

La réception de la théorie kelsénienne de l'État dans la doctrine française

Sebastian VAN OUWERKERK

2018, pp.29-53

Pour citer cet article :

Sebastian VAN OUWERKERK, « *La réception de la théorie kelsénienne de l'État dans la doctrine française* », *Jurisdiction*, www.jurisdiction.net, 2018, p. 29-53

Pour consulter cet article en ligne :

https://www.jurisdiction.net/wp-content/uploads/2018/02/Jd2_VAN-OUWERKERK.pdf

La réception de la théorie kelsénienne de l'État dans la doctrine française

SEBASTIAAN VAN OUWERKERK

Doctorant à l'Université Toulouse I Capitole

La doctrine juridique française aurait été frappée, d'après B. Plessix, par le « séisme normativiste »¹. Si un tel séisme il y a eu, il n'a pas concerné la théorie kelsénienne de l'État. Celle-ci n'est pas parvenue à s'imposer dans la doctrine française.

- 2 Cette théorie est pourtant originale, et directement déterminée par une théorie du droit et des présupposés épistémologiques spécifiques. Ces derniers sont empruntés au néo-kantisme de l'École de Marbourg, dont l'une des principales thèses est de considérer que l'objet est créé par le sujet, et ne préexiste donc pas à l'observateur. La démarche kelsénienne est donc fondamentalement anti-substantialiste². Elle oriente la théorie pure du droit, qui se présente comme une théorie « structurelle » du droit, vers la dissolution des concepts-substance et la critique des idéologies véhiculées par ces mêmes concepts³. L'anti-substantialisme imprègne également la théorie de l'État de Kelsen. C. M. Herrera note que l'étude de l'État chez Kelsen « s'inscrit dans les grands principes épistémologiques de la théorie pure »⁴. La théorie de l'État constituera pour le juriste viennois un domaine de choix pour traquer l'idéologie contenue dans les théories proposées par les grands

¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, p. 152.

² Sur les fondements épistémologiques de la pensée kelsénienne, voir les travaux de C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997 ; *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, 2004 ; voir également S. L. PAULSON, « The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law », *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 12, n° 3, 1992, p. 311-332 ; R. TREVES et J.-F. PERRIN, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne », *Droit et Société*, n° 7, 1987, p. 327-335.

³ Il s'agit notamment des concepts de pouvoir, de volonté, de souveraineté, de personne juridique, d'organe, de sujet de droit : autrement dit de ce que Kelsen appelle des « notions personnelles » : voir not. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., [1962], Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 171.

⁴ C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 104.

maîtres de la discipline. Fidèle à ce qui constitue « la matrice épistémologique de sa théorie politique constructiviste »⁵, à savoir la critique des concepts-substance, Kelsen ne pouvait que concevoir un « concept relationnel d'État »⁶. Il écrit dès ses *Hauptprobleme* que « l'État, en tant qu'objet de la connaissance juridique, ne peut être que du droit, parce que connaître ou concevoir juridiquement ne peut signifier rien d'autre que concevoir quelque chose comme du droit »⁷.

3 Kelsen propose donc la « thèse bien connue ou tristement célèbre »⁸ de l'identité du droit et de l'État. C'est la conclusion qu'il tire de l'analyse du dualisme classique du droit et de l'État. Kelsen montre en effet l'impossibilité logique et le caractère idéologique d'une antériorité de l'État par rapport au droit. Celle-ci n'a pour objectif que de justifier l'État par le droit et véhicule donc un message clairement idéologique. Ce dualisme est dissous en montrant que les éléments classiques de définition de l'État ne sont en réalité que des éléments de définition de l'ordre juridique. Ainsi, la population ne peut être identifiée sociologiquement ou historiquement ; elle ne peut être entendue que comme l'ensemble des individus soumis aux mêmes normes juridiques. Dès lors, « le peuple de l'État, c'est le domaine de validité personnel de l'ordre juridique étatique »⁹. De même le territoire n'est-il que « le domaine de validité territorial d'un ordre juridique étatique »¹⁰. Enfin, la puissance publique ne peut davantage, selon Kelsen, être définie en dehors d'une référence à l'ordre juridique : « la puissance de l'État n'est pas une force ou une instance mystiques, qui serait dissimulée derrière l'État ou derrière son droit ; elle n'est rien d'autre que l'efficacité de l'ordre juridique étatique »¹¹. Par ailleurs, la conception de l'État comme personne agissante dont la volonté serait à l'origine du droit est rejetée comme une hypostase d'une simple personnification d'un ordre juridique. Kelsen rapproche cette conception subjectiviste de l'État du dualisme entre Dieu et la nature.

4 Si l'État doit donc être considéré aux yeux de Kelsen comme un ordre juridique, il reconnaît cependant que tous les ordres juridiques ne sont pas étatiques. Dès lors, la spécificité de l'ordre juridique étatique réside dans son caractère *relativement* centralisé¹². Ce caractère peut s'analyser d'un point de vue statique ou dynamique. Sous l'angle statique, c'est-à-dire celui qui considère le

⁵ *Ibid.*, p. 39.

⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁷ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2^{ème} éd., 1923, p. XVII, cité dans C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 45.

⁸ N. BOBBIO, « Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », dans *Essais de théorie du droit*, LGDJ-Bruylant, 1998, p. 221.

⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 283.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, p. 285.

¹² Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 281 et s. ; O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, 1996, p. 171-185 ; M. TROPER, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », dans *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 141-160.

droit tel qu'il existe, il convient de distinguer entre la dimension territoriale (validité territoriale des normes) et personnelle (validité personnelle des normes). Un ordre juridique est alors relativement centralisé d'un point de vue statique lorsque les normes les plus importantes du système sont valides sur l'ensemble du territoire et pour l'ensemble de la population. La dimension dynamique quant à elle s'intéresse au processus de création des normes. Un ordre juridique est considéré comme relativement centralisé lorsqu'il existe des organes spécialisés pour la création et l'application du droit. L'ordre juridique étatique est précisément relativement centralisé dans la mesure où il existe de tels organes spécialisés dans la création et l'application des normes juridiques. Par « théorie kelsénienne de l'État » nous entendons donc cette conception originale de l'État qui non seulement identifie l'État au droit, mais définit l'État comme un *ordre juridique* qui a la particularité d'être *relativement centralisé*. Cette théorie présente du reste une grande stabilité dans une pensée juridique ayant traversée plusieurs « périodes ». Malgré la diversité des périodisations proposées¹³, on peut dire qu'à la « période européenne » marquée par le néokantisme et le constructivisme a succédé une « période américaine » davantage guidée par un recours à l'empirisme philosophique et au volontarisme¹⁴. Deux éléments autorisent cependant à penser que la théorie kelsénienne de l'État restera marquée par le constructivisme et l'anti-essentialisme. D'une part en raison de ce que l'anti-essentialisme demeurera une constante de la pensée kelsénienne¹⁵, d'autre part du fait que la théorie de l'État a surtout occupé Kelsen durant sa « période européenne »¹⁶.

- 5 L'accueil réservé à cette théorie formelle de l'État par la doctrine allemande lorsque Kelsen l'expose dans les années 1920, notamment dans son importante *Allgemeine Staatslehre* publiée en 1925, fut sévère. Une « querelle des méthodes et des approches »¹⁷ s'engage alors sur la manière de concevoir le droit et l'État. La période est marquée par un anti-positivisme fort. Des juristes représentant des doctrines pourtant différentes s'accordent pour revendiquer une théorie de l'État

¹³ Voir not. S. L. PAULSON, « Introduction », dans H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, (1945), Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997 ; C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen, op. cit.*, pp. 30 et s.

¹⁴ La deuxième édition de la *Théorie pure du droit* marque à ce titre un tournant, d'une théorie cognitiviste à une théorie volontariste de la norme.

¹⁵ Voir S. GOYARD-FABRE, « L'Etat du droit et la démocratie selon Kelsen », dans *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre de publication de l'Université de Caen, 1990, n°17.

¹⁶ M. Troper confirme que « l'État n'a été l'objet des recherches de Kelsen que dans la première partie de sa vie, dans sa période européenne : M. TROPER, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*

¹⁷ Sur cet épisode fondamental dans la pensée juridique allemande, voir not. C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen, op. cit.* ; O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993 ; O. JOUANJAN, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », dans O. JOUANJAN et E. ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Ed. Panthéon-Assas, 2015, pp. 223-251 ; O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, 2017 ; M. STOLLEIS, *A History of Public Law in Germany. 1914-1945*, OUP, 2008

reconnaissant la réalité politique et sociale de l'État¹⁸. La théorie kelsénienne de l'État n'aura pas réussi à s'imposer en Allemagne¹⁹.

6 D'importants travaux ont été consacrés à la réception des thèses kelséniennes en France²⁰, mais elles semblent avoir occulté la question plus spécifique de la réception de la théorie kelsénienne de l'État²¹. Certains des canaux de diffusion de la pensée de Kelsen en France ont été mis en évidence. Plusieurs auteurs ont œuvré pour introduire en France les thèses de l'École de Vienne en général et celles de leur maître en particulier. Eisenmann réalise sa thèse « sous le haut patronage » de Kelsen et traduit de ses travaux²². Bonnard est un des premiers auteurs à analyser et s'approprier la thèse de la hiérarchie des normes²³. Outre la thèse d'Eisenmann, celles de Capitant²⁴ et Burdeau introduisent des éléments de la pensée de Kelsen en France. Alors que Capitant s'intéresse surtout à la théorie du droit de Kelsen, Burdeau adopte comme postulat de départ dans sa thèse sur la révision de la constitution la théorie kelsénienne de l'État. Il écrit ainsi devoir reconnaître tout ce que sa thèse « doit à la *Théorie générale de l'État*, de M. Kelsen »²⁵, telle qu'elle a été développée dans

¹⁸ Pour les critiques parfois violentes de Kaufmann, Smend, Triepel ou encore Heller, voir C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 85 et s. et O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface à C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993.

