

Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918

*À la mémoire des étudiants de la Faculté morts
pour la France. MCMXIV-MCMXVIII.*

Le 26 février 1919, Raymond Thamin, recteur de l'université de Bordeaux, répond à une lettre adressée par son homologue de l'université d'Upsal en Suède. Ce dernier vient de relayer la protestation de l'Université de Leipzig contre l'éviction des personnels allemands de l'Université de Strasbourg à la fin de 1918. Il souhaite la reprise « aussitôt que possible » de la coopération des savants des pays belligérants, ceci « au profit de la science et pour le bien de l'humanité ». Le refus du moraliste français, auteur d'un ouvrage intitulé *l'Université et la guerre*¹, est catégorique :

« Quant au désir que vous exprimez en votre propre nom, relatif à une reprise des relations universitaires, nous prions toutes les universités des pays neutres [...] d'envoyer des délégués visiter le nord de la France ou simplement en parcourir en chemin de fer certaines parties, et vous nous direz, au retour de ce voyage, au bout de combien de temps vous reprendriez des relations avec des gens qui auraient fait la même chose chez vous. Pour nous, la génération qui a commis ces abominations [...] s'est retranchée elle-même de l'humanité. Nous causerons, si elle le désire, avec la génération suivante ».

Le fait que cette « variété » soit publiée dans la *Revue du droit public*² montre l'adhésion des publicistes français à l'idée selon laquelle les scientifiques allemands se sont discrédités moralement durant le conflit. Un regard jeté sur leurs attaques dirigées contre la science constitutionnelle allemande le confirme.

¹ R. Thamin, *L'université et la guerre*, Paris, Hachette, 1916.

² *RDP* 1919.131.

En effet, la Première guerre mondiale constitue un moment singulier de la pensée des publicistes français – et, plus précisément, des constitutionnalistes. Inévitablement, le contexte de « guerre totale » les a conduits à lutter contre les propositions de leurs homologues d’outre-Rhin. La recherche de ce que ce moment a d’original impose une présentation préalable de la situation d’avant-guerre.

La doctrine constitutionnaliste moderne naît en pleine « crise allemande du droit public français »³, laquelle constitue l’une des facettes de la « crise allemande de la pensée française »⁴. La défaite de 1870-1871 a généré un examen de conscience en France au miroir de l’Allemagne. Celle-ci fait à la fois office de repoussoir et, dans une certaine mesure, de modèle d’inspiration. Ainsi, la formation des élites françaises est repensée pour pallier ses insuffisances supposées. Un premier résultat en est la création, en 1872, de l’École libre des sciences politiques sous l’impulsion d’Émile Boutmy. En outre, alors qu’en 1879 les institutions politiques tombent dans le camp républicain, l’État organise l’enseignement de la science de lui-même. La première chaire de droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris est créée l’année même. Cette matière est professée de manière obligatoire dans un cours de doctorat en 1882 puis, de façon moins confidentielle, dès la première année de licence en droit à partir de 1889. La République place ses légistes au sein de la Faculté de droit de Paris. Ferdinand Larnaude et Adhémar Esmein dispensent respectivement les cours de droit public général et de droit constitutionnel. Ils récitent un « catéchisme républicain » aux nouvelles générations d’élites. Diffusant les principes juridiques issus de la Révolution française et des lois constitutionnelles de 1875, ils œuvrent à la consolidation d’un régime en ralliant à lui l’esprit et le cœur d’étudiants réputés conservateurs⁵.

La discipline du droit constitutionnel, alors en voie de formalisation, fait l’objet de débats. L’un d’entre eux oppose juristes et politistes sur le point de savoir à qui doit incomber l’étude des constitutions⁶. D’autres mettent aux prises les juristes entre eux sur la méthode de la science constitutionnelle⁷. Maurice Deslandres⁸ et Raymond Saleilles⁹, défenseurs d’une science constitutionnelle prescriptive, c’est-à-dire moteur d’une évolution et d’une adaptation

³ O. Jouanjan « Duguit et les Allemands », in F. Melleray (dir.), *Autour de Duguit – Colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit. Bordeaux, 29-30 mai 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 201.

⁴ C. Digeon, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, PUF, 1959.

⁵ G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l’État en France (1870-1914)*, Paris, Presses Science Po., 2011.

⁶ V. É. Boutmy, *Étude de droit constitutionnel. France – Angleterre – Etats-Unis*, Paris, A. Colin, 1885 ; A. Lebon, « Un historien du droit constitutionnel, M. Boutmy », *Revue internationale de l’enseignement*, 1888. 337.

⁷ V. G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIX^e siècle », *RHSH* 2001.4.69.

⁸ M. Deslandres, « La crise de la science politique », *RDJ* 1900.5, 13, 247, 435 ; 1901.394 ; v. S. Pinon, *Maurice Deslandres et le droit constitutionnel. Un itinéraire*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2012.

⁹ R. Saleilles, *Le droit constitutionnel de la III^e République*, (1895), Avant-propos G. Sacriste et N. Foulquier, Paris, Dalloz, « La bibliothèque », 2010.

des institutions politiques, discutent la démarche historique mêlée de dogmatique¹⁰ qu'Esmein applique dans ses incontournables *Éléments de droit constitutionnel*¹¹. Pour leur part, Léon Duguit et Maurice Hauriou défendent deux approches sociologiques, fondées sur la solidarité sociale pour la première¹², et sur l'institutionnalisme pour la seconde¹³. Au débat sur la méthode se superpose celui sur la politisation du droit constitutionnel. Les légistes parisiens sont largement favorables à la III^e République qui les a mis en poste. À l'inverse, les professeurs provinciaux s'en font les contestataires. Ils prônent un changement pour rétablir un certain ordre – moral, voire spirituel¹⁴ – troublé par le jeu politique que permettent les institutions républicaines.

À la veille de la guerre, les constitutionnalistes sont donc loin de former une cohorte disciplinée. Toutefois, l'Allemagne, son droit et sa science de l'État sont un carrefour où leurs points de vue se rencontrent. Les publicistes français observent, avec le regard douloureux du vaincu tourné vers le vainqueur, le droit et la science du droit d'outre-Rhin¹⁵. Ils n'en partagent pas moins une opposition de principe au modèle allemand.

Le tournant du XX^e siècle est d'abord marqué par la publication des versions françaises de grands textes allemands. Les professeurs parisiens en sont les préfaciers. Il en va ainsi du maître ouvrage de Paul Laband : *Le droit public de l'empire allemand*¹⁶. Sa présentation par Larnaude est ambiguë. Les éléments les moins politisés du droit public allemand, c'est-à-dire ceux qui constituent le droit administratif, peuvent certes fournir des enseignements au droit français¹⁷. Il n'en demeure pas moins que le préfacier n'entend pas

¹⁰ Sur ce point, v. S. Pinon et P.-H. Prélot (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein. Actes du colloque organisé le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, Paris, Montchrétien, « Grands colloques », 2009 ; S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel : le cas Adhémar Esmein », *RDP* 2007.193 ; J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », in N. Hakim et F. Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2009, pp. 263 et s. ; D. Chagnollaude, « Avant-propos », in A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, (1914), Paris, Éd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2001.

¹¹ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 1^e éd., Paris, Larose, 1896

¹² V. not. L. Duguit, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'Enseignement*, 1889.18.484 ; L. Le Fur, « Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit », *APD* 1932.173 ; S. Pinon, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *RDP* 2010.523 ; « Le positivisme sociologique dans l'œuvre de Léon Duguit », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2011.67.69 ; F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », in N. Hakim et F. Melleray, *op. cit.*, pp. 215 et s.

¹³ V. not. M. Hauriou, *Écrits sociologiques*, (1893-1899), préf. F. Audren et M. Milet, Paris, Dalloz, « La bibliothèque », 2008 ; J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, préf. J.-A. Mazères, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2013, pp. 127 et s.

¹⁴ V. not. pour ce qui en est de Maurice Hauriou *Principes de droit public*, (1910), 1^{ère} éd., préf. O. Beaud, Paris, Dalloz, « La bibliothèque », 2010 ; se reporter aussi à J. Schmitz, *op. cit.*, pp. 219 et s. ; N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste. 1856-1929 », in N. Hakim et F. Melleray, *op. cit.*, pp. 281 et s.

¹⁵ O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997 ; A. Storra-Lamarre, « La guerre au nom du droit », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2005, < <http://rh19.revues.org/1017#tocto2n1> >.

¹⁶ P. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, préf. F. Larnaude, Paris, Giard et Brière, 6 tomes, 1900-1904.

¹⁷ *Ibid.*, pp. XVII-XIX. Le droit de la fonction publique allemande est notamment vanté pour son détachement à l'égard du pouvoir parlementaire. La source d'inspiration à partir d'éléments non-politiques du droit public n'est

« emprunter quoi que ce soit à l'Allemagne au point de vue politique ». En effet, la France et le *Reich*, « sont deux pôles opposés »¹⁸ puisque « les Allemands ont un gouvernement constitutionnel sans doute, mais aux antipodes du parlementarisme [français] »¹⁹. C'est d'ailleurs dans cette perspective que doit être pensée la publication française du traité d'Otto Mayer sur *Le droit administratif allemand*²⁰. La préface d'un autre parisien, Henry Berthélemy, est particulièrement révélatrice d'une certaine méfiance à l'égard de la conception allemande de l'État. La France n'est plus un État de police mais « un régime de droit », au contraire d'une Allemagne où « l'action administrative *en dehors de la sphère d'exécution de la loi* [est] la survivance partielle du régime de la police »²¹. De plus, la notion de personnalité de l'État, plus largement admise en Allemagne qu'en France, amène à considérer de façon « dangereuse » que l'exercice de la souveraineté est un droit subjectif de l'État. Cela a pour conséquence de diminuer les droits individuels²².

Dénoncé dans ces préfaces, l'anti-libéralisme politique justifie la radicale exclusion de la science constitutionnelle allemande des *Éléments* d'Adhémar Esmein. Celui-ci s'en explique dans leur deuxième édition :

« comme l'indique le titre général que j'ai donné à ma première partie (La liberté moderne), j'ai voulu étudier les constitutions, et celles-là seulement, qui "ont la liberté politique pour objet direct", selon le mot de Montesquieu. [...] La Constitution de l'Empire d'Allemagne et celles de la plupart des États particuliers qui le composent appartiennent à cette seconde classe [celle de grandes monarchies qui n'ont point la liberté politique pour objet direct de leurs constitutions]. Par suite, et tout naturellement, c'est en vue des constitutions de ce type que les écrivains allemands ont construit leurs théories constitutionnelles. Voilà pourquoi, moi, qui doit tant par ailleurs à la science allemande, je ne l'ai point mise ici à contribution »²³.

Esmein reconnaît sa dette de civiliste-romaniste envers la doctrine juridique allemande. En revanche, il refuse d'ouvrir la discussion avec une science constitutionnelle d'outre-Rhin négatrice des libertés politiques.

Les auteurs provinciaux manifestent aussi une certaine méfiance à l'égard de la pensée allemande. Le grenoblois Léon Michoud prend parti pour la personnalité de l'État en discutant les propositions allemandes. Davantage qu'une mise en cause politique des théories

pas une nouveauté. D'aucuns ont pu inviter à s'inspirer de quelques points spécifiques du droit public allemand, notamment en matière d'organisation de sa justice pour réformer la justice en France (v. E. Duthoit, *Le droit constitutionnel de l'Empire allemand*, Paris, Rousseau, 1897).

¹⁸ F. Larnaude, « Préface », *op. cit.*, p. XVII.

¹⁹ *Ibid.*, p. VIII.

²⁰ O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, préf. H. Berthélemy, Paris, Giard et Brière, 4 tomes, 1903-1906.

²¹ H. Berthélemy, « Préface », *ibid.*, p. VI – souligné dans le texte.

²² *Ibid.*, pp. VIII-XII.

²³ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2^{ème} éd., Paris, Larose, 1899, pp. VIII-IX.

allemandes, il se livre à un débat doctrinal en offrant une synthèse entre les théories de la fiction et de la réalité de la personnalité²⁴. D'autres auteurs sont plus critiques. Joseph Barthélémy²⁵ livre une longue analyse sur « les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine »²⁶. Sous couvert d'une description positiviste, il évoque le rejet du principe du parlementarisme. Il souligne qu'ont été arrachés « les germes de liberté politique » dans une Allemagne qui « a rompu avec ses traditions pour se rallier aux théories qui exaltent la puissance royale au détriment de la représentation populaire »²⁷. Maurice Deslandres, pour sa part, s'en prend à la méthode juridique allemande, notamment celle de Laband. Elle ne servirait qu'à couvrir de scientificité la justification d'un régime impérial davantage tourné vers l'ordre que la liberté²⁸.

