

**LES IDÉES CONSTITUTIONNELLES DE
RAYMOND CARRÉ DE MALBERG
(1861-1935)**

Pierre Brunet

*Professeur à l'Université Paris X-Nanterre
Centre de « Théorie et Analyse du Droit »
UMR CNRS 7074*

À paraître dans

Le constitutionnalisme au XX^e siècle

Sous la dir. de

José Gamas Torruco, Diego Valadés et *alii* (Mexique)
& François Julien-Laferrrière, Éric Millard, et *alii* (France)

Considérée comme l'une des plus importantes contributions au droit constitutionnel et à la théorie de l'État, l'œuvre de Raymond Carré de Malberg (1861-1935) n'a jamais cessé de susciter l'intérêt voire l'admiration ainsi que la réflexion des juristes de droit public tant en France qu'à l'étranger. Carré de Malberg exerça une forte influence sur la doctrine de son temps au point qu'à sa mort, certains voyaient en lui l'« un des guides de la pensée juridique française »¹.

Reçu premier au concours d'agrégation de 1890, Carré de Malberg commença sa carrière de professeur à la Faculté de droit de Caen puis de Nancy pour enfin s'établir à Strasbourg, où il succède à Paul Laband, en 1919. Il retrouvait alors l'Alsace que sa famille avait choisi de quitter après la guerre de 1870 au cours de laquelle son père fut tué à Metz.

Au-delà même de sa pensée, Carré de Malberg se distingue par son style : moins brillant que profond, volontiers analytique, souvent subtil et toujours minutieux. Au risque d'agacer le lecteur pressé ou de perdre les lecteurs même les plus attentifs, la phrase de Carré de Malberg frappe par sa densité, sa longueur aussi, tout comme ses notes de bas de page qui constituent un commentaire très enrichissant des propos tenus dans le texte. Bref, Carré de Malberg exige de ses lecteurs autant qu'il exigeait de lui-même.

L'œuvre fait aujourd'hui l'objet d'une relecture approfondie qui tend à souligner certaines contradictions au sein de sa méthode positiviste sans nier l'homogénéité de sa doctrine ni la

¹ G. Burdeau, *Rev. Droit Public*, 1935.

pertinence sinon la profondeur de ses analyses qui échappent largement à l'emprise du temps.

I. Présentation de l'oeuvre

L'oeuvre de Carré de Malberg tient en peu d'ouvrages. À la différence de certains de ces contemporains, il ne fut pas l'auteur de traités ou de précis de droit public maintes fois édités mais celui de trois ouvrages d'ampleur très différente.

Le premier – la *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données du droit public français* – est de loin le plus important. Publié en deux volumes en 1920 et 1922, il fut en réalité rédigé bien avant la Première guerre mondiale. Si Carré de Malberg feint certes de douter de l'opportunité d'une telle publication, il ne renoncera guère aux thèses qu'elle contient. Comme l'indique son titre complet, l'ouvrage se présente à la fois comme une théorie générale et purement juridique de l'État – à l'image de ce que les grands juristes allemands ont eux-mêmes produit un peu plus tôt – et comme une théorie propre au droit public français. Cette double finalité se manifeste dans le découpage même de l'ouvrage : une première partie est en effet consacrée aux éléments constitutifs de l'État, au sens général du terme. Elle est suivie de deux autres parties (l'une consacrée aux fonctions de l'État ; l'autre aux organes de l'État) qui concernent en réalité le droit constitutionnel français depuis la Révolution et, plus précisément, certains principes d'organisation de l'État français propres à 1789 et que Carré de Malberg tient pour des principes de droit positif.

Plus modeste dans ses ambitions, l'ouvrage *La loi, expression de la volonté générale* entend décrire le concept de loi qu'a produit le système constitutionnel mis en place par les lois de 1875, comme l'indique son sous-titre : *Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Carré de Malberg cherche ainsi à montrer qu'en dépit de leur laconisme et de leur brièveté, qui sont le résultat des circonstances dans lesquelles elles furent adoptées, les lois constitutionnelles s'inscrivent dans la droite filiation des principes énoncés par la Révolution française. Parmi ces principes figure celui selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale. De ce dernier découle logiquement la prééminence de l'organe législatif sur tous les autres. Ainsi, la théorie de la loi telle qu'elle résulte de la Constitution de 1875 serait la même que celle issue de la Constitution de 1791. Mais Carré de Malberg ne s'arrête pas là et la finalité initiale se double d'une autre, qui consiste en une évaluation critique du régime de domination absolue du Parlement.

Enfin, dans un petit volume au titre fort explicite – *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français* – Carré de Malberg entreprend de montrer que la théorie élaborée par Kelsen et Merkl est impuissante à rendre compte du système constitutionnel français car ce dernier ne consiste pas en une gradation des normes mais des organes. À son sommet se trouve l'organe législatif qui dispose, depuis la Révolution française, du pouvoir d'exprimer la volonté générale et apparaît comme le seul créateur authentique du droit, tous les autres organes étant en situation de subordination à son égard.

À côté de ses trois ouvrages, Carré de Malberg a publié quelques articles qui, bien souvent, annoncent ou prolongent – et parfois reprennent – certaines démonstrations exposées dans la *Contribution*.

C'est par exemple le cas de son premier article important sur « La condition juridique de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand »² ou encore de ses deux textes relatifs à la Constitution de Weimar³, dans lesquels il développe ses thèses fondamentales sur le fédéralisme et dont on trouve de nombreuses traces dans le premier tome de la *Contribution*.

C'est également le cas de ses « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme »⁴ dans lequel il complète sa critique envers la domination absolue du Parlement en proposant d'introduire la procédure référendaire, seule susceptible à ses yeux de rendre au peuple sa souveraineté et lui permettant d'exprimer réellement la volonté générale. Cet article retient l'attention à un second titre car, outre la proposition principale, on y trouve nombre de critiques à l'égard de ce que De Gaulle appellera par la suite le « régime des partis » ainsi qu'un appel à un « rationalisation du parlementarisme ». Sans doute cet article exerça-t-il quelque influence sur ceux qui, plus tard, auraient la responsabilité d'élaborer une nouvelle constitution dont le but avoué était précisément d'en finir avec le régime des partis. Mais cela ne permet certainement pas d'affirmer que Carré de Malberg fut l'un des pères spirituels ou le principal inspirateur de la Cinquième république et l'on doit reconnaître qu'aucune des thèses défendues par Carré de Malberg ne tend à défendre

² *Rev. Droit Public*, 1914, p. 5-47.

³ « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1924, p. 285-325 et « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1925, p. 321-347 et 398-425.

⁴ *Rev. Droit Public*, 1931, p. 225 s.

un parlementarisme aussi rationalisé que celui mis en place par le texte de 1958.

Deux autres textes, relatifs au contrôle de constitutionnalité⁵, retiennent l'attention du juriste contemporain. Carré de Malberg y entreprend de démontrer que le contrôle de constitutionnalité de la loi n'est aucunement compatible avec le texte de la Constitution de 1875 mais encore qu'il serait contraire aux traditions juridiques et politiques françaises telles qu'établies depuis 1789.

On aperçoit ainsi les principales thèses de Carré de Malberg.

II. Les principales thèses

II.1. L'État comme personne juridique souveraine

Fortement influencé par les auteurs allemands, et notamment Georg Jellinek et Paul Laband, Carré de Malberg souhaite élaborer une théorie générale et purement juridique de l'État. Cela le conduit, par conséquent, à rejeter les définitions dites classiques tendant à définir l'État par ses éléments constitutifs, à savoir un territoire, une population, un gouvernement. La faiblesse d'une telle définition vient de ce qu'elle confond des éléments de fait et des éléments de droit : « ces divers facteurs combinés vont bien avoir l'État pour résultante, mais l'État ne se confond avec aucun d'eux » explique Carré de Malberg. Si l'on cherche à donner une définition juridique de l'État, il faut donc s'abstraire de ces faits soumis à la contingence et ne retenir que les éléments juridiques. Or, explique-t-il, « au point de vue juridique, l'essence propre de toute communauté étatique consiste d'abord en ceci que, malgré la pluralité de ses membres et malgré les changements qui s'opèrent parmi eux, elle se trouve ramenée à l'unité par le fait de son organisation (...) Tel est le fait juridique capital dont la science du droit doit tenir compte, et elle ne peut en tenir compte qu'en reconnaissant dès lors à l'État, expression de la collectivité unifiée, une individualité globale distincte de celle de ses membres particuliers et transitoires, c'est-à-dire en définissant l'État une personne juridique »⁶.

II.1.1. L'État comme personne juridique

On reconnaîtra sans mal qu'une telle affirmation n'est pas particulièrement originale à l'époque. Là encore, les juristes

⁵ « La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, p. 339-354 et « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 144-161.

⁶ *Contribution*, t. 1, p. 8-9.

allemands furent pour beaucoup dans l'avènement de cette thèse que l'État est une personne juridique. Les juristes français avaient eux-mêmes très largement repris l'affirmation comme une évidence. Des divergences existaient certes sur la question de la réalité de cette personne. Certains juristes présentaient cette théorie de la personnalité de l'État comme une fiction, les autres comme une réalité. Mais le débat était rendu confus par l'ambiguïté avec lesquels les termes de « fiction » et de « réalité » étaient employés.