¹⁹ Cette théorie n'a pas été reprise par les disciples de Kelsen : M. TROPER, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », op. cit. ; il semblerait par ailleurs que ce soit une théorie de l'État alliant droit et politique qui l'ait emporté en Allemagne depuis 1945 : O. BEAUD, « La théorie générale de l'État (*Allgemeine Staatslehre*) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », dans O. BEAUD, E. V. HEYEN (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Nomos, 1999, pp. 83-111.

²⁰ Voir not. G. HÉRAUD, « L'influence de Kelsen dans la doctrine française contemporaine », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, vol. VI, 1958 ; M. VAN DE KERCHOVE, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », dans H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. H. THÉVENAZ, Neuchâtel, 1989 ; C. M. HERRERA, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », dans O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997 ; C. M. HERRERA, « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *Austriaca*, n° 63, 2006, p. 151-166 ; C. M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, 2004, p. 10-11 ; S. PINA, « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *APD*, 2015, p. 373-392.

²¹ O. BEAUD a déjà montré que le Kelsen « théoricien constitutionnel de la Fédération » a été quelque peu oublié par la littérature secondaire qui a « privilégié le Kelsen, "philosophe du droit ou épistémologue", sur le Kelsen "technicien du droit" ou "Staatsrechtler" » : « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », dans C. M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 48-49.

²² Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, [1928], rééd. Economica, 1986. Eisenmann a traduit les travaux suivants de Kelsen : H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 561-646 ; H. KELSEN, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, rééd. Economica, 1988 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ-Bruylant, 1999.

²³ Voir not. R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'A. Merkel », *RDP*, 1928, p. 668-696.

²⁴ R. CAPITANT, *L'impératif juridique : introduction à l'étude de l'illicite*, Dalloz, 1928.

²⁵ G. BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, J. Buguet-Comptour, 1930, p. 52 ; on sait qu'une fois passé « l'âge des enthousiasmes irréfléchis », Burdeau condamnera fermement la théorie kelsénienne de

l'article paru en 1926 à la RDP. A également été démontrée l'importance du rôle joué par la *Revue internationale de théorie du droit* créée par Weyr, Duguit et Kelsen et l'activité de l'Institut international de droit public²⁶ dans l'introduction en France des théories développées outre-Rhin. Il semblerait également que certains thèmes kelséniens aient été plus discutés que d'autres. On pense notamment à la hiérarchie des normes, la norme fondamentale ou encore la distinction *Sein/Sollen*.

7 Cette contribution a pour objectif de montrer que la théorie kelsénienne de l'État a été globalement rejetée par la doctrine française. Il faudrait probablement, pour démontrer cette thèse, recourir à tous les outils proposés par l'histoire intellectuelle. On pourrait ainsi montrer que la théorie kelsénienne de l'État est le produit d'un « état général des idées »²⁷ que la France n'a pas connu. Il conviendrait également d'explorer les « raisons historiques » expliquant le « surinvestissement théorique des Allemands dans l'étude de la théorie générale de l'État »²⁸, dont la théorie kelsénienne est particulièrement représentative. Par ailleurs, il a été démontré que si la doctrine française s'est laissée très largement inspirer par la doctrine allemande durant ce que l'on appelle la « crise allemande de la pensée française », les échanges intellectuels franco-allemands se sont considérablement taris après la Première guerre mondiale²⁹. Enfin il est hors de doute que la réception en France des travaux de Kelsen sur l'État ait pâti d'un problème de traduction³⁰. Parmi la diversité de facteurs explicatifs, il s'agira ici de mettre en évidence deux éléments susceptibles d'expliquer la très faible place occupée dans la doctrine française par la théorie kelsénienne de l'État. Tout d'abord, la diffusion en France de cette théorie a souffert d'un environnement intellectuel particulièrement défavorable. Duguit, Hauriou et Carré de Malberg font partie des premiers auteurs ayant étudié les travaux de Kelsen. Ces trois auteurs apparaissent alors comme les maîtres de la

l'État pour son « mépris du réel » : G. BURDEAU, *Traité de science politique*, tome II, 3ème éd., 1980, p. 166 et s. D'autres thèses soutenues dans les années 1930 analysent en détail (M. SIMONOVITCH, *Les théories contemporaines de l'État : étude juridique et critique*, L. Rodstein, 1939) voire utilisent la théorie kelsénienne de l'État (M. MOUSKHÉLY, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Pedone, 1931). Pour une utilisation contemporaine, voir J.-Ph. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015.

²⁶ Voir J.-M. BLANQUER et M. MILET, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne français*, Odile Jacob, 2015, p. 350 et s.

²⁷ L'expression est de D. ALLAND : « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002, n°35, L'ordre juridique I, p. 87.

²⁸ O. BEAUD, « La théorie générale de l'Etat (*Allgemeine Staatslehre*) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », *op. cit.*, p. 84 ; O. Beaud indique que la théorie générale de l'Etat fait partie des disciplines « asymétriques », c'est-à-dire qui n'ont pas la même importance dans les deux pays. Contrairement à la France, la théorie générale de l'Etat est en Allemagne une discipline enseignée, institutionnalisée, et un véritable champ de recherches doctrinales.

²⁹ O. Pfersmann note d'ailleurs à propos des relations doctrinales France-Allemagne que « l'histoire de ces regards croisés et de ces influences réciproques reste à écrire » : O. PFERSMANN, « La pensée "juridique" allemande est-elle une pensée juridique ? », *Droits* 2005/2 (n° 42), p. 177. Kelsen a d'ailleurs été relativement épargné par ce phénomène, contrairement à Schmitt : O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*

³⁰ Sa thèse de 1911 ainsi que son ouvrage majeur sur l'État, l'*Allgemeine Staatslehre* de 1925 ne sont toujours pas traduits en français (l'article paru à la RDP en 1926 n'en est qu'un résumé). Par ailleurs, plusieurs articles sur l'État datant des années 1920 n'ont été traduits en français que récemment : par exemple, H. KELSEN, « L'essence de l'Etat », [1926], trad. P.-H. Tavaillot, dans *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre de publication de l'Université de Caen, 1990, n°17.

doctrine publiciste de la III^{ème} République, défendant chacun une approche théorique différente du droit et de l'État. Ils ont toutefois en commun d'aborder l'approche théorique nouvelle que propose Kelsen à partir de sa théorie de l'État, et de lui adresser une « fin de non-recevoir »³¹ en raison d'une incompatibilité manifeste avec leur propre approche théorique. Il semble donc important d'accorder toute l'attention nécessaire à la réception par ces auteurs en particulier de la théorie kelsénienne de l'État : ils sont parmi les premiers à étudier l'œuvre naissante de Kelsen ; ils occupent une place centrale dans la doctrine publiciste de l'époque ; ils font partie de la dernière génération de publicistes français à envisager le droit constitutionnel à l'aune de la théorie générale de l'État³² ; surtout, l'analyse de leur réception critique met clairement en évidence les motifs du rejet : la théorie kelsénienne de l'État est condamnée en ce qu'elle est fondamentalement incompatible avec les approches théoriques défendues par ces auteurs. L'importance du rejet par les trois maîtres de la doctrine de la III^{ème} République ne peut donc être sous-estimée : les critiques adressées par ces trois auteurs, qui peuvent être envisagées comme des discours « exemplaires »³³ montrent qu'une doctrine ne peut rencontrer de succès dans un environnement intellectuel trop éloigné de celui qui a permis son apparition. Si la conception kelsénienne de l'État a été très sévèrement discutée et critiquée en Allemagne, elle ne pouvait que rester confidentielle en France. La réception de la théorie kelsénienne de l'État par les trois grands constitutionnalistes des années 1920 et 1930 met donc en évidence le conflit entre quatre « méthodes » ou approches et montre les incompatibilités entre les théories des trois grands juristes français et celle du jeune et talentueux juriste viennois : une sorte de « querelle des méthodes et des approches » en somme, dont la théorie kelsénienne de l'État sortira vaincue (I). En outre, la très faible diffusion de la théorie kelsénienne de l'État en France s'explique par les réserves émises par des auteurs qui peuvent pourtant être considérés comme proches de la pensée de Kelsen. Là encore il s'agira d'étudier les travaux de trois auteurs dans la mesure où ils sont *exemplaires* d'un phénomène bien particulier. « Disciples » d'un grand auteur dans la mesure où ils s'inscrivent dans la même approche théorique du droit et de l'État, ils s'éloignent cependant de la pensée du maître en refusant une des conséquences de sa pensée. Eisenmann, le principal diffuseur en France des travaux de Kelsen, n'a pas inscrit son œuvre dans le cadre de l'identification du droit et de l'État. M. Troper reprend cette identification, mais refuse le critère de la centralisation relative comme spécificité de l'ordre juridique étatique. Charles Leben, qui a publié de nombreux travaux sur le critère de la centralisation relative, finit par en donner une présentation qui s'éloigne de celle de Kelsen. Le deuxième élément permettant d'expliquer la faible diffusion de la conception de l'État comme ordre juridique relativement

³¹ O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la « hiérarchie des normes » », dans O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 299.