Léon Duguit critique vertement la science allemande du droit constitutionnel et de l'État. Dans son ouvrage sur *L'État, le droit objectif et la loi positive*²⁹, il amorce une controverse avec les auteurs d'outre-Rhin³⁰. Il démonte la notion de droit subjectif et chasse les « fantômes métaphysiques » de la personnalité de l'État. De la sorte, il résout le problème majeur de la limitation de l'État par le droit. Selon le professeur bordelais, les théories de Ihering et de l'autrichien Jellinek sur l'auto-limitation offrent

« une explication bien fragile contre l'arbitraire de l'État. Une limitation voulue n'est pas une limitation pour celui qui la veut, et, si l'on admet cette seule limitation, il vaut autant dire que le pouvoir de l'État est sans limite »³¹.

Maurice Hauriou et Achille Mestre reconnaissent, dans leur compte rendu de l'ouvrage, que c'est Duguit qui les a familiarisés avec la pensée d'auteurs allemands

²⁴ L. Michoud, « La notion de personnalité morale », *RDP* 1899.6 ; *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 tomes, Paris, LGDJ, 1906 ; F. Linditch, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *op. cit.*, pp. 207-212 ; B. Plessix, « Léon Michoud », in N. Hakim et F. Melleray, *op. cit.*, pp. 322-330.

²⁵ Sur la vie et l'œuvre de J. Barthélémy, v. F. Saulnier, *Joseph Barthélémy, 1874-1945 : la crise du constitutionnalisme libéral sous la IIIe République*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », T.110, 2004.

²⁶ J. Barthélémy, « Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine, sur les rapports du roi et des chambres dans les monarchies particulières de l'Empire », *RDP* 1905.717. Pour une présentation contemporaine du régime politique en Allemagne d'alors, v. J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, « Léviathan », 2002 ; v. aussi l'introduction de la thèse du professeur Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, préf. P. Avril, Paris, LGDJ, « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », T.119, 2004 ; P. Lauvaux, « Le principe monarchique en Allemagne », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *op. cit.*, pp. 65 et s.

²⁷ J. Barthélémy, *ibid.*, pp. 718-719.

²⁸ M. Deslandres, « La crise de la science politique... », *préc.*, *RDP* 1900.435.

²⁹ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, (1901), préf. F. Moderne, Paris, Dalloz, « La bibliothèque », 2003.

³⁰ Sur ce point, O. Jouanjan, « Duguit et les Allemands », *op. cit.*

³¹ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 122.

méconnus en France. Comme lui, ils jugent « dangereuse » et « peu rassurante » la théorie de l'auto-limitation³².

Enfin, et pour s'en tenir aux principaux auteurs, Raymond Carré de Malberg sort de son mutisme doctrinal³³ alors que le déclenchement des hostilités est imminent. Sous couvert d'une étude positiviste, il démontre comment son Alsace-Lorraine natale n'est pas un *land* du *Reich*, mais son sujet sans droits³⁴. Ne disposant pas d'une puissance législative propre et, surtout, ses habitants n'éprouvant pas le sentiment d'appartenance à l'Empire, les anciens départements français seraient des territoires illégitimement dominés par ce dernier.

Ainsi, à la veille de l'été 1914, la pensée des publicistes français constitue une poudrière doctrinale qui n'attend que l'étincelle de l'histoire pour faire explosion. De fait, l'offensive allemande embrase l'Europe et, avec elle, les écrits des professeurs de droit. Pour en prendre la mesure, il faut cerner les modalités de la radicalisation de leur opposition à la science constitutionnelle allemande.

Les publicistes français ne se contentent pas de continuer à opposer leurs modèles doctrinaux aux constructions d'outre-Rhin. Ils montent au « front intellectuel » qui s'est ouvert dès 1914 et y conduisent une charge vigoureuse contre leurs homologues allemands. Plus précisément, ils accusent ces derniers d'avoir participé au déclenchement de la guerre. Ceci explique certainement la « césure »³⁵ du dialogue entre les juristes français et allemands qui a suivi la fin du premier conflit mondial (I). L'intensification de l'opposition à la science allemande de l'État est aussi remarquable en ce qu'elle pousse les auteurs français à approfondir l'étude des propositions allemandes. Certains d'entre eux remontent aux sources philosophiques des doctrines de l'État. Léon Duguit est le fer de lance d'une attaque dirigée vers les grands penseurs allemands. Alors que d'autres se focalisent sur l'importante question de la réparation des dommages de guerre et de la responsabilité de l'État qu'elle implique³⁶, il s'attaque à Kant³⁷ et Hegel³⁸. Cette attaque, singulière par sa nature et sa profondeur critique,

³² M. Hauriou et A. Mestre, « Analyse et compte rendu », *RDP* 1902.346. Il est d'ailleurs possible de se demander s'ils n'ont pas découvert la pensée des auteurs allemands en lisant le professeur bordelais. Cela ne les empêche pas de critiquer l'objectivisme de Duguit. Ce dernier ignorerait le jeu complexe des équilibres sociaux qui a pour résultat le jaillissement de la personnalité morale de l'État.

³³ O. Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *op. cit.*, pp. 219 et s., part. pp. 221-231.

³⁴ R. Carré de Malberg, « La condition juridique de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand », *RDP* 1914.6.

³⁵ O. Beaud et P. Wachsmann, « Préface », *op. cit.*, p. 6.

³⁶ V. not., G. Jèze, « La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre » *RDP* 1915.5 ; L. Michoud, « La jurisprudence administrative sur les dommages résultant des travaux publics et son application aux dommages de guerre » *RDP* 1916.181 ; R. Carré de Malberg, *Du fondement du droit à la réparation intégrale des victimes des dommages de guerre*, Paris, 1915 ; H. Berthélemy, L. Rolland, A. Weiss, F. Larnaude et J. Hermant, *La réparation des dommages de guerre : conférences faites à l'École des hautes études sociales (novembre 1915 à janvier 1916)*, Paris, Alcan, 1917.

³⁷ L. Duguit, « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel – Doctrine politique et juridique de Kant », *RDP* 1918.193.

³⁸ L. Duguit, « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel – Doctrine juridique de Hegel » *RDP* 1918.325.

mérite qu'une attention particulière lui soit prêtée. Elle peut être considérée comme un révélateur des difficultés éprouvées par la doctrine française à appréhender la pensée constitutionnelle allemande (II).

I. La mobilisation des constitutionnalistes français sur le « front intellectuel »

La guerre de 1914 superpose d'emblée au conflit des armes celui des idées. De part et d'autre du Rhin, les intellectuels prennent position pour défendre leur patrie. L'heure est donc à la mobilisation des intellectuels sur un front de « l'arrière » (A). Les éducateurs de tous rangs montent en première ligne car, depuis la guerre de 1870, ce sont eux qui véhiculent l'idéologie française entrée en conflit larvé avec la pensée allemande. Parmi eux, les professeurs de droit public – en particulier les constitutionnalistes – s'en prennent violemment à leurs homologues allemands en les accusant d'avoir formé l'esprit belliqueux de « l'envahisseur teuton » et de justifier la guerre (B).

A. L'ouverture du « front intellectuel »

1. Du « chiffon de papier » au « Manifeste des 93 »

Le premier évènement militaire important du conflit est la violation, au début du mois d'août 1914, de la neutralité belge par les troupes du *Kaiser*. En application du plan Schlieffen, elles cherchent à contourner par le nord les armées françaises. Du point de vue juridique, cet évènement est une violation des traités du 15 novembre 1831 et du 19 avril 1839, reconnaissant l'indépendance de la Belgique sous la garantie des puissances européennes – dont la Prusse. Or, le chancelier Bethmann-Hollweg aurait qualifié ces conventions de *scrap of paper* devant l'ambassadeur d'Angleterre³⁹.

L'affaire du « chiffon de papier » a un retentissement important dans les pays entrés en guerre. Une affiche de recrutement au Royaume-Uni, où est reproduit le traité de 1839 et où est visible la signature de Bülow engageant la Prusse, est intitulée « the "*scrap of paper*" ». Un commentaire sans équivoque est inscrit:

³⁹ *Livre blanc anglais*, n°160. Le chancelier allemand tentera de se défendre en expliquant qu'il cherchait à préserver la paix en voulant éviter qu'un simple « chiffon de papier » cause l'entrée en guerre de l'Angleterre (v. « Déclaration du chancelier allemand M. von Bethmann-Hollweg au représentant américain de l'*Associated press*, pour expliquer son expression "un chiffon de papier" appliqué au traité garantissant la neutralité de la Belgique, en date du 25 janvier 1915 », *RGDIP* 1915.110).

« the German have broken their pledged word and devastated Belgium. Help to keep your country's honour bright by restoring Belgium her liberty ».

En France, lorsqu'entre en débat une loi sur la modification des baux et des loyers, l'article 1134 du code civil est érigé en frontière infranchissable. Pour le législateur français, il

« proclame que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles doivent être exécutées de bonne foi. Tel est le principe auquel nul ne doit toucher. Il protège et consacre la liberté des individus dans les rapports sociaux des uns envers les autres ; il était inscrit dans le Code des lois de l'honneur avant de faire son entrée dans le Code civil et ce n'est pas en France qu'il se trouvera une assemblée pour faire sienne la honteuse théorie du "chiffon de papier" »⁴⁰.

La violation d'un traité n'explique pas à elle seule le fait que l'Allemagne fasse office de repoussoir pour les démocraties. La presse relaie abondamment l'affaire du « chiffon de papier » et, surtout, ses effets dramatiques sur les populations belges, massacrées ou mutilées⁴¹. Le lien est durablement noué entre un *Reich* peu respectueux du droit et les atrocités de la guerre. Même si elle sera publiée plus tard, dans le Figaro du 26 avril 1916, une estampe de Jean-Louis Forrain – peintre, illustrateur et graveur engagé volontaire à l'âge de 62 ans – rend parfaitement compte de l'état d'esprit qui règnera en France durant le conflit. Elle montre un soldat allemand venant d'égorger sa victime et devant lequel se dresse le président Wilson d'une Amérique hésitant encore à entrer en guerre. Le bref dialogue qui l'accompagne est on ne peut plus explicite : « — Qu'est-ce qu'il dit votre chiffon de papier, herr Wilson ? — Il dit : "Assassins !" »⁴².

Les intellectuels allemands ont vent du discrédit moral dont souffre leur patrie. Quatre-vingt-treize d'entre eux signent, le 4 octobre 1914, l'*Appel des intellectuels allemands aux nations civilisées*⁴³. Ce manifeste est publié le 13 octobre dans les colonnes du *Temps*. Réagissant à ce qu'ils estiment être des propos diffamatoires sur le comportement de leurs troupes en territoire belge, les signataires justifient le déclenchement de la guerre. C'est en tant que « représentants de la science et de l'art allemand » qu'ils s'adressent au monde civilisé et, en particulier, aux pays neutres. La guerre n'a pas été voulue par l'Allemagne. Elle l'a été par l'Angleterre et la France qui ont violé la neutralité de la Belgique en s'assurant de la connivence de cette dernière. L'Allemagne a cherché à défendre son territoire et, au-delà, la civilisation européenne en devançant l'offensive de « ceux qui s'allient aux Russes et aux

⁴⁰ Rapport de M. Ignace cité in L. Rolland, « La question des loyers et l'intervention du législateur », *RDP* 1915.745.

⁴¹ V. J. Horne et A. Kramer, *German atrocities, 1914 : a history of denial*, Yale University press publications, 2001.

⁴² < <http://bibliotheque-numerique.inha.fr/collection/12499-la-verite/> >

⁴³ V. sa traduction in *Revue scientifique*, 1914.170.

Serbes, et qui ne craignent pas d'exciter des mongols et des nègres contre la race blanche ». Le militarisme n'est là que pour défendre la culture allemande qui a reçu l'héritage de Goethe, Beethoven et Kant. Ce *Manifeste des 93* représente l'effort le plus célèbre des intellectuels allemands de défendre du *Reich* en guerre. Cette initiative n'a pas été impulsée par les institutions impériales. Il s'agit plutôt de l'élan d'un ensemble d'individualités qui, tout au long du conflit, de manière peu ou prou coordonnée avec la chancellerie, poursuivront leurs efforts visant à démontrer que l'Allemagne est dans son bon droit⁴⁴.

À l'inverse, la riposte française emprunte les canaux officiels. L'Institut de France, et non les intellectuels qui le composent, répond aux savants d'outre-Rhin. Traduisant l'indignation suscitée par le *Manifeste*, il annonce la radiation, validée par le gouvernement, de ses correspondants austro-allemands dans son annuaire de 1915⁴⁵. De plus, son secrétaire perpétuel sollicite le Ministère des affaires étrangères pour faire parvenir aux intellectuels concernées « une sorte d'acte d'accusation et à leur donner ainsi une occasion de s'excuser valablement de se juger eux-mêmes »⁴⁶. La tonalité accusatrice se retrouve dans le *Manifeste des universités françaises* dont l'Université de Paris a pris l'initiative. Paru le 8 novembre 1914 dans le journal *Le Temps*⁴⁷, il désigne l'Allemagne coupable du déclenchement de la guerre et d'actes barbares. Il estime que la pensée allemande a rompu la tradition de Leibniz, Kant et Goethe en « se [déclarant] solidaire, tributaire et sujette du militarisme prussien ». Par ailleurs, est créé en 1915 un « service de la propagande » rattaché au ministère des affaires étrangères qui deviendra la « maison de la presse » en 1916. Chargé notamment de l'information des pays neutres, ce service a pour but de déjouer les déclarations diffamatoires des intellectuels allemands. Enfin, sur l'invitation du président Poincaré et du ministre de l'Instruction publique Albert Sarraut, les intellectuels – et, en particulier, les universitaires français – sont invités à poursuivre la lutte intellectuelle. Il leur revient d'exalter la « France éternelle », rempart contre la *Kultur* allemande⁴⁸.

