

Un essai non transformé (à propos d'un article de Paul Duez comme révélateur)

Il tient sans doute aux conditions historiques d'apparition du droit administratif que les théories y occupent une place importante : théories de la justification en l'absence de législation codifiée et organisée ; théories de l'explication en présence de décisions de justice qui préfèrent la brièveté de l'arrêt à la pédagogie de la motivation. La doctrine y a trouvé un inhabituel espace, au moins dans la sphère française, et d'une certaine manière l'idée qu'il y eut un âge d'or du droit administratif, idée doctrinale s'il en est, reflète les regrets de la doctrine quant à sa propre place perdue, et sa difficulté à s'affirmer et se renouveler dans un espace moins propice (il y a des lois, les questions sont plus complexes, les concepts essentiels du droit administratif méritent d'être interrogés...), plus qu'une réalité des normes.

La génération doctrinale qui a suivi celle de l'âge d'or souffre évidemment de la comparaison, sans doute plus que les générations suivantes, qui bénéficiant peut être de davantage de recul, ont su et pu redynamiser l'interrogation théorique en droit administratif, comme l'interrogation sur les théories – et je pense ici, à la fois d'un point de vue objectif et subjectif, avec émotion et gratitude, en premier lieu au dédicataire de ces lignes. Il n'est ni faux ni injuste de reconnaître que Jèze n'est déjà plus Duguit, que ni Renard ni Vedel ne poursuivent Hauriou, que les lois de Rolland sont aussi figées que fades comparées aux transformations du droit public¹ et à l'oscillation entre l'instituant et l'institué.² Ce moment doctrinal semble marqué ainsi par deux traits : la standardisation des idées, que l'on enferme dans l'évolution normative, tirant dans le meilleur des cas vers la maîtrise technique et le refus de l'explication (le fait de l'existence se suffisant, et interdisant aussi bien la dérive ontologique que la moindre considération critique), dans le pire vers la compromission politique et la confusion des genres ; et l'absence de fondements épistémologiques paralysant les tentatives pour aller contre cette marée. Beaucoup a été dit sur

¹ L. Duguit, *LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC*, Armand Colin, 1913.

² Sur lequel J.-A. Mazères, *La théorie de l'institution chez Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué*, *POUVOIR ET LIBERTÉ, ETUDES OFFERTES À JACQUES MOURGEON*, Bruylant, 1998, pp. 239-293

le premier point et il n'est pas sûr que la pensée de Paul Duez y échappe totalement. Mais c'est sur le second point qu'elle mérite, je crois, attention, non pour la vénérer (on verra qu'elle n'y incite pas), mais pour essayer plutôt de comprendre à partir d'une démarche individualisée les raisons d'un échec théorique collectif.

*

* *

Paul Duez débute sa contribution aux *Mélanges Carré de Malberg* en 1933 en indiquant que "*la théorie des droits publics individuels est un des aspects principaux du problème de la souveraineté de l'Etat*".³ Pourtant, il n'ambitionnait vraisemblablement pas d'élaborer une telle théorie (il ressort de à vrai dire de l'ensemble de ses écrits qu'il n'affectionnait pas les théories, mais en l'honneur de Carré de Malberg peut-être...) ; il s'en tenait prudemment, comme l'intitulé le rappelle : *Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels*, à un travail exploratoire autour d'une *définition*, présentée comme encore inachevée puisqu'il s'agissait d'une simple *esquisse*, et donc demeurant *a priori* bien éloignée de la rigueur scientifique à laquelle semblait devoir prétendre le qualificatif *réaliste* qui lui était accolé. Cette esquisse, ce premier jet, aurait pu, aurait dû, servir de guide à un travail approfondi ultérieur : l'annonce est pourtant restée sans effet et Duez n'a pas poursuivi dans cette voie. Seules nous intéresseront les raisons intellectuelles, en tant qu'elles paraissent liées à l'approche et à la méthodologie suivie par Duez, et qu'elles peuvent faire office de révélateur, au sens photographique, de sa pensée, comme au-delà, de celle de son temps qu'il incarne assez fidèlement.

Cet article constitue, du fait sans doute de la notoriété et de la relative disponibilité de son support, l'un des textes les mieux connus de Duez. Il n'est pas inutile néanmoins d'en rappeler brièvement la teneur et surtout la structure, parfaitement adaptées à la démarche entamée. On pourra juger cette démarche séduisante. Mais il faudra voir aussi qu'elle n'est pas toujours parfaitement maîtrisée ou déployée, ce qui laisse apparaître des flottements, et surtout débouche sur un résultat (la définition recherchée) au final décevant, y compris peut-être et surtout pour Duez lui-même.

*

* *

³ *Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels*, MÉLANGES R. CARRÉ DE MALBERG, Sirey, 1933, p. 113.

Le texte, d'une vingtaine de pages, est naturellement tout entier tourné vers la formulation d'une définition. Si logiquement cela n'est pas exempt d'une théorie duezienne sous-jacente des droits publics individuels, l'article ne cherche pas à l'exposer. Pour fonder sa définition, l'auteur a recours à une argumentation assez surprenante dans sa structure, qui se déroule en 4 temps, à l'importance inégale.

