L'ordre, le pouvoir et la liberté chez Kelsen et Carré de Malberg

Order, Power and Freedom in Kelsen and Carré de Malberg

Véronique Coq

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/cps/5254>

DOI : 10.4000/cps.5254

ISSN : 2648-6334

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 12 décembre 2021

Pagination : 239-274

ISBN : 979-10-344-0098-0

ISSN : 1254-5740

Référence électronique

Véronique Coq, « L'ordre, le pouvoir et la liberté chez Kelsen et Carré de Malberg », *Les Cahiers philosophiques de Strasbourg* [En ligne], 50 | 2021, mis en ligne le 12 décembre 2021, consulté le 08 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/cps/5254> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cps.5254>

Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International - CC BY-NC-SA 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

L'ordre, le pouvoir et la liberté chez Kelsen et Carré de Malberg

Véronique Coq

La réception publiciste des idées kelséniennes en France dans les années 1920 est représentée notamment par la lecture de Raymond Carré de Malberg. Malgré les divergences profondes qui séparent Kelsen et Carré de Malberg, de nombreux éléments relient ces deux juristes qui occupent une place exceptionnelle dans l'histoire de la science du droit et de la théorie de l'État¹. En effet, la *Contribution à la théorie générale de l'État*² récapitule et synthétise l'état des doctrines allemande et française des années 1870 à 1918, véritable âge d'or de la pensée juridique³. La pensée juridique allemande trouve un nouvel élan par l'unification du Reich dans un empire fédéral (Constitution de 1871), et dans le même temps, la doctrine française va connaître de profondes mutations avec l'avènement de la III^e République, lorsqu'il s'agira de repenser les lois constitutionnelles de 1875 à la lumière des grands principes républicains. De ce point de vue, les doctrines françaises et germaniques de l'époque poursuivent un objectif similaire, celui d'élaborer une théorie générale de l'État dont l'objet est le système juridique de l'État et les principes qui

- 1 R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*. Voir aussi G. BURDEAU, «Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine». Sur la fracture entre les traditions françaises et germaniques, voir plus largement : O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*; J.-F. KERVEGAN, «Raison philosophique et positivisme juridique : l'exemple allemand».
- 2 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*.
- 3 O. BEAUD, P. WACHSMANN (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*.

l'organisent. L'idée est de transformer l'étude de l'État en une science ou plus justement d'appliquer à l'étude de l'État une nouvelle méthodologie de travail, celle que Max Weber qualifiera de neutralité axiologique, en rupture avec la formulation de jugements de valeur. Ce faisant, les œuvres de Raymond Carré de Malberg et de Hans Kelsen se sont croisées à un moment décisif de l'histoire de la théorie du droit : l'un publiant à la fin de sa carrière universitaire, l'autre commençant au même moment à poser les jalons d'une nouvelle théorie du droit et de l'État. Cela explique, malgré les divergences radicales (le normativisme kelsénien *versus* le positivisme étatique malbergien), les racines communes des deux auteurs qui s'inscrivent dans un projet antimétaphysique et non-cognitivistique dans le domaine de la morale. Cette ligne de fond est reliée notamment à des éléments biographiques. En effet, Carré de Malberg, juriste alsacien, a été marqué par l'annexion de l'Alsace à l'Empire allemand. Il a quitté sa région natale après 1870 pour y revenir dès 1919 et y demeurer jusqu'à sa mort. L'auteur, qui nourrit un profond « ressentiment »⁴ à l'égard de l'Allemagne sera pourtant, de tous les juristes français, celui qui aura le plus contribué à acclimater la pensée juridique allemande en France, celle de l'*Isolierung*, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la science du droit est une science positive, autonome au regard des considérations extra-juridiques. Pourtant, cette autonomie n'est pas neutre, elle repose elle-même sur des bases philosophiques et idéologiques, des paradigmes sous-jacents. L'objectif sera ici de les mettre en évidence, afin de mieux saisir la crise du droit contemporain⁵. Et là encore, la comparaison entre les deux auteurs semble pertinente au regard de leurs influences aujourd'hui : d'une part, le système pyramidal de Kelsen structure toujours la pensée juridique moderne jusqu'au fonctionnement du droit européen⁶, d'autre part, le droit pensé comme un phénomène de puissance (par le juriste strasbourgeois) innervé l'ensemble du droit public contemporain (c'est l'une des clés majeures qui permet de saisir l'essence du droit public⁷). Cette puissance du droit, la violence du droit, est donc toujours au service d'une certaine idée de l'ordre, d'un ordre ou idéal politique.

4 D. MINEUR, *Carré de Malberg. Le positivisme impossible*, p. 7.

5 Une crise des paradigmes (F. OST, A. BAILLEUX, « De la guerre des disciplines à celle des paradigmes? », p. 5), une crise démocratique.

6 Ch. BOURIAU, « Le modèle de Kelsen face à la complexité des normes en Europe ».

7 É. SAILLANT, *L'Exorbitance en droit public*.

Chez Carré de Malberg comme chez Kelsen, la conception de l'État est effectivement dominée par l'obsession de l'ordre. Cette problématique est récurrente au XIX^e siècle dans la doctrine publiciste allemande qui a inspiré les deux auteurs⁸. Elle est plus largement la marque du positivisme. Cet ordre combinant unité et puissance⁹, pour durer, doit néanmoins reposer sur le consentement des individus et une certaine reconnaissance de leurs droits et libertés. D'ailleurs, dès le XVI^e siècle, siècle d'absolutisme, le renversement du lien politique participe de l'émergence de l'individu libre et autonome qui, *in fine*, va asseoir la légitimité des États modernes. C'est donc l'agencement à géométrie variable de ces deux pôles (l'ordre et l'individu) qui s'exprime, en filigrane, à travers la science du droit des deux auteurs. Malgré la pureté d'une science du droit a-idéologique¹⁰, c'est une vision du droit et de

8 J. HUMMEL, « État et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande du XIX^e siècle ».

9 Les deux auteurs articulent leurs théories de l'État autour de l'idée d'ordre : l'État est un « ordre du comportement humain » (H. Kelsen, « Das Wesen des Staates », p. 5 et suivantes). Malgré les divergences entre les deux auteurs, l'ordre étatique se caractérise par l'unité et la puissance. L'unité d'abord permet à l'État d'exister (théorie de la personnalité juridique). C'est une condition nécessaire à l'ordre entendu comme un facteur de stabilité et de pérennité juridico-politique (chez Carré de Malberg, l'État est envisagé comme la personnification de la nation, chez Kelsen, l'État est la personnification de l'ordre juridique). L'unité doit cependant se combiner avec la puissance, marque du pouvoir politique par excellence. C'est pourquoi le juriste strasbourgeois estime que le véritable trait caractéristique de l'État, c'est sa puissance de domination (cf. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*). Kelsen, pour sa part, rejette d'emblée la puissance de domination comme élément caractéristique de l'État. Pour autant, l'État n'est pas « impuissant ». Sa force créatrice est normative. Elle se déploie à tous les niveaux de l'échelle des normes (exécutif, législatif, judiciaire) pour faire régner l'ordre et lutter efficacement contre l'anarchie, selon l'auteur.

10 L'approche scientifique du droit des deux auteurs repose sur une logique positiviste. Elle est basée sur la description factuelle, de laquelle on exclut la formulation de jugements de valeur. Kelsen systématisera la thèse déjà esquissée par Bentham et Austin selon laquelle il est nécessaire de penser l'autonomie du droit, en tant que discipline, relativement à la politique et à la morale : un droit distinct des autres objets qui lui sont proches, une science du droit qui se distinguera des sciences voisines. L'auteur élaborera un système conceptuel propre à penser le droit selon une approche spécifique,

l'État qui appert paradoxalement, le droit n'étant qu'un instrument au service du pouvoir politique, de certaines fins. Chez les deux auteurs, ces fins peuvent être mises en lumière à travers l'étude du soubassement libéral de la science du droit, c'est-à-dire une articulation entre le pouvoir, la liberté et l'ordre, avec une nette prédominance de ce dernier.

Le soubassement libéral de la science du droit

Les paradigmes sous-jacents à la science du droit de Kelsen et de Carré de Malberg rendent compte de la délicate articulation entre le pouvoir, l'ordre et la liberté.

Le système objectiviste proposé par Kelsen trahit, sous une apparente neutralité axiologique, le primat d'un ordre normatif s'imposant à l'individu. Le système normativiste repose en effet sur le dualisme kantien *Sein-Sollen*. L'ordre juridique, assimilé à l'ordre étatique, est envisagé comme l'expression d'un « impératif catégorique » de la raison pratique. Le devoir-être, transcendant, s'immisce dans le *Sein* pour qu'il se conforme à l'ordre normatif. Par conséquent, la spécificité du droit, son essence transcendante (*Sollen*), « s'impose au monde de la nature et à l'humain »¹¹. D'ailleurs, Kelsen étant inspiré par le néo-kantisme et par les empiristes¹², le droit est envisagé comme seulement comme une relation¹³ (point d'essence ni de substance) et l'État ne se caractérise plus par sa puissance de domination mais par une chaîne de validité normative. Mais pour quelle conception de l'ordre et de la liberté exactement ? Dans ce système normatif, les individus sont régis

qui ne repose pas sur un ordre extérieur de justification. La méthodologie de travail consistera à élaborer une théorie générale du droit et de l'État dans une perspective wébérienne, dite « neutre » axiologiquement, parce qu'elle ne repose pas sur une formulation de jugements de valeur. Carré de Malberg adopte également cette attitude de neutralité qui renvoie à une conception métaéthique anticognitivist dans le domaine de la morale. Néanmoins, ce positionnement n'est pas neutre, il repose lui-même sur des principes philosophiques sous-jacents, des fins que l'on peut rechercher afin de mettre en lumière la force, mais aussi la fragilité et les contradictions qui innervent encore les structures juridiques contemporaines.

11 Pour une critique de la Théorie pure de Kelsen, cf. M. HAURIUO, « Le pouvoir, l'ordre et la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes ».

