

KELSEN ET LE DROIT INTERNATIONAL

PAR

François RIGAUX

PROFESSEUR ÉMÉRITE
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Une réflexion sur Kelsen et le droit international est d'autant plus stimulante qu'elle invite à un triple défi. Le premier est que cet auteur est passé très tôt de la sphère du droit constitutionnel à la théorie (1) du droit international, sans jamais perdre la forte imprégnation de la première discipline. En second lieu la position critique du droit international dans l'univers juridique est la pierre de touche de toute théorie du droit, alors même — et voici le troisième défi — que la courbure logique de l'esprit de Kelsen n'est pas en harmonie avec les traits spécifiques de cette matière. Le droit international a paru offrir un modèle — non achevé certes, mais en formation — de l'ordre juridique universel qui engloberait tous les autres, un peu à la manière dont se sont construits les ensembles fédéraux. L'ambition de Kelsen fut d'appréhender tous les systèmes juridiques dans une « grand unified theory », selon le langage de la physique contemporaine (2), avec lequel il aurait eu beaucoup d'affinité (3).

I. — « DAS PROBLEM DER SOUVERÄNITÄT »

C'est dans un livre écrit durant la première guerre mondiale mais publié en 1920 que Kelsen établit le lien entre le droit constitutionnel et le droit international, en même temps qu'il préfigure son œuvre majeure. Le titre de cet ouvrage : *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völker-*

(1) Force est d'insister sur le concept de « théorie » du droit international. En effet, ce n'est qu'à partir de 1930 que Kelsen enseigna (à l'Université de Cologne) un cours de droit international positif. Les enseignements qu'à la suite d'exils successifs il fit, de 1933 à 1940 à l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Genève, ensuite en diverses universités américaines, l'éloignèrent nécessairement des problèmes de droit constitutionnel.

(2) Richard FEYNMAN, *Lumière et matière. Une étrange histoire*, traduit de l'américain par F. BALIBAR et A. LAVERNE (Inter Edition, Paris, 1987), p. 16 ; Stephen W. HAKWING, *A Brief History of Time. From the Big Bang to Black Holes* (Bantam Books, 1988), p. 74, p. 176.

(3) Voir par exemple la référence à la physique de Max Planck dans KELSEN (1968), § 44, p. 451 ; KELSEN (1943), pp. 249-266.

rechts (4) est suivi d'un sous-titre : *Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (5). Le premier des trois cours faits par Kelsen à l'Académie de droit international (6) est largement inspiré par cet ouvrage mais dépouillé des références qui y sont contenues.

Das Problem der Souveränität a pour point de départ les controverses que la nature juridique du droit international avaient suscitées dans la doctrine allemande du XIX^e siècle avec une ampleur inégalée ailleurs. Kelsen est très critique à l'égard des différentes théories qui se disputent le terrain. Il ne s'attaque pas seulement au dualisme de Triepel (7), qui est demeuré jusqu'à aujourd'hui le juriste allemand le plus célèbre de cette époque, mais aussi aux auteurs qui, sous l'influence de Hegel (8), se prononçaient en faveur d'une variété de monisme, destructrice de la nature propre du droit international (9), le monisme avec prépondérance du droit interne : selon cette école, n'étant rien de plus qu'une subdivision du droit interne (*äusseres Staatsrecht*) (10), le droit international puiserait sa force obligatoire dans les volontés convergentes des États, et il serait même conçu comme un « droit commun » (*common law*) des nations : *Völkerrecht als « gemeinsames Recht »* (11).

Kelsen se préoccupe de trois problèmes de droit constitutionnel qui étaient d'actualité en Allemagne, en Autriche-Hongrie et, après 1918, dans la République d'Autriche (12). D'abord, la nature de l'État fédéral, analysée à partir de la fondation de l'Empire allemand en 1871, ensuite le devoir de tout État de garantie à ses citoyens la jouissance des libertés fondamentales et enfin les moyens aptes à assurer le respect dû à la constitution elle-même.

Éviction du concept de souveraineté

Le premier thème est directement lié au problème de la souveraineté : les États fédérés accèdent-ils à une forme de souveraineté ou l'État fédéral en est-il le seul titulaire ? (13) Selon Kelsen la souveraineté est indivisible et même quand une entité fédérée exerce une compétence protégée contre toute immixtion du pouvoir fédéral, cette compétence est fondée sur la sou-

(4) Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

(5) La première édition de la *Reine Rechtslehre* date de 1934 (Franz Deuticke, Wien).

(6) « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 13 (1926-IV), 231-331.

(7) Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, Verlag von C.L. Hirschfeld, 1899).

(8) KELSEN (1920), p. 154. Dans sa critique de Hegel il inclut Spinoza (p. 100).

(9) Le paragraphe 45 de KELSEN (1920) est intitulé : *Die Leugnung des Völkerrechts*.

(10) KELSEN (1920), § 37.

(11) KELSEN (1920), § 42.

(12) On sait que Kelsen participa activement à la rédaction de la première Constitution républicaine autrichienne. Il fit de nombreuses publications dans ce domaine.

(13) KELSEN (1920), pp. 59 et s.

veraineté de l'État fédéral : c'est précisément dans l'exercice de ses compétences propres que l'État fédéré n'est pas autonome, car elles dépendent d'une « norme fondatrice originelle » (*begründende Ursprungsnorm*) (14), expression qui annonce la *Grundnorm* des écrits ultérieurs laquelle n'est pas totalement absente de l'ouvrage de 1920 (15).

Que ce soit en droit public interne ou en droit international, Kelsen récuse le concept de souveraineté. D'un côté, « comme l'État est selon son essence profonde un ordonnancement (*Ordnung*), il est en soi limite et limitation. Un État illimité et qui ne souffrirait pas de limite serait un ordonnancement sans ordre (*ordnungslose Ordnung*), une limitation sans limites » (16). Mais la notion de souveraineté n'est pas davantage compatible avec la condition internationale de l'État, c'est-à-dire avec « le présupposé de toute forme de droit international (*Völkerrecht*), à savoir la coexistence d'une multiplicité d'États d'égal rang, ayant les mêmes droits » (17). « La souveraineté d'un État est inconciliable avec celle d'aucun autre État » (18).

Le développement historique qui a conduit à une fédération plutôt qu'à une confédération est sans pertinence pour définir les relations entre les entités fédérées et l'entité fédérale ou confédérale. Aucun argument ne saurait être déduit d'un processus purement factuel : de ce que chacun des États était souverain avant la conclusion du pacte fédéral, on ne saurait déduire qu'ils ont retenu une parcelle de leur souveraineté originelle (19). D'où résultent l'absence de distinction entre *Staatenbund* et un *Bundesstaat* et le défaut de pertinence de ce que le premier a pour instrument un traité ou un contrat (*Vertrag*), le second une constitution (*Verfassung*) (20).

L'hypothétique norme fondamentale doit être cherchée du côté de l'instrument fédéral ou international organisant le système global. L'observation vaut aussi pour le droit international : le processus historique ayant conduit les États préexistants dans les liens d'une communauté internatio-

(14) KELSEN (1920), p. 64, p. 93.

(15) Le terme *Ursprungsnorm* est le plus usuel dans Kelsen (1920). Voir par exemple : *begründende Ursprungsnorm* (p. 93). La *Ursprungsnorm* a la fonction d'une *grundlegenden Hypothese*. Mais ce n'est pas une règle de droit (*Rechtsnorm*) : KELSEN (1920), § 8. Le terme *Grundnorm* qui prévaudra dans les ouvrages ultérieurs apparaît de manière sporadique (1920, p. 105). A titre d'échantillons d'une terminologie encore incertaine : *Ursprungsrechtssatz* (p. 27), terme qui contredit la nature non juridique de la norme ; voir aussi : *oberste Grundsatz* (p. 214), *grundlegende Norm* (p. 222).

(16) KELSEN (1920), pp. 43-44.

(17) KELSEN (1920), p. 187.

(18) KELSEN (1920), p. 188, p. 320 ; (1926), pp. 260-261, p. 326.

(19) KELSEN (1920), p. 59.

(20) KELSEN (1920), § 58, pp. 280-287. La différence entre les deux sources est privée de « signification logique-systématique recevable » (*keine zulässige logisch-systematische Bedeutung*, p. 286). Sans doute le droit international distingue-t-il l'État fédéral de la Confédération : chaque État membre d'une Confédération est sujet du droit international, ce qui n'est pas le cas des entités (*states* ou *Länder*) composant un État fédéral. Mais une telle solution de droit international positif, qui pourrait être modifiée à l'avenir, est sans pertinence pour la science du droit.

nale est sans pertinence. Contrairement à l'opinion de Hobbes relayée par Spinoza, il n'y a pas, selon Kelsen, d'état de nature primordial.

Il est vrai que la notion même utilisée par Kelsen dans l'ouvrage de 1920 — *Ursprungsnorm* — paraît se référer à une phase originelle, un commencement enfoncé dans le passé. De plus, bien que la « norme fondamentale » ne soit pas une règle de droit mais un présupposé, une hypothèse, Kelsen en donne parfois pour illustration une norme juridique. Telle l'obligation dans un État despotique d'obéir à la volonté du monarque : *Verhalte dich so, wie der Monarch befiehlt* (21). En droit international, c'est la règle *Pacta sunt servanda* qui est proposée en exemple de l'*Ursprungsnorm* (22). Dans ses écrits ultérieurs, toutefois, Kelsen a démis la règle *Pacta* de sa fonction de norme fondamentale, pour la réduire au statut d'une des principales règles de droit international coutumier.

La norme fondamentale du droit international est la norme qui institue l'état de fait de la coutume comme acte créateur de droit ... (23).

The basic norm of international law, therefore, must be a norm which countenances custom as a norm-creating fact, and might be formulated as follows : The states ought to behave as they have customarily behaved (24).

L'État face aux droits fondamentaux de ses citoyens

Il s'agit d'un problème de droit constitutionnel mais qui est aussi lié à la théorie du droit international. Fortement imbue de la puissance étatique, la doctrine allemande du XIX^e siècle n'était guère accueillante à l'idée que les libertés fondamentales seraient soustraites à tout contrôle des organes de l'État. Georg Jellinek est resté célèbre pour sa théorie de l'autolimita-

(21) KELSEN (1920), p. 102.

(22) KELSEN (1920), p. 217, p. 262, p. 284.

(23) KELSEN (1932), p. 13 ; KELSEN (1939 a), p. 43 ; voir aussi : (1953), p. 123 ; (1962), § 42 c.

