

Renaud Baumert

Une « vision morale » de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar

« La question que vise le droit naturel est l'éternelle question de savoir ce qu'il y a derrière le droit positif. Et qui cherche la réponse ne trouvera, je le crains, ni l'absolue vérité d'une métaphysique, ni l'absolue justice d'un droit naturel. Qui soulève le voile sans fermer les yeux verra, au contraire, la tête de Gorgone du pouvoir plonger son regard dans le sien. »

Hans Kelsen

Saisir la justice constitutionnelle sous l'angle de la morale, c'est interroger un impensé qui, faute d'être radical, n'en est pas moins paradoxal. Avec une belle constance, on célèbre les « sages » garants des « principes fondamentaux » qu'on se plaît, semble-t-il, à « graver dans le marbre » des « lois suprêmes ». Hélas, ce *pathos* rhétorique est généralement moins l'indice d'un questionnement moral que de son absence. Il est en effet très rare que l'on s'interroge sur la fonction morale ou sur l'absence de fonction morale de la justice constitutionnelle. Dans les pages qui suivent, nous tenterons d'apporter une petite contribution *historique* à cette question, en nous penchant sur des doctrines constitutionnelles formulées sous la République de Weimar². La question qui nous occupera ne sera donc pas de savoir si le juge constitutionnel joue ou non un rôle moral, ni comment, le cas échéant, il devrait s'en acquitter. Nous chercherons plutôt à montrer comment un courant doctrinal influent a tenté de légitimer certaine forme de justice constitutionnelle en érigeant le juge en figure morale. Autrement dit, nous essaierons d'expliquer l'apparition d'une vision morale de la justice constitutionnelle dans l'Allemagne de l'entre-deux-guerres. Pour ce faire, nous ferons appel à des éléments d'histoire politique et constitutionnelle, car ils jouèrent un rôle déterminant dans la légitimation morale de la justice constitutionnelle. Il faut, avant de

¹ Hans Kelsen, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung [Aussprache] », *VVDStRL*, 1927, n° 3, p. 54-55. Sauf mention contraire, nous traduisons.

² Les pages qui suivent reprennent, sous une forme synthétique, des développements que l'on trouvera dans notre ouvrage : Renaud Baumert, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, 2009.

poursuivre, faire quelques remarques générales sur le contexte dans lequel apparaît cette doctrine.

La constitution du 11 août 1919 instaure la première république démocratique et libérale de l'histoire allemande. L'ampleur et la brutalité du changement de régime engendrent des clivages politiques extrêmement profonds entre les diverses composantes de la doctrine constitutionnaliste. Par contraste avec la doctrine française, qui témoigne d'un certain « consensus républicain », les auteurs weimariens se répartissent sur tout le spectre politique. Ces *désaccords politiques* sont avivés par les besoins d'interprétation qu'engendre la nouvelle constitution. En outre, l'effondrement du système impérial entraîne une crise du positivisme labandien, considéré jusque là comme la « doctrine dominante ». Il en résulte une éclosion de nouvelles écoles méthodologiques qui s'affrontent non seulement sur le terrain de l'interprétation constitutionnelle mais aussi sur celui de la théorie du droit et de l'État. La crise politique se double donc d'une *crise méthodologique*, qui confère à la doctrine weimarienne sa physionomie polymorphe si caractéristique. Outre la qualité des auteurs et le poids des enjeux, la conjonction de ces deux crises explique la richesse et l'effervescence de la doctrine weimarienne. En ce qui concerne la doctrine constitutionnelle, l'importance du « moment weimarien » peut se comparer sans peine aux révolutions américaine et française.

Dans ce contexte, le contrôle de la constitutionnalité des lois représente un enjeu scientifique d'une importance extrême. C'est sans doute l'une des questions les plus débattues par la doctrine, comme en témoigne le nombre étonnant d'articles et d'ouvrages consacrés à ce problème³. Étant donné la foisonnante richesse du débat, il sera impossible de rendre compte de toutes les positions exprimées. Nous occulterons donc, en premier lieu, les écrits nombreux des adversaires du contrôle de constitutionnalité. En outre, nous ne nous pencherons pas sur les projets visant à confier le monopole du contentieux constitutionnel à une cour unique. De fait, les auteurs qui ont défendu cette solution y ont généralement vu un projet de nature technique et politique, dont le but était d'offrir un recours à la minorité parlementaire ou aux minorités sociales. Au contraire, la dimension morale du contrôle de constitutionnalité fut surtout mise en avant par une doctrine conservatrice et quelque peu nostalgique du régime précédent. La solution préconisée consistait en un contrôle diffus, subjectif et concret, opéré par le juge ordinaire à titre de question préalable. Dans le contexte weimarien, cette forme d'organisation du contrôle (appelée « *richterliches Prüfungsrecht* ») était réputée la plus attentatoire au droit du Parlement et la moins favorable à l'épanouissement de la démocratie. Si

³ Fritz Morstein-Marx, *Variationen über richterliche Zuständigkeit*, Berlin, Rothschild, 1927, p. 65 et s., relève au moins soixante-quinze auteurs ayant pris position sur le sujet par voie écrite.

l'on fait exception de la doctrine schmittienne du « Gardien de la constitution », il s'agit donc de la solution la plus radicale du point de vue politique. Dans les pages qui suivent, *nous tenterons de comprendre pourquoi ce dessein conservateur s'accompagne d'une idéalisation du juge et d'une conception foncièrement morale de son office*. Après une brève présentation des enjeux historiques et institutionnels (première partie), nous montrerons comment s'opère le lien entre la perception politique et la vision morale du problème (deuxième partie). Nous évoquerons enfin les conséquences méthodologiques et pratiques que les auteurs concernés entendent tirer de leur doctrine (troisième partie).

I- LES ENJEUX DU CONTRÔLE DE LA LOI

A- De L'Empire à la République

Sous l'Empire, il n'existait pas de « cour constitutionnelle » au sens contemporain du terme, c'est-à-dire de juridiction monopolisant le contrôle de la constitutionnalité des lois du *Reich*. En outre, en vertu d'une jurisprudence constante du Tribunal du *Reich* [*Reichsgericht*], les juges ordinaires ne furent jamais autorisés à contrôler la régularité matérielle des lois du *Reich*⁴. Schématiquement, cette absence de contrôle apparaissait comme un facteur de conservatisme politique et constitutionnel. La mémoire politique allemande pouvait y voir, à juste titre, une forme de réaction contre la poussée libérale, dont la constitution du 28 mars 1849 était l'expression⁵. D'un point de vue constitutionnel, le caractère conservateur du système était tout aussi évident. En effet, dans le *Reich* allemand de 1871, la souveraineté appartenait « à la collectivité des princes confédérés et des villes libres allemandes » dont les représentants-commis siégeaient au *Bundesrat*⁶. Associé au *Reichstag* et à l'Empereur, le *Bundesrat* jouait un rôle

⁴ Les principales décisions du *Reichsgericht* en ce sens couvrent presque toute la durée du Second *Reich* : *RGZ*, vol. 9, p. 232 et s. (déc. du 17 fév. 1883) ; *RGZ*, vol. 48, p. 84 et s. (déc. du 26 mars 1901) ; *RGZ*, vol. 77, p. 229 et s. (déc. du 6 oct. 1911). En revanche, le *Reichsgericht* admettait que le juge contrôlât « formellement » la loi – prérogative bien modeste qui consistait à vérifier qu'une loi avait été publiée avant d'en faire application. Il s'agissait d'un simple contrôle de l'existence de la loi.

⁵ La constitution de Francfort prévoyait en effet un contrôle étendu de la constitutionnalité des lois Cf. : Constitution du *Reich* allemand du 28 mars 1849, reprod. in Ernst-Rudolf Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, Kohlhammer, 1978 (3^e éd.), vol. 1, doc. n° 108, p. 375-400. On trouvera une traduction desdits paragraphes, ainsi qu'un riche commentaire dans Armel Le Divellec, « Les prémisses de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. Chagnollaud, *Aux Origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII-XX siècles*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, p. 125-126.

⁶ Paul Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1900, vol. 1, p. 324-325. Il faut d'ailleurs souligner l'importance du caractère collectif de cette souveraineté.

prépondérant dans la procédure législative. De sorte que le législateur complexe formé par ces trois organes n'avait rien de démocratique. Sous l'Empire, les conservateurs étaient donc tendanciellement hostiles au contrôle de la constitutionnalité des lois, dans lequel ils voyaient une inadmissible limitation de la puissance de l'État. À cet égard, la position de Paul Laband — qu'on qualifie parfois de « doctrine officielle du régime » — était particulièrement révélatrice. Le père du positivisme wilhelminien survalorisait le rôle législatif du *Bundesrat* et de l'Empereur en même temps qu'il minorait celui du *Reichstag*⁷. Selon lui, la promulgation impériale recouvrait la loi d'une présomption irréfragable de constitutionnalité. Cela interdisait tout examen de constitutionnalité ultérieur car « il ne saurait appartenir à un juge ou à un administrateur quelconques, de soumettre [...] la sentence impériale à une nouvelle épreuve »⁸. Le caractère manifestement conservateur de cette doctrine était unanimement reconnu. À rebours, les auteurs libéraux et démocrates étaient plutôt favorables au contrôle de constitutionnalité : ils y voyaient un contrepoids possible à la prédominance d'un législateur non démocratique. Devant l'impossibilité de démocratiser le système, ou même d'établir la responsabilité du gouvernement devant le Parlement, le contrôle de la loi pouvait apparaître comme une sorte de substitut.

L'adoption, le 11 août 1919, de la constitution républicaine dite de Weimar transforme radicalement les termes du problème. Parce que la législation est désormais surtout l'œuvre d'un *Reichstag* élu au suffrage universel, la question du contrôle juridictionnel de la loi change profondément de signification politique⁹. Ce qui apparaissait tantôt comme un instrument de libéralisation du régime peut désormais s'apparenter à un frein mis à l'expression de la souveraineté populaire. Le débat politico-doctrinal se joue donc à front renversé par rapport à ce qu'il était précédemment : typiquement, ce sont désormais les conservateurs qui promeuvent le contrôle de constitutionnalité, tandis que les progressistes le combattent. Chaque camp va devoir s'approprier les arguments développés par ses adversaires de la veille, ce qui complique considérablement le débat. La politisation du débat ne tient pas seulement à la nature du législateur, mais aussi à celle du contrôleur éventuel. De fait, sous la République, la magistrature impériale reste très largement en place, faute d'une élite administrative de substitution¹⁰. Or,

⁷ Ainsi, selon Laband, c'est le *Bundesrat* qui dispose seul de la sanction de la loi, ce qui fait de lui le « vrai législateur ». Voir : *Ibid.*, 1901, vol. 2, p. 291-292.

⁸ *Ibid.*, 1901, vol. 2, p. 331.

⁹ Pour mesurer l'inégalité des compétences dont jouissent respectivement le *Reichstag* et le *Reichsrat*, voir la section V de la constitution du Reich allemand du 11 août 1919 (art. 68 à 77). Il faut ajouter que la composition *Reichsrat* s'est aussi démocratisée de manière indirecte.

¹⁰ Cette question très importante a fait l'objet de nombreux travaux. Pour un aperçu synthétique : Christoph Gusy, *Weimar : die wehrlose Republik ?*, Tübingen, Mohr, 1991, et Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 196-223 (où l'on trouvera une bibliographie très complète). En français Detlev J. K. Peukert, *La*

sous l'Empire, le recrutement et l'avancement des magistrats prenaient en compte leurs opinions politiques, ce qui, pour le moins, ne favorisait pas les magistrats acquis aux idées démocratiques et républicaines. Il s'ensuit que la magistrature de carrière de la République est assez largement nostalgique du régime précédent (voire ouvertement réactionnaire). La jurisprudence weimarienne regorge de décisions témoignant de la partialité des juges et relevant d'une « justice de classe » [*Klassenjustiz*] ou même d'une « justice opposée à la gauche » [*Justiz gegen links*]¹¹. Dans ces conditions, les progressistes sont moins disposés que jamais à confier le contrôle de la loi à la magistrature de carrière. Dans le camp conservateur, on observe au contraire une véritable idéalisation du juge.

