

Vers une lecture historique de la «Théorie Pure du Droit». Contextes et pratiques de la juridiction constitutionnelle autrichienne

*Péter Techet**

Résumé

Hans Kelsen n'était pas seulement le fondateur de la "Théorie pure du droit" (TPD), mais il a également travaillé comme juge constitutionnel dans la Première République (c'est-à-dire, en Autriche entre les deux guerres). Donc, la question se pose si et comment sa théorie non-cognitivist de l'interprétation a promu une juridiction "activiste". Si la TPD et l'activité de Kelsen en tant que juge constitutionnel sont relues dans ses contextes historiques, elles s'avèrent être, d'une part, le produit d'un État multiethnique, dans lequel seul le droit fonctionnait comme un élément intégrateur, et, d'autre part, une réflexion/réaction dans une société divisée, dont les débats politiques ont été décidés par la Cour constitutionnelle (très souvent dans l'intérêt de la minorité, c'est-à-dire la Vienne "rouge"). Dans l'article, je soutiens la contextualisation historique de la TPD en analysant si et comment elle pouvait justifier une juridiction constitutionnelle "activiste" (in concreto: progressiste).

Mots clés: Autriche. Cour constitutionnelle. Hans Kelsen. Théorie pure du droit. Théorie réaliste de l'interprétation.

Abstract

Hans Kelsen was not only the founder of "Pure Theory of Law" (PTL), but he also worked as a constitutional judge in the First Republic (i.e., in Austria between the wars). Therefore, the question arises if and how his non-cognitivist theory of interpretation promoted an "activist" jurisdiction. If the PTL and Kelsen's activity as a constitutional judge are re-read in its historical contexts, they turn out to be, on the one hand, as product of a multi-ethnic state, in which only the law functioned as

* Institut de Sciences Politiques et de Théorie du Droit / Centre de Recherches de Hans Kelsen, Université de Fribourg (Allemagne), Erbprinzenstraße 17a, D-79085 Freiburg im Breisgau (Allemagne) / Faculté de Droit, Université de Zurich, Rämistrasse 74 CH-8001 Zürich (Suisse), peter.techet@jura.uni-freiburg.de.

an integrating element, and, on the other hand, as reflection/reaction in a polarized society, whose debates were decided by the Constitutional Court (very often in the interest of the minority, so the “red Vienna”). In the article, I support the historical contextualization of the PTL by analyzing whether and how it could justify an “activist” (in concreto: progressive) constitutional jurisdiction.

Keywords: Austria. Hans Kelsen. Constitutional Court. Pure Theory of Law. Realist Theory of Interpretation.

Hans Kelsen est l’un des classiques de la jurisprudence européenne. Ses théories ont fait l’objet de nombreuses recherches. Contrairement à cela, cependant, les circonstances historiques dans lesquelles la “Théorie pure du Droit” (TPD) de Kelsen a émergé sont beaucoup moins prises en compte dans la littérature. Cet écart favorise une lecture trop abstraite, “sans espace et intemporelle” de l’œuvre de Kelsen, dans laquelle son contexte historique et ses motifs restent cachés¹. Bien que la patrie de Kelsen n’ait été que la science – comme Horst Dreier l’écrit² –, il était un enfant de son époque (post-)habsbourgeoise. Cet article soutient l’idée *heuristique* de lire l’œuvre de Kelsen d’un point de vue historique – plutôt que purement théorique.

À cet égard, l’œuvre de Kelsen peut également être analysé comme le reflet d’une époque historique et de ses défis³ – en particulier dans l’entre-deux-guerres, où il ne développait pas seulement la TPD, mais travaillait également en tant que juge constitutionnel. Comme Gabriele De Angelis écrit: “Les écrits politiques [de Kelsen] reflètent l’atmosphère politique particulière des années 1920”⁴. En ce sens, Thomas Olechowski souligne l’importance de l’intérêt historique pour la TPD:

¹ Helwig 2019: 154.

² Dreier 2019: 5.

³ Hans Kelsen est né à Prague, (alors en Autriche), en 1881, il étudia le droit à Vienne; en 1918/1919, il participa à l’élaboration de la constitution républicaine (B-VG) de la nouvelle Autriche, qui est toujours en vigueur aujourd’hui (bien que plusieurs fois modifiée); de 1920 à 1930, il fut juge constitutionnel à la Cour constitutionnelle (VfGH) de Vienne. Après avoir perdu son poste à la suite d’un amendement constitutionnel, il accepta un appel à l’Université de Cologne en 1930, où il ne put rester que jusqu’en 1933. Entre 1933 et 1940, il vécut en Suisse, enseignant en même temps à Genève, La Haye et Prague. En 1940, il émigra aux États-Unis, où il devint professeur titulaire à Berkeley en 1945 – après des postes temporaires à Harvard. Même après la Seconde Guerre mondiale, il ne retourna pas en Autriche, mais il effectua plusieurs voyages de recherche et de conférences dans l’Europe d’après-guerre. Il est décédé en 1973 – peu de temps après la mort de sa femme – à Orinda, en Californie; pour la biographie voir Olechowski 2020.

⁴ De Angelis 2009: 524 s.

[W]hile it may not be possible to use legal history to contradict legal philosophical arguments, legal history is able to explain where legal philosophical arguments come from. (...) Kelsen's theories achieved everlasting importance, but they originated from a very concrete background and can only be understood in this context⁵.

Comme Koskenniemi écrit: “[History of Law] brings legal principles down from the conceptual heaven and into a real world where agents make claims and counter-claims, advancing some agendas, opposing others”⁶. La perspective historique du droit ou de la théorie juridique se concentre

aux situations, dans lesquelles les acteurs historiques conceptualisent juridiquement des intérêts, des problèmes, des conflits, etc., formulent légalement leurs perceptions, poursuivent des voies juridiques [...] et contribuent ainsi à travers la communication et l'action à constituer le droit en théorie et en pratique⁷.

Dans l'article présent, je ne veux pas analyser la TPD comme une théorie juridique abstraite, j'essaie plutôt de la contextualiser à partir du moment où elle a été créée. Avec un regard historique, on peut montrer heuristiquement⁸ si et dans quelle mesure la doctrine juridique de Kelsen s'explique par l'héritage mental d'un état multiethnique (I.); si et dans quelle mesure les débats politiques de la Première République (autrichienne) influençaient la doctrine (II.); si et dans quelle mesure la doctrine favorisait la pratique juridique (de la Cour constitutionnelle autrichienne) motivée par une politique juridique au vu des conflits sociaux de ce temps (III.); et si et comment la pratique juridique de la Cour constitutionnelle autrichienne, dont Kelsen était membre, se contredisait ou bien se correspondait à une théorie – comme la TPD – qui conceptualise le caractère politique et constitutif de l'“application du droit”.

⁵ Olechowski 2013: 279.

⁶ Koskenniemi 2014: 123.

⁷ Eichenberg, J., Lahusen, B., Payk, M., Priemel, K. Ch. 2019: 228 [traduit par l'auteur].

⁸ L'essai est basé sur mon propre projet à encore finaliser, dans lequel je m'efforce de contextualiser historiquement la TPD ou la juridiction constitutionnelle autrichienne – en particulier dans son intersection de Hans Kelsen en tant que théoricien du droit et praticien du droit – dans la Première République (c'est-à-dire en Autriche entre les deux guerres). Les questions y soulevées nécessitent certainement d'autres recherches d'archives – l'article suivant ne peut pas anticiper ses résultats, donc ici la tentative est faite de justifier une question historique par une théorie juridique et en même temps de soumettre cette théorie juridique elle-même à une analyse historique.