1) L'introduction est relativement succincte (3-4 pages); elle situe la démarche.

La théorie des droits publics individuels est un des aspects principaux du problème de la souveraineté de l'Etat. Elle implique la reconnaissance de limites juridiques à l'action de l'Etat, et notamment de droits propres à l'individu opposables à l'Etat. Certes, l'Etat peut venir à les écarter (hypothèse que Duez admet volontiers) : c'est par un coup de force, condamné par le droit.

L'auteur affirme ensuite qu'il existe deux séries de limitations à la souveraineté : les unes relèvent de la technique juridique, les autres de la croyance politique.

A partir de ces éléments, Duez peut formuler sa problématique : la doctrine des droits individuels relève d'abord d'une croyance politique, qui est celle du libéralisme, reposant à la fois sur leur affirmation comme droit et sur leur impérieuse réglementation pour assurer la liberté d'autrui ; mais elle relève aussi (et surtout d'un point de vue effectif) de la technique juridique, qui organise cette limitation et garantit de cette manière les droits. Duez constate qu'à son époque la croyance politique s'amenuise, qu'elle est contestée, alors même que la technique juridique s'est renforcée. C'est en s'attachant à ce relais des limitations à la souveraineté que Duez veut fonder sa définition.

2) Le deuxième temps de l'article est consacré à l'apport de la croyance politique : il en constitue l'essentiel, tant en volume (11 pages) qu'en intérêt.

Duez commence par situer la doctrine politique des droits par rapport à la Révolution française, et met en évidence leur commune inspiration individualiste, libérale et métaphysique. Il critique cette inspiration à la fois d'un point de vue logique et d'un point de vue sociologique.

Pour ce qui est de la logique, Duez s'attaque aux fondements rationnels de l'individualisme. Après avoir admis que la métaphore du contrat social ne prétend à aucune réalité de type historique, il affirme, sans doute trop rapidement, qu'elle ne peut non plus constituer le fondement logique de la société, puisque la notion même de contrat présupposerait une telle société. La critique des fondements de la souveraineté est une constante chez Duez ; il n'est pas sûr pourtant qu'elle ne repose pas ici sur une ambiguïté

entre le social et le politique⁴. Surtout, Duez dévoile la logique jusnaturaliste de telles doctrines qui obligerait à une reconnaissance juridique de droits supérieurs et antérieurs à l'Etat.

Sur le plan sociologique, il établit le constat de l'antinomie entre la réalité sociale, faite de collectif, de différenciation, et le *credo* individualiste.

Ensuite, Duez présente les nombreuses doctrines politiques contemporaines qui s'attaquent à cet individualisme. Il propose ici une typologie des doctrines de la limitation (essentiellement l'interventionnisme économique), des doctrines de la négation (le fascisme et le communisme) et des doctrines de l'altération (principalement le droit social, qui annonce, dans une même logique jusnaturaliste que la théorie des droits individuels, des droits qui ne commandent plus une simple abstention pour se transformer en créances)

Duez illustre ses propos en montrant l'effet possible de ces différentes doctrines dans la gradation du droit de propriété : droit absolu sous réserve du respect de la liberté d'autrui dans la conception individualiste, il est limité par le droit administratif (police de l'hygiène, de l'esthétique, du permis de construire, etc.) dans la conception interventionniste, ou par l'usage social (utilisation du bien, etc.) dans la conception des droits sociaux (et on est alors proche par exemple de l'analyse par Josserand des droits fonctions).

Surtout, et c'est là que la doctrine pourrait séduire, Duez affirme que ces conceptions politiques inspirent les autorités juridiques (juge, etc.) dans leur interprétation de la technique juridique.

3) C'est cette technique juridique qu'il envisage dans le troisième temps de l'article : il le fait rapidement (moins de 6 pages), ce qui pourra paraître curieux dans la mesure où il réaffirme immédiatement son postulat positiviste. "*Nous n'avons, écrit-il, considéré jusqu'ici que la croyance philosophico-politique à la base des droits individuels. Elle peut engendrer une proclamation solennelle, et ceux qui ont la prétention d'engendrer un nouvel ordre des choses tiendront à la formuler pour marquer clairement que les temps sont révolus et qu'un évangile nouveau est apparu. Mais au total, la proclamation solennelle n'a pas une bien grosse importance pratique pour le juriste, parce que la liberté simplement proclamée, mais non réglementée, non limitée, demeure inerte, à l'état théorique. Elle n'est qu'une promesse de liberté*"⁵. Ainsi se partagent les choses : la politique proclame les droits, mais seule l'organisation juridique est apte à les garantir. Vision on ne peut plus classique, et somme toute peu contestable. *So what ?*

Cette organisation repose aux yeux de Duez sur deux piliers : la garantie de la loi et celle du juge. On retrouve l'affirmation tout aussi

⁴ V. notamment les analyses d'Hauriou sur le contrat social d'une part, sur le contrat institution pré-juridique d'autre part, particulièrement dans les PRINCIPES DE DROIT PUBLIC (1910).