En outre, de nouvelles données juridiques donnent au débat une signification décisive. En premier lieu, l'article 76 de la constitution lui confère une rigidité importante, ce qui rendrait difficile à lever une éventuelle décision juridictionnelle d'inconstitutionnalité¹². En second lieu, la constitution de Weimar contient l'un des catalogues de droits les plus fournis du monde¹³. Ainsi, il ne faut pas moins de 56 articles pour dénombrer les « droits et devoirs des Allemands », qui forment à eux seuls la seconde moitié de la constitution. Cela représente un arsenal matériel d'autant plus étendu pour un éventuel juge constitutionnel que les droits et devoirs touchent à toutes sortes de domaines (droits de l'individu, vie en société, religion, éducation, vie économique). L'une des questions les plus importantes que devront trancher la praxis et la science sera de déterminer si ces droits doivent être mis en œuvre par le législateur ou s'ils doivent être compris comme des limites qui s'imposent à lui. À ces données constitutionnelles, il faut ajouter des considérations relatives à l'organisation de la justice et à la question de la sécurité juridique. Fondamentalement, la justice est l'affaire des *Länder*. Les lois du *Reich* sont d'abord appliquées par un appareil juridictionnel propre à chaque *Land*, avec ses tribunaux de première instance et ses cours supérieures. Ce n'est qu'au degré suprême de

République de Weimar, Paris, Aubier, 1995, p. 63 et p. 226 et s. ; Alfred Wahl, *L'Allemagne de 1918 à 1945*, Paris, A. Colin, 1999, p. 175.

¹¹ On en trouvera de nombreux exemples dans les références précédentes ainsi que dans Theo Rasehorn, *Justizkritik in der Weimarer Republik*, Frankfurt, Campus, 1985. Ce livre rend hommage aux juristes progressistes qui formèrent la revue *Die Justiz*, précisément pour dénoncer la partialité des juges. Voir également le manifeste d'Ernst Fränkel, « Zur Soziologie der Klassenjustiz », *Reformismus und Pluralismus*, Hamburg, Hoffmann und Campe, 1973 (1927), p. 88-125.

¹² Pour opérer la révision, il faut réunir un quorum d'au moins deux tiers des membres du *Reichstag*. Il faut en outre que la mesure soit adoptée à la majorité qualifiée des deux tiers des députés présents puis approuvée par une majorité équivalente au *Reichsrat*. Dans diverses hypothèses, la loi de révision constitutionnelle peut aussi être adoptée par voie référendaire.

¹³ Pour un riche aperçu : Christoph Gusy, *op. cit.*, 1997, p. 272-370.

chaque ordre que la constitution de Weimar prévoit une juridiction fédérale : le Tribunal du *Reich* [*Reichsgericht*] et le Tribunal administratif du *Reich* [*Reichsverwaltungsgericht*]. L'une des conséquences de ce système est que le « juge ordinaire » est un juge du *Land*. Dans ces conditions, lui confier le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales peut menacer l'homogénéité de leur application sur l'ensemble du territoire et créer de l'insécurité juridique. Le contrôle par le juge ordinaire opéré à titre de question préalable [*richterliches Prüfungsrecht*] peut donc mener à une fragmentation des significations de la loi qui entraînerait inmanquablement un affaiblissement du législateur fédéral. Aussi ce système suscite-t-il une certaine méfiance chez les juristes attachés à l'État unitaire et chez ceux qui prisent la sécurité juridique.

B- L'apparition du « droit de contrôle du juge »

Si la question du contrôle de constitutionnalité connaît une telle fortune doctrinale sous la République de Weimar, c'est en grande partie parce que le constituant a renoncé à le mentionner dans le texte de 1919. Avant d'examiner les significations possibles de ce silence constitutionnel, il convient de rappeler brièvement quelles étaient les solutions envisageables. La première possibilité était évidemment de n'admettre aucune forme de contrôle de constitutionnalité ; voire d'interdire aux juges de le pratiquer en introduisant une disposition expresse dans la constitution¹⁴. Comme nous l'avons vu, cette idée pouvait s'appuyer à bon droit sur la tradition historique. Nombreux durant les premières années du régime, les adversaires à toute forme de contrôle seront de plus en plus isolés. Sans surprise, cette position est plutôt défendue par des juristes proches du KPD ou de l'aile gauche de la social-démocratie¹⁵.

Une deuxième solution aurait été de confier le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales à la Cour de Justice d'État [*Staatsgerichtshof*]¹⁶. Ainsi, on aurait pu imaginer que cette juridiction

¹⁴ Le droit constitutionnel français connaît des précédents de ce type. Voir en ce sens les constitutions du 3 septembre 1791 (titre III, chap. V, art. 3) et du 5 fructidor an III (art. 203). Rappelons que, sous la Troisième République, deux textes toujours en vigueur interdisent aux juges de contrôler la loi et d'en suspendre l'application. Il s'agit de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation des tribunaux (titre II, art. 10, 11 et 12) et de l'article 127 du code pénal.

¹⁵ Dans ce sens : Simon Katzenstein, « Zur Reichs- und Verfassungsreform. Praktische Vorschläge », *Die Justiz*, 1929, vol. 4, n° 6, p. 525-532 (en part. p. 529-530, art. 70, 104 et 104-a) ; Ernst Fränkel, Hugo Sinzheimer, *Die Justiz in der Weimarer Republik*, Neuwied, Luchterhand, 1968, p. 193 et s. ; Franz Neumann, « Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen », *Die Gesellschaft*, 1929, n° 1, p. 517-532. De manière moins nette : Hermann Heller, « Rechtsstaat oder Diktatur ? », *Gesammelte Schriften*, Tübingen, Mohr, 1992 (1930), vol. 2, p. 443-462 (en part. p. 449-450).

¹⁶ Sur les compétences du Staatsgerichtshof : constitution du *Reich* allemand du 11 août 1919, art. 19. Voir également : Ernst-Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit*

contrôlât la loi de manière abstraite (à l'occasion d'un litige constitutionnel entre organes de l'État), et éventuellement de manière concrète (par le biais d'une question préjudicielle de constitutionnalité soulevée à l'occasion d'un procès). Ce système plus ou moins inspiré de l'exemple autrichien est généralement qualifié de « justice constitutionnelle » [*Verfassungsgerichtsbarkeit*] ou de « justice d'État » [*Staatsgerichtsbarkeit*]. Une solution de ce type possédait une certaine plausibilité institutionnelle, car le *Staatsgerichtshof* était chargé de résoudre certains litiges fédéraux, ce qui lui donnait compétence pour interpréter la constitution fédérale. Schématiquement, la justice constitutionnelle était plutôt promue par les partisans du régime (des libéraux de gauche (DDP) à l'aile droite de la SPD)¹⁷. En effet, après avoir confié le contrôle de constitutionnalité au *Staatsgerichtshof*, il aurait été possible de modifier son mode de composition par une loi ordinaire. On pouvait ainsi ôter le contrôle de la loi aux magistrats de carrière. Cette solution avait également les faveurs des centralistes et des partisans de l'école positiviste, traditionnellement attachés à l'unité d'interprétation du droit fédéral et à la sécurité juridique.

La dernière possibilité était de confier le contrôle aux tribunaux ordinaires. Ils auraient examiné la constitutionnalité des lois de manière incidente, et à titre de question préalable. À l'occasion d'un procès, le juge aurait été en mesure de repousser l'application d'une loi en arguant de son inconstitutionnalité. Ce jugement aurait pu être confirmé en appel ou en cassation ; les cours suprêmes de chaque ordre (Tribunal du Reich [*Reichsgericht*] et Tribunal administratif du Reich [*Reichsverwaltungsgericht*]) assurant *in fine* l'unité et la cohérence de la jurisprudence¹⁸. La doctrine weimarienne connaît ce système sous le nom de « droit de contrôle du juge » [*richterliches Prüfungsrecht*], étant entendu que le juge en question est bien le juge ordinaire. Sans surprise, beaucoup de praticiens du droit défendaient cette solution. En doctrine, elle avait les faveurs des auteurs conservateurs, généralement proches de la DVP ou de la DNVP, ainsi que des anticentralistes. Dans le contexte weimarien, le « droit de contrôle du juge » est généralement interprété comme le système le moins favorable à l'expression de la

1789, Stuttgart, Kohlhammer, 1981, vol. 6, p. 546-560 ; Helge Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit*, Göttingen, Schwartz, 1984, p. 34-42 ; Christoph Gusy, *op. cit.*, 1997, p. 209-216.

¹⁷ Par exemple : Gustav Radbruch, « Richterliches Prüfungsrecht », *Die Justiz*, 1925-1926, n° 1, p. 12-16 ; Gerhard Anschütz, « Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs [...] auszudehnen ? », *VDJT*, 1927, n° 34, vol. 2, p. 193-212 ; voir également l'intervention de Richard Thoma *in* « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit [Aussprache] », *VVDStRL*, 1929, n° 5, p. 104-110.

¹⁸ Remarquons au passage que ce système n'aurait pas manqué de soulever quelques difficultés dans l'ordre administratif. En effet, bien qu'il fut dûment mentionné dans la constitution (art. 31, al. 2 ; art. 166), le Tribunal administratif du Reich n'a jamais été mis en place.

souveraineté populaire. Comme nous allons le voir, c'est essentiellement pour défendre ce modèle qu'apparurent des « visions morales de la justice constitutionnelle ».

Avant d'examiner ces lectures, il est nécessaire de rappeler brièvement les termes institutionnels de la lutte. Comme nous l'avons brièvement indiqué, la constitution de Weimar n'instaure aucune procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois du *Reich*, ni au profit du *Staatsgerichtshof*, ni au profit des juges ordinaires. La question a pourtant été discutée au sein d'une commission, lors du processus constituant¹⁹. Toutefois, il est difficile d'en tirer des conclusions, car les députés concernés réfléchissaient en grande partie selon les catégories et les clivages politiques du régime précédent. Surtout, si le silence de la constitution exclut la « justice constitutionnelle », il n'évacue pas la question plus délicate du « droit de contrôle du juge ». En effet, certains auteurs considéraient que l'existence d'une procédure de révision constitutionnelle spéciale (art. 76) impliquait la supériorité de la constitution sur la loi. Ils ajoutaient que cette supériorité aurait été vaine si l'on n'admettait pas la compétence du juge à examiner la constitutionnalité des lois. En somme, la hiérarchie des normes aurait nécessairement impliqué le *richterliches Prüfungsrecht*. Cette vue avait notamment été défendue par Hugo Preuß (considéré comme le « père de la constitution »), qui affirma : « le droit de contrôle du juge existe nécessairement là où il n'est pas expressément exclu »²⁰. On pouvait objecter à cela que l'absence de mention constitutionnelle n'était pas la meilleure preuve de l'existence d'une compétence. Au demeurant, la tradition ne jouait pas en faveur du droit de contrôle du juge. Comme le remarquait Richard Thoma : « la non-contrôlabilité est notre legs historique, c'est la tradition allemande, européenne même, et elle nous est absolument *causa favorabilis* »²¹. Selon la formule consacrée, le constituant avait donc laissé la solution du problème aux bons soins de « la science et de la jurisprudence ».