I. La “Théorie Pure du Droit” comme doctrine juridique d’un État multiethnique et d’une république “sans nation”

Lorsque Kelsen a écrit une courte autobiographie en 1947 – en vue du paysage scientifique américain –, il a placé ses théories dans un contexte historico-culturel en décrivant la TPD “comme une théorie spécifiquement autrichienne”⁹. Il y a expliqué son scepticisme à l’égard de termes substantiels tels que “État” et “peuple” avec son expérience dans un État multiethnique dans lequel seule la loi – étant donnée l’hétérogénéité de la société – pouvait fonctionner comme un élément contraignant:

Il se peut que je sois arrivé à ce point de vue [à savoir pour assimiler l’État et la loi, ou à la fictionnalité d’un terme matériel du peuple – P.T.] parce que l’État qui était le plus proche de moi et que je connaissais le mieux par expérience personnelle, donc l’État autrichien, n’était apparemment qu’une unité juridique. Compte tenu de l’État autrichien, qui était composé de tant de groupes différents selon la race, la langue, la religion et l’histoire, les théories qui tentaient de fonder l’unité de l’État sur une connexion socio-psychologique ou socio-biologique du peuple, s’avèrent évidemment des fictions¹⁰.

Le contexte habsbourgeois de la vision du monde de Kelsen a déjà été mentionné dans la recherche¹¹, mais n’a pas été abordé historiquement¹². Les éléments principaux d’une telle pensée sont la supranationalité et le légalisme de la monarchie des Habsbourg, qui – certes dans une langue abstraite de la théorie juridique – se retrouvent dans l’a-nationalisme et l’antiétatisme de la TPD¹³. Il convient de noter que le positivisme scientifique dans la monarchie des Habsbourg, en tant qu’idée “objective”, remplissait une fonction politique¹⁴.

En ce qui concerne la monarchie des Habsbourg, le cliché d’une “prison des peuples” a longtemps prévalu – en tant qu’autolégitimation des États successeurs et de leur politique de mémoire nationale. Une focalisation excessive sur les prétendus “conflits de nationalité” de la monarchie des Habsbourg ne parvient pas à reconnaître qu’ils ne représentaient que les discours d’élite de certains politiciens

⁹ Kelsen 2007: 60 [traduit par l’auteur].

¹⁰ Kelsen 2007: 60 [traduit par l’auteur].

¹¹ Baldus 1999: 14 ss.

¹² Dans la littérature sur Kelsen, son ascendance juive est également mentionnée comme une expérience formatrice, bien qu’il se considérait lui-même et sa théorie plus “autrichiens” que “juifs”; cf. Lieblich 2019: 62.

¹³ Parce que la TPD ne réduit pas le droit à un État pré-légal et/ou à un peuple homogène existant pré-légal/pré-étatique, elle peut décrire – contrairement à l’opinion dominante de la jurisprudence allemande – l’Union européenne en tant qu’entité juridique (sans État et un peuple homogène); voir entre autres Ehs 2008: 16 ss.

¹⁴ Fillafer, Feichtinger 2018: 222.

nationalistes qui ne reflètent pas les vrais conflits et intérêts de la société¹⁵ – à cause de “l’indifférence nationale” répandue dans la population¹⁶.

Non seulement la pensée nationale (ou nationalisante) mais aussi la pensée étatique s’avèrent insuffisantes dans la description de la monarchie des Habsbourg. L’Autriche (c’est-à-dire la part autrichienne de la monarchie des Habsbourg) était un empire atypique¹⁷, qui, même à l’époque des “nations impériales”¹⁸, ne recherchait ni l’hégémonie d’une nation ni une homogénéisation nationalisante¹⁹. Parce que l’Autriche n’était pas *une* nation²⁰, le cadre de l’État n’était pas non plus nationalisé²¹. L’Autriche habsbourgeoise n’accordait à aucun peuple une suprématie ancrée par la Constitution²² parce qu’il n’y avait pas *un* peuple au sens d’une nation politique²³. L’empire autrichien ne se fondait pas sur l’idée d’homogénéité et d’hégémonie nationale²⁴. La part autrichienne de la monarchie du Danube anticipait – dans sa tentative de maintenir un empire au-delà de l’idée d’État-nation ou d’impérialisme national – les débuts d’une ère post-État-nation du politique d’aujourd’hui.

Une importante fonction de légitimation était assignée à la loi²⁵. Comme Kelsen l’écrivait dans son autobiographie, l’Autriche s’unissait autour de la loi. L’unité n’était qu’une *unité juridique fonctionnelle*²⁶. Le pluriculturalisme social et la structure impériale-supranationale correspondaient à une conception formaliste-légaliste du droit²⁷, qui mettait en évidence la processualité dynamique et la formalité positiviste du système juridique²⁸. L’absence d’un “peuple” unifié – et même l’absence d’une telle idée d’État – favorisait un modèle dans lequel le droit et l’administration (en tant que fonction) se trouvaient au centre de l’activité de l’État²⁹. Cela explique

¹⁵ Judson, Zahra 2012: 25.

¹⁶ Sur le concept d’“indifférence nationale”, c’est-à-dire le phénomène que beaucoup dans la monarchie des Habsbourg se positionnaient au-delà des catégories nationales – plus locales, impériales et/ou religieuses –, voir Zahra 2011: 93-119 et Judson 2016: 148-155.

¹⁷ Sur le concept impérial typique, selon lequel les empires sont maintenus ensemble à partir d’un centre sans base sociale, simplement en termes de politique d’État et de pouvoir, voir entre autres Motyl 1997: 19-29 et Osterhammel 2010: 610 ss.

¹⁸ Berger, Miller 2015: 4.

¹⁹ Sur le caractère impérial de l’Autriche (au sens d’un empire supranational et transnational) voir Řezník 2020: 45-66.

²⁰ Feichtinger 2010: 40.

²¹ von Hirschhausen 2009: 564.

²² Judson 2008: 593.

²³ Urbanitsch 2004: 103.

²⁴ Smith, Grassl 2004: 27 ss.

²⁵ Shedel 2001: 118 ss.; sur le développement de la science juridique autrichienne au XVIIIe siècle voir Schennach 2020.

²⁶ Shadel 2001a: 97 s.

²⁷ Dvořák 1997: 196 s.

²⁸ Urbanitsch 2004: 140.

²⁹ Sur les différents aspects du phénomène de l’État dans l’histoire autrichienne, voir Becker 2018: 317-340.

la tradition fortement légaliste de la pensée juridique autrichienne³⁰, qui continue d’avoir un effet après 1918 (en fait jusqu’à aujourd’hui)³¹.

Éric Voegelin avait raison d’écrire que la pensée juridique légaliste héritée des Habsbourg trouvait son expression théorique dans la conception juridique formaliste de la TPD³². Kelsen réinterprétait notamment toutes les substances dans des fonctions et des relations formelles. Voegelin entendait cette analyse comme une critique, à savoir qu’il rendait l’État des Habsbourg et la pensée juridique habsbourgeoise responsables de l’absence d’une nation autrichienne³³, et la TPD de l’effet continu de cet héritage mental dans la Première République³⁴. Alors que la TPD voulait nettoyer, purifier la pensée et la pratique juridiques de toutes les catégories métajuridiques – telles que l’idée d’un peuple homogène et l’État en tant qu’entité pré-juridique – en déconstruisant ces catégories comme des idéologies et en dissolvant les substances supposées dans les formes et les relations, Voegelin comprenait la nation comme une unité émotionnelle et l’État comme son cadre (donc, plus qu’un seul cadre juridique)³⁵. Pour lui, s’il n’y a pas d’unité existentielle et essentialiste, les “moments secondaires” – soit la norme (c’est-à-dire la pensée purement légaliste) soit la volonté politique d’intérêts particuliers (c’est-à-dire la lutte de classe et de culture) – remplacent et démembrant les éléments fondamentaux³⁶.