(24) KELSEN (1952), pp. 417-418. Voir aussi : KELSEN (1932), p. 279. Dans une note de bas de page de la *Théorie pure*, KELSEN écrit ce qui suit : « Aujourd'hui je rejette la théorie soutenue par nombre d'auteurs — et que j'avais, moi aussi, initialement adoptée —, selon laquelle le fondement du droit international serait la norme *pacta sunt servanda*, parce qu'on ne peut la maintenir qu'à l'aide de la fiction que la coutume des États serait un traité — c'est-à-dire un contrat — tacite » : KELSEN (1962), § 34 h, p. 292, note 3. Voir aussi KELSEN (1962), § 42 c, pp. 424-425 sur la « pyramide hiérarchique du droit international » (*Der stufenbau des Völkerrechts*, 1960, p. 324). Il y a trois degrés ou niveaux (*Stufe*) en droit international. Le troisième niveau contient les normes créées par des tribunaux internationaux ou par des organisations internationales institués par la voie de traités (droit conventionnel dérivé), le second niveau étant occupé par les traités internationaux qui « fondent des collectivités simplement partielles » (p. 425), lesquels reposent eux-mêmes sur le socle (premier niveau) du droit international général, de nature coutumière et dont l'une des normes les plus importantes est la règle *Pacta*. Appartenant à « la couche relativement la plus élevée » du droit positif, cette règle ne saurait remplir la fonction hypothétique de norme fondamentale : « la norme fondamentale supposée du droit international est une norme qui fait de la coutume fondée par la conduite mutuelle des États un mode de création de droit » (p. 425). Sur la différence entre le principe dynamique et le principe statique, voir aussi § 34, b, pp. 258-261.

tion (*Selbstbeschränkung*) de l'État (25). Aucun État n'est lié par les préceptes de droit naturel affirmés dans le Préambule de la Déclaration d'indépendance des colonies américaines et dans le Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En sa qualité d'ordre juridique ou d'État de droit (*Rechtsstaat*), l'État concède à ses citoyens les droits fondamentaux qu'il juge aptes à servir ses propres fins. Le « si » (*Ob*) de la restriction apportée aux pouvoirs de l'État est soustrait à sa toute-puissance mais non le « comment » (*Wie*) (26). Jellinek applique un raisonnement analogue aux obligations que l'État s'est à lui-même imposées (*Selbstverpflichtung*) dans ses relations avec les autres États.

Les deux solutions, tant le dualisme du droit naturel et du droit positif que l'échappatoire de Jellinek, sont incompatibles avec l'identification de l'État et du droit (27), qui est un des éléments essentiels de la doctrine de Kelsen. Mais sur le terrain du droit constitutionnel il est moins éloigné qu'il ne pourrait paraître de la position de Jellinek. Le citoyen jouit seulement des droits fondamentaux que l'ordre juridique étatique lui reconnaît.

Denn vom Standpunkt der objektiven Staatsordnung gibt es keine individuelle Freiheit. Die Rechtsordnung, die ihrem Wesen nach Bindung ist, ist mit individueller Freiheit begrifflich unvereinbar. ... Freiheit ist ein ausserrechtliches Plänomen (28).

À cet égard, Kelsen est en accord avec la philosophie juridique d'Austin (29).

Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?

L'une des constantes de la pensée de Kelsen est sa confiance dans la vertu d'une juridiction compétente pour faire respecter la constitution par le pouvoir exécutif et par le législateur. C'est sous son influence qu'un tribunal constitutionnel fut institué par la Constitution de la République autrichienne issue du démembrement de l'empire austro-hongrois (30), tri-

(25) JELLINEK, *Allgemeine Staatsrechtslehre* (Berlin, Häring, 2^e Aufg., 1905), pp. 357-368 : *die Bindung des Staates an sein Recht*.

(26) JELLINEK (note 25), p. 477 : *Nur das Wie, nicht das Ob der Rechtsordnung liegt in seiner Macht, in seiner faktischen wie in seiner rechtlichen*.

(27) KELSEN (1920), pp. 9-15. Il suit que tout Etat, étant un ordre juridique (*Rechtsordnung*), est aussi un *Rechtsstaat*, même une monarchie absolue (p. 26). Le caractère non démocratique d'un Etat est sans effet sur son statut de *Rechtsstaat* (p. 29). L'esclavage n'est pas incompatible avec un ordre juridique (p. 45). La critique de la *Selbstverpflichtung* apparaît déjà dans un précédent ouvrage de KELSEN (1911a), pp. 395-412, en particulier, pp. 398-401.

(28) KELSEN (1920), p. 247.

(29) John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence determined* (1st ed., 1832), reedited in *Lectures of Jurisprudence on the Philosophy of Positive Law* (5th ed. rev. and ed. by Robert CAMPBELL, London, J. Murray, 1885), vol. I, p. 267.

(30) Les articles 139 et 140 de la Constitution du 1^{er} octobre 1920 (*BGBL*, Nr 1) prévoient le contrôle de constitutionnalité des ordonnances (*Verordnungen*) et des lois (*Gesetze*) par le Verfassungsgerichtshof.

bunal dont l'activité fut paralysée par un coup d'État revêtant les apparences de la légalité formelle en 1934 (31).

Dans un article publié en 1928 à la *Revue de droit public et de science politique* Kelsen motive longuement son adhésion à un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, position qui est en harmonie avec sa définition du droit comme ordre de contrainte (*Zwangsordnung*) : si le droit constitutionnel peut être impunément transgressé, il est dépouillé de sa qualité juridique. Quelques années plus tard, après qu'il est passé de l'Université de Vienne à celle de Cologne, Kelsen va intervenir dans une discussion ouverte en Allemagne par Carl Schmitt (32). Alors que celui-ci avait déclaré emprunter à Benjamin Constant l'idée que le monarque constitutionnel est un « pouvoir neutre », « gardien de la constitution » (*Hüter der Verfassung*), Kelsen publie en 1931 une brochure dont l'intitulé place cette expression dans une phrase interrogative : *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* La réponse est catégorique : seule une juridiction indépendante est apte à assumer une telle fonction. L'une des causes du choix différent fait par les deux auteurs est qu'ils ne visent pas le même agresseur potentiel contre lequel il y a lieu de protéger la constitution. Pour Schmitt c'est le pouvoir législatif, plus concrètement le Reichstag divisé par une constellation de partis, pour Kelsen le pouvoir exécutif, en l'occurrence le Reichspräsident von Hindenburg qui a déjà usé du pouvoir de gouverner par ordonnances conformément à l'article 48 de la Constitution de Weimar. A l'époque critique où ils écrivaient tous deux, les dernières années de Weimar, le jugement politique de Kelsen était assurément le plus sain et il était prémonitoire : c'est du pouvoir exécutif que viendrait la destruction de l'État républicain, alors que cet anéantissement était l'objectif même de la classe de juristes conservateurs à laquelle appartenait Schmitt et qui se transformeraient en juristes de la couronne (*Kronjuristen*) après l'accession de Hitler au pouvoir. Dès le 28 février 1933, le nouveau chancelier obtint du chef de l'État l'adoption d'une ordonnance suspendant plusieurs articles de la Constitution et un mois plus tard, il fit voter par le Reichstag une

(31) Dès 1930, pour contrecarrer une décision prise par le Verfassungsgerichtshof le gouvernement fit voter une loi constitutionnelle mettant fin aux mandats à vie des membres de la Cour. Kelsen qui avait été juge constitutionnel dès 1920 refusa que sa candidature fût présentée par un parti politique et il prit la décision de s'exiler en Allemagne. En 1934, la Constitution autrichienne subit des modifications plus radicales en vertu de normes irrégulièrement prises. Le Verfassungsgerichtshof fut mis hors d'état de fonctionner et l'on changea même le nom du pays : *Bundesstaat Österreich* au lieu de *Republik Österreich*. Le parallélisme entre l'évolution politique de l'Allemagne et celle de l'Autriche est saisissant. Dès 1934, l'Autriche a cessé d'être une démocratie et toute résistance institutionnelle à l'Anschluss est devenue impossible.

Voir notamment : Rudolf Aladár MÉTALL, *Hans Kelsen, Leben und Werke* (Wien, Deuticke, 1969), pp. 48-55 ; Hans SPANNER, « Die Entwicklung », dans *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, herausgegeben von Herbert SCHAMBECK (Berlin, Dunker und Humbold, 1980), pp. 33-55, pp. 42-43.

(32) Carl SCHMITT, « Der Hüter der Verfassung », 16 *Archiv des öffentlichen Rechts* (1929), 141-257 ; *Der Hüter der Verfassung*, Verlag von J.C.B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1931.

loi habilitant le gouvernement à faire des lois (*Gesetze*) (33). Après que Kelsen eut été privé de sa chaire et contraint d'émigrer, Carl Schmitt adhéra bruyamment au nouveau régime alors qu'il s'était jusqu'alors tenu à distance du parti national-socialiste (34).

II. — LE NORMATIVISME LOGIQUE DE KELSEN

Les éléments fondamentaux du monisme kelsénien, de sa répudiation de toute forme de dualisme sont : (a) l'identification de l'État et du droit ; (b) la réduction de l'ordre juridique à un système de normes logiquement clos et reposant sur une norme fondamentale ; (c) la construction d'un ordre juridique épuré de tout élément factuel ; (d) le rejet de toute référence à des prémisses extérieures, telles que la morale ou le droit naturel.

a) *L'identification de l'État et du droit*

La principale objection élevée par Kelsen contre le dualisme de Triepel est que celui-ci place l'État dans deux perspectives inconciliables. D'une part, l'État est totalement identifié avec l'ordre juridique qu'il forme car pour un juriste l'État n'est rien d'autre qu'un ordre juridique (*Rechtsordnung*) tandis que, de l'autre, l'État agissant dans l'ordre juridique international est tenu pour un sujet de droit (*Rechtssubjekt*), dont la personnification est rejetée par Kelsen qui la juge anthropomorphique (35).

La réduction de l'État à un ordre juridique repose sur la doctrine familière de l'État de droit (*Rechtsstaat*) (36), et elle illumine le champ du droit constitutionnel. Elle évacue la séparation entre droit public et droit privé puisque tous les actes, actions et intérêts se laissent ramener à une règle de droit, fondée en dernière analyse sur la norme fondamentale (*Grundnorm*) (37). Elle met fin à la différence entre organes de l'autorité et simples particuliers. Elle élimine la personnification de l'État, devenu un simple agent sans autre pouvoir que ceux que lui attribue la règle de droit (38).