Ainsi, dès le début des hostilités militaires, « la lutte engagée par la France contre l'Allemagne est la lutte même de la civilisation contre la barbarie »⁴⁹. Un nouveau front est donc ouvert. Il plonge le pays dans une guerre totale où le fracas des armes fait rage « à l'avant » cependant que les plumes des penseurs français et allemands s'entrecroisent « à l'arrière ». Les caractéristiques de ce « front intellectuel » doivent être précisées, notamment parce qu'elles font apparaître des fissures contraires à l'idée d'« union sacrée ».

⁴⁴ M. Hanna, *The mobilization of Intellect. French Scholars and Writers during the Great War*, Cambridge, Harvard University Press, 1996 ; M.-E. Chagnon, *Le manifeste des 93 : la nature de la mobilisation intellectuelle au déclenchement de la grande guerre (1914-1915)*, Mémoire Université du Québec, 2007.

⁴⁵ V. « L'Institut de France et la guerre », *Revue internationale de l'enseignement*, 1915.69.8.

⁴⁶ Cité in M.-E. Chagnon, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁷ Seule l'Université de Lille, occupée par les troupes allemandes, n'a pas pu signer ce manifeste.

⁴⁸ V. M. Hanna, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁴⁹ H. Bergson, *Mélanges*, Paris, PUF, 1972, p. 1102.

2. *Le front intellectuel*

Depuis les lendemains de la guerre de 1870-1871, l'enseignement est au cœur des préoccupations patriotiques. En France, il est l'instrument permettant au pays de se remettre du traumatisme de la défaite. Il a pour but de réveiller la fierté nationale, de cultiver un esprit de revanche et d'asseoir dans les esprits le nouveau régime républicain. En Allemagne, il a pour fonction de réaliser l'unité du nouvel empire. Il tend à présenter le *Reich* comme l'aboutissement d'un passé glorieux⁵⁰. Les enseignants d'un camp véhiculent donc une idéologie en conflit avec celle que transmettent les éducateurs de l'autre camp. L'ouvrage précité de Raymond Thamin est à ce titre exemplaire⁵¹. Le recteur y loue le rôle de l'Université française qui a participé à l'union sacrée de « l'arrière » et de « l'avant », parvenant à diffuser le culte de la liberté, théorisé par l'élite intellectuelle française, aux âmes de tous les français, enfants ou combattants sur le front.

L'union nationale à laquelle travaillent les éducateurs n'empêche pas l'apparition de certaines failles dans le front intellectuel. La première d'entre elles résulte d'une divergence des points de vue des scientifiques et des humanistes⁵². Les premiers ne cherchent pas à rompre absolument le dialogue avec leurs homologues allemands. Ainsi, dans un premier temps, l'Académie des Sciences est réticente à radier ses correspondants étrangers, certainement en raison de la croyance dans l'universalité de la science et de ses bienfaits pour l'humanité. De surcroît, son président, l'alsacien Paul Appell, préfère les initiatives individuelles ou collectives à une réponse institutionnelle dirigée contre les intellectuels allemands puisqu'ils n'avaient pas emprunté les canaux institutionnels. Une telle divergence avec les humanistes, porte-étendards des idées de la « France éternelle », est toutefois rapidement gommée par l'encadrement institutionnel du front intellectuel et, notamment, la politique des radiations.

Une importante deuxième fissure doit être relevée. Elle résulte du débat sur l'existence des « deux Allemagnes ». Son enjeu est de déterminer si le *Reich* marque une rupture au regard des grands noms évoqués dans le *Manifeste des 93*. Soit l'Allemagne contemporaine s'est détournée de leur héritage. Il existerait « deux Allemagnes » et ils devraient alors être épargnés. Soit l'Allemagne contemporaine s'inscrit dans la continuité de ce qu'elle a toujours été : une force brutale et agressive en gestation et entrée en action depuis l'agression de la Belgique.

⁵⁰ V. P. Alexandre, « Le patriotisme à l'école en France et en Allemagne, 1871–1914. Essai d'étude comparatiste », in Stefan Fisch, Florence Gauzy, Chantal Metzger (dir.), *Lernen und Lehren in Frankreich und Deutschland. Apprendre et enseigner en Allemagne et en France*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007, p. 80.

⁵¹ R. Thamin, *L'université et la guerre*, Paris, Hachette, 1916. Dans un autre ouvrage paru après-guerre, il recueillera d'ailleurs différents textes, lettres, sujets de dissertations manifestant l'implication des enseignants de l'Académie de Bordeaux durant la guerre (R. Thamin, *Pédagogie de guerre - Pages recueillies*, Hachette, 1920).

⁵² Martha Hanna, *op. cit.*, pp. 80 et s.

Beethoven, parce qu'il « est très grand sans nul doute mais non pas dans le domaine de la pensée », et aussi parce qu'il a... des origines belges, est relativement épargné⁵³. À l'inverse, Goethe et Kant sont au centre d'une controverse. Ainsi, d'aucuns estiment que l'Allemagne de l'auteur de Faust n'a rien à voir avec celle du *Kaiser*. Son génie serait apparu à l'ombre française qui pouvait jadis recouvrir l'Allemagne alors que, sous le règne de la *Kultur*, ne peut naître qu'un Germain « homme de guerre et de science, un barbare armé par l'industrie du savant »⁵⁴. Néanmoins, d'autres estiment que Goethe s'est dégagé de l'école française et « il tomba dans l'extravagance » du *Sturm und drang* dont a résulté, pour l'Allemagne, « toutes ses crises de hardiesse indépendante »⁵⁵. C'est pourquoi ils le condamnent en tant que théoricien du germanisme de 1914 : « le poème de *Faust* nous est interdit » puisque des sophismes y justifient un assassinat et en font une œuvre « barbare »⁵⁶.

Kant fait l'objet de disputes encore plus vives. Attachés au philosophe de l'*Aufklärung*, au défenseur de la libre pensée du sujet et au spectateur avisé de la Révolution française, des philosophes français défendent la thèse des « deux Allemagnes », celle des grands penseurs dont Kant fait partie, et l'autre, brutale et guerrière, de Guillaume II. À travers Kant, ils manifestent leur attachement à l'idéal de 1789 : celui de l'individu pensant librement⁵⁷. Ils s'opposent à ceux qui affilient Kant à un courant de pensée en rupture avec le classicisme antique où le parfait était considéré avec bonheur comme une fin suprême et immobile. À l'inverse, Kant promouvrait un éternel devenir, « ne créant une forme quelconque que pour la détruire et créer autre chose »⁵⁸. Le front intellectuel est donc l'occasion d'une opposition entre des penseurs français et, plus précisément, d'une divergence entre leurs doctrines d'interprétation de la philosophie kantienne.

Une troisième faille, proche de la précédente, trahit les oppositions mal dissimulées par l'union sacrée⁵⁹. Elle déborde le seul cadre de la dispute d'écoles philosophiques pour gagner le débat politique. La frange la plus conservatrice des intellectuels français s'en prend violemment au kantisme. Sous couvert de défendre la culture nationale et d'attaquer un nom invoqué dans le *Manifeste*, Charles Maurras et l'Action française tentent de discréditer la Révolution française et son dogme individualiste, ainsi que la III^e République. Ils prônent un

⁵³ F. Charmes, « Chronique de la quinzaine », *Revue des deux mondes*, 1914.24.157. C'est passer sous silence la sympathie du compositeur pour la Révolution française, manifeste dans sa dédicace de la *Sinfonia eroica, composta per festeggiare il sovvenire d'un grand'uomo* – Bonaparte trahi par Napoléon –, et aussi par l'adhésion intellectuelle que constitue la composition de son unique opéra – *Fidelio* – sur le mode de « l'opéra à sauvetage », genre en adéquation avec les idéaux révolutionnaires qui s'articule sur l'histoire d'un personnage persécuté par l'aristocratie, le pouvoir paternel ou clérical, et sauvé *in extremis* pour retrouver sa liberté.

⁵⁴ V. Berard, « L'Éternelle Allemagne, d'après le livre du prince de Bülow », *Revue des deux mondes*, 1915.25.608.

⁵⁵ A. Beaunier, « L'influence Française en Allemagne », *Revue des deux mondes*, 1915.25.708.

⁵⁶ L. Bertrand, « Goethe et le germanisme », *Revue des deux mondes*, 1915.26.752.

⁵⁷ V. Basch, « La philosophie et la littérature classiques de l'Allemagne et les doctrines pangermaniques », *Revue de métaphysique et de morale*, 1914.6.711. Cet auteur avance la thèse des « deux Allemagnes » et prend la défense des philosophes allemands.

⁵⁸ É. Boutroux, « L'Allemagne et la guerre », *Revue des deux mondes*, 1917.39.526.

⁵⁹ M. Hanna, *The mobilization of Intellect...*, *op. cit.*, pp. 106 et s. et les réf. citées.

retour aux valeurs du catholicisme⁶⁰. Cette attaque permet de saper à la fois l'héritage culturel de l'Allemagne mais aussi, et surtout, celui d'une France républicaine et révolutionnaire inspirée par les idées de Kant.

En conclusion, la « guerre des civilisations » implique l'intervention des intellectuels et, plus spécifiquement, des éducateurs afin que soient défendues les idées de la « France éternelle » et que soit porté l'acte d'accusation contre le *Reich* et ses penseurs. Cette union sacrée n'empêche pas les divergences de points de vue. Les humanistes, montés en première ligne sur le front des idées font preuve d'une plus grande intransigeance que les scientifiques à l'égard de leurs homologues allemands. Surtout, le contexte d'exaltation intellectuelle est propice aux controverses doctrinales et politiques à l'intérieur même de la classe intellectuelle française. C'est dans ce cadre que doit être appréhendée l'intervention des constitutionnalistes français.

B. La montée des publicistes français au front intellectuel

1. L'accusation dirigée contre les légistes allemands

Dès avant la publication du manifeste allemand, Ferdinand Larnaude⁶¹ mobilise ses collègues dans son discours de rentrée de la faculté de Paris :

« Responsables de cette guerre et des abominations qu'y commet le nouveau "fléau de Dieu", les universités allemandes le sont, car c'est leur enseignement même qui a empoisonné l'esprit public allemand, détraqué les cerveaux allemands [...] Ce droit que nous enseignons ici et qu'on enseigne dans toutes les universités françaises, ne succombera pas ! Il ne sera pas vaincu, il ne peut pas être vaincu, car il a pour soldat la France immortelle ! »⁶².

Ainsi, le doyen parisien légitime le rôle que vont jouer les professeurs de droit dans une société française en guerre. Ils seront les mieux placés pour défendre le bon droit de la France et porter l'acte d'accusation contre ceux qui

⁶⁰ M. Hanna, « Contre Kant et la *Kultur*. La critique culturelle de l'Action française pendant la Première guerre », in O. Dard, M. Leymarie et N. McWilliam, *Le Maurrassisme et la culture. L'Action française, culture, société, politique (III)*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2010, pp. 121 et s.

⁶¹ Sur l'hostilité envers l'Allemagne du doyen parisien, v. V. Laniol, « Ferdinand Larnaude, un "délégué technique" à la conférence de la Paix de 1919 entre expertise et "culture de guerre" », *Relations internationales*, 2012.149.43.

⁶² F. Larnaude, « Discours de rentrée de la faculté de droit de Paris », 30 septembre 1914, cité in M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Th. Paris II, 2000, p. 85. Sur la mobilisation des facultés de droit et, en particulier, celle de Paris, se référer aux pages 82-108 de cette thèse.

« n'ont pas craint de se solidariser avec un commandement militaire et une soldatesque dont les crimes sont flétris, à l'heure actuelle, jusque dans les coins les plus reculés du monde civilisé ! »⁶³.

Il faut se garder de croire que les publicistes français vont former un front uni. Comme cela a été souligné, la guerre et l'émulation intellectuelle qui l'accompagne favorisent les controverses doctrinales. Tel est particulièrement le cas de Maurice Hauriou et d'Henry Berthélemy. Le front intellectuel leur donne l'occasion d'affermir leurs propositions⁶⁴. Dans ses réflexions sur le fondement de l'autorité politique, le professeur parisien attaque les constructions allemandes et, notamment, la notion de personnalité juridique de l'État qu'il a toujours combattue. Il critique aussi certains auteurs français, dont Maurice Hauriou, à cause de leur complaisance à l'égard de cette théorie⁶⁵. Le professeur toulousain réplique à cette attaque qui a, « dans les circonstances présentes, quelque chose de particulièrement déplaisant »⁶⁶. S'il recourt à la personnalité juridique de l'État, c'est uniquement dans « les matières administratives » et non point dans « les matières constitutionnelles ». La préface à la seconde édition de ses *Principes de droit public* va dans le même sens :

« les lecteurs fidèles, qui ont suivi mes travaux depuis une vingtaine d'années, sont habitués à ces remaniements qui proviennent du caractère successif des résultats obtenus dans ce que je pourrais appeler "le laboratoire de recherches", par l'emploi continu de la même méthode d'observation appliquée dans la même direction. *Ai-je besoin d'ajouter que la méthode positive pratiquée sincèrement, à la française, m'a mis à l'abri de l'influence des doctrines spéculatives, de quelque côté qu'elles vinssent* »⁶⁷.