Ainsi, en France, un juriste comme Léon Duguit exigeait de la connaissance juridique qu'elle s'en tienne aux faits empiriques. Or, empiriquement expliquait-il, l'État n'est rien d'autre que la somme de ceux qui agissent en son nom, c'est-à-dire, les gouvernants, ce qu'il résumait d'une formule provocatrice : « la volonté étatique n'est *en fait et en réalité* que la volonté des détenteurs du pouvoir, des gouvernants »⁷. De là, il prétendait pouvoir conclure que la personnalité de l'État n'était qu'un leurre, un mythe dont tout juriste devait se débarrasser au nom du « réalisme » (le terme n'était pas entendu au sens ontologique mais au sens d'une théorie de la connaissance).

Inversement, d'autres juristes présentaient l'État comme une réalité en soi, distincte de ses membres et dotée d'une volonté propre. Mais une telle conception devait fort peu à un quelconque réalisme, sinon un réalisme ontologique, d'inspiration médiévale, selon lequel il existe des êtres collectifs à côté des êtres singuliers. Dans ces conditions, il est parfaitement concevable de reconnaître l'existence d'une volonté collective à côté de la volonté individuelle.

Or, dans le droit fil de Jellinek, Carré de Malberg réfute l'une et l'autre thèse au nom du caractère purement juridique de la personnalité de l'État. Ici, il faut bien comprendre que « purement juridique » s'oppose aussi bien à « empirique » qu'à « ontologique ». L'État n'est pas une personne réelle, certes, mais comme ceux qui défendent la thèse d'une personnalité de l'État ne l'entendent pas au sens empirique, la critique prétendument réaliste manque sa cible. En d'autres termes, il n'y a rien à démystifier car il n'y a aucune mystification. Comme l'explique fort bien Carré de Malberg, « l'État ne doit pas être envisagé comme une personne réelle, mais seulement comme une personne juridique (...), l'État n'apparaît comme une personne qu'à partir du moment où on le contemple sous son aspect juridique »⁸. De même, l'État n'étant pas une entité

⁷ *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, p. 48, cité par Carré de Malberg, *Contribution*, I, p. 21 n. 15 ; v. aussi L. Duguit, *L'État*, t. 1, p. 261 : « la volonté étatique n'est *en fait* que la volonté des gouvernants ». Nous soulignons.

⁸ *Contribution*, t. 1, p. 27.

réelle au sens ontologique, sa personnalité ne disparaît pas au seul motif que ceux qui la pensent refusent d'y associer une volonté collective. Carré de Malberg est ici très net : « La notion d'une volonté réelle de la collectivité, même basée sur l'idée d'une fusion des volontés individuelles, n'est pas davantage acceptable »⁹. Ainsi, à la question de savoir pourquoi l'État doit être envisagé comme une personne juridique, Carré de Malberg répond, comme tous les positivistes, que le concept juridique de « personne » sert à unifier une multitude, à imputer à une entité un ensemble d'actes distincts les uns des autres. Bref, comme tout juriste positiviste, Carré de Malberg admet que la personnalité de l'État doit s'entendre moins comme une fiction que comme une abstraction purement juridique.

Dans le contexte de l'époque, une telle affirmation n'est pas sans soulever d'autres difficultés, notamment concernant la relation entre État et nation. Une fois admise l'idée de personnalité juridique de l'État, faut-il voir celui-ci comme une entité juridique « à côté » de la nation, ou bien doit-on considérer que la nation est absorbée par l'État ? Là encore, l'approche positiviste, en ce qu'elle se veut « purement » juridique, se doit de distinguer le fait et le droit. Si par « nation » on entend désigner un corps d'individus, il est certain que cette nation n'a guère d'existence au plan juridique. En revanche, si on entend désigner un corps d'individus organisés, soumis à des normes et dotés d'un gouvernement, alors cette nation n'est juridiquement rien d'autre que l'État. C'est en ce sens qu'Esmein pouvait écrire, bien avant Carré de Malberg, que « l'État est la personnification juridique de la nation »¹⁰.

Mais comment agira cet État ? Esmein apportait une réponse, reprise ensuite par nombre de juristes : « l'État, sujet de la souveraineté, n'étant qu'une personne morale, il faut que la souveraineté soit exercée en son nom par des personnes physiques, qui veuillent et agissent pour lui »¹¹. Cette réponse n'est pas dépourvue d'une certaine ambiguïté. Elle laisse en effet supposer, au mieux, que le concept de personnalité de l'État ne suffit pas à concevoir ce dernier comme une unité juridique lorsque c'était précisément là que résidait son utilité. Au pire, cette affirmation laisse entendre que la personnalité de l'État devrait se doubler de l'action de personnes physiques au risque, si cela devait être le cas, de créer un dualisme au sein de l'État ce que la notion de personnalité visait précisément à

⁹ *Contribution, ibid.*

¹⁰ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 4^e éd., 1906, p. 4.

¹¹ A. Esmein, *ibid.*

éviter. On mesure alors l'importance de l'objection que Carré de Malberg adresse à Esmein : « Cette façon de raisonner renverse l'ordre naturel des choses. Il n'est pas exact de dire que l'État a besoin d'organes parce qu'il est une personne, mais la vérité est qu'il est une personne en raison de ce qu'il est une collectivité *organisée*. Logiquement, la notion d'organe précède celle d'État »¹². On ne saurait trop insister sur ce point car il concentre en lui tout l'intérêt de la démarche positiviste qu'adopte Carré de Malberg et qui le conduit à séparer le fait du droit, la nation de l'État, la volonté des individus – fussent-ils de gouvernants – de la volonté de l'État.

II.1.2. La souveraineté de l'État et dans l'État

Enfin, cet État auquel on reconnaît une personnalité, se voit également attribuer la souveraineté. Cela n'est pas sans soulever quelques problèmes.

Le premier d'entre eux est de savoir si la souveraineté est le critère de l'État, autrement dit, s'il peut exister des États non souverains. On sait que Bodin affirmait qu'il ne saurait y avoir de République – au sens que ce terme possédait au XVI^e siècle – sans souveraineté. L'apport de Carré de Malberg n'est dans l'ensemble guère original. Il livre toutefois une pertinente analyse sémantique du terme « souveraineté » et éclaire ainsi une question que la doctrine classique tendait à rendre très obscure.

En français, les nombreuses ambiguïtés et confusions que l'emploi de ce terme suscite vient de qu'il recouvre trois significations différentes : 1°) « le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante et en particulier de la puissance étatique » ; 2°) « l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État et il est par suite synonyme de cette dernière » ; 3°) « il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »¹³. La langue allemande, en revanche, dispose de trois termes différents correspondant à chacune des significations : le terme « *Souveränität* » désigne la puissance étatique ou puissance de l'État en tant qu'elle s'oppose à toute autre puissance – il faut ici entendre le terme puissance au sens organique – ; le terme « *Staatsgewalt* » désigne les pouvoirs de l'État ou encore ce que Carré de Malberg appelle la puissance d'État et que Bodin désignait du terme français « souveraineté » ; enfin, le terme « *Herrscher* » désigne le souverain, l'organe suprême dans

¹² *Contribution*, t. 1, p. 62, n. 9, souligné par Carré de Malberg.

¹³ *Contribution*, t. 1, p. 79.

l'État, celui qui détient la « Herrschaft », dont la volonté prime celle de tout autre organe ou encore celui qui n'a pas de supérieur. Une fois admises ces distinctions, il ne semble guère contestable que seule la puissance d'État est impérativement nécessaire à l'État, mais non la souveraineté au sens d'absolue indépendance de la puissance étatique (*Souveränität*).

Cette analyse conceptuelle permet d'examiner sous un angle neuf la question délicate du caractère étatique des États fédérés dans l'État fédéral. En effet, nombre de juristes refusaient de voir les États fédérés comme de véritables États au motif qu'ils ne disposaient pas, disaient-ils, de la « souveraineté ». Mais ils employaient alors le terme au sens de *Souveränität*, sans distinguer ce dernier de la puissance d'État. Fort de cette distinction, Carré de Malberg n'a, quant à lui, aucun mal à considérer les États fédérés comme des États car ces derniers disposent de la puissance d'État ou encore, comme le disait Georg Jellinek, une puissance originaire, une « autonomie ».

Ainsi, d'un point de vue purement théorique, il ne semble pas inconcevable de parler de la souveraineté de l'État ainsi que de la souveraineté dans l'État pour désigner l'organe souverain. Pourtant, expliquera Carré de Malberg, « le droit public français a pris à cet égard une toute autre position » : il est dominé par le principe de la souveraineté nationale.

II.2. La souveraineté nationale et la représentation

Le principe de la souveraineté nationale joue un rôle considérable chez Carré de Malberg en ce qu'il lui sert à souligner l'originalité de l'ordre juridique français instauré depuis la Révolution au regard des autres ordres juridiques qu'ils soient nationaux (telle la monarchie absolue dans la France de l'Ancien régime) ou étrangers (on pense à l'Allemagne). On voit par ailleurs ici à l'œuvre l'utilisation que fait Carré de Malberg de ce qu'il appelle les « données du droit public français ». En effet, le principe de souveraineté nationale, qui résulte de l'article 3 de la Déclaration de 1789 et des articles 1^{er} et 2 du Titre III de la Constitution de 1791, n'aurait selon lui jamais disparu de l'ordre juridique national.

