

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 69 (1950)

**Heft:** 5

**Artikel:** L'État de droit contre l'État totalitaire : à propos de l'ouvrage de M. Andreas Brunner

**Autor:** Gilliard, François

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896036>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 12.04.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## L'Etat de droit contre l'Etat totalitaire

A propos de l'ouvrage de M. Andreas Brunner<sup>1</sup>

par François Gilliard, docteur en Droit, Lausanne

L'une des manifestations les plus éclatantes de la crise profonde que traverse notre civilisation est, sans nul doute, l'apparition de l'Etat totalitaire, sous ses deux formes: fascisme (ou nazisme) et communisme. Nous manquons toutefois encore de recul pour distinguer nettement les caractères essentiels de la révolution qui s'est accomplie, entre 1917 et 1933, en Russie tout d'abord, puis en Italie et en Allemagne. D'autre part, dans ces deux derniers pays, l'«expérience totalitaire» s'est terminée brusquement: on ne peut pas dire exactement ce qu'il en serait advenu si l'Axe n'avait pas perdu la guerre. Il est impossible, également, de se faire une idée précise quant à l'avenir du régime communiste. Enfin, pour saisir tous les aspects de l'Etat totalitaire, il faut avoir une gamme de connaissances sociologiques, philosophiques, historiques et juridiques extrêmement étendue.

M. Brunner ne pouvait manquer de s'aviser de ces difficultés. C'est sans doute la raison pour laquelle il a cru bon de se limiter et de présenter uniquement une étude de «théorie juridique»: tel est l'objet du premier tome de son ouvrage. Dans le second tome, l'auteur complète son exposé et donne quelques exemples pratiques destinés à faire comprendre les principes qu'il estime devoir être à la base de l'Etat de droit. Avouons franchement que ces exemples ne nous ont guère convaincu. Les problèmes

---

<sup>1</sup> Brunner, Andreas, *Rechtsstaat gegen Totalstaat*, Zürich, Polygraph. Verlag AG. (1948). 2 Bde. — 1. Rechtstheoretischer Teil, 286 p. — 2. Rechtspolitischer Teil, 226 p. — Il s'agit d'une édition, destinée au public, de la thèse de M. Brunner.

traités sont miraculeusement «résolus» en quelques phrases ou en quelques pages. En un seul volume, M. Brunner propose une réforme de l'Organisation des Nations Unies, des CFF, du droit des sociétés, de l'Eglise évangélique du canton de Zurich, et de l'Assemblée fédérale! Le lecteur commence par être pénétré d'admiration, puis le doute le saisit, et il se demande si vraiment tout est aussi simple que l'auteur veut bien le dire. Ce dernier aurait mieux fait de ne prendre qu'un exemple, et de lui consacrer les développements nécessaires, au lieu d'en rester à des généralités.

Ce n'est toutefois pas la valeur des réformes suggérées par M. Brunner, mais bien celle de ses réflexions d'ordre philosophique ou théorique, que nous nous proposons d'examiner ici. Et à cet égard, il faut noter d'emblée que le point de départ choisi par l'auteur prête à la critique. M. Brunner aurait dû, à notre avis, commencer par étudier l'Etat totalitaire dans sa réalité historique, concrète, de manière à disposer d'une base solide pour édifier sa construction théorique. Loin de suivre cette voie, plus longue peut-être, mais plus sûre, M. Brunner s'est borné à méditer dans l'abstrait, et il a malheureusement perdu de vue certains aspects, pourtant essentiels, du problème qu'il s'était proposé de résoudre. En particulier, on doit déplorer qu'il n'ait pas recherché quel est le fondement de l'autorité dans l'Etat totalitaire, car la question du fondement de l'autorité est toujours capitale, quelles que soient la forme et la structure de l'Etat. Il est d'autant plus surprenant que l'auteur ne s'en soit pas avisé, qu'il cite dans sa bibliographie le nom de Max Scheler. Or, précisément, Max Scheler a consacré au problème du fondement de l'autorité une part importante de son œuvre. Ce philosophe distingue, il n'est pas sans intérêt de le rappeler, deux forces principales dont l'influence s'exerce sur toute la vie sociale: l'exemple des «modèles» («Vorbilder»), c'est-à-dire des hommes en qui s'incarne une certaine valeur, comme les saints, les génies, les héros, et l'autorité des «chefs» («Führer»). Parlant de

