Julliot de La Morandière, il affirme, dans une perspective nettement normativiste, que « tout acte juridique, c'est-à-dire toute création d'une norme de Droit, est en même temps l'exécution d'une norme juridique préexistante et l'origine de normes subséquentes. Il n'y a que l'acte d'exécution qui n'engendre pas de normes nouvelles »<sup>205</sup>. Quelques pages plus haut, il range le contrat dans les sources formelles du droit et oppose convention et contrat car « ils n'aboutissent pas à créer des normes de droit identiques »<sup>206</sup>, la première étant susceptible de créer des normes impersonnelles et le second des normes personnelles. Il semble en effet logique de renoncer à la classification tripartite des actes juridiques. À partir du moment où l'on adhère au principe de la formation du droit par degrés et où l'on admet que peuvent exister des normes individuelles<sup>207</sup>, le monisme de l'acte juridique devient incontestable<sup>208</sup>.

Doit-on alors affirmer que Scelle a intégralement abandonné la technique du guiste et s'est entièrement rallié à la technique normativiste ? Certainement pas. S'il est incontestable que Scelle est en la matière « finalement plus kelsenien que du guiste »<sup>209</sup>, son analyse ne saurait être réduite à une stricte substitution d'un système à l'autre à la suite de sa critique de la dichotomie situation juridique objective/situation juridique subjective. On se contentera, pour illustrer cette affirmation, d'évoquer la conception scellienne de la fonction juridictionnelle. Pour Scelle, si la jurisprudence est normative<sup>210</sup>, l'acte juridictionnel ne l'est pas. Alors que Duguit voit dans l'acte juridictionnel une décision indivisible d'une constatation opérée par un juge à la suite d'une prétention et que les normativistes y voient un acte normateur<sup>211</sup>, Scelle considère qu'il n'est « pas créateur de normes (...) Il

<sup>205</sup> « Le droit public et la théorie de l'État », p. 39.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>207</sup> Tel n'était pas le cas de Duguit qui s'opposait sur ces questions à Kelsen. Voir ainsi leur échange de vues à la première session de l'institut international de droit public, le 20 octobre 1928 à Paris, quelques semaines avant le décès de Duguit (*Annuaire de l'institut international de droit public*, vol. I, PUF, 1929, p. 193-196).

<sup>208</sup> Pour plus de détails sur ces questions voir F. MELLERAY, *op. cit.*, p. 201-227.

<sup>209</sup> É. PISIER, *op. cit.*, p. 166.

<sup>210</sup> Voir ainsi « Le droit public et la théorie de l'État », p. 17-18 : « avant de juger, c'est-à-dire de rendre une sentence sur la légalité des prétentions litigieuses, il faut bien que le juge prenne parti sur ce qui devrait être la loi et adopte, dans l'espèce qui lui est soumise, une « norme de jugement ». Son opération judiciaire se décompose en deux temps : adopter la norme ; l'appliquer » (p. 18).

<sup>211</sup> Voir ainsi Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., p. 318 et s.

n'est qu'une simple constatation irréfragable, faite par un agent juridique compétent et se distingue de toute activité juridique normative parce qu'en soi il ne crée rien : il est une constatation déclaratoire »<sup>212</sup>. Scelle affirmait déjà en 1933 que « le jugement (...) ne crée rien, ne modifie rien dans l'ordonnement juridique puisqu'il se borne à constater l'existence, la non-existence, la régularité ou l'irrégularité de situations juridiques *préexistantes* »<sup>213</sup>. On peut sans aucun doute rapprocher cette analyse de celle de Gaston Jèze qui considère que l'essence de l'acte juridictionnel est d'être une constatation avec « force de vérité légale »<sup>214</sup>. De même, comme son collègue de la faculté de droit de Paris<sup>215</sup>, Scelle considère que l'autorité de chose jugée doit toujours être absolue. En effet, « la portée sociale de la fonction juridictionnelle (...) est de procurer à l'ordonnement juridique la certitude et la stabilité ». Dès lors, « il est de l'essence de l'acte juridictionnel d'aboutir, aussi vite que possible, à l'autorité définitive et absolue de chose jugée »<sup>216</sup>. Sa conception de la fonction juridictionnelle suffit pour démontrer que la technique développée par Scelle n'a jamais été exclusivement *duguiste* et n'est pas devenue entièrement *normativiste*.