Pareille faille ne doit surtout pas masquer la principale caractéristique du front intellectuel : la mise en cause des « professeurs de jurisprudence » allemands. Celle-ci est d'autant plus inévitable que nombreux sont ceux – dont Paul Laband – qui ont signé le *Manifeste*. L'accusation a deux cibles : les grands juristes du XIXe et du début du XXe siècle, jugés coupables d'avoir formé l'« abominable mentalité allemande », et les professeurs moins connus qui enseignent le droit durant la guerre.

Maurice Hauriou et Léon Duguit s'en prennent au premier groupe. Pour sa part, le professeur de Toulouse estime que la science allemande de l'État a trahi le droit naturel dont l'Allemagne était pourtant la championne⁶⁸. En effet, le droit naturel prend l'individu pour

⁶³ *Ibid.*, p. 85.

⁶⁴ Sur ce point, v. M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens*, *op. cit.*, pp. 110 et s.

⁶⁵ H. Berthélemy, « Le fondement de l'autorité politique » *RDP* 1915.663.

⁶⁶ M. Hauriou, « Le fondement de l'autorité politique » *RDP* 1916.2.

⁶⁷ M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2nd éd., Paris, Sirey, 1916, p. VI – non-souligné dans le texte.

⁶⁸ M. Hauriou, « Le droit naturel et l'Allemagne », (1918), in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986, pp. 13 et s. Sur ce point, v. O. Beaud, « Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988.6.123.

fin ; la société et la force dont elle dispose ne sont que les moyens mis au service de l'individu⁶⁹. Or, « les docteurs d'outre-Rhin » ne reconnaissent que l'existence de « droit nationaux particularistes et changeants ». C'est là une faute de l'École historique de Savigny. Elle s'est détournée de la raison universelle, source du droit naturel, pour cueillir le droit dans la conscience de chaque peuple. Elle a ainsi construit un nationalisme juridique néfaste⁷⁰. Le sabotage du droit naturel doit aussi être imputé à ceux que Hauriou appelle les « jurisconsultes brutaux » – Ihering, Jellinek et Laband. En effet, ces derniers identifient le droit et la force⁷¹. Plus l'État prussien voit sa force grandir, plus il s'affranchit du droit qui devient le moyen d'atteindre ses buts. Le droit se détourne de l'individu au profit du groupe. Hauriou oppose le droit naturel à ce « brigandage juridique ». Au moyen de sa méthode syncrétique si singulière⁷² – curieux alliage de théologie, de philosophie, de paléontologie, de préhistoire et d'histoire ! –, il démontre qu'il existe une espèce humaine à laquelle un droit universel s'applique. Il en conclut que

« pour le moment, contentons-nous d'avoir retrouvé, dans la notion d'espèce humaine, le fondement du droit naturel éternel avec son idéal de liberté et de justice, et de dire aux Allemands : "Vous aviez naufragé la barque d'Osiris, nous l'avons remise à flot" »⁷³.

La barque civilisatrice du dieu égyptien glisse sur la Garonne et parvient à Bordeaux. Léon Duguit est beaucoup plus profane lorsqu'il reprend, dans un article publié dans l'immédiat après-guerre⁷⁴, ce que Maurice Hauriou appelait dès 1910 ses « critiques vengeresses »⁷⁵. Il s'en prend, une fois encore, aux théories de l'auto-limitation. Il voit en elles la légitimation de la guerre. Gerber en aurait déposé le germe en théorisant la personnification de l'État et, avec elle, sa puissance de commander. Ihering en aurait donné une première formulation en voyant dans le droit le résultat d'une lutte où la force de l'État s'est imposée. Si celui-ci accepte de se soumettre au droit, ce ne peut être que par sa propre volonté. Il le ferait par intérêt, afin que les sujets obéissent au droit. Néanmoins, un but – telle la conservation des conditions vitales de la société – peut s'imposer à lui et créer la nécessité de ne pas respecter le droit. Le « chiffon de papier » aurait ainsi été justifié à l'avance⁷⁶. Cette dangereuse théorie est censée avoir été prolongée par Jellinek. Le juriste autrichien verrait dans l'État « le sujet du droit subjectif qu'est la puissance commandante »⁷⁷. Le droit regrouperait les règles émanant de l'État. Celui-ci garantirait la force obligatoire de celui-là.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 15-16. Cette attaque se retrouve aussi, par exemple, chez le jeune Georges Ripert, in « L'idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle », *Revue internationale de l'enseignement*, 1915.167.

⁷¹ M. Hauriou, « Le droit naturel et l'Allemagne », *op. cit.*, p. 16.

⁷² *Ibid.*, pp. 19 et s. ; sur cette méthode, v. J.-A. Mazères, « Réflexion sur une réédition : les "Principes de droit public" de Maurice Hauriou », *Jus Politicum*, 2008, n°6, <<http://www.juspoliticum.com/Reflexions-sur-une-reedition-les.html>>.

⁷³ M. Hauriou, « Le droit naturel et l'Allemagne », *op. cit.*, p. 42.

⁷⁴ L. Duguit, « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDP* 1919.161.

⁷⁵ M. Hauriou, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁶ L. Duguit, « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *op. cit.*, p. 174.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 168.

Si l'État se soumet au droit que lui-même produit, c'est pour être mieux obéi. Pour autant, Duguit souligne que malgré les scrupules de Jellinek, la volonté subjective et commandante de l'État reste intacte. La preuve en est que les intérêts supérieurs de l'État ne peuvent pas se voir opposer le droit international. Jellinek se rapprocherait donc de Ihering. Duguit conclut que tous les deux

« légitiment ainsi tous les actes tyranniques à l'intérieur, tous les brigandages à l'extérieur. Invasion et pillage de la Belgique, incendie de Louvain, massacre des enfants et des femmes, torpillage du Lusitania, tous les crimes abominables qui ont rempli le monde d'horreur étaient d'avance justifiés par les deux plus grands jurisconsultes de l'Allemagne moderne »⁷⁸.

Joseph Barthélémy trace le trait d'union entre ces grands noms de la pensée juridique allemande et certains professeurs de droit, d'histoire et de philosophie qui étudient l'État durant la guerre⁷⁹. Il insiste d'abord sur la connivence entre eux et le pouvoir. Les premiers sont souvent les « conseillers intimes » des gouvernants. Il souligne ensuite que les professeurs en poste n'ont de cesse de légitimer les actes de l'Allemagne pour, au-delà, justifier leur propre enseignement. Barthélémy en déduit que la pensée allemande du droit public « n'est pas une doctrine humaine, ni proprement scientifique ; c'est avant tout une doctrine gouvernementale, et une doctrine allemande : elle se propose de consolider la situation du gouvernement à l'intérieur du pays, la situation de l'Allemagne dans le Monde »⁸⁰. Ceci se manifeste d'abord par la conception autoritariste de l'État sur l'autel duquel serait sacrifiée la liberté individuelle⁸¹. Ensuite, l'interprétation par les légistes allemands de la norme constitutionnelle n'aurait pas d'autre fonction que d'exalter le prince et le gouvernement au détriment du peuple et de ses représentants. Ceci résulterait du fait que le constitutionnalisme n'y résulte pas d'une révolution, comme en France, mais de l'octroi par le prince d'une constitution⁸². Dès lors, Barthélémy réitère le constat qu'il faisait dès 1905⁸³ et selon lequel les juristes allemands seraient farouchement hostiles au parlementarisme. Leur esprit antidémocratique trouverait son ultime expression dans la conception des libertés publiques⁸⁴. Pour Barthélémy, ils théorisent une liberté qui n'existe que si elle est organisée par l'État. L'Allemand n'est libre que s'il est discipliné, c'est-à-dire s'il obéit au droit qui émane toujours de l'État.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 188.

⁷⁹ J. Barthélémy, « La responsabilité des Professeurs allemands de droit public », *Bull. de la Société de législation comparée* 1916.116. Ancien étudiant à l'Université de Berlin et germanophone, il s'en prend notamment à Paul Laband – en fonction à Strasbourg –, mais aussi aux plus obscurs Adolf Lasson – professeur à Berlin – et Gustav Kohn – qui enseigne à l'Université de Göttingen.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 125.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 125-128.

⁸² *Ibid.*, pp. 128-135. Sur cette question, v. J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918)*, *op. cit.*

⁸³ J. Barthélémy, « Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine, sur les rapports du roi et des chambres dans les monarchies particulières de l'Empire », *RDP* 1905.717.

⁸⁴ J. Barthélémy, « La responsabilité des Professeurs allemands de droit public », *op. cit.*, pp. 135-141.

Un même discrédit est donc jeté sur les professeurs qui enseignent outre-Rhin durant la guerre et sur les grands noms de la pensée juridique allemande. Les premiers sont accusés de légitimer l'action belliqueuse des troupes du *Kaiser*, cependant que les seconds seraient coupables de leur avoir préparé le terrain. Pour reprendre les mots de Barthélémy, cette continuité « [secoue] l'hypothèse des deux Allemagnes »⁸⁵ en matière de science de l'État. Il reste à apprécier la portée de cette vigoureuse attaque.

2. *Les conséquences du combat mené par les publicistes*

Couplée au fait que les professeurs de droit font partie de la frange des intellectuels – les humanistes – la plus hostile aux savants allemands, la négation des « deux Allemagnes » par les constitutionnalistes est susceptible d'expliquer la « césure » du dialogue qui s'était naguère noué de part et d'autre du Rhin. Ce ralentissement de la confrontation au droit allemand et à sa science n'est cependant pas une rupture. Il convient donc de préciser la mesure dans laquelle le front intellectuel de 1914-1918 détermine le positionnement durant l'entre-deux guerres de la doctrine française à l'égard, d'une part, du droit allemand et, d'autre part, de sa doctrine.

La fin de la guerre s'accompagne d'un bouleversement géopolitique en Europe. D'un point de vue juridique, ceci se traduit par l'adoption de nouvelles constitutions⁸⁶. Le texte de Weimar, adopté le 11 août 1919, est rapidement traduit en français⁸⁷. Dans un premier temps, la méfiance envers l'ennemi héréditaire ne peut qu'entraîner un jugement sévère. Pour Larnaude, la Constitution de 1919 semble beaucoup trop démocratique pour le peuple allemand. La preuve en serait qu'elle renforce dangereusement la centralisation au bénéfice du *Reich* et, au-delà, la puissance de l'État allemand⁸⁸. Cet argument est repris par Barthélémy qui dénonce le caractère bismarkien du texte⁸⁹. Pour sa part, Duguit écrit : « le Reich républicain est un État national plus un, plus fortement centralisé au point de vue politique que ne l'était le Reich impérial. Je le regrette vivement pour mon pays »⁹⁰. En outre, le socialisme économique du texte ne manque pas d'éveiller sinon la suspicion, au moins la curiosité⁹¹.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁸⁶ V. R. Brunet, « Le principe démocratique dans la Constitution allemande du 11 août 1919 », *RDP* 1920.444.

⁸⁷ Sur ce point, v. C.-M. Herrera (dir.), *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française. Réceptions, métamorphoses, actualités*, Paris, Kimé, 2011.

⁸⁸ F. Larnaude, « Préface » in J. Dubois (trad.), *La Constitution de l'empire allemand du 11 août 1919*, Paris, LGDJ, 1919.

⁸⁹ J. Barthélémy, « Préface » in R. Brunet, *La Constitution allemande du 11 août 1919*, Paris, Payot.

⁹⁰ L. Duguit, *Souveraineté et liberté. Leçons faites à l'Université Columbia (1920-1921)*, Paris, Alcan, 1922, p. 64.