ces derniers, Scheler a écrit: «L'autorité la plus authentique, et aussi la plus puissante, celle qui s'empare des profondeurs même de la vie, est toujours l'autorité charismatique personnelle, et l'on peut dire que les autres formes de l'autorité: l'autorité charismatique officielle (le sacerdoce catholique romain), l'autorité charismatique héréditaire, celle également qui résulte des liens de la tradition, de la loi ou du sang, se ramènent toutes en dernière analyse à cette forme suprême de l'autorité<sup>2</sup>.»

La distinction que fait Scheler entre les *modèles* et les *chefs*, son énumération des diverses formes de l'autorité méritent d'attirer l'attention du juriste. Nous serions tentés, pour notre part, de nous en inspirer (très librement) et de distinguer quatre formes de l'autorité: l'autorité-exemple, l'autorité-sentiment, l'autorité-sacrement et l'autorité-procédure; la première serait celle du modèle, celle dont jouit le saint, l'artiste, etc. (remarquons que le pouvoir étatique a rarement une telle base, ce qui est d'ailleurs explicable, car l'autorité-exemple est trop fragile, trop sujette à variations, pour que l'Etat puisse être fondé sur elle); la deuxième serait celle dont dispose une personne qui, par suite de circonstances particulières, ou à cause de l'influence «magnétique» qu'elle exerce, ou encore grâce à une habile opération de propagande, est reconnue comme le «chef», le «Führer»; la troisième serait celle du prêtre catholique, ou du monarque de droit divin; enfin, la quatrième serait celle qui n'est pas attachée à la personne, mais au respect de certaines formes: ainsi, celle du député régulièrement élu, qui jouit précisément d'une autorité indépendante de ses qualités ou capacités personnelles (lesquelles peuvent, naturellement, constituer le motif de son élection).

Si nous avons esquissé cette distinction, c'est parce qu'il nous paraît qu'une des différences essentielles entre l'Etat de droit et l'Etat totalitaire consiste dans le fait

---

<sup>2</sup> Le Saint, le Génie, le Héros. Traduction et présentation par Emile Marmy. (Fribourg 1944.)

que celui-là est fondé sur *l'autorité-procédure*, tandis que celui-ci est fondé sur *l'autorité-sentiment*. Et cette remarque est capitale. En effet, l'autorité-procédure est infiniment divisible; le pouvoir ainsi conféré peut être limité à volonté, puisque son étendue dépend de la règle (positive ou coutumière) qui prévoit et la fonction, et le mode de nomination. En revanche, l'autorité-sentiment est indivisible: elle peut être déléguée, mais non partagée. Il ne saurait donc être question, dans l'Etat totalitaire, d'une véritable séparation des pouvoirs.

D'autre part, le droit est antérieur (au sens temporel et au sens métaphysique du mot) à l'autorité-procédure (car c'est du droit que naît cette forme d'autorité), tandis que l'autorité-sentiment apparaît au contraire comme une des sources possibles du droit. Il s'ensuit que le problème des relations entre l'Etat et le droit se pose tout différemment selon que l'autorité étatique est une autorité-procédure ou une autorité-sentiment.

Nous nous excusons du caractère personnel de ces réflexions préliminaires. Mais il était nécessaire d'insister sur l'importance du problème du fondement de l'autorité; M. Brunner a omis de le traiter, et tout son ouvrage se ressent de cette lacune; les considérations émises par l'auteur sont si abstraites qu'elles n'ont plus guère de rapport avec les institutions politiques que chacun connaît: le système l'emporte sur la réalité.