(33) Verordnung zum Schutz von Volk und Staat vom 28 Februar 1933 (RGBl I, 83) suivie le 24 mars (après l'incendie du Reichstag) de la Gesetz zur Behebung von Volk und Reich (RGBl I, 141) habilitant le gouvernement (*Reichsregierung*) à faire des lois (*Gesetze*) excédant les pouvoirs du Reichspräsident selon l'article 48 de la Constitution de Weimar (1919).

(34) En dépit de leurs divergences théoriques, Schmitt fut choisi par la Faculté de Cologne avec le soutien de Kelsen. Quand ce dernier fut démis de sa chaire le 13 avril 1933, Schmitt s'abstint de signer la lettre de protestation adressée au ministre à Berlin. Sur ces événements, voir : Bernd RÜTHERS, *Carl Schmitt im Dritten Reich* (2te Aufl., 1990, Beck, München), pp. 62-71. MÉTALL (note 31), p. 1, p. 44, pp. 60-61.

(35) KELSEN (1911 b), pp. 25-30 ; 1929 a), p. 1 ; (1930), pp. 23-33 ; (1933 b), p. 23.

(36) L'expression *Rechtsstaat* apparaît en 1832 chez Robert von Mohl. Voir : Hermann HELLER, *Die Souveränität* (1927), *Gesammelte Schriften* (Sijthoff, Leiden, 1971), t. II, pp. 31-202, p. 38.

(37) KELSEN (1920), p. 68, p. 116, p. 278 ; (1962), § 34 d, pp. 266-273.

(38) KELSEN (1920), p. 17, p. 21, p. 177 ; (1960), § 30, pp. 194-210.

Construction pyramidale faite de normes liées les unes aux autres (39), l'État s'identifie avec le respect du droit et peut, comme tel, offrir un modèle éclairé de la démocratie.

Il a parfois été soutenu que la méthode nomologique de Kelsen ne procurait pas d'arguments permettant de dénier au III^e Reich la qualité d'ordre juridique. Autant le « décisionnisme » de Carl Schmitt (40) procurait au *Führerprinzip* une armature conceptuelle, autant ce principe était peu en harmonie avec la pyramide kelsénienne. En effet, en plaçant la décision individuelle au-dessus de toute règle, le *Führerprinzip* (41) conduisait à la subversion de la hiérarchie entre la norme et les actes particuliers ou les décisions qui cessaient de se conformer comme elles auraient dû à une règle supérieure jusqu'à leur ultime subordination à la norme fondamentale. Le pouvoir national-socialiste n'était pas un ordre juridique répondant aux critères posés par Kelsen, non en raison d'un défaut d'effectivité dont il était assurément indemne, ni pour sa non-conformité à un idéal de justice dont le modèle kelsénien déniait la pertinence, mais parce que l'occupation du champ juridique par des décisions individuelles irréductibles à aucune norme instituait une contradiction fondamentale avec le schéma hiérarchique de Kelsen. Il n'aurait pas suffi de tenir le *Führerprinzip* pour la norme fondamentale de « l'ordre juridique » national-socialiste puisque, en parallèle, un voile de légalité s'efforçait de couvrir le caractère anarchique du pouvoir d'évincer par une décision individuelle quelque norme que ce fût. La nature chaotique du III^e Reich a été relevée par d'excellents observateurs (42). L'unité de l'ordre juridique, autre point fort de Kelsen, était incompatible avec un système dual, écartelé entre un État d'arbitraire (*pre-rogative state*) et un État normatif (*normative state*) (43).

La doctrine d'identification de l'État et du droit explique aussi pourquoi Kelsen ne pouvait accepter la continuité de l'État allemand après la défaite

(39) KELSEN (1920), p. 119 ; (1926), p. 258 ; (1962), § 35, pp. 290-369, § 42, c, pp. 424-425. La même nature hiérarchique caractérise aussi le droit international (*supra*, note 24).

(40) Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (München und Leipzig, Duncker und Humblod, 1922), pp. 32-33, p. 54 ; *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934), pp. 24-29.

(41) Les nombreux écrits de Kelsen ayant pour objet la démocratie insistent sur l'incompatibilité d'un *Führer* autocrate avec le concept même de démocratie. Voici notamment : KELSEN (1929 b), pp. 78-92 ; (1933 b), p. 18. Mais il entendait maintenir une séparation rigoureuse entre la théorie (pure) du droit et la philosophie politique. La première ne procurerait aucun critère d'un ordre juridique « démocratique ». Cette notion même est foncièrement récusée par Kelsen.

(42) Outre les sources citées par F. RIGAUX, « Les juristes allemands dans l'État totalitaire (1933-1945) », Académie royale de Belgique, *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, 7-12 (1995), pp. 411-477, pp. 420-422., voir : Martin BROSZAT, *L'État hitlérien* (Fayard, 1985), pp. 511-513 ; Hannah ARENDT, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (1^e deutsche Ausgabe, 1955, Piper, München, 1986), pp. 622-636 ; et notamment p. 724 : *Narrenparadies oder eine Narrenhöhle*.

(43) Ernst FRAENKEL, *The Dual State, A Contribution to the Theory of Dictatorship* (Oxford Univ. Press, 1941).

de 1945 (44). Le III^e Reich était indissociable de son « ordre juridique » et, à l'inverse, l'instauration d'un nouveau système démocratique était liée à la constitution d'un nouvel État. Comme il est bien connu, telle ne fut pas la position officielle de la République fédérale, alors que la République démocratique allemande répudia toute filiation à l'égard du régime précédent. Les premières décisions du Tribunal constitutionnel fédéral ont cité l'article publié par Kelsen en 1945 mais en retenant la solution contraire au moins à titre d'hypothèse (45). Non seulement la République fédérale accepta de manière au moins partielle la réparation de dommages infligés à certaines victimes de la dictature (46) mais les cours fédérales ne laissèrent pas d'appliquer la plupart des actes normatifs passés par le gouvernement du Reich en vertu de l'Ermächtigungsgesetz de 1933 (47) et elles tinrent la Constitution de Weimar pour « valablement » abrogée par le pouvoir national-socialiste (48). Le Tribunal constitutionnel fédéral semble avoir fait sienne la doctrine de Gustav Radbruch, selon laquelle le « droit » du III^e Reich restait applicable excepté quand il contrevenait au principe d'intangibilité de la dignité humaine (49). L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale de 1949 — *Die menschliche Würde ist unantastbar* — aurait ainsi été projeté dans le passé, offrant un critère rétroactif pour l'évaluation du droit du III^e Reich. La continuité de l'État (et de l'ordre juridique) est encore attestée par le recours aux précédents tirés de la jurisprudence du Reichsgericht sous les trois régimes qui avaient précédé, sans qu'en fût

(44) KELSEN (1945, b).

(45) BVerfG 17 décembre 1953, *BVerfGE* 3, 58, 88-89 ; 31 juillet 1973, *BVerfGE* 31, 1, 16.

En Autriche, après le rétablissement d'un État indépendant, la solution retenue fut plus en harmonie avec les positions de Kelsen. D'une part, la République restaurée se tint pour le même État que celui qui avait été annexé par le III^e Reich, et, de l'autre, l'ancienne constitution fut remise en vigueur telle qu'elle avait été révisée en 1929. Les modifications apportées à la législation constitutionnelle après le 5 mars 1929 furent considérées comme non avenues, ce qui revint à dénier toute validité au coup d'État institutionnel de 1934. La permanence de l'État alla de pair avec la survivance de l'ordre juridique auquel il s'identifiait, sous l'importante réserve que la République reconstituée en 1945 recevra une partie seulement du patrimoine législatif de l'ancien État indépendant.

(46) Seuls les Juifs ont constitué un groupe auquel était accordé le principe d'une réparation. Les Tziganes, les Témoins de Jéhovah, les homosexuels, les opposants politiques n'ont guère obtenu de dommages. Voir notamment : Michaël BURLEIGH, « Introduction » in *Confronting the Nazi Past*, *New Debates on Modern German History*, ed. by Michaël Burleigh (London, Collins and Brown, 1996), pp. 1-22, pp. 7-8, p. 11 ; Avraham BARKAI, « The German *Volksgemeinschaft* from the Persecution of the Jews to the 'Final Solution' », *ibid.*, pp. 84-97, p. 87 ; Wolfgang WIPPERMANN, « Christine Lehman and Mazurka Rose : Two 'Gipsies', in the Grip of German Bureaucracy, 1933-60 », pp. 112-124, p. 116, p. 118, p. 123.

(47) BVerfG 19 février 1957, *BVerfGE*, 132, 170, 198-199. Voir en outre : F. RIGAUX (note 42), pp. 451-459.

(48) BVerfG 24 avril 1953, *BVerfGE* 2, 237, 248-250 ; 17 décembre 1953, *BVerfGE* 3, 58, 77.

(49) Gustav RADBRUCH, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (5, 1946), in : *Rechtsphilosophie* (Koehler, Stuttgart, 1970), pp. 347-357.

excepté le III^e Reich (50) et parfois dans des domaines où une attitude plus réservée aurait été de mise (51).

b) *L'ordre juridique comme système de normes*

La démarche logique de Kelsen ne prend en compte que les normes (*Rechtssätze*). L'État étant tenu pour équivalent à l'ordre juridique, il n'y a aucune place ni pour les institutions ni pour les êtres humains (*Menschen*). Conformément à la nature normative d'un ordre juridique étatique, la personne est définie par les droits, les intérêts, les compétences qu'elle tient d'une règle de droit (52). Une personne juridique — notion qui inclut les personnes physiques non moins que les entités juridiques — n'est pas un être humain existant — ce qui introduirait un élément factuel dans la mise en œuvre des règles — ni un sujet doté de droits innés — notions métaphysiques qui corrompraient la pureté de l'ordre juridique. Le positivisme juridique de Kelsen (53) suit une voie étroite entre la vulgarité d'éléments de fait et les songes de la philosophie.

La théorie de Kelsen emporte la conviction là où elle affirme la circularité d'un système juridique selon un double test : aucun ordre juridique n'a besoin d'une source de légitimité qui lui soit extérieure, sa validité reposant sur la *Grundnorm* qui lui tient lieu d'hypothèse ; aucune des personnes soumises à un ordre juridique ne saurait être confrontée à un conflit d'obligations ou de devoirs résultant d'un « conflit de lois » puisqu'un ordre juridique est exclusif de tout autre. Tel est un des aspects du monisme kelsénien. Avant de considérer quelque combinaison globale d'ordres juridiques multiples — telle que la fait apparaître les relations entre le droit international et le droit interne — Kelsen insiste sur l'unité de l'ordre juridique, ce qui est en harmonie avec la doctrine allemande dominante à cette époque (54). On excéderait l'objet de cet article en s'attardant sur la version interne du monisme. Qu'il suffise d'écrire que les conflits de lois ne forment pas seulement une branche du droit international privé mais qu'ils se manifestent au cœur même du droit interne. Un exemple topique vient précisément du droit constitutionnel : droits de l'homme et libertés fondamentales sont en

(50) BVerfG 10 janvier 1995, *NJW* 1995, 1141, 1144 ; 3 juin 1987, *BVerfGE* 75, 369, 377. La continuité est beaucoup plus marquée entre le Reichsgericht et le Bundesgerichtshof.