⁵ P. 126-127.

classique à l'époque des vertus du principe de légalité, d'autant plus fermement ici que Duez, comme on sait, ne croit pas au contrôle de constitutionnalité⁶, et que par ailleurs il se méfie de la simple réglementation (à cet égard, il propose une critique séduisante mais malheureusement peu développée de la loi de 1884 en ce qu'elle fonderait trop largement la police municipale⁷). L'intérêt réside dans le fondement qui est proposé de la prééminence de la loi : comme on pouvait s'en douter, après avoir lu la critique des fondements logiques de la souveraineté dans l'analyse de la croyance politique, ce n'est pas la volonté populaire, chère pourtant à Carré de Malberg, qui peut en être la raison ; c'est davantage la garantie qu'offre la procédure législative dans la réglementation des droits, grâce à la publicité qu'elle provoque, et au débat contradictoire qu'elle assure. Cette prééminence de la loi se renforce, là encore dans la logique de la perception doctrinale du principe de légalité, avec la garantie du juge : le recours, et essentiellement le recours en légalité devant le Conseil d'Etat, est perçu comme un des deux éléments essentiels de la technique juridique protégeant les droits individuels.

4) Tout ceci débouche dès lors, de manière il faut bien le reconnaître assez abrupte, sur un quatrième et dernier temps de l'article, justification de la démarche adoptée : la formulation d'une définition juridique des droits publics individuels. Elle est extrêmement courte, et se veut synthétique : les droits publics individuels sont *"des pouvoirs de nature légale et réglementaire reconnus à l'individu, garantis par un contrôle juridictionnel, et qui reposent sur cette croyance politique d'être, dans leur principe, supérieurs aux gouvernants chargés seulement de les organiser en vue des nécessités de la vie en commun"*⁸.

Voilà qui laissera perplexe. La définition ne semble pas briller par son originalité, alors que sa structuration en deux étages (la technique juridique, à laquelle se surajoute la référence à la croyance politique) ne paraît pas épistémologiquement incontestable. Le résultat paraît loin des promesses que semblait pouvoir porter la démarche.

*

* *

Car ce qui est intéressant dans cette démarche, sans être pour autant follement original, c'est bien cette volonté de donner une réponse juridique à la question des droits de l'homme dans un contexte particulier : celui de la doctrine française des années trente du siècle dernier. Mais ce qui fait assurément défaut aussi, c'est le fondement scientifique de l'ensemble.

⁶ Cf. son analyse dans les MÉLANGES MAURICE HAURIOU.

⁷ P. 129

⁸ P. 132-133.

Si la question des droits de l'homme revêt une telle importance pour la doctrine dont fait partie Duez, c'est d'abord en raison de considérations sur le droit positif : il n'y a pas d'organisation d'un contrôle de constitutionnalité permettant de limiter l'action du législateur, et Duez ne semble pas réellement le souhaiter ; la constitution de 1875 est courte, traitant de questions qui peuvent apparaître pratiques (les relations entre les pouvoirs), et reste silencieuse sur les droits ; la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 demeure le seul texte pertinent, mais sa valeur juridique est plus qu'incertaine.

C'est ensuite du fait de considérations politiques : des courants hostiles à la démocratie républicaine émergent d'une part, alors que des revendications nouvelles en terme de droits se généralisent (la question sociale); et d'autre part l'administration ne se cantonne plus dans des tâches traditionnelles (l'époque est celle des tentatives de socialisme municipal, et de la jurisprudence qui tente de le contenir⁹) ; toutes choses dont on a vu que Duez a longuement conscience.

C'est enfin en raison de l'apparition d'exigences méthodologiques dans l'analyse du droit, qui ne permettent plus ni de s'en tenir à une affirmation individualiste de principe, ni de se référer sans explication à un droit supérieur : le positivisme moderne oblige à refonder l'analyse, dans le sillage (ou par la critique) en France des ouvrages de Carré de Malberg, ou de la thèse d'Eisenmann.

Deux grandes lignes peuvent dans cette perspective parvenir à proposer une vision juridique des droits : une ligne relativement classique, du moins en France, se fonde sur une liaison entre droit et croyance politique ; à l'opposé, une ligne plus moderne refuse cette liaison et en tire les conséquences logiques.

La première ligne est celle d'Hauriou, avec le lien qu'il établit entre la constitution sociale et la constitution politique¹⁰, ou avec la théorie de l'institution¹¹ ; la protection des droits apparaît comme une des raisons de l'organisation juridico-politique ; la théorie propose dans cet esprit une vision juridique des droits qui ne sont pas supérieurs et antérieurs à l'Etat — et l'on voit à cet égard que la critique logique qu'entend adresser Duez aux théories contractuelles de la souveraineté ne peuvent concerner Hauriou —, mais consubstantiels à l'Etat. Avec des variantes importantes, et surtout davantage de poids semble-t-il aux yeux de Duez, cette ligne est aussi celle de Duguit,

⁹ CE, sect., 30/5/1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*.