Si la première ne parvint jamais à dégager un consensus, la seconde se chargea de trancher le problème. Par un spectaculaire et discutable revirement de jurisprudence, le Tribunal du *Reich* [*Reichsgericht*] reconnut aux juges ordinaires le droit de contrôler la constitutionnalité des lois à l'occasion d'un procès. Dans une décision de 1921, le *Reichsgericht* introduisit un *obiter dictum* ainsi formulé : « Dans une jurisprudence constante, le *Reichsgericht* a reconnu aux tribunaux le pouvoir de contrôler la régularité juridique, tant formelle que matérielle, des lois et ordonnances, pour autant que ce contrôle n'est pas exclu par

¹⁹ Voir : Helge Wendenburg, *op. cit.*, 1984, p. 47 et s. ; Christoph Gusy, *Richterliches Prüfungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 77 et s.

²⁰ Hugo Preuß cité par E. Theisen, « Verfassung und Richter », *AöR*, 1925, vol. 47 (NF 8), p. 267.

²¹ Richard Thoma, « Das richterliche Prüfungsrecht », *AöR*, 1922, vol. 43 (NF 4), p. 274.

la loi »²². Pourtant, ce qu'il y a de plus constant dans la jurisprudence antérieure, c'est sans doute la pérennité de la solution inverse²³... Cet *obiter dictum* sera d'ailleurs qualifié de « conte de fée » [*Märchen*] par Walter Jellinek, suivi sur ce point par une grande partie de la doctrine (notamment : G. Radbruch, H. Heller, R. Thoma, G. Anschütz et E. von Hippel)²⁴. Cette opinion est d'ailleurs partagée par les plus éminents spécialistes contemporains du droit weimarien²⁵. Mais c'est par la décision du 4 novembre 1925 que le tournant s'opéra véritablement. Cette décision avait une signification politique très marquée. Elle s'inscrivait en effet dans un contexte rendu houleux par la question à la fois morale, politique et économique que soulevait une éventuelle revalorisation monétaire. Après l'épisode hyper-inflationniste de 1922, le *Mark* s'était complètement effondré. Dans les années qui suivirent, le problème majeur était de savoir s'il fallait maintenir ou non le principe traditionnel « un *Mark* vaut un *Mark* ». Maintenir la valeur nominale de la monnaie, revenait à autoriser les débiteurs à rembourser leurs emprunts en monnaie dépréciée, ce qui aurait entraîné la ruine des créanciers (c'est-à-dire avant tout des classes moyennes et de la petite bourgeoisie). L'*Association des juges auprès du Reichsgericht* souhaitait une revalorisation du *Mark*. Elle publia, le 8 janvier 1924, une tribune qui suscita la polémique jusqu'au sein du tribunal lui-même²⁶. Elle y exerçait un véritable chantage, en termes à peine voilés : si le gouvernement ne revalorisait pas, le *Reichsgericht* s'emparerait du droit de contrôle de la loi et utiliserait le principe de la « bonne foi » (inscrit au BGB) pour revaloriser le *Mark*. Ce principe, bien que législatif, était érigé en

²² *RGZ*, vol. 102 (1921), p. 161 et s.

²³ Voir notamment : *RGZ*, vol. 9, p. 232 et s. (déc. du 17 fév. 1883) ; *RGZ*, vol. 48, p. 84 et s. (déc. du 26 mars 1901) ; *RGZ*, vol. 77, p. 229 et s. (déc. du 6 oct. 1911).

²⁴ Walter Jellinek, « Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht », *JW*, 1925, n° 54, p. 454-455. Dans le même sens : Gustav Radbruch, « Richterliches Prüfungsrecht », *Die Justiz*, 1925-1926, vol. 1, n° 1, p. 12-16 ; Hermann Heller, art. cit., 1992 (1930), p. 449-450 ; Richard Thoma, « Die Grenzen des richterlichen Prüfungsrecht », *DJZ*, 1925, p. 573-574 ; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, Stilke, 1933 (14 éd.), p. 370 et p. 373-375 ; Ernst von Hippel, « Das richterliche Prüfungsrecht », in G. Anschütz et R. Thoma (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr, 1932, vol. 2, p. 554.

²⁵ Christoph Gusy, *op. cit.*, 1985, p. 81, considère l'*obiter dictum* comme « non seulement dépourvu de pertinence mais aussi superfétatoire ». Olivier Jouanjan, « Contribution à l'histoire du contrôle judiciaire des normes en Allemagne », in E. Zoller (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, p. 119, y voit « un récit légendaire » ou encore « un roman des origines ».

²⁶ « Richterverein beim Reichsgericht », *JW*, 1924, p. 90. Reproduit in Ernst-Rudolf Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, Kohlhammer, 1992 (3 éd.), vol. 4, doc. n° 360, p. 425-427. Il faut rappeler que la position de l'*association des juges* fut critiquée au sein même du *Reichsgericht* (comme en témoigne la tribune que le conseiller Salinger fit paraître dans *Das Recht*, 1924, p. 351 et s.).

précepte suprapositif par les juges de l'association²⁷. Incidemment, l'association affirmait l'existence de principes situés « en dehors » de la loi et du droit positif, et estimait qu'il revenait au Tribunal du *Reich* des les garantir. Finalement, le gouvernement revalorisa quelque peu le Mark, ce qui s'apparentait à une solution de compromis. Pourtant le Tribunal du *Reich* s'empara quand même du droit d'examen de la constitutionnalité des lois en s'appuyant sur le raisonnement suivant : « Puisque la constitution du *Reich* ne contient elle-même aucune disposition d'après laquelle la décision sur la constitutionnalité d'une loi du *Reich* serait retirée au juge et transférée à un autre organe déterminé, le droit et le devoir du juge d'examiner la constitutionnalité des lois du *Reich* doivent être reconnus »²⁸. Le Tribunal du *Reich* donnait ainsi satisfaction aux partisans du *richterliches Prüfungsrecht*. La jurisprudence ultérieure conforta la décision du 4 novembre 1925. Mais il faut cependant souligner que cette reconnaissance de compétence ne donna pas lieu à l'activisme juridictionnel que redoutait une partie de la doctrine. Si les juges s'étaient bel et bien reconnu le droit de contrôler la loi, le nombre total de lois invalidées se comptait, à la mort du régime, sur les doigts de la main²⁹. Malgré les craintes qu'il avait suscitées, le « *richterliches Prüfungsrecht* » aboutit donc à des résultats extrêmement modestes. Il n'en a pas moins donné lieu à ce qu'il convient d'appeler des « visions morales » extrêmement tranchées.

II- Entre morale et politique

A- L'appréhension politique de la question

Les partisans du contrôle incident par le juge ordinaire [*richterliches Prüfungsrecht*] se recrutent plutôt sur la droite de l'échiquier politique et manifestent une grande méfiance à l'égard du Parlement, laquelle procède souvent d'une idéalisation du régime précédent. Il est d'autant plus nécessaire de faire quelques remarques générales sur les interprétations constitutionnelles marquées par cette sensibilité qu'elles sont majoritaires dans les milieux juridiques³⁰. L'intérêt et la loyauté des auteurs conservateurs vont davantage à l'*État* qu'à sa forme de

²⁷ Ce principe n'était nullement inscrit dans la constitution et n'était pas non plus considéré comme un principe coutumier liant le législateur. Voir : Fritz Morstein-Marx, *op. cit.*, 1927, p. 22.

²⁸ Décision du 4 novembre 1925 : *RGZ*, vol. 111, p. 323. Remarquons que dans le cas devant lui pendant, le *Reichsgericht* déclara la loi conforme à la constitution.

²⁹ Dans le même sens : Christoph Gusy, *op. cit.*, 1997, p. 217 ; Olivier Jouanjan, art. cit., 2003, p. 131.

³⁰ Pour les remarques qui suivent, voir surtout : Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, München, Beck, 2002 (2^e éd.), vol. 3, p. 90-124 ; Christoph Gusy, *Die Lehre vom Parteienstaat in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 73-92. En français : Sandrine Baume, « Le parlement face à ses adversaires », *RFSP*, 2006, vol. 56, n° 6, p. 985-998.

gouvernement (la république démocratique). Comme sous le *Kaiserreich*, l'État est censé préserver l'*unité* de la communauté nationale. Dans la tradition idéologique impériale, l'État – largement identifié à son appareil exécutif et administratif – est réputé neutre ou pour mieux dire *supra-partisan* [*überparteilich*]. En ce sens, il serait dépositaire d'un « intérêt public » objectif [*Gemeinwohl*] qui transcenderait les intérêts sectoriels de la société et dont la prééminence effective serait garantie par la séparation entre État et société. D'où la tentation de fonder l'État sur un socle de *valeurs matérielles* que les conservateurs weimariens recherchent en proportions variables dans le droit naturel ou dans les institutions sociales. D'un point de vue méthodologique, cela mène à différents programmes qui mêlent à des degrés variables le jusnaturalisme, l'institutionnalisme, la téléologie sociale voire la phénoménologie.

Politiquement, cette manière de voir suscite une grande méfiance à l'égard d'un *Reichstag* qui est devenu, sous le nouveau régime, le premier organe de l'État. Les conservateurs voient dans le jeu partisan et parlementaire une menace pour l'unité : l'identité nationale du peuple se fragmenterait en une myriade de sous-identités rivales et égoïstes³¹. L'intérêt public serait ainsi perdu de vue, quand ce n'est pas son existence même qui serait niée. Les partis politiques porteraient dans cette déliquescence une lourde responsabilité car la discipline qu'ils imposent aux députés dénaturerait ce que Weber appelait la « représentation libre ». Bref, les députés n'auraient plus la liberté d'esprit, la qualité et la compétence qui permettaient au député-notable de dégager la *vérité* axiologique que le droit devait exprimer. En cela, les conservateurs mesurent la pratique parlementaire weimarienne à l'aune d'un idéal historique : celui du parlementarisme libéral et notabiliaire du siècle passé. Enfin, le Parlement est généralement soupçonné d'impuissance. Les groupes d'intérêts se paralyseraient réciproquement et ne parviendraient ni à former des consensus ni à dégager une volonté véritable. La responsabilité gouvernementale conférerait à cette impuissance une portée absolument tragique. Le gouvernement ne serait plus conforme à son essence historico-conceptuelle mais deviendrait l'otage d'un *Reichstag* pusillanime, impuissant et versatile. Dans la langue du conservatisme weimarien, « démocratisation » signifie « invasion de l'État par la société ». Ce phénomène se traduit par une relativisation de l'unité nationale, de l'intérêt public objectif et de la capacité d'action étatique. L'abaissement des organes exécutifs, garants naturels de ces trois biens suprêmes, est à la fois la conséquence de cette relativisation et la plus puissante garantie de sa pérennité.

³¹ Cette idée est renforcée par la thèse du « coup de poignard dans le dos », qui offre à la défaite militaire une commode explication.

Dans ces conditions, on ne s'étonnera pas que la doctrine conservatrice tourne principalement ses espoirs vers la présidence de la République et vers les fonctionnaires, juges compris. De ce point de vue, le droit de contrôle du juge ne résout pas tous les problèmes mais constitue une partie de la solution. Dans cette fonction, la magistrature — refuge durable des élites traditionnelles — peut limiter le *Reichstag*. Il faut ajouter qu'en mettant en avant la séparation des pouvoirs et en interprétant avec soin les droits fondamentaux qui forment la seconde partie de la constitution, on peut augmenter considérablement la portée de ce contrôle. En ce qui concerne le premier aspect, on s'inspire volontiers de la conception américaine pour aboutir à l'idée que la séparation des pouvoirs implique le contrôle de constitutionnalité³². Les « droits et devoirs des Allemands » sont interprétés comme un « ordre axiologique », dont de nombreux auteurs vont tenter d'arrimer la matérialité à des conceptions philosophiques qui mêlent, en proportions variables, des éléments jusnaturalistes et institutionnalistes. Ainsi, ces droits apparaissent comme des « lignes directrices et des limites » [*Richtschnuren und Schranken*] qui s'imposent au législateur voire au pouvoir de révision constitutionnelle. Le juge, réputé neutre, objectif et dépositaire de l'intérêt public devient le garant de cet ordre matériel et transcendant. Apparaît ainsi un schéma logomachique : au « droit », entendu au double sens du mot allemand *Recht*, s'opposerait la « puissance » [*Macht*] aveugle et arbitraire d'une majorité parlementaire purement numérique.