12 Sur ce point, cf. V. COQ, « Kantisme et empirisme chez Hans Kelsen ».

13 R. TREVES, *Il diritto come relazione. Saggi critici di filosofia della cultura*.

par des règles juridiques, ils sont tenus d'obéir au droit et donc à l'État. Mais l'obligation, l'assujettissement à l'impératif juridique n'est pas contrebalancé par la création de droits subjectifs au profit des individus. L'analyse kelsénienne de la théorie des droits subjectifs vise à contrecarrer la conception dite traditionnelle de celle-ci, qui présuppose soit l'antériorité soit la primauté de droits accordés aux individus. En réalité, il n'y a pas vraiment de droits individuels opposables à l'État. La science du droit reste donc imprégnée de philosophie allemande (notamment celle de Fichte ou de Hegel)¹⁴.

Plus précisément, chez Kelsen, la Théorie pure¹⁵ est une théorie rationnelle du droit, anti-idéologique et antimétaphysique. La science du droit se caractérise par sa neutralité axiologique. Ce positionnement trahit néanmoins une certaine conception de l'État et du pouvoir. Il repose lui-même sur une ligne politique sous-jacente imprégnée par l'idéologie libérale. Il est vrai que d'emblée, la lecture libérale de la Théorie pure et de la théorie de l'État pose problème, car Kelsen s'oppose à la théorie de la séparation des pouvoirs, à la théorie de l'autolimitation de l'État et à la reconnaissance de droits subjectifs au sens classique et traditionnel du terme. La science du droit est également censée pouvoir s'appliquer à n'importe quel système juridique : peu importe la forme d'État et le régime (autocratie ou démocratie). Pourtant, la doctrine a souvent souligné les liens profonds entre la Théorie pure et le libéralisme politique. Par exemple, Hermann Heller, juriste et philosophe allemand qui partage avec Kelsen certaines affinités avec le socialisme réformiste, considère que « la Théorie pure est l'absolutisation méthodique du libéralisme et l'affranchissement de l'État »¹⁶. La Théorie pure du droit

14 J.-F. KERVEGAN, « Raison philosophique et positivisme juridique, l'exemple allemand ».

15 La Théorie pure du droit consiste à rechercher quelle est la structure propre du droit. Il n'est pas question pour l'auteur d'étudier un ordre juridique particulier ou des normes particulières (telle loi, par exemple dans un espace géographique donné et à un moment précis). La Théorie pure va au-delà de ces contingences matérielles, dans la mesure où elle vise à établir les conditions de possibilité des énoncés relatifs aux obligations, aux droits. Sur la Théorie pure du droit, voir plus précisément : H. Kelsen, « Was ist die reine Rechtslehre ? ».

16 H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechtes*, cité par C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, p. 217.

incarnerait la pensée libérale « par le biais d'une formalisation du droit et de la démocratie à partir de la construction d'un système de normes juridico-politiques »¹⁷. Cette formalisation « vise la limitation, autant que faire se peut, du rôle de toute instance susceptible d'enfreindre arbitrairement les règles, et donc la limitation du rôle de la souveraineté établi par toute une tradition politico-juridique antérieure »¹⁸. De même, Fritz Sander, ancien disciple de Kelsen, considère que le maître autrichien n'échappe pas aux grands principes libéraux¹⁹. Carl Schmitt, fervent opposant de Kelsen et antilibéral, proposera pour sa part une lecture libérale de la Théorie pure et de l'État : elle permettrait de réaliser notamment « la vieille négation libérale de l'État face au droit et à l'ignorance du problème autonome de l'effectuation du droit »²⁰. En réalité, Kelsen s'oppose à une certaine vision du libéralisme mais pas au libéralisme. Pour rappel, le libéralisme se développe historiquement face à l'absolutisme monarchique. Les révolutions libérales, depuis la fin du XVII^e siècle (en Angleterre, aux États-Unis, en France), ont eu pour objectif de restreindre le pouvoir d'État perçu comme une menace envers la liberté individuelle et la propriété privée. L'État a donc pu être pensé comme un appareil oppressif pour le prolétariat. Or, Kelsen n'est pas libéral dans le sens où il nierait la nécessité étatique : il ne s'oppose pas à l'État comme les anarchistes, mais pense seulement sa limitation. Kelsen est libéral dans la mesure où il pense l'État comme un État régi par le droit : l'État, c'est le droit. Il lutte ce faisant contre la sacralisation de la puissance étatique prégnante chez les juristes allemands du XIX^e siècle. Kelsen, en raison de ses origines, doit s'exiler aux États-Unis pour fuir le totalitarisme. Il connaît la violence et la puissance de l'État. Pour autant, le *jusnaturalisme* n'est pas la solution à cette difficulté, car les régimes autoritaires reposent sur des idéaux marqués axiologiquement, selon l'auteur. Par sa neutralité axiologique, la science du droit se dégage du *Sein*, d'une légitimité fondée sur les valeurs, pour lui substituer une validité qui repose *in fine* sur la raison humaine, le devoir-être se situant dans l'esprit. C'est donc un idéal

17 J. A. BARASH, « Hermann Heller critique de Carl Schmitt », p. 175.

18 *Ibid.*, p. 176.

19 F. SANDER, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*.

20 C. SCHMITT, *Théologie politique*, p. 32.

rationnel que parachève Kelsen, dans la logique webérienne du droit, au nom d'un combat contre l'hypostasie de l'État. Dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, l'auteur désubstantialise l'État, qui se transforme en pure relation. L'État se caractérise en effet par la singularité de l'ordre juridique auquel il est assimilé, c'est-à-dire un « système normatif qui régit la conduite mutuelle d'une pluralité d'individus »²¹. Ce qui fonde la spécificité de cet ordre normatif, c'est son système de validité, qui repose *in fine* sur le primat de la Constitution et trouve son origine dans la Constitution historique première et la norme fondamentale. L'État entendu comme la personnification d'un ordre juridique n'a donc pas « d'existence réelle ou naturelle »²². Seuls sont réels, dans ce système normativiste, « les concepts humains régis par les normes diverses »²³. L'État est désubstantialisé, il n'a pas de consistance réelle, psychologique, sociale. Même le territoire (élément classique définitionnel de l'État) n'est pas une unité naturelle et géographique mais seulement « une unité juridique »²⁴, une sorte de concept pur, car il « n'est pas autre chose que la sphère de validité territoriale de l'ordre juridique »²⁵. Dans ce cadre, la spécificité de l'État ne réside plus dans sa puissance factuelle ou substantielle, mais tire sa validité d'une source normative formelle et rationnelle; il perd sa puissance et n'est plus régi par un principe de domination au sens où l'entend la doctrine traditionnelle (au sens labandien²⁶ du terme par exemple). L'État kelsénien répond donc à la logique libérale, dont le sens n'est plus la puissance ni la gloire, mais une certaine forme de liberté et de protection du citoyen contre l'abus de puissance d'État. Paradoxalement, c'est son relativisme éthique (opposé à l'absolutisme moral) qui rendra possible la culture de la discussion, le respect de l'opposition, l'expression de la pluralité des valeurs. En luttant contre le jusnaturalisme et l'idéologie politique, le relativisme éthique kelsénien pose un cadre favorisant le respect des libertés (liberté de penser notamment) et la forme démocratique. Cette défense à

21 H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 236.

22 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 116.

23 *Ibid.*

24 H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 261.

25 *Ibid.*

26 P. Laband, *Deutsches Reichsstaatsrecht*.

peine voilée de la liberté²⁷, de la démocratie parlementaire, ainsi que le ralliement de l'auteur au constitutionnalisme et à la protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles, rendent donc compte d'un rapprochement avec la logique libérale de la limitation et de la fragmentation du pouvoir.

D'une certaine manière, l'œuvre de Carré de Malberg trahit également cette primauté de l'ordre et de l'autorité sur la liberté. En France, le premier modèle républicain a été celui d'une République libérale dont les finalités premières étaient le maintien de l'ordre et la satisfaction de l'utilité publique. L'État républicain se caractérise donc, dès l'origine, par la touche « d'autoritarisme que lui a légué l'expérience napoléonienne »²⁸ : touche d'autoritarisme qui a été un moyen de concrétiser la reconstruction de la société française suite aux profonds bouleversements liés à la révolution. À partir de là et tout au long du XIX^e siècle, la première finalité de l'État a été de rétablir l'ordre, ce que d'aucuns qualifient d'« obsession de l'ordre »²⁹. Suite à la dictature de l'an II, la question de l'ordre innervait la vie politique et juridique française jusqu'à la consolidation de la République française à la fin du XIX^e siècle. Néanmoins, les lois constitutionnelles de 1875 restent marquées par cette logique. Ce n'est qu'à partir de la fin du XIX^e et au début du XX^e siècles que l'État élargira son domaine d'intervention vers de nouvelles finalités. D'ailleurs, lorsque Carré de Malberg écrit la *Contribution à la théorie générale de l'État*, avant la première guerre mondiale, le droit public français est en profonde mutation, traversé par de nouveaux paradigmes : les droits sociaux, l'horizontalité en devenir du droit public, le rôle du service public dans la théorie de l'État, la question des libertés individuelles, la place de l'individu. Néanmoins, même si ces éléments deviennent prégnants, le maître strasbourgeois insiste sur le phénomène de la puissance d'État. Fortement inspiré par la doctrine

27 Kelsen pose un cadre permettant de favoriser les libertés mais l'auteur n'est pas « droit de l'homme », contrairement à Bobbio par exemple, qui concilie le positivisme avec les droits de l'homme. Pour une étude comparée entre Kelsen et Bobbio sur les droits de l'Homme, cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les Droits de l'Homme ».