Voegelin expliquait les difficultés de la Première République par le fait qu’une nation unifiée ne pouvait s’établir ni dans la monarchie des Habsbourg ni dans le nouvel État. Selon lui, les partis politiques devenaient ce que les nationalités étaient dans la monarchie³⁷. En raison de l’absence d’un sentiment national d’unité, les différences politiques de classe dominaient le public et empêchaient l’établissement d’un *demos* – comme une condition préalable supposée à une démocratie (selon Voegelin)³⁸. Cette situation bénéficia particulièrement à la social-démocratie car les antagonismes de classe pouvaient se manifester³⁹.

D’autre part, la théorie de Kelsen montrait que la coexistence régulée et organisée de différentes personnes (différents intérêts et visions du monde) était possible. Une unité “nationale” serait seulement feinte et imposée par le pouvoir des classes

³⁰ Ewald Wiederin qualifie la pensée juridique autrichienne de “pensée à partir de la loi” (par opposition à la “pensée à partir de l’État” allemande); voir Wiederin 2007: 296 s. La philosophie autrichienne et formaliste du droit autrichienne de la monarchie des Habsbourg diffère également de la philosophie allemande plus substantialiste; voir Goller 1997: 168 ss.

³¹ Jakab 2007.

³² Voegelin 1936: 102.

³³ Voegelin 1930: 585.

³⁴ Voegelin 1930: 128.

³⁵ Voegelin 1930: 56 ss.

³⁶ Voegelin 1930: 587 s.

³⁷ Voegelin 1936: 98.

³⁸ Sur la relation entre Kelsen et Voegelin cf. Lecoutre 2020.

³⁹ Voegelin 1936: 100 s.

dirigeants. Seules les règles et les cadres du jeu devraient être fixés, dans lesquels les différents intérêts, même ceux des classes opprimées, pourraient s'exprimer et se compromettre.

Le scepticisme de la TPD envers toutes les substances et essences peut s'expliquer en particulier par le milieu culturel-intellectuel (souvent juif) de la Vienne (post-)habsbourgeoise⁴⁰. Les "écoles autrichiennes" déconstruisaient – façonnées par un relativisme et individualisme fondamental – la pensée traditionnelle et substantielle dans leurs domaines scientifiques respectifs⁴¹. La TPD de Kelsen peut également être reconnue comme une expression de cette tradition de pensée, à laquelle appartiennent la psychanalyse de Freud⁴², la philosophie du langage de Wittgenstein⁴³ ou l'école autrichienne de l'économie⁴⁴. Kelsen se situait en ce sens: "Puisque la science moderne s'efforce de dissoudre toute substance en fonction, ayant rejeté depuis longtemps le concept d'âme ainsi que celui de force, la psychologie moderne est devenue une théorie de l'âme – sans âme, la physique une théorie des forces – sans force", donc selon Kelsen, sa théorie était aussi "une doctrine de l'État – sans État"⁴⁵.

II. La Première République comme contexte historique

Comme le souligne Peter Oestmann, les aspects ou les conséquences sociaux et politiques du droit peuvent se révéler tout particulièrement dans l'histoire du droit en tant qu'histoire de la pratique du droit⁴⁶. L'histoire de la pratique du droit est donc toujours en même temps une histoire sociale⁴⁷. Elle introduit dans l'histoire du droit des questions et des sujets qui sont traités par l'historiographie générale (en particulier en histoire sociale et culturelle).

L'Autriche de l'entre-deux-guerres – la Première République (1918-1934) – était caractérisée par des conflits politiques et culturels qui se déroulaient sur les lignes de front idéologiques et économiques entre les camps "bourgeois" et "rouges" et qui étaient souvent réinterprétés comme des questions constitutionnelles. En tant que juge constitutionnel indépendant (mais très proche de la social-démocratie, soutenant même le parti lors de la campagne électorale de 1927)⁴⁸,

⁴⁰ Cf. Pollak: 1986; Feichtinger 2001: 311 ss.

⁴¹ Feichtinger 2006: 301 ss.

⁴² Gay 1988.

⁴³ Janik, Toulmin 1973.

⁴⁴ Wasserman 2019.

⁴⁵ Kelsen 1964: 54 [traduit par l'auteur].

⁴⁶ Oestmann 2014: 7.

⁴⁷ Oestmann 2014: 5.

⁴⁸ Kelsen a signé une manifeste pour le parti social-démocrate avec plusieurs intellectuelles de Vienne; cf. "Eine Kundgebung des geistlichen Wien", «Arbeiter-Zeitung», 20. 04. 1927, 1.

Kelsen a accompagné et façonné plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle (VfGH).

Par conséquent, la critique conservatrice contre la VfGH était combinée à des attaques contre la personne de Kelsen en tant que son membre le plus connu. Après 1920, les sociaux-démocrates n'exerçaient le pouvoir politique qu'à Vienne – en introduisant des réformes culturelles, éducatives, ou encore du logement⁴⁹ –, par conséquent, la question de savoir si un domaine relevait de la compétence du gouvernement fédéral ou des Länder était de la plus haute importance politique. Plusieurs affaires, dans lesquelles un conflit politique entre le pouvoir central “noir” et la Vienne “rouge” apparaissait⁵⁰, furent portées devant la Cour constitutionnelle. Débats autour de l'interdiction du “Reigen” d'Arthur Schnitzler⁵¹, questions de censure du théâtre ou du cinéma⁵², problèmes de logement⁵³, possibilité de la construction d'un crématorium à Vienne⁵⁴, affiliation religieuse des directeurs d'école⁵⁵, non-confessionnalité des enfants⁵⁶, les lois viennoises de la police et du cinéma⁵⁷, les questions de liberté d'association et de réunion⁵⁸, ou encore les fameux différends sur le droit du mariage⁵⁹ représentaient des affaires dans lesquelles la VfGH devenait, bon gré mal gré, partie intégrante des conflits politiques de la société. La VfGH en Autriche contribuait à la *juridification de la politique* ainsi qu'à la *politisation de sa propre fonction*, ce qui, tout en atténuant les débats politiques, intensifiait la critique politique à l'encontre de la VfGH. Comme le souligne Andreas Thier, le droit n'est pas seulement une matière abstraite-logique, il clarifie les conflits contemporains⁶⁰, le droit n'est jamais neutre vis-à-vis des dynamiques sociales et des processus politiques⁶¹.

A cet égard, la Première République représente non seulement l'origine et le contexte initial de la TPD, mais Kelsen – comme le remarque Michel Troper – semblait s'intéresser à la politique surtout à cette époque⁶². Comme mentionné pré-

⁴⁹ Beniston 2006; McFarland, Spitaler, Zechner (eds.) 2020.

⁵⁰ Lisa Silverman pense que des conflits se manifestaient à la fois entre la Vienne “juive” et le pays non-juif, et entre les “mondes” “juifs” et non-juifs à Vienne; Silverman 2012: 22 s., 177.

⁵¹ Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg), 8/1921.