Dès 1921, Otmar Bühler ajoute à cette idée une interprétation constitutionnelle qui sera régulièrement invoquée par les partisans d'un *richterliches Prüfungsrecht*³³. D'après l'article 102 de la constitution, le juge n'est soumis qu'à la loi. Bühler en conclut qu'il doit contrôler la constitutionnalité formelle et matérielle de la loi avant de l'appliquer, faute de quoi il pourrait appliquer une pseudo-loi. En s'appuyant sur de telles lectures de la constitution, les partisans du *richterliches Prüfungsrecht* espèrent en général faire coup double : garantir un *statu quo* « bourgeois » contre l'éventualité d'une majorité sociale-démocrate et introduire dans le système un mode de formation du droit concurrent de la législation parlementaire. Il s'agit, en somme, de jouer les droits fondamentaux contre le *Reichstag*. Les partisans de ces idées refusent, en général, les projets de centralisation du contrôle en invoquant des arguments d'inspiration libérale. L'indépendance statutaire et la neutralité politique supposée de la magistrature allemande constitueraient de meilleures garanties pour la liberté des citoyens

³² Par exemple : Ernst von Hippel, art. cit., 1932, p. 556 ; Otmar Bühler, « Sind die ordentliche Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden ? », *DJZ*, 1921, p. 582.

³³ Otmar Bühler, art. cit., 1921, p. 580-583. On retrouve cette idée dix ans plus tard chez Eduard Kern, « Rechtspflege — Grundsätzliches und Übersicht », in G. Anschütz et R. Thoma (dir.), *op. cit.*, 1932, vol. 2, p. 491.

qu'une cour plus ou moins composée par le *Reichstag*. Étant données les sympathies politiques de cette magistrature et la teneur de sa jurisprudence, cet argument n'est sans doute pas exempt d'arrière-pensées politiques.

Tendanciellement, ce sont plutôt des praticiens du droit et des auteurs conservateurs qui placent leur confiance dans le juge ordinaire. Concernant les praticiens, c'est l'élite du *Reichsgericht* qui défend le plus sûrement la compétence qu'elle s'est découverte³⁴. Le contrôle par le juge ordinaire est également soutenu par de nombreux professeurs aux convictions conservatrices affirmées, comme Heinrich Triepel, Erich Kaufmann, Günther Holstein, Ernst von Hippel, Ludwig Waldecker, P. Krückmann, Fritz Morstein-Marx ou encore James Goldschmidt³⁵. Beaucoup d'entre eux sont méthodologiquement proches du courant néo-idéaliste dit « des sciences de l'esprit » [*geisteswissenschaftliche Richtung*] ou encore de « l'école du droit libre » [*Freirechtsschule*]. Le *richterliches Prüfungsrecht* est également approuvé par Carl Schmitt mais l'interprétation qu'il en donne minore son importance. Toutefois, le droit de contrôle du juge ordinaire emporte aussi l'adhésion d'auteurs politiquement plus modérés tels Gerhardt Leibholz, Otmar Bühler, Eduard Kern, Albert Hensel et peut-être Walter Jellinek³⁶.

Les argumentaires employés pour légitimer le droit de contrôle du juge laissent filtrer un degré de méfiance envers le Parlement qui varie d'un auteur à l'autre. Von Hippel affirme que si le crédit moral de la justice est entamé, « aujourd'hui, l'autorité du législateur n'est pour le moins

³⁴ Voir, par exemple, les positions des juges Simons et Lobe *in* « Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs [...] auszudehnen? [Aussprache] », *VDJT*, 1927, n° 34, vol. 2, p. 264-268 et p. 251-254. Voir également les interventions des avocats Anrath et Wüst (*ibid.*, p. 235-244 et p. 257-263).

³⁵ Voir : Heinrich Triepel, « Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung », *AöR*, 1920, vol. 39, p. 535 et s. ; Erich Kaufmann, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung », *VVDStRL*, 1927, n° 3, p. 19 ; Günther Holstein, « Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft », *AöR*, 1926, vol. 50 (NF 11), p. 10 et s. ; Ernst von Hippel, art. cit., 1925, p. 556 ; Ludwig Waldecker, « Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts », *AöR*, 1927 (NF 52), p. 90-96 ; P. Krückmann, « Rechtsprechung », *JW*, 1928, vol. 57, n° 10, p. 646-649 ; Fritz Morstein-Marx, « Art. 13, Abs. 2 der Reichsverfassung und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit », *AöR*, 1924, vol. 45 (NF 6), p. 218-225 ; Fritz Morstein-Marx, *op. cit.*, 1927, p. 153 et s. ; James Goldschmidt, « Gesetzesdämmerung », *JW*, 1924, vol. 58, p. 245-249.

³⁶ Voir : Gerhardt Leibholz, « Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne », *APDSJ*, 1931, n° 1-2, p. 216 et s. ; Otmar Bühler, art. cit., 1921, p. 580-583 ; Eduard Kern, art. cit., 1932, p. 491 ; « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung », *VVDStRL*, 1927, n° 3, p. 58 (Albert Hensel) et p. 59-60 (Walter Jellinek qui estime, à cette occasion, que le droit de contrôle du juge n'a pas donné de trop mauvais résultats).

pas plus grande »³⁷. Plus clairement encore, P. Krückmann voit dans le *richterliches Prüfungsrecht* une garantie contre la législation économique que d'éventuels « ministres ou députés révolutionnaires » pourraient être tentés d'initier³⁸. Mais c'est sans doute le très conservateur et très nationaliste James Goldschmidt qui va le plus loin dans la dénonciation du législateur. Dans un article à l'intitulé apocalyptique et wagnérien, il s'indigne littéralement contre l'idée que la majorité puisse légiférer sans égard pour le juste et l'injuste, situation qu'il interprète comme le « crépuscule de la loi »³⁹. Il en découlerait un « absolutisme démocratique de la majorité » et une menace mortelle pour *la* minorité, c'est-à-dire la minorité bourgeoise qui n'est pas seulement l'élite du capital mais aussi celle de la culture [*Kultur*]. « Avec la classe moyenne allemande, c'est la culture allemande qui menace de sombrer » et, en un mot, la civilisation tout entière, dont la bourgeoisie est à elle seule dépositaire⁴⁰. Concrètement, Goldschmidt redoute surtout une loi de « confiscation » et milite pour une forte revalorisation monétaire. Le contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire lui apparaît comme le seul moyen d'éviter la banqueroute morale et financière qui s'annonce. S'inspirant de Reichel et de l'école du droit libre, Goldschmidt recommande au juge de contrôler la loi en se fondant non pas sur le texte de la constitution mais sur « le sentiment moral de la communauté »⁴¹. Il deviendra alors possible de faire le partage de la loi et du droit, de laisser inappliqué ce qui dans l'un ne relève pas de l'autre. Goldschmidt va plus loin encore : « le plus éminent devoir du juge » serait de protéger la constitution des atteintes du législateur constitutionnel lui-même, c'est-à-dire de contrôler les révisions constitutionnelles faites sur le fondement de l'article 76. Cette solution lui apparaît comme la réponse que l'État de droit doit apporter à la crise engendrée par la démocratie.

³⁷ Ernst von Hippel, art. cit., 1932, p. 556.

³⁸ P. Krückmann, art. cit., 1928, p. 646.

³⁹ James Goldschmidt, art. cit., 1924, p. 245-249. Le titre (« *Gesetzdämmerung* ») évoque le « crépuscule des Dieux » [*Götterdämmerung*] qui confère à la mythologie germano-scandinave sa tonalité tragique. À l'issue de cet affrontement, les Dieux d'Asgard (c'est-à-dire les porteurs de la culture) seront définitivement vaincus par les géants et leurs monstrueux alliés (qui représentent les forces de la nature). Ce jeu de mot est évidemment lourd de sous-entendus : le crépuscule de la loi est aussi celui de la bourgeoisie et de la culture allemande, dont elle est réputée dépositaire. Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik », *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 316, montre que la chute de la monarchie est vécue par les conservateurs comme l'acte de décès de la culture bourgeoise (c'est-à-dire de la culture tout court).

⁴⁰ James Goldschmidt, art. cit., 1924, p. 246.

⁴¹ *Ibid.*, p. 249. Goldschmidt se réfère à Reichel dans la suite du texte.

B- Changement de régime et revirements doctrinaux

Heinrich Triepel et Erich Kaufmann – autorités doctrinales de premier plan extrêmement impliquées dans le débat – donnent une idée assez claire de ce qu’est la position conservatrice. Surtout, leurs positions révèlent le repositionnement opéré par les conservateurs après la chute de l’Empire. L’un et l’autre appartiennent à la *Deutsch-Nationale Volkspartei* (DNVP) dont les députés, en 1919, se sont prononcés contre la constitution de Weimar⁴². Parti à sensibilité réactionnaire, nostalgique de l’*Obrigkeitsstaat*, le DNVP relaie principalement les intérêts des élites traditionnelles de l’Empire (*Junkers*, cadres administratifs, officiers etc.). Son nationalisme *völkisch* et belliciste est pétri d’un protestantisme conservateur, volontiers antisémite. Exception faite de ce dernier élément, ces idées sont assez largement partagées par Triepel et Kaufmann⁴³. Tous deux, en outre, sont des adversaires irréductibles de l’État de partis, des partisans du renforcement de l’exécutif et des tenants de l’ordre social traditionnel. Pourtant, Triepel et Kaufmann n’appartiennent pas à l’aile droite de la DNVP, qu’ils quittent d’ailleurs lorsque Hugenberg en prend la tête⁴⁴.

Sous l’Empire, Triepel disait ne se reconnaître ni dans l’absolutisme monarchique, ni dans la démocratie. Toutefois, à tout prendre, il considérait la première solution comme préférable à la seconde et ne doutait pas qu’il « valait mieux vivre sous le despotisme éclairé ou inéclairé d’une seule personne que sous le despotisme d’une populace jamais éclairée »⁴⁵. Pour autant, Triepel se résigne à la République : sous Weimar, il est davantage un « républicain de raison » [*Vernunftrepublikaner*] qu’un antidémocrate⁴⁶. Cette conversion n’est pourtant pas une adhésion et comporte d’importantes restrictions. Comme la plupart des « conservateurs libres », Rudolf Smend en tête, Triepel est très critique à l’égard du Parlement et du jeu des partis. Très influencé par Schmitt sur ce point, il oppose la conception traditionnelle et notabiliaire du parlementarisme au *Parteienstaat*

⁴² Sur l’histoire de la DNVP : Alfred Wahl, *Les Forces politiques en Allemagne XIX-XX siècles*, Paris, A. Colin, 1999, p. 215-222.

⁴³ La résistance de Triepel et Kaufmann à l’antisémitisme « culturel » de leur parti s’explique aussi par des raisons biographiques. La femme de Triepel était d’origine juive, ainsi que bon nombre de ses amis et élèves. Kaufmann, bien qu’étant un protestant extrêmement conservateur, avait des ascendants juifs. Sur ce point : Ulrich M. Gassner, *Heinrich Triepel*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 180-181.

⁴⁴ Hugenberg représente l’aile droite de la DNVP. Lorsqu’il prend la tête du parti, en 1929, une douzaine de députés modérés décident de le quitter. C’est notamment le cas de Treviranus, avec lequel Triepel avait des affinités politiques.

⁴⁵ Heinrich Triepel, *Unitarismus und Föderalismus im deutschen Reiche*, Tübingen, Mohr, 1907, p. 119 ; cité par Ralf Poscher, « Heinrich Triepel », in A. J. Jacobson, B. Schlink (dir.), *Weimar : a Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, UCP, 2000, p. 173.