³² O. BEAUD, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n°32, 2000, pp. 89-109 ; O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, n° 11, 2013 ; O. BEAUD, « L'État », dans *Traité de droit administratif*, Dalloz, tome I, 2011, p. 207-269.

³³ Au sens d'E. Bottini : « Un discours exemplaire ou paradigmatique constitue un "modèle théorique" : un discours dont les traits saillants peuvent être utilisés afin de constituer un type-idéal de discours préférable pour ses qualités explicatives sur le plan heuristique » : E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle*, Dalloz, 2016, p. 29.

centralisé dans la pensée juridique française est donc que même d'importants auteurs « kelséniens » divergent sur le critère même de l'État³⁴ (II).

I – UNE RÉCEPTION CRITIQUE : LES MAÎTRES DU DROIT PUBLIC DE LA III^E RÉPUBLIQUE CONTRE L'APPROCHE NORMATIVISTE DE L'ÉTAT

8 La théorie kelsénienne de l'État est sortie vaincue de la « querelle des méthodes » qui l'a opposée aux approches théoriques proposées par Duguit (1), Hauriou (2) et Carré de Malberg (3).

1) Duguit et le positivisme sociologique

9 Duguit a souhaité initier une « voie nouvelle »³⁵ dans la doctrine juridique de son temps. Des travaux de Comte et Durkheim, il tirera un « positivisme sociologique » reposant sur les valeurs du solidarisme. La doctrine de Duguit est positiviste en ce qu'il ne s'autorise que l'étude des faits ; elle est sociologique dans la mesure où, dans le sillage de Durkheim, Duguit se concentre sur l'étude des faits sociaux, et eux seuls ; elle est donc moniste.

10 Sur ces fondements Duguit élabore une théorie du droit et de l'État originale. Le droit a ses origines et ses fondements dans la société et découle de la règle de la « solidarité sociale ». L'État est cette instance chargée de transformer le « droit objectif » en « droit positif ». Fidèle à sa perspective positiviste sociologique, Duguit n'y voit que des agents exerçant la force ; l'État n'est que la distinction des gouvernants et des gouvernés.

11 Pour décrire le droit ainsi défini, Duguit ne peut utiliser les concepts créés par la théorie juridique classique qui part de postulats épistémologiques différents des siens. Il reproche à cette théorie classique d'être subjectiviste et dualiste. Duguit ne voit que des fictions contraires à la réalité dans les concepts de droits subjectifs consacrés par l'État considéré comme une personne morale souveraine. Dans la préface à la deuxième édition de son *Traité*, publiée en 1921, Duguit estime que les « deux idées générales » de sa pensée développée depuis le premier tome de *L'État* sont la désuétude de la « construction juridique individualiste, subjectiviste et métaphysique » et le caractère « imaginaire » de « la notion d'État, puissance publique, pouvant imposer souverainement sa volonté parce qu'elle est d'une nature supérieure à celle des sujets »³⁶.

12 Dans sa critique parfois violente contre le subjectivisme et la métaphysique, Duguit a pu trouver un allié de taille dans la personne de Hans Kelsen. Le positivisme normativiste du Viennois

³⁴ Certains des plus grands spécialistes de la pensée de Kelsen restent toutefois proches de la construction kelsénienne : voir en particulier O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*

³⁵ Ch. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 1930, p. 231

³⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., tome I, « Préface », p. VIII-IX.

l'amène également à « dissoudre » les concepts subjectivistes et métaphysiques. Duguit est un des premiers auteurs à introduire la pensée de Kelsen en France. Connu pour être le « principal introducteur français des doctrines publicistes germanophones »³⁷, il consacre des développements à la théorie de Kelsen dès la seconde édition de son *Traité*. Les tomes I (« La règle de droit. Le problème de l'État ») et II (« Théorie générale de l'État »), publiés respectivement en 1921 et 1923, contiennent plusieurs références à la thèse d'habilitation de Kelsen, les *Hauptprobleme* de 1911, au soutien des critiques de Duguit contre la notion de droits subjectifs. La troisième édition du *Traité* est pour Duguit l'occasion d'approfondir son analyse de la théorie kelsénienne du droit et de l'État. Le premier tome paru en 1927 contient un paragraphe de 22 pages consacré à la « la doctrine normativiste de Kelsen ». Duguit enrichit donc considérablement son étude de l'œuvre kelsénienne qui s'est largement étoffée depuis la deuxième édition du *Traité*. Duguit a notamment lu *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes* de 1920, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* de 1922, l'*Allgemeine Staatslehre* de 1925 ainsi que la traduction synthétique de cet ouvrage par Eisenmann publiée dans la RDP en 1926. Le doyen de Bordeaux souligne les convergences³⁸ entre sa théorie du droit et de l'État et celle du maître de l'école de Vienne. Les deux auteurs ont en commun une approche objectiviste et moniste du droit et de l'État, contrairement au subjectivisme et au dualisme de la théorie classique, et une commune revendication du positivisme.

13 Au terme d'une étude honnête et minutieuse témoignant d'une connaissance précise de l'œuvre kelsénienne alors en cours de formation, Duguit est pourtant obligé de constater des divergences insurmontables entre ses vues et celles de Kelsen. Même s'il concède que la distinction du *Sein* et du *Sollen*, « sur laquelle le système est tout entier construit, est sans doute logiquement exacte »³⁹, il maintient que le droit est certes un ensemble de règles, « mais des règles nées de besoins pratiques qui sont des faits de Sein »⁴⁰. Toutefois, il semblerait que le rejet par Duguit de la doctrine kelsénienne réside surtout dans sa théorie de l'État. Même s'il la qualifie de « doctrine vraiment séduisante »⁴¹, Duguit ne peut accepter « l'identité du droit et de l'État qui, note-t-il, constitue la partie vraiment originale de la doctrine kelsénienne »⁴². Si Duguit expose longuement, avec de nombreuses citations à l'appui, la thèse de l'identité du droit et de l'État, il la rejette dans un paragraphe relativement expéditif. Le seul argument que Duguit invoque à l'encontre de cette thèse, c'est l'impossibilité de limiter l'État par le droit. Le monisme kelsénien dont l'identité du droit et de l'État est une conséquence, relègue en effet au rang de « pseudo-problème » toutes les difficultés

³⁷ J.-M. BLANQUER et M. MILET, *L'invention de l'État*, *op. cit.*, p. 346.

³⁸ Sur les convergences entre Duguit et Kelsen, voir C. M. HERRERA, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », *op. cit.* ; M. SIMONOVITCH, *Les théories contemporaines de l'État : étude juridique et critique*, *op. cit.* ; des études comparatives sont menées dès les années 1920 : voir R. BONNARD, « La doctrine de Duguit sur le droit et l'État », *Revue internationale de théorie du droit*, 1926.

³⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., tome I, p. 64.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Notamment parce qu'elle permet de dissoudre la théorie de l'autolimitation de l'État que Duguit a également toujours combattue.

⁴² *Ibid.*, p. 46.

soulevées par le dualisme classique du droit et de l'État, dont la théorie de l'autolimitation de l'État par le droit. Or, comme le soulignait déjà Eisenmann, « toute la pensée juridique de M. Duguit est dominée par le problème dit de la limitation de l'État »⁴³. C'est pour résoudre ce problème spécifique qu'il construit une théorie originale du droit et de l'État. Il rejette donc en bloc le « panthéisme juridique » de Kelsen, dont découle l'identité du droit et de l'État, dans la mesure où il lui apparaît « comme la négation même du droit public »⁴⁴. Duguit précise plus loin dans le même tome I du *Traité* ce qu'il entend par cette formule, en écrivant que « tout l'édifice du droit public s'écroule » lorsque « l'État n'est pas soumis à un droit déterminant et limitant son action »⁴⁵.

- ¹⁴ La réception par Duguit de la théorie kelsénienne est donc particulièrement significative. Premièrement, Duguit estime que la grande originalité de la doctrine kelsénienne réside dans sa conception de l'État, assimilé à un ordonnancement juridique. C'est également cette conception de l'État qui contraint Duguit de rejeter en bloc le « panthéisme juridique » de Kelsen, qui ne permet pas de satisfaire sa théorie politique. C'est effectivement à ce niveau qu'il convient de relever « le fondement ultime de l'opposition entre Kelsen et Duguit », comme le note C. M. Herrera⁴⁶. L'opposition que Duguit oppose à la théorie kelsénienne de l'État est, en dehors de divergences épistémologiques et théoriques, d'ordre politique. Cette première réception en France de la théorie kelsénienne de l'État se solde donc par un rejet émanant non seulement d'un juriste ayant des conceptions épistémologiques et théoriques différentes, mais d'un « moraliste politique »⁴⁷.

2) Hauriou et le positivisme catholique

- ¹⁵ Comme Duguit, Hauriou a sa place parmi les maîtres du droit public de la III^e République. Il a accompagné l'émergence du droit administratif dont il a été un des premiers et principaux théoriciens et n'a jamais négligé le droit constitutionnel. Il publie en 1910 puis 1916 les deux éditions de ses *Principes de droit public*, qui constituent une véritable « théorie de l'État »⁴⁸. À la fin de sa carrière, Hauriou reprend la chaire de droit constitutionnel à Toulouse et publie en 1923 la première édition de son *Précis de droit constitutionnel*.