¹⁰ PRÉCIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 1929, particulièrement 4^{ème} partie, dont le livre premier s'intitule : *Les bases de la constitution sociale (les Droits individuels)*.

¹¹ *La théorie de l'Institution*, CAHIERS DE LA NOUVELLE JOURNÉE, 1925. Rapp. E. Millard, *Hauriou et la théorie de l'institution*, DROIT ET SOCIÉTÉ, n° 30/31, 1995, pp. 381-412.

dans la hiérarchie qu'il construit entre droit positif et règle sociale bien sûr, mais aussi dans l'affirmation que la Déclaration de 1789 fait partie intégrante du droit positif, et est revêtue d'une valeur supérieure aux lois constitutionnelles de 1875.

La seconde ligne est celle d'Eisenmann qui, dès sa thèse en 1928, s'est attaché à réfuter la démonstration de Duguit en montrant qu'elle n'est pas fondée en droit, et qu'elle résulte purement et simplement d'une nécessité politique. C'est aussi celle de Carré de Malberg¹². Celui-ci procède à la même critique qu'Eisenmann. Il démontre la liberté juridique du parlement. Il propose une définition générique des droits : ce sont "*des pouvoirs juridiques individuels susceptibles d'être invoqués par les intéressés devant un juge et de faire l'objet d'une reconnaissance juridictionnelle qui en assure le respect*"¹³ ; définition dont il faut de suite relever l'identité matérielle à la première partie de la définition que propose Duez en 1933, la partie traitant de la technique juridique. Carré de Malberg en déduit que les droits de l'homme sont davantage des énoncés de principe que des droits véritables sous la constitution de la III^{ème} République.

Peu importe de trancher entre ces deux lignes : cela obligerait à mobiliser toute une série de considérations théoriques et métathéoriques qui n'ont pas leur place ici ; simplement faut-il admettre que ces deux lignes ont leur propre logique, qu'elles dévoilent deux postures radicalement différentes, et qu'elles ne peuvent dès lors être impunément adoptées partiellement ou simultanément.

Duez ne s'attarde pourtant pas sur leurs fondements épistémologiques, pas plus qu'il n'adopte clairement l'une ou l'autre des postures. Car dans ce débat sur les droits publics individuels — et on a envie tout de suite de dire : avec une grande partie de la doctrine de l'entre-deux-guerres — il semble vouloir concilier l'inconciliable. Il semble vouloir suivre l'évidence logique du positivisme sans renoncer à la prise en compte du social qu'incarnent les deux grandes théories d'Hauriou et surtout (à ses yeux encore une fois) de Duguit. Sans parvenir à se rallier logiquement (contre le positivisme) à une démarche de connexion, il ne parvient pas à se détacher de ce qui lui apparaît dans cette démarche comme politiquement sécurisant (l'humanisme pour faire court), dans un environnement susceptible de devenir hostile à la tradition politique française ; alors que le relativisme politique du positivisme semble (déjà ? 1933...) suspect.

Avec une grande partie de la doctrine : ce que tente ici de faire Duez, d'autres l'avaient déjà tenté. Notamment son maître Gaston Jèze, et particulièrement lors d'un débat en présence de Duez, de Duguit, et de Kelsen, le 22 octobre 1928, à l'Institut International de Droit Public¹⁴.

¹² CONTRIBUTION À LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT, t. II (1922), spéc. p. 568 et s. ; LA LOI EXPRESSION DE LA VOLONTÉ GÉNÉRALE, 1931, p. 119 et s.

¹³ LA LOI, *op. cit.*, p. 120

¹⁴ ANNUAIRE DE L'INSTITUT INTERNATIONAL DE DROIT PUBLIC, 1929.

Jèze avait alors proposé une démarche comparable à celle de Duez, à propos des libertés : partant d'une critique de la métaphysique rousseauiste, il insistait sur la nécessité juridique d'organiser la liberté, en la limitant, donc la garantissant, soit par l'établissement d'une constitution rigide, soit par la force de la procédure législative, appuyées dans les deux cas par le recours juridictionnel¹⁵. On retrouve tout cela, mais on a dit combien cela était classique et donc relativement banal, cinq ans plus tard chez Duez.

Cette analyse débouchait chez Jèze sur une définition extrêmement vague des droits. Elle avait appelé une critique de Kelsen (que l'on attendait assurément, même si elle est très indirecte)¹⁶ ; elle avait surtout suscité l'hostilité déclarée de Duguit¹⁷, ce qui n'étonnera que ceux qui veulent voir dans l'École de Bordeaux les disciples de son présumé fondateur, mais ce qui pouvait aussi légitimement interpeller ceux qui s'estimaient plus ou moins justement de tels disciples¹⁸.