(51) Ainsi, le Tribunal constitutionnel fédéral a estimé que l'aggravation de l'incrimination de l'homosexualité par l'article 6 de la loi du 28 juin 1935 était demeurée en vigueur, n'était pas inconstitutionnelle et que le principe même de la répression n'était pas contraire à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (BVerfG 10 mai 1957, *BVerfGE* 6, 389, 437-440), tandis que le Bundesgerichtshof s'est appuyé sur une interprétation extensive du paragraphe 175 StGB par le Reichsgericht (*RGSt* 73, 78) pour qualifier d'« Unzucht » l'attitude jugée suspecte de deux hommes qui ne s'étaient même pas touchés (BGH 12 avril 1951, *BGHSt* 1, 107, 109-110).

(52) KELSEN (1920), p. 45, p. 109 ; (1962), § 33, pp. 224-254.

(53) KELSEN (1920), p. VI, p. 87, pp. 88-90 ; (1926) p. 314 ; (1970), § 34, h, p. 292.

(54) KELSEN (1920), p. IV, p. 111-112, p. 188 ; (1962), § 34 e. Voir déjà Rudolf STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911), pp. 24-25.

conflit les uns avec les autres et le premier devoir d'une juridiction constitutionnelle — et de la Cour européenne des droits de l'homme — est de les accorder entre eux. Sans doute, et ceci est aussi conforme à la méthode de Kelsen, une décision de justice viendra clore la controverse et restaurer l'unité. Mais on peut en dire autant des conflits de lois de droit international privé : prononcée par un juge, l'issue du litige clôt toute discussion.

Une des thèses principales de Kelsen est le rejet de toute différence de nature entre les objets respectifs du droit interne et du droit international (55). Pareille affirmation a lancé un courant d'air frais dans l'atmosphère raréfiée du droit international traditionnel. Elle a conduit à écarter la séparation des deux branches du droit en fonction de leurs domaines respectifs : l'État exerce sa compétence sur les relations avec ses sujets (droit public) et sur les relations des citoyens entre eux (droit privé), tandis que le droit international se limite à régler les rapports interétatiques. Kelsen a mis en avant une idée largement acceptée aujourd'hui et que l'évolution contemporaine du droit international a massivement confirmée, à savoir que loin d'être enfermée dans les relations des États entre eux cette branche du droit peut appréhender toute activité humaine quelconque. La protection internationale des droits de l'homme procure l'illustration la plus décisive de cette évolution : alors que les rapports d'un État avec ses ressortissants furent longtemps tenus pour une question purement interne relevant de la « souveraineté » exercée par chaque État dans les limites de ses frontières, pareils rapports sont aujourd'hui entrés dans la sphère du droit international. La séparation entre le droit public et le droit privé est, en même temps, frappée de péremption.

Le lien entre la protection des droits fondamentaux dans l'ordre interne et l'appartenance de l'État à une communauté internationale a une double incidence. De part et d'autre, c'est le concept de souveraineté qui se trouve mis à mal : pas plus qu'un « État de droit » ne peut refuser une telle protection aux personnes relevant de sa compétence il ne peut se soustraire à ses obligations à l'égard des autres États. Mais de plus, et peut-être surtout, le développement de la protection internationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales a mis l'accent sur l'unité de l'empire du droit. L'une des contributions de Kelsen à la théorie du droit a été de soulager le malaise de la doctrine allemande qui était dominante à la fin du XIX^e siècle et de débrouiller l'écheveau que le concept hégélien de l'État avant emmêlé. Dès le second cours qu'il fit à l'Académie de La Haye en 1932, Kelsen écrit que certaines matières du droit constitutionnel, tels les

(55) KELSEN (1920), § 31, pp. 124-130 ; (1932), p. 178 ; (1952), p. 402.

rappports d'un État avec ses sujets, ne sont pas comme telles soustraites à la juridiction du droit international (56).

Le droit international économique et le droit de la Communauté européenne apportent des arguments supplémentaires au caractère dépassé d'une délimitation préétablie du domaine du droit international. Sur ce point l'identification de l'État et du droit contribue à donner une représentation rationnelle à une telle tendance : si la vocation du droit international est de coordonner les ordres juridiques étatiques, aucune question à laquelle s'étend la compétence d'un État n'est soustraite à son appréhension par le droit international.

c) *Une approche purement logique*

Déjà dans son ouvrage sur le problème de la souveraineté, Kelsen amorce la distinction entre *Sollen* et *Sein*, qui sera plus fermement tracée dans la *Reine Rechtslehre*. Par sa position épistémologique il distance les autres auteurs contemporains dont le raisonnement juridique s'encombre d'éléments factuels, avec un zeste de sociologie ou de psychologie ainsi que, dans la sphère des rapports entre le droit international et le droit interne, de politique. L'attribution d'une personnalité juridique à l'État revêt l'État et d'autres êtres de raison de traits empruntés à l'être humain alors que l'effort de Kelsen tend au contraire à dépouiller celui qui agit dans la sphère du droit de sa qualité d'être humain et de ramener les entités juridiques aux « personnes » qui y exercent des compétences. Pour être « pure » (57), une théorie du droit doit être dépouillée des vêtements imaginaires dont on revêt les situations juridiques. L'objectif de Kelsen est de révéler le droit étatique dans sa nudité.

Que le droit étatique reste l'angle d'attaque de la pensée juridique de Kelsen se vérifie sous deux aspects. Il offre le modèle selon lequel se profilent les progrès ultérieurs du droit international (58), et pour se voir recon-

(56) KELSEN (1932), pp. 298-304.

Dans une brochure publiée trois ans auparavant, Kelsen distingue l'autocratie de la démocratie : « Der metaphysisch-absolutistischen Weltanschauung ist eine autokratische, der kritisch-relativistischen die demokratische Haltung zugeordnet » (1929, p. 101). La démocratie va de pair avec une approche scientifique et relativiste de la réalité. En outre, Kelsen écrit que la règle majoritaire en démocratie se laisse distinguer de toute autre forme d'autorité (*Herrschaft*) en ce que les droits fondamentaux sont protégés par la mise en œuvre du principe de proportionnalité.

(57) La notion d'une théorie pure apparaît en quelques passages de l'ouvrage de 1920 : *Reinheit der Rechtskenntnis* (p. 189) ; *die reine Theorie des Rechts* (p. 243) ; *vom Standpunkt einer reinen Rechtslehre* (p. 243), voir aussi p. 275 ; *Eine reine juristische Theorie der ...* (p. 277). Il est significatif que les termes *Reine Rechtslehre* apparaissent seulement dans le sous-titre de l'ouvrage comme si l'auteur ne les avait conçus qu'après l'avoir achevé. Les trois cours faits à l'Académie de droit international sont présentés comme des « théories » (1926, p. 232), avec une référence à la théorie pure du droit (1932, p. 122 ; 1953, p. 7). Comp. la note 1, *supra*.

(58) KELSEN (1935, p. 17) : « We are in the happy position, as it were, of having a pattern in the evaluation of the legal system of the individual State ».

naître la qualité d'ordre juridique le second doit satisfaire aux critères développés à partir de la légalité interne (59).

La formation constitutionnaliste de Kelsen a sans doute infléchi sa pensée dans une telle direction. Le droit étatique offre le meilleur échantillon d'unité logique embrassant tous les aspects de la vie humaine et apte à transformer n'importe quelle situation en rapport juridique (*Rechtsverhältnis*). Il faut approuver Kelsen quand il relève que les faits ou situations de vie sont sans pertinence — pour le juriste — tant qu'ils n'ont pas été saisis par un système juridique, mais s'agit-il seulement d'un droit étatique ? Avec plus de raison encore il attribue au droit international la même vocation d'universalité. Mais le regard qu'il jette sur les autres ordres juridiques est excessivement restrictif. Il est significatif que pour démarquer le droit étatique de tels systèmes il évoque le plus souvent la morale (60). Considérant l'espace de liberté qu'aucun droit étatique et notamment pas celui qui était en vigueur dans l'Empire allemand et la Double Monarchie ne refuse à ses sujets (61), il ne paraît pas envisager que ceux-ci peuvent dans l'exercice de cette liberté créer des ordonnancements autonomes.

Une autre étroitesse de la méthode de Kelsen est elle aussi liée à certains traits traditionnels du droit étatique : ce qui distinguerait ce dernier d'autres systèmes normatifs, notamment de la morale, est la nature coercitive du droit. Le droit est un « ordre de contrainte » (*coercive order*) (62). Bien que la coercition ne se confonde pas avec son effectivité, étant formée juridiquement par le contenu des normes qui l'organisent (63), l'unique modèle de contrainte auquel se réfère Kelsen est l'exercice ou la menace d'un acte de coercition physique sur le territoire d'un État (64). Il en résulte que le droit international n'est une branche du droit et pas seulement une subdivision de la morale que s'il dispose de moyens de coercition qui y soient propres.

(59) KELSEN (1952, p. 18) : « The question whether or not international law is law in the sense determined above is identical with the question whether or not the phenomenon commonly called international law can be described by rules of law of the same kind as the rules by which national law may be described ». Voir aussi : KELSEN (1953), p. 28.

(60) KELSEN (1920), p. 46, p. 92, pp. 93-95, pp. 104-109, p. 119, p. 124 ; (1970), §§ 7-13, pp. 59-69. Sur le droit et la morale, voir aussi : KELSEN (1973), pp. 83-113 ; KELSEN (1911 a), pp. 33-57 (*Sittengesetz und Rechtsnorm*) et pp. 311-346 (*Moralpflicht und Rechtspflicht*). Il affirme que le droit international est un « ordre juridique » (*a juridical order*) contre les illusions de certains pacifistes qui y attribuent « a moral and not a legal character » : (1935), p. 11.

(61) KELSEN (1970), § 6, b, pp. 46-60. Voir en particulier le concept de « minimum de liberté » (pp. 57-60).