28 E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, p. 218.

29 *Ibid.*

juridique allemande³⁰, il lui emprunte sa méthodologie et accepte le critère de la domination comme critère ultime de l'État³¹. C'est aussi la marque du droit public. En ce sens, le propre des collectivités étatiques, affirme l'auteur, est « qu'elles possèdent, par l'effet d'une puissance qui n'appartient qu'à elles et qui trouve sa consécration dans le système de leur droit positif, la faculté d'imposer la volonté générale, même aux membres opposants, et de ramener ainsi la totalité des citoyens à une unité, qu'aucun d'eux ne pourrait, par le seul effet de son opposition, empêcher de se former, ni rompre »³². Autrement dit, la caractéristique de l'État, c'est qu'il est capable de dominer et de réduire les résistances individuelles. Mais si la puissance est le trait essentiel de la définition de l'État et que le droit est défini par la contrainte et la sanction, l'auteur admet que la collaboration reste une « condition absolue »³³ de la vie et de l'activité étatique. Envisagée dans les relations entre l'État et le peuple, cette puissance n'est faite que de celle de la communauté nationale. Elle a ses origines dans l'organisation de la communauté et ne peut être que l'expression de sa volonté, c'est-à-dire une « volonté formée en collaboration avec cette dernière »³⁴ : l'État ne peut plus fonctionner sans le concours de l'ensemble des citoyens. C'est dans les limites extrêmes du pouvoir que la puissance permettra de réduire les résistances individuelles. Sur ce point, l'auteur insiste sur les limites de la doctrine allemande (celle de la *Herrschaft*). Il lui reproche d'avoir oublié que l'État comme instrument de domination n'est pas une finalité absolue car il est au service d'une réalité antérieure à lui, la Nation. Il opposera ainsi la théorie de la souveraineté nationale à la théorie allemande de la souveraineté de l'État. En définitive, les travaux de Carré de Malberg n'échappent pas à la ligne libérale et républicaine française

30 Cf. notamment, P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*; G. MEYER, *Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung*; C. F. VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*. Voir aussi, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, p. 151 sq.

31 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, p. 69 sq.

32 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Avant-propos, p. V-XX.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

(III^e République) malgré sa profession de foi positiviste (opposée à la logique *jusnaturaliste* de l'époque). La préface de la *Contribution à la théorie générale de l'État* est particulièrement frappante lorsqu'il invoque «l'existence des règles d'ordre moral, qui dominent elles-mêmes de leur supériorité majeure toute puissance étatique, si absolue que soit juridiquement cette dernière, si nécessaire qu'elle soit politiquement»³⁵.

Même si les divergences qui séparent Kelsen et Carré de Malberg sont profondes, la ligne libérale qui transparaît reste marquée par une articulation à géométrie variable entre le pouvoir, l'ordre et la liberté. Une place significative est néanmoins réservée à l'ordre qui s'exprime différemment chez les deux auteurs.

La prévalence de l'ordre

Kelsen et Carré de Malberg articulent leurs théories de l'État autour de l'idée d'ordre: l'État est un «ordre du comportement humain»³⁶. Malgré les divergences entre les deux auteurs, l'ordre étatique se caractérise par son unité et sa puissance. L'unité, d'abord, est ce qui permet à l'État d'exister (théorie de la personnalité juridique). Mario Galizia rappelle d'ailleurs que, dans le cadre du positivisme juridique, l'objectif est d'éviter l'anarchie: le but essentiel du droit est le maintien de l'ordre social, car «l'anarchie est la négation de tout ordre juridique»³⁷. Si l'unité est une condition nécessaire à l'ordre entendu comme un facteur de stabilité et de pérennité juridico-politique, elle doit se combiner avec la puissance, marque du pouvoir politique par excellence. C'est pourquoi Carré de Malberg estime que le véritable trait caractéristique de l'État, c'est sa puissance. Kelsen, pour sa part, rejette d'emblée la puissance de domination comme élément caractéristique de l'État. Se distinguant nettement de la doctrine juridique allemande (Paul Laband), il envisage l'État comme un système de normes, un ordre juridique autonome. L'État kelsénien est dit neutre, désubstantialisé, détaché de l'idéologie politique. Pour autant, l'État n'est pas impuissant. Sa force créatrice

35 *Ibid.*

36 H. KELSEN, «Das Wesen des Staates», p. 5.

37 M. GALIZIA, «Il "positivisme juridique" di Raymond Carré de Malberg», en particulier p. 354 et suivantes. Cf. aussi R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, p. 230-231.

se déploie à tous les niveaux de l'échelle normative (exécutif, législatif, judiciaire), et le caractère contraignant de la structure juridique est bien apte à faire régner l'ordre, de manière à lutter efficacement contre l'anarchie. Aussi la puissance de l'État n'a-t-elle pas complètement disparu : elle s'est simplement déplacée au niveau normatif.

La puissance de domination

Dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, Carré de Malberg cherche le signe caractéristique propre à l'État. La première caractéristique de l'État est d'abord son unité : l'État est la personnification de la nation. C'est donc la théorie de la personnalité juridique qui va marquer la construction étatique. Néanmoins, si la personnalité juridique permet d'identifier l'État, « il n'y a pas que les groupes étatiques qui réalisent une telle unité : nombreuses sont les formations corporatives de droit public ou les sociétés de droit privé, qui sont pourvues d'une organisation les unifiant et qui constituent comme telles des personnes juridiques »³⁸. Il manque alors le critère qui permet de distinguer l'État parmi ces autres organisations. Ce critère, c'est la puissance qui renvoie traditionnellement à l'idée de souveraineté. L'idée est ancienne. Par exemple, selon Loyseau, « la souveraineté est la forme qui donne l'être à l'État [...] L'État est ainsi appelé parce que la souveraineté est le comble ou période de la puissance, où il faut que l'État s'arrête et s'établisse »³⁹. De même, dans les *Six livres de la république*, Jean Bodin définit la souveraineté comme « la qualité d'une puissance suprême, comme le degré le plus élevé de puissance possible »⁴⁰. Depuis, de nombreux auteurs ont travaillé sur la notion de souveraineté et Carré de Malberg remarque, après avoir dressé un aperçu historique, que la souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales bien distinctes⁴¹.

Néanmoins, l'auteur revient sur ces différentes acceptions et propose de définir la souveraineté non plus comme une puissance mais comme « une qualité, une certaine façon d'être, un certain degré de puissance »⁴².

38 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, p. 9.

39 *Ibid.*, p. 72.

40 J. Bodin, *Les six livres de la république*, I, 1 et O. Beaud, *La Puissance de l'État*, p. 35.

41 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*.

42 *Ibid.* p. 70.

Il s'agit plus précisément du « caractère suprême d'un pouvoir : suprême en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui »⁴³. Par l'expression « État souverain », il faut donc comprendre que, « dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir »⁴⁴. Autrement dit, la souveraineté est envisagée négativement. Elle ne dit rien sur la consistance de la puissance souveraine, elle exprime seulement une qualité, une façon d'être : le pouvoir souverain est celui qui n'en admet aucun autre, en concurrence avec lui, qui lui serait supérieur.

Le tour de force de Carré de Malberg consiste alors à distinguer la souveraineté entendue négativement de la puissance d'État en tant que telle. La puissance d'État, elle, a un contenu positif, elle « consiste essentiellement en pouvoirs effectifs, en des droits actifs de domination »⁴⁵, c'est-à-dire principalement le pouvoir de contrainte et le pouvoir qui permet de faire exécuter d'une façon coercitive ses commandements.

Cette distinction entre la souveraineté et la puissance d'État permet à l'auteur de préciser quel est le réel élément caractéristique de l'État. Contrairement à la doctrine classique qui caractérise l'État par la souveraineté, Carré de Malberg estime que la caractéristique de l'État, c'est la puissance d'État (définie positivement) et non la souveraineté (définie négativement). Cette position s'explique par l'influence de la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle. À l'époque, l'une des préoccupations principales des juristes allemands est de penser l'unité étatique malgré la diversité des entités juridiques autonomes. L'idée est de rechercher les caractéristiques de l'État dans le cadre de la construction juridique et politique de l'État fédéral. Comment en effet penser la souveraineté des entités fédérées et la distinguer de celle de l'entité fédérale ? Les juristes allemands (Paul Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*) vont redéfinir la souveraineté et la réduire à l'une de ses acceptions traditionnelles, à savoir l'indépendance absolue de l'État (*Souveränität*). Elle est bien distincte de la puissance d'État (*Staatsgewalt*), qui renvoie à la puissance de domination de l'État, celle qui vise ses

43 *Ibid.*, point 26.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*, p. 76.

pouvoirs effectifs, ses organes en tant que *Herrscher*, et qui permet de désigner le monarque, qui est finalement le titulaire de la souveraineté. L'intérêt de cette distinction est de penser la spécificité de l'État sans la souveraineté. En effet, si la puissance d'État (*Staatsgewalt*) est le critère de l'État, il peut y avoir État sans souveraineté (*Souveränität*). Cela permet alors de penser l'un dans le multiple, l'unicité de l'État fédéral qui est composé de nombreux États membres. Si l'État fédéral est le seul à réunir *Souveränität* et *Staatsgewalt*, l'entité fédérée peut être qualifiée d'entité étatique sans pour autant être souveraine, car elle dispose de la puissance d'État.

La pensée juridique allemande a donc fortement influencé Carré de Malberg. Il reprend cette distinction qui va lui permettre de saisir la nature juridique de l'État protégé ou de l'État fédéré. Adoptant la logique labandienne, il caractérise l'État par la puissance et non par la souveraineté. Néanmoins, si elle offre de nombreuses ressources, la dichotomie entre souveraineté et puissance d'État soulève des difficultés. La principale réside dans les définitions de ces termes, leurs contenus, car en réalité, la puissance d'État tend à se confondre avec l'idée de souveraineté, tout comme la souveraineté a des contours poreux et peut être assimilée à la puissance d'État dans l'œuvre du maître strasbourgeois. Kelsen s'opposera donc à cette dichotomie. Se distinguant de ses prédécesseurs allemands (notamment Jellinek), Kelsen adoptera une autre définition de la puissance étatique: une puissance qui résulte d'un ordre normatif dont la validité ne peut être déduite d'aucun ordre supérieur.