⁵² VfSlg 21/1919; VfSlg 8/1921; VfSlg 630/1926.

⁵³ VfSlg 71/1921; VfSlg 90/1922; VfSlg 184/1922; VfSlg 190/1922; VfSlg 1123/1928.

⁵⁴ VfSlg 206/1923.

⁵⁵ VfSlg. 449/1925; VfSlg. 958/1928.

⁵⁶ VfSlg. 646/1926; VfSlg. 797-802/1927; VfSlg. 875/1927; VfSlg. 948/1928; VfSlg. 1206/1929; VfSlg. 1267/1929.

⁵⁷ VfSlg 720/1926; VfSlg 1114/1928.

⁵⁸ VfSlg 625/1926; VfSlg 774/1927.

⁵⁹ VfSlg 726/1926; VfSlg 878/1927.

⁶⁰ Thier 2016: 272.

⁶¹ Thier 2017: 29.

⁶² Troper 1991: 397.

cédemment, il ne pouvait, en tant que juriste, influencer la politique que dans la Première République. Tamara Ehs écrit au sujet d'un "Kelsen-VfGH" "libéral de gauche, politiquement actif" des années 1920, qu'il était conscient de son propre pouvoir⁶³. Alexandre Viala le voit à cette époque comme "un juriste libéral dont l'œuvre intègre en son sein une dimension politique qui assume les conséquences logiques des présupposés affichés dans le discours théorique"⁶⁴.

III. La "Théorie Pure du Droit" comme justification d'une pratique juridique créative ?

Kelsen lui-même admettait que la juridiction constitutionnelle était un pouvoir politique. Dans sa célèbre dispute avec Carl Schmitt sur le "gardien de la constitution", Kelsen ne remettait pas en cause le caractère politique d'un judiciaire⁶⁵, il accusait plutôt Schmitt d'adhérer à un concept dépassé d'une juridiction apolitique⁶⁶. Kelsen déclarait qu'il n'existe entre le caractère politique de la législation et celui du pouvoir judiciaire qu'une différence quantitative et non qualitative⁶⁷. Cette compréhension des rôles correspondait non seulement à sa théorie, qui pour cette même raison peut aussi être lue comme le reflet de son activité judiciaire constitutionnelle, mais en même temps à son intention démocratique⁶⁸ à protéger la minorité (dans le cas historique concret: les approches de la Vienne "rouge").

Le pouvoir politique de la juridiction (constitutionnelle) s'explique non seulement par les débats politiques quotidiens de la Première République – décidés par la Cour constitutionnelle – mais aussi par la "Stufenbaulehre"⁶⁹, selon laquelle la loi n'est pas seulement reconnue (appliquée) à tous les niveaux (sauf pour le premier et le dernier), mais est aussi (partialement) (re)définie. Les éléments suivants entrent en considération comme des pierres angulaires de la TPD (et historiquement de la pratique juridique activiste de la VfGH en faveur des buts progressistes): 1) l'équation de la législation et de l'application du droit ("Stufenbaulehre")⁷⁰, 2) le concept du droit non déterminable par le contenu (et de la jurisprudence apolitique qui lui correspond), et 3) l'absence d'une méthode d'interprétation conçue comme connaissance objective⁷¹.

⁶³ Ehs 2015: 19 [traduit par l'auteur].

⁶⁴ Viala 2019: 216.

⁶⁵ Kelsen 2008: 67.

⁶⁶ Kelsen 2008: 69 s.

⁶⁷ Kelsen 2008: 67.

⁶⁸ Kelsen 2006: 193 s.

⁶⁹ Olechoswki 2020: 430 s.

⁷⁰ Kelsen 1922: 205 ss., 252; Kelsen 2019: 14, 59.

⁷¹ Kelsen 2008a: 101 ss.

(1) Avec l'équation de la législation et de l'application de la loi, le moment politique peut être reconnu à chaque étape de la concrétisation juridique, parce que la loi n'est pas nécessairement reconnue à partir d'une norme plus élevée, mais est partiellement redéfinie par le juriste qui l'applique⁷². Ce n'est pas le contenu mais la validité de la loi qui découle d'une norme supérieure, celui-ci ne peut pas complètement déterminer les étapes ultérieures de la création du droit à l'avance. (2) Le fait que la TPD puisse être accusée d'une orientation antipolitique est lié à l'erreur qui est de l'interpréter comme la théorie du *droit pur*⁷³. Mais la TPD n'est en aucun cas une théorie d'un droit pur⁷⁴, Kelsen était très conscient des aspects politiques du droit⁷⁵ – à cause de sa théorie, qui ne peut et ne veut pas déterminer le contenu de la création du droit. En tant que juriste, cependant, il considérait qu'il n'était pas scientifique de vouloir prédéterminer le processus politique de l'émergence du droit. C'est la pureté de la jurisprudence qui permet un droit "impur" (c'est-à-dire déterminé socialement, politiquement etc.). (3) Par conséquent, il ne développait pas une méthode d'interprétation qui restreindrait l'efficacité de la pratique juridique⁷⁶. L'idée que la loi puisse être reconnue (déterminée) de façon purement scientifique représente une position basée sur la loi naturelle et rationnelle, ce que Kelsen déconstruisait dans sa critique de l'idéologie comme dissimulation d'opinions et d'intérêts politiques⁷⁷.

La TPD en tant que réflexion/réaction ainsi que la juridiction (constitutionnelle) en tant qu'acteur historico-politique peuvent être reconnues avant tout dans une lecture réaliste de la théorie kelsénienne⁷⁸. L'indétermination de la norme ou la doctrine d'interprétation non-cognitiviste – qui *strictu sensu* n'est pas une doctrine d'interprétation car elle n'offre pas de méthode objective pour la connaissance du droit⁷⁹ – constituent les éléments dynamiques de la TPD⁸⁰, qui sont radicalement soulignés et approfondis à Nanterre (Michel Troper, Éric Millard) et à Gênes (Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni).

La lecture réaliste met l'accent sur le caractère non-cognitiviste, anti-idéologique, anti-métaphysique – en ce sens réaliste – de la théorie juridique de Kelsen⁸¹, qui dépasse donc aussi le formalisme et le cognitivisme du positivisme juridique

⁷² Kelsen 2008a: 105 ss.

⁷³ Comme exemple pour cette idée erronée voir Tammelo 1984: 249.

⁷⁴ Jestaedt 2008: XXVI.

⁷⁵ Kelsen 2010: 371.

⁷⁶ Kelsen 1968: 1366 s.

⁷⁷ Kelsen 1933: 89 s.

⁷⁸ La lecture réaliste de la TPD est représentée par les écoles de Nanterre et de Gênes (Michel Troper, Éric Millard, Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni); pour une critique complète de cette lecture, voir Pfersmann 2002.

⁷⁹ Paksy 2019: 134 ss., 150.

⁸⁰ Chiassoni 2012: 246 ss.

⁸¹ Chiassoni 2012: 238 ss., 248.

classique⁸². Cette position radicalement non-cognitivistique montre le caractère politique de l'application de la loi⁸³, à cet égard aussi celui de la juridiction constitutionnelle⁸⁴. Dans cette perspective, le jugement judiciaire est déconstruit comme une dissimulation juridico-argumentative d'un acte de volonté antérieur⁸⁵. Cette théorie réaliste – par rapport à une doctrine classique de l'application du droit: déconstructiviste – place donc le pouvoir et les acteurs de la pratique juridique au premier plan de l'analyse juridique⁸⁶. La pratique juridique est donc – comme l'écrit Éric Millard – “un jeu politique”⁸⁷. Cette lecture révèle également le caractère politique de la juridiction constitutionnelle⁸⁸.