(62) KELSEN (1920), p. 70 ; (1926), p. 242, (1932), p. 134 (*ordre de contrainte*) ; (1935), p. 12 : « All law is in essence a system of compulsion » ; (1962), p. 46. Dans ce contexte, il est clair que la contrainte a un caractère matériel (*force physique*) ou de menace d'une telle force. Voir aussi : (1970), § 6 b, p. 33 : *The law : A Coercive Order*.

(63) KELSEN (1920), p. 70, note 1 ; (1962), § 6, b, pp. 49-51.

(64) KELSEN (1953), pp. 22-23.

Voir aussi KELSEN (1944), p. 3 : « It is the essential characteristic of law as a coercive order to establish a community monopoly of force ».

International law is law in the same sense as national law, provided that it is, in principle, possible to interpret the employment of force directed by one state against another either as sanction or as delict (65)

De la seule circonstance que la communauté internationale n'est pas dotée d'une organisation équivalente à celle des États, qu'il s'agit d'un système de droit « primitif » (66) il ne découle pas qu'il est privé de tout recours à la force. Mais comme il convient dans une société primitive la contrainte y est exercée par les membres de la communauté à titre singulier, dans la forme d'initiatives spontanées (*self-help*) (67), selon les règles posées par la communauté elle-même. Depuis les origines du droit international la guerre a été le noyau autour duquel cette branche du droit s'est formée.

Le déclenchement d'une guerre d'agression est le délit international le plus typique tandis qu'est juste la guerre qui poursuit le redressement d'un fait illicite international. La guerre et les représailles sont les sanctions par l'existence desquelles le droit international mérite sa qualification d'ordre juridique (68).

Anyone who rejects the theory of the just war denies, indeed, the legal nature of international law ... (69)

La doctrine de la guerre juste (*bellum justum*) a été approfondie par Kelsen lorsqu'il occupa pour la première fois depuis sa création la chaire Oliver Wendell Holmes, durant l'année académique 1940-1941. Comme cette doctrine avait été abandonnée par l'école positiviste contemporaine il développe de manière circonstanciée les arguments en faveur de sa restauration. Il en retient cinq (70).

Assez étrangement, le premier argument détonne dans une œuvre d'inspiration positiviste. Déjà au XIX^e siècle et jusqu'au déclenchement de la première guerre mondiale, l'opinion publique avait cessé d'admettre qu'un gouvernement pût sans un juste motif prendre l'initiative d'opérations armées. Bien plus, les belligérants eux-mêmes se rallièrent implicitement en août 1914 à la doctrine de la guerre juste puisque chacun d'eux réunit une ample documentation — souvent incomplète, parfois même falsifiée — tendant à démontrer qu'ils avaient été contraints de mener une guerre défensive. Sur ce point les réflexions de Kelsen présentent une remarquable analogie avec l'analyse d'un autre grand juriste de ce temps, Hermann Kantorowicz. Toutefois comme la consultation sur les responsabilités de l'origine

(65) KELSEN (1952), p. 18.

(66) KELSEN (1920), p. 267 ; (1932), p. 131 ; (1935), p. 14 ; (1942), pp. 51-55 ; (1952), p. 36 ; (1993), pp. 71-72 ; (1970), § 43, b, p. 323.

(67) KELSEN (1920), p. 258 (*Selbsthilfe*) ; (1935), p. 15.

(68) KELSEN (1920), p. 241, pp. 264-265 ; (1926), pp. 317-318 ; (1932), pp. 128-129, p. 134 ; (1952), p. 18, p. 59, p. 401 ; (1953), pp. 32-44 ; (1970), § 42, d), pp. 324-328.

(69) KELSEN (1935), p. 13.

(70) KELSEN (1942), pp. 36-55.

de la première guerre mondiale (*Die Kriegsschuldfrage*) dressée à la demande du ministre des Affaires étrangères de la République de Weimar, Gustav Stresemann, ne reçut aucune divulgation avant une publication posthume en 1967 (71), les deux auteurs arrivèrent à des conclusions voisines indépendamment l'un de l'autre. En sa qualité de l'un des protagonistes de la *Freirechtslehre*, Kantorowicz a recours à cette doctrine pour motiver la responsabilité des Puissances Centrales dans le déclenchement du conflit mondial : même si une guerre d'agression n'était pas selon la doctrine autorisée de l'époque contraire au droit international, l'opinion publique pensait différemment des doctes, et l'Empereur d'Allemagne ne manqua pas d'invoquer le caractère défensif de la position allemande (*Einkreisungstheorie*) afin d'obtenir le vote des crédits militaires par le Reichstag (72). Déjà auparavant et à l'occasion des principales guerres européennes du XIX^e siècle, tout État entamant des opérations militaires soulevait leur caractère purement défensif (73).

Le second argument de Kelsen s'appuie sur des sources de droit positif, l'article 231 du Traité de Versailles, l'article 15, paragraphe 7, du Pacte de la Société des Nations et le Pacte Briand-Kellogg. Sans doute ces instruments ont-ils une nature particulière mais ils sont révélateurs d'une tendance suivie par le droit international général (74).

Les trois derniers arguments de Kelsen consistent à prendre appui sur la doctrine de la guerre juste qui fut enseignée de l'Antiquité jusqu'à Grotius et qui, selon lui, renaît après 1918 (75), à chercher une analogie dans le droit des communautés primitives et à qualifier le droit international d'ordre juridique primitif.

La double argumentation relative aux traits que la communauté internationale partagerait avec une société primitive repose sur une définition trop restrictive de la contrainte. Or, il existe, précisément dans les communautés traditionnelles, d'autres formes de contrainte que la coercition exercée sur la personne ou sur les biens d'un membre de la société. Quand il évoque la

(71) Hermann KANTOROWICZ, *Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914*, Aus dem Nachlass herausgegeben und eingeleitet von Imanuel Geiss (Europäische Verlagsanstalt Verlag, Frankfurt am Main, 1967).

(72) KANTOROWICZ (note 71), pp. 162-165, pp. 246-247, p. 300.

(73) KANTOROWICZ (note 71), pp. 189-190. Pour plus de développements sur cet ouvrage, F. RIGAUX, « Réflexions sur deux modèles de contrainte », *Zentrum und Peripherie, Festschrift für Richard Bäuml* (Verlag Rüegger, 1992), pp. 292-307.

(74) KELSEN (1942), pp. 38-40. Voir aussi : KELSEN (1944), pp. 88-91. KANTOROWICZ (note 71), p. 189, indique aussi que le Pacte de 1919 a transféré au champ du droit positif ce qui n'était en 1914 qu'un droit en devenir (*ein « werdendes » Recht*).

(75) KELSEN (1942), pp. 44-45 : « This idea, which remained predominant until the end of the eighteenth century, disappeared almost entirely from the theories of positive international law during the nineteenth century, although it still formed the basis of public opinion and of the political ideologies of the different governments. Only after the close of the first World War was this doctrine of *bellum justum* again taken up by certain authors ». Sur la doctrine de la guerre juste, voir aussi : KANTOROWICZ (note 71), pp. 189-190, pp. 205-207.

contrainte exercée dans les sociétés qu'il qualifie de primitives, Kelsen se réfère à la « vendetta » (76), parfois appelée « blood revenge » (77). La vendetta serait le pendant « primitif » de la guerre, étant l'une et l'autre un exercice insuffisamment organisé de la violence. Elles s'apparenteraient à une forme de « justice privée », la personne qui recourt à la force en vertu de règles sociales le faisant dans un système décentralisé de contrainte dont aucun organe désigné à cette fin n'a le monopole (78).

Dans le cours fait à Harvard comme titulaire de la Chaire Holmes, Kelsen met à profit une enquête sociologique qu'il a plus longuement développée dans un ouvrage écrit en allemand et traduit en anglais l'année suivante, *Society and Nature* (79).

The dualism of nation and society, a characteristic element of modern thinking, is completely unknown to the primitive mentality (80).

La première partie de *Society and Nature* prend un large appui sur des études anthropologiques et ethnologiques qui sont longuement citées (81). Selon l'interprétation donnée par l'auteur à la perception primitive holistique, celle-ci ignore la distinction entre société et nature, entre droit, religion et morale, étant placée sous l'empire du principe de rétribution (82). Le titre de l'original allemand du même ouvrage, *Vergeltung und Kausalität*, met mieux en relief le caractère central de la notion de rétribution.

On tombera aisément d'accord avec Kelsen sur la distinction entre la centralisation étatique et le caractère décentralisé de l'ordre juridique international (83). Sont davantage sujettes au doute l'idée que le droit international est un système juridique « primitif » et plus encore l'insistance placée sur l'analogie entre cette branche contemporaine du droit et les règles mises en œuvre dans les sociétés « primitives » traditionnelles telles que nous les font connaître les enquêtes anthropologiques (84). Loin d'être primitif en ce sens qu'il véhiculerait le même modèle de rationalité que les règles de comportement des communautés réellement primitives, le droit international régit une communauté « civilisée » et sans doute même « hyper-civilisée », il

(76) KELSEN (1926), p. 245, p. 318 ; (1932), p. 126 ; (1935), p. 15 ; (1942), pp. 40-43 ; (1953), p. 18, p. 20 ; (1962), § 5, c, p. 41.

(77) (1970), § 5, c, p. 29.

(78) KELSEN (1953), p. 24, p. 26.

(79) Ce qui est seulement esquissé en 1942 (pp. 40-43) est longuement développé dans les livres de 1943 et 1946. Intitulé *Vergeltung und Kausalität*, l'ouvrage original allemand fut imprimé dès 1939 par une maison d'édition néerlandaise mais il ne fut publié qu'en 1946 avec une préface datée de 1941 (MÉTALL, note 31, p. 68).

(80) KELSEN (1942), p. 40 ; (1943), p. VII, p. 266. Voir déjà : KELSEN (1928), pp. 41-63.

(81) KELSEN (1943), pp. 1-185.

(82) KELSEN (1943), chap. III, p. 49 : « The interpretation of nature according to the principle of retribution ».

(83) KELSEN (1942), p. 28.

(84) KELSEN (1942), pp. 45-48.

repose sur la distance prise par cette société à l'égard de la nature, (85) et il a mis au point une méthode juridique très élaborée. Sans doute est-il démuné de la force coercitive qui appartient à la définition du droit étatique, mais ce qu'il faut précisément contester, c'est le lien établi entre la qualité juridique du droit international et l'usage de la coercition physique selon les modèles de la rétribution violente (*Vergeltung, talio*) ou du prix payé par le sang (*blood revenge, vendetta*), empruntés aux communautés primitives d'un lointain passé (86).

