

Armel Le Divillec

## Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes de Heinrich Triepel

*Staatsrecht und Politik* [Droit de l'Etat et politique]. *Rede beim Antritt des Rektorats der Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1927, 40p.*

*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* [Essence et développement de la juridiction constitutionnelle d'Etat], *in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, tome 5, 1929, p 2-28 <sup>1</sup>.

**H**einrich Triepel (1868-1946) <sup>2</sup>, né à Leipzig, dans une famille bourgeoise protestante, fut l'un des juristes publicistes les plus respectés de son temps. Il effectue ses études de droit à Fribourg-en-Brisgau puis à Leipzig où il obtient le titre de docteur en droit en 1891. Il présente sa thèse d'habilitation sur l'interrègne en 1892 <sup>3</sup> et devient *Privatdozent* à l'Université de Leipzig en 1893 puis professeur extraordinaire en 1899 dans cette même université. Il est appelé à une chaire de plein exercice l'année suivante à l'Université de Tubingue, qu'il quittera en 1909 pour celle de Kiel, avant d'être appelé à la prestigieuse Université de Berlin en 1913 où il terminera sa carrière active en mars 1935. Membre (peu actif, semble-t-il) plutôt modéré (il est un *Vernunftsrepublikaner*, un républicain de raison) du parti de droite DNVP sous la République de Weimar, il se tient en retrait, en « émigration intérieure » (R. Smend), sous le Nazisme. Parmi d'autres tâches, il fut co-directeur, entre 1919 et 1934, de la plus importante revue allemande de droit public, l'*Archiv des öffentlichen Rechts* (fondée par Laband) et joua

---

<sup>1</sup> *Jus Politicum* publiera dans quelque temps une traduction française de ces deux textes. Nous adressons nos remerciements aux éditions de Gruyter, ainsi qu'aux professeurs Helmuth Schulze-Fielitz (président de l'Association allemande des professeurs de droit public) et Armin von Bogdandy (directeur de l'Institut Max Planck de Heidelberg) pour leur soutien dans la publication de ces textes.

<sup>2</sup> V. sa biographie par Ulrich GASSNER, *Heinrich Triepel, Leben und Werk*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999. V. également : A. HOLLERBACH, « Zu Leben und Werk Heinrich Triepels », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 91, 1966, p 417-441 (avec une liste complète de ses écrits, p 551-557). R. SMEND, « H. Triepel », *Festschrift G. Leibholz*, Tubingue, Mohr, 1966, t. II, p 107-120.

<sup>3</sup> *Das Interregnum. Eine staatsrechtliche Untersuchung*, Leipzig, Hirschfeld, 1892.

un rôle majeur dans la fondation, en 1922, de l'Association des professeurs allemands de droit public, dont il fut le premier président. Il était « la figure spirituelle et moralement dominante de la corporation », comme l'écrit Smend.

Son nom est plus particulièrement connu, du moins hors d'Allemagne, pour ses travaux en droit international public<sup>4</sup>, qui ont dominé la première partie de sa carrière, et notamment sa défense de la thèse « dualiste » des relations entre le droit interne et le droit international<sup>5</sup> ou bien encore sa théorie de la fusion des volontés (*Vereinbarung*) comme fondement du droit international. Sous le nazisme, il publie une grosse monographie sur l'hégémonie qui est une réflexion de grande ampleur sur les relations internationales et sur l'impérialisme<sup>6</sup>. Mais Triepel n'en a pas moins livré plusieurs contributions importantes dans le domaine du droit interne, notamment du droit constitutionnel : ainsi sur le fédéralisme (*Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tubingue, 1907), la « surveillance (tutelle) fédérale » et le problème des mutations constitutionnelles (*Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlin, 1917), sur les litiges entre le Reich et les Etats fédérés selon l'article 19 de la Constitution de Weimar (« Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Art. 19 der Weimarer Verfassung », *Festgabe W. Kahl*, 1923, t. II, p 51-118). Ont fait, en outre, autorité ses travaux sur l'application du principe d'égalité au législateur (*Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien. Ein Rechtsgutachten*, Berlin, De Gruyter, 1924), sur les partis politiques (*Die Staatsverfassung und politische Parteien*, 1927) ou encore sur le problème des « dérogations à la constitution » (*Verfassungsdurchbrechungen*) et les limitations matérielles à la révision de la constitution (« Das Abdrosselungsgesetz », *Deutsche Juristen-Zeitung*, t. 12, 1926, p 845-848). On peut dire que les juristes allemands contemporains redécouvrent Triepel, comme en témoignent non seulement la biographie de Gassner, mais aussi les pages élogieuses que lui consacre Christoph Schönberger dans sa thèse d'habilitation où il le

---

<sup>4</sup> Il dirigea, à partir de 1909, le célèbre *Nouveau recueil général de traités* initiée par de G. de Martens.

<sup>5</sup> Qu'il développe dans son ouvrage *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899 (trad. fr. R. Brunet : *Droit international et droit interne*, Pédone, 1920) puis dans son cours à l'Académie de La Haye (« Les rapports entre le droit interne et le droit international », *Recueil des cours 1923*, t. I, Paris, Hachette, 1925, p 73-121). Sur ce point déjà, il s'opposait à Kelsen, qui insistait plutôt sur l'unité logique entre les deux (« Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Acad. dr. int., Recueil des cours*, t. 14, 1926, p 227-331.).

<sup>6</sup> *Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart, Kohlhammer 1938 (rééd. 1961).

présente comme un auteur « modèle » pour comprendre la question fédérale<sup>7</sup>. Au fur et à mesure de sa carrière, Triepel s'éloigne du positivisme labandien qui a inspiré sa formation, pour faire une place croissante aux considérations historiques et politiques dans son appréhension du droit. A ce titre, il participe d'un courant plus large de remise en question de la séparation radicale entre droit et politique, position qu'illustrent les deux textes présentés ici.

---

<sup>7</sup> *Unionsbürger*, Tübingen, Mohr, 2006, p. 19-20.

***Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritte des Rektorats der Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1927.***

Le premier texte est la version écrite du discours de prise des fonctions de *Rektor* (président) de l'Université de Berlin en 1926-27. Comme le relève Carlos Miguel Herrera, « on peut considérer que ce *Rektoratsrede* constitue une sorte d'acte officiel de la critique du positivisme kelsénien, qui avait commencé quelques années auparavant »<sup>8</sup>. Mais ce *Droit de l'Etat*<sup>9</sup> et *politique*, qui est aussi un vaste tableau d'ensemble de la pensée juridique allemande, procède plus largement à un examen critique de la tendance dominante chez les publicistes inaugurée par Gerber et prolongée par Laband<sup>10</sup> et dont Kelsen ne serait, au fond, qu'un épigone plus radical encore.

Le rapport de la politique avec le droit public est au cœur du propos de Triepel, qui commence par relever que, longtemps, les universitaires publicistes allemands étaient simultanément engagés dans l'action politique (ainsi par exemple de Gneist, Stahl et Mohl). Plus encore, par delà leurs différences, ils plaçaient « leur savoir scientifique dans une liaison étroite avec des objectifs politiques » (p 7). Ceci cessa à partir du dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle, précisément celui où se développe une nouvelle école, initiée par Gerber, celle qui prétendait construire une « véritable

---

<sup>8</sup> Pour une analyse plus approfondie du texte de Triepel et sa mise en perspective, le lecteur est invité à se reporter à : C.M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, p 92-96 et « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in J.-F. KERVEGAN (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, Lyon, ENS Editions, 2002, p 87-112.

<sup>9</sup> Rappelons cette particularité du vocabulaire académique allemand de privilégier souvent le terme de *Staatsrecht* (littéralement « droit de l'Etat »), qui désigne tantôt tout le droit public (*öffentliches Recht*), tantôt seulement le droit constitutionnel (*Verfassungsrecht*). Cet indice d'un réalisme conceptuel autour de la notion d'Etat (l'Etat comme objet de science serait ainsi « réifié ») révèle un paradoxe : la conception stato-centrée du droit public chez les Allemands est inversement proportionnelle à l'assise de l'Etat comme structure d'unité qui, comme on sait, ne fut réalisée que très tardivement (1871) (v. Ch. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorien in der Bundesrepublik*, Francfort s/Main, Suhrkamp, 2008, p 10).

<sup>10</sup> Le public français connaît désormais mieux ce mouvement grâce aux travaux approfondis d'Olivier JOUANJAN, notamment *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle*, PUF, « Léviathan », 2005.

science du droit, purifiée de tout ce qui est politique », et qui, inspirée de la science du droit privé, prétend ne travailler qu'avec des concepts et constructions juridiques. « Bannissant tout raisonnement politique ou philosophique, elle prétend que le droit ne peut être compris qu'à partir du droit seul » (p 8).

Or, pour Triepel, « le droit public n'a, au fond, pas d'autre objet que le Politique » (p 12). Suit un ensemble de considérations visant à démontrer que le juriste de droit public ne peut pas renoncer à évaluer les processus ou intentions politiques avec les mesures du droit public. Pour cela, Triepel retrace les évolutions de la doctrine allemande sur le long terme, constatant que pendant longtemps, on entendait par Politique l'étude de l'Etat, si bien que le droit public apparaissait comme une science globale du Politique (p 16-17). Se pose ensuite la question de savoir s'il est méthodologiquement acceptable que la science du droit public se confronte avec d'autres sciences. Il critique l'école autrichienne autour de Kelsen qui, dans la lignée de Gerber et Laband, mais plus radical que ceux-ci encore, a voulu expulser toute considération causale de la science du droit, du droit public en particulier, sous le prétexte qu'elle serait une science normative, et donc écarter l'examen du but ou de la raison d'être (*Zweck*) d'une institution juridique, qui ne serait que métajuridique et ne saurait servir pour éclairer et comprendre sa nature. Dès lors, le droit est évidemment et consciemment « vidé de tout contenu », devient « une simple forme » (p 17-18). Triepel admet que cette partition de la dimension logico-juridique et de la dimension causale est sans conteste une avancée, mais il en critique le caractère brutal et unilatéral : « tout cela se fait finalement au prix d'un appauvrissement de notre science, qui doit payer cher la gloire de la pureté méthodologique », devient un ensemble de « schémas exsangues (*blutleere Schemen*) », aboutit à « un assèchement (*Verdorrung*) de la théorie de l'Etat et du droit » (p 18-19). Triepel forme le vœu que la jeune génération des publicistes allemands sera « davantage ouverte au monde », et qu'elle saura « mettre en relation les normes du droit de l'Etat dans leur liaison la plus intime aux forces politiques qui les créent et forment », comme savent déjà le faire les Anglo-Saxons (p 19). Sans être erroné, le concept de droit de l'école logico-normativiste est, selon le professeur berlinois, « arbitrairement réduit ». On ne saurait contester, admet-il, que le sens du droit ne soit un *Sollen* (devoir-être) et non un *Sein* (être). Cependant, la science du droit public n'a pas à faire seulement avec le contenu transcendantal du droit mais au contraire à un ordre juridique empiriquement donné, autrement dit un ordre concret. Tout ordre juridique est donc pour soi-même quelque chose de « donné », bref, un *Sein*, et cet état de fait ne peut être compris sans tenir compte des conditions sociales qui façonnent le droit. « Les règles du *Sollen* juridique sont toujours l'expression d'évaluations universelles et se rapportent, d'après leur sens, à des objets pensés comme moyens de réalisation de certaines fins.

(...) On ne peut donc accéder à la compréhension des règles juridiques sans se faire une idée des relations de buts (*Zweckbeziehungen*) qui en sont à la base, des intérêts (*Interessen*) dont la reconnaissance et la mise en balance constituent la première fonction ou, si l'on veut, la condition préalable de l'ordre juridique. Si l'on nomme politique tout ce qui fait référence aux fins de l'Etat ou à sa délimitation par rapport aux fins individuelles, il est clair qu'une compréhension totale des normes du droit public est impossible sans l'inclusion du politique » (p 20). Triepel relève même qu'il s'agit d'une illusion lorsque la science du droit constructiviste prétend dominer l'ensemble de la matière de l'ordre juridique sans jugement de valeurs (p 21). Il entreprend alors de présenter les opérations de ce qu'il nomme le constructivisme juridique, à savoir « l'ordination d'un phénomène concret dans le système juridique au moyen de l'analyse et la synthèse de ses éléments conceptuels ». Encore faut-il opérer des distinctions assez subtiles, entre « construction compréhensive » et « construction intégratrice des lacunes »<sup>11</sup>, entre l'école labandienne, qui pratique les deux, et celle de Kelsen, qui ne pratique que le premier type, refusant de concevoir le droit comme science pratique (p 22-23).