⁴⁶ Voir Ulrich M. Gassner, *op. cit.*, 1999, p. 179-186.

moderne⁴⁷. Procédant d'une conception atomiste de la société, celui-ci mènerait à l'impuissance et à la subordination du gouvernement. Pour le dépasser, Triepel préconise un renforcement de l'exécutif et le passage à une conception « organique » de l'État qui rendrait son unité à un peuple désormais réduit à l'état de « masse sans âme »⁴⁸. La valorisation par Triepel d'un État de droit matériel et jusnaturaliste contribue à la limitation du *Reichstag*. Dès 1920, il se prononce pour un droit de contrôle exercé par le juge ordinaire sur le fondement matériel que constituent les droits fondamentaux.

« Les conséquences qu'entraînerait l'opinion opposée seraient monstrueuses, bien plus monstrueuses que les irrégularités pratiques qu'entraînerait prétendument le droit de contrôle du juge. Car dans une république parlementaire le droit de contrôle du juge est, sinon la seule, du moins la plus importante protection de la liberté civile [*bürgerlich*] face à un Parlement avide de pouvoir. »⁴⁹

Selon Triepel, en établissant la responsabilité du gouvernement devant le Parlement, la nouvelle constitution ouvre potentiellement la voie à un *absolutisme parlementaire* qui est, pour le moins, aussi dangereux que celui d'un monarque. Pour justifier cette idée, Triepel invoque la séparation des pouvoirs, ou plutôt la conception impériale de cette doctrine. Selon cette doctrine, la séparation est assurée lorsque l'Empereur et son gouvernement ne sont pas responsables devant le Parlement. Or tel n'est plus le cas sous la République : désormais le gouvernement est responsable, et il semble à Triepel que le *Reichspräsident* est lui-même dans « la plus complète dépendance à l'égard du *Reichstag* »⁵⁰. En un mot, la voie est désormais ouverte à l'*absolutisme*, et qu'il s'agisse « d'un absolutisme monarchique ou parlementaire, n'y fait pas grand chose »⁵¹. C'est pour cela que le droit de contrôle du juge est *particulièrement* nécessaire en régime parlementaire. Cette idée appelle au moins deux remarques. D'une part, Triepel alors âgé de plus de soixante ans raisonne manifestement selon les catégories du *Kaiserreich*⁵². La question n'est pas celle d'une éventuelle oppression majoritaire mais celle du rapport entre des organes conçus comme dépositaires d'intérêts distincts. On ne peut pas dire, d'autre part, que cette conception renferme une pétition de

⁴⁷ Heinrich Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, PDVAG, 1927. La référence à Schmitt est d'ailleurs très explicite (p. 11).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁹ Heinrich Triepel, art. cit., 1920, p. 536-537.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 538. Ce jugement s'explique sans doute par l'obligation du contreseing ministériel fixé par l'art. 50 de la constitution.

⁵¹ *Ibid.*, p. 537. Cette idée est partagée par d'autres auteurs conservateurs. Ainsi Ernst von Hippel, art. cit., 1932, p. 556, redoute l'absolutisme d'une « majorité abstraite » potentiellement dictatoriale.

⁵² Christoph Gusy, *op. cit.*, 1985, p. 102-103, qui raisonne dans une perspective historique de long terme, souligne très fortement ce point.

principe en faveur de la démocratie. Non seulement tous les absolutismes se valent (qu'ils soient héréditaires ou électoraux) mais il y a derrière cette idée une forme de nostalgie impériale. Car le raisonnement suppose *in fine* que la séparation des pouvoirs, et donc la liberté civile, étaient mieux assurées sous l'Empire qu'elles ne le sont désormais... En 1929, Triepel précise sa position sur la séparation des pouvoirs, dont il distingue désormais trois variantes⁵³. Celle qui lui semble le mieux protéger la liberté est la conception américaine, conception qui fait du pouvoir judiciaire un contrepoids aux possibles excès du législatif et de l'exécutif. Les trois pouvoirs constitués tireraient leurs compétences de la constitution et il appartiendrait aux juges de faire respecter cette répartition en appliquant les normes constitutionnelles. De cette manière, les tribunaux constitueraient un « *intermediate body* » entre le peuple et le *Reichstag*, c'est-à-dire un « bastion de la liberté contre les empiètements du législatif »⁵⁴. Bien que Triepel se soit parfois montré hésitant sur la question de l'organisation du contrôle, il semble qu'il ait assez nettement préféré le confier aux juridictions ordinaires⁵⁵.

Si elle n'est pas exempte de paradoxe, la position de Triepel n'est pas originale. En effet, par des voies quelque peu différentes, d'autres auteurs conservateurs aboutissent à la même idée. La conversion de Waldecker au droit de contrôle du juge est très similaire. En 1916, il le refusait en s'alignant sur la position de Laband ; mais il l'approuve à partir de 1921 car il comprend alors la nécessité d'opposer un contrepoids juridictionnel « à l'absolutisme dominant et bureaucratique du Parlement »⁵⁶. De manière assez analogue, Kaufmann ne portait pas, avant la première guerre mondiale, un jugement très enthousiaste sur le *judicial review* américain. Il lui semblait alors que le droit de contrôle du juge était « avilissant au dernier degré » pour le Congrès et « en fin de compte insoutenable »⁵⁷. En ce qui concerne la protection des droits

⁵³ Heinrich Triepel, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », *VVDStRL*, 1929, n° 5, p. 12 et s. Ce texte est désormais accessible en ligne, accompagné d'une riche introduction d'Armel Le Divillec. Voir *Jus politicum*, avril 2009, n° 2, <http://www.juspoliticum.com/Heinrich-Triepel-Wesen-und-126.html>.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 16 : « ein Bollwerk der Freiheit gegen die Übergriffe der Legislative ».

⁵⁵ Dans la présentation très complète qu'il consacre à Heinrich Triepel, Armel Le Divillec souligne, avec raison, l'ambiguïté de sa doctrine sur ce point. Voir Armel Le Divillec, « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes de Heinrich Triepel », *Jus politicum*, avril 2009, n° 2, <http://www.juspoliticum.com/Droit-politique-et-justice-124.html>. Nous nous permettons de renvoyer également le lecteur à notre ouvrage : Renaud Baumert, *op. cit.*, 2009, p. 276-278.

⁵⁶ Voir Ludwig Waldecker, art. cit., 1927, p. 86 et s. (position originelle) et p. 90 et s. (nouvelle position), citation p. 91.

⁵⁷ Erich Kaufmann, *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1908, p. 240. Voir également les commentaires de Helge Wendenburg, *op. cit.*, 1984, p. 151.

fondamentaux, Kaufmann préconisait d'élever la qualité des parlementaires à un niveau qui rendrait superflu le contrôle des lois. Pourtant, sous la République, il devient l'un des partisans les plus radicaux du *richterliches Prüfungsrecht*. Si aucun de ces auteurs ne rejette à proprement parler la République, tous manifestent une certaine réticence qui peut désormais se parer des oripeaux du libéralisme. Il est néanmoins troublant de constater que cette sensibilité libérale, plus ou moins en sommeil sous le régime autoritaire, se réveille précisément au moment où le système se démocratise. Comme le souligne Kelsen à la fin des années 1920, les juristes « qui enseignaient autrefois le plus strict enchaînement du juge à la loi » sont précisément ceux qui, « en faisant appel au droit naturel, veulent aujourd'hui reconnaître aux juges une vaste liberté face aux lois »⁵⁸.

III- LE RENOUVELLEMENT DES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION

En Allemagne l'effondrement de l'Empire entraîne une véritable crise du positivisme juridique largement conçu comme la doctrine officielle de ce régime. L'un des faits les plus marquants de la vie intellectuelle weimarienne est l'apparition d'une vaste *réaction antipositiviste* qui donnera lieu à ce qu'il est convenu d'appeler la « querelle méthodologique de la doctrine publiciste » [*Methodenstreit der Staatsrechtslehre*]. Il sera évidemment impossible, dans les pages qui suivent, de dresser un panorama complet de cette querelle (dont la nature et la portée font d'ailleurs elles même l'objet d'un débat)⁵⁹. Nous nous en tiendrons donc à une petite partie de la doctrine antipositiviste ; celle, précisément, qui a le plus contribué à l'interprétation morale de la justice constitutionnelle. En premier lieu, ces auteurs rejettent la doctrine positiviste de l'*Isolierung*, qui leur apparaît comme un appauvrissement disciplinaire. À des degrés divers, ils entendent réintroduire les « sciences de l'esprit » [*Geisteswissenschaften*] dans la connaissance du droit. En outre, beaucoup de ces docteurs cherchent à rattacher les sciences de l'esprit à une forme ou à une autre de jusnaturalisme. C'est vrai de Rudolf Smend, d'Erich Kaufmann, de Günther Holstein, de Gerhard Leibholz et, dans une moindre mesure, d'Heinrich Triepel. Cette partie de la doctrine, qui se désigne volontiers comme « néo-idéaliste », est une composante importante du courant plus

⁵⁸ Hans Kelsen, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung [Aussprache] », *VVDStRL*, 1927, n° 3, p. 54.

⁵⁹ La question est notamment de savoir si la lecture méthodologie doit l'emporter sur la lecture politique. Cette question, lourde d'implications, a donné lieu à une littérature abondante. Voir notamment : Manfred Friedrich, « Der Methoden- und Richtungsstreit », *AöR*, 1977, vol. 102 (NF 63), p. 161-209 ; Christoph Gusy, *op. cit.*, 1997, p. 420-458 ; Michael Stolleis, *op. cit.*, 2002, p. 153-202.

vaste dit « des sciences de l'esprit » [*Geisteswissenschaftliche Richtung*]⁶⁰. Sur le plan politique, la lecture du *Methodenstreit* demande également une appréhension nuancée. On remarquera notamment qu'il existe des antipositivistes sociaux-démocrates, comme Heller et Neumann, ou proches du centre-gauche, comme Gerhard Leibholz. Exception faite de ce dernier, les néo-idéalistes sont en général conservateurs et farouchement nationalistes. Leurs visions du monde sont fréquemment empruntées d'une religiosité qui déteint souvent sur leurs théories du droit. En somme, le néo-idéalisme ne résume pas l'antipositivisme weimarien mais constitue plutôt son aile jusnaturaliste et conservatrice.

Il faut remarquer en outre que les néo-idéalistes ne forment pas une école homogène mais défendent des théories juridiques assez diverses. On peut néanmoins regrouper un certain nombre de points communs à ces auteurs. En premier lieu, leur pensée est constitutivement antipositiviste, et articule fortement les critiques méthodologiques et politiques. Pour le néo-idéaliste, le positivisme est avant tout l'expression juridique d'un rationalisme amoral qui procède par des généralités abstraites et purement formelles. Politiquement, cela revient à se donner au vainqueur du moment, sans égard pour la justesse de ses vues⁶¹. Schématiquement, le législateur est conçu sur le même mode dépréciatif. La loi, générale et abstraite, est dépeinte comme une abstraction rationaliste dont la finalité est soumise aux majorités du moment, c'est-à-dire aux caprices de la puissance. Le néo-idéalisme se perçoit comme un antidote à ce poison moral : il cherche essentiellement à soumettre l'État à un ordre axiologique réputé objectivement juste. Ce qu'il faut surtout souligner, c'est que cet ordre est généralement conçu comme une transcendance incarnée : il est en quelque sorte médiatisé par la société et par les institutions sociales. D'où l'attrait pour les « sciences de l'esprit », censées dégager la part d'éternel qui anime chaque réalisation mondaine. D'où, enfin, une tendance à priser le concret, l'individuel et l'incarné ; tendance qui s'oppose point par point à l'amour supposé des positivistes pour l'abstraction, le général et le désincarné. Dans l'ordre juridique, cela

⁶⁰ Il faut remarquer ici que les termes ne sont pas toujours employés de manière identique par les différents commentateurs. Ainsi, on emploie parfois la notion de « *geisteswissenschaftliche Richtung* » en un sens restreint (c'est-à-dire pour désigner les « néo-idéalistes »). Pour une discussion approfondie de ces typologies : Klaus Rennert, *Die « geisteswissenschaftliche Richtung » in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 44-66. Pour un aperçu en français : Carlos-Miguel Herrera, « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in J.-F. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit*, Lyon, ENS, 2002, p. 87-112.