De l'avis de M. Brunner, l'Etat totalitaire est fondé sur un principe hiérarchique, et sa structure peut être symbolisée par une *pyramide*. Cette affirmation, que l'auteur ne cherche pas à justifier et présente comme une vérité d'évidence, nous semble fort contestable. Il y a lieu de relever, en effet, qu'aucun des Etats totalitaires apparus au XX<sup>e</sup> siècle n'a (ou n'avait) une structure vraiment pyramidale. Plus encore, la forme juridique de l'Etat totalitaire est sans importance réelle: ainsi l'Italie fasciste était une monarchie constitutionnelle, l'Allemagne hitlérienne une république démocratique; toutes deux étaient des Etats

unitaires, alors que l'U. R. S. S. et la Yougoslavie sont des Etats fédératifs<sup>3</sup>. Et l'on a vu des dictateurs prendre le pouvoir sans rien changer, ou presque, en apparence, aux institutions existantes. D'autre part, la France a sans conteste une organisation fortement hiérarchisée; et pourtant nul ne songera à la qualifier d'Etat totalitaire.

C'est dire que, dans ce domaine, une étude de droit constitutionnel ne présente guère d'intérêt. L'Etat totalitaire est moins fondé sur un principe juridique (fût-ce le principe hiérarchique) que sur une certaine mystique: fétichisme du chef, «unanimité», espoirs eschatologiques (les mille ans du Reich de Hitler, la société sans classes des marxistes), tel en est le véritable fondement: et c'est pourquoi l'Etat totalitaire fait davantage appel au consentement des gouvernés que ne le croit M. Brunner, qui paraît voir dans la contrainte le seul moyen dont dispose l'Etat totalitaire pour se faire obéir. Là encore, l'auteur n'a pas aperçu tous les aspects du phénomène qu'il voulait étudier.

Si l'on peut reprocher à M. Brunner de méditer trop souvent dans l'abstraction, et de perdre de vue la réalité concrète, il faut reconnaître qu'il est excusable. L'influence qu'exerce M. Kelsen sur toute la doctrine contemporaine est telle qu'il est bien difficile d'y résister, et chacun succombe tôt ou tard à l'attrait de la «*science juridique pure*». L'idéal de tout juriste n'est-il pas, d'ailleurs, de donner à sa pensée une forme «scientifique», voire même une forme analogue à celle des mathématiques? On pourrait toutefois trouver surprenant que M. Brunner ait cédé à cette tentation, puisqu'une grande partie de l'ouvrage est consacrée à une critique véhémement du kelsénisme. Mais en réalité ceci explique cela.

En effet, l'objectif véritable que poursuit l'auteur n'est pas de confronter l'Etat totalitaire et l'Etat de droit, mais bien plutôt *de critiquer les tendances les plus marquantes de*

---

<sup>3</sup> Voir même des Confédérations d'Etats. On peut hésiter sur ce point, tant il est vrai que la forme juridique de l'Etat totalitaire est secondaire.

*la doctrine, en matière de droit constitutionnel.* Le lecteur cherchera en vain, chez M. Brunner, une étude de la pensée politique d'un Marx, d'un Lénine, d'un Staline, d'un Hitler, d'un Rosenberg, d'un Mussolini ou d'un Salazar. Même Hegel est à peine mentionné ici ou là. C'est dans les ouvrages des Gierke, Jellinek, Burckhardt, Giacometti, Kelsen, etc., que l'auteur prétend découvrir les principes qui régiraient l'Etat totalitaire. Or chacun sait que Burckhardt a été pendant de longues années le juriste attitré de la couronne fédérale, que M. Giacometti est professeur à l'Université de Zurich, et que M. Kelsen a dû s'enfuir de son pays pour échapper aux persécutions nazies. L'accusation portée par M. Brunner contre ces trois théoriciens du droit constitutionnel ne manque donc pas de piquant, d'autant plus qu'elle est étayée par un certain nombre de citations assez bien choisies. Mais la démonstration est-elle tout à fait convaincante ?