Quoi qu'il en soit, après un long et savant passage au cours duquel Triepel tente de montrer les racines jusnaturalistes du constructivisme (au passage, il qualifie Gerber et Laband d'« enfants dégénérés (*entartete Kinder*) » de l'Ecole historique du droit), il poursuit en affirmant que la science du droit conceptuelle échafaude, contrairement à ce qu'elle prétend elle-même, ses constructions en fonction de considérations politiques (par exemple, les théories du contrat social, de la souveraineté ou de la division des pouvoirs, ou bien encore la distinction théorique opérée par Laband entre loi au sens formel et loi au sens matériel, p 34-35).

S'il reconnaît comme l'école logico-normativiste que la doctrine a toujours utilisé des jugements de valeur et d'opportunité pour construire ses concepts, il en tire des conclusions radicalement opposées : « Nous ne croyons pas qu'il faille bannir de la science du droit les considérations téléologiques. Nous pensons bien plus que, plutôt que de se cacher derrière le masque de la Logique, elles doivent chercher leur place et s'affirmer en pleine transparence dans la science du droit ». Car puisque le droit lui-même n'est « rien d'autre qu'un complexe de jugements de valeur sur des conflits d'intérêts, la méthode téléologique est la méthode adéquate à l'objet de la science du droit. Même dans le droit public, nous n'avons pas peur et au contraire réclamons la liaison de considérations politiques avec le travail conceptuel logico-formel. Certes, nous établissons aujourd'hui une ligne de séparation plus nette entre les

---

<sup>11</sup> C. HERRERA, *op. cit.*, 1997, p 94.

considérations purement politiques et les considérations juridiques que ne l'ont fait les publicistes libéraux à l'époque de Rotteck et Welcker, ainsi que les publicistes conservateurs avec Stahl et d'autres. Nous ne souhaitons pas le retour à l'époque où l'on remplaçait le droit public par la politique. (...) Mais nous fuions si peu le politique que nous nous déclarons hors d'état d'interpréter le droit sans tenir compte du politique » (p 37).

Triepel conclue en indiquant qu'il est loin de mépriser les constructions juridiques en tant que telles, qu'au contraire, il s'incline devant la construction de type compréhensif, notamment en tant qu'elle est permet de mettre en ordre des phénomènes et qu'elle n'est qu'une étape préparatoire au second travail des juristes, celui de compléter la matière juridique par la formulation de nouvelles règles de droit. Mais si elle prétend servir au-delà, en remplissant elle-même une fonction de combler des lacunes, il faut la rejeter (p 38). Et Triepel de se reconnaître adepte de la « science du droit des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) »<sup>12</sup>, par préférence à la « science du droit conceptuelle (*Begriffsjurisprudenz*) ». Il admet que ses résultats dépendent de jugements de valeurs, qu'elle est faillible, mais qu'elle se tient à des appréciations contenues dans les lois et, à défaut, s'en rapporte à la conscience juridique de la communauté. En dernier lieu, pour cette *Interessenjurisprudenz*, « l'étoile polaire reste l'idée de droit, l'éternelle justice » (p 40).

Comme le notait Alexander Hollerbach, on peut trouver des faiblesses à la démonstration de Triepel, juger que son réquisitoire contre Kelsen n'est pas en tout point absolument convaincant<sup>13</sup>. Il demeure que *Staat-srecht und Politik* est un texte important qui contribue à démystifier l'essentialisme déguisé de la science juridique positiviste et logico-normativiste. A ce titre, il est stimulant pour la science du droit politique.

---

<sup>12</sup> Développée en particulier par son collègue privatiste de Tubingue, Philipp Heck.

<sup>13</sup> Kelsen lui-même contestera la portée des critiques de Triepel dans une longue note dans la seconde édition de *La démocratie, sa nature, sa valeur* (1929, trad. fr. Eisenmann, reprint Economica, 1988, p 32).

***Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin, De Gruyter, tome 5, 1929, p 2-28 .***

Il s'agit du rapport intitulé « Essence et développement de la juridiction (constitutionnelle) d'Etat », délivré en 1928 au Congrès annuel de l'Association des professeurs allemands de droit public tenu à Vienne ; le second rapport était confié à Hans Kelsen<sup>14</sup>. Le choix - délibéré - de confier les deux rapports sur le thème émergent de la justice constitutionnelle à des juristes-savants aussi différents traduisait la division de la doctrine germanique dans l'Entre-deux-guerres à propos de l'orientation générale et les méthodes de la science du droit public<sup>15</sup>. Les précédents congrès de l'Association avaient déjà vu s'affronter ces deux principaux courants que, de manière un peu fruste, on désigne généralement par les termes de « positiviste » et « anti-positiviste »<sup>16</sup>.

De fait, si Triepel ne développe pas une théorie aussi charpentée et cohérente que Kelsen, il ne s'en démarque pas moins assez radicalement des thèses du maître de Vienne<sup>17</sup>. Le professeur berlinois s'était prononcé, dès 1920, en faveur du droit de contrôle matériel de la loi par les juges ordinaires<sup>18</sup>, par préférence à un contrôle « concentré » auprès

---

<sup>14</sup> Une traduction française, réalisée par Charles Eisenmann, de ce texte devenu célèbre a paru sous le titre « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », dans la *Revue du droit public*, t. 45, 1928, p 197-257 ainsi que dans l'*Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p 52-143.

<sup>15</sup> Sur cette « querelle de direction et des méthodes », v. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, tome 3 : 1914-1945, Munich, Beck, 1999, notam. chap. 5.