II.2.1. Le principe de la souveraineté nationale

Cela étant, dans quel sens doit-on comprendre le terme « souveraineté », dont on a dit qu'il était ambigu, dans l'expression « souveraineté nationale ». Selon Carré de Malberg, le terme est ici « synonyme d'absolue indépendance, il marque aussi une sommité de volonté et de puissance »¹⁴, bref, il

¹⁴ *Contribution*, t.1, p. 88, n. 4.

recouvre ce que la langue allemande désigne par *Souveränität* et que Carré de Malberg s'est engagé à appeler « souveraineté ». Mais le terme ne désigne en revanche pas ce que Carré de Malberg appelle puissance étatique ou encore puissance d'État, c'est-à-dire l'ensemble des pouvoirs que l'État exerce au moyen de ses organes.

Selon ce principe, donc, seule la nation est souveraine et par nation, explique Carré de Malberg, « les fondateurs du principe ont entendu la collectivité "indivisible" des citoyens, c'est-à-dire une entité extra-individuelle, donc aussi un être abstrait, celui-là même en définitive qui trouve en l'État sa personnification »¹⁵. Affirmer dès lors que la souveraineté appartient à la nation revient ainsi à poser une règle négative au terme de laquelle nul ne peut prétendre exercer personnellement ou individuellement tout ou partie de la souveraineté.

On ne saurait trop insister sur ce qui apparaît aux yeux de Carré de Malberg comme « un grand progrès » que la Constituante aurait fait accomplir au droit public car, pour lui, la souveraineté nationale s'oppose à la fois à la souveraineté monarchique et à la souveraineté populaire. En effet, tant la souveraineté monarchique que la souveraineté populaire souffrent d'un même défaut : celui de fonder le pouvoir du roi ou du peuple sur une compétence personnelle ou individuelle du ou des gouvernants, en sorte que le monarque comme le peuple peuvent se trouver en situation d'exercer directement le pouvoir qu'ils détiennent. Or, explique Carré de Malberg, cet exercice direct de la souveraineté est incompatible avec le concept même d'État. Ce dernier point est capital à ses yeux. Il constitue, si l'on peut dire, le cœur de sa théorie de l'État, à savoir que « l'État ne peut prendre naissance que moyennant une organisation sociale, génératrice de puissance dominatrice », ou autrement dit que « la notion d'État suppose essentiellement une communauté organisée, c'est-à-dire pourvue d'un certain ordre juridique relatif à l'exercice de la puissance publique et régie par une loi organique qui n'est autre que la Constitution de l'État »¹⁶. Ainsi, le principe de la souveraineté nationale est-il supérieur à la souveraineté monarchique et à la souveraineté populaire parce qu'il institue le lieu de la souveraineté comme un lieu vide et découle directement de la définition de l'État comme personnification juridique de la nation.

¹⁵ *Contribution*, t. 1, p. 87.

¹⁶ *Contribution*, t. 1, p. 166.

On mesure ainsi l'importance que revêt aux yeux de Carré de Malberg l'apport de la Révolution française ou plus précisément celui de la Constitution de 1791 et de la Déclaration de 1789. Ce qu'il n'hésite pas à qualifier de « vérité théorique » – à savoir qu'il ne peut y avoir de souveraineté que de l'État en tant que personnification de la nation ou encore qu'il n'y a d'État qu'une fois que l'on a distingué le souverain de ceux qui exercent la souveraineté – a été gravé dans le marbre par ces mêmes textes. En somme, la Révolution française a découvert, dégagé ou mis au jour, une vraie théorie de l'État ou, mieux encore, une théorie vraie de l'État.

La preuve, si l'on peut dire, vient de ce que la Révolution française a également dégagé une théorie de l'organe d'État que les auteurs allemands n'ont fait que redécouvrir.

II.2.2. Représentation et théorie de l'organe

La doctrine de l'organe occupe une place considérable dans la *Contribution*, au point que l'on peut, sans grand risque de se tromper, affirmer qu'elle constitue l'un de ses apports majeurs, même si Carré de Malberg prétend exposer une théorie qu'il attribue à Gierke et à Jellinek et à laquelle Laband se serait rallié un peu plus tard. Il y a cependant, note Carré de Malberg, une petite différence entre Jellinek et Gierke. Attaché à une conception organiciste, ce dernier admet l'idée d'une volonté collective primaire, existant réellement et naturellement au sein des collectivités étatiques¹⁷. Jellinek, au contraire, rejette un tel réalisme et insiste sur le fait qu'il s'agit d'une « idée purement juridique ». Carré de Malberg se rallie évidemment à cette position.

Quelle était l'utilité de cette théorie de l'organe et à quelle question devait-elle répondre ? À celle-ci : comment – et par qui – sera exercée cette « puissance d'État » que d'aucuns, peu prudents, seraient tentés d'appeler souveraineté ?

En effet, la théorie de l'organe telle que la présente Jellinek, peut être résumée ainsi : « Les actes de volonté faits par les membres d'une collectivité unifiée en vue du but unitaire de celle-ci présentent un double aspect. Dans le monde physique, ce sont des actes de volonté d'individus ; dans le monde juridique, ce sont purement des actes de volonté de la communauté. L'individu chargé de vouloir devient, au point de vue juridique, un organe de la volonté de la communauté »¹⁸.

¹⁷ Sur ce point, v. Gierke O. v., "Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien", *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, XXX, 1874 (153-265).

¹⁸ G. Jellinek, cité par Carré de Malberg, *Contribution*, t. 2, p. 296.

Carré de Malberg semble s'y rallier pleinement qui écrit : « il faut entendre par organes les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité et dont la volonté vaut, de par cette habilitation statutaire, comme volonté légale de la collectivité »¹⁹.

La raison pour laquelle Carré de Malberg adhère à la théorie de l'organe est double.

D'une part, cette théorie permet de donner une signification juridique à des faits et évite ainsi l'aporie à laquelle se heurtait la thèse dite « réaliste » défendue par Duguit qui voulait ne voir, dans les actes des gouvernants, que des actes de volonté individuelle. La théorie de l'organe, elle, rend compte de cette situation complexe où une volonté individuelle vaut juridiquement comme volonté d'une collectivité laquelle n'existerait pas sans l'intervention – l'imputation – de cette volonté. Pour autant, elle ne nie aucunement le fait social incontestable que « les décisions prises par l'organe reposent sur un acte de volonté personnelle de celui-ci » mais cela vient de ce que « en réalité, les personnes collectives n'ont point de volonté propre »²⁰ : elle ne peuvent exister que par leurs organes. Ainsi, la théorie de l'organe est-elle, sinon consubstantielle du moins partie intégrante de la théorie moderne de l'État telle que Carré de Malberg la conçoit. D'autre part, Carré de Malberg tient à montrer que si la théorie de l'organe est de « construction allemande, les matériaux en ont été fournis, en bonne partie, par les travaux et les discours des constituants français de 1791 »²¹. Pour ce faire, il est néanmoins quelque peu contraint de s'éloigner tant de la théorie allemande que de la conception révolutionnaire.

II.2.2.1. Carré de Malberg et Jellinek

La seule différence, en apparence anodine, qui sépare le concept d'organe de Jellinek de celui de Carré de Malberg vient de l'emploi par ce dernier de l'expression « volonté légale » lorsque Jellinek, lui, ne parle que de volonté de la communauté sans autre qualification. Or, cette expression de « volonté légale » peut être entendue en deux sens : elle peut signifier, d'une part, que la volonté posée est conforme à la loi ; elle peut, d'autre part, exprimer que la volonté posée vaut juridiquement comme loi.

¹⁹ *Contribution*, t. 2, p. 286.

²⁰ *Contribution*, t. 2, p. 306.

²¹ *Contribution*, t. 2, p. 298.

Carré de Malberg précise parfois sa pensée en expliquant qu'un organe est un individu chargé d'exprimer une « volonté initiale » ou encore une « volonté primordiale et supérieure »²². Il ne fait guère de doute que ces expressions doivent s'entendre au sens propre. Pour Carré de Malberg, l'individu auquel s'attache la qualité d'organe pose une volonté qui conditionne la conduite d'autres individus. On doit donc considérer qu'un organe est un individu qui exerce une fonction juridique spécifique, déterminée, celle de créer une volonté, la volonté de l'État. Mais comment déterminer qu'une fonction est une fonction de création du droit ? Là encore Carré de Malberg prend soin de préciser qu'un individu ne peut être un organe qu'en vertu d'une habilitation constitutionnelle. C'est donc à la Constitution qu'il revient de « déterminer les personnes qui seront chargées de vouloir pour le compte de l'être collectif »²³. En définitive, le concept d'organe de Carré de Malberg désigne l'individu qui exprime non pas une volonté conforme à la loi mais une volonté qui vaut juridiquement comme loi et qui, par là même, conditionne la conduite d'autres individus chargés de l'exécuter. Autrement dit, l'organe chez Carré de Malberg c'est celui que la Constitution désigne comme le législateur.