⁶¹ L'exemple de Laband est compris de manière paradigmatique : bien qu'il affirme la neutralité de sa doctrine, elle était principalement destinée à justifier et à conforter l'Empire. Pour Triepel, cela ne condamne pas seulement Laband, mais la démarche positiviste dans son ensemble. Voir : Heinrich Triepel, *Staatsrecht und Politik*, Berlin, PDVAG, 1926, p. 11 et p. 34 et s. (reprod. in *Jus politicum*, avril 2009, n° 2, <http://www.juspoliticum.com/Heinrich-Triepel-Staatsrecht-und-125.html>).

aboutit à une idéalisation du juge, considéré comme l'oracle inspiré de la Justice et des institutions sociales. L'objectif poursuivi par ce courant consiste non seulement à étendre les compétences du juge, mais aussi à renouveler ses méthodes d'interprétation. Il s'agit, en un mot, d'en finir avec le modèle du jugement syllogistique (réputé positiviste), et de libérer le juge de la lettre de la loi.

A- L'égalité à la lumière du droit naturel

Comme nous l'avons brièvement mentionné, la contribution d'Erich Kaufmann au problème de l'égalité devant la loi est aussi une prise de position en faveur du droit de contrôle du juge ainsi que l'un des principaux manifestes de la *geisteswissenschaftliche Richtung*⁶². Dès le début des années 1920, Kaufmann entreprend une critique philosophique du néo-kantisme dans lequel il voit la matrice intellectuelle du positivisme juridique⁶³. Dans les années qui suivent, sa pensée prend un tournant jusnaturaliste de plus en plus marqué, auquel le principe d'égalité fournira une portée pratique⁶⁴. En affirmant l'existence d'un droit naturel, Kaufmann entend lutter tout à la fois contre le positivisme et contre le relativisme, qu'il considère comme les corollaires naturels du rationalisme. Le caractère foncièrement conservateur de cette entreprise est revendiqué. Dans son apologie de la DNVP, Kaufmann observe en effet que « l'origine historico-spirituelle du conservatisme réside dans son antagonisme avec *l'univers de pensée du rationalisme* dans son ensemble »⁶⁵. Son réquisitoire est triple. Premièrement, l'interprétation positiviste du droit ne comprendrait la justice que sous la forme de la justice commutative. On perdrait ainsi de vue ses formes distributives et vindicatives, qui avaient pourtant été aperçues par Aristote et par le droit naturel chrétien⁶⁶. Deuxièmement, le rationalisme a réduit la société à un ensemble d'individus⁶⁷. On oublierait ainsi les *institutions* et les *télos* dont elles sont les réalisations sociales concrètes — conception dont Kaufmann est explicitement

⁶² Erich Kaufmann, art. cit., 1927, p. 2-24. La contribution de Kaufmann est saluée avec enthousiasme par cet autre grand représentant de la *geisteswissenschaftliche Richtung* qu'est Holstein. Le compte-rendu qu'il donne du colloque de la *VDSStRL* est, en quelque sorte, le second manifeste du courant néo-idéaliste. Voir : Günther Holstein, art. cit., 1926, p. 1-40.

⁶³ Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1921.

⁶⁴ Sur l'histoire du principe d'égalité en droit allemand (et de riches développements sur la nouvelle doctrine weimarienne) : Olivier Jouanjan, *Le Principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992.

⁶⁵ Erich Kaufmann, « Über die konservative Partei und ihre Geschichte », *Gesammelte Schriften*, Göttingen, Schwartz, 1960 (1922), vol. 3, p. 137.

⁶⁶ Erich Kaufmann, art. cit., 1927, p. 14-15. Kaufmann songe sans doute à Thomas d'Aquin.

⁶⁷ Cette atomisation n'est pas le fait du libéralisme en soi, mais du libéralisme *rationaliste*. Pour des développements plus complets : Erich Kaufmann, art. cit., 1960 (1922), p. 142 et s.

redevable à Hauriou⁶⁸. Cet oubli mènerait à une troisième impasse : l'incapacité à concevoir les institutions dans leur durée, c'est-à-dire dans la succession des générations qui les composent et les renouvellent. On aboutirait ainsi à une vision statique du droit dans laquelle la *geisteswissenschaftliche Richtung* reconnaît unanimement l'une des grandes faillites du positivisme⁶⁹. Par rapport au droit naturel rationnel, le positivisme aurait ajouté un élément essentiel à la dégénérescence de la justice : il aurait donné une « réponse sceptique » à la question de savoir ce qu'est la Justice. En niant la possibilité même de répondre à cette question, le positivisme aurait coupablement identifié le droit à la loi positive, ce qui l'aurait mené à l'apologie aveugle de la puissance, quel qu'en soit le détenteur et quelle que soit la fin qu'il poursuive⁷⁰. Sacrifiant l'élégance à la clarté expressive, Kaufmann résume cette idée par une formule lapidaire : « la science du droit purement technique est une putain qui est disponible pour tous et pour tous les usages »⁷¹. Au demeurant, il semble à Kaufmann que le positivisme est d'ores et déjà « fini » (sinon « crevé ») [*erledigt*]. Il lui apparaît comme une théorie faite pour rendre compte des temps de stabilité politique (celle de l'Empire). Or, le peuple allemand, désormais « saturé » par la défaite, la révolution et la crise ne peut plus s'en tenir à la logique et l'abstraction. Il serait grand temps d'introduire une nouvelle méthode fondée sur l'intuition du droit naturel et l'appréhension de la vie concrète.

Ainsi, Kaufmann commence par postuler l'existence d'un « ordre suprapositif, que nous sommes tenus de réaliser, dans lequel tout ordre positif doit avoir ses racines et qu'il n'est pas autorisé à violer »⁷². Cet ordre est le droit lui-même, de sorte que « l'État ne crée pas le *droit*, l'État crée les *lois* ; et l'État et la loi sont subordonnés au droit »⁷³. L'égalité devant la loi est un des principes qui composent cet ordre suprapositif. Il faut bien comprendre que le retour au droit naturel traditionnel préconisé par Kaufmann ne concerne pas seulement l'interprétation

⁶⁸ Erich Kaufmann, art. cit., 1927, p. 15. Hauriou est également cité par Günther Holstein, art. cit., 1926, p. 8 (qui orthographe « Haurion »).

⁶⁹ Erich Kaufmann, art. cit., 1927, p. 16. Dans le même sens : Günther Holstein, art. cit., 1926, p. 8-9 ; Gerhardt Leibholz, art. cit., 1931, p. 211.

⁷⁰ On remarquera qu'en 1926, Kaufmann oublie quelque peu les thèses qu'il a lui-même défendues avant-guerre. Sous l'Empire, Erich Kaufmann avait développé une théorie juridique néo-hégélienne qui aboutissait à l'absolutisation de l'État et érigeait sa souveraineté en nécessité politique ultime. En 1911, il écrivait par exemple que l'idéal social n'est pas « une communauté d'hommes à la volonté libre » mais bien « la guerre victorieuse ». Ces citations sont extraites de : Hermann Heller, « Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland », *Gesammelte Schriften*, Tübingen, Mohr, 1992 (1921), vol. 1, p. 235-237.

⁷¹ Erich Kaufmann, art. cit., 1927, p. 22. Nous traduisons en respectant le registre de langue.

⁷² *Ibid.*, p. 3.

⁷³ *Ibid.*, p. 20.

scientifique mais surtout la *structure* et la *pratique* du droit positif. Le principe de l'égalité devant la loi en est l'exemple le plus clair. Selon Kaufmann, l'interprétation positiviste de ce principe – celle d'Anschütz – se résume à une « trivialité ». Anschütz n'y verrait qu'une égalité du statut juridique des citoyens, laquelle n'aurait d'ailleurs aucun caractère obligatoire puisqu'elle ne s'appliquerait qu'à l'échelon infralégislatif⁷⁴. Pour Kaufmann, il s'agit au contraire d'un « principe juridique à valeur suprapositive. C'est pourquoi [l'égalité] *s'adresse avant tout et en premier lieu au législateur* qui est appelé à créer le droit écrit et n'est pas autorisé, ce faisant, à violer ce principe juridique »⁷⁵. En contrôlant la loi, le juge doit donc s'assurer que le législateur respecte et met en œuvre le droit naturel. Du point de vue de son *contenu*, le principe d'égalité ne signifie pas que tous doivent recevoir le même traitement (conception dans laquelle Kaufmann veut voir le fond de la théorie socialiste, réputée incompatible avec l'ordre libéral weimarien)⁷⁶. Le principe d'égalité signifie plutôt que des différences peuvent être faites entre les citoyens ; qu'il faut traiter également des situations similaires et inégalement des situations différentes⁷⁷. L'arbitraire se comprend de manière exactement inverse : il apparaît quand des situations similaires sont traitées inégalement ou quand des situations différentes sont traitées également. Par sa portée, la loi est une source d'arbitraire potentiellement très dangereuse.

Comme on le voit, le problème principal revient à opérer la distinction entre situations similaires et situations différentes. Pour Kaufmann, « tout cela signifie finalement que les distinctions et les indistinctions [faites par] les lois doivent être *justes* »⁷⁸. Reste à savoir ce qu'est la justice. À cette question essentielle, Kaufmann fournit une réponse qui peut décevoir : en effet, la justice « ne se laisse pas définir »⁷⁹. Il ne faut pas moins être assuré de son *existence*, car c'est seulement son *contenu* qui ne se laisse pas abstraire dans des formules générales. Tout ce que l'on peut dire c'est que la justice est la conformité avec l'ordre matériel transcendant mais, Kaufmann l'admet, tout le monde ne s'entend pas sur le *contenu* de cet ordre. Tandis que Dieu possède « l'entendement intuitif » qui autorise une connaissance parfaite et universellement valable de la Justice, l'homme ne peut en donner qu'une approximation. Mais cette approximation est limitée par deux facteurs. D'abord, elle n'est accessible qu'aux « cœurs purs », c'est-à-dire à des hommes à la

⁷⁴ On remarquera que, même réduite à cela, elle est pourtant encore une garantie contre l'arbitraire des autorités exécutives et administratives. À cet égard, le qualificatif de « trivial » est un peu outrancier.

⁷⁵ Erich Kaufmann, art. cit., 1927, p. 5-6.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁷ On remarquera à nouveau que, du point de vue du *contenu*, la conception positiviste de l'égalité pouvait également aboutir à cette idée.

⁷⁸ Erich Kaufmann, art. cit., 1927, p. 10.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 11.

moralité supérieure. En outre, étant discursive et située, la conscience de la justice humaine ne peut s'exprimer que dans des situations concrètes et par une décision créatrice. Inversement, « toutes les tentatives [visant à] résoudre les problèmes de l'ordre naturel et moral par des *normes générales, abstraites et isolées* sont vouées à l'échec »⁸⁰. Cette théorie jette donc le soupçon sur le législateur, dont c'est manifestement la manière de procéder. Il est sous-entendu que le rationalisme a poussé l'idolâtrie jusqu'à confondre le législateur avec Dieu et à transformer le juge en serviteur mécanique des abstractions législatives. En somme, il a prétendu parler le langage de l'universel et ériger une nouvelle tour de Babel, dont la défaite de 1918 a signé l'effondrement définitif. L'erreur a été de confondre abstraction et justice, car la justice peut être « *seulement éprouvée par des personnalités justes et morales* » dans des situations concrètes⁸¹. Cela ne signifie pas que le juge soit parfait au sens où l'est la « personnalité absolue ». Mais le juge a sur le législateur un double avantage : bien sélectionné et bien formé, il a un accès supérieur aux valeurs objectives qui forment la trame du droit naturel. En outre, il rend une décision relative à un cas concret, ce qui lui permet de saisir *in situ* les *télos* dont les institutions sont porteuses et de ne pas s'égarer dans des abstractions qui les méconnaissent nécessairement. Selon Kaufmann, cette théorie n'est nullement « subjectiviste » puisque les « valeurs transpersonnelles » existent objectivement. Il n'est pas douteux en revanche que les juges y accèdent bien mieux que les députés.