La puissance normative

Chez Kelsen, la souveraineté est envisagée comme «une qualité essentielle de l'État»⁴⁶. Même si elle est désubstantialisée, abordée de manière fonctionnelle, elle rend compte de la spécificité de l'État défini comme une «autorité suprême»⁴⁷. Plus précisément, l'autorité, c'est «le droit ou le pouvoir de donner des ordres impératifs»⁴⁸. Or, souligne Kelsen, «le pouvoir effectif de forcer un autre à suivre une certaine

⁴⁶ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 428.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

conduite ne suffit pas à constituer une autorité»⁴⁹. Le détenteur de cette autorité «doit avoir reçu le droit de donner des ordres impératifs, de manière à ce que les autres individus soient obligés d'obéir»⁵⁰. De ce point de vue, «seul un ordre normatif peut conférer ce droit ou pouvoir à un individu»⁵¹. L'autorité se comprend donc comme un ordre normatif, car seul cet ordre peut être souverain, c'est-à-dire «suprême»⁵², en ce sens qu'il constitue le «fondement de validité des normes qu'un individu est autorisé à créer en tant qu'ordres et auxquelles les autres individus sont obligés d'obéir»⁵³.

Autrement dit, la souveraineté renvoie à un ordre normatif dont la validité ne peut être déduite d'aucun ordre extérieur, supérieur. Elle traduit l'autonomie du droit face aux autres systèmes normatifs (comme la morale, qui obéit à des injonctions sociales extérieures, ou la religion), car l'ordre normatif ne se définit qu'en lui-même par un système de validité qui lui est propre⁵⁴. La souveraineté de l'État, selon Kelsen, ne se comprend donc que «si on voit en celle-ci la validité d'un système de normes de l'ordre étatique, qui ne se déduit d'aucune norme supérieure»⁵⁵. Ce faisant, il y a une certaine analogie avec la théorie de Carré de Malberg, qui envisage la souveraineté comme le caractère suprême du pouvoir n'admettant aucun autre pouvoir au-dessus de lui ni en concurrence avec lui. Néanmoins, on l'a vu, la souveraineté chez Malberg a des contours encore flous et reste plus ou moins marquée par la puissance d'État. C'est ce que dénonce Kelsen : «la théorie de la souveraineté est un masque, un masque vraiment tragique derrière lequel se cache, de diverses manières, la prétention de dominer»⁵⁶. L'élimination de la souveraineté ou plutôt la désubstantialisation de la souveraineté vise donc précisément à lutter contre les doctrines politiques impérialistes. Carlos Miguel Herrera souligne en ce sens qu'«en écartant cette portée politique de la souveraineté, la théorie kelsénienne permet le développement d'une politique juridique tendant à un ordre

49 *Ibid.*, p. 429.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

54 H. KELSEN, *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*.

55 C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, p. 117.

56 H. KELSEN, «Der Wandel des Souveränitätsbegriffes», p. 1.

international plus centralisé et, ce faisant, promeut le pacifisme»⁵⁷. Cette position doit être nuancée, car la souveraineté au sens kelsénien n'a pas de contenu matériel, elle n'est pas forcément liée à l'idée de démocratie ni à la protection des droits et libertés. L'ordre normatif kelsénien est un ordre formel qui s'accommode parfaitement de toutes les formes de gouvernement (démocratie ou autocratie). La science du droit de l'auteur est au service de l'ordre, en réalité un ordre normatif.

La puissance étatique s'exprime donc différemment dans les œuvres de Carré de Malberg et de Kelsen. Le premier remanie la notion de souveraineté, qu'il distingue de la puissance de domination, seul trait réellement caractéristique de l'État. C'est une puissance qui ne relève pas d'un idéal mais d'une nécessité⁵⁸, propre à éviter l'anarchie et à assurer l'ordre étatique. Radicalement distincte, l'œuvre de Kelsen tend à montrer son rejet de la souveraineté en termes de domination ou de puissance pure. Il adopte une conception normativiste de la souveraineté : est souverain l'ordre normatif qui ne tire sa validité d'aucun autre ordre supérieur. Néanmoins, malgré la désubstantialisation de l'État et de la souveraineté, malgré son rejet primitif de l'idée de puissance au sens matériel, le système normatif kelsénien s'articule autour de l'idée d'ordre et de pouvoir. Si la puissance de domination n'est pas le trait distinctif de l'État, l'ordre normatif dont la validité ne peut être déduite d'aucun ordre supérieur assoit les bases d'un système juridique contraignant. Ce système s'adapte d'ailleurs parfaitement à toutes les formes de gouvernement, même s'il est autoritaire. Derrière l'effacement de l'État (la lutte contre son hypostasie), c'est la puissance de l'ordre juridique que l'on trouve. Quelle est alors la place de l'individu dans ce cadre ?

La place relative de l'individu

Avec la naissance de l'État moderne, on assiste à une mutation de la sphère politique dans ses rapports avec la sphère privée et l'individu. Auparavant holiste, la société se transforme en accordant une place désormais centrale à l'individu, qui n'est plus totalement aspiré par la sphère publique. Dès lors, paradoxalement, même si l'État moderne est né dans un contexte absolutiste (monarchies absolues), il permet

57 C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, p. 116.

58 G. BURDEAU, « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine ».

la reconnaissance de l'individu et met en lumière l'évolution de son rôle «légitimant» pour la nouvelle puissance d'État⁵⁹. Le positivisme juridique, qui accorde un rôle central à l'État et à ses institutions dans la production du droit, reste marqué par cette longue évolution. Pour assurer l'ordre étatique, le consentement du peuple est nécessaire. Carré de Malberg souligne en ce sens que l'État idéal est collaboratif, c'est celui «qui a le moins besoin d'user de puissance pour obtenir le concours du peuple»⁶⁰. De même, Kelsen accorde une place particulière à l'individu et à la liberté dans la science du droit. C'est pourquoi, malgré la prédominance de l'ordre, les deux auteurs concourent à prendre en compte cette place nécessaire accordée à l'individu : de manière résiduelle pour Carré de Malberg, de façon plus structurelle chez Kelsen.

Le choix de la liberté et de la démocratie chez Kelsen

La théorie de la démocratie de Kelsen s'articule autour de la liberté. La liberté est d'abord envisagée comme un critère de définition de la démocratie. Par sa métamorphose, elle rend compte ensuite de la nature même du système démocratique, qui est un réel choix pour l'auteur.

Le rôle critériologique de la liberté dans le système démocratique

En rejetant la théorie de la séparation des pouvoirs, Kelsen ne s'oppose pas à la démocratie. Il propose une autre classification fondée sur la liberté pour penser le *criterium* des formes politiques. Selon l'auteur, la liberté s'entend politiquement. Un individu est libre s'il peut participer à la création de l'ordre juridique auquel il appartient. Autrement dit, il est libre «si son devoir-être en vertu de l'ordre social correspond à son vouloir-être»⁶¹.

C'est le critère de la liberté qui va déterminer les deux formes de gouvernement possibles, à savoir la démocratie et l'autocratie. La démocratie est la forme politique qui correspond le plus à l'idée de liberté. Elle signifie que «la volonté exprimée dans l'ordre juridique

59 G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. 2.

60 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, avant-propos, p. VIII.

61 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 333.

étatique est identique à la volonté des sujets»⁶². Dans l'autocratie, les sujets sont privés de cette liberté dans la mesure où ils ne peuvent pas participer à la création des règles de l'ordre juridique auquel ils sont soumis. L'autocratie suppose l'asservissement, car «les sujets sont exclus de la création de l'ordre juridique, l'harmonie entre l'ordre et leur volonté n'est pas garantie»⁶³. Kelsen préfère donc un nouveau diptyque (démocratie- autocratie) au triptyque hérité de l'Antiquité sur lequel repose la classification classique qui distingue trois formes d'État: monarchie, aristocratie et démocratie. Cette ancienne classification repose sur l'organisation du pouvoir souverain, car on comptabilise le nombre d'individus investis de ce pouvoir: un, quelques-uns ou l'ensemble du peuple. Or, cette trichotomie, jugée inefficace et «superficielle»⁶⁴, ne correspond pas au système normatif proposé par l'auteur (la théorie de la validité et de l'efficacité de l'ordre juridique). Le nouveau diptyque (démocratie ou autocratie), même s'il n'est pas réellement conforme à la description des constitutions historiques – avoue Kelsen –, répond davantage aux deux idéaux vers lesquels tendent les États.

La métamorphose de l'idée de liberté: l'influence de Rousseau

La liberté politique est paradoxale car elle semble antinomique, selon Kelsen, avec la liberté naturelle de l'homme. La liberté politique est façonnée par le groupe, alors que la liberté naturelle revêt, à l'origine, une «connotation purement négative»⁶⁵. Elle désignerait «l'absence de liens, l'absence de toute autorité qui oblige»⁶⁶. C'est la liberté qui «émane d'une source fondamentale de l'âme humaine, de l'instinct primitif qui pousse l'individu contre la société»⁶⁷. Elle est donc le «reflet intellectuel de la tendance antisociale» de l'individu⁶⁸. Autrement dit, la liberté «naturelle» renverrait à une «réaction contre la contrainte qui

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*, p. 332.

65 *Ibid.*, p. 334.

66 *Ibid.*, p. 334.

67 H. KELSEN, P. URFALINO, «Les fondations de la démocratie. Extraits sur la règle de majorité».

68 *Ibid.*

résulte de la société»⁶⁹ : c'est la « protestation contre la volonté étrangère devant laquelle il faut se plier »⁷⁰. La liberté naturelle est la revendication profonde de l'homme qui refuse de se soumettre, d'une part, et qui refuse d'admettre la valeur supérieure d'autrui, d'autre part.