S'il faut se risquer à une hypothèse, je dirais que Duez ici reprend la démarche de Jèze, pour essayer de parvenir à une meilleure définition. Il le fait en tenant compte des critiques que Duguit et Kelsen avaient directement adressées à Jèze, et celles que l'on pouvait deviner des écrits antérieurs de Carré de Malberg. La définition de Duez est ainsi fondée sur une analyse qui veut rester fondamentalement jézienne, mais qui laisserait place (en le critiquant parfois) au positivisme juridique de Carré de Malberg (le dédicataire de l'article, ne l'oublions pas) comme au positivisme sociologique de Duguit. Mais l'exercice est sans doute trop délicat pour pouvoir être traité en quelques pages, et au seul moyen d'une définition : en tous les cas, Duez ne se donne pas les moyens scientifiques de le réussir.

C'est là je crois qu'il faut s'arrêter sur le terme à mon sens le plus important de l'intitulé : *réaliste*. Duez se revendique réaliste dans pratiquement tous ses écrits, et notamment lorsqu'il propose une première analyse des actes de gouvernement¹⁹ ou lorsqu'il s'interroge sur le contrôle de constitutionnalité²⁰. Pour autant, il ne donne jamais réellement une définition de ce réalisme ; il faut la déduire de ses écrits et de ses approches : notamment ici dans le premier temps de l'article, alors qu'il présente sa

¹⁵ *Op. cit.* pp. 162 et s.

¹⁶ A propos de l'intérêt général : *op. cit.* p. 209.

¹⁷ *Op. cit.* p. 204 : "M. Duguit déclare qu'il ne peut souscrire aux idées de [G. Jèze] : il existe des règles supérieures aux gouvernements ; certes, les gouvernants sont les plus forts. Mais c'est le rôle des juristes d'établir des règles de droit qui s'imposent à eux.... M. Duguit proteste contre la doctrine de M. Jèze".

¹⁸ On pourrait dire assurément la même chose d'Hauriou. V. notamment E. Millard, *Les disciples administrativistes d'Hauriou*, REVISTA OPINIÃO JURÍDICA, Fortaleza, ano III, n. 6, 2005.2, pp. 373-392.

¹⁹ ANNUAIRE DE L'INSTITUT INTERNATIONAL DE DROIT PUBLIC, spéc. p. 41.

²⁰ MÉLANGES MAURICE HAURIOU.

démarche, et malgré l'usage du terme dans l'intitulé, il ne fournit nulle explication, nulle justification.

On peut commencer, assez aisément, par dire ce que n'est pas le réalisme de Duez : ce n'est pas le courant que les juristes désormais connaissent comme réalisme, et auquel se rattachent notamment un courant réaliste américain²¹ (Llewelyn,²² etc.) et surtout les écrits réalistes scandinaves d'Hägerström, de Ross²³, ou d'Olivecrona. Certes, en forçant le trait, on pourra toujours voir des similitudes dans les deux approches : par exemple le désir de parler du droit réel (*Law in action, Law as fact*), ou l'importance accordée à la place du juge dans l'analyse du juridique, ou encore la volonté de tenir compte de l'inspiration politique des décisions de justice. Mais il manque à Duez ici une systématisation et une épistémologie du droit qui, justement, caractérisent le réalisme juridique, au moins dans ses déclinaisons européennes,²⁴ et qui commandent une démarche rigoureuse autorisant peut-être à se réclamer d'une science du droit. Il manque une inscription claire et fondée dans le positivisme.²⁵

Le réalisme de Duez est seulement une réaction première, une position négative qui s'opposerait à la métaphysique, et que lui-même croit pouvoir rattacher, de manière assez discutable, à l'Ecole de Bordeaux²⁶. Ce réalisme veut ainsi remettre en cause la rationalité explicative du contrat social pour protéger les droits (conception métaphysique²⁷), refuse la simple affirmation politique et veut énoncer clairement des concepts. Il commande le choix nécessaire de la définition. En cela la démarche est séduisante, la volonté incontestable. Et Duez se rattacherait assez facilement à l'inspiration du positivisme moderne.

Mais ce n'est pas le cas car le réalisme n'est pas pour Duez une version du positivisme. Le réalisme premier et négatif ne commande pas

²¹ Pour une étude d'ensemble : F. Michaut, *L'ÉCOLE DE LA SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE ET LE MOUVEMENT RÉALISTE AMÉRICAIN*, Nanterre, 1985.

²² Qui pourtant se réclame de Gény, et d'une certaine doctrine française (sur laquelle Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *LA DOCTRINE*, Dalloz, 2004)

²³ A. Ross, *ON LAW AND JUSTICE*, Londres, 1958. Introduction à l'empirisme juridique, LGDJ, 2004.

²⁴ V. E. Millard, *Réalisme in St Rials et D Alland*, *DICTIONNAIRE DE LA CULTURE JURIDIQUE*, PUF, 2003.

²⁵ Rappr. E. Millard, *THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT*, Dalloz, 2006.