<sup>16</sup> M. STOLLEIS, *op. cit.*, p 188-199. En particulier la session de 1926 à Münster mit en évidence les oppositions tranchées sur le problème de l'égalité devant la loi (Erich KAUFMANN, Hans NAWIASKY, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung », *VVDSRL*, t. 3, 1927, p 2-24 et 25-43). Sur ces débats, v. O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1991. Celle de 1927 sur la liberté d'expression (avec R. Smend) et la notion de loi (H. Heller) accentua le sentiment que l'on était en présence d'un clivage fondamental.

<sup>17</sup> On trouvera des éléments d'analyse du rapport de Triepel et surtout une vaste mise en perspective doctrinale dans la remarquable thèse de Renaud BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, I.E.P. Paris, 2008, notam. p 200-201 et 306-310.

<sup>18</sup> « Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 39, 1920, p 456-546 (536-537).



d'une cour constitutionnelle nationale comme venait de l'adopter la Constitution d'Autriche. Ce choix n'était pas sans lien avec son scepticisme sur les mérites du système parlementaire et de son corollaire, le gouvernement de partis, et sa crainte d'un « absolutisme du Parlement ». Triepel était d'autre part l'auteur d'une étude très fouillée sur les litiges entre le Reich et les Länder, parue en 1923 dans les *Mélanges Kahl*, dont il reprendra ici plusieurs idées.

1. L'essence de la juridiction d'Etat - mieux : juridiction constitutionnelle - ne peut être déterminée de façon (purement) formelle. Il s'agit de la décision en forme juridictionnelle sur des litiges portant sur la constitution, cette dernière devant être envisagée du point de vue matériel.

Dans son rapport de 1929<sup>19</sup>, Triepel suggère, pour commencer, de privilégier le terme *Verfassungsgerichtsbarkeit* (juridiction constitutionnelle) de préférence à celui de *Staatsgerichtsbarkeit* (littéralement : juridiction d'Etat) jusque-là favorisé ; cette nouvelle désignation va s'imposer progressivement dans l'espace germanophone (p 4)<sup>20</sup>.

Triepel s'oppose ici frontalement à Kelsen et Merkl, qui ne voient dans la « constitution » qu'une norme supérieure, sans qualité spécifique. Pour le professeur berlinois, réduire la juridiction constitutionnelle à la protection de la constitution formelle aboutirait à des absurdités : par exemple considérer que le *Staatsgerichtshof* du Reich weimarien est une juridiction constitutionnelle lorsqu'il juge un ministre pour violation de la constitution, mais une juridiction administrative lorsqu'il juge le même pour violation d'une loi. Ou bien encore que le tribunal électoral n'est pas une juridiction constitutionnelle parce qu'il assure le respect de la loi électorale qui est une simple loi ordinaire (p 5).

Il convient donc, pour Triepel, de se référer à la constitution au sens matériel. Elle est, pour lui, est un système clos de règles juridiques qui font la tentative de régler l'essentiel de la vie de l'Etat. Prise de façon générale, historique, politique et juridique, la juridiction constitutionnelle est donc une institution qui doit garantir l'ordre qui constitue

---

<sup>19</sup> Nous avons choisi de reprendre le résumé en cinq points du rapport de Triepel, réalisé par l'auteur lui-même (p 28-29). Ces thèses sont ici imprimées en gras.

<sup>20</sup> Encore que pas immédiatement. Aujourd'hui encore, certaines constitutions de Länder allemands ont conservé l'ancien terme pour désigner leur principale juridiction constitutionnelle : Bade-Wurtemberg (art. 68, Const. 1953), Basse-Saxe (art. 54, Const. 1993), Brême (art. 139, Const. 1947) et Hesse (art. 130, Const. 1946).

l'organisme étatique en unité (p 6). Plutôt que de s'inspirer de Carl Schmitt, dont il n'approuve pas la caractérisation du politique à partir de l'opposition ami-ennemi, ni la mise en opposition radicale entre politique et Etat de droit (p 7), il suit la définition de la constitution de Rudolf Smend<sup>21</sup> et voit dans celle-ci le règlement juridique du processus d'intégration étatique, si bien que la juridiction constitutionnelle est aussi l'expression institutionnelle de cet état de fait.

2. Les litiges constitutionnels sont toujours des litiges politiques. Dans cet état de fait réside le caractère problématique de toute juridiction constitutionnelle.

Triepel insiste plus qu'il ne l'avait jamais fait sur l'inévitabilité du « Politique » ; droit et politique sont en tension permanente ; le droit ne peut maîtriser entièrement la « grande politique » (il pense certainement ici en internationaliste), la politique ne peut être entièrement juridici-sée. Il y a dans la vie étatique différents degrés d'intensité du politique. Nous parlons aussi parfois de sujets « hautement politiques » (*hochpolitisch*), d'une « haute » ou d'une « grande politique ». Il est exact qu'au sens étroit et spécifique, n'est politique que ce qui a à voir avec les buts essentiels et supérieurs de l'Etat, ce qui est lié à l'« intégration » étatique, ce qui se rapporte à l'Etat en tant que puissance créatrice. C'est dans ce sens que l'objet de la constitution et ainsi l'objet de la juridiction constitutionnelle doit être qualifié de politique (p 7). L'essence du politique n'est pas en contradiction avec l'essence du droit. Au contraire : « d'après la conception que je défends, le droit constitutionnel est précisément le droit du politique (*das Recht für das Politische*) ». Dès lors, les litiges constitutionnels sont toujours des litiges politiques<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Rudolf Smend (1882-1975) professeur à l'Université de Berlin, comme Triepel, fut l'un des publicistes les plus importants du XX<sup>e</sup> siècle allemand, l'une des figures majeures du courant « antipositiviste » à l'époque de Weimar. Son œuvre majeure est la théorie de l'intégration, quelque peu difficile à déchiffrer, qui - grossièrement définie par nous - considère la tâche de l'Etat comme une fonction d'intégration de l'individu dans le processus politique ; la constitution - qui n'est pas envisagée de façon purement normative - est l'ordre de ce processus d'intégration. Son livre principal, *Verfassung und Verfassung-srecht* [Constitution et droit constitutionnel] (Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928) retint probablement plus l'attention que la *Théorie de la constitution* de Carl Schmitt parue la même année. La pensée de Smend, initialement expression d'un certain scepticisme à l'égard de la république démocratique, a pu être reconvertie après 1945 par les publicistes les plus enthousiastes de l'Etat de droit libéral de la R.F.A..