La réflexion dynamique de la TPD montre qu'il n'y pas de norme *a priori*, mais elle surgit *a posteriori* après être attribuée à un texte normatif par la pratique juridique⁸⁹; c'est-à-dire, la compétence d'interpréter la Constitution représente toujours un pouvoir politique. Comme l'application de la loi est en même temps la création du droit (selon la logique de la “Stufenbaulehre”), l'application de la Constitution signifie aussi *la création de la Constitution*.

IV. La juridictionnelle constitutionnelle autrichienne: Argumentation formaliste, objets politiques

Alors que l'idée que la norme est toujours indéterminée et qu'elle requiert donc une “application créative du droit” semble justifier un pouvoir judiciaire politique-activiste, la TPD reconnaît aussi la primauté du politique⁹⁰, cette primauté du législateur se justifie avant tout en termes de la démocratie: Si le droit est l'expression d'une volonté démocratiquement formée, le pouvoir judiciaire ne peuvent l'interpréter que de manière si étroite que le résultat reste dans le cadre de l'objectif législatif⁹¹. Aussi le réalisme de Gênes soutient l'idée d'une cadre interprétative⁹²; celui de Nanterre rejette toutes les barrières imposées à la pratique juridique qui s'avère (chez Troper) complètement libres, donc quasi-législative⁹³.

⁸² Jouanjan 2000: 68.

⁸³ Guastini 2013: 530.

⁸⁴ Troper 1995: 180 s.

⁸⁵ Troper 1978: 294 ss., 301 s.

⁸⁶ Millard 2006: 95.

⁸⁷ Millard 2006a: 732.

⁸⁸ Ehs 2012: 234 s.

⁸⁹ Troper 1994: 87s, 99 s.

⁹⁰ Kelsen 1968a: 619.

⁹¹ Kelsen 1928: 240 s.

⁹² Guastini 2004: 28ss; Guastini 2011: 424; Guastini 2019: 14 s.

⁹³ Troper 1981: 524 ss.

Une tension politique entre la primauté du législatif (en tant qu'expression de la volonté démocratique du peuple) et l'"application créative du droit" (en tant qu'expression du "pouvoir judiciaire") est particulièrement évident dans la question comment une Cour constitutionnelle doit *appliquer* la Constitution. Est-ce qu'il s'agit d'un pouvoir constituant (parce que l'application implique nécessairement la création), ou la Cour constitutionnelle pourrait-elle se limiter à une interprétation strictement textualiste en évitant un "gouvernement des juges"?

Alors qu'une juridiction constitutionnelle politique-activiste peut être justifiée par la TPD, une telle juridiction va à l'encontre de l'approche positiviste consistant à accorder la primauté au législateur. La TPD est donc en mesure de sous-tendre non seulement une pratique juridique activiste – notamment à cause de l'impossibilité d'une connaissance juridique objective et unique – mais aussi – au sens de la "judicial self-restraint" – une pratique juridique autolimitée⁹⁴. Alors qu'un pouvoir judiciaire activiste est la conséquence de la "Stufenbaulehre", une pratique juridique autolimitée résulte de la nécessité démocratique à donner le dernier mot au législateur. Cela montre un conflit entre l'idée théorétique de la création du droit par le pouvoir judiciaire, d'un part, et la primauté démocratique de la politique, d'autre part. En ce sens, le juge constitutionnel social-démocrate (donc un collègue de Kelsen à la Cour) Friedrich Austerlitz s'exprimait critique à l'égard de l'idée de trancher des questions politiques non pas par les voix de la politique (c'est-à-dire au parlement), mais juridiquement "voilées" devant un tribunal⁹⁵.

C'est pourquoi la pratique judiciaire de la VfGH s'est orientée vers le texte et la volonté législative dans le pouvoir judiciaire de la VfGH – surtout sous la Première, mais aussi pendant longtemps sous la IIe République⁹⁶ – comme si le sens du texte était un élément objectivement reconnaissable⁹⁷. Sous la Première République, il était clair que les juges constitutionnels voulaient éviter une interprétation ouvertement politique et activiste de la constitution en s'en tenant à une interprétation textuelle et formaliste – mais cela ne veut pas dire que des objectifs politiques n'étaient pas cachés derrière cette approche.

Même une argumentation purement formaliste peut également servir à des fins politiques, comme le premier acte d'accusation du gouvernement fédéral contre un gouverneur (au sens de l'art. 142 de la Constitution fédérale de l'Autriche [B-VG]) le montre. Il s'agissait de la question à qui l'interdiction du "Reigen" d'Arthur Schnitzler revenait. Après que le gouverneur et maire de Vienne de l'époque, Jakob Reumann, ait refusé en 1921 d'obéir à une instruction ministérielle (sur l'interdiction de la pièce de théâtre) émise conformément à l'article 103 B-VG, le gouverne-

⁹⁴ Carrino 2019: 43.

⁹⁵ Austerlitz 1925: 164.

⁹⁶ Öhlinger 2007: 60 ss.

⁹⁷ Troper 1995: 179 ss.

ment fédéral le poursuivait devant la VfGH. La VfGH rejetait l'acte d'accusation en raison d'une erreur formelle – c'est-à-dire en raison de l'absence de signature sur l'instruction ministérielle sans aborder les questions principales (par exemple, à qui appartiennent les affaires théâtrales, ou si un gouverneur en tant qu'exécution fédérale indirecte doit appliquer toute les instructions fédérales)⁹⁸. Dans ce cas, cependant, des éléments activiste émergeaient aussi – par exemple lorsque la VfGH appliquait une procédure *par analogiam* parce que les règles des poursuites contre un gouverneur n'avaient pas encore été établies à ce moment-là. Kelsen, en particulier, était d'avis que la VfGH devait prendre une décision sur cette affaire importante (malgré l'absence de la réglementation du processus) – il décrivait la Cour constitutionnelle dans les débats internes comme “la gardienne de la constitution”⁹⁹.

Deux ans plus tard, la VfGH jugeait l'affaire du crématorium – il s'agissait aussi du non-respect des instructions ministérielles par le gouverneur viennois – avec une “réticence” similaire: Bien qu'il n'y ait pas eu cette fois d'erreur formelle, le gouverneur viennois était acquitté à nouveaux¹⁰⁰. Avec une argumentation textuelle et formaliste, les juges constitutionnels pouvaient trancher les affaires en faveur du gouverneur social-démocrate viennois sans avoir à se positionner explicitement en termes d'activisme juridico-politique sur le “Reigen” de Schnitzler ou le crématorium de Vienne. Bien que surtout les sociaux-démocrates aient préconisé un État centralisé lors de l'élaboration de la constitution fédérale de 1918/1919, le maire de Vienne était acquitté malgré la réglementation existante selon laquelle le gouvernement fédéral peut lui donner des instructions (art. 103 B-VG).

La décision de la VfGH sur la loi du logement (Journal officiel fédéral 872/1922) est souvent utilisée comme exemple pour une interprétation non-activiste. Il s'agissait du fait que le gouvernement du Land Vorarlberg considérait la protection du logement, entre autres, une restriction inconstitutionnelle du droit de propriété garanti à l'article 5 du Staatsgrundgesetz (StGG), c'est-à-dire une expropriation qui ne respecte pas les exigences légales (§ 365 ABGB), car ce n'est pas dans l'intérêt du bien commun. Mais la VfGH remarquait à cet égard: “Le bien commun est un terme juridiquement incompréhensible, il appartient exclusivement au législateur de déterminer l'existence de ce préalable”¹⁰¹. Cette phrase peut en effet être comprise comme un exemple d'un jugement non-activiste – mais aussi comme

⁹⁸ VfSlg. 8/1921.