Cette analyse mériterait sans doute d'être poursuivie, développée, approfondie. Il semble toutefois d'ores et déjà possible de tirer un certain nombre de conclusions assez définitives et largement incontestables, tant sur les liens unissant les travaux de Duguit et de Scelle que sur les œuvres respectives de ces deux auteurs. Sur Scelle et Duguit d'abord. Oui, Duguit a été pour Scelle un véritable inspirateur, un maître à penser. Non, Scelle n'a pas été qu'un disciple de Duguit. Il a aussi été l'émule du maître bordelais, n'hésitant pas à prolonger les analyses de Duguit ou à les remettre en cause. Tel est d'ailleurs également le cas de Bonnard, Jèze et Réglade. À des degrés divers, et dans des perspectives et des positions institutionnelles différentes, ces auteurs sont tous à la fois des disciples et des émules de Duguit.

Sur Duguit ensuite. La lecture opérée par Scelle des travaux du maître bordelais donne raison à Hauriou. Ce dernier écrivait en effet en 1910 que « les doctrines de M. Duguit, inutilisables dans la construction technique

<sup>212</sup> « Le droit public et la théorie de l'État », p. 57.

<sup>213</sup> « Règles générales du droit de la paix », p. 502.

<sup>214</sup> Voir ainsi *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. 48 et s.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 254 et s. Jèze, sans ignorer l'état du droit positif, pose « comme principe fondamental la règle de l'autorité absolue de la chose jugée » (p. 259).

<sup>216</sup> Cours de *Principes de droit public*, 1944-1945, précité, p. 270.

du droit, conservent une grande valeur dans la philosophie du droit »<sup>217</sup>. Si une telle appréciation est peut-être un peu trop tranchée, elle nous paraît largement fondée. Autant une part importante de la technique duguiste ne résiste pas à une critique logique d'inspiration normativiste et mérite d'être abandonnée, ou plus exactement dépassée, autant son analyse des fondements du droit peut encore être développée aujourd'hui. Certes, il est sans doute possible de lui faire mille reproches mais tel est le cas de toutes les doctrines se risquant à proposer une analyse des fondements du droit. Il est en effet peu probable que l'on puisse un jour rigoureusement démontrer que telle ou telle construction est sur cette question la « bonne », si tant est que cette dernière existe d'ailleurs... Le grand enseignement que Scelle nous offre à propos de Duguit est donc selon nous le suivant : sa technique est fragile mais son analyse des fondements du droit est beaucoup plus solide. Sur Scelle enfin. Cet auteur démontre que l'on peut être tout à la fois kelsenien<sup>218</sup> et duguiste. La technique juridique scellienne est très largement, quoique non exclusivement, kelsenienne alors que son analyse des fondements du droit est d'inspiration très nettement duguiste. L'emploi des formules très largement quoique non exclusivement et très nettement n'est pas de pur style. Il vise à rappeler que Scelle n'est pas duguiste ou kelsenien sur toutes les questions, que sa doctrine comporte une part certaine d'originalité.

« Je sais bien que l'on ne paraît profond que si l'on est obscur »<sup>219</sup>. Cette affirmation de Léon Duguit trouve un double démenti dans son œuvre et dans celle de Georges Scelle. Duguit et Scelle ont en effet veillé avec grand soin à ce que leurs écrits soient clairs. Ces derniers n'en sont pas moins d'une profondeur et d'une richesse telles qu'ils n'ont peut-être pas encore livré tous leurs secrets.

Fabrice MELLERAY

*Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

<sup>217</sup> Maurice HAURIQU, *Principes de droit public*, Larose, 1910, p. 69.

<sup>218</sup> La seule étude de Scelle entièrement consacrée à Kelsen est une brève et assez décevante note de lecture sous la première édition de la *Théorie pure du droit* en langue française, *JDI*, 1956, p. 1062-1067.

<sup>219</sup> Léon DUGUIT, *Traité*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., p. XVI.