- ¹⁶ Hauriou est un auteur dont la pensée originale mais complexe est difficile à situer dans la diversité doctrinale de son époque. Dans « l'avertissement » qu'il publie en préambule de la seconde édition de son *Précis*, il indique avoir poursuivi dans cet ouvrage « l'œuvre de restauration des doctrines et positions classiques (...) »⁴⁹. Sa célèbre théorie de l'institution s'inscrit dans le courant

⁴³ Ch. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 231.

⁴⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^eme éd., tome I, p. 65.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 642.

⁴⁶ C. M. HERRERA, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », *op. cit.*, p. 337.

⁴⁷ L'expression est de Ch. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 247.

⁴⁸ Voir O. BEAUD, « Préface », dans M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, rééd. Dalloz, 2010.

⁴⁹ M. HAURIOU, « Avertissement », *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. XIII.

du vitalisme alors développé avec beaucoup de réussite par Bergson⁵⁰. Il revendique également l'héritage aussi bien du thomisme que de la pensée d'Auguste Comte. Il écrivait qu'il convenait « de [le] cataloguer comme un positiviste comtiste devenu positiviste catholique, c'est-à-dire comme un positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu social, moral et juridique du dogme catholique »⁵¹. Hauriou est qualifié d'« historien »⁵² ou encore de « juriste-historien et juriste-sociologue »⁵³. Ces prémisses philosophiques l'amènent à développer une théorie dualiste du droit et de l'État, dans laquelle les institutions préexistent au droit, puisque ce sont les premières qui créent le second. L'État est considéré comme l'institution suprême, qui « secrète » le droit tout en étant limité par une « superlégalité constitutionnelle »⁵⁴. Avec les travaux de Kelsen, Hauriou découvre donc un juriste qui part de présupposés philosophiques diamétralement opposés aux siens. Le « réalisme ontologique »⁵⁵ et le dualisme⁵⁶ d'Hauriou s'opposent au criticisme et au monisme de Kelsen.

- 17 Même si Hauriou fait partie des premiers auteurs français à discuter les thèses kelséniennes, sa réception est relativement tardive. Alors que Duguit évoque les travaux du maître de l'école de Vienne dès 1922, Hauriou ne s'y consacre qu'en 1928. N'étant pas germaniste, il semble avoir dû attendre les traductions d'Eisenmann et la publication d'articles de Kelsen en français pour étudier ses thèses. Lorsqu'il publie « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes » dans la *Revue de métaphysique et de morale*⁵⁷, il bénéficie également de l'analyse des thèses kelséniennes proposée par Duguit dans le tome I de la troisième édition de son *Traité* de 1927 et dans l'article « Les doctrines juridiques objectivistes » publiée à la *RDP* la même année. L'article d'Hauriou est repris à l'identique dans la première section de son *Précis*. C'est dans ce texte ainsi que dans la préface de l'ouvrage qu'on lit la critique par Hauriou des principales thèses de Kelsen. Il convient toutefois de noter que cette critique vise avant tout Duguit. Le titre de l'article de 1928 répond au titre de l'article de Duguit, et Hauriou écrit que l'on « pouvait depuis longtemps déjà diagnostiquer l'erreur des systèmes objectivistes, mais le difficile était de la rendre saisissante. Nous devons être

⁵⁰ Duguit a pu présenter Hauriou comme « le Bergson des doctrines juridiques et c'est un éloge qui n'est pas mince », *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *op. cit.*, p. 26 ; sur la théorie de l'institution d'Hauriou et ses prémisses philosophiques, voir J. SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, 2013.

⁵¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, p. XXIV, cité dans Ch. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 250.

⁵² M. WALINE, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'année politique française et étrangère*, p. 40

⁵³ O. BEAUD, « Préface », dans M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*

⁵⁴ Voir N. FOULQUIER, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste, 1856-1929 », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

⁵⁵ Ch. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 264.

⁵⁶ Voir M. WALINE, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *op. cit.*, p. 39-63.

⁵⁷ M. HAURIOU, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 35, n° 2, 1928, p. 193-206 ; publié également dans « Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la nouvelle journée*, Bloud & Gay, 1933, n°23.

reconnaissants au professeur viennois Hans Kelsen de nous en avoir fourni le moyen »⁵⁸. Hauriou étudie donc Kelsen avec l'idée de pouvoir y trouver des éléments permettant de mieux critiquer Duguit.

18 Son analyse des thèses kelséniennes s'en ressent. Elle est en effet clairement approximative⁵⁹. Lorsqu'il publie sa critique, Hauriou n'a lu qu'une partie des travaux de Kelsen disponibles en français. Il fait référence uniquement à l'article paru à la RDP en 1926, à la préface de Kelsen à la thèse d'Eisenmann, au premier tome du *Traité* de Duguit ainsi qu'à un article publié en 1925 par Kunz, un disciple de Kelsen. Il semble ne pas avoir pris connaissance du cours professé par Kelsen à l'Académie de droit international de La Haye publié en 1926 et ne pas avoir pu consulter le fameux article de Kelsen paru en français sur la justice constitutionnelle⁶⁰. Par ailleurs, les interprétations qu'Hauriou fait de certaines thèses kelséniennes sont pour le moins curieuses. Comme l'a montré X. Magnon, on chercherait probablement en vain dans l'œuvre de Kelsen telle que connue à cette époque une présentation substantielle de la constitution hypothétique ainsi qu'un « dédain du juge »⁶¹. Son appréciation de la théorie kelsénienne de l'État est également très sommaire. Hauriou rappelle dans un court paragraphe la thèse de l'identification du droit et de l'État sans en livrer une critique aussi développée que pouvait l'être celle de Duguit. On pourrait également regretter le ton employé par Hauriou⁶² dans sa critique des « thèses objectivistes ».

19 Malgré ces défauts, la réception par Hauriou des thèses kelséniennes présente un intérêt majeur. Il réside dans le positionnement de l'article : Hauriou estime important d'étudier la théorie kelsénienne non pas dans sa « structure interne, mais seulement dans ses postulats »⁶³. Le véritable terrain d'affrontement entre Hauriou et Kelsen et donc également Duguit, c'est la philosophie et l'épistémologie. Car Hauriou ne s'y trompe pas, en estimant que le « parti pris suprême » de Kelsen est le « monisme », marquant ainsi « le reniement de l'humilité classique »⁶⁴. Cette dernière consisterait à « s'incliner devant les limites de la pensée humaine ; le dualisme de la forme et de la matière, irréductible depuis quatre mille ans de philosophie, est une de ces limites pour tous ceux

⁵⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 6 ; une lettre à son ami Jacques Chevalier, à qui Hauriou avait l'habitude de faire relire ses articles les plus philosophiques avant leur publication, confirme cela. Il écrit à propos de « doctrines néfastes et qui s'infiltrèrent » avoir trouvé « le défaut de la cuirasse, grâce à Kelsen qui est plus catégorique et qui a pour ainsi dire vendu la mèche, j'espère avoir raison de mon vieux Duguit », cité dans J.-M. BLANQUER et M. MILET, *L'invention de l'État*, *op. cit.*, p. 349.

⁵⁹ Pour une analyse minutieuse des approximations d'Hauriou, voir X. MAGNON, « Maurice Hauriou, lecteur de Hans Kelsen », dans A. DURANTHON, J. SCHMITZ, Ch. ALONSO (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015, p. 149-169.

⁶⁰ Voir X. MAGNON, « Maurice Hauriou, lecteur de Hans Kelsen », *op. cit.*

⁶¹ Ibid.

⁶² Dans la préface à la deuxième édition de son *Précis*, Hauriou assimile « l'erreur kelsénienne à l'hérésie maurassienne », p. XI ; Eisenmann qualifiait déjà de « véritable caricature » la critique d'Hauriou : « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 256.

⁶³ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9 et 11.

⁶⁴ M. HAURIOU, « Préface », *op. cit.*, p. XI.

qui ont la préoccupation du réel »⁶⁵. Si Hauriou rejette donc si sévèrement la théorie kelsénienne, c'est en raison de son monisme formaliste et son ambition de faire de la science au détriment du réel. Or, si Hauriou ne développe pas une critique très poussée de la théorie kelsénienne de l'État, il note avec intérêt que la thèse de l'identification de l'État et du droit n'est que la traduction du monisme du juriste viennois⁶⁶. La théorie kelsénienne de l'État ne pouvait donc qu'être rejetée par Hauriou, en ce qu'elle constitue la conséquence d'un « panthéisme idéaliste »⁶⁷ qu'Hauriou juge « impropre à la vie »⁶⁸.

3) Carré de Malberg et le positivisme étatique

20 Le maître de Strasbourg est, après celui de Bordeaux et celui de Toulouse, l'autre grande figure de la science constitutionnelle de la IIIe République. Il est ce « nouvel intrus tardif »⁶⁹ qui s'invite dans le débat entre Hauriou et Duguit sur le droit et l'État avec sa *Contribution à la Théorie générale de l'État* publiée en 1920. Il s'ouvre par l'affirmation selon laquelle « toute étude du droit public en général et du droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'État »⁷⁰. Carré de Malberg fait donc partie de ces auteurs qui, après Esmein et avec Duguit et Hauriou ne dissocient pas le droit constitutionnel de la théorie générale de l'État⁷¹. Cependant, Carré de Malberg aussi souhaite initier une voie nouvelle dans la réflexion juridique sur l'État : celle du positivisme juridique.