⁹¹ P. Fauchille, « Préface » in M.-A. Schreiber-Fabre (trad.), *Constitution de la Confédération allemande du 11 août 1919*, Paris, Rousseau, 1920

Toutefois, à mesure que s'éloigne le son du canon, l'analyse tend à devenir plus neutre. Cette « normalisation » est perceptible à travers des recherches qui s'intéressent au fédéralisme et au parlementarisme allemand. Ainsi, Carré de Malberg démontre que l'Allemagne n'est plus une fédération puisque le *Reich* peut retirer leurs pouvoirs aux *Länder*⁹². Robert Redslob, après une étude enflammée sur « le régime politique de l'Alsace-Lorraine sous la domination allemande »⁹³, et un article méfiant à l'égard de « la Constitution prussienne »⁹⁴, offre une analyse un peu plus sereine du régime parlementaire allemand. Il souligne néanmoins qu'il peut évoluer soit vers la démocratie directe, soit vers une suprématie du pouvoir exécutif soutenu par le peuple « qui ressemblerait à la monarchie d'avant-guerre »⁹⁵. Une chronique constitutionnelle intermittente réapparaît dans la *Revue du droit public* donnant notamment l'occasion à ses lecteurs de découvrir les constitutions de la Saxe⁹⁶ et de la Bavière⁹⁷ ou encore le droit municipal allemand issu du texte weimarien⁹⁸. La « normalisation » est encore plus visible à travers les nombreuses études qui s'intéressent à la dimension socio-démocrate de la Constitution de Weimar⁹⁹. Le professeur Herrera montre comment Boris Mirkine-Guetzévitch et Georges Gurvitch ont particulièrement analysé cet aspect du texte¹⁰⁰. Les synthèses du premier dégagent les « droits sociaux » d'un constitutionnalisme – notamment allemand – prenant de plus en plus en considération le bien-être des individus. La plus vaste entreprise du second vise à saisir le droit social dans ses dimensions juridiques, philosophiques et surtout sociologiques¹⁰¹. Pour cela, il s'appuie à la fois sur l'œuvre des juristes socio-démocrates du *Reich* républicain et sur l'article 165 du texte de Weimar, lequel reconnaît l'existence des conseils ouvriers et des conseils économiques, consacrant ainsi l'existence d'un droit social spontané.

Pour leur part, les constitutionnalistes français sont relativement peu enclins à se confronter à la doctrine weimarienne. Deux séries d'explications peuvent en être données. La première est que l'ancienne génération reste marquée par de longues années de confrontation avec les propositions de Ihering, Gerber, Laband et Jellinek. Elle continue d'invoquer ces derniers, peut-être pour valoriser ses propositions qui ont vaincu sur le front intellectuel. Léon

⁹² R. Carré de Malberg, « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », in *L'Allemagne depuis la guerre. Études juridiques, politiques et économiques*, LGDJ et Istra, Paris et Strasbourg, 1925, pp. 44 et s.

⁹³ *RDP* 1921.5.

⁹⁴ *RDP* 1921.177.

⁹⁵ R. Redslob, « Le régime parlementaire en Allemagne », *RDP* 1923.535.

⁹⁶ M. Aubry, « La Constitution saxonne », *RDP* 1923.615.

⁹⁷ J. Laferrère, « La Constitution de l'État libre de Bavière », *RDP* 1925.87.

⁹⁸ L. Delbez, « Le régime municipal allemand », *RDP* 1930.5.

⁹⁹ C.-M. Herrera, « Weimar chez les juristes français contemporains », in *La Constitution de Weimar...*, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁰⁰ V. C.-M. Herrera, « Comment le social vient au constitutionnalisme. Entre États et droits », in *La Constitution de Weimar...*, *op. cit.*, pp. 29 et s.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 37 et s.

Duguit résume cette idée dans la préface à la deuxième édition du *Traité de droit constitutionnel*¹⁰² :

« on a dit justement que la guerre qui vient de finir a été, non pas vraiment le choc de deux groupes de nations, mais plutôt le choc de deux idées [...] L'idée de l'État puissance, affirmée par tous les publicistes et tous les juristes allemands, s'est heurtée à l'idée de l'État collaboration, dont la France est l'initiatrice, et qui a vaincu aux bords de la Marne et dans les ravins de Verdun »¹⁰³.

Carré de Malberg poursuit lui aussi sa confrontation avec ces auteurs d'outre-Rhin, en particulier dans l'« avant-propos » de sa *Contribution* rédigée avant la guerre, mais seulement publiée à partir de 1920. Il estime que la notion de « collaboration » est insuffisante pour saisir l'objet juridique qu'est l'État. Il lui préfère celle de « puissance ». Pour cela, il s'appuie sur une lecture rigoureuse de Jellinek, et propose une notion de *Herrschaft* différente de celle « qui a sombré dans la défaite des Empires germaniques »¹⁰⁴. Enfin, dans sa théorie de l'institution, Maurice Hauriou retrace la « querelle » entre l'ultra-subjectivisme supposé des auteurs allemands et l'ultra-objectivisme de Duguit. Ceci lui permet de souligner l'originalité de ses propositions, alliage des conceptions objective et subjective de l'État¹⁰⁵.

L'autre explication tient à l'introduction massive de la pensée de l'autrichien Kelsen en France, notamment dans les colonnes de la *Revue du droit public* sous l'impulsion de Charles Eisenmann¹⁰⁶, et à la force de séduction qu'elle exerce sur les publicistes français. Les échanges avec l'outre-Rhin se muent en un intense dialogue avec l'« outre-Alpes »¹⁰⁷. La guerre qui s'est achevée en 1918 a été perçue comme l'opposition du subjectivisme allemand et de l'objectivisme plus ou moins prononcé des auteurs français. Or, précisément, le juriste autrichien propose un système objectiviste et positiviste d'appréhension du droit. Il n'est pas étonnant que Duguit s'en sente familier et noue des relations doctrinales avec lui¹⁰⁸. Il n'hésite cependant pas à critiquer ses propositions, notamment parce qu'elles assimilent l'État et le droit. Une telle construction logique repose la question cruciale de la limitation du premier par le second. Maurice Hauriou adresse au juriste autrichien une critique assez comparable. Le doyen toulousain reconnaît que son système logique se détourne du pouvoir de domination sur lequel s'articulaient les doctrines des légistes allemands. En revanche, son néo-kantisme le

¹⁰² Préface en partie reproduite sous l'intitulé « Le droit et le problème de l'État », in *RDP* 1920.521.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 524.

¹⁰⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, (1920), T.I, Paris, CNRS, 1985, p. XIX

¹⁰⁵ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social) », (1925), in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, op. cit.*, pp. 89 et s.

¹⁰⁶ La diffusion des écrits de Kelsen débute à partir de 1926 et la traduction par Charles Eisenmann, dans la *Revue du droit public*, de la « théorie générale de l'État », (*RDP* 1926.561).

¹⁰⁷ La réception du positivisme kelsenien en Allemagne et les controverses qu'il y suscite ne sont pas inconnues en France ; v. G. Leibholz, « Les tendances actuelles de la doctrine juridique en Allemagne » *APD* 1931.207.

¹⁰⁸ Par ex., L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes » *RDP* 1927.537, part. 551 et s. ; sur ce thème, v. not. C.-M. Herrera, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *op. cit.*, pp. 325 et s. ; O. Jouanjan, « Duguit et les Allemands », *op. cit.*, pp. 214-217.

conduirait à s'appuyer sur un impératif catégorique qui dénie toute valeur juridique à ce qui n'est pas conforme à la norme. La liberté juridique est donc grandement menacée puisqu'elle ne peut pas exister en dehors du droit posé par l'État¹⁰⁹. Carré de Malberg, pour sa part, trouve en Kelsen un interlocuteur de choix à son positivisme juridiques. Il adresse une fin de non recevoir à « la théorie de la formation du droit par degrés »¹¹⁰. Elle serait trop excessive dans ses formulations et incompatible avec le droit français, notamment en ce qu'elle raisonne sur davantage sur les règles que sur les organes qui les produisent¹¹¹. Cela ne ternit pourtant pas l'accueil favorable de l'œuvre d'un juriste qui, Barthélémy et Mirkine-Guetzévitch y insistent¹¹², prend ouvertement parti pour la démocratie à l'heure où les dictatures s'emparent de l'Europe.

La crise du régime allemand, la perspective de l'arrivée d'Hitler au pouvoir et, avec elles, le retour d'un État agressif à la frontière rhénane, revivifient l'étude des institutions juridiques et de la doctrine allemandes. En 1932, Georges Burdeau et René Capitant s'opposent sur le danger que représenterait le président du *Reich* républicain. À l'instar de Redslob, le premier dénonce la suprématie du chef de l'État¹¹³. Pour sa part, le second est largement influencé par son admiration du maréchal Hindenburg et ses lectures de Carl Schmitt. Il voit dans le Président du *Reich* le gardien de la Constitution et le sauveur d'un régime parlementaire que paralysent les dissensions partisans¹¹⁴. Ce débat tourne court avec l'avènement du régime nazi le 30 janvier 1933 dont il s'agit désormais d'appréhender les manifestations juridiques¹¹⁵. Roger Bonnard se livre à un important effort de synthèse des doctrines et du droit national-socialistes¹¹⁶ et noue le dialogue avec le juriste nazi Ulrich Scheuner afin de préciser ses propositions¹¹⁷. En revanche, la réception de l'œuvre du plus

¹⁰⁹ M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », (1928), in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., pp. 80-84.

¹¹⁰ R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, Paris, Sirey, 1933.

¹¹¹ O. Pfersmann, « Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes" », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), op. cit., pp.295 et s.

¹¹² J. Barthélémy et B. Mirkine-Guetzévitch, « Avertissement », (1932), in H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature - Sa valeur*, trad. C. Eisenmann, Préf. P. Raynaud, 2^e éd., Paris, Dalloz, « La bibliothèque », 2004, p.V.

¹¹³ G. Burdeau, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, Paris, Éd. internationales, 1932.

¹¹⁴ R. Capitant, « Le Président du Reich », (1932), in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 405 ; « Le rôle politique du Président du Reich », (1932), in *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982, p. 442.

¹¹⁵ M. Aubry, « Les modifications apportées par le régime national-socialiste aux institutions politiques du Reich et des pays allemands », *RDJ* 1934.466 ; M. Gueydan de Roussel, « L'évolution du pouvoir exécutif en Allemagne (1919-1934) », *RDJ* 1935.393 ; G. Riegner, « Le pouvoir du "Führer" chancelier en Allemagne » *RDJ* 1935.701 ; W. Jellinek, « Le droit public en Allemagne en 1934 » *RDJ* 1935.346 ; M. Aubry, « La loi du 30 janvier 1935 sur l'organisation communale en Allemagne » *RDJ* 1935.855 et 1936.308.

¹¹⁶ R. Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale socialiste*, Paris, LGDJ, 1^{er} éd., 1936 et 2^{nde} éd., 1939.

¹¹⁷ U. Scheuner, « Le peuple, l'État, le droit et la doctrine nationale socialiste », *RDJ* 1937.38 ; R. Bonnard, *ibid.*, 2^{nde} éd., p. 11.

grand théoricien du droit national-socialiste, Carl Schmitt, demeure relativement discrète¹¹⁸. Elle n'est que perçue à travers les analyses de deux juristes weimariens auxquels Gurvitch ouvre, en 1934, les colonnes des *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridiques* qu'il vient de créer¹¹⁹.

À nouveau, le réflexe consistant à bien connaître son ennemi pour mieux combattre ses idées semble avoir gagné les publicistes français. En effet, la dimension critique n'est pas absente de leurs analyses à l'heure où un conflit se profile. Certaines d'entre elles sont d'ailleurs farouchement hostiles à l'idéologie national-socialiste¹²⁰. Il n'en demeure pas moins qu'à l'heure du plein essor du positivisme, les attaques sont en général davantage retenues que ne l'étaient celles naguère dirigées contre le droit du *Kaiser* et sa science. Les publicistes de 1914 éprouaient le sentiment de revanche des vaincus. Tel n'est plus le cas de ceux de l'avant-Second-guerre. Nombreux sont ceux qu'intrigue un régime fondamentalement différent des démocraties libérales et qui, plus que jamais, promeut la communauté au détriment de l'individualisme. Pareille curiosité anesthésie peu ou prou le vieux réflexe défensif qui animait le front intellectuel de 1914-1918. La preuve en est que ce réflexe était alors assez puissant pour pousser certains constitutionnalistes français sur le terrain de la philosophie.

¹¹⁸ O. Beaud, « Préface » in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, (1928), Paris, PUF, « Quadrige », 1989, pp. 5-12.

¹¹⁹ K. Wilk, « La doctrine politique du national-socialisme. Carl Schmitt », *APD* 1934.169 ; O. Kirchheimer, « Remarques sur la théorie de la souveraineté nationale en Allemagne et en France », *APD* 1934.238 ; v. sur ce thème A. Simard, « On ne vit que deux fois. Weimar, la Troisième République et les juristes allemands exilés » in C.-M. Herrera (dir.), *La Constitution de Weimar...*, *op. cit.*, pp. 135 et s.

¹²⁰ R. Capitant, « L'idéologie nationale-socialiste » (1935), in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 445 ; également réédité in R. Capitant, *Face au nazisme. Écrits 1933-1938*, Presses Univ. de Strasbourg, 2004, pp. 109-133.

II. Un regard critique sur l'attaque des sources philosophiques des doctrines allemandes

Les professeurs français les plus familiers de la pensée allemande, et qui ont la culture philosophique de le faire, vont prendre part aux attaques dirigées contre la philosophie allemande. Ils le font dans le cadre de leur mise en cause de la responsabilité de la science allemande de l'État. Il en résulte une critique originale dans le paysage intellectuel français de 1914-1918 (A). Cet aspect du moment « 1914-1918 » de la pensée publiciste mérite une mise en perspective critique (B).