Malgré cette césure apparente entre la liberté politique et la liberté primitive, Kelsen s'interroge sur le type d'organisation sociale le plus respectueux de la liberté pour l'individu. La liberté primitive peut-elle être au centre d'un système organisationnel dont, *a priori*, elle constitue la négation ? Un tel système organisationnel est envisageable dans un régime démocratique, qui permet une transmutation du sens de la liberté. Dans le cadre démocratique, la liberté politique devient une liberté démocratique : elle n'est assujettie « qu'à sa propre volonté et non pas à une volonté étrangère »⁷¹. La liberté démocratique est donc la première transformation qui permet une sorte d'adaptation de la liberté naturelle à la liberté politique. L'adaptation est possible dans la mesure où la liberté démocratique transforme la partie négative de la liberté primitive, la part anarchique ou antisociale. Selon l'auteur, « avec cette première transformation, la part anarchique de la liberté naturelle n'est plus constitutive de la liberté démocratique, car cette dernière fait entrer la liberté dans l'organisation sociale elle-même ; elle en constitue l'exercice »⁷².

Cette transformation amène à penser le problème de « l'État idéal »⁷³. D'emblée, chez Kelsen, cet idéal est celui qui respecte la liberté. Mais quelle liberté ? Pour quel système politique ? Sur quels fondements ? D'abord, Kelsen rejette l'idée d'un pacte social à l'origine du système organisationnel démocratique. Ce qui fonde la base organisationnelle, c'est un statut (Hegel), une constitution et non un contrat. L'auteur s'oppose au contractualisme rousseauiste. Il considère que la fondation de l'État repose sur des hypothèses théoriques mais que, le plus souvent, personne n'a réellement participé à la création de l'ordre juridique auquel il appartient : ce pacte est une fiction sur laquelle il n'est pas possible de fonder les bases de cet État idéal.

69 H. KELSEN, *La Démocratie : sa nature, sa valeur*, p. 1.

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*, p. 4.

Si le pacte social est une fiction inacceptable, la question du consentement du peuple reste primordiale afin de préserver au mieux la liberté. Mais comment être au plus près de la volonté des citoyens ? Là encore, Kelsen s'oppose à Rousseau et à la tradition volontariste française plus largement. Chez Rousseau, la liberté naturelle impose le consentement de tous les citoyens (unanimité) lors de la conclusion du pacte social (l'acte primitif par lequel le peuple est peuple et organisé en société). Néanmoins, l'unanimité n'est exigée qu'une seule fois, lors de la conclusion du pacte. Par la suite, la règle de la majorité suffit, car c'est la volonté générale qui est dégagée lors du vote. Les citoyens savent se départir de leurs intérêts individuels afin de faire prévaloir raisonnablement l'intérêt général, qui est en réalité l'intérêt de tous dans cette optique transcendante et volontariste⁷⁴. C'est pourquoi la volonté générale pourra contraindre les opposants ou les minorités à être libres, alors même qu'ils n'ont pas consenti. Kelsen s'oppose radicalement à cette idée, en accordant une large part de sa réflexion à la question de l'opposition et des minorités⁷⁵. Il substitue la volonté collective à la volonté générale, car le vote n'est qu'une opération de volonté et non de connaissance. L'intérêt général n'existe pas dans l'absolu, pour Kelsen, il se construit par l'agréation de volontés sectorielles, dans le cadre d'une sorte de compromis entre « intérêts opposés »⁷⁶. C'est de ce compromis entre les différentes forces que va émerger l'intérêt général. Cette vision de l'intérêt général s'explique par son réalisme politique. Il considère en effet « qu'en tant qu'État de partis, [la démocratie] veut que la volonté générale ne soit pas autre chose que la résultante des volontés diverses des différents partis, la démocratie peut renoncer à la fiction d'une volonté générale organique supérieure aux partis »⁷⁷.

L'intérêt général n'est donc plus transcendant mais immanent, il ne se révèle que dans des « volontés particulières qui s'expriment à travers des appareils politiques »⁷⁸. Kelsen se rapproche ainsi des utilitaristes

74 F. PERRIN, *L'Intérêt général et le Libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVIII-XIX^e siècles)*. Voir aussi V. COQ, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*.

75 H. Kelsen, *La Démocratie : sa nature, sa valeur*, p. 63-79.

76 *Ibid.*, p. 27.

77 *Ibid.*, p. 29.

78 R. BAUMERT, « Kelsen, lecteur critique de Rousseau : de la volonté générale à la volonté collective ».

inspirés notamment par Bentham, lequel a montré comment, à partir du principe de l'utilité, on pouvait déduire une philosophie morale, juridique et politique⁷⁹.

Cette vision pragmatique de la démocratie explique la singularité de la pensée de Kelsen concernant l'opposition et le droit des minorités. Selon l'auteur, la liberté sociale ou politique diverge en termes de degré par rapport à la liberté naturelle, en ce sens que la liberté politique n'est plus anarchique, elle n'est plus radicalement hostile à l'État. Néanmoins, il n'y a qu'une différence de degré entre ces libertés. La transformation de la liberté primitive en liberté politique ne doit pas priver les citoyens de leurs droits à être représentés⁸⁰. D'ailleurs, l'auteur ajoute que «le principe majoritaire n'équivaut nullement à la domination absolue de la majorité, à la dictature de la majorité aux dépens de la minorité»⁸¹, car par définition, la majorité implique l'existence d'une minorité. C'est même l'essence de la démocratie, afin que cette minorité ne soit pas exclue de la création de l'ordre social : c'est là le respect de leur liberté. C'est aussi la raison pour laquelle entre la liberté naturelle et la liberté sociale ou politique (que l'on appelle aussi liberté démocratique), il n'y a qu'une différence de degré et non de nature.

Profession de foi pour la démocratie : Kelsen «face» à Platon

Dans un article consacré à l'étude de la justice platonicienne publié en 1932, Kelsen expose longuement la philosophie politique de Platon. Il revient sur le dualisme platonicien, qui consiste à distinguer le «domaine transcendant des idées situé hors de l'espace et du temps, la chose en soi, la vérité véritable, absolue, de l'être immobile» du domaine «des choses purement phénoménales, situées dans l'espace et le temps»⁸², que l'homme voit «avec les yeux du corps ; le domaine des apparences trompeuses, du devenir en mouvement»⁸³. Dans le monde idéal, auquel

79 J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*. Cf. aussi M. BOZZO-REY, G. TUSSEAU (dir.), *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*.

80 H. KELSEN, *La Démocratie : sa nature, sa valeur*, p. 6.

81 H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 336.

82 H. KELSEN, «La justice platonicienne», p. 364.

83 *Ibid.*

nous ne pouvons accéder que difficilement après avoir été aveuglés⁸⁴ et être devenus prisonniers de nos opinions, on retrouve « l'Idée du bien opposée au mal ici-bas »⁸⁵, au monde du devenir, au changement perpétuel, au mouvement. C'est à l'aune de ce dualisme que Platon va élaborer un système politique idéal qui tire son fonctionnement organisationnel de l'Idée du Bien et de la Justice, ce fonctionnement étant entendu comme une organisation harmonieuse d'une vie sociale hiérarchisée.

Toute la critique de Kelsen repose sur l'analyse de cette organisation pyramidale et hiérarchique de la société politique platonicienne, parce qu'en la fondant sur l'Idée de Bien et de Justice, Platon poserait les bases d'une organisation tyrannique⁸⁶. Kelsen tente d'ailleurs d'expliquer le dualisme du philosophe antique en dressant un portrait psychologique de celui-ci, en montrant comment ses mœurs, difficilement acceptables par la société de l'époque, le conduisent à nier le réel, le sensible, et à être créateur de troubles et de douleurs. On retrouverait presque une certaine analogie avec la psychologie freudienne, sur laquelle Kelsen a déjà écrit pour comprendre la notion d'État et la psychologie sociale⁸⁷, ou encore avec le style nietzschéen, la philosophie du soupçon. Nietzsche condamna également, dans le platonisme, la volonté de rechercher le véritable idéal au prix de la négation du sensible, démarche reprise selon Nietzsche par le christianisme, afin d'opposer la transcendance divine et le bien à la chair, au corps, à la concupiscence et au péché.

Les critiques acerbes de la structure politique idéale de Platon révèlent implicitement le positionnement de Kelsen en faveur de la démocratie : mais une démocratie au sens formel, dénuée de tout contenu matériel en termes de valeur éthique ou morale. Dans le contexte politique des années 1930, à l'aune des totalitarismes qui prolifèrent en Europe et dont il est

84 PLATON, *La République*, VII, 514a-517a dans PLATON, *Œuvres complètes*, p. 247.

85 En réalité, Platon n'a pas assimilé le sensible ni le devenir au mal, le sensible participe du bien, même de manière imparfaite, et n'est pas assimilable au mal. L'interprétation de Kelsen laisse toutefois penser qu'une telle assimilation est envisageable (même si elle est discutable).

86 J. MOREAU, « La cité et l'âme humaine dans la *République* de Platon » ; M. NARCY, « Dictature, absolutisme et totalitarisme : le cas de Platon ».

87 H. KELSEN, « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules ».

lui-même victime (il devra s'exiler aux États-Unis), Kelsen répond à l'une des critiques que l'on peut opposer au normativisme et plus largement au positivisme juridique. Face à la montée du totalitarisme, comment et pourquoi conserver la neutralité axiologique ? Pourquoi un tel rejet des règles morales, des idéaux de justice, des valeurs éthiques ? De nombreuses critiques ont logiquement été adressées aux défenseurs du positivisme juridique dès les années 1930. Henry Dupeyroux, par exemple, reproche au positivisme juridique la méthodologie dite scientifique, qui prône la neutralité axiologique et qui reste de marbre face aux événements tragiques de l'État. Il considère que « le positivisme juridique n'est qu'un prétexte commode pour éviter de porter sur la conduite des gouvernants des jugements qui, dans notre époque de totalitarismes intolérants, seraient bien compromettants pour le juriste »⁸⁸. La réponse de Marcel Waline, à l'époque, rejoint la logique développée par Kelsen⁸⁹. Dans un article consacré à la défense du positivisme juridique, il rétorque que « le commentaire froid des institutions et des normes ne signifie pas l'appropriation du régime autoritaire »⁹⁰. Il ajoute que le droit naturel, à bien des égards, « a été utilisé à toutes sortes de fins : c'est du droit naturel que s'est réclamé, en septembre 1938, le Reich, [...], la Pologne à la même époque, [...] l'Italie en Éthiopie [...], ou encore le général Franco »⁹¹. De plus, selon l'auteur, « le droit naturel est protéiforme, et la diversité même des conceptions que l'on peut se faire de son contenu permet aux hommes et aux peuples de mauvaise foi de se couvrir d'une de ces conceptions »⁹². Dès lors, « il n'y a pas une conception courageuse et une conception lâche du droit [...] : ce sont les juristes qui peuvent être lâches ou courageux. Mais ce qui est sûr, c'est qu'aucune politique n'a jamais pu trouver un semblant de justification dans le positivisme juridique, puisque, précisément, celui-ci s'interdit *a priori* de juger, donc de justifier »⁹³.