21 Pour cela et grâce à sa parfaite maîtrise de la langue allemande, il se fera un lecteur certes critique mais intéressé de la doctrine juridique allemande. E. Maulin note que c'est souvent « à juste titre » que l'on insiste « sur l'influence de la doctrine juridique allemande sur la pensée malbergienne, doctrine à laquelle l'auteur n'emprunte pas seulement certains des concepts dont il faut usage mais un projet – élaborer une théorie générale de l'État -, une méthode – décrire les données fournies par le droit positif en vigueur et une doctrine – démontrer que l'État est une personne juridique voulant par l'intermédiaire de ses organes »⁷². Dès lors, Carré de Malberg trouve dans la littérature juridique allemande les éléments qui lui permettent de construire une théorie juridique donc positiviste de l'État. Son positivisme devient très vite « son plus grand titre de gloire »⁷³. Dans sa contribution aux *Mélanges Carré de Malberg*, Waline le décrit comme le « Maître du

⁶⁵ *Ibid.*, p. XII.

⁶⁶ Voir M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁹ J.-M. BLANQUER et M. MILET, *L'invention de l'État*, *op. cit.*, p. 301.

⁷⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, rééd. Dalloz, 2004, p. 1.

⁷¹ Ce que démontre O. Beaud dans « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*

⁷² E. MAULIN, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, p. 4 (nous soulignons).

⁷³ *Ibid.*, p. 16.

positivisme juridique »⁷⁴. Lorsqu'il s'agit de situer l'œuvre de Carré de Malberg par rapport à la « sociologie » de Duguit et au « philosophe » qu'aurait été Hauriou, Capitant évoque le « positivisme juridique » auquel le maître de Strasbourg aurait « adhéré, en termes d'une clarté et d'une sobriété parfaites »⁷⁵.

22 Dès lors, on n'a pas manqué de rapprocher Carré de Malberg de Kelsen. Dans son *Précis de droit constitutionnel*, Hauriou estime que Carré de Malberg se serait inspiré des thèses du courant de pensée dans lequel s'inscrit également Kelsen et qui aurait amené le maître de Strasbourg à admettre « pratiquement la confusion du Droit et de l'État »⁷⁶. C'est également Kelsen que Capitant semble viser en 1937 lorsqu'il rapproche le positivisme de Carré de Malberg de celui de l'« éminent juriste de langue allemande » qui vient de restaurer la doctrine selon laquelle « il n'y a de science juridique que du droit positif »⁷⁷.

23 Cependant, on peut dire avec E. Maulin que ce rapprochement entre Carré de Malberg et Kelsen est « abusif »⁷⁸ dans la mesure où le positivisme de ces deux auteurs diverge en de nombreux points. Carré de Malberg s'inscrit dans l'héritage de l'école de l'*Isolierung*, selon laquelle le juriste doit se limiter à l'étude du seul droit positif, en faisant abstraction de considérations historiques ou philosophiques. Par ailleurs, E. Maulin a montré que la méthode de Carré de Malberg s'inspire très largement de celle de Laband⁷⁹. Selon cette méthode qui s'articule en deux temps, il s'agit premièrement de dégager du droit positif les principes essentiels qui s'y cachent. Là où Laband identifie le principe monarchique comme principe essentiel du droit positif de l'Empire allemand, Carré de Malberg croit trouver dans le droit positif français tel qu'issu de la Révolution française le principe de souveraineté nationale. Le deuxième temps de cette méthode consiste à dévoiler les conséquences de ces principes fondateurs et de les confronter aux institutions positives. Cette méthode est critiquable. Elle repose tout d'abord sur des fondements épistémologiques faibles. Mise à part sa contribution aux *Mélanges Gény* intitulée « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique »⁸⁰, Carré de Malberg ne s'est guère étendu sur ses postulats épistémologiques. Par ailleurs, le positivisme de Carré de Malberg est faible dans la mesure où il s'intéresse davantage à des principes qu'à des normes juridiques. Ensuite, « il reconnaît à ces principes la valeur des vérités

⁷⁴ M. WALINE, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 534.

⁷⁵ R. CAPITANT, « L'œuvre juridique de R. Carré de Malberg », *APD*, 1937, p. 83.

⁷⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁷ R. CAPITANT, « L'œuvre juridique de R. Carré de Malberg », *op. cit.*, p. 83.

⁷⁸ E. MAULIN, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 337.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 25

⁸⁰ Mél. Gény, Sirey, 1935, p. 192-203, jugée « décevante » par E. Maulin : *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 16 ; M. Troper considère quant à lui que « La théorie scientifique de l'État de Carré de Malberg ne se fonde pas sur une méthodologie rigoureuse et n'a pas d'objet déterminé », « Préface », dans *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 15.

essentielles »⁸¹. Ceci l'amène à proposer non pas une théorie générale de l'État, mais une théorie particulière car essentialiste de l'État. Carré de Malberg ne dit pas ce qu'est l'État en général, mais quelle est la théorie de l'État qui découle des principes révolutionnaires. Il s'agit de la personnification juridique de la nation, reposant sur le principe fondamental de souveraineté nationale. Si Kelsen et Carré de Malberg partagent probablement l'idée selon laquelle il n'y a de droit que le droit positif, ils divergent totalement dans leur ambition théorique. Alors que le juriste autrichien a pour ambition de proposer une théorie générale du droit et de l'État, permettant de décrire tous les droits positifs et tous les systèmes étatiques possibles, Carré de Malberg livre une théorie de l'État essentialiste, prescriptive et spécifique à l'État français.

24 L'opposition entre ces deux formes de positivisme se retrouve dans l'ouvrage que Carré de Malberg consacre à la théorie viennoise de la formation du droit par degrés⁸². Publié en 1933, l'ouvrage intervient après la parution des premières études sur les thèses de l'école viennoise en général et de Kelsen en particulier. En ce qui concerne la théorie de la hiérarchie des normes, dont la paternité revient à Merkl, elle a trouvé son meilleur exposé dans un article de Bonnard publié à la RDP en 1928⁸³. Mais l'ouvrage de Carré de Malberg se démarque par la profondeur de l'analyse et son intervention « allait fixer longuement l'attention de la doctrine (publiciste) française sur un concept, celui de hiérarchie des normes »⁸⁴, comme le souligne C. M. Herrera. Il est remarquable que dans cet ouvrage visant avant tout à montrer que la théorie de la formation du droit par degrés ne résiste pas à une confrontation au droit positif français⁸⁵ qui consacre plutôt une hiérarchie des organes, Carré de Malberg évoque à de nombreuses reprises la théorie kelsénienne de l'État. L'ouvrage s'ouvre même avec un paragraphe consacré au « concept normativiste de l'État » et se termine par un paragraphe intitulé « L'État, un système d'organes et non pas de normes ». Pour rejeter la théorie kelsénienne de l'État, Carré de Malberg utilise la méthode évoquée plus haut. Il y aurait un concept d'État « implicitement consacré »⁸⁶ par la Révolution française. L'État serait « avant tout, une formation humaine (...) »⁸⁷ qui trouve son principe d'unité dans la théorie de la personnalité juridique et sa structure dans la théorie de l'organe. Dans cette perspective, les règles de droit sont créées « à l'origine » par une « organisation primitive » relevant de l'ordre du « fait » : « c'est ce qui fait dire que le droit, au sens positif du terme, présuppose l'État et l'organisation étatique » ; les « règles » ne sont que « l'effet de l'organisation étatique ». Carré de Malberg clôt donc son ouvrage par un postulat fondamental du positivisme étatique, selon lequel le droit est créé par

⁸¹ E. MAULIN, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 27.

⁸² 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*, 1933, rééd. Dalloz, 2007 [ci-après *Confrontation*].

⁸³ R. BONNARD, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'A. Merkel », *op. cit.*

⁸⁴ C. M. HERRERA, « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *op. cit.*, p. 54.

⁸⁵ Pour une analyse minutieuse voir O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », *op. cit.*

⁸⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation*, p. 167.

⁸⁷ *Ibid.*

l'État. Autant dire la plus simple expression du dualisme de l'État et du droit que Kelsen a voulu dissoudre avec sa théorie de l'identité de l'État et du droit.

25 Les théories du droit et de l'État défendues par Duguit, Hauriou et Carré de Malberg n'ont donc pas permis à ces maîtres de l'âge d'or de la pensée constitutionnelle française d'accueillir favorablement la théorie formelle de l'État que développe Kelsen à partir de sa théorie pure du droit. Cherchant à théoriser la limitation de l'État par le droit, ces auteurs rejettent l'idée même de l'identification de l'État au droit. Des auteurs qui par la suite seront considérés comme proches de la pensée kelsénienne adopteront néanmoins ce postulat. Le débat est alors déplacé vers la *spécificité* de l'ordre juridique étatique.

II – UNE RÉCEPTION PARTIELLE : LES « DISCIPLES » FRANÇAIS DE KELSEN ET LE PROBLÈME DU CRITÈRE DE L'ÉTAT

26 Présenté comme le seul vrai disciple français⁸⁸ de Kelsen, Eisenmann n'a pas contribué à diffuser la théorie kelsénienne de l'État en France (1). Michel Troper en propose une importante critique avant de proposer une alternative originale (2). Charles Leben est probablement l'auteur étant resté le plus proche de la théorie kelsénienne de l'État, dont il propose finalement une interprétation originale (3).