Rien de tel chez Jellinek qui adopte un concept strictement fonctionnel limitant sa définition de l'organe à l'exercice d'une fonction juridique quelle qu'elle soit : sera considéré comme organe aussi bien le législateur que le juge ou l'administrateur²⁴. En effet, pour Jellinek, ce que doit contenir la Constitution ne se réduit pas à la désignation du seul organe chargé d'exprimer la seule et unique volonté de la collectivité. La volonté dont parle Jellinek est celle de l'organe et, selon lui, tous les individus désignés par la Constitution verront leur volonté attribuée à la collectivité et non à eux-mêmes. Autrement dit, Jellinek ne parle pas du seul législateur mais son propos, comme sa définition, intègrent également l'administration. Le concept de volonté, chez Jellinek, ne se réduit pas au concept de « loi » et le mot « volonté » est utilisé dans son sens le plus ordinaire et non au sens juridique de « volonté légale » ou de « volonté législative ».

²² *Contribution*, t. 2, p. 386, 390 et 404.

²³ *Contribution*, t. 2, p. 286.

²⁴ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, t. 2, p. 224 : « Chez les peuples civilisés... le cours réel de l'organisation politique se rattache étroitement aux règles juridiques, en sorte que la désignation de l'individu à la qualité d'organe ne peut avoir lieu qu'en conformité de dispositions réglant juridiquement cette désignation du titulaire de chaque fonction. La compétence des différents organes, la façon dont leur volonté s'exprime, les conditions nécessaires à la validité juridique de cette expression de leur volonté, voilà autant d'objets qui doivent être fixés en des principes juridiques ».

Lorsqu'il souhaite établir une distinction matérielle, substantielle entre les organes, Jellinek utilise les expressions d'organes immédiats et médiats, d'organes secondaires et primaires, d'organes normaux et extraordinaires²⁵.

La différence n'est alors peut-être pas aussi anodine qu'il y paraît au premier abord et s'explique fort bien : elle résulte de ce que, souhaitant démontrer que la Révolution française était à l'origine de la théorie allemande de l'organe, Carré de Malberg a tout simplement substitué le terme « organe » au terme « représentant » employé par le texte de 1791.

II.2.2.2. Carré de Malberg et la Révolution française

Mais comment justifie-t-il cette substitution ? Comme à son habitude, Carré de Malberg ne tient une théorie pour vraie qu'à la condition qu'il puisse être démontré qu'elle a été mise en œuvre par le droit positif. Pour ce qui est de la théorie de l'organe, cela pouvait *a priori* paraître fort délicat dans la mesure où les textes révolutionnaires n'emploient pas le terme. Lorsqu'il est question de désigner un ou plusieurs individus dont la volonté vaudra juridiquement comme celle de la collectivité entière, la Constitution de 1791 ne parle que de « représentants ».

Pour autant, le terme ne recouvre plus la signification juridique qu'il avait avant la Révolution. En effet, explique Carré de Malberg, la représentation suppose l'existence de deux sujets de droit, donc deux volontés, dont l'une comptera pour l'autre. Or dans le système mis en place en 1791, dominé par le principe de la souveraineté nationale, aucune représentation de la nation n'est possible puisque cette dernière – personnifiée par l'État – ne peut exprimer sa volonté qu'à travers ses organes.

Dans ces conditions, Carré de Malberg s'estime parfaitement fondé – au nom de la science juridique – à substituer le terme organe à celui de représentant : « la science juridique contemporaine est venue rectifier la qualification donnée par la Révolution aux députés élus... elle a dit : les députés ne sont pas les représentants, mais leur assemblée est l'organe, un des organes, de la nation. (...) À la notion de représentation, il faut, dès lors, substituer celle d'organe national ou encore d'organe d'État »²⁶. Cette substitution, considère-t-il, reste purement lexicale et n'entraîne aucune conséquence d'ordre conceptuel puisque les Constituants eux-mêmes ont défini les représentants comme des individus chargés d'exprimer la volonté de la nation.

²⁵ Cf. G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, t. 2, p. 225 et s.

²⁶ *Contribution*, t. 2, p. 285.

Ce serait, selon Carré de Malberg, tout le sens de la distinction entre les « représentants » et les « fonctionnaires », qu'établit Barnave le 10 août 1791, au terme de laquelle les représentants « veulent pour la nation » tandis que les fonctionnaires « ne font qu'agir pour elle ». En opposant ainsi la volonté à l'action, Barnave n'aurait rien fait d'autre que d'opposer une « volonté initiale » à une « volonté subordonnée », de sorte que même si le fonctionnaire, dans l'exercice de sa fonction, est amené à exprimer une volonté, il demeure toujours subordonné à la volonté initialement exprimée par l'organe législatif.

Comment, dans ces conditions, analyser la fonction des individus appelés « fonctionnaires » ? Doit-on attribuer leur conduite à l'État ou au contraire considérer qu'ils agissent pour eux-mêmes ? On touche là une des limites du concept d'organe que donne Carré de Malberg et qui nous place devant un dilemme. En effet, si ne peuvent être qualifiés d'organes que les individus dont la volonté vaut comme loi – parce qu'ils expriment une volonté « légale » ou « initiale » –, alors les administrateurs et les juges, ne sauraient recevoir une telle qualification. Et, dans ces conditions, se pose la question de savoir comment l'on peut rendre compte de leur action. Au contraire, si pour rendre compte de l'action de ces individus, on les qualifie précisément d'organe de l'État, on ne saurait prétendre s'en tenir au concept d'organe fourni par Carré de Malberg. Or lui-même considère que les « fonctionnaires publics » (au sens de la Révolution) agissent pour le compte de l'État en vertu d'une compétence, donc d'une habilitation constitutionnelle, et que leurs actes sont bien imputables à l'État. On peut même aller plus loin : lorsque Carré de Malberg tente d'identifier les « organes actuels de la République française d'après la Constitution de 1875 », il présente lui-même deux sens du mot « organe », un sens large et un sens restreint pour aussitôt nier que le sens large soit d'usage courant²⁷.

Ainsi, contrairement à ce qu'il dit, Carré de Malberg utilise non pas un mais deux concepts d'organe – l'un qu'il emprunte directement à Jellinek et qui vaut pour tout individu dont l'action ou la volonté est rapportée à l'État ; l'autre qu'il a forgé

²⁷ *Contribution*, t. 2, p. 386 : « Dans une première acception large, qui n'est pas, il est vrai, dénuée de tout fondement juridique, mais qui semble du moins, peu conforme aux concepts spéciaux du droit constitutionnel, ce terme désigne tous les personnages ou collèges qui ont le pouvoir de faire acte de volonté au nom et pour le compte de la collectivité (...). Ainsi entendue, la qualification d'organe devient applicable, en ce qui concerne l'État, non seulement aux autorités dirigeantes qui expriment sa volonté primordiale et supérieure, mais encore aux autorités subalternes (...). Mais le mot organe possède un second sens, bien plus étroit et plus exact. Il désigne ici [les autorités] qui expriment la volonté initiale de l'État ou plutôt qui lui fournissent sa volonté initiale par leurs propres volontés. »

lui-même et qui ne vaut que pour le législateur. Mieux encore, Carré de Malberg utilise simultanément ces deux concepts dès lors qu'il en vient à parler de l'organe législatif²⁸. Il ne lui était d'ailleurs pas possible de faire autrement puisque, avant d'être un organe de volonté initiale ou légale, l'organe législatif est d'abord un organe de l'État ; en d'autres termes, avant de valoir comme loi, au sens d'une volonté supérieure à toutes les autres volontés, la volonté du législateur vaut comme volonté de l'État, comme volonté imputable à une entité qui n'est pas identique à l'individu qui l'a énoncée ou aux individus qui ont procédé aux opérations matérielles ayant abouti à la « loi ».

L'intuition initiale qui le conduit à substituer « organe » à « représentant » n'est donc pas que lexicale mais présente bel et bien une dimension conceptuelle. Elle reste malgré tout fort pertinente car nul ne saurait contester que la nation n'est juridiquement pas susceptible d'être représentée. Non parce qu'elle serait une fiction, au sens d'une tromperie – dire cela reviendrait à prendre les abstractions juridiques pour ce qu'elles ne prétendent même pas être. Non plus parce qu'elle serait une fiction *juridique* – ce serait loin d'être la seule. Mais parce que la nation n'existe juridiquement pas antérieurement à ses organes, en sorte que la représentation de la nation ne correspondra jamais à un rapport bilatéral entre deux sujets de droit dotés d'une volonté.

Cela étant, on doit tempérer les mérites que Carré de Malberg reconnaissait à la science juridique et souligner les réserves que sa démonstration appelle. D'une part, elle ne permet aucunement de prouver la supériorité de la pensée juridique française sur la pensée juridique allemande car Carré de Malberg utilise son propre concept d'organe, forgé à partir de celui de Jellinek et l'applique à la Révolution française. D'autre part, une analyse plus approfondie du discours révolutionnaire aurait permis à Carré de Malberg de s'apercevoir que les hommes de 1789 utilisaient eux aussi les termes d'organe et de représentant sans pourtant les confondre mais au contraire pour hiérarchiser la fonction législative et la fonction exécutive en subordonnant l'organe au représentant.

Il reste que cette substitution a le mérite de mettre en évidence une théorie formelle de la loi qui constitue le dernier élément de la théorie de l'État de Carré de Malberg et qu'il défendra jusqu'à la fin de sa vie.