²⁶ *TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF*, Dalloz, 1952, p. 181, note 1. Non que Duguit ne s'estime pas réaliste. Mais parce que le réalisme de Duguit ne part pas des mêmes prémisses que celui de Duez. Alors que, dans cette note, Duez annonce qu'il voit en Duguit le fondateur d'une supposée école réaliste à laquelle il dit appartenir avec Jèze, Rolland, voire Scelle (la citation de ce dernier amenant à soulever la question de savoir si l'école réaliste dont il est ici question est identifiable à l'Ecole de Bordeaux) .

²⁷ On se rappelle à cet égard que Duez voyait en Duguit, et à juste titre, le grand pourfendeur de la souveraineté.

nécessairement à ses yeux la démarche positive d'une réflexion épistémologique. Au contraire, le positivisme lui apparaît presque comme un avatar du réalisme qu'il prône : "*le réalisme poussé chez certains jusqu'au positivisme*" écrit-il²⁸. A cet égard on voit bien que le refus de l'axiome de la loi expression de la volonté générale par Duez est une critique logique qui veut réfuter le positivisme de Carré de Malberg ; mais elle fait suite à la critique adressée à la doctrine individualiste pour dénoncer le jusnaturalisme métaphysique attaché au contrat social : dans les deux cas, et avec Duguit, c'est certes la notion de souveraineté qui est en jeu ; mais dans les deux cas, c'est surtout d'une théorie ou d'une métaphysique, et de leur nécessaires implications logiques, que Duez se méfie.

Pour le dire dès lors de manière synthétique, il semble que pour Duez le positivisme, appréhendant la connaissance du droit à partir de la connaissance empirique des règles du droit positif, ne permette plus qu'une connaissance qui, pour rester essentielle, est devenue insuffisante ; il faudrait continuer à lui surajouter une connaissance des normes sociales (connaissance positiviste sans doute : il n'est pas question d'intégrer à proprement parler une problématique évaluative) ; ainsi la connaissance du droit résulterait à la fois d'un regard interne (juridique) et d'un regard externe (sociologique)²⁹.

La projet est loin d'être sans intérêt. Il mériterait même une attention particulière. Mais on aurait souhaité davantage qu'une énonciation implicite : on ne peut faire ici l'économie d'une réflexion épistémologique, argumentée et développée. Duez ne la mène pas. Le réalisme auquel il prétend se limite donc à l'affirmation (jamais justifiée) du recours à un double positivisme : le positivisme juridique (la connaissance du droit comme ensemble de normes) et le positivisme sociologique (la connaissance du droit comme fait social, comme norme sociale).

Et c'est là que le bât blesse. Car Duez, à vouloir être deux fois positiviste, finit bien sûr par ne pas l'être du tout. Pour Carré de Malberg comme pour les autres positivistes, toute dimension non juridique (par exemple : la référence à une norme sociale) est superfétatoire à la connaissance juridique (elle ne peut rien apporter, et au contraire elle est susceptible de fausser le regard). Mieux, pour les réalistes, la réduction du normatif à l'empirique pourrait supprimer la pertinence d'un tel dédoublement³⁰.

Pour autant, Duez ne parvient pas non plus à retrouver la problématique d'un Duguit, duquel il croit s'inspirer : un positivisme

²⁸ MÉLANGES CARRÉ DE MALBERG, p. 118-119.

²⁹ V. par exemple la contribution de Duez dans les MÉLANGES MAURICE HAURIU, particulièrement p. 217.

³⁰ Le droit est un ensemble de normes, mais la norme est appréhendée comme un fait empirique ; le positivisme est alors le moyen de la connaissance empirique juridique du droit - fait social.

sociologique (la prise en compte de la norme sociale) certes ; mais tout autant une approche de type jusnaturaliste (la subordination de la validité du droit positif à cette norme sociale) ; les deux regards pouvant alors se fondre dans une théorie qui est peut-être critiquable³¹, mais qui se révèle unitaire, construite et finalement plus solide : dans laquelle le recours à la dimension sociale est argumenté comme essentiel à la connaissance juridique.

Cette adhésion mal assumée de Duez au positivisme juridique, qu'accompagne le refus politique (et simplement politiquement fondé) de se départir du regard social, traduit en réalité une posture pseudo-positiviste : j'entends par là une posture clairement dogmatico-doctrinale — une approche voulant relever de la science juridique donc et non de la sociologie du droit, qui constituerait une autre démarche possible, mais avec un objet différent — ; une posture qui donne lieu à un exposé des règles juridiques sans se fonder ouvertement sur une théorie des valeurs comme les écoles du droit naturel ; mais une posture qui ne procède pas pour autant d'une réflexion épistémologique (le positivisme comme connaissance empirique) guidant la construction d'une théorie du droit (normativisme, réalisme, certaines approches institutionnalistes, etc.) apte à fournir les concepts explicatifs (droits publics individuels par exemple) mobilisables par ce discours dogmatico-doctrinal. Le résultat est au mieux simplement tautologique (l'exégèse du droit qui prétend rendre compte de son objet en le reproduisant), au pire, d'un point de vue épistémologique, mâtiné de considérations sociologiques ou politiques (aussi respectables et fondées puissent elles être *per se*) sans que la légitimité scientifique de cette grille ne soit fournie ni même examinée.