1) Eisenmann et l'État « réel »

27 La proximité entre Kelsen et Eisenmann est connue. Il choisit de mobiliser dans sa thèse la théorie pure du droit alors naissante et ses multiples traductions joueront un grand rôle dans la diffusion de la pensée kelsénienne en France. L'œuvre d'Eisenmann a été considérée comme un « kelsénisme en actes »⁸⁹, le disciple ayant été un « continuateur »⁹⁰ de l'œuvre du maître en France. Ainsi, son importante monographie publiée en 1948 sur la centralisation et la décentralisation⁹¹ a pu être considéré en 1954 comme « le seul exemple en France d'utilisation intégrale, systématique des thèses normativistes »⁹². Par ailleurs, on considère que l'auteur a essayé de développer, notamment dans ses cours de droit administratif⁹³, une « théorie *normativiste* du droit administratif »⁹⁴. Il est vrai que l'œuvre d'Eisenmann, que l'on peut considérer schématiquement comme consacrée au droit et à la théorie constitutionnelle avant la Deuxième guerre mondiale puis au droit administratif, offre d'importants points de rapprochement avec les travaux de Kelsen. On

⁸⁸ Voir C. M. HERRERA, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », *op. cit.*

⁸⁹ C. M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁰ N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, 2009, p. 225.

⁹¹ Ch. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948.

⁹² G. HÉRAUD, « L'influence de Kelsen dans la doctrine française contemporaine », *op. cit.*, p. 189-190.

⁹³ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, [1982], rééd. LGDJ, 2014.

⁹⁴ N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 10.

retrouve ainsi dans l'introduction à sa monographie de 1948 une plaidoirie en faveur de la « théorie juridique » qu'il est assez rare de trouver dans un ouvrage de droit français. En outre, Eisenmann a écrit des articles devenus célèbres sur l'importance des définitions et des incohérences des classifications en droit⁹⁵. On retrouve également la forte dimension critique des principaux travaux kelséniens dans ceux d'Eisenmann. En droit administratif notamment, Eisenmann s'est rapidement forgé une image de « destructeur », Vedel notant non sans raison que si les étudiants apprenaient avec lui et ses collègues le droit administratif positif, Eisenmann leur exposait le « droit administratif négatif ».

28 Toutefois, les divergences entre Kelsen et son prétendu disciple sont importantes. Ainsi, Eisenmann rejette avec force la théorie de la norme de Kelsen. Il critique son approche « territorialiste » qui le conduit à distinguer la validité territoriale de la validité personnelle de la norme. Adoptant un point de vue qu'il qualifie de « personnaliste »⁹⁶, il estime que seule compte la sphère de validité personnelle des normes. Les divergences ne sont pas moins importantes en ce qui concerne l'épistémologie. On sait l'importance que les questions épistémologiques avaient pour Kelsen. Or, Eisenmann « n'a pas prolongé l'œuvre épistémologique de Kelsen »⁹⁷. Il ne partage pas l'ambition épistémologique de son maître et se permet même de le contredire sur certains points de première importance. Eisenmann surmonte la distinction du *Sein* et du *Sollen* en considérant que le juriste, s'il veut être positiviste, doit s'intéresser aux faits⁹⁸. Par ailleurs, le recours à la scolastique amène Eisenmann à réintroduire de la substance alors même qu'il combat les concepts essentialistes de ses collègues administrativistes⁹⁹.

29 Nous souhaiterions montrer qu'Eisenmann n'a pas non plus été un fidèle kelsénien en matière de théorie de l'État¹⁰⁰ et n'a donc pas contribué à la réception en France de la théorie kelsénienne de l'État. Des auteurs avertis ont toutefois estimé qu'Eisenmann avait maintenu la thèse kelsénienne de l'identité de l'État et du droit¹⁰¹. Cette affirmation est cependant à nuancer. Car Eisenmann n'a

⁹⁵ Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » [1966] et Ch. EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques » [1968], dans *Ecrits de théorie politique, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Ed. Panthéon-Assas, 2002.

⁹⁶ Ch. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁷ N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 411.

⁹⁸ Voir G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », dans P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, 1986, p. 15-29 ; N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 242.

⁹⁹ N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 41 et s.

¹⁰⁰ Voir O. BEAUD, « A propos des *Ecrits de théorie du droit* de Charles Eisenmann », *Droits*, n° 36, 2002, p. 189-200 : « Cette hypothèse d'une véritable autonomie de la pensée « eisenmannienne » par rapport à la pensée kelsénienne est confirmée, de manière éclatante, par l'étude de ses articles sur la théorie de l'État. Là, leurs divergences apparaissent sensibles ».

¹⁰¹ N. CHIFFLOT écrit que « la critique kelsénienne du dualisme du droit privé et du droit public, ainsi que celle, indissociable, du dualisme du droit et de l'État, ont été reprises et développées par Charles Eisenmann dans le contexte doctrinal du droit administratif français » : *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 51 ; voir également G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », *op. cit.* ; L. BONNARD, « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

pas livré une théorie générale de l'État. Plutôt que de proposer une étude approfondie du concept d'État, Eisenmann s'est souvent contenté d'une allusion à l'État, donnant avec une remarquable parcimonie des éléments de définition parfois contradictoires. Sa thèse publiée en 1928 contient des formules ramassées qui s'inscrivent dans la thèse de l'identification du droit à l'État : « l'État, c'est-à-dire de l'ordre juridique, du droit » ou encore « l'État, c'est-à-dire le droit positif »¹⁰². Dans son ouvrage sur la centralisation et la décentralisation, Eisenmann entend l'État comme une « collectivité publique » et utilise l'expression « État-collectivité »¹⁰³. On retrouve la même hésitation en parcourant l'index de la réédition de ses cours de droit administratif¹⁰⁴. L'État y est présenté comme « collectivité publique », « la collectivité publique par excellence » ou encore comme « société politique ». Mais Eisenmann considère également l'État sous une acception profondément différente, puisqu'il désigne alors « l'appareil étatique, l'ensemble des "organes publics" »¹⁰⁵. Eisenmann semble toutefois livrer la clé de lecture de la diversité de ces acceptions, en notant que l'« on ne prend pas garde à la dualité de sens couramment donnée au terme "État" - tantôt la collectivité étatique tout entière, tantôt son appareil gouvernant seulement »¹⁰⁶. Dans son article « Sur un Traité de l'État moderne » de 1939, Eisenmann distingue ainsi l'« État-collectivité » de l'« État-gouvernement »¹⁰⁷. Il en revient donc à la distinction qu'était contraint de faire Kelsen entre le concept formel et le concept matériel de l'État, sans pourtant jamais s'y référer. Et si « l'État-collectivité » peut être identifié au droit, « l'État-gouvernement » ne le peut pas. Or, Eisenmann a accordé très peu d'attention à l'État-collectivité. Alors qu'il écrit une longue monographie sur la théorie de la centralisation et décentralisation applicable à tous les « États et autres collectivités politiques »¹⁰⁸, on y chercherait probablement en vain une définition de l'État ou de la collectivité politique. De surcroît, Eisenmann s'attache dans cette monographie à démontrer les failles de la théorie de la centralisation et de la décentralisation de Kelsen. Il dénonce la distinction entre validité territoriale et validité personnelle des normes ; l'insuffisance de l'approche dynamique et l'incohérence de la juxtaposition d'une approche statique et d'une approche dynamique de la centralisation et décentralisation des collectivités politiques. Eisenmann détruit donc la théorie de la centralisation et décentralisation des ordres juridiques développée par Kelsen, rejetant ainsi l'essentiel de la théorie kelsénienne de l'État.

30 Au fond, Eisenmann qui développait sa pensée d'abord contre celle de ses collègues, se laissant ainsi imposer ses thèmes de recherche, semble avoir étudié principalement l'Administration. N. Chiffloot considère qu'Eisenmann s'est inspiré de la thèse kelsénienne de l'identité de l'État et du

¹⁰² Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, p. 11 et 98.

¹⁰³ Ch. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁴ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, tome II, p. 17.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 808.

¹⁰⁷ Ch. EISENMANN, « Sur un Traité de l'État moderne », *APD*, 1939, p. 128.

¹⁰⁸ Ch. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 20.

droit pour développer une conception formelle de l'Administration assimilée à l'ordre juridique¹⁰⁹. Toutefois, plusieurs éléments tendent au contraire à montrer qu'Eisenmann aurait bien davantage considéré l'Administration comme un ensemble d'organes administratifs mis en place par l'ordre juridique étatique. Il écrit que « tous les organes administratifs font partie avec l'organe législatif et avec l'organe gouvernant d'un même appareil d'organes – l'appareil gouvernemental d'une même collectivité, d'un même État, institué sur la base et en vertu d'un même ordre juridique, celui dudit État ». Il poursuit en estimant que d'un point de vue transcendant ces trois éléments, « on peut dire que l'ensemble des organes administratifs constitue, aux yeux du juriste, un seul appareil, on peut les rassembler tous sous l'étiquette de l'Administration de l'État, c'est-à-dire de la collectivité étatique »¹¹⁰. Ainsi, l'Administration est conçue par Eisenmann comme un ensemble d'organes formant l'appareil gouvernemental donc l'État-gouvernement.

³¹ C'est ce que semble confirmer O. Beaud lorsqu'il écrit que l'objet des recherches d'Eisenmann, en matière de théorie de l'État, a d'abord été « l'État "réel" »¹¹¹. C'est également la conclusion que retient finalement N. Chiffot lorsqu'il écrit que « pour Charles Eisenmann, ainsi situé dans la lignée de Durkheim ou de Duguit, l'État doit être entendu comme une chose concrète, diffuse et complexe à la fois »¹¹².