<sup>22</sup> Thèse qu'il avait déjà défendue dans *Die Reichsaufsicht*, p 393 et s. ainsi que dans « Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern », *art. précit.*, p 15-19.

S'inspirant d'une formule de Rudolph Sohm<sup>23</sup> à propos du droit canonique, Triepel avance même que « l'essence de la constitution est, jusqu'à un certain degré, en contradiction avec la juridiction constitutionnelle » (p 8). Cela, parce que le moyen privilégié de la politique est le rapport de forces et les décisions unilatérales, tandis que la justice (ordinaire ou spécifiquement « constitutionnelle ») implique des procédures, des formes et un autre type de tournure d'esprit. Plus généralement, il note que ce n'est pas un hasard si la justice constitutionnelle est davantage développée dans les petits et moyens États que dans les grands. Il évoque une célèbre phrase de Bismarck (discours du 22 avril 1863 à la chambre des députés de Prusse, en plein *Konflikzeit*) : « on ne doit pas faire dépendre l'avenir politique du pays, la répartition de pouvoir entre la Couronne et la Diète ou entre les deux chambres d'un jugement de tribunal qui résulte des vues subjectives des suffragants. Cette question constitutionnelle ne peut être décidée que par (...) l'accord entre les facteurs de la législation » (p 9-10). Triepel la met en rapport avec une formule de Benjamin Constant : « L'esprit subtil de la jurisprudence est opposé à la nature des grandes questions qui doivent être envisagées sous le rapport public, national, quelque fois même européen » (p 10).

3. L'introduction de la juridiction constitutionnelle dans le droit public du XIX<sup>e</sup> siècle repose, outre l'influence des souvenirs des ordres médiévaux (les *Stände*), sur la domination du rationalisme libéral de l'État de droit, en particulier sur la théorie de la séparation des pouvoirs. Cette théorie a toutefois pu être concrétisée et développée de façon très variée quant à son organisation, si bien que sont apparues des formes très variées de juridiction constitutionnelle.

Bien que l'élément politique de la constitution soit par nature rebelle à sa soumission à une procédure juridictionnelle, nous avons, note Triepel, établi tout de même une juridiction constitutionnelle. Il entreprend alors d'analyser l'évolution historique, notamment allemande, pour mieux comprendre comment cela a pu se faire.

Le professeur berlinois estime qu'il n'est pas étonnant que la juridiction constitutionnelle soit plus fortement développée en Allemagne, Autriche et Suisse que nulle part ailleurs, du fait même que, dans la pensée germanique de l'État, la nécessité d'une protection juridique, même pour le

---

<sup>23</sup> R. Sohm (1841-1917) fut professeur d'histoire du droit et de droit canonique à Leipzig de 1887 à sa mort.

droit public, est toujours restée vivante. L'Allemand, dit-il, ne considère pas comme absurde de mener un procès à la puissance publique, si haut placée soit-elle. Et de mentionner comme typiquement paléo-allemande (*urdeutsch*) la règle posée par la Constitution du Canton d'Uri, selon laquelle « Si quelqu'un s'estime lésé dans ses droits privés par une résolution de la *Landesgemeinde*, il peut en appeler à un tribunal ordinaire. Ce dernier doit trancher en conscience et sur le vu des pièces, le litige entre le peuple et le requérant »<sup>24</sup> (p 10). Plus spécifiquement pour les litiges constitutionnels au sens étroit (c'est-à-dire les litiges entre les pouvoirs politiques eux-mêmes), il a été très important que le constitutionnalisme allemand du début du XIX<sup>e</sup> siècle, dans lequel les bases pour la juridiction constitutionnelle ont été posées, ait pu se rattacher directement à la pensée et aux formes d'organisation de la société d'ordres médiévaux. L'essence *ständisch* et la structure dualiste de l'Etat des ordres correspondaient à la conception selon laquelle gouvernement et états étaient placés l'un en face de l'autre comme deux parties contractantes, dont les différends pouvaient être résolus par une sentence arbitrale ou juridictionnelle. Triepel donne (p 10-12) alors un grand nombre d'illustrations de la très riche histoire des premières formes de juridiction constitutionnelle moderne dans un nombre important d'Etats allemands et articulées aux structures de type fédéral (de la Confédération germanique jusqu'à la Constitution de Weimar)<sup>25</sup>.

Mais outre l'histoire, Triepel se penche sur les sources intellectuelles de la juridiction constitutionnelle. Il ne fait pas de doute, estime-t-il, que c'est la pensée du rationalisme née avant même l'*Aufklärung* qui tint la juridiction constitutionnelle sur les fonts baptismaux, et a nourri les conceptions du libéralisme bourgeois, spécialement dans sa dimension de l'Etat de droit en Allemagne et autres pays européens. En particulier c'est la théorie de la division des pouvoirs qui fut déterminante pour l'institution de la juridiction constitutionnelle (p 12). Toutefois, cette théorie ne fut jamais homogène. Et en fonction de ses variantes, elle a pu favoriser la juridiction constitutionnelle ou au contraire freiner son développement. Triepel en distingue trois.

Dans une forme plus « sévère » (*streng*) ou stricte, cette théorie insiste sur l'autonomie des différents pouvoirs. Dès lors, le juge ne doit pas s'immiscer dans la sphère des autres, il est strictement lié par la loi. D'où le rejet du contrôle juridictionnel des lois et même la réticence vis-

---

<sup>24</sup> Art. 51 al. 2 de la Constitution du 6 mai 1888 (DARESTE, *Les constitutions modernes*, Sirey, t. II, 4<sup>e</sup> éd. 1929, p 770).

<sup>25</sup> On nous pardonnera de renvoyer, sur cette question, à : A. LE DIVELLEC, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII<sup>e</sup>- XX<sup>e</sup> siècle*, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p 103-140.

à-vis d'un juge de l'administration. Le juge n'a pas part au jeu des autres pouvoirs, il n'a pas à intervenir dans les conflits entre Exécutif et Législatif. Triepel cite une formule de Locke : « Entre la prérogative et le Législatif, il n'y a pas de juge » (p 13).