II.3. La théorie organique et formelle de la loi

²⁸ P. Brunet, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, p. 46 s.

La théorie organique et formelle de la loi s'inscrit dans une analyse des fonctions de l'État à laquelle Carré de Malberg se livrera dans ses trois ouvrages. Elle lui donne l'occasion de défendre une théorie purement juridique des fonctions de l'État qui le conduit à repousser tant la théorie de Jellinek que celle de Laband. Le premier définissait les fonctions de l'État en partie par les buts que l'État poursuit (création et maintien du droit ; conservation de la nation et développement de sa culture). Le reproche que lui adresse Carré de Malberg, à la suite de Laband, est de se livrer à un syncrétisme incompatible avec le projet d'une science juridique de l'État. Laband, de son côté, classait les fonctions de l'État selon qu'elles correspondent à des opérations intellectuelles ou des opérations matérielles. Pour Carré de Malberg, une telle classification des fonctions de l'État n'est pas opératoire car elle repose sur un critère non seulement psychologique mais, qui plus est, tout à fait indéterminé tant l'opposition entre l'intellectuel et le matériel est relative.

Par ailleurs, Carré de Malberg observe que la doctrine française tend elle aussi à adopter une conception dualiste des fonctions de l'État dans laquelle chaque fonction est définie à la fois par sa forme et par son contenu. De nombreux juristes, tant en France qu'en Allemagne, en viennent ainsi à faire une distinction entre les lois formelles et les lois matérielles. Par loi formelle, on entend désigner tout acte adopté par l'organe législatif et qui a valeur de loi pour cette seule raison. Par loi matérielle, on désigne au contraire des actes qui n'émanent pas de l'organe législatif mais auquel on reconnaît valeur de la loi au motif que leur contenu – leur nature – est législatif. L'intérêt de cette distinction est de justifier une délimitation de la loi et du règlement administratif car chaque acte dispose alors d'un domaine spécial.

Carré de Malberg rejette vigoureusement une telle conception. On aurait pu s'attendre à ce qu'il le fasse au nom du positivisme. En effet, l'opposition entre lois formelles et lois matérielles ne présente un caractère opératoire qu'à la condition que l'on puisse préalablement identifier la « nature » législative ou administrative d'un acte. Or, à moins d'adhérer à une conception ontologique des fonctions de l'État, l'identification de la nature d'un acte suppose tout un ensemble de jugements de valeur *a priori* incompatibles avec une démarche empirique et descriptive.

Carré de Malberg choisit cependant de se placer sur un autre terrain. Il rejette cette distinction parce qu'elle revient en définitive à limiter la compétence de l'organe législatif qui n'est plus maître de sa propre compétence et ne peut plus guère apparaître comme le seul organe chargé d'exprimer la volonté initiale ou primordiale de la nation. On mesure combien une

telle conception contredit celle que Carré de Malberg se fait de la fonction législative. Aussi n'y a-t-il rien de surprenant à le voir préférer une approche organique et formelle des fonctions de l'État : « du point de vue juridique, écrit-il, les actes de l'État constituent des actes de législation, d'administration ou de justice, suivant qu'ils ont pour auteurs les organes législatifs, d'administration ou judiciaires ». La fonction doit donc être définie par l'organe. Le choix de ce critère n'est cependant pas justifié par une conception *a priori*. Carré de Malberg prétend se placer uniquement sur le terrain du droit positif. Mais lorsqu'il s'agit d'identifier ce droit positif, il n'hésite pas à remonter aux premières Constitutions françaises. Certes, explique-t-il, les traces d'une conception matérielle de la loi existent tant dans la Déclaration de 1789 que dans les constitutions postérieures. Mais « concurremment avec cette conception (...) une autre notion de la loi s'était fait jour »²⁹ : une conception organique et formelle. La meilleure illustration de cette conception se trouve bien évidemment à l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui dispose que la loi est l'expression de la volonté générale et qui servira de titre à l'un des ouvrages bien connus de Carré de Malberg.

Si cette définition de la loi semble emprunter à Rousseau, Carré de Malberg tient cependant à aller au-delà des apparences. Rousseau, explique-t-il, contrairement à ce qu'affirme Jellinek lui-même, n'a jamais défendu une conception purement formelle de la loi à côté de laquelle on pourrait envisager une conception matérielle. Il a au contraire toujours conçu la loi comme devant répondre à deux conditions en même temps, l'une de forme et l'autre de fond ; il a à cet égard su jouer de l'ambiguïté du terme « généralité » et lorsqu'il affirme que la loi est l'expression de la volonté générale, il entend dire que la loi est à la fois le produit d'une volonté commune et qu'elle a un objet général³⁰. Cela étant, Carré de Malberg reconnaît que le droit public français, depuis la Révolution, a fini par abandonner cette exigence matérielle : des lois peuvent avoir un objet particulier, de même que des règlements administratifs portent bien souvent sur des objets généraux. Le seul critère permettant d'identifier la loi reste donc celui de la forme dans laquelle elle est produite ; la « vraie notion constitutionnelle de la loi selon le droit positif français (...) c'est d'abord toute décision émanant des Assemblées législatives et adoptée par elles en forme législative »³¹. Son domaine est par conséquent illimité. Le contraire ne saurait être admis car ce qui confère à la

²⁹ *Contribution*, t. 1, p. 270.

³⁰ *Contribution*, t. 1, p. 277 et p. 290.

³¹ *Contribution*, t. 1, p. 327.

loi son autorité c'est « la puissance spéciale de décision initiale » dont est revêtu l'organe qui la produit.

Est-ce à dire, dans ces conditions, que le Parlement – l'organe législatif – est souverain ? La tentation est forte mais Carré de Malberg la repousse, précisément au nom du principe de la souveraineté nationale. Tant dans la *Contribution* que dans *La loi...*, il n'aura de cesse de rappeler qu'en droit public français la souveraineté n'appartient qu'à la Nation, qu'aucun organe ne peut se dire « souverain ». Il entendra alors le terme au sens de *Souveränität*, d'indépendance absolue à l'égard de quiconque, conformément à l'engagement qu'il avait pris lorsqu'il distinguait la « souveraineté » de la « puissance d'État »³². Mais on sait que le mot souveraineté recouvre d'autres significations. Or s'il est certain que le Parlement n'est pas souverain parce que, en tant qu'organe constitué, il ne jouit pas de l'indépendance absolue que l'on peut reconnaître à l'État, il dispose de cette puissance de l'organe que les Allemands désigne du terme de *Herrschaft*. Toute la théorie formelle de la loi comme expression de la volonté générale est empreinte de cette idée d'une domination de l'organe législatif sur tous les autres organes. C'est encore cette même idée qui explique que Carré de Malberg propose un concept d'organe finalement bien différent de celui de Jellinek. C'est toujours cette même thèse qui explique que, selon Carré de Malberg, le droit positif français ne connaît pas une distinction claire entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. C'est enfin la raison pour laquelle il rejette la théorie de la formation du droit par degrés, proposée par Merkl et Kelsen, et qu'il juge impuissante à rendre compte de l'ordre juridique français.

Il faut ici, même brièvement, préciser l'argument qu'oppose Carré de Malberg à la *Stufenbautheorie*. Cette dernière, on le sait, entend présenter l'ordre juridique comme une unité – que Carré

³² Il écrit : « la Constituante a fait accomplir au droit public un grand progrès, qui consiste à distinguer désormais le souverain des personnages qui détiennent en fait la souveraineté. Le vrai souverain ce n'est plus le roi, ni aucun gouvernant quel qu'il soit mais c'est exclusivement la nation. Par suite, la puissance exercée par les gouvernants n'est pas pour eux un attribut personnel, elle ne leur appartient pas en propriété et ne devient pas pour eux un bénéfice propre : mais elle est un dépôt qu'ils détiennent pour le compte de la nation et qui ne doit servir, entre leurs mains, qu'au bien de la communauté nationale (...) il faut dire juridiquement que les gouvernants ne possèdent pas, à proprement parler, la souveraineté elle-même ; ils n'en ont, ce qui est bien différent, que l'exercice ; ils ne sont investis que d'une simple compétence ; et, en cela, ils ne sont que les administrateurs d'un bien étranger, d'un pouvoir qui est purement celui de la nation », *Contribution*, t. 1, p. 171.

de Malberg qualifie d'« absolue »³³ – de normes au sein de laquelle tout acte de création de norme est, dans le même temps, un acte d'exécution ou d'application d'une norme supérieure. Or une telle conception heurte l'idée, chère à Carré de Malberg, qu'il existe une différence de nature entre les fonctions de l'État, différence qui tient au fait – ou à la norme ? – que seul l'organe législatif peut – et doit – être considéré comme un authentique créateur du droit.