En ce qui concerne le fameux inventeur de la «reine Rechtslehre», c'est à juste titre que M. Brunner lui reproche le mépris qu'il témoigne à l'individu (on sait, en effet, que le sujet de droit n'est, pour M. Kelsen, qu'un «Zurechnungspunkt», un «point d'imputation»). Ce n'est pas sans motifs, également, que M. Brunner rapproche la doctrine kelsénienne de l'hégélianisme; il aurait pu montrer, à ce propos, que le dynamisme du «Stufenbau» n'est pas sans rappeler, de très loin il est vrai, le mouvement de l'idée hégélienne, et que M. Kelsen est moins éloigné de l'idéalisme allemand qu'on ne le croit communément. Mais il semble que M. Brunner fasse aussi grief au grand théoricien viennois de concevoir le droit comme un ensemble de normes groupées dans un ordre hiérarchique. Et là, nous ne sommes plus du tout d'accord. La hiérarchie des normes, chère à M. Kelsen, n'implique nullement une organisation hiérarchique de l'Etat; elle n'exclut pas la séparation des pouvoirs. Au contraire, en se refusant à considérer l'Etat comme une personne, en l'identifiant à l'ordre juridique, M. Kelsen prépare indirectement la voie

à la séparation des pouvoirs, puisque, comme nous avons essayé de le montrer, celle-ci est facilement réalisable lorsque l'autorité étatique est fondée sur une procédure<sup>4</sup>. La construction de la « Grundnorm » (dont M. Brunner ne dit rien) est significative à cet égard : elle montre que, pour le grand théoricien viennois, c'est l'autorité qui repose sur le droit, et non l'inverse.

Nous ne comprenons pas davantage l'auteur lorsqu'il reproche à M. Kelsen d'envisager toujours le droit comme une unité, comme un système. Certes, il est légitime, également, d'étudier en historien la genèse des institutions, afin de montrer comment des normes juridiques de sources diverses constituent petit à petit l'ordre étatique. Mais l'objet des travaux du théoricien n'est pas le même : il est précisément de construire le système des institutions. Et M. Brunner, qui prétend s'opposer, comme « pluraliste », au monisme kelsénien, nous paraît tout aussi moniste que M. Kelsen.

Enfin, c'est à tort que M. Brunner fait grief à l'inventeur de la « reine Rechtslehre » d'assimiler le rapport des normes supérieures aux normes de rang inférieur (dans le « Stufenbau ») à un « véritable rapport de causalité », selon une expression de Carré de Malberg. En effet, il est clair que jamais M. Kelsen n'a entendu soutenir que les normes de degré inférieur devraient être entièrement déterminées, dans leur contenu, par les normes de degré supérieur ; il veut dire simplement que chaque norme trouve son fondement dans la norme « de l'étage au-dessus », le contrat se fondant ainsi sur la loi, la loi sur la constitution, et la constitution sur la « Grundnorm ». M. Brunner déforme ici la pensée kelsénienne, et l'origine de son incompré-

---

<sup>4</sup> La séparation des pouvoirs apparaît également concevable lorsque l'autorité est fondée sur un sacrement. Car la nature du sacrement est généralement définie dans des textes, ou par une tradition : la manière dont il doit être conféré, et les qualités qu'il donne à qui le reçoit, sont ainsi prévues par des normes analogues aux normes juridiques.

hension nous paraît être celle-ci : l'auteur considère que le principe hiérarchique n'est véritablement respecté que si la décision de l'autorité supérieure lie entièrement, d'avance, l'autorité inférieure, et ne lui laisse aucune autonomie, ce qu'il exprime en disant que la décision de l'autorité supérieure doit être «eine entschiedene Entscheidung». Or, il est à peine besoin de relever que cette interprétation du principe hiérarchique est absolument arbitraire, et qu'elle n'est nullement celle de M. Kelsen.

On ne peut pas davantage suivre l'auteur lorsqu'il s'en prend<sup>5</sup> à cette affirmation de Carré de Malberg et de M. Giacometti, selon laquelle les pouvoirs exécutifs ne sont pas placés sur le même plan que le pouvoir législatif, mais subordonnés à lui. En quoi une telle affirmation porte-t-elle la marque de l'esprit totalitaire, c'est ce que nous ne sommes pas parvenu à comprendre. Apparemment, M. Brunner se refuse absolument à admettre qu'un pouvoir puisse être subordonné à un autre pouvoir. Mais alors que devient le pouvoir constituant ? L'auteur reste muet sur ce point. Il n'est nulle part question, dans son ouvrage, du pouvoir constituant.