D'une manière générale, Kaufmann « approuve en principe le droit de contrôle du juge, y compris contre les lois et y compris du point de vue de la compatibilité d'une loi avec le principe de l'égalité juridique »⁸². Naturellement, cette position confère au juge un moyen de contrôle d'autant plus puissant qu'il possède une très grande *extension* et qu'il laisse aux juridictions une *marge d'appréciation* quasiment illimitée. Potentiellement, toutes les lois sont susceptibles de contrevenir à une conception ou à une autre de l'égalité. Pourtant, et c'est là une constante de sa pensée, Kaufmann cherche à tracer des limites au droit de contrôle afin que le juge n'empiète pas sur la fonction législative⁸³. La difficulté est que les deux limites dégagées par Kaufmann sont si floues et si contradictoires avec le projet général qu'on peut douter de leur efficacité. De manière intéressante, ces deux limitations reviennent à préciser (et à encadrer) le rôle du législateur. Deux compétences lui reviennent exclusivement : « le choix des principes de justice en vigueur

⁸⁰ *Loc. cit.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 16.

⁸² *Ibid.*, p. 19.

⁸³ *Ibid.*, p. 23. Voir les principes directeurs du résumé d'Erich Kaufmann.

et la création des formes juridico-techniques »⁸⁴. La deuxième compétence est manifestement de faible importance, elle consiste à émettre les normes où aucun principe de justice n'est requis (âge de la majorité légale, code de la route, etc.). La première compétence est en revanche essentielle mais Kaufmann, dans l'exemple qu'il en donne, la situe à un tel niveau d'abstraction qu'on peut douter de sa portée. En ce qui concerne l'égalité devant la loi, décider d'un principe de justice revient à choisir entre les formes commutative, distributive ou vindicative de la justice⁸⁵. Du reste, une fois le principe choisi, c'est au seul juge qu'il appartient de le réaliser et de le développer en l'appliquant aux cas concrets. En somme, il n'appartient au législateur que d'opérer des choix très généraux et des choix très minimes. Entre ces deux extrêmes, c'est l'interprétation juridictionnelle qui doit s'imposer.

Le problème le plus évident de cette conception est son caractère très flou. Jusqu'à quel point l'interprétation juridictionnelle d'un principe de justice peut-elle se développer sans remettre en cause le principe initial ? Sur ce problème, Kaufmann reste remarquablement évasif. Il se contente de remarquer que la liberté du juge dépendra d'une « série de facteurs » bien vagues : l'appréciation que porte la société sur les juges, la composition de la magistrature, le sentiment qu'a le juge de lui-même, etc. Bref, Kaufmann assure qu'à force de « tact » jurisprudentiel, une « tradition » se mettra inmanquablement en place. C'est aussi de cette manière qu'il résout la question de la sécurité juridique, dont on sait l'importance pour ses contradicteurs ; une fois de plus, la pratique y pourvoira. Cette réponse est finalement assez symptomatique du projet politique : ne revient-elle pas à dire que c'est par sa seule jurisprudence que le juge trouvera sa propre limite ? Mais jusqu'à quel point est-elle contraignante, la limite qu'on se fixe soi-même ? À ce type de questions, Kaufmann oppose une sorte de postulat optimiste : s'il est juste, le juge y parviendra. Or, si la perfection n'est pas de ce monde, il est néanmoins possible de former des juges dotés d'une personnalité juste, c'est-à-dire « des hommes qui ont formé leur conscience juridique et sont un récipient pur »⁸⁶. Pour autant que nous comprenions ce concept, le « récipient pur » doit être un homme naturellement doté d'une haute qualité morale. Cela semble supposer une sélection soignée dont le scrutin populaire n'est sans doute pas capable dans l'esprit de Kaufmann. Ce qui est en revanche certain, c'est que la formation de la « conscience juridique » passe par une réforme de l'enseignement du droit à laquelle Kaufmann est très attaché. Ainsi propose-t-il d'y

⁸⁴ *Ibid.*, p. 24, point 11.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 21. C'est d'ailleurs ainsi que la querelle de la revalorisation est interprétée : le législateur a choisi de faire une entorse à la justice commutative et de s'en remettre à la justice distributive. Kaufmann est convaincu qu'il s'est ainsi conformé à ce que le droit suprapositif exigeait dans cette situation. Le rôle du *Reichsgericht* n'est pas mentionné.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 22.

introduire un contenu moral et d'imiter les systèmes d'enseignement romain et américain, centrés sur l'étude des cas célèbres de la jurisprudence.

Il nous semble en outre que l'idée de limiter le juge tout en lui confiant la garde du droit transcendant est entachée d'une contradiction logique assez évidente. Si le juge reste dans les bornes que Kaufmann lui trace, on ne voit pas bien à quoi sert le contrôle fondé sur l'égalité. Dans cette hypothèse, le choix d'un principe d'égalité par le législateur ne peut pas être remis en cause par les tribunaux. Or, le législateur peut se tromper dans son choix, c'est-à-dire ne pas établir la bonne adéquation entre les exigences du droit naturel et la situation concrète des institutions sociales. Dans ce cas, il y a une entorse au droit naturel, doublée d'un acte arbitraire, que le juge ne peut pas réparer et qu'il doit — qui plus est — appliquer et développer. Le bénéfice de l'institution est manifestement bien mince... Reste l'autre solution : le juge est aussi en mesure de contrôler le choix du principe d'égalité opéré par le législateur. Dans une situation concrète, au regard des institutions sociales et du droit naturel, il peut alors décider que le législateur n'a pas choisi le principe conforme à la vraie justice. À vrai dire, c'est la seule solution compatible avec le schéma jusnaturaliste développé par Kaufmann⁸⁷. Le principal problème est que le juge outrepassé alors la plus importante des deux limitations qui sont censées s'imposer à lui. Dans tous les cas, on peut se demander si les limitations que Kaufmann prétend imposer au juge ne relèvent pas tout simplement d'une sorte de rhétorique lénifiante⁸⁸. Pour Michael Stolleis, le « pathos idéaliste » de Kaufmann s'accompagne bel et bien d'un *calcul politique* visant à relativiser la législation parlementaire au moyen de la jurisprudence⁸⁹. Assurément, c'est également ainsi que la doctrine positiviste a interprété les propositions de Kaufmann. De Anschütz à Kelsen, en passant par Thoma, tous soulignent que le postulat du droit naturel mène *en pratique* à reconnaître au juge le droit d'imposer ses vues au législateur et de se livrer à un « subjectivisme » juridictionnel délétère pour la démocratie⁹⁰. Même von Hippel (qui est à la fois conservateur et partisan du

⁸⁷ Appliqué au cas de la revalorisation de la monnaie, il faut alors faire l'hypothèse selon laquelle le législateur s'en serait tenu au principe (« commutatif ») selon lequel « un Mark vaut un Mark ». Dans cette hypothèse, Kaufmann n'aurait certainement pas accepté que le juge reste passif face à une entorse au droit naturel. Mais en invalidant la loi, ne serait-il pas sorti des bornes censées limiter sa fonction ?

⁸⁸ Klaus Rennert, *op. cit.*, 1987, p. 276-279, estime que Kaufmann lèvera (plus ou moins) cette contradiction à partir de 1935 et donnera plus de place au législateur. Il n'empêche : dans le contexte weimarien, les ambiguïtés de l'article de 1927 peuvent légitimement apparaître comme une stratégie visant à minorer le rôle du Parlement démocratique.

⁸⁹ Michael Stolleis, *op. cit.*, 2002, vol. 3, p. 191.

⁹⁰ Voir « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung [Aussprache] », *VVDStRL*, 1927, n° 3, p. 49 à 59.

richterliches Prüfungsrecht) condamne fermement cette idée. Selon lui, le projet de Kaufmann introduirait dans la décision « un facteur aristocratique » qui entrerait en conflit « avec le caractère démocratique de la constitution »⁹¹.

B- Téléologie et phénoménologie

Le schéma d'ensemble auquel aboutit Kaufmann peut être regardé comme une construction commune à tous les néo-idéalistes. Dès 1924, Triepel avait jeté les bases de la nouvelle doctrine de l'égalité et encouragé le juge à s'en saisir par le contrôle normatif⁹². Il avait également chargé son plus brillant élève (Gerhardt Leibholz) de développer cette idée dans sa thèse de doctorat⁹³. Avant la fameuse décision de 1924, il avait déjà entamé des démarches informelles auprès du Reichsgericht pour l'encourager à contrôler la loi⁹⁴. Si ce courant joue unanimement les droits fondamentaux contre le législateur, tous les auteurs ne conçoivent pas le rôle du juge de la même manière. C'est donc dans la théorie de l'interprétation qu'il faut chercher les principales différences entre les néo-idéalistes. Il ne sera pas possible ici d'en donner une vue complète mais l'on peut évoquer rapidement deux exemples qui donneront une idée de la diversité interne du courant.

A bien des égards, Triepel ne s'affranchit pas complètement du positivisme mais en conserve certains éléments. Formé à cette école il perd progressivement l'espoir de fonder la dogmatique dans le seul texte de la loi. Il lui apparaît notamment que chaque juriste « doit en dernier lieu recourir à des pensées qu'il ne trouvera pas dans la loi et qu'il doit emprunter à l'ordre de la vie suprapositif »⁹⁵. De sa formation positiviste, Triepel conserve une certaine admiration pour le raisonnement logique⁹⁶. Ce qu'il réprovoque, c'est sa prétention à l'exclusivité et la politisation occulte qu'entraîne la *Begriffsjuriprudenz*. Selon lui, « les règles du devoir-être juridique sont toujours l'expression de valeurs universelles, et elles se rapportent, d'après leur sens, à des objets qui

⁹¹ *Ibid.*, p. 44.

⁹² Voir : Heinrich Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin, de Gruyter, 1924.

⁹³ La thèse de Gerhardt Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin, Liebmann, 1925, est d'ailleurs publiée dans une collection dirigée par Triepel, Kaufmann et Smend.

⁹⁴ Cet épisode est rapporté par Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham, DUP, 1997, p. 146.

⁹⁵ Heinrich Triepel, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung [Aussprache] », *VVDStRL*, 1927, n° 3, p. 51.