A. Les attaques dirigées contre l'hégélianisme et le kantisme

1. L'hésitante attaque dirigée contre Kant

La controverse sur Kant et les « deux Allemagnes » trouve un écho particulier chez les juristes lorsqu'ils remontent à la source des doctrines de l'État. Ainsi, Georges Ripert estime que l'Allemagne qui envahit la Belgique n'a plus rien à voir avec celle des grands noms invoqués dans le *Manifeste des 93*¹²¹. En effet, le professeur aixois insiste d'abord sur le fait que Kant est un admirateur des principes de la Révolution, de la rationalité universelle et de la liberté individuelle. Les légistes allemands s'en seraient détournés afin de construire leurs théories de l'auto-limitation. L'hégélianisme forcené des doctrines de Gerber, Laband et Jellinek aurait fait de l'État allemand un véritable monstre mu par le besoin de s'étendre sur le monde. Ripert rejoint les défenseurs des « deux Allemagnes » en concluant que

« l'homme au temps de Kant avait au moins le ciel étoilé sur sa tête et la loi morale dans son cœur. L'Allemand de 1915 a beau invoquer Kant, il a oublié ses leçons. Il n'a plus sur sa tête que le toit de sa tranchée, et il ne porte dans son cœur que le culte de la force et l'idolâtrie de l'État »¹²².

Dans un contexte de guerre, Léon Duguit ne peut pas se contenter d'une simple réitération des critiques émises depuis 1901 contre les théories d'outre-Rhin. Lui qui aime tenir la plume philosophique¹²³ enfonce le fer de sa critique jusqu'aux fondements de la

¹²¹ G. Ripert, « L'idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle », *op. cit.*

¹²² *Ibid.*, p. 183.

¹²³ V. par ex. R. Bonnard, « Les idées de L. Duguit sur les valeurs sociales (avec des inédits de Duguit) », *APD*, 1932, p. 7 : « Un des derniers progrès de la philosophie a été de faire une large place dans ses spéculations à l'idée de valeur. La philosophie allemande contemporaine, particulièrement, s'occupe beaucoup de la *Wertheorie* [...] Duguit était trop curieux et trop averti du mouvement des idées pour que cette question de la valeur ait pu lui échapper ou ne pas retenir son attention » ; v. aussi L. Duguit, *Le pragmatisme juridique : conférences prononcées à Madrid, Lisbonne et Coïmbre*, (1923), préf. S. Gilbert, Paris, La Mémoire du droit, 2008.

science allemande de l'État¹²⁴. Il livre une étude en quatre chapitres parue à la *Revue du droit public* de 1918. Certes, il affirme l'avoir rédigée avant la « guerre gigantesque qui, depuis près de quatre années désole et ravage l'univers »¹²⁵. Il n'en demeure pas moins que la version publiée n'ignore rien du contexte dramatique. Il n'épargne pas Kant dans cette étude et, par-là même, s'en prend à son collègue Ripert. La cause en est certainement personnelle. Il n'est que possible d'imaginer sa douleur, tandis qu'il vient de perdre son fils Pierre à Verdun¹²⁶, lorsqu'il publie :

« en vérité, je ris quand je vois quelques-uns de mes jeunes collègues [Ripert, qui a 34 ans au début du conflit, est visé] venant dire : l'Allemagne moderne, absolutiste et impérialiste, ce n'est plus l'Allemagne de Kant, le philosophe qui a fondé sur des bases indestructibles l'autonomie de la personne humaine, le droit imprescriptible de l'individu contre la puissance de l'État ; c'est l'Allemagne de Hegel et de Ihering. Non, qu'on n'oppose pas Kant et Hegel. L'un et l'autre ont préparé la même œuvre ; comme Hegel, Kant, malgré son impératif catégorique, malgré son rêve de paix perpétuelle, a été un des grands artisans des conceptions impérialistes et absolutistes de l'Allemagne actuelle »¹²⁷.

Sur le fond, la contribution fleuve de Duguit a pour objectif de démontrer comment la philosophie de Rousseau – depuis longtemps critiquée par lui en ce qu'elle considèrerait « le pouvoir du souverain comme étant sans borne »¹²⁸ – a influencé les propositions de Kant puis de Hegel. Le professeur bordelais s'évertue à montrer que la philosophie kantienne n'est qu'en apparence une doctrine de la liberté individuelle. À l'instar de Rousseau, Kant affirmerait que l'homme entre librement dans l'État afin que cette organisation garantisse sa liberté contre la violence des autres hommes. Il ne ferait que prolonger le sophisme du philosophe suisse en affirmant que l'État, à travers la loi, n'exprime rien d'autre que la volonté générale¹²⁹.

¹²⁴ L. Duguit, « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *RDP* 1918.173, 193, 325 ; il précise que « Ni Rousseau, ni Kant, ni Hegel n'étaient des juristes de profession, mais leurs doctrines ont eu une influence directe et certaine sur les théories juridiques de la France et de l'Allemagne. Au-delà du Rhin, elles ont provoqué les doctrines, subtiles et singulièrement dangereuses pour la liberté, de l'auto-limitation volontaire de l'État avec Ihering et Jellinek » (p. 177).

¹²⁵ L. Duguit, *ibid.*

¹²⁶ V. le discours de C. Chazalet prononcé en souvenir de Léon Duguit in *À la mémoire de Léon Duguit*, Bordeaux, 1929, p. 23 : « M. Léon Duguit portait au cœur une blessure profonde : l'un de ses fils, pendant la Grande Guerre, était tombé en soldat sous les plis du drapeau tricolore pour que la France vive [...] Et l'enfant est resté dans un des cimetières de Verdun où M. et Mme Duguit allaient, il y a à peine un mois, porter en pleurant des fleurs sur sa tombe ».

¹²⁷ *RDP* 1918.203 – non-souligné dans le texte.

¹²⁸ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 495.

¹²⁹ L. Duguit, « Doctrine juridique et politique de Kant », *RDP* 1918.192 : « Sans doute sur bien des points de détail, Kant et Hegel s'éloignent du *Contrat social*, mais l'idée fondamentale est exactement la même : l'homme n'est libre que par l'État et dans l'État, et l'omnipotence de celui-ci, non seulement laisse subsister intacte l'autonomie de l'individu, mais seule en assure la réalisation ».

Pour Duguit, Kant va encore plus loin que Rousseau. Il divinise l'État et son pouvoir. L'un se réalise dans la trinité formée par le législateur, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. La puissance divine et irrésistible de l'État – l'un – se transmet à chacune des composantes de cette trinité. Kant interdirait donc de résister à l'un ou l'autre de ces trois organes. De plus, le philosophe allemand énonce un impératif catégorique suivant lequel il est un devoir juridique absolu d'obéissance au pouvoir établi, quelle que soient les circonstances de son établissement – y compris violentes. Dès lors, continue le juriste de Bordeaux,

« c'est la force qui fonde le droit public [...] Ce n'est pas parce que le pouvoir est légitime qu'obéissance lui est due ; on doit lui obéir parce qu'il réalise une idée sainte et divine »¹³⁰.

Or, Duguit défend depuis longtemps le droit de résistance à l'oppression de façon tonitruante¹³¹, ce qui a d'ailleurs valu à sa doctrine la célèbre accusation d'« anarchisme »¹³². Selon ce point de vue partagé par Louis Le Fur¹³³, ce droit serait l'ultime garantie donnée aux gouvernés que les gouvernants respecteront le droit objectif et qu'il ne sera pas instauré un État absolutiste.

En conclusion, l'attaque que Duguit dirige contre Kant s'inscrit dans le courant plus vaste des négateurs des « deux Allemagnes ». Elle se distingue pourtant de celle des partis réactionnaires. En effet, il faut insister sur le fait que le juriste bordelais est très loin de partager leurs arguments. Certes, à l'instar de Maurras, il montre l'étroitesse du lien entre les idées de la Révolution de 1789 et la philosophie de Kant¹³⁴. Comme lui, il souligne que l'une et l'autre peuvent avoir pour conséquence l'omnipotence de l'État. Toutefois, Duguit se garde bien d'avancer l'argument nationaliste suivant lequel les idées de la Révolution doivent être rejetées parce qu'elles auraient puisé leur inspiration dans la philosophie allemande. En outre, à l'inverse des défenseurs de la tradition catholique en France, il ne dénonce pas le détournement de l'idée religieuse au profit de la rationalité laïque. Au contraire, il démontre le caractère divin et métaphysique de la conception kantienne de l'État. Finalement, Duguit habituellement si critique envers l'individualisme juridique issu de la Révolution française¹³⁵, aurait pu s'en prendre à l'individualisme kantien pour défendre sa conception de la solidarité

¹³⁰ *Ibid.*, p. 211.

¹³¹ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, pp. 302-318.

¹³² M. Hauriou et A. Mestre, « Analyse et compte rendu », *op. cit.*, p. 348. Ce à quoi Duguit répond, dans la première édition de son *Traité de droit constitutionnel – Théorie générale de l'État*, T.I., Paris, Fontemoing, 1911, p. 153 : « Nous devons citer le passage où Locke, qui n'était point un anarchiste, affirmait le droit de sédition contre la puissance législative "qui tâche de se mettre en possession d'un pouvoir absolu sur les vies, sur les libertés et sur les biens du peuple" [...] Rapp. Benjamin Constant qui n'était point non plus un anarchiste et qui écrit : "Aucun devoir ne nous lie envers des lois telles que celles qu'on faisait, par exemple, en 1793, ou même plus tard et dont l'influence menace les plus nobles parties de notre existence [...] La doctrine d'obéissance illimitée à la loi a fait, sous la tyrannie et dans les orages des révolutions plus de maux peut-être que toutes les terreurs qui ont égaré les hommes ».

¹³³ L. Le Fur, « Guerre juste et juste paix », *RGDIP* 1919.30.

¹³⁴ L. Duguit, « Doctrine juridique et politique de Kant », *RDP* 1918.196.

¹³⁵ Par ex. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912.

sociale. Il n'en fait rien et place son étude sous l'étendard de l'« union sacrée ». Il ne renie pas le but de l'héritage révolutionnaire – et, partant, républicain – de

« la doctrine française [qui] a toujours été depuis 1789 jusqu'à nos jours d'établir le fondement solide d'une limitation juridique du pouvoir de l'État et d'en assurer la sanction »¹³⁶.

2. *L'assaut dirigé contre Hegel*

Ripert et Duguit tombent au moins d'accord pour ce qui est de Hegel. Il serait directement à l'origine des doctrines des légistes allemands et, au-delà, de l'absolutisme et de la brutalité du *Reich*. Léon Duguit, qui se contentait d'évoquer le philosophe allemand en 1901¹³⁷, trouve dans la guerre des idées l'occasion de se confronter à lui. Il prend patiemment le soin de décrire les différents aspects de la philosophie hégélienne dans deux chapitres.

Le premier est relatif à sa « doctrine juridique »¹³⁸. Le professeur bordelais replace la conception hégélienne du droit dans son système logique. Il expose d'abord le mouvement dialectique, c'est-à-dire ce devenir de l'idée qui tend à être effective. Il la représente schématiquement par la trilogie « thèse - antithèse - synthèse ». De la sorte, la personne constituerait la synthèse de la volonté de l'individu – l'esprit subjectif, affirmation psychologique d'un esprit libre – et du droit – l'esprit objectif, garantie de la liberté de tous les êtres. C'est le rôle de trois institutions que de permettre la réalisation de ce devenir (*Sittlichkeit*). La première est naturelle et consiste en la famille. Elle synthétise – par le jeu de l'amour – la relation entre l'individu et le groupe, dans ce que Léon Duguit considère comme un « passage curieux » de la philosophie hégélienne¹³⁹. La seconde est la société civile. Chaque individu cherche à atteindre un but propre grâce aux buts que tous les autres individus cherchent à atteindre. Ce système de besoins sociaux a pour résultat la formation d'un patrimoine commun – un profit collectif – d'où chacun retire sa part égoïstement¹⁴⁰. Duguit poursuit l'exposé en expliquant que le droit de la société civile garantit la participation au patrimoine. La loi en donne une formulation et est protégée par le juge et la police, mais aussi la corporation qui détermine la place de chaque individu en fonction de son métier.

¹³⁶ L. Duguit, « Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel », *RDP* 1918.174.

¹³⁷ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, pp. 106-107 – non-souligné dans le texte : « Ces doctrines procèdent toutes de Hegel et de Ihering. Elles inspirent les représentants les plus accrédités du droit public en Allemagne, Laband et Jellinek ; elles conduisent directement à l'impossibilité de limiter par le droit les pouvoirs de l'État [...] Nous ne pouvons entrer dans le détail ; il importe cependant d'établir nettement la fausseté de ces théories. *Sans parler de Hegel*, c'est dans le livre célèbre de Ihering, *Der Zweck im Recht*, qu'il faut chercher le principe de toutes ces doctrines ».

¹³⁸ L. Duguit, « Doctrine juridique de Hegel », *RDP* 1918.326.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 338.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 339-342.