S'il s'agit pour Duez, comme cela ressort de la lecture, de conjuguer l'approche de Carré de Malberg et celle de Duguit, la posture est intenable : ces approches sont contradictoires et inconciliables, puisqu'aussi bien la référence à la norme sociale, conçue comme différente de la norme de droit positif, ne peut-être en même temps superfétatoire (positivisme juridique) et indispensable (positivisme sociologique). Sauf, comme certains réalistes, à en venir à confondre les deux normes ; ou comme Duguit à renoncer au positivisme juridique, parce que c'est la condition de son positivisme sociologique.

Cette conjugaison contradictoire apparaît clairement dans la définition, qui commence par une affirmation juspositiviste : les droits publics individuels sont "*des pouvoirs de nature légale et réglementaire reconnus à l'individu, garantis par un contrôle juridictionnel*", presque identique à celle que proposait Carré de Malberg, et qui pourrait se suffire à elle-même ; et se poursuit par une prise en compte sociale voulue comme duguiste ("*C'est le rôle des juristes d'établir des règles de droit qui s'imposent aux*

³¹ V. à cet égard la contribution de M. Waline dans ces mêmes MÉLANGES CARRÉ DE MALBERG : *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, pp. 519-534.

gouvernements" disait Duguit à Jèze³²), mais qui n'est pas (comme elle le serait chez Duguit) indissociable de la première partie de la définition : "*et qui reposent sur cette croyance politique d'être, dans leur principe, supérieurs aux gouvernants chargés seulement de les organiser en vue des nécessités de la vie en commun*"³³.

Lorsqu'après avoir essayé de suivre Duez on parvient avec lui à ce terme et à ce compromis, naît, pour le lecteur comme semble-t-il pour l'auteur, un sentiment de déception.

*

* *

On retrouve certes des idées majeures de Duez dans cet article.

C'est avant tout une étude valorisant la technique juridique, même si elle n'est pas longuement traitée. Et cette technique juridique est conçue essentiellement comme procédurale. L'affirmation des droits ne veut notamment rien dire en soi pour le juriste, et la protection ne provient que de la limitation qu'organise le droit en pratique. Duez croit à la force de la loi parce qu'il croit aux bienfaits de la publicité qui entoure le débat parlementaire pour garantir les libertés publiques. Il fait preuve d'une profonde révérence envers le Conseil d'Etat et il voit dans le recours pour excès de pouvoir l'élément principal d'une doctrine des droits publics individuels.³⁴

C'est ensuite une étude très critique à l'égard de l'individualisme métaphysique.

Toutes choses qui sont longuement développées notamment dans ses études sur les actes de gouvernement³⁵, comme dans le *Traité de droit constitutionnel*³⁶.

Il reste que la définition de Duez n'apporte rien de plus que celle, positiviste, de Carré de Malberg par exemple.

La référence à la croyance politique paraît inutile car elle n'apporte immédiatement rien de plus du point de vue juridique. Au contraire, elle obscurcit la définition en intégrant sans raisons démontrées des éléments non juridiques.

Pourtant, cet ajout pouvait être opératoire. Duez se serait alors inscrit, comme cela a été dit, dans la même ligne de recherche que Duguit ou

³² ANNUAIRE DE L'INSTITUT INTERNATIONAL DE DROIT PUBLIC, 1929.

³³ *Op. cit.*, p. 132-133.

³⁴ Il faudrait faire crédit à Duez en cela d'une forme de modernité, car finalement rien de ceci ne fait "*autre siècle*" et ce sont là des vertus dans laquelle se reconnaîtrait encore une partie de la doctrine actuelle, administrativiste ou constitutionnaliste, toutes choses égales par ailleurs.

³⁵ P. Duez, LES ACTES DE GOUVERNEMENT, Dalloz 2006

³⁶ Joseph-Barthélémy & Duez, TRAITÉ DE DROIT CONSTITUTIONNEL, Dalloz, 1933.

Hauriou, voire même, pour d'autres raisons, que certains positivistes comme les réalistes scandinaves. Cela aurait signifié que la croyance politique a une fonction juridique, soit qu'elle fonde le droit, soit qu'elle joue comme détermination de l'interprétation normative par exemple : une idéologie normative. Et il faut alors montrer cette fonction. Ce que ne fait pas, ici ou ailleurs, Duez : car au fond une telle hypothèse n'est pas la sienne ; car Duez se l'est interdit, dans l'article lui-même.