⁹⁶ Heinrich Triepel, *op. cit.*, 1926, p. 37 : « nous sommes très loin de mépriser la construction juridique en tant que telle. Au contraire nous y discernons un moyen de construction systématique, peut-être pas unique, mais du moins précieux et jusqu'ici encore indépassé, moyen sans lequel nous aurions difficilement pu acquérir une maîtrise du matériau ».

sont pensés comme des moyens propres à la réalisation d'objectifs déterminés »⁹⁷. Dans le cas du droit public, ces valeurs et ces objectifs se rapportent aux finalités poursuivies par l'État, c'est-à-dire à la politique. Par conséquent, l'interprétation du droit doit tenir compte d'une axiologie politique dont Triepel ne précise pas très clairement le contenu. Étant donné que ces valeurs supérieures appartiennent au droit lui-même et participent à la définition de ses concepts, il est illusoire de prétendre s'en abstraire. C'est évidemment l'erreur que commettent les positivistes : c'est pourquoi leurs constructions conceptuelles ignorent la véritable nature du droit et mènent inmanquablement à la crypto-politisation de la doctrine. Pour autant, Triepel ne renonce pas complètement à la méthode d'interprétation positiviste, il en limite seulement la portée :

« La construction [*logique des positivistes*] peut donc nous servir en tant « qu'hypothèse de subsomption et d'analogie ». Mais si elle veut jouer un rôle plus important que ce rôle heuristique, si elle s'arroge elle-même les fonctions qui consistent à *combler les lacunes*, ou si elle se comporte comme la seule méthode salutaire, alors nous lui jetons le gant. »⁹⁸

Il ne faudrait toutefois pas croire que Triepel renonce à la prescription. Au contraire, c'est le rôle des juristes de développer le droit en indiquant quelles solutions doivent être adoptées. Mais pour cela, il faut s'en remettre à une autre méthode : l'interprétation téléologique aussi appelée « jurisprudence des intérêts » [*Interessenjurisprudenz*]. Pour combler les lacunes, cette méthode compare les intérêts en présence et tranche par un jugement de valeur dont elle ne fait pas mystère.

Le principal problème est bien entendu celui du fondement de ces jugements. Selon Triepel, l'étalon d'après lequel les intérêts doivent être soupesés est « à chercher dans la sphère de l'objectif »⁹⁹. Sans doute arrive-t-il que l'on confonde des opinions subjectives avec des valeurs objectives, « mais une telle méprise est plus facile à découvrir que l'erreur d'une construction logique »¹⁰⁰. Pour atteindre au mieux la « sphère de l'objectif », Triepel recommande une double méthode : il faut s'en remettre « tout d'abord aux évaluations que nous voyons exprimées par les lois » et, à défaut, à « l'étalon de mesure que nous trouvons dans la conscience juridique de la collectivité liée par ce droit »¹⁰¹. Pour combler les lacunes du droit, le dogmaticien et le juge

⁹⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 37-38.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹ *Loc. cit.*

doivent donc se fonder sur une morale objective qui n'est pas seulement intersubjective mais aussi transcendante :

« Pour le dire peut-être encore mieux : nous décidons dans les cas d'urgence ainsi que nous *devrions* décider en tant que législateur. Notre conscience n'est en effet qu'une partie d'un esprit supra-individuel. Quand nous touchons notre poitrine, nous touchons en même temps les étoiles éternelles. Pour la jurisprudence des intérêts aussi, l'étoile directrice suprême demeure *l'idée du droit, la justice éternelle*. La servir seule, voilà notre devoir ; la servir fidèlement, voilà ce que doit être notre vœu. »¹⁰²

Bien entendu, ce qui vaut pour la dogmatique juridique vaut aussi pour l'interprétation authentique. Appliquée au contrôle de constitutionnalité, cette théorie permet sans doute au juge de prendre certaines libertés avec le texte constitutionnel au nom de la justice éternelle. On remarquera qu'il n'est plus seulement l'interprète du droit mais aussi celui de la conscience morale universelle.

Gerhardt Leibholz qui est alors l'élève le plus prometteur de Triepel va opter pour une méthode assez différente et plus conforme à la philosophie ambiante. Dans un article daté de 1931, il résume à l'usage des Français les principaux thèmes du courant néo-idéaliste¹⁰³. On y retrouve une ferme condamnation du positivisme ainsi qu'une prise de position très nette en faveur du droit de contrôle du juge. Mais la particularité de Leibholz est de préconiser, pour l'interprétation scientifique comme pour l'interprétation authentique, une méthode *phénoménologique*. Selon une typologie d'Ernst-Wolfgang Böckenförde, cette théorie est l'exemple même d'une « pensée axiologique objectiviste »¹⁰⁴. Ce courant théorique, inspiré par Max Scheler, postule l'existence de valeurs objectives et transcendantes. La différence avec l'essentialisme platonicien réside dans la manière dont se fait la remontée aux idées. L'« axiologiste-objectiviste » n'y parvient pas par une maïeutique discursive et rationnelle mais par la *Wertschau* : une « vision des valeurs » *intuitive, irrationnelle* et généralement *fulgurante*. Ces visions fonctionnent comme un tamis qui permet de séparer le bon grain de l'ivraie, l'objectif du subjectif, l'éternel du passager et pour tout dire la substance de l'accident. Ce qui frappe dans le cas de Leibholz, c'est qu'il présente cette méthode phénoménologique comme une garantie *contre* le subjectivisme débridé des juges¹⁰⁵. Cet écueil sera évité si, à l'imitation de Husserl, Scheler et Litt, on s'en remet à une

¹⁰² *Loc. cit.*

¹⁰³ Gerhardt Leibholz, art. cit., 1931, p. 207-224.

¹⁰⁴ Voir les développements très éclairants de Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 82-83.

¹⁰⁵ Gerhardt Leibholz, art. cit., 1931, p. 219.

appréhension phénoménologique du droit. Selon Leibholz, les essences transcendantes se concrétisent dans le monde réel en se mêlant à des éléments empiriques (historiques et situés). Grâce à la « vision intuitive », il serait possible de dégager l'essence d'un phénomène et de le dépouiller de ses contingences historiques. Comme cette essence vaudrait pour tous les phénomènes du même type, la prétention à la validité d'une règle juridique pourrait ainsi être démontrée¹⁰⁶.

L'opération qui permet cette remontée eidétique est une « analyse intuitive des essences matérielles incarnées dans le monde empirique » ou, si l'on préfère, une succession de « visions phénoménologiques orientées vers la sphère ontologique »¹⁰⁷. Il n'est pas aisé de comprendre comment Leibholz se représente exactement la chose, mais il recommande de compléter les « visions intuitives » par les enseignements de la « sociologie spiritualiste ». Cette méthode est présentée comme un garde-fou contre l'arbitraire juridictionnel. En effet, pour Leibholz, les évidences essentielles sont des manifestations de l'être. En tant que telles, elles sont *a priori*, s'imposent à l'intuition sans être démontrables et sans *mobiliser les jugements de valeur* du sujet auquel elles s'imposent. C'est pourquoi il vaut infiniment mieux se « tourner vers la sphère ontologique » que se livrer à la « jurisprudence des intérêts » ou à la « téléologie juridique » : le risque de partialité politique est moins grand. Comme on le voit, le principal enjeu de ces nouvelles méthodes d'interprétation est toujours le même. Il s'agit de desserrer l'enchaînement du juge à la loi tout en conservant l'objectivité du jugement. Pour cela, le néo-idéaliste s'en remet toujours, *in fine*, à l'idée d'un ordre axiologique transcendant dont le juriste et le juge sont les interprètes privilégiés.

* * *

Il faut souligner le profond paradoxe qui parcourt les doctrines que nous venons d'esquisser. À première vue, tout porte à croire que les auteurs étudiés ont cherché à jouer la composante libérale du régime weimarien contre sa dimension démocratique. La séparation des pouvoirs, la garantie des droits fondamentaux, et la promotion de la justice constitutionnelle ne sont-elles pas, en effet, les doctrines les plus typiques du registre libéral ? À y regarder de plus près, on peut néanmoins s'interroger. Il est certain que ces auteurs ont manifesté une indéniable défiance à l'égard de la démocratie. Leur lutte – car c'est bien de cela qu'il s'agit – visait à déplacer les sources du droit public, à autoriser une élite juridictionnelle issue du régime précédent à contrôler très librement l'expression de la souveraineté populaire.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 220.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 220 et p. 221.

Mais le libéralisme dont se prévalaient ces auteurs doit être également nuancé, et ce pour au moins deux raisons. La première est le caractère quelque peu opportuniste des positions qu'ils ont défendues. La seconde, plus philosophique, est relative à la définition qu'il convient de donner du libéralisme. À cet égard, on remarquera, tout d'abord, que le libéralisme suppose une certaine confiance dans la délibération publique. Ce point n'avait pas échappé au grand ennemi du libéralisme que fut Carl Schmitt, toujours prompt à railler le « *gouvernement by discussion* » qui lui apparaissait comme l'une des plus sûres aspirations de la pensée libérale¹⁰⁸. Or, les publicistes conservateurs dont nous avons esquissé les positions ne plaçaient pas grand espoir dans la discussion publique. N'ont-ils pas précisément cherché à en soumettre le produit au contrôle d'un corps administratif procédant par des décisions d'autorité ? Enfin, dans les acceptions contemporaines du terme, on qualifie généralement l'État libéral de « neutre par rapport aux conceptions de la vie bonne ». Ce n'est manifestement pas vers cet idéal que tendent les efforts de la doctrine néo-idéaliste. Ils visent au contraire à la réalisation positive d'un droit naturel, c'est-à-dire d'une sorte de vérité d'État censée s'imposer, bon gré mal gré, à la société entière. Ne faut-il pas y déceler, plutôt que du libéralisme, l'indice d'une pensée foncièrement dogmatique ? N'est-ce pas implicitement ce qu'indiquait Heinrich Triepel, lorsqu'il affirmait qu'« un professeur de droit n'est pas seulement un serviteur du droit mais aussi un prêtre de la déesse Justice ; c'est pourquoi sa toge, comme la robe du juge, n'est pas l'uniforme d'un fonctionnaire mais l'habit sacerdotal d'un prêtre »¹⁰⁹ ?

Renaud Baumert est maître de conférences en droit public à l'Université Pantéon-Assas (Paris II). Ses travaux portent sur l'histoire des idées politiques et constitutionnelles. Il a notamment publié : La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les débats doctrinaux sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres, Paris, LGDJ, 2009.

Sous la constitution de Weimar, la doctrine du droit public se divisa fortement sur l'opportunité d'introduire un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Dans le silence des textes, de nombreux partisans de cette idée encouragèrent le juge à se saisir de cette compétence par le biais d'un revirement jurisprudentiel. Jointe à des philosophies d'inspiration néo-idéaliste et à une glorification de la magistrature, cette doctrine faisait du juge le véritable oracle d'une morale supposée objective. Derrière cette « vision morale de la justice constitutionnelle » se profilait toutefois un objectif politique moins

¹⁰⁸ Voir notamment Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988 (1923), p. 40-64.

¹⁰⁹ Heinrich Triepel, cité par Ulrich M. Gassner, *op. cit.*, 1999, p. 189.

avouable : encadrer et relativiser l'expression démocratique de la volonté populaire.

A moral vision of constitutional justice under Weimar Republic

Under the Weimar Constitution, the issue of judicial review brought division among the state law scholars [Staatsrechtslehre]. While the texts remained silent on the subject, numerous advocates of that idea encouraged the judge to seize that competence through a jurisprudential shift. Together with neo-realistic philosophies and a glorification of the magistrates, this doctrine made the judge the true oracle of a supposedly objective morality. Behind this idea of a “moral vision of the constitutional justice” lay a less respectable political purpose – set up boundaries to the democratic expression of popular will.

Eine moralische Vision der Verfassungsjustiz in der Weimarer Republik

Unter der Weimarer Reichsverfassung haben die Staatsrechtslehrer kontroverse Auseinandersetzungen um die Frage des richterlichen Prüfungsrechts der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen geführt. Weil die Verfassung über die richterlichen Befugnisse in diesem Kontext schwieg, haben die zahlreichen Befürworter des richterlichen Prüfungsrechts die Richter ermuntert, mittels der Rechtsprechung ihre Bestimmungsmacht zu erweitern. Diese Lehre entstand im Zusammenhang mit neo-idealistischen Tendenzen in der Philosophie und hatte die Neigung zur Idealisierung der Richterschaft. Für sie galt der Richter als wahrhaftiger Hellseher einer objektiv gedachten Moral. Hinter dieser moralischen Sicht des richterlichen Prüfungsrechts versteckte sich aber ein politisches Ziel: den demokratischen Ausdruck des Volkswillens zu beschränken und zu relativieren.