Dans ce contexte, Kelsen prépare déjà la réponse aux attaques et estime que la science rationnelle n'est pas en état de résoudre les questions relatives à l'essence de la justice. Contrairement à Platon,

88 H. DUPEYROUX, « Les grands problèmes du droit », p. 7-77.

89 V. COQ, « Le positivisme juridique de Marcel Waline ».

90 M. WALINE, « Défense du positivisme juridique ».

91 *Ibid.*, p. 95.

92 *Ibid.*, p. 95-96.

93 *Ibid.*, p. 96.

qui part du monde idéal pour fixer les critères organisationnels d'une société juste mais « tyrannique »⁹⁴, Kelsen fait valoir la « froideur » de la science du droit en refusant tout principe métaphysique au fondement de la théorie juridique. Cette froideur n'a cependant rien à voir avec le rejet des libertés et de la démocratie. Paradoxalement, c'est le relativisme éthique de l'auteur (opposé à l'absolutisme moral) qui rendra possible la culture de la discussion, le respect de l'opposition, l'expression de la pluralité des valeurs⁹⁵. En luttant contre le *jusnaturalisme* et l'idéologie politique, le relativisme éthique kelsénien pose un cadre favorable au respect des libertés (liberté de penser notamment), de la forme démocratique et plus largement de la paix. L'auteur considère cependant qu'en réalité, « l'humanité ne se contentera probablement jamais de la réponse des sophistes et qu'elle cherchera toujours, malgré le sang qu'il lui faut verser et les larmes qu'il lui faudra répandre, le chemin qu'a pris Platon, le chemin de la religion »⁹⁶.

Ce choix à peine voilé de la démocratie et de la liberté est observable dans le cadre de la théorie dynamique du droit, à travers la relativisation du dualisme entre le droit public et le droit privé⁹⁷ (qui contribue à désacraliser le droit public à des fins plus égalitaires, contractualistes, moins autocratiques) et le refus d'adhérer à la théorie traditionnelle de l'autolimitation⁹⁸, qui s'inscrit dans un processus de désacralisation de l'État. C'est en réalité une forme de « plaidoyer d'un socialiste démocrate »⁹⁹ faisant ainsi implicitement le choix de la démocratie¹⁰⁰. Pourtant, malgré ses profondes convictions en faveur de la démocratie, l'individu reste, d'une certaine manière, effacé dans l'ordre normatif hiérarchisé, qui s'accommode très bien de toutes les formes de gouvernement (de la démocratie comme de l'autocratie). Opposé à la limitation des pouvoirs de l'État et au principe de séparation des

94 Selon Kelsen.

95 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 91.

96 H. Kelsen, « La justice platonicienne », p. 396.

97 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 164.

98 *Ibid.*, p. 251.

99 P. Raynaud, préface de H. Kelsen, *La Démocratie : sa nature, sa valeur*.

100 O. Jouanjan, « Présentation. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in : O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, p. 11.

pouvoirs, l'auteur prive l'individu de garanties face à l'arbitraire politique. Ainsi, dans sa lutte acharnée contre l'hypostasie de l'État, l'individu ne peut pas être la fin ultime poursuivie par le système normativiste : la fin, c'est l'ordre, l'ordre normatif autonome. Cette place relative accordée à l'individu (en faveur de l'ordre) ressort bien plus clairement encore dans l'œuvre de Carré de Malberg.

La place résiduelle de l'individu chez Carré de Malberg

Carré de Malberg n'aborde pas réellement les questions relatives à la citoyenneté ou à la démocratie. Si on retrouve ici et là, dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, en filigrane, des références à ces deux thématiques, concrètement, il n'y a pas de passages qui leur soient complètement dévolus. Pourtant, de manière indirecte, il est possible de rendre compte la place résiduelle qu'occupe l'individu. En effet, dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, l'auteur évoque les théories touchant la source de la puissance exercée par les organes de l'État. C'est à cette occasion qu'il réfute la théorie de la souveraineté populaire, qui implique une participation directe des citoyens aux décisions politiques. S'opposant à l'individualisme rousseauiste, il montre que l'État ne peut prendre naissance que moyennant une organisation sociale génératrice de puissance dominatrice. C'est l'organisation sociale qui est la « condition première de l'État »¹⁰¹, la source originaire du pouvoir qui pourra être exercé au sein des institutions, et non l'individu. L'auteur estime alors que Rousseau méconnaît la véritable nature juridique de l'État en posant que la souveraineté réside, d'une façon initiale, dans les citoyens. D'un point de vue juridique, l'État ne prend naissance que « moyennant une organisation sociale génératrice de puissance de domination »¹⁰². Or, ajoute-t-il, « il n'est pas dit que cette organisation, qui est la condition première de l'État et de la souveraineté elle-même, consistera nécessairement, et dans tous les cas, en un régime de gouvernement populaire »¹⁰³. L'individu n'est pas la condition première

101 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, p. 166, § 326.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

de l'État : c'est l'organisation unifiante qui prend cette place¹⁰⁴ (voir aussi Hegel, *Principes de philosophie du droit*, § 258). Le peuple, ce faisant, n'est pas souverain, seul l'État a la propriété d'être souverain, car il n'y a pas de souveraineté sans État ni même de souveraineté antérieure à l'État. L'organisation sociale est donc à la base de la souveraineté (l'ordre comme structure unifiante) et la question de la démocratie reste secondaire. Michel Virally a d'ailleurs déjà souligné, en ce sens, que « la démocratie n'a jamais été un des objectifs principaux de la recherche de Carré de Malberg »¹⁰⁵. La place que l'auteur accorde aux citoyens dans la théorie de la souveraineté confirme cette idée, parce que la citoyenneté et la démocratie « sont étrangères à ses préoccupations scientifiques »¹⁰⁶. Il s'interroge davantage sur les fonctions de l'État et la question de la souveraineté nationale.

Plus précisément, l'auteur revient sur l'essence de la souveraineté nationale en France, idéal qui a été mis en place à partir de 1789. Il souligne que la Révolution a permis la suppression d'un pouvoir absolu, d'une monarchie illimitée, par une sorte de « vérité morale sur le terrain du droit »¹⁰⁷, que le droit moderne réalise par la limitation du pouvoir du roi. Sous l'Ancien régime, le monarque est seul titulaire de la souveraineté : il exerce immédiatement le pouvoir, dont il est détenteur personnellement. La révolution marque une nette évolution, en procédant au transfert de la souveraineté du monarque à la Nation, c'est-à-dire à une entité abstraite et anonyme. C'est dans la nation et non dans le peuple, que le transfert de souveraineté a été opéré, transfert qui bouleverse l'organisation étatique, en dépersonnalisant le pouvoir et en mettant fin à la monarchie absolue et illimitée. Carré de Malberg souligne alors l'originalité et la puissance des textes révolutionnaires. La souveraineté n'est plus monarchique, car l'État n'est plus identifié à la personne du roi : elle devient nationale, de telle sorte que la nation va s'identifier avec l'État lui-même¹⁰⁸.

Mais en confiant la souveraineté à la nation, quelle est exactement la place du peuple ? À partir de l'analyse de la Constitution de

104 *Ibid.*

105 M. VIRALLY, « Carré de Malberg et la démocratie parlementaire », p. 161-173.

106 *Ibid.*

107 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, p. 171.

108 *Ibid.*, p. 189.

1791, Carré de Malberg souligne que la nation, titulaire de la souveraineté, transcende le peuple, elle ne s'y réduit pas. Elle est un être collectif et abstrait, qui ne peut pas vouloir indépendamment de sa représentation. Et le peuple (collectivité inorganisée), est incapable de vouloir pour la nation. La théorie de la représentation de l'auteur rend donc «impensable toute idée d'une volonté originellement populaire transcendant l'espace de son organisation constitutionnelle»¹⁰⁹. La nation est envisagée comme une entité abstraite qui se personnalise dans l'État. Sa puissance est exercée par les organes de l'État. L'un des objectifs est de distinguer la souveraineté nationale de la souveraineté populaire afin de ne pas substituer à la souveraineté monarchique la souveraineté populaire, principe scandé inlassablement dans la *Contribution à la théorie générale de l'État* (tome 2). La nation, selon l'auteur, ne peut pas se confondre avec l'ensemble des citoyens. Elle «prend racine dans le passé, elle s'oriente vers l'avenir, elle n'existe en quelque sorte que dans la durée»¹¹⁰. Par conséquent, si elle est la seule à être détentrice de la souveraineté, aucun homme ne peut prétendre à cette souveraineté, car «toute puissance confiée à des hommes est exercée par eux seulement comme des mandataires»¹¹¹. Autrement dit, le peuple, en lui-même, n'est pas souverain et les organes élus ne sont pas davantage des organes de la volonté du peuple. Ils sont simplement les organes de la nation et sont, par corollaire, indépendants à l'égard de leurs mandants : les mandants «n'ont pas à se préoccuper de la volonté des électeurs, mais seulement de l'intérêt de la nation»¹¹². Cela remet en cause la théorie classique de la représentation¹¹³ (représenter veut dire vouloir pour : le représentant énonce la volonté du représenté) afin de préserver le statut du représentant face au représenté (l'irruption du peuple sur la scène de la représentation comme être ante-constitutionnel dont la volonté pourrait menacer la force du représentant qui s'exprime en son nom).