Il est frappant de constater que, dans ce chapitre, Duguit est davantage descriptif et pédagogique que critique. S'il lance d'inévitables traits sur le style « nuageux » et « obscur » de Hegel¹⁴¹, il pénètre au fond de la logique hégélienne en faisant preuve d'une relative neutralité. En somme, il ne lui revient pas de critiquer ce pan du système qui ne concerne pas directement l'État. L'explication paraît en être que Duguit partage à demi-mots certains points de vue du philosophe. Ainsi, lorsqu'il aborde la société civile hégélienne, il fait implicitement le lien avec sociologie de Durkheim et sa « solidarité par division du travail » qui l'ont fortement influencé¹⁴². Cette forme de solidarité implique que :

« les hommes ont des aptitudes diverses et des besoins différents [...] et les hommes ont conscience d'être unis les uns aux autres parce qu'ils comprennent qu'ils ne peuvent arriver à la satisfaction de ces besoins divers que par un échange de services rendus »¹⁴³.

Aussi, un lien de parenté peut être établi par le juriste de Bordeaux :

« le système des besoins est dans la doctrine de Hegel quelque chose de tout à fait semblable à la solidarité sociale ou interdépendance sociale des sociologues contemporains »¹⁴⁴.

Le ton change radicalement dans le second chapitre, long de 29 pages et consacré à la « doctrine politique de Hegel »¹⁴⁵. Pour Duguit, Hegel voit dans l'État une synthèse puissante du général et du particulier en ce qu'il protège l'effectivité du droit et permet à la personne de se réaliser librement : vouloir dans l'État, c'est vouloir librement. Sur des bases philosophiques différentes, le professeur bordelais ne voit là que la reprise du sophisme de Rousseau et de Kant dont le but

« est de donner à l'individu l'illusion d'être libre quand il est soumis à l'omnipotence de l'État et lui faire croire même qu'il est d'autant plus libre que l'État est puissant »¹⁴⁶.

La volonté à l'origine de l'État n'est pas collective comme avec Rousseau. En tant que volonté en soi et pour soi, elle est proche du divin, caractéristique qui se transmet à l'État. C'est dans cet être divin que se réalise la liberté des personnes.

Duguit expose alors comment l'État prussien semble constituer pour Hegel, son admirateur, l'État moderne qui rend effective la liberté des personnes. Rapprochant la pensée de Hegel de celle de Kant sur la trinité, il montre que les organes de l'État participent à son unité et partagent sa divinité. Niant la limitation des pouvoirs par leur division, le philosophe

¹⁴¹ Par ex. *ibid.*, pp. 326, 335, et 341.

¹⁴² Par ex. F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.*, pp. 222-227.

¹⁴³ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁴⁴ L. Duguit, « Doctrine juridique et politique de Kant », *RDP* 1918.341.

¹⁴⁵ L. Duguit, « Doctrine politique de Hegel. L'État », *RDP* 1918.349.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 351.

verrait dans la constitution politique l'instrument de leur unité réalisée dans le pouvoir princier des monarchies constitutionnelles. La toute-puissante souveraineté interne « fait coïncider les activités particulières avec l'activité générale »¹⁴⁷. En tant que volonté, cette souveraineté implique la présence d'une personne, l'État, qui se confond avec le monarque. Cette souveraineté interne est dédaigneuse du peuple. Elle voit dans le Parlement un simple organe consultatif auquel sont préférables les hauts fonctionnaires.

La souveraineté interne a un pendant externe : celle qui met en relation les États entre eux. Pour Duguit, Hegel voit dans la guerre, bien plus que dans les conventions internationales, le mode de relations entre États :

« le développement de l'idée réalisée par l'État s'accomplit dans le monde à travers les luttes, les fondations et les chutes d'empire, les triomphes et les désastres des nation »¹⁴⁸.

Exposant la division hégélienne de l'histoire des peuples, il montre comment le philosophe estime que les périodes orientale, grecque, latine sont dépassées et que doit advenir la période germanique. La négation des « deux Allemagnes » ne peut qu'être ici réitérée, de même que le lien avec la science de l'État accusée de justifier à l'avance la guerre :

« voilà donc toutes cette doctrine politique de Hegel et comment elle s'encadre intimement dans l'ensemble de son système philosophique. Son influence a été prodigieuse sur les doctrines des publicistes et des juristes allemands et sur la formation de la mentalité abominable de l'Allemagne contemporaine »¹⁴⁹.

La critique violente du juriste rejoint la très majoritaire accusation adressée à l'hégélianisme par les intellectuels français. Selon eux, Hegel permettrait de justifier les droits du peuple allemand contre les autres peuples¹⁵⁰ et de donner une dimension métaphysique à la politique prussienne¹⁵¹. Cette attaque des sources philosophiques est inévitablement marquée par le contexte de la guerre intellectuelle. Il convient d'en proposer un bilan critique « à froid ».

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 364.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 375.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 377. V. aussi p. 365 « On aperçoit là aisément le germe de toutes les doctrines de droit public formulées par les juristes allemands contemporains, les Gerber, les Laband, les Jellinek, qui feront de la puissance publique un droit subjectif de l'État, et du monarque un organe direct et tout-puissant de l'État, en un mot le germe des doctrines subjectivistes et organicistes de droit public, que les légistes allemands se sont efforcés d'édifier pour donner une apparence juridique à la toute puissance des princes et en particulier de l'empereur ».

¹⁵⁰ Par ex., P. Gaultier, *La mentalité allemande et la guerre*, Paris, Alcan, 1916, p. 22.

¹⁵¹ Par ex., É. Hovelaque, *Les causes profondes de la guerre (Allemagne-Angleterre)*, Paris, Alcan, 1915, p. 35.

B. Un bilan de l'attaque contre les sources philosophiques du constitutionnalisme allemand

1. Une critique épistémologique de la critique philosophique¹⁵²

Alors que les combats ravagent le nord-est de la France, l'heure est à ce que Duguit appelle le « choc de deux idées » et non pas à un débat épistémologique sur *la manière* d'avoir des idées – de construire l'objet « État ». La preuve en est que la pensée constitutionnaliste française transporte, sur le terrain philosophique, son incompréhension plus générale à l'égard de la science juridique allemande.

Ripert et Duguit ont attaqué Hegel parce que son idéalisme aurait fait naître un *Reich* absolutiste et belliqueux ayant pour modèle la Prusse. Or, Hegel cherche à

« conceptualiser l'État non pas tel qu'il doit être, mais tel qu'il doit être connu : tel est le projet spéculatif de la Philosophie du Droit. Il ne consiste ni à conseiller le prince, ni à commenter ses pratiques en jargon philosophique, mais à produire les concepts qui permettent de penser dans leur effectivité les sphères du droit de la moralité et de *Sittlichkeit*, de penser l'État réel dans son idéalité immanente »¹⁵³.

La philosophie hégélienne ne constitue pas l'apologie d'un régime politique¹⁵⁴, ni n'invite la Prusse à instaurer un régime absolutiste ou à envahir l'Europe. Duguit récite¹⁵⁵ une « fable » couramment apprise selon laquelle Hegel se serait mis au service de l'État prussien¹⁵⁶. Par la suite, il commet une erreur en voyant dans le philosophe allemand celui qui a voulu semer le germe de la puissance illimitée de la Prusse, puis du *Reich*. Si « c'est Hegel qui a été le moins démenti par le "tribunal de l'histoire" »¹⁵⁷, c'est-à-dire si sa philosophie rend le mieux compte du cours des événements, ce n'est pas parce qu'elle a un contenu prescriptif incitant le *Kaiser* à déclencher une « guerre gigantesque ». C'est plutôt parce que

¹⁵² Une critique en règle de la critique impliquerait d'analyser les sources françaises des auteurs précités – principalement Léon Duguit qui s'appuie essentiellement sur les ouvrages suivants : L. Levy-Bruhl, *L'Allemagne depuis Leibniz : essai sur le développement de la conscience nationale en Allemagne*, 1890, Paris, Hachette, 1890 ; P. Archambault, *Hegel : choix de textes et études du système philosophique*, Paris, Michaud, 1912 – et de les confronter avec les sources allemandes alors disponibles. Ceci permettrait de mesurer les éventuels écarts et erreurs de traduction et d'interprétation. Il faudrait aussi comparer ces sources allemandes d'alors avec celles qui, aujourd'hui sont disponibles et rendent le mieux compte de la pensée originaires des philosophes impliqués. Pareille entreprise dépasse le cadre de cette étude et mériterait une réflexion à part entière. Aussi faut-il se contenter d'offrir au regard contemporain une perspective, parmi d'autres possibles, sur l'attaque menée par les publicistes français.

¹⁵³ J.-F. Kervégan, « Présentation – L'institution de la liberté », in G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, (1820), Paris, PUF, p. 21.

¹⁵⁴ Sur la relative hostilité de Hegel à l'égard des conservateurs allemands, v. *in ibid.*, pp. 3-13.

¹⁵⁵ L. Duguit, « Doctrine politique de Hegel. L'État », *RDP* 1918.358.

¹⁵⁶ V. J.-F. Kervégan, *L'effectif et le rationnel – Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, 2007, pp. 239-241.

¹⁵⁷ K. Papaioannou, « Présentation – Hegel et Marx : l'interminable débat », in K. Marx, *Critique du droit politique hégélien – Manuscrit de 1842-1843*, Paris, Allia, 2010.

sa méthode d'appréhension de l'État rend particulièrement intelligible ces événements tragiques. En conséquence, si Ripert et Duguit entendaient rattacher les légistes allemands à la pensée de Hegel, il devait plutôt montrer en quoi les constructions de ces derniers respectent le projet du philosophe allemand ainsi que sa méthode¹⁵⁸.

Tel n'est pas vraiment le cas des Gerber, Laband et Jellinek qui se rattachent plutôt au kantisme¹⁵⁹. Duguit et Le Fur pouvaient s'en prendre indirectement à eux en sapant les fondements de la manière kantienne de penser l'État. L'inconvénient est qu'ils ne prennent pas la pleine mesure du projet kantien. En effet, le philosophe de Königsberg cherche à *construire un système* permettant l'appréhension rationnelle du droit¹⁶⁰. Certes, sa sympathie envers la Révolution française, rend sa pensée favorable à l'idéologie bourgeoise qui pense l'État pour l'individu. Toutefois, cette considération ne transforme pas la nature de son projet. Lorsqu'il envisage le bouleversement de 1789, Kant réfléchit surtout sur la manière de penser l'évènement à la lumière de la raison¹⁶¹. Il cherche aussi à proposer une définition logique du droit, non pas à partir de données historiques mais à partir d'une construction métaphysique. En retour, cette définition doit rendre compte du procès historique en œuvre : le système rend intelligible l'histoire ; l'histoire ne fait pas le système¹⁶².

Dès lors, les développements de Kant sur la soumission à la loi formée par l'État ou la condamnation du droit de résistance, doivent être envisagés dans le cadre rationnel du système. Par exemple, l'obéissance au droit de l'État et la prohibition de la résistance à l'oppression ne sont pas des prescriptions à traduire dans les faits, dans le cadre d'un État tout-puissant. Ce sont des résultats logiques qui permettent d'envisager, à travers le prisme du système kantien, ce qui peut être considéré comme relevant ou non du droit. La condamnation de la résistance à l'oppression n'est pas l'invitation à se soumettre au droit, fût-il négateur de la liberté, ou à réprimer tout mouvement insurrectionnel. « L'argumentation contre le droit de résistance doit être comprise avant tout comme la réponse à un problème de logique juridique »¹⁶³. Si la résistance était fondée en droit, cela reviendrait à admettre que le

¹⁵⁸ Dans cette perspective, c'est par exemple le cas d'Eduard Gans qui défend l'école philosophique du droit contre l'école historique de Savigny ; v. O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, « Léviathan », 2005, pp. 55 et s.

¹⁵⁹ V. not. O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la construction d'une science juridique du droit public allemand », in O. Beaud et P. Wachsmann, *op. cit.*, pp. 11 et s., part. pp. 29-33.

¹⁶⁰ Sur ce point, v. A. Tosel, « Kant révolutionnaire. Droit et politique », in Collectif, *La philosophie de Kant*, PUF, « Quadrige », 2003 et les textes de Kant reproduits pp. 504-520 (trad. J.-P. Lefebvre).

¹⁶¹ J. Ferrari, « Kant, les Lumières et la Révolution française », *Mélanges de l'École française de Rome. Italie et Méditerranée*, 1992.104.49.

¹⁶² Il faut ici rappeler brièvement que le droit est pensé par Kant comme une relation juridique entre deux personnes dotées d'une liberté de vouloir. Cette relation est formalisée en ce qu'elle détermine comment les personnes doivent vouloir l'une envers l'autre. Le droit privé est cet état de nature qui correspond aux relations existant entre deux personnes, en dehors de l'État, articulées sur le droit de propriété – cette possibilité de chaque homme de s'approprier les choses de la nature. Le droit public consiste, pour l'État souverain, à donner une valeur proprement juridique au droit privé – aux relations qu'entretiennent les personnes – et à transformer les personnes en citoyens égaux devant la loi.

¹⁶³ A. Tosel, « Kant révolutionnaire. Droit et politique », *op. cit.*, p. 489.

souverain, qui pose le droit au nom du peuple, accepte de se soumettre au jugement de celui-ci. Jugeable par le peuple, il perdrait *logiquement* sa qualité de souverain. La résistance constatée empiriquement ne peut être qu'un « fait ». D'un point de vue logique, elle ne saurait être l'exercice d'un droit¹⁶⁴.