À cet égard, l'analyse que Carré de Malberg livre de la fonction judiciaire est éloquente. Il la rattache à la fonction d'exécution de la loi et lui dénie donc toute part dans la création du droit. Néanmoins, il reconnaît que la prohibition du déni de justice et donc l'obligation faite au juge de dire le droit, prévue à l'article 4 du Code civil, conduit ce juge, dans le silence de la loi, à créer du droit nouveau ou à compléter la loi existante si elle est en quelque façon silencieuse. Mais ce droit, qui ne vaut que comme droit d'espèce, demeurera toujours inférieur à la loi elle-même. Aussi reconnaît-il que juger c'est « dire le droit, légal ou extra-légal »³⁴. Si Carré de Malberg continue donc de vouloir penser l'activité juridictionnelle dans le cadre légal, il mesure également fort bien la liberté dont jouissent les interprètes. Il fournit d'ailleurs une très intéressante analyse de l'analogie au terme de laquelle il réfute l'opinion, courante à l'époque et toujours répandue, selon laquelle l'analogie n'est qu'un « pur procédé d'interprétation et d'application de la loi » au profit de l'idée que l'analogie est en réalité un moyen pour les juges de produire une décision qui repose sur leur seule appréciation et leur propre puissance « quoiqu'en un sens elle s'appuie sur des arguments tirés de la loi »³⁵. Autrement dit, ce pouvoir discrétionnaire dépend toujours de la loi elle-même et non de l'interprétation que les juges peuvent faire de la loi. Ainsi ne sont-ils jamais aussi libres que le législateur mais toujours dépendants de lui. Carré de Malberg en conclut qu'il y a bel et bien une différence de nature entre les deux types d'actes et d'organes et que l'on ne peut établir, comme voudraient le faire Merkl et Kelsen, une réelle gradation. Les règles législatives et exécutives n'auront donc jamais ni la même portée ni la même nature ; la loi vaut parce qu'elle est une règle nationale, elle vaut absolument tandis que la décision de justice, parce qu'elle est relative à un litige, ne vaut que pour ce litige et présente un

³³ *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 153.

³⁴ *Contribution*, t. 1, p. 704. V. aussi *Confrontation...*, p. 97 s.

³⁵ *Contribution*, t. 1, p. 718.

« particularisme » trop net pour être identifiée à la généralité de la loi.

Pour autant, Carré de Malberg sait ne pas se laisser aveugler par les constructions abstraites de la science juridique. En témoigne ainsi la conclusion de son ouvrage *La loi...* dans laquelle il adopte une position très critique à l'égard de l'évolution du régime représentatif que fonde le principe de la loi expression de la volonté générale.

Récusant l'idée de représentation au sens d'identité entre la volonté du peuple et celle du Parlement et qu'il qualifie de « fiction »³⁶, voyant dans les membres du Parlement une « oligarchie »³⁷, il n'hésite pas à se faire visionnaire en expliquant que le système constitutionnel français se trouve désormais devant une alternative aussi simple qu'inévitable : ou bien on entend continuer à concevoir la loi comme l'expression de la volonté générale, mais alors il faut qu'elle puisse l'être réellement et ainsi conférer au peuple un certain rôle dans la législation, ou bien on abandonne le dogme de la loi expression de la volonté générale. Le choix de la première branche de l'alternative devra s'accompagner de quatre mesures distinctes : que soit reconnu aux citoyens, d'une part, un droit de réclamation contre la loi qui puisse donner lieu à un référendum abrogatif, d'autre part, un pouvoir d'initiative législative ; mais aussi, un droit d'élire le chef de l'exécutif au suffrage universel ainsi que la possibilité pour le Parlement comme pour le Gouvernement de saisir le peuple par référendum. La seconde branche de l'alternative correspond à un système dans lequel le pouvoir législatif du Parlement s'affranchit du « dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale ». Dès lors, il n'exerce qu'une puissance dérivée de la Constitution. Il ne saurait donc réunir en lui le pouvoir de faire les lois et celui de réviser la Constitution. Mais Carré de Malberg propose encore deux autres mesures tendant à limiter la puissance du Parlement : une délimitation matérielle du domaine de la loi qui permette ainsi au pouvoir réglementaire de retrouver quelque indépendance d'action d'une part, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois qui serait confié à « une instance unique qui statuerait *erga omnes* »³⁸ d'autre part. Autant de mesures que l'on retrouve dans la Constitution de 1958 et qui laissent penser – parfois abusivement – que Carré de Malberg exerça une influence décisive sur son principal inspirateur voire ses rédacteurs. Si

³⁶ *La loi...*, p. 216.

³⁷ *La loi...*, *ibid.*

³⁸ *La loi...*, p. 222.

influence il y eut sans doute, on ne peut nier que ces derniers se sont contentés de piocher quelques idées sans néanmoins retenir la cohérence propre à l'alternative proposée par Carré de Malberg.

Il est à peine utile de souligner combien ces pages paraissent contredire le propos de la *Contribution*. Certes, cette impression pourrait cependant être tempérée par de nombreux passages tirés de la *Contribution* et qui révèlent la lucidité de Carré de Malberg quant à l'évolution du régime purement représentatif vers un régime parlementaire dans lequel l'idéal révolutionnaire d'une représentation de la nation, par des députés élus, s'étiolé du fait de l'avènement des partis politiques et d'une sorte de « privatisation » – si l'on nous permet cet anachronisme – de la production législative³⁹. Sans doute Carré de Malberg n'a-t-il pas décrit le régime représentatif comme un régime idéal, lui qui s'est efforcé de toujours souligner la différence, à ses yeux importante, entre ce dernier et un régime de démocratie directe. Un fait toutefois semble indiscutable : dans les pages de conclusion de *La loi...*, Carré de Malberg abandonne la théorie de l'organe pour reconnaître que la représentation de la volonté générale n'est qu'une « fiction », mieux une « mystification » d'où il conclut que le gouvernement représentatif n'est qu'une technique visant à maintenir les citoyens le plus loin possible du pouvoir.

Un tel jugement relève-t-il encore de la science du droit ? On peut en douter. En effet, lorsque Carré de Malberg emploie les termes de « fiction » ou encore de « mystification », c'est pour souligner le caractère trompeur, sinon fallacieux, qui s'attache à l'idée d'une représentation de la volonté générale mais ce n'est pas – ou plus – pour désigner le caractère « purement juridique » du procédé qu'il entend décrire. Il faut ici bien souligner la différence entre les deux démarches. Tandis que dans la *Contribution* Carré de Malberg entendait substituer le terme « organe » au terme « représentant » afin de marquer la réalité du rapport juridique que crée le droit tout en insistant, dans le même temps, sur l'autonomie de ce rapport au regard de la réalité empirique, la conclusion de *La loi...* laisse place à une charge – violente – contre un artefact qui masque cette réalité et produit une illusion. Il n'est donc plus du tout question de clarifier le discours juridique en procédant, si cela s'avérait nécessaire, à une substitution lexicale, ni même d'insister sur l'autonomie de ce discours et repousser par là même les critiques de ceux qui, au nom du « réalisme », entendent en finir avec les « mystifications » – terme qui

³⁹ Pour une telle interprétation, v. F.-G. Dromard, « Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg », *Droits*, 2007 (à paraître).

n'apparaît jamais sous la plume de Carré de Malberg avant la conclusion de *La loi*. Autrement dit, le terme « fiction », tel qu'il est employé dans *La loi...* s'entend non pour distinguer le droit de la réalité, et établir ainsi son autonomie à l'égard des faits, mais pour le critiquer, précisément du point de vue des faits.

On mesure ainsi à quel point cette conclusion constitue une rupture épistémologique car le mode de discours de Carré de Malberg a changé : ces dernières pages ne consistent plus en la description d'un système juridique et de la logique qui le sous-tend ; elles ne sont plus le fruit de la science du droit ; elles se présentent comme une critique, plus politique que juridique, du système décrit.

III. Une méthodologie positiviste discutable

Mis en cause par d'éminents commentateurs, le positivisme de Carré de Malberg demeure cependant l'un des traits fondamentaux de sa démarche et explique qu'il soit demeuré très soucieux de distinguer le fait du droit, la nation de l'État. Il reste que si par « positivisme » l'auteur entendait s'en tenir à une démarche purement descriptive du droit positif, on doit reconnaître qu'il lui est arrivé d'élever certaines de ses descriptions au rang de vérités absolues et incontestables mais non relatives à un système juridique particulier et ne dépendant que de lui.

III.1. La distinction du fait et du droit

On trouve en effet chez Carré de Malberg de multiples déclarations empiristes et positivistes : la science juridique, dit-il, doit partir « non de conceptions rationnelles ou *a priori* mais des données positives fournies par le droit public en vigueur »⁴⁰. C'est pourquoi, il examine « les diverses formations politiques auxquelles l'usage s'est établi de donner le nom d'État » mais repousse la théorie classique des trois éléments de l'État car elle se rend coupable de confondre deux types de questions, celles historiques et celles juridiques. Or, sans doute plus qu'aucun autre juriste de son temps, Carré de Malberg s'est-il attaché à distinguer deux approches de l'État.

Ainsi écrit-il que « (...) à l'origine de l'État, il n'y a de place que pour du fait, et non pour du droit. Tout ce que peut faire le juriste, c'est de constater que l'État se trouve formé à partir du moment où la collectivité nationale, fixée sur un certain territoire, possède, en fait, des organes exprimant sa volonté, établissant son ordre juridique et imposant supérieurement sa puissance de commandement. Quant à rechercher par quel

⁴⁰ *Contribution*, t. 1, p. 1 note 1.

processus juridique ces organes primitifs ont été constitués, non seulement ce n'est pas là le problème capital de la science du droit public, mais ce n'est même pas du tout un problème juridique. La doctrine qui prétend, en remontant le cours successif des Constitutions, finir par découvrir la source juridique de l'État, repose sur une erreur complète. La source de l'État, c'est du fait : à ce fait se rattache ultérieurement le droit »⁴¹. En affirmant que la source de l'État est un pur fait, Carré de Malberg n'entend pas sombrer dans le prétendu réalisme d'un Duguit ; il se refuse à chercher un « fondement » juridique à l'État et prend ce dernier pour ce qu'il est : le résultat d'une organisation. Si Carré de Malberg se refuse à considérer l'État comme un pur système de normes, il l'appréhende comme « un systèmes d'organes », c'est-à-dire, comme « la résultante d'une organisation par l'effet unifiant de laquelle la collectivité de ses membres se trouve ramenée à l'unité »⁴².