Pour comprendre la démarche de l'auteur, la comparaison avec le régime parlementaire britannique est éclairante. En effet,

109 É. MAULIN, «Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg», p. 127-143.

110 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, p. 167 sq.

111 *Ibid.*

112 *Ibid.*

113 Voir sur ce point : P. BRUNET, «Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg».

contrairement au régime parlementaire britannique, qui se définit par ses « caractéristiques démocratiques »¹¹⁴, le régime représentatif français constitué au lendemain de la Révolution s'inscrirait davantage dans une logique distincte, non démocratique¹¹⁵. Si l'Assemblée, en France comme en Angleterre, a bénéficié du transfert de la souveraineté qui auparavant appartenait au monarque, c'est le rapport entre le Parlement et le corps électoral qui marque les divergences profondes entre les deux pays, parce qu'en France, le régime représentatif serait davantage « oligarchique » : il « organise l'indépendance de l'Assemblée par rapport aux citoyens qui l'ont élue »¹¹⁶. Dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, Carré de Malberg revient longuement sur les circonstances historiques de la singularité française comparée au système britannique¹¹⁷. À l'origine, le parlementarisme britannique a pris appui sur le corps électoral afin de limiter les pouvoirs de la monarchie. Le peuple joue clairement le rôle de « contre-pouvoir », afin de rationaliser le régime parlementaire et d'encadrer les prérogatives du monarque. La démocratie, par le pouvoir qu'elle offre au peuple, renforce et légitime le rôle de la chambre élue dans l'objectif d'encadrer la monarchie. En France, en 1791, lorsque le système représentatif a été mis en place, l'Assemblée des députés était bien plus forte, elle n'avait pas besoin de l'appui du peuple. La monarchie était déjà très affaiblie et la Constitution a consacré la prédominance de l'Assemblée législative. Le rapport entre le peuple et l'Assemblée n'a donc rien à voir avec le système britannique. L'Assemblée se méfiait du peuple, qui aurait pu menacer sa prédominance. C'est pourquoi, en France, la théorie représentative s'est imposée, contrairement au régime parlementaire britannique. Dans le régime représentatif, les représentants de la nation (l'Assemblée élue) deviennent l'organe unique de la volonté nationale souveraine. La nation souveraine, qui est l'héritière de l'ancienne souveraineté du monarque, ne pourra intervenir que par l'organe de l'Assemblée qui la représente. Ce faisant, l'Assemblée est identifiée à la nation¹¹⁸ : c'est elle qui exerce la souveraineté, et non le peuple. On voit là, déjà, comment la théorie

114 R. CAPITANT, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », p. 126-153.

115 E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, p. 218 sq.

116 R. CAPITANT, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », p. 126-153.

117 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, p. 380, n° 13.

118 R. CAPITANT, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », p. 126-153.

de l'organe permet de canaliser, de limiter le pouvoir du peuple. Malgré cette « confiscation », le consentement populaire reste nécessaire pour asseoir la légitimité du système représentatif. C'est pourquoi, par le jeu de la nécessité représentative, juridiquement, l'Assemblée, identifiée à la nation, exprime la volonté du peuple et non pas la volonté des membres du corps législatif. Autrement dit, « par le jeu de la fiction représentative, la volonté du Parlement est assimilée à la volonté générale et bénéficie ainsi de la souveraineté qui appartient à cette dernière »¹¹⁹. Le régime mis en place par la théorie représentative française n'est donc pas structuré sur le plan de la démocratie. Plus, affirme René Capitant, « le régime représentatif est fondamentalement antidémocratique »¹²⁰.

Ce fondement antidémocratique (lorsque la démocratie est définie comme extérieure à l'organisation constitutionnelle) s'explique par le contexte juridico-historique dans lequel Carré de Malberg a rédigé la *Contribution à la théorie générale de l'État*. Il s'agit d'un contexte européen dans lequel l'idée du suffrage universel se diffuse et prend une place de plus en plus importante. C'est le problème qui touche à la question de la souveraineté dans la doctrine française entre 1870 et 1918. En effet, la doctrine publiciste fait part à l'époque de ses craintes relatives à la montée en puissance de la masse, de la foule, du nombre, la « peur de la dictature de la majorité et la dissolution des élites dirigeantes »¹²¹. Cette crainte est partagée par de nombreux publicistes¹²² (Georg Jellinek, Nikolaos Saripolos, Maurice Hauriou notamment). Face à cette difficulté, une partie de la doctrine s'attachera à penser la souveraineté de la nation face à l'affirmation de la souveraineté du peuple, afin d'éviter l'anarchie par crainte de l'expression de la voix du peuple¹²³. Face au peuple, Éric Maulin rappelle que trois types de discours sont développés dans la doctrine juridique¹²⁴. Il y a ceux qui « remettent en question la notion même de souveraineté et insistent sur son origine monarchiste et absolutiste et comme telle incompatible avec les fondements constitutionnels de l'État moderne. La souveraineté

119 *Ibid.*

120 *Ibid.*

121 É. MAULIN, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p. 92 sq.

122 *Ibid.*

123 É. LAVELEYE, *L'Instruction du peuple*; R. SALEILLES, « La question de la représentation proportionnelle ».

124 É. MAULIN, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p. 93.

démocratique ne pourrait alors déboucher que sur une sorte de démocratie absolue¹²⁵: c'est le cas de Léon Duguit par exemple. Une autre partie remet en cause « le principe de souveraineté du peuple en redoutant l'atomisation des droits individuels ». Une troisième partie, enfin, considère qu'il faut « penser la souveraineté de la nation dans une relation essentielle avec l'État qui l'incarne »¹²⁶. Et c'est là que l'on retrouve Carré de Malberg, avec d'autres auteurs comme Achille Mestre, Léon Michoud ou encore Adhémar Esmein.

Plus précisément, Carré de Malberg personnifie la nation par l'État et reprend la « confusion » allemande entre la personnalité et la souveraineté, de telle sorte que le citoyen est « coupé » de la souveraineté, elle ne lui appartient plus : elle appartient à la nation personnalisée dans l'État, qui l'exerce par l'intermédiaire de ses organes. Cela va permettre à l'auteur d'élaborer une théorie juridique de l'État fondée sur la domination, dans laquelle le citoyen, comme la démocratie, n'occuperont qu'une place résiduelle dans le système représentatif.

En France finalement, la révolution a été légitimée au nom du peuple, mais sans lui accorder la première place, juridiquement, dans la source du pouvoir. Cette idée se poursuit logiquement dans l'œuvre du maître strasbourgeois, qui est un interprète avisé des institutions consacrées par les lois constitutionnelles de 1875, dont il relie le système aux principes révolutionnaires posés par la Constitution de 1791¹²⁷. Les lois constitutionnelles de 1875 restent ainsi marquées par la logique autoritaire qui structure le modèle républicain libéral français. Cela explique la place résiduelle de l'individu dans l'œuvre de l'auteur. L'individu n'est pas la fin ultime qui se cache derrière la science du droit, c'est l'ordre, l'ordre étatique, la puissance de domination de l'État.

Néanmoins, il reste possible de nuancer cette position en reprenant les définitions de la nation et de l'État. L'État, dans l'œuvre du maître strasbourgeois, est la personnification juridique de la nation qui,

125 *Ibid.*

126 *Ibid.*

127 Cette Constitution aurait un statut particulier car les prescriptions qu'elle contient permettraient, selon l'auteur, de formuler les principes fondateurs de la théorie générale de l'État. Elle serait l'organisation d'un régime constitutionnel particulier mais aussi l'occasion de la réalisation juridique des grands principes liés à la nature même de l'État. Voir sur ce point : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*.

elle-même, « renvoie à la totalité des citoyens »¹²⁸. S'ils ne sont pas directement souverains, s'ils ne sont pas non plus à l'origine de la souveraineté, ils restent indirectement liés à la construction de la théorie de l'État. L'État reste un « État de citoyens, car il est l'habit juridique de la nation considérée comme l'universalité des citoyens »¹²⁹. Cela explique le fondement ultime de la force obligatoire de la loi, qui ne peut pas avoir de fondement autoritaire¹³⁰. L'individu n'est donc pas totalement absent, il est seulement effacé en vue de la mise en place d'un ordre hiérarchisé, structuré et non démocratique, de nature oligarchique. Cela met en lumière la fragilité des promesses démocratiques du régime républicain ; faiblesses mises en lumière par Carré de Malberg lui-même, au soir de sa vie¹³¹.

La théorie générale de l'État de l'auteur se caractérise donc par la primauté de l'ordre. Il n'a pas pu envisager, dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, que le peuple puisse trouver son unité dans l'État, et se définir constitutionnellement. Contrairement à Kelsen, la logique démocratique n'y a pas réellement sa place¹³². Le système représentatif est porteur de certaines contradictions.

Cette tension, liée à l'expression démocratique, est toujours marquante aujourd'hui, dans nos systèmes démocratiques contemporains confiscatoires. L'insuffisance des procédés de démocratie directe trouve sans doute ses origines dans la structuration du modèle républicain français depuis la Révolution. Néanmoins, aujourd'hui, face à la crise démocratique, aux revendications populaires citoyennes, il est intéressant de rappeler les origines du système représentatif. Ces revendications populaires ne sont-elles pas la conséquence logique d'un système représentatif dont les bases structurelles et idéologiques doivent être repensées ? En effet, malgré les évolutions majeures du système constitutionnel français, aucun dispositif digne de ce nom ne permet au peuple de s'opposer à une disposition législative en vigueur (référendum

128 R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*.

129 O. BEAUD, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », p. 29.

130 R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, p. 153 sq.

131 *Ibid.*

132 L'auteur change de perspective au soir de sa vie. On passe d'un point d'ancrage gravitationnel fondé sur la souveraineté nationale (*Contribution à la théorie générale de l'État*) à la loi, expression de la volonté générale.

abrogatif), de révoquer un élu ou même d'être réellement à l'initiative d'une loi (référendum d'initiative populaire¹³³). Les revendications populaires multiples depuis quelques années (dont celles des gilets jaunes) et la crise démocratique profonde qui caractérisent actuellement les systèmes juridiques français et européens ne mettent-elles pas en lumière les paradoxes des systèmes représentatifs, à savoir la question de la place réelle du peuple dans la prise de décision politique ?