⁹⁹ Procès-verbal de la séance de la Cour constitutionnelle (10 mars 1921), in: Archives de l'État autrichien (ÖStA), Archives de la République (AdR), Autorités suprêmes (Cours suprêmes de la 1ère République), VfGH, Carton 71, E / 21: fol. 113.

¹⁰⁰ VfSlg. 206/1923. (Dans cette affaire, le gouvernement fédéral déposait par la suite deux autres accusations – d'une part pour un conflit de compétences affirmatif, d'autre part pour l'inconstitutionnalité d'un article de la constitution du Land de Vienne – qui étaient ensuite rejetées par le VfGH aussi avec des arguments formalistes-textualistes; VfSlg. 257/1924, VfSlg. 258/1924.)

¹⁰¹ VfSlg. 1123/1928 [traduit par l'auteur].

une confirmation formaliste-textualiste d'une loi qui correspondait aux vues juridico-politiques de la majorité des juges constitutionnels.

Comme le montrent cet exemple, le non-activisme peut représenter la tentative de maintenir l'illusion d'un pouvoir judiciaire apolitique, mais aussi de servir certaines buts juridico-politiques. La juridiction constitutionnelle se sert d'un langage formaliste (judiciaire), mais son résultat est toujours politique¹⁰², car, d'une part, l'interprétation signifie et contient toujours une décision non-cognitivistique (elle ne découle pas d'un savoir cognitif)¹⁰³, dans la mesure qu'elle n'apporte pas de solution "correcte" ("seulement" légale)¹⁰⁴; d'autre part, elle se déroule au centre de divers conflits¹⁰⁵. Donc, la distinction entre "activisme judiciaire" et "l'autolimitation judiciaire" est en fait une dissimulation du pouvoir toujours politique et discrétionnaire des juges. L'interprétation textualiste-formaliste est donc elle-même une décision *pour un certain résultat* d'interprétation, alors une "tactique" pour présenter le résultat non pas comme une décision, mais comme une dérivation "nécessaire", seulement "correcte" et "vraie" d'une "application" des lois.

Alors qu'un pouvoir judiciaire ouvertement activiste doit constamment faire face à l'accusation de la juridiction politique, un pouvoir judiciaire restreint peut dissimuler des opinions politiques sous le couvert de la "loi objective" (et de l'interprétation objective). La position non-activiste aide cependant au maintien de la situation existante – qu'il s'agisse de l'autorisation d'une pièce de théâtre ou du crématorium ou de la protection du logement –, c'est à dire, une autolimitation des juges n'est pas moins politique qu'une interprétation ouvertement activiste et créative:

Un juge self-restrained est celui qui choisit parmi plusieurs options celle qui préserve le plus probablement la situation juridique antérieure. Un juge activiste, quant à lui, essaie d'adapter la loi aux exigences d'un environnement changeant. [...] [N]on seulement le juge constitutionnel activiste intervient dans le système juridique, mais aussi le juge constitutionnel passif, plus prudent, fait une déclaration en soutenant l'interprétation antérieure de la norme en question¹⁰⁶.

La question de savoir si et pourquoi la TPD soutient (ou non) une interprétation ouvertement activiste de la Constitution montre l'ambiguïté de l'œuvre de Kelsen: Alors que Kelsen reconnaît l'impossibilité d'une dogmatique juridique et d'une méthode d'interprétation objective, il ne la réfléchissait pas jusqu'au bout. Compte tenu de l'imprécision du langage, sa suggestion était simplement de tracer les limites de la connaissance juridique aussi étroitement que possible, comme si la loi pouvait

¹⁰² Bongiovanni 1998: 201.

¹⁰³ Guastini 2020: 393.

¹⁰⁴ Guastini 2004: 50.

¹⁰⁵ Guastini 2017: 39.

¹⁰⁶ Ehs 2015: 19 [traduit par l'auteur].

être objectivement reconnue. A cet égard, sa vision théorique de la pratique juridique restait dans un positivisme juridique naïf¹⁰⁷ – même si dans certains cas il savait interpréter et appliquer la loi de manière très créative.

Alors que les objectifs politiques (dans l'intérêt du maire social-démocrate de Vienne, par exemple) pouvaient initialement être atteints avec une argumentation formaliste et non activiste de la VfGH, dans son travail en tant que juge constitutionnel, Kelsen utilisait plus tard beaucoup plus clairement les conclusions de la TPD, selon laquelle la loi est redéfinie à tous les niveaux, ou selon laquelle la dernière instance peut déterminer le droit pratiquement à sa propre discrétion. Par exemple, dans le débat sur la soi-disant "Dispensehe"¹⁰⁸, où il s'agissait de savoir si les tribunaux étaient liés par les décisions de l'administration, Kelsen prenait une position activiste, qu'il tentait en même temps de justifier par la théorie. Avec la théorie sur l'équivalence qualitative de la juridiction et de l'exécutif¹⁰⁹, il pouvait théoriquement étayer son opinion sur la question du droit matrimonial selon laquelle il existait un conflit de compétences entre l'exécutif et le judiciaire – ce qui équivalait à un soutien politique à des séparations et des nouveaux mariages.

L'un de ses principaux arguments était qu'il y avait un conflit de compétences entre le pouvoir judiciaire et l'exécutif *parce que* la Cour constitutionnelle était seule habilitée à déterminer l'existence d'un tel conflit¹¹⁰. Dans ce cas, il devient beaucoup plus clair comment la TPD peut en fait servir une juridiction activiste: En raison de la force légale – qui couvre également les jugements erronés (*Feblerkalkül*) – la loi n'est rien d'autre que ce que la dernière instance stipule comme la loi. À cet égard, la Cour constitutionnelle peut décider à sa propre discrétion par exemple la question de savoir quand et comment il y a un conflit de compétences entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. Dans le débat sur le "Dispensehe", des juristes et des politiciens conservateurs accusaient la Cour constitutionnelle d'usurper le rôle de législateur¹¹¹.

¹⁰⁷ Öhlinger 2007: 65 s.

¹⁰⁸ En Autriche, le droit matrimonial relevait de la compétence des Églises respectives, c'est-à-dire qu'une séparation pour les mariages catholiques n'était pas possible (ABGB § 111), à moins qu'une dérogation n'ait été accordée par l'administration locale (ABGB § 83), sur cette base un nouveau mariage pouvait être conclu. Après 1918, l'administration sociale-démocrate de Basse-Autriche (puis de Vienne) émettait presque automatiquement cette dispense, qui permettait ensuite de nouveaux mariages. Cependant, les tribunaux déclaraient nuls ces nouveaux mariages conclus à la suite d'un mariage dissous par dispense, ce qui entraînait une insécurité juridique en matière de droit matrimonial. Bien que les cours ne se soient pas prononcées sur la dispense mais sur les mariages conclus, Kelsen réussissait à réinterpréter les cas à la Cour constitutionnelle comme un conflit de compétences entre l'administration et le pouvoir judiciaire – comme si tous deux avaient tranché sur la même question. Sur cette affaire voir Harmat 1999.

¹⁰⁹ Kelsen 1929.