Mais une deuxième lecture de la théorie de la division des pouvoirs<sup>26</sup> est celle qui met l'accent sur l'harmonie entre les pouvoirs, au nom de leur origine commune dans une volonté générale unique. De là vient l'idée d'un *pouvoir modérateur* ou *régulateur*, un *pouvoir arbitre*, un *pouvoir judiciaire des autres pouvoirs* (toutes ces formules sont en français dans le texte). On aura reconnu les célèbres thèses de Benjamin Constant, dont Triepel précise qu'il assignait ce rôle au Roi de la monarchie constitutionnelle. Mais, poursuit-il, avant et après Constant, on avait également songé à une instance juridictionnelle ou quasi juridictionnelle (p 13) : l'Ephorat de Fichte, le *Council of Censors* de la Constitution de Pennsylvanie de 1776 et le Jurie constitutionnaire de Sieyès qui connut des avatars avec les Sénats du Consulat et des Empires napoléoniens. L'influence de ces précédents est restée limitée mais, ajoute-t-il, on peut voir des résidus de l'idée originelle dans le choix de confier le jugement des ministres à des cours de justice d'Etat spécifiques par préférence à la chambre haute du Parlement. L'Allemagne, en tout cas, a subi l'influence de l'idée du pouvoir régulateur à travers le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) prévu par la Constitution mort-née de 1849 : à côté de nombreuses autres compétences, il pouvait être appelé à juger les litiges entre les organes constitutionnels fédéraux, mais seulement si ceux-ci se mettaient d'accord pour appeler le Tribunal, ce qui s'apparente à une clause compromissoire (p 14).

Un troisième chemin permet, en partant du principe de division des pouvoirs, de parvenir jusqu'à la juridiction constitutionnelle moderne. Il consiste à considérer le pouvoir juridictionnel comme un contrepoids (*Gegengewicht*) vis-à-vis tant du Législatif que de l'Exécutif. On pourrait lui assigner d'entrée de jeu un rôle de pouvoir modérateur (Triepel dixit), chargé de contenir les autres pouvoirs dans le cadre tracé à tous par la constitution. Ici, nul besoin de *Staatsgerichtshof* spécifique : on peut tout à fait confier cette mission au juge ordinaire, à moins qu'en raison de l'objet on ait préféré une instance suprême pour décider ces questions (p 15). Il donne pour exemples de cette idée la Constitution française de 1791, qui confia le jugement des ministres à une Haute Cour nationale spécifique, la Constitution des Pays-Bas, à partir de 1848 au *Hooge Rad*, plus haute juridiction ordinaire, sur inspiration de la Constitution belge de 1831 qui désigne la Cour de Cassation pour cette

---

<sup>26</sup> On notera que Triepel utilise ici le mot *Gewaltenteilung*, alors qu'il employait *Gewaltentrennung* plus haut. Il ne s'explique pas sur ces variations lexicales et sémantiques.

compétence, de même que certains Etats allemands du XIX<sup>e</sup> siècle avec leur tribunal suprême d'appel. On pouvait aussi, poursuit Triepel, résoudre la question de façon radicale. L'arbitraire inconstitutionnel de l'exécutif ne peut être brisé lorsque l'exécutif s'appuie lui-même sur l'arbitraire inconstitutionnel du législateur. Le juge est alors appelé à protéger le citoyen même contre le législateur. Et chaque juge a cette mission, pas seulement une juridiction spécifique. C'est cette idée qui a inspiré les Etats-Unis, tant l'Union que les Etats. Ils ont confié la protection de la Constitution contre des violations de la part de l'exécutif comme du Législatif à la justice ordinaire. Notre auteur rappelle la forme classique de justification par Hamilton dans le Fédéraliste : la grande et seule mission du juge est d'appliquer le droit. Dès lors, il ne saurait appliquer une loi inconstitutionnelle. Le juge se révèle simultanément comme le « *intermediate body* » entre peuple et Législatif et un rempart de la liberté contre les empiètements du législatif. Il insiste sur le caractère incident du contrôle juridictionnel de la loi et estime que cette procédure est, parmi les procédures objectives, « la plus objective de toutes » (p 16) : car dans la mesure où les pouvoirs politiques ne sont jamais directement mêlés au litige, la plus grande « dépolitisation » a lieu.

Pour autant, revenant aux généralités, Triepel réaffirme que "toutes ces tentatives très différentes d'opérer un balancement entre ou de neutraliser les forces politiques dans l'Etat au moyen de la juridiction constitutionnelle n'ont jamais réussi - même là où on recherchait ce but - à enlever son caractère politique à cette juridiction. *Naturam expellas furca, tamen usque recurret* <sup>27</sup>.

4. Le caractère politique de la juridiction constitutionnelle se révèle le plus clairement dans l'organisation de la procédure juridictionnelle concernant la responsabilité ministérielle (*Ministeranklage*). Ce caractère est également manifeste dans l'institution du litige constitutionnel au sens étroit, et il doit en être tenu compte de façon privilégiée dans l'interprétation et le maniement des normes relatives à l'objet, aux parties et à la procédure.

Pour illustrer cette idée de la nature politique de la juridiction constitutionnelle en général, Triepel choisit de se concentrer sur le traitement de la mise en jeu de la responsabilité des ministres (ou même du chef de l'Etat dans certaines républiques démocratiques) <sup>28</sup>. La procédure avait

---

<sup>27</sup> Chasse la nature à coups de fourche, elle reviendra toujours au pas de course (Horace, *Épîtres*, I, X, 24).