L'idéologie sous-jacente à la théorie de l'État de Carré de Malberg et Kelsen est marquée par la délicate articulation entre le pouvoir, l'ordre et la liberté. Si la place accordée à la démocratie et aux libertés est résiduelle chez Carré de Malberg, elle ressort bien plus clairement chez Kelsen. Les deux auteurs restent néanmoins fortement imprégnés, dans la logique positiviste, par l'idée d'ordre (unité-puissance) qui structure encore, en filigrane, nos systèmes juridiques contemporains.

Bibliographie

- BARASH Jeffrey Andrew, « Hermann Heller critique de Carl Schmitt », « *Cités* », 2001/2, n° 6, p. 175-178.
- BAUMERT Renaud, « Kelsen, lecteur critique de Rousseau : de la volonté générale à la volonté collective », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n° 10, 2013, <<http://juspoliticum.com/article/Kelsen-lecteur-critique-de-Rousseau-de-la-volonte-generale-a-la-volonte-collective-782.html>>.
- BEAUD Olivier, *La Puissance de l'État*, Paris : PUF, 1994.
- BEAUD Olivier, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n° 8, 2012, <<http://juspoliticum.com/article/Fragments-d-une-theorie-de-la-citoyennete-chez-Carre-de-Malberg-559.html>>.

133 Distinct du référendum d'initiative partagée entré en vigueur au 1^{er} janvier 2015 (*réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 – loi organique n° 2013-1114 du 6 déc. 2013*), dont les conditions de mise en œuvre, sont particulièrement restrictives.

- BEAUD Olivier, WACHSMANN Patrick (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 1997.
- BENTHAM Jeremy, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham, M. Bozzo-Rey et A. Brunon-Ernst, Paris : Vrin, 2011.
- BODIN Jean, *Les six livres de la république*, Paris : J. Du Puys, 1580.
- BOURIAU Christophe, «Le modèle de Kelsen face à la complexité des normes en Europe», in : GRANGÉ, Ninon, RAMEL, Frédéric (dir.), *Le Droit international selon Hans Kelsen. Criminalités, responsabilités, normativités*, Lyon : ENS Éditions, 2018.
- BOZZO-REY Malik, TUSSEAU Guillaume (dir.), *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Paris : Economica, 2011.
- BRUNET Pierre, «Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg», in : *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, p. 273-295.
- BURDEAU Georges, «Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 52, 1935, p. 354-381.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, t. 2 : *L'État*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.
- CAPITANT René, «Carré de Malberg et le régime parlementaire», in : *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg (1862-1935)*, Paris : Dalloz, 1966, p. 126-153.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris : Sirey, 1920-1922 (réimpr. Paris : CNRS Éditions, 1962, 2 vol. ; rééd. Paris : Dalloz, 2004).
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris : Sirey, 1931 (réimpression Paris : Economica, 1984).
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris : Sirey, 1933 (réimpr. Paris : Dalloz, 2007).
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, «La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar», *Bulletin de la société de législation comparée*, 1924, p. 285-325.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, «La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels», *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 144-161.

- CARRÉ DE MALBERG Raymond, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 48, 1931, p. 225-244.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 192-203.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les droits de l'Homme », *Droit & Philosophie*, n° 8, 2016, <<http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/kelsen-et-bobbio-deux-regards-positivistes-sur-les-droits-de-l-homme-191>>.
- COQ Véronique, « Kantisme et empirisme chez Hans Kelsen », *Le Portique. Revue de philosophie et de sciences humaines*, n° 45-46, 2021, p. 229-255.
- COQ Véronique, « Le positivisme juridique de Marcel Waline », *Revue de la recherche juridique*, 2014-3, p. 1155-1179.
- COQ Véronique, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Paris: L'Harmattan, 2015.
- DUPEYROUX Henri, « Les grands problèmes du droit. Quelques réflexions personnelles en marge », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n° 1-2, 1938, p. 7-77.
- GALIZIA Mario, « Il "positivisme juridique" di Raymond Carré de Malberg », *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Giuffrè Editore, 1973, 2, p. 335-509.
- GERBER Carl Friedrich (Von), *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1865.
- HAURIOU Maurice, « Le pouvoir, l'ordre et la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de Métaphysique et de Morale*, t. 35, n° 2, 1928, p. 193-206.
- HERRERA Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris: Kimé, 1997.
- HUMMEL Jacky, « État et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande du XIX^e siècle », *Droits*, 2002/1, n° 35, p. 25-39.
- JOUANJAN Olivier (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris: PUF, 2010.
- JOUANJAN Olivier, « Présentation. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie: la problématique de Hans Kelsen », in: O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, p. 11-47.

- KELSEN Hans, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen : J. C. B. Mohr, 1911.
- KELSEN Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen : J. C. B. Mohr, 1923.
- KELSEN Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin : Julius Springer, 1925.
- KELSEN Hans, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien/Leipzig : Wilhelm Braumüller, 1925.
- KELSEN Hans, *Der Staat als Übermensch*, Jena : G. Fischer, 1926.
- KELSEN Hans, «Aperçu d'une théorie générale de l'État», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 43, 1926, p. 561-646.
- KELSEN Hans, «Das Wesen des Staates», *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, n° 1, 1926/1927.
- KELSEN Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen : J. C. B. Mohr, 1929.
- KELSEN Hans, «Der Wandel des Souveränitätsbegriffes», *Studi filosofico-giuridico dedicati a Giorgio del Vecchio*, Modena : S. T. M., 1931.
- KELSEN Hans, «La justice platonicienne», *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, t. 114, 1932, p. 364-396.
- KELSEN Hans, «La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit», *Revue de métaphysique et de morale*, t. 41, n° 2, 1934, p. 183-204.
- KELSEN Hans, «La politique gréco-macédonienne et La Politique d'Aristote», *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934, n° 1-2, p. 25-79.
- KELSEN Hans, «International Peace – By Court or Government?», *The American journal of Sociology*, vol. 46, n° 4, 1941, p. 571-581.
- KELSEN Hans, «Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to Punishment of War Criminals», *California Law Review*, vol. 31, n° 5, 1943, p. 530-571.
- KELSEN Hans, «The Rule Against *Ex Post Facto* Law and the Prosecution of the Axis War Criminals», *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, n° 3, 1945, p. 8-12 et p. 46.
- KELSEN Hans, «Was ist die reine Rechtslehre?», in: *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zacharia Giacometti*, Zürich : Polygraphischer Verlag, 1953, p. 143-162.
- KELSEN Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts : Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Leiden : IDC, 1986.

- KELSEN Hans, «La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules», trad. J.-L. Schlegel, *Hermès*, 1988, n° 2, p. 134-165.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruxelles: Bruylant, 1999.
- KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Paris: PUF, 1996.
- KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et de positivisme juridique*, trad. B. Laroche, V. Faure, Bruylant: L.G.D.J., 1997.
- KELSEN Hans, *Les Buts de la théorie pure du droit*, Genève: Thémis, 2002.
- KELSEN Hans, *La Démocratie: sa nature, sa valeur*, Paris: Dalloz, 2004.
- KELSEN Hans, URFALINO Philippe, «Les fondations de la démocratie. Extraits sur la règle de majorité», *Raisons politiques*, 2014/1, n° 53, p. 23-36.
- KERVEGAN Jean-François, «Raison philosophique et positivisme juridique: l'exemple allemand», *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 13: *Du positivisme juridique*, 1988, p. 47-68.
- LABAND Paul, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1907.
- LAVELEYE Émile (de), *L'Instruction du peuple*, Paris: Hachette, 1872.
- MAULIN Éric, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris: PUF, 2003.
- MAULIN Éric, «Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg», *Droits* 1995, p. 127-143.
- MEYER Georg, *Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung*, Leipzig: Serig, 1872.
- MINEUR Didier, *Carré de Malberg. Le positivisme impossible*, Paris: Michalon, 2010.
- MOREAU Joseph, «La cité et l'âme humaine dans la République de Platon», *Revue internationale de philosophie*, vol. 40, n° 156/157 (1/2), 1986, p. 85-96.
- NARCY Michel, «Dictature, absolutisme et totalitarisme: le cas de Platon», *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 6, 1997, p. 233-243.
- OST François, BAILLEUX Antoine, «De la guerre des disciplines à celle des paradigmes?», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016/2, vol. 77, p. 5-24.
- PERRIN Florence, *L'Intérêt général et le Libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVII^e-XIX^e siècles)*, Paris: Fondation Varenne, 2013.
- PLATON, *Œuvres complètes*, trad. de R. Baccou, Paris: Classiques Garnier, 1963, t. IV.
- SAILLANT Élodie, *L'Exorbitance en droit public*, Paris: Dalloz, 2011.

- SALEILLES Raymond, « La question de la représentation proportionnelle », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 9, 1898, p. 215-234.
- SANDER Fritz, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung ? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*, Wien/Leipzig: Deuticke, 1921.
- SCHMITT Carl, *Théologie politique (1922, 1969)*, trad. J.-L. Schlegel, Paris: Gallimard, 1988.
- SCHMITT Carl, *Parlementarisme et démocratie*, trad. J.-L. Schlegel, Paris: Seuil, 1988.
- SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, Paris: PUF, 1993.
- TREVES Renato, *Il diritto come relazione. Saggi critici di filosofia della cultura*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- VIRALLY, Michel, « Carré de Malberg et la démocratie parlementaire », in: *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg (1862-1935)*, Paris: Dalloz, 1966, p. 161-173.
- WALINE Marcel, « Défense du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n° 1-2, 1939, p. 83-96.
- ZOLLER Elisabeth, *Introduction au droit public*, Paris: Dalloz, 2013.