³² La théorie de l'État est donc bien, outre la théorie des normes et l'épistémologie, un autre domaine dans lequel Eisenmann n'a pas suivi les leçons de son « maître ».

2) M. Troper et la « hiérarchie dynamique et statique »

³³ Michel Troper a investi un domaine de recherche (l'interprétation) relativement délaissé par Kelsen. Il a toujours revendiqué un certain héritage kelsénien, plus précisément de la pensée kelsénienne « réaliste », résultant du tournant « empiriste » qu'aurait opéré Kelsen après son installation aux États-Unis. Plus généralement, on peut dire que M. Troper partage avec Kelsen une certaine conception du droit (il n'y a de droit que le droit positif) et de la science du droit (la neutralité axiologique et la description du droit positif¹¹³). Par ailleurs, M. Troper fait partie des rares juristes travaillant encore sur le concept d'État. Outre une métathéorie de l'État, décrivant les

¹⁰⁹ N. CHIFFLOT écrit que « sa théorie juridique de l'Administration est étroitement inspirée de la conception, prônée par le normativisme, de l'identité de l'État et du droit » : *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 21 ; voir également p. 73 et s.

¹¹⁰ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 192-193.

¹¹¹ O. BEAUD, « A propos des *Écrits de théorie du droit* de Charles Eisenmann », *op. cit.*, p. 193.

¹¹² N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 414 ; voir aussi N. CHIFFLOT, « Préface », dans Ch. EISENMANN, *Écrits de droit administratif*, Dalloz, 2013, p. 58.

¹¹³ Voir Ch. LEBEN, « Troper et Kelsen », *Droits*, 2003, p. 13-29.

mécanismes et les présupposés (politiques) des théories traditionnelles de l'État¹¹⁴, M. Troper propose une théorie positiviste originale de l'État¹¹⁵.

34 La théorie de l'État de M. Troper partage les fondements de la théorie kelsénienne de l'État. Il maintient l'identification du droit et de l'État¹¹⁶ et s'accorde avec Kelsen sur l'impossibilité d'un concept d'État qui ne présuppose le concept juridique d'État. Est également maintenue la thèse selon laquelle les trois éléments de définition de l'État (le peuple, le territoire et la puissance publique) renvoient tous les trois à un élément de définition de l'ordre juridique (respectivement la sphère de validité personnelle et territoriale des normes ainsi que l'efficacité de l'ordre juridique). Enfin, M. Troper suit Kelsen lorsqu'il compare le dualisme classique du droit et de l'État au dualisme de Dieu et de la nature. Il ne voit dans l'État de la doctrine dualiste classique que l'hypostase d'une personnification juridique dont les ressorts sont comparables à ceux d'une « croyance animiste »¹¹⁷. Il salue également les mérites de cette identification de l'État et du droit, qui permet notamment de dissoudre le concept d'État de droit en le réduisant à un simple pléonasme.

35 Toutefois, M. Troper s'éloigne de Kelsen lorsqu'il s'agit de préciser la spécificité de l'ordre juridique étatique. Il considère en effet que le critère kelsénien du degré de centralisation de l'ordre juridique comme critère d'identification de l'ordre juridique étatique mène à une impasse. En introduisant le critère de la centralisation de l'ordre juridique, et notamment sa dimension dynamique (l'existence d'organes différenciés pour la création et l'application du droit), Kelsen aurait réintroduit un « État *stricto sensu* (...) qui n'est autre que l'appareil d'État et qui coïncide en réalité précisément avec le concept d'État de la doctrine traditionnelle »¹¹⁸. M. Troper n'a donc pas tort lorsqu'il écrit qu'« un ordre juridique relativement centralisé est celui qui comporte un État au sens étroit » et que « la thèse devient alors : l'État et le droit se confondent toutes les fois qu'il existe un État au sens étroit ». M. Troper estime que le concept d'État *stricto sensu* entendu comme ensemble d'organes vise « un concept qui reste bien distinct du droit ». Dès lors, Kelsen serait « purement et simplement retombé dans la vieille doctrine dualiste, et ses apories », savoir les liens entre l'État comme appareil d'organes et le droit. On doit admettre avec M. Troper qu'en démontrant l'identité entre l'État-collectivité et le droit alors que les doctrines dualistes réfléchissaient aux liens entre l'État-gouvernement et le droit, Kelsen « a prouvé l'absurdité de questions que personne ne se pose [et] n'a remporté la victoire que sur des fantômes »¹¹⁹.

¹¹⁴ Voir M. TROPER, « Préface », *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.* ; P. BRUNET, « Michel Troper et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, 2003, n° 37, pp. 87-110.

¹¹⁵ Pour une présentation critique, voir O. BEAUD, « Recension », *RDP*, 1996, p. 1523-1529 ; O. BEAUD, « Quand un juriste explique et déconstruit l'État », *Critique*, 2012, p. 401-410.

¹¹⁶ M. TROPER, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 148.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 157.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 158.

36 Toutefois, Kelsen n'a pas manqué de distinguer le « concept formel » du « concept matériel »¹²⁰ d'État. Alors que le concept formel, ou État au sens large, correspond à l'ordre juridique global qui présente la caractéristique d'être relativement centralisé, le concept matériel d'État correspond à « l'État en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement »¹²¹. Or, ce concept matériel d'État repose sur deux « concepts auxiliaires » de la pensée juridique : la notion d'organe et la notion de personnalité juridique. La notion d'organe est ici mobilisée dans le sens matériel¹²². Les organes de l'État sont alors les fonctionnaires, c'est-à-dire des individus souvent nommés ou élus, qui exercent la fonction que l'on attribue à l'État de façon professionnelle et qui sont rémunérés par le Trésor public¹²³. Leurs actes sont imputés à l'État par une « opération intellectuelle simplement possible, absolument pas une opération nécessaire »¹²⁴. Par ailleurs, si la doctrine tend souvent à personnifier l'État au sens matériel, qui devient alors personne agissante, il faut bien voir que « l'État personne agissante n'a rien d'une réalité ; il représente simplement une construction auxiliaire de la pensée juridique »¹²⁵. Le danger est effectivement de verser dans l'anthropomorphisme, de voir dans l'État personne agissante « un être réel, comme une sorte de surhomme ou d'organisme »¹²⁶.

37 Toujours est-il que M. Troper a tenu très vite à proposer une alternative au critère de la centralisation des ordres juridiques afin de pouvoir « sauver la thèse kelsénienne de l'identité de l'État et du droit »¹²⁷. M. Troper considère en effet que la spécificité de l'ordre juridique étatique réside dans son caractère hiérarchisé d'un point de vue dynamique et statique. Ainsi, « l'ordre juridique ou État est une espèce d'ordre normatif, caractérisé par une hiérarchie dynamique et statique »¹²⁸. Dans un ordre juridique hiérarchisé à la fois d'un point de vue statique et dynamique, une norme est valide lorsqu'elle respecte le contenu et la procédure de production prévus par une norme du système. Pour M. Troper, l'ordre juridique se distingue des autres ordres normatifs par l'existence de cette hiérarchie à la fois statique et dynamique. On pourrait voir un inconvénient dans le fait que cette définition de l'ordre juridique ne permette pas de considérer le droit romain

¹²⁰ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 247 ; Kelsen utilise l'expression « notion matérielle de l'État » dans H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », op. cit., p. 631 et la formule « notion étroite de l'État » dans H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 263.

¹²¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 263.

¹²² Rappelons que Kelsen entend par organe au sens formel tout individu qui participe à la création du droit : voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 154

¹²³ Voir H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 246

¹²⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 160

¹²⁵ *Ibid.*, p. 286

¹²⁶ *Ibid.*, p. 178

¹²⁷ M. TROPER, « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », dans *La théorie du droit, le droit, l'État*, op. cit., p. 261

¹²⁸ M. TROPER, « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », dans *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 194

de la République ou le droit féodal comme des ordres juridiques et donc du droit¹²⁹. La conséquence la plus lourde de signification est toutefois le fait que M. Troper assimile complètement ordre juridique et État en considérant que l'existence d'une hiérarchie statique et dynamique soit à la fois ce qui distingue l'ordre juridique des autres types d'ordres normatifs mais soit aussi la caractéristique de l'ordre juridique étatique. Pour M. Troper, tout ordre juridique est donc étatique. Alors que l'on se souvient que pour Kelsen, il existe des ordres juridiques non étatiques : ceux qui ne présentent pas la particularité d'être relativement centralisés (le droit international par exemple).

38 En somme, si M. Troper parvient à maintenir l'identité du droit et de l'État, c'est en adoptant une conception de l'État différente de celle de Kelsen.

3) Ch. Leben et « l'État des normes secondaires »

39 Charles Leben a eu l'occasion de se confronter à la théorie kelsénienne de l'État à de multiples occasions, notamment lorsqu'il s'agissait de réfléchir à la notion de « *civitas maxima* » dans la pensée de Kelsen¹³⁰, à la nature juridique de la Communauté européenne¹³¹ ou encore à la notion de contrat d'État¹³². Pour traiter ces sujets, Ch. Leben a dû s'approprier cette théorie, quitte à la modifier ou à la compléter. Il semble être venu à la conclusion selon laquelle « on constate chez Kelsen l'existence d'une triple définition de l'État »¹³³. Selon Ch. Leben, il conviendrait de distinguer dans l'œuvre kelsénienne l'État *largo sensu*, (l'État mondial ou encore *Civitas maxima*), l'État *stricto sensu* (l'État national) et l'État-Administration. Ch. Leben s'est essayé dans ses nombreux travaux à identifier le critère de l'ordre juridique étatique.