En étudiant la croyance politique, il écrivait en effet : "*la doctrine classique des droits publics individuels se ramène à une croyance politique dans la vertu d'un certain régime qui n'a rien de juridiquement impératif quant à son établissement. Nous maintiendrons ce régime si nous le croyons utile ; nous le supprimerons totalement ou partiellement au profit d'un autre si nous n'avons plus foi en son utilité. Scientifiquement, on ne peut rien dire de plus. Et c'est rendre un mauvais service à la doctrine individualiste que de vouloir la défendre en la présentant simplement comme une nécessité juridique : on court tout droit à l'échec*"³⁷.

On ne saurait être plus clair et les positivistes n'ont jamais rien dit d'autre. Mais alors pourquoi dans la définition juridique cette référence à la croyance politique dès lors qu'il s'agit de fonder une définition scientifique, et que cet élément de la définition est assumé comme non scientifique (i.e. : sa fonction n'est pas appréhendé scientifiquement) ?

Cette contradiction, résultant finalement d'une renonciation à la vérification de l'hypothèse, est d'autant plus visible qu'il y a au moins deux moments dans la démarche de Duez où la croyance politique aurait pu aisément être liée à une fonction juridique.

C'est le cas lorsque Duez évoque dans l'étude de la technique juridique la garantie du juge. Il ne voit qu'indirectement la place du juge judiciaire à propos de l'exception d'illégalité ; il ne consacre pas un mot à la voie de fait et à la protection judiciaire de la liberté. On sait que dans le *Traité de droit administratif*³⁸, il sera critique vis-à-vis de ce principe. Pourtant, il y aurait eu avantage à étudier ici la liaison entre une croyance politique (le juge judiciaire meilleur protecteur car apparaissant moins lié à l'Etat, pour faire court) et une technique de protection.

C'est aussi le cas à propos des principes non écrits qui, s'ils ne s'appellent pas encore *Principes généraux du droit* (notion que de manière très révélatrice le *Traité de droit administratif* après guerre ignorera superbement), naissent avec le droit administratif moderne : le rôle du juge dans la protection des droits des administrés aurait pu être éclairé par la définition proposée, comme il aurait pu la conforter.

Pour être très duézien dans l'approche, l'article fait paradoxalement figure d'exception dans le travail de Duez.

³⁷ *Op. cit.*, p. 120.

³⁸ TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF (avec G. Debeyre), Dalloz, 1947.

L'idée que véhicule la définition, même comprise dans le sens ambigu de l'auteur, n'était pas annoncée dans les oeuvres antérieures ou contemporaines : ni dans les *Mélanges Hauriou* avec l'analyse du contrôle de constitutionnalité, ni dans le *Traité de droit constitutionnel* à l'occasion de l'examen de la valeur des déclarations de droits ; deux matières pourtant évidemment liées à la doctrine des droits publics individuels.

L'esquisse de définition ne sera pas poursuivie, et Duez préférera l'oublier. Il n'y revient pas dans sa théorie des *Actes de gouvernement* (1935). Surtout, dans le *Traité de droit administratif*, cette théorie de la doctrine des droits publics individuels fait seulement l'objet, en tant que telle, d'une courte note³⁹ : celle-ci ne retient de la théorie que la croyance politique dont le déclin inéluctable est affirmé ; la technique juridique, quant à elle, est très classiquement étudiée à l'occasion de l'examen de la police administrative ou du juge.

Les deux éléments de la définition sont ainsi dissociés. La dimension ayant trait à la croyance politique est expurgée. Cela condamne visiblement d'une part la définition "réaliste" de 1933 : seule est juridique la première partie, celle du courant positiviste. D'autre part, cela conduit à douter intellectuellement de l'entreprise menée autour d'une théorie des droits publics individuels, puisque la partie juridique s'intègre de son côté sans difficulté, au moins dans l'esprit de Duez, sinon du lecteur qui peut ne pas toujours être convaincu par les choix qui guident le *Traité* (mais ce n'est pas là mon propos), dans les chapitres classiques du droit administratif, et que donc est admis de ce fait, et mieux démontré par Duez lui-même, l'inutilité que représente dans sa démarche la référence à la croyance politique pour la connaissance du droit.

On apprend plus sur la démarche de Duez dans cet essai en suivant les raisons de son échec, qu'en recherchant d'illusoires apports auquel l'auteur lui-même semble avoir renoncé. Sans doute est-ce dû au fait que cette démarche est menée malgré tout honnêtement : Duez tente quelque chose ; il le fait avec sa méthode et ses convictions qui nous apparaissent clairement ; il échoue dans sa tentative et renonce, ne voulant renoncer ni à sa méthode, ni à ses convictions. Ce moment de la recherche éclaire *a contrario* les travaux de Duez, et plus généralement d'une grande partie de la doctrine de son époque⁴⁰, qui a du mal, comme lui, à se situer entre les intuitions géniales mais parfois bien peu scientifiques d'un Duguit ou d'un Hauriou, et l'austère rigueur du positivisme.

Eric Millard

Professeur de droit public

³⁹ *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁰ L'école que l'on dit de Bordeaux, comme celle que l'on dit de Toulouse, n'ont pas échappé à ce grand écart.

*Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074, CNRS-Université Paris
X Nanterre)*