Les développements de Kelsen sur la croissance (*growth*) du droit international ne sont guère en harmonie avec sa théorie pure du droit.

D'une part, il conclut son premier argument tendant à la remise à l'honneur de la doctrine de la guerre juste par la phrase suivante :

Even if such justification is of a moral rather than strictly legal significance it is of great importance ; for, in the last analysis, international morality is the soil which fosters the growth of international law : it is international morality which determines the general direction of the development of international law. Whatever is considered 'just' in the sense of international morality has at least a tendency of becoming international law (87).

Et, d'autre part, il adhère à une conception en demi-teinte du droit international qui ne correspond guère à sa théorie nomologique.

As the embryo in a woman's womb is from the beginning a human being, so the decentralized order of primitive self-help is already law — law in *statu nascendi* (88).

Les communautés traditionnelles — ainsi que d'autres, plus récentes — font une application régulière de formes de coercition qui ne doivent rien à un usage matériel de la contrainte physique ni même à la menace d'un tel usage. Les empêchements de mariage et de remariage, l'interdiction d'un ministre du culte *a divinis*, l'excommunication, les pratiques de *shunning* (89) sont de véritables mesures coercitives qui n'appellent aucune coopération de la force publique.

L'ordre juridique institué par l'Eglise catholique romaine n'est que le plus significatif des ordonnancements religieux, en raison de sa longue tra-

(85) KELSEN (1943) consacre de longs développements à la loi de rétribution et à l'émergence du principe de causalité dans la religion et la philosophie grecques (pp. 182-248) ainsi qu'à la loi de causalité dans la science moderne (pp. 249-266). Il avait une connaissance familière de la philosophie grecque, comme l'atteste la lecture de Platon dans son article de 1933 sur l'Eros platonicien.

(86) Mais demeurées vivantes dans toutes les régions du monde et ayant emprunté à leur modèle sicilien le nom donné au crime organisé : mafia.

(87) KELSEN (1942), pp. 36-37.

(88) KELSEN (1942), p. 51.

(89) *Paul v. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc.*, 819 F 2d 875 (9th Cir. 1987), *certiorari denied*, 484 US 926 (1987) ; *Carrieri v. Bush*, 419 P, 2d 132, 137 (Wash. 1966) ; *Bear v. Reformed Mennonite Church*, 341 A 2d 105, 107 (Pa. 1975). Dans la doctrine : Justin K. MILLER, « Damned if you do, damned if you don't : religious shunning and the free exercise clause », 137 *Univ. Pennsylvania L R* (1988), 271-302.

dition, d'un juridisme appuyé et de l'espace transnational — tenu pour universel — dans lequel il se déploie. Les libertés reconnues à l'Eglise, aux Eglises dans un grand nombre d'Etats ne sauraient être interprétées comme la reconnaissance de la nature juridique du droit ecclésiastique, émanant de chacun de ces États et qui leur seraient communes. La critique à juste titre adressée par Kelsen à la juxtaposition des droits publics internes dont le droit international serait issu sous les traits d'un « *gemeinsames Recht* » n'est pas moins pertinente ici. L'autonomie des divers droits ecclésiastiques n'a pas besoin de l'appui ni d'aucun droit étatique singulier ni de leur convergence.

Il existe encore d'autres systèmes juridiques transnationaux, de formation plus récente et dont l'analogie avec le droit canonique se manifeste notamment dans la formation d'un réseau d'organes enjambant les frontières étatiques et le recours à la technique de l'exclusion. Tel est le cas des multiples organisations sportives : les sanctions imposées aux affiliés sont des amendes perçues sans intervention des organes étatiques, il en va de même des mesures de suspension ou d'exclusion du sportif ayant transgressé une des obligations de la charte de l'organisation. Et l'on peut ici parler d'une véritable « justice privée » puisque sur le modèle des tribunaux ecclésiastiques les fédérations sportives ou le Comité international olympique ont institué des juridictions qui leur sont propres et dont les sentences sont exécutées sans *exequatur* (90). Dans la sphère limitée de l'activité humaine qui est occupée par une confession religieuse ou une organisation sportive, les mesures arrêtées et les décisions prises ont une effectivité souvent très supérieure à celle du droit étatique.

Entre le droit international et de tels ordres juridiques qui sont eux aussi loin d'être « primitifs » la ressemblance est étroite. La Charte des Nations Unies prévoit parmi les sanctions encourues par un État membre en défaut de satisfaire à l'une de ses obligations la suspension ou l'exclusion (91). Le statut du Conseil de l'Europe contient des sanctions analogues (92). Bien que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme soient privées d'effet exécutoire dans l'ordre interne des États ayant accepté la compétence de la Cour, après une condamnation, parfois en traînant les pieds les États apportent à leur ordre interne les modifications requises par la force obligatoire de la décision dans l'ordre juridique international. La « contrainte » à laquelle ils obéissent n'est pas la menace d'une guerre ou de représailles auxquelles aucun État ne songerait à recourir pour « punir »

(90) Voir notamment : F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 213, (1989-I), n° 45, nos 196-198, n° 264.

(91) Conformément à l'article 5 ou à l'article 6 de la Charte.

(92) Conformément à l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe signé à Londres le 5 mai 1949.

l'État récalcitrant mais la crainte de perdre la réputation d'État respectueux des droits de l'homme.

Pour refuser aux ordonnancements religieux la qualité d'ordre juridique Kelsen impute la sanction qui en émane à « une autorité surhumaine » dont l'existence fondée sur une pure croyance a « un caractère transcendant » qui en rejette les effets dans un au-delà (93). Concernant « la croyance catholique », les actes de l'Église ne sauraient entrer en concours avec le monopole territorial de la contrainte étatique parce que « ces actes n'ont aucun caractère de contrainte (dans un sens étroit du mot) » (94). Toutefois la nature juridique d'un ordonnancement religieux ne saurait dépendre de ce qu'il dispose pour une vie ultra-terrestre mais des mesures par lesquelles il encadre ici-bas les membres de son troupeau et les prépare à la vie éternelle. Le vieux dicton *Hors de l'Église point de salut* est l'expression d'une norme juridique, sans doute la « norme fondamentale » de l'ordonnancement religieux : ceux qui aspirent à l'espèce de salut qu'une confession religieuse promet à ses fidèles doivent accomplir sur cette terre les actes qui sont requis à cette fin de même que le sportif désirent prendre part à une compétition doit se plier aux conditions que lui impose l'organisateur des jeux. Le pouvoir de telles entités leur vient du monopole qui leur appartient. Si même on doit admettre qu'un ordre juridique se définit par son caractère contraignant encore ne saurait-on limiter celui-ci à l'exercice ou à la menace d'un acte de coercition physique.

L'accent placé par Kelsen sur l'exercice d'une contrainte réglée (au sens « étroit » de la coercition matérielle) le conduit à s'interroger sur la qualité d'« ordonnancements » dont la nature contraignante n'est pas douteuse. Il emprunte à Saint-Augustin l'exemple de la bande de voleurs (95). Selon ce père de l'Église, il n'y aurait pas de différence entre l'Empire romain qui règne par la seule force et une bande de voleurs. Ni l'une ni l'autre ne mérite le nom d'ordre juridique parce qu'ils ne satisfont pas à l'idée augustinienne de la justice. Kelsen se sépare certes de Saint-Augustin en ce qui concerne les empires (*regna*) mais même à l'égard de la bande de voleurs, il retient la solution de l'évêque sans s'approprier sa motivation. Après avoir judicieusement distingué « l'ordre interne » que constituent entre eux les membres d'une « bande organisée » de l'injonction qu'ils adressent à un

(93) Dans la *Théorie pure* (1962, § 5, c, pp. 39-42) les « sanctions transcendantales » sont distinguées des « sanctions socialement immanentes ». Les « sanctions » religieuses qui appartiennent à la première catégorie sont placées dans un au-delà soustrait à l'expérience. Voir déjà : KELSEN (1952), p. 5, pp. 13-14. Mais auparavant (1925, p. 134) il avait exprimé une vue plus correcte de la nature des ordonnancements religieux : « Allein, wie jedne Ordnung, als ein System von Normen, kann auch die kirchliche Ordnung nur menschliches Verhalten zum Gegenstand haben, und kann — als erkennbare Ordnung — nur das irdische, diesseitige Verhalten der Menschen als den allein erkennbaren Gegenstand regulieren ». Et dans le même contexte : « Ist die Kirche Rechtsordnung, dann ist sie Staat », ce qu'il appelle « Religionsstaat » (p. 133).

(94) KELSEN (1932), p. 203.

(95) *De civitate Dei*, IV, 4 : Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia ? quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna ?

tiers sous la menace et qu'ils exécutent, le cas échéant, par la force, Kelsen refuse néanmoins toute qualité juridique à un tel groupement. Sa réponse en cascade est embarrassée.

Si l'ordre de contrainte qui fonde cette collectivité, et qui comprend à la fois l'ordre interne et l'ordre externe n'est pas interprété comme un ordre juridique, si sa signification subjective que l'on doit se comporter selon ses dispositions n'est pas reconnue comme sa signification objective aussi, ce sera pour la raison que l'on ne suppose pas une norme fondamentale aux termes de laquelle on doit se conduire conformément à cet ordre, autrement dit : d'après laquelle la contrainte doit être exercée dans les conditions et de la façon que détermine cet ordre. Mais pourquoi ne suppose-t-on pas une telle norme fondamentale ? C'est là la question décisive. On ne la suppose pas, parce que ou plus exactement lorsque cet ordre n'a pas cette efficacité durable à défaut de laquelle on ne suppose pas de norme fondamentale se rapportant à lui, et fondant sa validité objective. Il n'a manifestement pas cette efficacité lorsque les normes de l'ordre juridique à l'intérieur du domaine de validité duquel s'exerce l'activité de la bande sont appliquées effectivement à cette activité traitée en conduite contraire au droit, lorsque la liberté, voire la vie sont enlevées aux membres de la bande par des actes de contrainte qui sont interprétés comme peine privative de liberté, ou peine de mort, et qu'ainsi un terme est mis à l'activité de la bande. Car ceci signifie que l'ordre de contrainte considéré comme un ordre juridique est plus efficace que l'ordre de contrainte qui constitue la base de la bande de voleurs en tant que collectivité (96).