¹¹⁰ Kelsen 1928a: 105.

¹¹¹ Mayr-Harting 1928: 1.

Les débats sur la relation conflictuelle entre la juridiction constitutionnelle et la démocratie (législation) commençait non seulement en relation avec la pratique activiste (antisocialiste) de la Cour suprême américaine¹¹², mais aussi dans les années 1920 en Autriche. Contrairement aux juges américains, la Cour constitutionnelle autrichienne n'endiguait pas les objectifs progressifs, mais voulait les promouvoir. Une décision est qualifiée d'activiste par ceux qui ne sont pas d'accord avec le résultat et en auraient souhaité une différente (mais pas moins "politique"). Cette tendance se voit très bien dans l'histoire de la perception de la Cour suprême des États-Unis¹¹³. Mais alors que la Cour suprême des États-Unis, à ses débuts, pratiquait une juridiction militante en faveur des intérêts (néo)libéraux et conservateurs (et elle était donc accusée d' "activisme" par les forces libérales de gauche)¹¹⁴, la Cour constitutionnelle autrichienne (VfGH) dans son l'histoire primitive était – vue de ses résultats – militante et "politique" en faveur d'objectifs progressistes et dans l'intérêt de la Vienne "rouge".

Une argumentation ouvertement activiste, comme on peut l'observer aujourd'hui devant les Cours constitutionnelles, aurait été juridiquement impossible ou socialement inacceptable à l'époque. Même si l'application de la loi (l'interprétation) représente un acte créateur, elle devrait se représenter dans un langage socialement et scientifiquement acceptable et avec des arguments acceptés¹¹⁵. La Cour constitutionnelle autrichienne elle-même était soumise à ce contrôle social. Théoriquement, un tribunal peut prononcer la loi comme elle le veut, mais en pratique, il y a des limites à tout acte d'application de la loi – même si celles-ci ne résultent pas de la loi, mais de l'environnement social, scientifique et institutionnel dans lequel tout ce qui est théoriquement possible ne serait pas toujours accepté¹¹⁶.

En tant qu'institution nouvelle, la Cour constitutionnelle autrichienne a dû faire s'établir, d'une part, dans un environnement politique et social plus conservateur que la majorité des juges constitutionnels. De plus, l'Autriche dans l'entre-deux-guerres était politiquement très divisée, à cet égard les interprètes constitutionnels étaient – comme le souligne Ewald Wiederin – bien avisés d'être prudents avec les idéaux activistes¹¹⁷. Mais comme l'écrit Matthias Jestaedt: "Il y a trois types de motifs pour une décision, et en plus de l'oral et de l'écrit, il y a aussi les vrais motifs"¹¹⁸. En ce sens, la Cour constitutionnelle autrichienne a souvent caché ses "vrais" motifs (juridiques-politiques, téléologiques) derrière l'argumentation textualiste-formaliste afin de ne pas avoir à s'exposer à la critique politique. D'autre part, la Cour consti-

¹¹² Lambert 1921.

¹¹³ Easterbrook 2002: 1401.

¹¹⁴ Gerhardt 2002: 588ss, 597ss, 604 ss.

¹¹⁵ Tarello 1980: 67ss, 341 s.

¹¹⁶ Champel-Desplats, Troper 2005: 11 ss.

¹¹⁷ Wiederin 2011: 104.

¹¹⁸ Jestaedt 2011: 15 [traduit par l'auteur].

tutionnelle autrichienne n'avait pas encore en mesure d'utiliser les modèles d'argumentation qui font désormais partie de la pratique dominante de la juridiction constitutionnelle dans de nombreux pays.

Donc, toutes les questions politiques à la Cour constitutionnelle étaient traduites en questions purement juridiques: Même dans le cas du "Dispensehe", la VfGH soulignaient qu'elle ne jugeait pas la validité des mariages nouveaux, mais "seulement" la question s'il y avait un conflit de compétence entre le pouvoir judiciaire et l'exécutif¹¹⁹. Mais comme conséquence politique, la VfGH rendait la séparation et la conclusion de nouveaux mariages possible dans un pays où les mariages catholiques ne pouvaient être rompus que par la mort¹²⁰.

Conclusion

La juridiction constitutionnelle autrichienne – contrairement à l'opinion largement répandue jusqu'à présent¹²¹ – n'était alors nullement apolitique, même si les décisions de grande importance politique étaient souvent justifiées de manière formaliste-textualiste.

En plaçant au premier plan le contexte "autrichien" de la TPD, son "agnosticisme joyeux par rapport aux méthodes d'interprétation"¹²² ne s'avère pas être un déficit théorique, mais une justification historiquement explicable d'une pratique juridique activiste à une époque concrète avec des objectifs politiques concrets. Il ne s'agit pas seulement d'une idéologie juridique en faveur des juges¹²³, mais aussi d'un moyen de correction basé sur la théorie démocratique de Kelsen en protégeant la minorité respective (en tant qu'élément fondamental d'une véritable démocratie) contre la majorité respective (en tant qu'élément pratique d'une démocratie fonctionnelle).

L'expérience d'un empire multiethnique se révèle d'une grande importance pour la compréhension historique de la théorie kelsénienne. Comme dans la monarchie des Habsbourg, il n'y avait pas d'unité substantielle dans la Première République. Mais le formalisme et l'a-nationalisme n'entravaient pas la démocratie plurielle, au contraire ils la rendaient possible. À cet égard, les caractères spécifiques de l'État multiethnique des Habsbourg et de la Première République, qui ont longtemps été perçus comme des déficits – à savoir la polarisation selon les contraires nationaux et/ou politiques – s'avèrent être un berceau mental pour une doctrine juridique,

¹¹⁹ Kelsen 1928a: 110.

¹²⁰ Cette pratique fut fatale pour Kelsen et pour l'ensemble de la Cour constitutionnelle. Avec l'amendement constitutionnel de 1929, Kelsen perdit son poste, le nouveau VfGH prit une autre voie et n'autorisa plus la séparation des mariages catholiques.

¹²¹ Öhlinger 453 :2008; Carrino 43 :2019.

¹²² Bezemek, Somek 2018: 140 [traduit par l'auteur].

¹²³ Hold-Ferneck 1926: 11, 40.

comme celle de Hans Kelsen, qui définit l'État comme un ordre juridique et la démocratie comme une hétérogénéité pluraliste.

Sur la question de savoir si la juridiction constitutionnelle devait respecter la primauté du législateur ou bien plutôt aider les objectifs progressistes à se réaliser, Kelsen, en tant que juge constitutionnel, optait pour une pratique juridique qui était également capable de faire valoir des objectifs politiques avec des arguments formalistes – à cet égard, la juridiction constitutionnelle autrichienne n'était pas démocratique dans le sens qu'elle aurait toujours reconnu la primauté du législateur, mais elle était démocratique dans le sens qu'elle protégeait les minorités (surtout les intérêts de la Vienne "rouge") contre le gouvernement – qui se correspondait à la théorie de la démocratie de Kelsen – à la base de l'idée de l'"application du droit" créative.