On comprend en revanche que M. Brunner reproche à Burckhardt d'avoir écrit (Organisation 161) : «C'est une autorité qui doit avoir la compétence de dire le droit en dernière instance. Si l'Etat veut être Etat, il ne peut pas laisser à une autre autorité, même dans un domaine très limité, le pouvoir de dire le droit en dernière instance<sup>6</sup>». On trouve ici ou là dans l'œuvre de Burckhardt de telles réflexions empreintes d'un étatisme assez inquiétant.

M. Brunner s'en prend aussi au «*principe de délégation*» (de compétence); ainsi il écrit<sup>7</sup> qu'en vertu de ce principe «tout le droit doit être ramené à un point unique, c'est-à-dire à la plus haute autorité, qui donne à l'ordre juridique son unité, et à laquelle tous les membres individuels sont

---

<sup>5</sup> I 41.

<sup>6</sup> I 40.

<sup>7</sup> I 59/60.

subordonnés», ce qui rend impossible la solution du problème de l'Etat fédératif. Là encore, nous avons peine à suivre l'auteur. On ne voit pas pourquoi la compétence primaire devrait nécessairement être conférée par *une* autorité. A notre sens, rien n'empêche de concevoir que les autorités subordonnées puissent être investies de leur pouvoir par un acte juridique liant *plusieurs* personnes de droit public (voire de droit international public), comme par exemple une constitution ou un traité. Ainsi le Tribunal fédéral tire sa compétence de la constitution, qui a été approuvée à la fois par le peuple suisse comme ensemble d'individus isolés, et par les cantons. L'argumentation de M. Brunner repose donc sur une pure pétition de principe. Nous ne comprenons pas davantage comment l'auteur peut songer un seul instant à soutenir que M. Kelsen n'admet, en matière de délégation de compétence, que celle qui est impérative et oblige l'autorité subordonnée à prendre une décision dont le contenu est déjà fixé par avance<sup>8</sup>.

Les considérations émises par M. Brunner dans le chapitre qu'il consacre à la *souveraineté* nous paraissent plus intéressantes: sa critique de la doctrine traditionnelle est souvent pertinente, ainsi lorsqu'il reproche<sup>9</sup> à Gierke d'avoir écrit que la puissance souveraine de l'Etat est semblable à l'âme dans le corps physique. Mais son exposé des différentes théories est nettement insuffisant: il n'indique pas quelle a été l'évolution de l'idée de souveraineté, et quel sens exact les grands auteurs (modernes ou plus anciens) donnent à ce mot. M. Brunner aurait dû également marquer que le terme de souveraineté n'a pas la même signification en droit international public et en droit constitutionnel. Dans le premier cas, il désigne l'indépendance de l'Etat, son «extériorité» par rapport aux autres Etats; dans le second cas, il désigne le plus souvent, de nos jours, la source du pouvoir constituant (ainsi quand on dit qu'en Suisse la souveraineté appartient au peuple et aux cantons).

---

<sup>8</sup> I 87.

<sup>9</sup> I 111.

La conclusion de l'étude de M. Brunner sur la souveraineté, c'est que le principe hiérarchique est fondé sur un axiome, axiome selon lequel la contrainte ne serait pas seulement le complément nécessaire de l'ordre juridique, mais bien un des éléments du concept même du droit. Nous devons avouer que nous n'avons pas compris quel rapport il y a entre l'idée de souveraineté et l'axiome précité. Quoiqu'il en soit, l'auteur, citant le mot de M. Kelsen : «Alles Recht ist Staatsrecht» (dont il fausse d'ailleurs le sens), soutient que c'est du concept du droit qui assimile droit, contrainte et Etat, que découlent les quatre principes de l'idéal hiérarchique : 1<sup>o</sup> les normes juridiques sont des normes dont le respect est imposé par la contrainte ; 2<sup>o</sup> les normes étatiques sont des normes dont le respect est imposé par la contrainte ; 3<sup>o</sup> les normes étatiques sont des normes juridiques ; 4<sup>o</sup> l'ordre juridique est un ordre fondé sur la contrainte<sup>10</sup>.