Il y aurait beaucoup à dire sur ce passage de la *Théorie pure* qui est capital pour une exacte compréhension de la pensée de Kelsen. A la vérité, le texte se prête à des interprétations divergentes. Celle qui paraît obvie consiste en ce que le refus d'autoriser la bande de voleurs à accéder à l'empyrée des ordres juridiques soit limité aux cas dans lesquels la force du droit étatique (qui est visé sans être nommément désigné) l'a *effectivement* mise hors d'état de nuire. Mais cette interprétation confine à l'absurde puisqu'elle consiste à annihiler l'objet même de l'analyse : n'est pas un ordre juridique la bande de voleurs qui a été en fait extirpée grâce à la force supérieure d'un autre ordonnancement. On ne peut raisonnablement s'interroger sur la nature de la bande de voleurs que si celle-ci coexiste dans un territoire déterminé non seulement avec les pouvoirs étatiques mais aussi avec des bandes rivales qui se font « la guerre » sans qu'on doive exclure qu'une forme de régularité (la division géographique d'un territoire ou la répartition sectorielle des bandes d'activités mafieuses) organise la concurrence d'activités qui ne sont criminelles qu'au regard du droit de l'État. La bande de voleurs (« Räuberbande ») (97) de Kelsen doit plus à l'image romantique des « Brigands » de Schiller qu'aux gangsters de Chicago. Ceux-ci partagent avec plusieurs autres ordres juridiques un domaine territorial d'effectivité. Ils participent aux cérémonies d'un culte, se marient dans leur paroisse et font baptiser leurs enfants, soutiennent un club sportif et y placent leurs

(96) KELSEN (1962), § 6, c, p. 65.

(97) KELSEN (1960), § 6, c, p. 48.

séides, gèrent des entreprises commerciales au grand jour, blanchissent dans les établissements bancaires les plus honorables l'argent du crime, font immatriculer les véhicules qui servent à le commettre, financent des partis politiques et corrompent des mandataires publics ... Loin de vivre en marge de l'ordonnancement étatique comme Robin des Bois ou les contrebandiers de « *Carmen* », les « bandes de voleurs » s'insèrent dans d'autres ordres juridiques, notamment celui de l'État et le tout ou rien que le texte de Kelsen paraît suggérer apporte au phénomène qu'on s'efforce d'analyser une déformation si profonde qu'il en devient méconnaissable.

Bien sûr, une autre interprétation du texte reproduit ci-dessus est possible : elle consiste à nommer l'ordre juridique dans le domaine territorial duquel agissent ceux qu'on appelle à tort des « hors-la-loi » car ils s'accommodent parfaitement des lois dont le respect sert leurs desseins. C'est évidemment l'État qui est visé et la raison pour laquelle sa norme fondamentale évince toute attribution d'une norme similaire à d'autres ordonnancements est qu'il tient ceux-ci pour illégaux. Il ne serait pas nécessaire que la bande de voleurs fût effectivement éliminée (première interprétation), il suffirait que ses membres fussent contraints à une existence clandestine ou souterraine parce que les règles qu'ils ont conçues ne satisfont pas aux critères de légalité portés par un autre ordre juridique dont la propre effectivité sans réussir à extirper le crime organisé suffit à l'empêcher de se manifester au grand jour. Le monopole de l'exercice de la contrainte physique que l'État prétend assumer sur toute l'étendue de son territoire interdirait de reconnaître la qualité juridique d'autres ordonnancements, si efficaces qu'ils soient, quand ceux-ci défient la volonté de toute-puissance (« la souveraineté ») de l'État. La définition du droit qui sous-tend la doctrine de Kelsen est trop exactement calquée sur le fonctionnement d'un ordre juridique particulier, celui de l'État, pour que l'image fallacieuse de la souveraineté ne réussisse pas à évincer tout exercice concurrent d'un système réglé de contrainte. Non moins que les autres doctrines juridiques la théorie pure du droit exprime avec la rigueur qui lui est propre une expérience sociale particulière, celle de l'État contemporain.

d) *L'exclusion de toute référence au droit naturel*

La loi de la nature (*law of nature*) ou droit naturel (*natural law*) est ouverte à diverses significations. Deux sont particulièrement notables (98). La première est déduite de l'observation des faits, l'attraction sexuelle, les lois de la reproduction humaine, la robustesse et la fragilité du corps

(98) KELSEN lui-même (1937), pp. 236-237, distingue deux écoles de droit naturel, l'une d'inspiration conservatrice, qui soutient les ordres juridiques existants, l'autre qui conteste le droit positif en faisant appel à la justice naturelle. La première école se fonde sur les faits qui contribuent nécessairement à l'élaboration d'un ordre juridique, le seconde sur le droit naturel. Voir aussi : KELSEN (1971), pp. 137-197 ; (1973), pp. 27-60.

humain, la maîtrise que le sujet peut exercer sur sa santé, sur la conception d'un enfant et sur l'interruption de grossesse, l'évolution de la personne de la naissance à la vieillesse à travers l'âge adulte, le vertige de la mort ... Cette première version de la loi de la nature est un conglomérat de maximes d'expérience. Une autre version du droit naturel s'articule autour du concept de justice (naturelle), par la subordination des actions humaines aux fins qui y sont assignées, la poursuite du bonheur, les principes d'égalité et de liberté, une meilleure répartition des ressources naturelles et des biens produits par l'industrie, l'éradication de la guerre et de ses causes, cette dernière étant particulièrement pertinente en droit international (99). La théorie pure du droit exclut tant l'une que l'autre version du droit naturel, la première parce que des considérations de fait, l'observation de ce qui est (*Sein*) ou de ce qui se passe est incompatible avec une théorie « pure », la seconde parce que la norme fondamentale sur laquelle repose la validité de l'ordre juridique est une « hypothèse logique — transcendantale » (100) à laquelle ne saurait être attribué aucun contenu déterminé.

Il est toutefois permis de croire que la pensée de Kelsen s'est raidie sur ce point à partir de la *Théorie pure*. L'ouvrage de 1920 et certains textes sur la paix internationale sont plus accueillants aux fins humaines du droit positif. Alors que les développements et les conclusions de 1920 insistent sur la nécessité — pour des raisons d'ordre logique — d'un ordre mondial selon la primauté du droit international, l'auteur de la *Reine Rechtslehre* refuse de prendre parti sur les mérites respectifs de cette version du monisme et du monisme avec prépondérance du droit étatique. En 1920, Kelsen paraît donner son adhésion à la *civitas maxima* de Christian Wolff (101), préfiguration d'un unique système universel de droit. Pareil schéma n'est pas seulement justifié par sa valeur politique supérieure (il est plus apte à l'instauration d'un ordre mondial pacifique) mais il se recommande aussi en raison de la nature nomologique du droit : le monisme avec primauté du droit étatique est l'expansion de la subjectivité étatique (102) à travers le monde, tandis que la *civitas maxima* exprime le caractère objectif d'une unité globale. Celui qui a délibérément choisi la voie du monisme doit logiquement y accueillir l'ordre juridique universel en la forme du droit international. Sur la place conférée à la doctrine de la guerre juste pour asseoir la qualité juridique du droit international il y a quelque doute à élever. Pareille doctrine est plus un article de foi qu'une réalité et la fonction que Kelsen y assigne requerrait que le sort des armes favorisât le héraut du droit bafoué : comme instrument de redresseur des délits internatio-

(99) Pour une distinction entre quatre orientations de la pensée jusnaturaliste, voir F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi les autres* (Bruxelles, Larcier, 1992), pp. 189-220.

(100) KELSEN (1962), § 34, d, p. 266 ; (1960), p. 204 : *Die Grundnorm als transzendental-logische Voraussetzung*.

(101) KELSEN (1920), Neuntes Kapitel : *Das Völkerrecht als civitas maxima*.

(102) Pour une critique du *Staats-Ich*, voir KELSEN (1930), pp. 23-33 ; (1933 b), p. 23.

naux, elle est inséparable d'une confiance mythique dans le jugement de Dieu (103). Au-delà même de cette objection, la doctrine de la guerre juste réintroduit un élément de morale internationale qui ne se laisse que difficilement concilier avec une théorie pure du droit.

III. — RÉFLEXIONS SUR LE MONISME JURIDIQUE

Les raisons de choisir entre le monisme avec primauté du droit étatique et le monisme sous la prépondérance du droit international sont-elles vraiment de nature purement éthique ? (104) En acceptant le monisme comme hypothèse d'analyse du droit positif, il y a des arguments logiques en faveur de la primauté du droit international, ne serait-ce déjà que parce que l'autre version du monisme aboutit à un pluralisme de fait, en raison de la démultiplication des systèmes de droit étatique exerçant leur primauté sur le droit international. De plus, si l'on accepte, comme le fait Kelsen, que l'une des principales fonctions de l'ordre juridique international est de déterminer le champ de validité des droits étatiques (105), on échappe difficilement à l'affirmation de sa suprématie. Plus qu'aucun autre savant à son époque, Kelsen a démontré la nature idéologique et métajuridique du concept de souveraineté (106). La souveraineté attribuée à l'État consiste en ce que sa norme fondamentale ne vient pas, par dérivation, d'un autre système juridique. C'est pourquoi si l'État doit se conformer au droit international il ne peut être déclaré souverain (107), n'étant qu'un ordonnancement partiel (*Teilordnung*), ni plus ni moins qu'une entité fédérée (108). Alors qu'il se prononce pour la qualité juridique du droit international et bien qu'il y donne une motivation erronée, le caractère coercitif de la guerre et des représailles, Kelsen persiste à hésiter sur le sens de la dérivation : du droit interne au droit international ou vice versa ? Mais une fois réunies deux hypothèses kelséniennes, le monisme et la nature juridique du droit international, comment concevoir les rapports entre les droits internes et le droit international autrement que sous la primauté du second ?

Un des arguments avancés à l'appui de la possibilité logique du monisme avec primauté du droit étatique est qu'aucune matière ne peut être exclue du domaine de compétence d'un ordre juridique. Un aspect positif de cette doctrine qui a été précédemment évoqué est que toute situation humaine est apte à entrer dans la mouvance du droit international. Mais une consé-

(103) Sur le « self-help », voir les développements insérés par Robert W. TUCKER dans la seconde édition de KELSEN (1952), pp. 64-87.

(104) KELSEN (1926), pp. 313-314 ; (1952), pp. 444-447 ; (1953), p. 193 ; (1962), § 44, pp. 449-452.

(105) KELSEN (1926), pp. 249-262 ; (1932), pp. 182-311 ; (1952), pp. 205-209.

(106) KELSEN (1920), p. 240 ; (1953), p. 5, p. 85 ; (1933 *b*), p. 22.

(107) KELSEN (1953), pp. 79-85, p. 81.