Pour autant, cela ne revient pas à dire que l'État « est » un fait car ce sont bien deux questions qu'il faut distinguer : la source de l'État d'un côté, sa « nature juridique » de l'autre. Or, pour Carré de Malberg, « s'il n'existe pas de droit antérieur à l'État, en sens inverse, il est de l'essence même de l'État une fois né de posséder un ordre juridique, et notamment un ordre juridique destiné à régler éventuellement la réfection de son organisation »⁴³. Dans ces conditions, on ne s'étonnera pas que Carré de Malberg rejette toute idée d'un pouvoir constituant « originaire » : car cela reviendrait à « rechercher des principes constitutionnels en dehors des Constitutions positives »⁴⁴. La notion de pouvoir constituant n'a de sens que si ce dernier est entendu comme un pouvoir de révision de la Constitution mais non comme un pouvoir juridique de créer la première Constitution. Il distingue, à cet égard, deux hypothèses de « réfection » de la Constitution. L'une, qui se produit dans des circonstances violentes (coup d'État, pronunciamiento, Révolution) : mais alors, il ne fait aucun doute que le droit cesse d'être respecté et le juriste ne peut que se borner à constater que ce que l'on appelle « pouvoir constituant » est tout simplement « tombé aux mains du plus fort »⁴⁵. L'autre hypothèse est celle

⁴¹ *Contribution*, t. 2, p. 492 ; v. aussi, *Ibid.*, t. 1, p. 62 : « la naissance de l'État n'est pour la science juridique qu'un simple fait, non susceptible de qualification juridique » ; et *Confrontation...*, p. 167 : « à l'origine, l'organisation étatique a été de fait avant de devenir de droit ».

⁴² *Confrontation...*, *op. cit.*, p. 167.

⁴³ *Contribution*, t. 2, p. 493.

⁴⁴ *Contribution*, t. 2, p. 500.

⁴⁵ *Contribution*, t. 2, p. 496

d'une réformation de la Constitution suivant les formes prévues par cette même Constitution. Cette révision peut ne concerner que quelques aspects mais elle peut tout aussi bien consister s'étendre à toutes les dispositions. L'étendue, selon Carré de Malberg, importe peu : la seule question est de savoir si cette révision suit les formes prévues par la Constitution elle-même. Aussi paradoxal que cela paraisse, ce que Carré de Malberg appelle « pouvoir constituant » est donc déjà un pouvoir constitué, c'est-à-dire, un pouvoir établi par la Constitution et que l'on exerce en vertu de la Constitution. D'où la conclusion à laquelle parvient Carré de Malberg : « le droit constitutionnel présuppose toujours une Constitution en vigueur. Par droit constitutionnel il faut entendre, non pas un droit qui aurait pour objet de constituer l'État, mais un droit qui n'existe que dans l'État déjà constitué et pourvu d'organes réguliers »⁴⁶.

Le juriste quelque peu familier de l'œuvre de Kelsen ne manquera pas de rapprocher ce propos de la théorie de la norme fondamentale. Il ne se situe cependant pas exactement sur le même plan.

En effet, la norme fondamentale est conçue par Kelsen comme une « hypothèse logique transcendantale »⁴⁷ nécessaire à toute science du droit car elle permet, à celui qui le souhaite, d'identifier les normes qui font partie du système juridique. Elle se situe donc sur un plan épistémologique : comme le dit Kelsen lui-même, elle rend compte du mode de raisonnement des juristes que le projet d'élaboration d'une science du droit intéresse car ils ont besoin d'une telle hypothèse s'ils veulent pouvoir identifier la Constitution comme norme. Or la démarche de Carré de Malberg demeure, si l'on peut dire, purement théorique. Sa réflexion s'attache moins aux conditions nécessaires à l'édification d'une science du droit qu'aux conditions de production du droit.

Il demeure que Carré de Malberg a perçu, sans toutefois parvenir à l'exploiter, l'importance épistémologique de cette idée selon laquelle seul du droit peut produire du droit, ce qui

⁴⁶ *Contribution*, t. 2, p. 499.

⁴⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 266 s. et *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. fçse B. Laroche et V. Faure, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, p. 170 : « en décrivant la norme fondamentale, nous n'introduisons aucune méthode nouvelle dans la science du droit. Nous ne faisons que rendre explicite ce que tous les juristes supposent inconsciemment dans la plupart des cas, dès lors lorsqu'ils considèrent le système juridique comme un système de normes valides et non comme un ensemble de faits, et qu'ils rejettent en même temps un droit naturel qui conférerait sa validité au droit positif ».

explique que son affirmation lui soit apparue comme à la fois « naïve et profonde »⁴⁸.

III.2. *Un objet mal défini*

La réserve que suscite l'œuvre de Carré de Malberg tient davantage à son objet. Certains commentateurs insistent, en effet, sur l'ambiguïté du concept de « droit positif » chez Carré de Malberg. Ce dernier l'entendrait moins comme un ensemble de règles posées selon des procédures prévues par une constitution en vigueur que comme un ensemble de « principes dont la valeur de vérité est indépendante de la positivité »⁴⁹.

Le statut épistémologique que Carré de Malberg reconnaît au principe de la souveraineté nationale soulève à ce titre de nombreuses difficultés. Carré de Malberg le considère comme une donnée du droit constitutionnel français sans s'étendre davantage sur ce qu'il entend par « donnée ». Ainsi ne fournit-il aucune justification à son incessante affirmation selon laquelle l'œuvre de la Constituante contiendrait la théorie générale de l'État moderne. Franz Weyr notait, à cet égard, que Carré de Malberg se comporte volontiers devant l'ordre juridique révolutionnaire comme un théologien devant la Bible⁵⁰ : les principes qu'il contient sont pris pour des vérités incontestables desquelles peuvent être tirées d'autres vérités tout aussi incontestables.

Mieux encore, en se référant au principe de la souveraineté nationale, Carré de Malberg dérogerait « aux règles que sa méthode lui impose » car, il en viendrait à voir dans la Constitution de 1791 non plus seulement une répartition des pouvoirs mais la proclamation de principes théoriques dotés d'une valeur de vérité indépendante de leur caractère positif. Comme l'écrit Eric Maulin : « ce n'est pas parce que ces principes sont posés qu'ils sont juridiques mais c'est parce

⁴⁸ *Contribution, ibid.*

⁴⁹ E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p. 26 et p. 335 ; du même « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales Historiques de la Révolution Française*, « La Révolution et le droit », n°328, 2002, p. 5-27 not. p. 20 s. V. aussi, O. Beaud, « La souveraineté dans la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Carré de Malberg », *Rev. Droit Public*, 1994, p. 1251-1584 not. p. 1296 s. où la souveraineté nationale est tenue pour l'expression d'un « idéalisme » et, du même, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Presses Univ. Strasbourg, N°1, 1997, p. 219-254.

⁵⁰ F. Weyr, « La *Stufentheorie* de la théorie pure du droit vue par un Français », *Revue internationale de la théorie du droit*, t. VIII, 1934.

qu'ils sont vrais qu'ils sont posés et acquièrent de ce fait une valeur juridique »⁵¹. Cherchant à atteindre l'essence de l'État qu'il trouve dans le droit de la Révolution française tel qu'il l'a lui-même interprété, Carré de Malberg paraît adopter une démarche « fondamentalement prescriptive »⁵². En témoigne cette volonté constante de « vérifier », ou « confronter » comme il le dit lui-même, les affirmations d'une théorie à un système juridique en vigueur au nom d'une exigence scientifique. Le but est cependant loin d'être atteint car le critère de vérité d'une théorie qu'adopte Carré de Malberg est tiré de la conformité de la dite théorie à certains principes de droit positif lesquels, en retour, ne sont eux-mêmes juridiques ou positifs que parce qu'ils correspondent à une certaine conception théorique *a priori*. Dans ces conditions, et alors même que Carré de Malberg entendait se fonder non sur des conceptions rationnelles ou *a priori* mais sur les seules données du droit positif en vigueur, on se rend compte que les deux notions sont « si étroitement confondues qu'on ne peut parvenir à la connaissance des secondes qu'avec le secours des premières »⁵³.

En définitive, et quoi qu'il en ait, Carré de Malberg cède à une forme de jusnaturalisme moins moral que scientifique. La validité juridique d'une norme dépend, chez lui, non pas tant de sa conformité à la morale mais de sa conformité à des principes d'organisation vrais qui se trouveraient au-dessus du droit positif, ce qui est une autre façon de dire qu'il se fait une conception idéologique du droit de la Révolution française lequel est identifié à un ensemble de vérités relatives à l'essence de l'État.