40 C'est d'abord dans la notion de souveraineté que l'auteur a cru voir le critère permettant de discriminer l'ordre juridique étatique de l'ordre juridique non étatique. C'est notamment ce qui ressort de ses travaux sur la nature juridique de la Communauté européenne et sur la notion de *civitas maxima* chez Kelsen. Ch. Leben estime que le critère de la centralisation de l'ordre juridique, qu'il n'aborde alors que sous l'angle statique, ne permet pas d'opérer la distinction entre ordre juridique étatique et non étatique. S'appuyant sur le cours de Kelsen donné à l'Académie de droit international de La Haye de 1926¹³⁴, Ch. Leben considère que le caractère « relativement centralisé »

¹²⁹ Voir M. TROPER, « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », *op. cit.*

¹³⁰ Ch. LEBEN, « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen », dans C. M. HERRERA (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, LGDJ-Bruylant, 2001, p. 87-98.

¹³¹ Ch. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, p. 61 ; Ch. LEBEN, « Fédération d'États-nations ou État fédéral ? », dans C. JOERGES, Y. MÉNY et J. H. H. WEILER (dir.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity ?*, IUE, 2000.

¹³² Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », dans *Mélanges Ph. Kahn*, 2000, p. 119-175.

¹³³ Ch. LEBEN, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », dans *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, vol. I, 2004, p. 154.

¹³⁴ H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926.

n'est pas le propre d'un ordre juridique étatique. Par exemple, l'ordre juridique européen peut être considéré d'après Ch. Leben comme un ordre juridique relativement centralisé d'un point de vue statique dans la mesure où, au niveau quantitatif, il existe davantage de normes centrales dans l'ordre juridique que forme la communauté européenne que dans un ordre juridique international quelconque. Dès lors, le degré de centralisation statique, évalué au niveau quantitatif, ne permet pas selon Ch. Leben d'identifier l'ordre juridique étatique. Il y aurait en effet non seulement une différence de degré, mais une véritable différence de nature entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique non étatique¹³⁵. Ce seuil qualitatif est marqué par la souveraineté. Or, Ch. Leben adopte une conception matérielle de la souveraineté pour rejeter le caractère étatique de la Communauté européenne. Il considère en effet qu'un État perdrait sa souveraineté en déléguant ses compétences en matière militaire et diplomatique, ou encore le pouvoir législatif¹³⁶.

41 Dans ses travaux ultérieurs, Ch. Leben abandonne cette construction instable qui, pour identifier l'État, combine une approche formelle (un ordre juridique relativement centralisé) et une approche matérielle (la souveraineté comme ensemble de compétences, en l'occurrence la conduite des affaires militaires et diplomatiques). Le critère retenu pour identifier l'ordre juridique étatique devient le seul degré de centralisation. Lorsqu'il traite de la notion de *civitas maxima* dans la pensée de Kelsen, Ch. Leben évoque la possibilité mentionnée par Kelsen de ne réserver la qualification d'État aux seuls ordres juridiques « qui confient l'application des sanctions à des organes spécialisés »¹³⁷, ce qui semble faire référence à une centralisation dynamique. Toutefois, dans un article de la même année, si le même critère de la centralisation est retenu pour identifier l'ordre juridique étatique, cette fois aussi bien la dimension statique que dynamique sont proposées. L'ordre juridique peut être qualifié d'étatique en cas d'existence « d'organes spécialisés pour produire le droit, l'appliquer et le sanctionner » et lorsque les « normes centrales représentent la partie la plus importante de l'ordre juridique total »¹³⁸, ce dernier étant composé de l'ordre juridique central et des ordres juridiques partiels. On note que l'évaluation du degré de centralisation statique n'est plus d'ordre quantitatif comme elle pouvait l'être dans les premiers travaux de Ch. Leben sur la théorie kelsénienne des ordres juridiques. Dans un article de 2004¹³⁹ le critère de la centralisation n'est plus que présenté sous son aspect dynamique. Le critère du degré de centralisation est donc relativement malmené dans les travaux de Ch. Leben. Tantôt le degré de centralisation présenté du point de vue statique est insuffisant pour identifier l'État et l'on doit

¹³⁵ Ch. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 68 ; Ch. LEBEN, « Hans Kelsen and the Advancement of International Law », *EJIL*, 1998, p. 295 ; Ch. LEBEN, « Fédération d'États-nations ou État fédéral ? », *op. cit.*, p. 85-97.

¹³⁶ Voir Ch. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *op. cit.* ; Ch. LEBEN, « Hans Kelsen and the Advancement of International Law », *op. cit.* ; Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », *op. cit.*

¹³⁷ H. KELSEN, cité dans Ch. LEBEN, « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen », *op. cit.*, p. 94.

¹³⁸ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n°33, L'ordre juridique I, 2001, p. 22.

¹³⁹ Ch. LEBEN, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*

recourir à une conception matérielle de la souveraineté ; tantôt le degré de centralisation devient le critère de l'État mais il est alors présenté du seul point de vue dynamique ou dynamique et statique.

- 42 L'intérêt des travaux de Ch. Leben sur l'ordre juridique étatique semble être ailleurs. Il propose en effet une description originale de ce qu'il considère être le troisième concept d'État dans la doctrine kelsénienne. Il s'agit du concept matériel, appelé « État-Administration »¹⁴⁰. On sait que l'existence de ce concept matériel d'État condamne pour M. Troper le critère kelsénien du degré de centralisation de l'ordre juridique étatique. Ch. Leben, reconnaissant la pertinence de ces critiques, propose toutefois de maintenir la dualité entre État-ordre juridique global et État-Administration, au prix d'une redéfinition de ce dernier concept. Affrontant le reproche du « syncrétisme » théorique, Ch. Leben recourt à la « conception hartienne des ordres juridiques » pour redéfinir le concept matériel d'État en « État des normes secondaires » (ou « État-DNS »¹⁴¹). Hart distingue en effet les normes primaires qui posent des normes de comportement des normes secondaires qui sont relatives à la création et à l'application des normes primaires. L'État-DNS est compris comme un ordre juridique partiel de l'État-ordre juridique global, et correspond à l'ensemble des normes « qui forment la constitution de l'État, dans un sens matériel et large, *i.e.* l'ensemble des normes déterminant les organes et les procédures de création et d'application des normes primaires »¹⁴². C'est donc surtout le concept matériel d'État qui bénéficie de l'originalité des travaux de Ch. Leben, concept que Kelsen considérerait comme « secondaire »¹⁴³.

*

- 43 En somme, la théorie kelsénienne de l'État a connu dans la doctrine française un succès très limité pour au moins deux raisons. D'une part, les derniers grands théoriciens français de l'État ne pouvaient que rejeter une théorie formelle de l'État découlant de présupposés théoriques et épistémologiques trop éloignés des leurs. D'autre part, cette théorie n'a été reprise que très partiellement par les auteurs qui pourtant sont réputés partager les présupposés théoriques de Kelsen.

¹⁴⁰ L'expression, que Ch. Leben attribue à P. Mayer, est utilisée dans Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », dans *Mél. Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 119-175 et Ch. LEBEN, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*, p. 131-167.

¹⁴¹ Ch. LEBEN, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*, 160 et s. ; idée déjà évoquée dans Ch. LEBEN, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », *op. cit.*, p. 128.

¹⁴² Ch. LEBEN, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*, p. 163.

¹⁴³ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 248.

RÉSUMÉ :

Kelsen a développé une approche formelle de l'Etat, conçu comme un ordre juridique qui a la particularité d'être relativement centralisé. Cette théorie spécifique de l'Etat n'est pas parvenue à s'imposer dans la doctrine juridique française pour au moins deux raisons. L'identification même du droit et de l'Etat était inconcevable dans le cadre des approches théoriques proposées par les derniers juristes français ayant associé droit constitutionnel et théorie générale de l'Etat (Duguit, Hauriou et Carré de Malberg). Par ailleurs, le critère de l'Etat proposé par Kelsen n'a cessé d'être contesté par certains juristes français pourtant proches de Kelsen.

SUMMARY:

Kelsen developed a formal approach of the state, defined as a relative centralized legal order. This specific theory of the state has been globally rejected by French legal scholarship, for at least two reasons. First, even the identification of law and state was unthinkable in the context of the theoretical approaches proposed by the French scholars who were in the same time the first to comment Kelsen's work on the state and the last to associate constitutional law and general theory of the state (Duguit, Hauriou and Carré de Malberg). Moreover, the problem of the criterion of the state is still discussed by French Kelsenian scholars.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- BEAUD O., « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n°32, 2000, pp. 89-109
- BEAUD O., « La théorie générale de l'Etat (*Allgemeine Staatslehre*) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », dans O. Beaud, E. V. Heyen (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Nomos, 1999, pp. 83-111
- BLANQUER J.-M. et MILET M., *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne français*, Odile Jacob, 2015
- CARRÉ DE MALBERG R., *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*, 1933, rééd. Dalloz, 2007
- CHIFFLOT N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, 2009
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., tome I, 1927
- HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., 1929
- HERRERA C. M., *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997
- KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, [1945], Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1997
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., [1962], Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999
- LEBEN Ch., « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », dans *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, vol. I, 2004
- PFERSMANN O., « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », dans O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997
- PFERSMANN O., « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, 1996, p. 171-185
- TROPER, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'Etat », dans *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 141-160.