<sup>28</sup> Triepel parle de « Ministeranklage » (littéralement : accusation du ministre). Il s'agit de

initialement un caractère essentiellement pénal, à l'exemple de l'*Impeachment* anglais. Mais la tendance dominante du constitutionnalisme occidental a été l'affaiblissement de ce caractère. Surtout, elle a toujours et partout conservé un élément politique, en raison de son objet même ; car elle a toujours été un moyen de combat politique. Cela comporte des implications dans l'organisation de la procédure. Même là où le ministre est déféré à un tribunal répressif, celui-ci est rarement une juridiction ordinaire. (p 17). Triepel estime qu'il s'agit de l'influence des idées de Benjamin Constant, pour quoi le « droit politique » réclame par nature un certain degré de liberté dans l'application. Il illustre à l'aide des exemples de l'Italie du Statut Albertin, de la France des Cent-Jours, de la Charte de 1830, du Sénat de la III<sup>e</sup> République, et enfin des constitutions des Länder allemands du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècles, montrant notamment que dans la plupart des cas, l'instance de « jugement » dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour fixer la peine, voire même pour caractériser le délit. Dans l'une ou l'autre de ces formules des textes constitutionnels eux-mêmes apparaît le caractère politique. Car même là où la violation de la constitution ou d'une loi sert de formule générale à l'accusation, l'idée dominante est que la violation réside moins en celle d'une disposition précise de la constitution ou d'une loi que la violation des parties politiques du droit constitutionnel, politiques au sens défini plus haut (ce qui a trait aux buts essentiels de l'Etat) (p 18-19).

Le second point sur lequel peut approfondir sa thèse fondamentale du caractère politique de la juridiction constitutionnelle est le traitement des litiges constitutionnels au sens étroit. Ce thème est, à l'époque où écrit Triepel, une particularité allemande et n'a fait que tardivement et partiellement école au XX<sup>e</sup> siècle en Europe <sup>29</sup>.

L'article 19 de la Constitution de Weimar <sup>30</sup> se situe dans la continuité du développement de l'Etat de droit libéral de la juridiction constitu-

---

la responsabilité qu'une large part de la littérature française appelle, bien à tort, « pénale » et que nous préférons qualifier de « constitutionnelle » (qu'il s'agisse de haute trahison ou, mieux encore, de violation de la constitution, comme dans nombre de constitutions allemandes depuis le XIX<sup>e</sup> siècle et jusqu'à nos jours avec la Loi fondamentale, art. 61). Fortement politique, elle n'est pourtant, au départ, pas une responsabilité purement politique en ce qu'elle n'est pas encore affranchie de l'idée de faute.

<sup>29</sup> Sur ce sujet, nous nous permettons de renvoyer à notre étude « Des conflits constitutionnels aux litiges entre organes : le mécanisme du *Organstreitverfahren* devant les cours constitutionnelles en Allemagne », in Jacky HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels*, P.U. de Rennes, à paraître.

<sup>30</sup> Art. 19 : « Pour autant qu'aucune autre juridiction du Reich ne soit compétente, la Cour de Justice d'Etat pour le Reich allemand décide, à la demande de l'une des parties litigeantes, sur les litiges constitutionnels internes à un Land pour lesquels aucun tribu-

tionnelle dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle et pour cette raison, il n'englobe pas dans la notion de litige constitutionnel interne à un Land les litiges entre le citoyen et l'Etat sur la propriété ou le respect des droits individuels, pas même ceux qui sont garantis par un texte constitutionnel (p 22). Sont donc concernés les différends d'interprétation du texte constitutionnel entre les plus hauts organes constitutionnels (en particulier le Parlement et le gouvernement).

D'un autre côté, l'Etat ne place pas tout ce qui est politique ou ce qu'il considère comme politique dans la compétence de la juridiction constitutionnelle. Au contraire, il y a la tendance du Politique, en particulier le « hautement Politique » à se dérober à son appréhension par le juge et le procès. La célèbre « lacune » de la Constitution du Reich, à savoir l'absence de compétence du *Staatsgerichtshof* pour les litiges entre les organes suprêmes du Reich - Reichstag, Reichsrat et Président du Reich - est difficilement explicable par la thèse de l'oubli (par le constituant), alors qu'au contraire, cette compétence existe pour les litiges entre le Reich et les Länder, pour les Länder entre eux ou encore les litiges internes à un Land. C'est qu'il s'agit de préserver la « paix fédérale » et, en ce qui concerne la vie interne aux Länder, l'article 19 témoigne que les constituants de 1919 plaçaient moins haut l'importance de la vie constitutionnelle des Länder. Malgré cette « lacune », l'article 19 comporte encore une bonne dose de politique, poursuit Triepel. Elle se manifeste moins dans la composition du *Staatsgerichtshof* - qui est, pour les litiges constitutionnels au sens strict, composé de façon aussi « apolitique » qu'il est possible<sup>31</sup> - que dans les règles sur sa compétence et sa procédure (p 23). S'il a défini le litige constitutionnel comme celui qui a à voir avec la constitution au sens matériel, il ne résulte pas de cela que quiconque est intéressé par l'interprétation du droit constitutionnel, pourra prendre part à un procès constitutionnel ; la Constitution a, en effet, établi cette procédure comme moyen extraordinaire de protection de la constitution. Ne peut être partie au procès que celui qui participe à la vie de l'Etat réglée par la constitution. Sont concernés aujourd'hui certes pas seulement le gouvernement et l'assemblée populaire. Triepel approuve la jurisprudence du *Staatsgerichtshof* qui admet comme parties à un litige les membres d'un Landtag, les groupes parlementaires, les minorités parlementaires, dans les questions de droit électoral même les partis extra-parlementaires, et même, comme la Cour le laisse entendre, le simple citoyen en matière électorale (p 23-24).

---

nal n'est compétent, de même que sur les litiges autres que de droit privé entre différents Länder, ou entre le Reich et un Land ».

<sup>31</sup> La composition de la Cour variait en fonction du type de compétence qu'elle était appelée à exercer. Pour les litiges internes à un Land, elle était composée de sept membres, tous magistrats professionnels (le Président du *Reichsgericht*, trois juges au *Reichsgericht* et trois juges issus des tribunaux administratifs suprêmes de Prusse, Bavière et Saxe).