III.3. Des présupposés politiques

Enfin, sa démarche n'est pas non plus exempte de présupposés politiques. Comme on le sait, Carré de Malberg ne se contente pas de remonter aux principes des ordres juridiques qu'il examine, il établit entre eux une hiérarchie d'ordre axiologique. Ainsi, le principe de la souveraineté nationale conduit-il au gouvernement représentatif tout en permettant l'avènement de l'État moderne. Tandis que le principe de souveraineté monarchique ou celui de la souveraineté populaire ne permettent, au mieux, que d'établir des institutions au profit soit d'un homme soit d'un groupe d'individus. La supériorité du principe de la souveraineté nationale sur les trois autres paraît dans ces conditions indiscutable.

⁵¹ E. Maulin, *ibid.*, p. 108.

⁵² *Ibid.*, p. 336.

⁵³ M. Troper, « Sur la théorie juridique de l'État », *Le Débat*, n°74, 1993, repris ds *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 5 s.

Cette démonstration s'appuie encore sur un autre présupposé, plus implicite, et qui relève d'une philosophie de l'Histoire assez répandue chez les positivistes de son temps à savoir que l'évolution historique tend au progrès et que la Révolution marque, dans cette évolution, un nouveau départ. Autrement dit, après la souveraineté du peuple dans la démocratie directe antique, puis celle du monarque de l'Ancien régime, la Révolution aurait découvert la souveraineté de la nation et le gouvernement représentatif et fait ainsi accomplir un progrès à l'humanité.

En dépit des réserves et critiques que l'œuvre de Carré de Malberg ne manque pas de susciter, il faut souligner l'extraordinaire richesse et précision des analyses du « Maître de Strasbourg », et reconnaître à son œuvre la postérité que lui confère l'ambition qu'elle eut de fournir une analyse purement juridique de l'État moderne.

BIBLIOGRAPHIE

I – Œuvres de Carré de Malberg

1. Ouvrages

CARRÉ DE MALBERG R., *Histoire de l'Exception en Droit romain*, thèse Droit, Paris, 1887.

CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, éd. Sirey, 1920-1922, réimpression C.N.R.S., 1962, 2 vol., rééd. Dalloz, 2004, Préf. E. Maulin.

CARRÉ DE MALBERG R., *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, réimpression Economica, 1984.

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*, Paris, Sirey, 1933.

2. Articles

CARRÉ DE MALBERG R., « La condition juridique de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand », *Revue du droit public*, 1914, p. 5-47.

CARRÉ DE MALBERG R., « Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre », 24 p. s.l.n.d.

CARRÉ DE MALBERG R., « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles », *L'Alsace Française*, 6 octobre 1923, p. 912-

917; repris dans *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°4, 1996, p. 369-378.

CARRÉ DE MALBERG R., « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1924, p. 285-325.

CARRÉ DE MALBERG R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1925, p. 321-347 et 398-425.

CARRÉ DE MALBERG R., « La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, p. 339-354.

CARRÉ DE MALBERG R., « Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi », *Revista de Drept Public*, Bucarest, 1927, p. 4-43.

CARRÉ DE MALBERG R., « La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1928, p. 597-619. et 1929, p. 155-173.

CARRÉ DE MALBERG R., « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 144-161.

CARRÉ DE MALBERG R., « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue du droit public*, 1931, p. 225-244.

CARRÉ DE MALBERG R., « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris 1935, Librairie du recueil Sirey, p. 192-203.

CARRÉ DE MALBERG R., « L'État agit par voie législative administrative et juridictionnelle », *Encyclopédie française*, tome X, 1935, p. 10-30-5 à 10-30-10.

II – Écrits portant sur l'œuvre de Carré de Malberg

1. Ouvrages

BACOT G., *Carré de Malberg et la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, éd. du C.N.R.S., 1985.

BRUNET P., *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004.

HERAUD G., *L'ordre juridique et le pouvoir originare*, Paris, Sirey, 1946.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1964.

Collectif, *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, réimp. Topos Verlag AG et Librairie Edouard Duchemin, 1977.

BEAUD O. et WACHSMANN P. (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de l'Université de Strasbourg*, Presses Univ. Strasbourg, 1997, n°1.

MAULIN E., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003.

SCHÖNBERGER C., *Das Parlament im Anstaltsstaat (Gebundene Ausgabe)*, Klostermann, 1997.

TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.

2. Articles

BEAUD O., « La biographie de Carré de Malberg et sa pensée », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de l'Université de Strasbourg*, Presses Univ. Strasbourg, 1997, n°1.

BEAUD O., « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg », *Revue du droit public*, 1994, p. 1251-1301.

BRUNET P., « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de l'Université de Strasbourg*, Presses Univ. Strasbourg, 1997, n°1, p. 273-293.

Bulletin Bibliographique, « 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 en vigueur* », *Revue du droit public*, 1933, p. 673-674.

BURDEAU G., « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

BURDEAU G., « Raymond Carré de Malberg, son oeuvre, sa doctrine », *Revue du droit public*, 1935.

CAPITANT R., « Carré de Malberg et le régime parlementaire », *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

CAPITANT R., « Régimes parlementaires », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

CAPITANT R., « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », *Archives de philosophie du droit*, 1937, p. 81-93.

CUCHE P., « À propos du positivisme de Carré de Malberg », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

DROMARD F.-G., « Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg », *Droits*, 2007 (à paraître).

DUEZ P., « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », *Mélanges en l'honneur de Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 213-249.

DUPEYROUX H., « Du système français de révision constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1931, p. 5-32.

DUPEYROUX H., « Sur la généralité de la loi », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

EISENMANN C., « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

EISENMANN C., « L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

GIORDANO P., « Carré de Malberg : un contributo a la teoria della sovranità », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XIX, n. 2, décembre 1989, p. 243-557.

GALIZIA M., « Il "positivisme juridique" di Raymond Carré de Malberg », *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1973, 2, p. 335-509.

GÉNY F., *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV, Paris, Sirey, 1924.

HERAUD G., « La conception du pouvoir constituant dans l'œuvre de Carré de Malberg », *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

MORELOU J.-P., V° Raymond Carré de Malberg, *Dictionnaire des philosophes*, PUF, 2° éd., 1993, p. 523-528.

MAULIN E., « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *R.F.D.C.*, 1995, p. 79-105.

MAULIN E., « Démocratie et représentation dans la pensée de R. Carré de Malberg », *Droit*, n° 22, 1995.

MAULIN E., « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales Historiques de la Révolution Française*, « La Révolution et le droit », n°328, 2002, p. 5-27.

MAULIN E., Préface à la réédition de la *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2004.

PFERSMANN O., « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de l'Université de Strasbourg*, Presses Univ. Strasbourg, 1997, n°1.

RAYNAUD P., « Droit naturel et souveraineté nationale dans la pensée juridique française. Remarques sur la théorie de l'État chez Carré de Malberg », *Commentaire*, n°22, été 1983.

RIALS S., « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe" », *Archives de philosophie du droit*, t. 32, 1987.

REDSLOB R., « R. Carré de Malberg, la personnalité », *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

RENARD G., « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

ROEHRSEN C., « Di un confronto impossibile, ovvero dell'analisi effettuata da Carré de Malberg del sistema gradualistico kelseniano », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XIV, n. 1, giugno 1984, p. 163-169.

ROELS J., « La notion de représentation chez Carré de Malberg », *Anciens Pays et Assemblées d'Etat*, t. 39, Leuven-Paris, 1966, éd. Nauwealerts, p. 123-151.

SARTORI G., « La rappresentanza politica », *Studi politici*, n°4, 1957, p. 527-613, repris in *Elementi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1987.

SCHÖNBERGER C., « Vom repräsentativen Parlamentarismus zur plebiszitären Präsidialdemokratie: Raymond Carré de Malberg (1861-1935) und die Souveränität der französischen Nation », *Der Staat*, 1995, n° 3, Bd 34, p. 359-390.

SCHÖNBERGER C., « De la souveraineté nationale à la souveraineté populaire. Mutations et continuité de la théorie de l'État de Carré de Malberg », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 1996, n° 4, p. 297-316.

SCHÖNBERGER C., « Penser l'État dans l'Empire et la République : critique et réception de la conception juridique de l'État de Laband chez Carré de Malberg », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de l'Université de Strasbourg*, Presses Univ. Strasbourg, 1997, n°1.

TROPER M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris 1975, éd. Cujas, p. 133-156 repris ds *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 293 s.

TROPER M., « Sur la théorie juridique de l'État », *Le Débat*, n°74, mars-avril 1993, repris ds *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 5 s.

VIRALLY M., « Carré de Malberg et la démocratie parlementaire », *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

WALINE M., « Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *Revue du droit public*, 1935, p. 521-570.

WALINE M., « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933.

WALINE M. « Défense du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit*, n°1-2, 1939.

WALINE M., « Le positivisme juridique de Carré de Malberg », *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

WEYR F., « La *Stufentheorie* de la théorie pure du droit vue par un Français », *Revue internationale de la théorie du droit*, t. VIII, 1934.

Pierre Brunet
Professeur à l'Université Paris X-Nanterre
Centre de « Théorie et Analyse du Droit »
UMR CNRS 7074
pierre.brunet@u-paris10.fr