Enfin, M. Brunner critique le «Weltstaat» kelsénien ; il y voit la preuve que le «nihilisme athée» de la «reine Rechtslehre» ne peut aboutir qu'à l'Etat totalitaire mondial. Là encore, M. Brunner n'a manifestement pas compris, ou pas voulu comprendre le grand théoricien viennois : il est à peine besoin de relever, en effet, que le «Weltstaat» kelsénien est une simple construction destinée à affirmer le primat du droit international public sur le droit interne.

Principe de hiérarchie, symbole de la pyramide, principe de délégation, dégradation de l'homme considéré comme un «objet agissant», idée de la souveraineté, tout cela aboutissant à l'Etat totalitaire mondial : tel est le schéma de la première section de l'ouvrage. Nous avons déjà montré ce qu'il faut penser des reproches que l'auteur adresse à la doctrine moderne du droit constitutionnel. Il nous paraît, en résumé, que certaines de ses critiques sont pertinentes, mais que la plupart sont tout à fait injustifiées, soit que l'auteur déforme les thèses qu'il prétend réfuter (c'est particulièrement frappant au sujet de M. Kelsen),

<sup>10</sup> I 115.

soit que sa propre argumentation repose sur de pures pétitions de principe. D'autre part, l'exposé de M. Brunner est extraordinairement confus, si bien qu'il est quasiment impossible d'en dégager même les grandes lignes. Les redites y sont nombreuses. Enfin, nous avons déjà relevé que le problème du fondement de l'autorité est entièrement passé sous silence. On pourrait indiquer d'autres lacunes, en particulier, le fait que l'auteur n'a pas consacré une ligne au parti unique, et à son rôle dans l'Etat totalitaire, alors que le parti unique est peut-être la seule différence juridique qui existe entre le «Rechtsstaat» et le «Totalstaat». Mais il est temps d'en venir à la seconde section, et à l'Etat de droit.

M. Brunner estime qu'il faut partir d'un axiome donné par l'expérience et qui est le suivant: l'homme n'est pas un robot étatique<sup>11</sup>. Le droit peut en conséquence être aussi bien juste qu'injuste, puisqu'il est une des manifestations de notre liberté. Or, toute règle juridique positive se veut obligatoire. Il faut dès lors trouver un critère pour déterminer dans quelle mesure le droit positif est valable. Ce critère est fourni par le «ius divinum» (nous dirions le droit naturel), norme éternelle, qui doit toutefois être accommodée aux circonstances du moment.

En déclarant que toute règle juridique positive se veut obligatoire, M. Brunner opte pour une *conception «volontariste» du droit* qui nous paraît erronée, car on ne voit pas comment une norme, un contrat, peuvent vouloir être obligatoires. A plus forte raison, on ne saurait prêter une telle volonté au droit coutumier, ou aux précédents judiciaires. L'auteur s'en rend compte, d'ailleurs; il s'en tire avec cette affirmation stupéfiante: comme les usages et la coutume ne sont pas le résultat d'une décision se voulant objective (indépendamment de la volonté des gouvernés), ils ne sont que subjectivement obligatoires et n'ont pas de signification juridique<sup>12</sup>!

---

<sup>11</sup> Remarquons qu'on ne voit pas s'il s'agit là d'un jugement de valeur ou d'un jugement d'existence.

<sup>12</sup> I 188.