L'Ancien *Rektor* de l'Université de Berlin détaille ensuite certains aspects et problèmes du contentieux constitutionnel établi par le droit de la Constitution de Weimar. Il met ensuite l'accent sur un problème qui le ramène aux considérations fondamentales : « L'essence de la juridiction constitutionnelle telle que je l'ai présentée doit être déterminante pour la procédure. Même si les emprunts au droit processuel ordinaire sont nombreux, il faut que la juridiction constitutionnelle procède de façon « politique ». Il ne faut pas nécessairement qu'à chaque fois l'une des parties sorte laminée du procès. Ici le but (de la Cour) devrait le plus souvent être de chercher l'arrangement entre les oppositions, le compromis, l'harmonisation de l'unité malmenée, sur la base d'une situation juridique clarifiée par le tribunal. Un bon *Staatsgerichtshof* recherchera volontiers un compromis entre les parties »<sup>32</sup>, et d'illustrer ce point avec un exemple tiré d'une affaire ayant mis aux prises le Gouvernement et le Conseil d'Etat prussiens en 1922 (p 25). Il note qu'il est politiquement adéquat que tous les arrêts du *Staatsgerichtshof* aient été jusqu'ici exclusivement des arrêts de constatation (*Feststellungsurteile*) et n'impliquaient pas une exécution humiliante, une injonction à l'égard de la partie perdante (*Leistungsurteile*). Certes, on peut imaginer théoriquement qu'un arrêt soit exécuté contre le Reich, mais on ne peut songer à cela que dans une certaine limite, celle où cela devient une absurdité politique (p 26)<sup>33</sup>.

5. Une « procédure objective » est la procédure la plus adaptée à la résolution des litiges constitutionnels.

Triepel revient enfin sur la « nature » de la procédure. Il estime que plus une affaire soumise à la juridiction constitutionnelle est politique, plus est adaptée un type de procédure qui s'éloigne du procès ordinaire. C'est pourquoi il qualifie d'« objective » la procédure de type concret et diffus, à l'américaine (p 26). Le juge ordinaire risquerait moins de sortir de son rôle en exerçant un contrôle incident qui n'aboutit qu'à la suspension de la loi et non pas à son annulation. Dès lors, cette procédure est, juge-t-il, la plus « objective », c'est-à-dire la moins politique ; elle est aussi plus modérée car la justice constitutionnelle est alors non pas une institution à part entière mais une fonction accessoire de la justice ordinaire, une juridiction occasionnelle (*Gelegenheitsgerichtsbarkeit*). Sans

---

<sup>32</sup> Triepel avait déjà défendu cette idée en 1923 dans son article « Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern », *précit.*, p 115.

<sup>33</sup> L'histoire de la République de Weimar ne devait pas véritablement donner raison à Triepel, qui commenta, un peu désabusé, l'arrêt du *Staatsgerichtshof* dans l'affaire Prusse contre Reich en 1932 (« Die Entscheidung des StGH im Verfassungskstreite zwischen Preußen und dem Reiche », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1932, p 1501-1508).

doute, il se peut qu'un simple procès civil ou pénal soit lancé seulement dans le but de faire contrôler la constitutionnalité d'une loi et que le plaignant soit en fait téléguider et financé par un parti politique ou une minorité parlementaire. De telles choses ne peuvent jamais être complètement évitées car ce qui a trait à la politique ne peut jamais être entièrement séparée d'elle. Quoi qu'il en soit, il est certain que plus une procédure est organisée de façon « objective », plus minime sera le risque que l'on tombe dans le « *Government of the judiciary* » (p 27).

Le lecteur d'aujourd'hui pourrait être surpris par les analyses de Triepel. Elles se situent en effet bien loin des idées dominantes du discours doctrinal sur la justice constitutionnelle. En particulier, on n'aura pas de peine à voir combien la démarche du professeur berlinois était éloignée de celle de Kelsen. Etranger aux théorisations abstraites, l'universitaire berlinois cherchait à fonder ses analyses sur l'histoire, des considérations ancrées dans la vie constitutionnelle concrète et - ce point ne doit pas être négligé - dans le droit positif, plus divers que ne le suggère la présentation kelsénienne. C'est donc sans doute surtout une différence profonde de méthodes qui sépare les deux hommes (sur le fond, Triepel n'est pas hostile à la juridiction constitutionnelle<sup>34</sup>, il cherche plutôt à en montrer les limites intrinsèques) : il ne réduit pas le droit à un système de normes juridiques ; il ne croit pas qu'une distinction radicale entre droit et politique soit possible. En un mot, sa notion de constitution est entièrement différente de son collègue autrichien<sup>35</sup>. Si les thèses de Kelsen ont, sous un certain rapport, le mérite de s'appuyer sur une théorie du droit assez cohérente (à défaut d'être pleinement convaincante !), on peut tout de même estimer que le texte de Triepel, même si son propos peut parfois manquer de rigueur dans la formulation, présente le mérite d'éclairer sous un jour fructueusement différent les vastes questions relatives à la justice constitutionnelle, qui ne se réduisent pas au contrôle de constitutionnalité des normes<sup>36</sup>. En fondant l'« essence » de

---

<sup>34</sup> En outre, il nous paraît moins avéré que son rapport de 1929 serait une prise de position « sans ambiguïté » en faveur du contrôle incident par le juge ordinaire, comme l'affirme R. Baumert (thèse précit., p 308). Sans doute, Triepel vante dans une certaine mesure la caractéristique qu'il appelle « objectif » du contrôle « diffus » à l'américaine, mais ce qu'il dit du Staatsgerichtshof weimarien ne me paraît pas fondamentalement critique à l'égard de cette institution.

<sup>35</sup> Kelsen le relève d'ailleurs, en conclusion du débat, où il réaffirme fermement ses propres positions (*VVDSSL*, *op. cit.*, p 117-121).

<sup>36</sup> Curieusement, Triepel n'évoque jamais, dans son rapport, la célèbre décision du Reichsgericht du 4 novembre 1925 admettant le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception que, pourtant, il défendait dans son principe depuis 1920. Il est vrai que cet arrêt ne s'était pas, en pratique, traduit par un grand nombre de décisions de contrôle (v. O. JOUANJAN « Contribution à l'histoire du contrôle judiciaire des normes en Allemagne (1815-1933) », in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p 117-134.

*Le Divellec : Heinrich Triepel*

la juridiction constitutionnelle non sur la hiérarchie des normes mais sur la division, ou mieux : la distribution des pouvoirs, Triepel propose un chemin original, qui rend peut-être mieux compte de son objet, à la fois dans son origine historique, sa raison d'être et sa signification pratique. Ce n'est pas le moindre de ses mérites.

Armel Le Divellec

*Armel Le Divellec est Professeur de droit public à l'Université du Maine.*