L'oubli de la dimension méthodologique du système kantien d'appréhension du droit met particulièrement en lumière un biais de l'attaque dirigée contre les légistes allemands. Les constitutionnalistes français ne voient pas tout ce qu'a de kantien le *projet* de ces derniers – et, plus tard, celui de Kelsen (v. *supra*). « L'école Gerber/Laband »¹⁶⁵ cherche à construire une véritable science permettant de saisir le droit public allemand. Ils plaident pour une dogmatique du droit public, fondée non pas sur l'analyse factuelle de l'histoire, mais sur un *système* de déduction logique à partir d'un principe fondamental. Or, ce système logique ne nie pas l'existence de limites posées au pouvoir de domination de l'État. Des buts – tels que le respect des libertés individuelles – lui sont assignés. Cependant, ces buts ne sont pas saisissables d'un point de vue juridique. Ils sont extérieurs à la volonté laquelle, seule, est un objet de connaissance juridique. Ces limites ne peuvent donc pas être appréhendées à travers le système de pensée du juriste¹⁶⁶.

Dès lors, le biais épistémologique qui caractérise la critique adressée au kantisme se retrouve dans l'attaque menée contre « l'école ». Accuser l'un et l'autre d'avoir fait naître le *Reich* absolutiste et brutal, c'est ignorer la nature logique et a-politique de leur entreprise. Joseph Barthélémy a raison lorsqu'il écrit que

« dans toute l'œuvre compacte de Laband, on ne trouve pas d'appréciation sur les institutions, sur leur justice, leur valeur au point de vue de la liberté politique ou des intérêts généraux du pays. Les jurisconsultes prennent les institutions telles qu'elles sont, et leur appliquent les principes de la logique juridique. Le jurisconsulte s'interdit de distinguer le juste et l'injuste.

¹⁶⁴ E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, cité in *ibid.*, p. 516 : « La raison qui assigne au peuple le devoir de supporter un abus, y compris l'abus de pouvoir suprême déclaré insupportable, tient à ceci : c'est que sa résistance contre la législation suprême ne peut jamais être pensée autrement que contraire à la loi, voire comme quelque chose qui détruit complètement la constitution civile. En effet, pour y être autorisé, il faudrait qu'il existe une loi publique qui permette cette résistance du peuple, c'est-à-dire que la législation suprême comporte en soi une disposition déterminant qu'elle n'est pas la législation suprême et ferait du peuple, en tant que sujet, dans un seul et même jugement, le souverain de celui auquel il est assujéti ; ce qui est contradictoire ».

¹⁶⁵ Sur les développements qui suivent, v. O. Jouajan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, pp. 187-281. Ce programme peut être présenté brièvement. D'une part, le droit public doit expulser hors du droit les considérations historiques et politiques pour en livrer les concepts purifiés. Il s'agit de se détourner de la méthode savignienne d'appréhension du droit. D'autre part, il doit aussi permettre au droit public de se démarquer du droit privé. Certes, la volonté est la clé de construction de l'ensemble de l'objet « droit ». Néanmoins, la personnalité de l'État est le fondement du droit public. Elle permet de lui attribuer une volonté abstraite, comme à toutes les personnes morales. Enfin, la domination (*das Herrschen*) donne un contenu particulier à la volonté de l'État et, partant, à cette personne.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 253-255. Le professeur Jouajan évoque « l'inconstructibilité juridique des limites au pouvoir de l'État ».

Qu'on n'aille pas demander à Laband son opinion sur les persécutions contre les Polonais. Il n'en a pas : cela ressort du domaine de la politique »¹⁶⁷.

Certes, le système d'appréhension du droit et de l'État élaboré par certains légistes vise, en dernier ressort, à servir le pouvoir en place. Gerber et Laband font respectivement accéder la monarchie constitutionnelle et l'empire fédéral au stade de « vérité conceptuelle »¹⁶⁸. En revanche, le biais épistémologique rend particulièrement infondée la critique dirigée contre Jellinek. Son système d'inspiration kantienne est une « abstraction » qui vise à concevoir un État limité par le droit. Duguit et ses collègues français ne voient pas que, pour Jellinek, la personne est une « abstraction typifiante » qui permet d'appréhender l'État dans ses *relations* à l'individu. Dans cette perspective, l'État possède son ordre juridique. S'il ne le respecte pas – s'il ne s'auto-limite pas – l'État n'est plus une personne entretenant une relation juridique avec l'individu. Ceci revient à dire qu'il n'est logiquement plus une personne juridique¹⁶⁹. L'auto-limitation n'est donc pas la manifestation d'un pouvoir subjectif de l'État. Elle est une manière de construire l'État comme un objet de connaissance juridique.

En définitive, l'examen du traitement par les constitutionnalistes français – en particulier par Duguit – des sources philosophiques de la science juridique allemande montre l'ampleur de leur incompréhension du projet poursuivi par cette dernière. Il est aussi le témoin d'un mode de critique juridique « à la française », pour reprendre l'expression d'Hauriou, aujourd'hui disparu.

2. *La fin d'un certain criticisme français*

Le contexte dramatique de la Première guerre a fait jaillir l'étincelle d'une critique de la philosophie allemande par quelques théoriciens français. Duguit restera fidèle à sa contribution de guerre, renvoyant à elle plusieurs fois dans la dernière mouture de son monumental *Traité*¹⁷⁰. Il n'en demeure pas moins qu'une fois le conflit des armes achevé, les publicistes et, plus particulièrement, les constitutionnalistes abandonneront la tranchée de la philosophie creusée sur le front de la guerre intellectuelle avec l'Allemagne. Ils adopteront une présentation résolument positiviste du droit constitutionnel. La théorie du droit et de

¹⁶⁷ J. Barthélémy, « La responsabilité des Professeurs allemands de droit public », *op. cit.*, p. 124.

¹⁶⁸ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 281. La profonde sympathie que le second éprouve pour le régime du *Kaiser* est bien connue, lui qui a systématisé dans une œuvre monumentale *Le droit public de l'Empire allemand*, et qui est resté professeur à l'Université de Strasbourg jusqu'à sa mort en 1918, peu avant la défaite du *Reich* ; v. P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *RDP* 1989.957 ; O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, pp. 189-192.

¹⁶⁹ O. Jouanjan, « Duguit et les Allemands », *op. cit.*, pp. 218-223 ; *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, pp. 321-325.

¹⁷⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.II, 3^e éd., 1928, pp. 123, 671 et 681.

l'État y sera réduite à la portion congrue et, *a fortiori*, la philosophie n'y entrera pas. Il n'est qu'à se reporter à certaines accusations dirigées contre l'incontournable *Traité* de Joseph Barthélémy. Selon elles, une fois disparue l'ancienne génération des constitutionnalistes, l'ouvrage aurait détourné le droit constitutionnel de la théorie de l'État pour l'orienter vers une pragmatique description des pratiques institutionnelles¹⁷¹. En outre, feuilleter les tables d'après-guerre de la *Revue du droit public* rend compte du fait qu'elle n'ouvre plus ses colonnes aux réflexions de la philosophie (allemande) du droit. Elle est davantage tournée vers la description des nouvelles tendances du constitutionnalisme mondial. Enfin, le programme initial des *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridiques*, nées en 1931, montre que la nouvelle revue prétend « combler une lacune depuis longtemps constatée entre les recherches purement juridiques et les recherches purement philosophiques »¹⁷².

Or, l'engagement philosophique des temps de guerre et son lot de fractures épistémologiques sont particulièrement révélateurs du rôle que s'attribuaient alors les juristes. En effet, depuis la fin du XIXe siècle, les constitutionnalistes sont particulièrement impliqués dans le jeu politique. Ceci est vrai pour les légistes parisiens, nommés par le pouvoir en place, comme pour les « conseillers intimes » allemands évoqués par Barthélémy. Cela l'est encore pour les professeurs qui, tel Maurice Deslandres, aspirent à jouer le rôle de conseillers politiques dans l'adaptation des institutions de la République. Plus fondamentalement pour Léon Duguit, le juriste-sociologue intervient sur le même plan que le juge ou le législateur dans la mise à jour de la règle de droit objective. En effet, cette dernière est extérieure à l'État et doit être recherchée dans la société et non pas dans la loi formulée par le parlement. Le professeur de droit, comme le juge ou le législateur constatent l'existence d'une règle de droit considérée comme telle dans la masse des esprits¹⁷³. En conséquence, l'état du droit dépend pour partie de l'activité du jurisconsulte. C'est dans ce sens que peut se comprendre sa prescription, aux antipodes de la neutralité, suivant laquelle

« il faut que la science juridique puisse établir le fondement de cette limitation [de l'État par le droit], autrement cette science serait vaine et sans portée »¹⁷⁴.

Aussi, lorsque s'ouvre un front intellectuel où les professeurs allemands défendent le *Reich*, les publicistes français – en particulier Duguit – leur font face en les accusant d'avoir participé à la formation d'un régime absolutiste et belliqueux. Ils ne peuvent que penser que des systèmes – philosophiques et juridiques – d'appréhension de l'État, aussi neutres pussent-

¹⁷¹ O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* 2000.32.89.

¹⁷² *APD* 1931.7.

¹⁷³ Sur ce point, v. F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.*, p. 229.

¹⁷⁴ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 257. Un tel programme peut d'ailleurs être rapproché de celui de l'École historique de Savigny et ses disciples. Selon eux, la science du droit participe à la formation même du droit puisqu'elle procède à la « révélation » de son contenu dans la conscience populaire. Comme le juriste-sociologue, le juriste-historien est en partie responsable de l'état du droit et de la forme de l'État positifs. (v. O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, pp. 102 et s.).

ils être dans leur formulation, ont produit la « mentalité abominable de l'Allemagne contemporaine » observable à l'été 1914. Duguit mène deux types de critiques. La première consiste à rechercher les vices internes aux systèmes de pensées, leur faille logique¹⁷⁵. La seconde part du postulat suivant lequel, à l'instar de sa propre doctrine prescriptive, les propositions de ses ennemis ont contribué à former la « mentalité allemande » de 1914. Si cette dernière est condamnable, les constructions des légistes, voire des philosophes, le sont aussi.

Ce criticisme juridique, porté à son paroxysme durant la Grande guerre, est tombé en désuétude avec la disparition de la « vieille garde » des publicistes français. Outre la généralisation des descriptions pragmatiques dans le *Traité* de Barthélémy, l'accueil du kelsenisme et de sa neutralité axiologique, couplée à l'essor du positivisme de Carré de Malberg ont modifié le criticisme français¹⁷⁶. Ceci explique certainement les difficultés des publicistes français à se positionner en face du régime national-socialiste. Marcel Waline insistera sur le fait que la neutralité du juriste-positiviste ne lui interdit pas la dénonciation des dictatures à titre individuel – de non-juriste –, dans le cadre de sa liberté de citoyen¹⁷⁷. Or, dans un « exposé aussi objectif que possible »¹⁷⁸ de l'État et du droit nazi, cette critique pourra aussi n'être qu'esquissée du bout de la plume.

Dès lors, un dernier regard en arrière, jeté sur les attaques menées par les publicistes français montés au front intellectuel de 1914-1918, leur lot d'approximations scientifiques ou philosophiques, mais aussi leur manière de concevoir le droit constitutionnel comme un instrument de critique totale – juridique, philosophique et idéologique – rend plus saisissant ce qu'Henri Dupeyroux, l'un des élèves d'Hauriou, écrivait à la veille d'une nouvelle catastrophe :

« la fonction de juriste n'est plus qu'une vocation mutilée. On lui retire ce qui fait l'honneur même de sa profession et, selon la place que cette profession tient dans sa vie, une partie de sa raison de vivre [...] Science sans conscience n'est que ruine de l'âme ; cette parole, fleur de notre patrimoine spirituel est toujours de saison ; en bannissant du droit la notion de justice, en interdisant au juriste tout jugement de valeur, en le bornant à cultiver sa science, on travaillait à un étouffement de sa conscience favorable à toutes les apostasies [...] Par les chemins fallacieux de l'abstention prétendument scientifique et de l'agnosticisme pratique, c'est, tout droit vers les chemins du reniement que l'on a doucement entraîné l'actuelle

¹⁷⁵ Sur ce point, v. O. Jouanjan, « Duguit et les Allemands », *op. cit.*

¹⁷⁶ V. M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens...*, *op. cit.*, pp. 214 et s.

¹⁷⁷ M. Waline, « Défense du positivisme juridique », *APD* 1938.83.

¹⁷⁸ R. Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1937, p. 1.

génération. Sous le prétexte de ne rien juger, on l'a conduite à tout accepter ; à garder d'abord le silence, et puis à tout approuver avec chaleur »¹⁷⁹.

Jean-François Giacuzzo

Maître de conférences à l'Université de Poitiers et membre de l'Institut de Droit Public (EA 2623). Il est l'auteur d'une thèse sur *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », T. 283, 2014.

¹⁷⁹ H. Dupeyroux, « Quelques réflexions personnelles, en marge des "grands problèmes du droit" », *APD* 1938.31.