De l'avis de M. Brunner, le concept du droit qui assimile droit, contrainte et Etat doit être complété par un autre concept du droit, celui qui associe le droit à la force morale, et à la reconnaissance de cette dernière par les gouvernés. Il est faux de considérer l'organisation juridique comme fondée uniquement sur la contrainte: elle est aussi une société d'hommes libres, se soumettant spontanément aux règles justes. On ne doit pas séparer le droit de la morale. Tout acte juridique met en cause la responsabilité morale de la personne qui agit. Aussi celui-là doit avoir le pouvoir de décider en dernière instance, qui portera la responsabilité morale de la décision à prendre. Par opposition à l'Etat totalitaire, l'Etat de droit doit être fondé sur le principe de la pluralité des dernières instances<sup>13</sup> («Pluralität der Letztinstanzen»). Ce principe, affirme M. Brunner, n'est que le développement, la conséquence extrême, de celui de la séparation des pouvoirs, cher à Montesquieu. Mais, si les particuliers et les personnes juridiques du droit privé ont, comme les différentes autorités étatiques, le pouvoir de prendre, dans certaines limites, des décisions en dernière instance, il ne s'ensuit pas qu'on puisse les considérer comme souverains: celui-là seul est souverain, qui dispose des moyens de contrainte, et décide de leur emploi. Est autonome, en revanche, quiconque peut décider en dernière instance qu'un ordre juridique doit être exécuté, grâce aux moyens de contrainte dont dispose un autre sujet de droit. Autonomie et souveraineté sont donc étroitement liées.

Telles sont, brièvement résumées, les idées que développe M. Brunner au sujet du «Rechtsstaat». Il n'y a pas lieu, pensons-nous, de s'y arrêter longtemps, car elles n'ont rien de vraiment nouveau, à part la terminologie employée: importance des corps intermédiaires, retour au sens des responsabilités, protection de l'autonomie de l'individu

---

<sup>13</sup> Nous n'ignorons pas que le mot «instance» ne peut s'employer en français pour désigner une personne ou une autorité, mais nous n'avons trouvé aucune traduction satisfaisante pour l'expression «Pluralität der Letztinstanzen».

contre l'ingérence de l'Etat, suppression du fossé entre le droit et la morale: tout cela a été dit et redit. Quant au principe de la pluralité des dernières instances, il consiste simplement à désigner d'un seul mot, celui de «*Letztinstanzlichkeit*», aussi bien le libre exercice des droits par les particuliers (individus ou personnes morales) que le pouvoir qu'a une autorité de prendre une décision sans appel. Ce faisant, M. Brunner se rapproche moins de Montesquieu que de M. Kelsen, pour qui la conclusion d'un contrat et la promulgation d'une loi ne se distinguent que par l'étage, le rang qu'ils occupent dans le «*Stufenbau*».

Ce qui nous a surpris, toutefois, dans l'exposé de M. Brunner, ce sont les lacunes qu'il présente: l'auteur ne dit rien, ni du rôle des partis dans l'Etat de droit, ni de l'importance de la constitution et des libertés constitutionnelles, ni de la théorie fameuse de Jellinek sur l'auto-limitation de l'Etat. Plus encore, il passe entièrement sous silence le problème de la nature de l'Etat, se bornant à déclarer que ce dernier est «*ein Notinstitut*». Or il est clair pourtant que, selon que l'on considère l'Etat comme une réalité, ou comme une fiction, ou comme une procédure, ou qu'on l'identifie à l'ensemble de l'ordre juridique, on aboutit à des conclusions sensiblement différentes, quant aux rapports qui doivent exister entre les particuliers et l'autorité.

Aussi l'impression que nous laisse la lecture de l'ouvrage est-elle, en fin de compte, décevante. Mais, d'un autre côté, il serait injuste de ne pas mettre en lumière le gros effort accompli par M. Brunner. Sa thèse est bien supérieure à la moyenne de celles qui sont écrites par les étudiants de notre pays. Et surtout, on peut être reconnaissant à l'auteur d'avoir choisi un sujet aussi important et aussi actuel. Le juriste d'aujourd'hui ne saurait se borner à résoudre les questions de pure technique qui lui sont soumises: il a le devoir d'aborder, de front, les grands problèmes de notre époque. Et, de tous ces problèmes, celui que pose l'apparition de l'Etat totalitaire n'est-il pas le plus angoissant ?