(108) KELSEN (1920), pp. 128-130.

quence perverse de pareille plasticité de l'ordre juridique comme tel est la compétence du droit étatique pour régler une situation interétatique. Toutefois, si certaines relations entre États sont soustraites à leur appréhension par le droit interne, la partie du droit international qui serait seule apte à les régir cesserait de pouvoir être tenue pour une branche du droit étatique. Or, dans ses derniers écrits, Kelsen reconnaît que :

there are, it is true, certain matters specific to international law, matters which can be regulated only by norms created by the collaboration of two or several states. These matters are — as pointed out — the determination of the sphere of validity of the national legal orders and the procedures of creating international law itself (109).

Mais cela n'emporte-t-il pas condamnation au moins implicite de l'unité de l'ordre juridique sous la primauté du droit étatique ?

Le monisme juridique est sans doute l'orientation la plus fondamentale de la théorie pure du droit. Kelsen récuse toute forme de dualisme, qu'il s'agisse du droit positif conçu comme un doublet du droit naturel, de la distinction de l'État et du droit ou du « dualisme pessimiste » du Phédon de Platon, le corps y étant conçu comme la prison de l'âme avec la « tendance antisociale » qui accompagne ce dualisme (110). Mais ne faut-il pas jeter le doute sur le bien-fondé d'une hypothèse qui risque d'enfermer la pensée juridique — et la réalité — dans un corset de fer ? Une autre hypothèse, le pluralisme juridique, paraît plus apte à saisir la multiplicité et surtout la diversité des ordres juridiques.

La notion de pluralisme juridique est elle-même plurivoque. Elle signifie d'abord que tous les systèmes de droit ne se modèlent pas sur un patron unique. La fragilité du monisme kelsénien est que sa définition du droit est trop exactement ajustée aux caractères traditionnels du droit étatique et, même, d'un certain type de droit étatique (111). Sans doute cela se vérifie-t-il de la quasi-totalité des doctrines du droit, avec la circonstance aggravante que le théoricien s'inspire le plus souvent d'un modèle d'État particulier, celui qui lui est le plus familier, parce qu'il y est né, en a reçu sa formation ou y enseigne. Mais ce défaut est rendu plus apparent chez Kelsen par l'ampleur de ses ambitions, par les attentes que son génie a réussi à nourrir et par la rigueur apparente avec laquelle il s'efforce de dissimuler les corps étrangers qui s'infiltrèrent malgré qu'il en ait.

Le monisme de l'ordre juridique global prend appui sur une conception trop restrictive du principal critère de la juridicité : l'exercice d'une contrainte réglée. Mais l'erreur moniste consiste ici à n'en admettre d'autre forme que la coercition physique. L'émergence de variétés diverses de

(109) KELSEN (1952), p. 406 ; (1953), p. 117.

(110) KELSEN (1933 a), p. 74-77.

(111) On en a vu une application dans la définition du droit ecclésiastique comme « *Religionsstaat* », note 93.

« droit assourdi » (*soft law*) (112) s'ajoute aux exemples déjà analysés d'actes de contrainte privés de la maîtrise exclusive d'un espace de coercition matérielle.

Une autre acception du pluralisme juridique risquerait de paraître plus banale : il existe une multiplicité d'ordres juridiques qui se répartissent par familles selon les traits spécifiques qu'ils ont en partage, droits étatiques, ordonnancements religieux, sportifs, économiques, etc... Parmi tous ces ordres juridiques le droit international occupe une place qui n'appartient qu'à lui. L'unicité est son attribut principal non seulement parce que sa vocation est œcuménique mais aussi parce qu'il est un hapax : il a des traits spécifiques qu'il ne partage avec aucun autre ordre juridique et il combine de manière différente des attributs qu'on peut relever ailleurs. L'erreur radicale de ceux qui se sont interrogés sur la nature juridique du droit international a consisté à vérifier s'il s'alignait sur un modèle aux traits juridiques plus connus ou paraissant mieux attestés, avec, comme il aurait été prévisible, une attention particulière au droit étatique. A l'intérieur de l'ordre juridique universel il existe une multiplicité de systèmes juridiques, régionaux, économiques, culturels (113) et ici de nouveau une espèce de rage classificatoire s'est emparée des doctes. Les controverses relatives à la qualification des Communautés européennes, puis de l'Union européenne en sont une illustration. La partie la plus fragile de la synthèse kelsénienne est la place qu'y occupe une définition du droit adaptée au droit étatique et peut-être même seulement au *Rechtsstaat* du XIX^e siècle, alors qu'il appartient à chaque ordre juridique de définir les termes de sa propre juridicité. La science du droit n'a aucune compétence à exercer sur la définition du droit.

Le problème des conflits de lois de droit international privé dont, à la différence d'un des principaux théoriciens du pluralisme juridique, Santi Romano (114), Kelsen semble s'être peu préoccupé contribue encore à souligner le caractère inadéquat de l'hypothèse moniste. Il arrive qu'« une personne » soit soumise aux commandements inconciliables émanant d'ordres juridiques différents. Tel le citoyen italien baptisé qui se propose d'épouser une Marocaine de religion musulmane. Le mariage civil célébré en Italie est valable selon le droit italien mais sans effet en droit canonique et prohibé par le droit marocain. S'il est suivi d'une célébration canonique il entre dans l'ordre juridique de l'Église catholique. Conformément à l'analyse kelsénienne, (*supra*, II, b), les trois ordres juridiques n'ont pas pour destinataire la même « personne ». Chacun des partenaires est porteur d'attributs

(112) F. RIGAU, (note 90), n° 256, n° 264 : I. SEIDL-HOHENVELDERN, « International Economic Soft Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 163 (1979-III), pp. 165-246.

(113) Dont Kelsen lui-même a bien perçu l'émergence (*supra*, note 24).

(114) *L'ordinamento giuridico*, Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, Parte prima (Pisa, Tipografia editrice Cav. Mariotti, 1917), notamment pp. 93 et s.

qui lui sont conférés par un seul ordre juridique et qui sont sans pertinence dans les systèmes concurrents ou n'y ont pas la même signification. Le baptême qui détermine l'affiliation à l'ordre juridique canonique est sans pertinence pour l'ordre juridique italien et il entraîne un effet d'exclusion selon le droit d'un pays islamique qui prohibe le mariage d'une musulmane avec un infidèle. A l'inverse, l'appartenance de la jeune fille à la communauté des croyants est capitale selon le droit marocain, sans pertinence dans un ordre juridique civil et elle établit selon le droit canonique l'obstacle particulier de la différence des cultes. Ainsi, la personne humaine, l'individu existant est couvert de masques différents qui lui servent d'entrée en chacun des ordres juridiques qui l'ont reconnu pour sien et qui, le rendant destinataire de commandements appropriés, le font participer à une relation juridique exclusive de toute autre. Aucune contradiction logique n'oppose les trois ordres juridiques qui opèrent indépendamment l'un de l'autre. Quant au « conflit de lois » il est également pris en charge par chaque système et il se clôture par une décision qui y met fin, ce qui est aussi conforme à la doctrine kelsénienne. Mais il reste que la même personne (non plus au sens du droit mais de l'expérience de la vie) est sujette à des commandements contradictoires et que si la science du droit veut surmonter une situation existentiellement sinon juridiquement conflictuelle ce ne peut être que par la voie d'une méthode pluraliste.

ŒUVRES DE KELSEN

- (1911 a) *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, Mohr, 1911.
- (1911 b) *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, Mohr, 1911.
- (1920) *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.
- (1925) *Allgemeine Staatslehre*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausg. von E. Kohlrausch. W. Kaskel, A. Spiethoff, Bd XXIII, Verlag von Justus Springer, Berlin, 1925.
- (1926) « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 14 (1926-IV), 231-331.
- (1928 a) *Die philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Philosophische Vorträge veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, Bd 31, Pau Verlag, Rolf Heise, Charlottenburg, 2, 1928.
- (1928 b) « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », 35 *Revue du droit public et de la science politique* (1928), 197-257.
- (1929 a) *Justiz und Verwaltung*, Wien, Springer, 1929.
- (1929 b) *Vom Wesen und Wesen der Demokratie*, 2^e umgearbeitete Auflage, Tübingen J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1929.

- (1930) *Der Staat als Integration*, Wien, Springer, 1930.
- (1931) *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?*, Berlin-Grünwald, Rothschild, 1931.
- (1932) « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 42 (1932-IV), 121-351.
- (1933 a) « Die platonische Liebe », 19 *Imago : Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse* (1933), 34-98 ; 225-255.
- (1933 b) *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1933.
- 1934) *Reine Rechtslehre*, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Franz Deuticke, Leipzig und Wien, 1934.
- (1935) *The Legal Process and International Order*, The New Commonwealth Institute Monographs, London, Constable and Co Ltd, 1935.
- (1937) « The Function of the Pure Theory of Law », *Law, A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, pp. 231-241.
- (1941) « Essential Conditions of International Justice », *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, 70.
- (1942) *Law and Peace in International Relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1942.
- (1943) *Society and Nature*, A Sociological Inquiry, The Univ. of Chicago Press, Chicago, Ill., 1943. Le même ouvrage fera l'objet d'une publication en allemand : *Vergeltung und Kausalität*, Eine soziologische Untersuchung, W.P. von Stockum and Zoon, The Hague, Chicago, Ill., The Univ. of Chicago Press, 1946.
- (1944) *Peace through Law*, Chapel Hill, The Univ. of North Carolina Press, 1944.
- (1945 a) « The Old and the New League : the Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals ». 39 *American Journal of International Law* (January 1945), 45-83.
- (1945 b) « The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin », 39 *American Journal of International Law* (1945), 518-526.
- (1950) *The Law of the United Nations*, A critical Analysis of its Fundamental Problems, London, Stevens and sons, 1950.
- (1952) *Principles of International Law*, Rinehart and Company, Inc., New York, 1952. The second edition of that work was edited with revisions by Robert W. Tucker, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966. Sauf mention contraire, c'est la première édition qui a été citée.
- (1953) « Théorie du droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 84 (1953-III), 5-203.
- (1960) *Reine Rechtslehre*, Zweite, Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1960, Nachdruck 1992, Österreichische Staatsdruckerei, Wien, 1992.
- (1962) *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^e édition de la « Reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

- (1970) *The Pure Theory of Law*, transl. from the 2d (rev. and enlarged) German edition of the *Reine Rechtslehre* (1960) by Max Knight, Univ. of California Press, Berkeley, 1970.
- (1971) *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays by Hans Kelsen, Univ. of California Press, 1971.
- (1973) *Essays in Legal and Moral Philosophy*, selected and introduced by Ota Weinberger, D. Reidel Publ. Cy, Dordrecht/Boston, 1973.