Bibliographie

- Austerlitz, F. (1925). *Verfassungsrevision*, «Der Kampf», 18, 5, 161-165.
- Baldus, M. (1999). *Hapsburgian Multiethnicity and the "Unity of the State" - On the Structural Setting of Kelsen's Legal Thought*, in D. Diner, M. Stolleis (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Gerlingen, Bleicher, 13-23.
- Becker, P. (2018). *Der Staat - eine österreichische Geschichte?*, «Mitteilungen des Österreichischen Institutes für Geschichtsforschung», 126, 2, 317-340.
- Berger, S., Miller, M. (2015). *Building Nations In and With Empires - A Reassessment*, in Id. (eds.), *Nationalizing Empires*, Budapest, CEU Press, 1-30.
- Beniston, J. (2006). *Culture und Politics in Red Vienna: Introduction*, «Austrian Studies», 14, 1-19.
- Bezemek, Ch., Somek, A. (2018). *Die Wiederentdeckung Weltösterreichs*, «Der Staat», 57, 1, 135-147.
- Bongiovanni, G. (1998). *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca*, Milano, A. Giuffré.
- Carrino, A. (2019). *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano-Udine, Mimesis.
- Champel-Desplats, V., Troper, M. (2005). *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, in V. Champel-Desplats, M. Troper, Ch. Grzegorzcyk (eds.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant LGDJ, 11-23.
- Chiassoni, P. (2012). *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 42, 1, 237-261.
- De Angelis, G. (2009). *Ideals and Institutions: Hans Kelsen's Political Theory*, «History of Political Thought», 30, 3, 524-546.

- Dreier, H. (2019). *Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren*, Tübingen, Mohr.
- Dvořák, J. (1997). *Politik und die Kultur der Moderne in der späten Habsburgermonarchie*, Innsbruck et al., Studien.
- Easterbrook, F.H. (2002). *Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism?* «University of Colorado Law Review», 73, 4, 1401-1416.
- Ehs, T. (2008). *Einführung in die Europäische Staatsleere*, in Id. (ed.), *Hans Kelsen und die Europäische Union. Erörterungen moderner (Nicht-)Staatlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 11-26.
- Ehs, T. (2011). *Verfassungspolitologie? Zur Bedeutung des B-VG aus politikwissenschaftlicher Sicht*, «Journal für Rechtspolitik», 19, 1, 3-14.
- Ehs, T. (2012). *Die neue Machtverteilung. Von der Demo- zur Juristokratie*, «Momentum Quarterly», 1, 4, 233-247.
- Ehs, T. (2015). *Der VfGH als politischer Akteur. Konsequenzen eines Judikaturwandels?* «Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft», 44, 2, 15-27.
- Eichenberg, J., Lahusen, B, Payk, M, Priemel, K.Ch. (2019). *Eine Maschine, die träumt. Das Recht in der Zeitgeschichte und die Zeitgeschichte des Rechts*, «Zeithistorische Forschungen», 16, 2, 215-231.
- Feichtinger, J. (2001). *Kulturelle Marginalität und wissenschaftliche Kreativität. Jüdische Intellektuelle im Österreich der Zwischenkriegszeit*, in J. Feichtinger, P. Stachel (eds.), *Das Gewebe der Kultur. Kulturwissenschaftliche Analysen zur Geschichte und Identität Österreichs in der Moderne*, Innsbruck et al., Studien, 311-333.
- Feichtinger, J. (2006). *Das Neue bei Mach, Freud und Kelsen. Zur Aufkündigung der Legitimationsfunktion in den Wissenschaften in Wien und Zentraleuropa um 1900*, in J. Feichtinger, E. Großegger, G. Marinelli-König, P. Stachel, H. Uhl (eds.), *Schauplatz Kultur - Zentraleuropa. Transdisziplinäre Annäherungen*, Innsbruck-Wien-München-Bozen, Studien, 2006, 297-306.
- Feichtinger, J. (2010). *Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848-1938*, Bielefeld, Transcript.
- Fillafer, F.L., Feichtinger, F. (2018). *Habsburg Positivism: The Politics of Positive Knowledge in Imperial and Post-Imperial Austria, 1804-1938*, in F.L. Fillafer, F. Feichtinger, J. Surman (eds.), *The Worlds of Positivism. A Global Intellectual History 1770-1930*, London, Palgrave, 191-238.
- Gay, P. (1988). *Freud. A life for our time*, New York, Norton.
- Gerhardt, M.J. (2002). *The Rhetoric of Judicial Critique: From Judicial Restraint to the Virtual Bill of Rights*, «William and Mary Bill of Rights Journal», 10, 3, 585-646.
- Goller, P. (1997). *Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945)*, Frankfurt/M, Lang.

- Guastini, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, A. Giuffrè.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, A. Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, «Diritto & Questioni pubbliche», 13, 513-536.
- Guastini, R. (2017). *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2019). *Prima lezione sull'interpretazione*, Modena, Mucchi.
- Guastini, R. (2020). *Creazionismo giudiziario?*, «Ragion pratica», 55, 391-400.
- Harmat, U. (1999). *Ebe auf Widerruf? Der Konflikt um das Eherecht in Österreich 1918-1938*, Frankfurt/M, Vittorio Klostermann.
- Helwig, J. (2019). *Cercle de Vienne et École viennoise de la théorie du droit: étude sur les liens entre le positivisme logique et le positivisme normativiste*, in A. Duranthon, C. Haguenu-Moizard, K. Wojtyczek (eds.), *L'Autriche-Hongrie des années 1866-1918. Une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme / Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866-1918. Ein herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte*, Nijmegen, Wolf, 151-170.
- von Hirschhausen, U. (2009). *Citizenship in Austria-Hungary 1867-1923 between imperial inclusion and national exclusion*, «European Review of History», 16, 4, 551-573.
- Hold-Ferneck, A. (1926). *Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens*, Jena, Verlag Gustav Fischer.
- Jakab, A. (2007). *Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel - ex contrario fiat lux*, «Der Staat», 46, 2, 268-291.
- Janik, A., Toulmin, S. (1973). *Wittgenstein's Vienna*, New York, Simon & Schuster.
- Jestaedt, M. (2008). *Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung*, in Kelsen (2008a), XI-LXVI.
- Jestaedt, M. (2011). *Verfassungsinterpretation in Deutschland*, in G. Lienbacher (ed.), *Verfassungsinterpretation in Europa. Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Wien, Jan Sramek Verlag, 5-35.
- Jouanjan, O. (2000). *Faillible droit*, «Revue européenne des sciences sociales», 38, 3, 65-78.
- Judson, P. (2008). *L'Autriche-Hongrie était-elle un empire?*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 63, 3, 563-596.
- Judson, P. (2016). *Nationalism and Indifference*, in J. Feichtinger, H. Uhl (eds.), *Habsburg neu denken. Vielfalt und Ambivalenz in Zentraleuropa. 30 kulturwissenschaftliche Stichworte*, Wien, Böhlau, 148-155.
- Judson, P., Zahra, T. (2012). *Introduction: Sites of Indifference to Nationhood*, «Austrian History Yearbook», 43, 21-27.
- Kelsen, H. (1922). *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, Mohr.

- Kelsen, H. (1925). *Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem öffentlichen Recht*, «Juristische Blätter», 57, 6, 105-110.
- Kelsen, H. (1928). *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, «Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger», 1928, 197-257.
- Kelsen, H. (1928a). *Der Begriff des Kompetenzkonfliktes*, «Juristische Blätter», 57, 1928, 105-110.
- Kelsen, H. (1929). *Justiz und Verwaltung*, Wien, Springer.
- Kelsen, H. (1933). *Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre*, «Annalen der kritische Philosophie», 3, 69-90.
- Kelsen, H. (1964). *Gott und Staat (1922)*, in Id., *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Neuwied am Rhein, Berlin, Luchterhand, 29-55.
- Kelsen, H. (1968). *Zur Theorie der Interpretation (1934)*, in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Wien et al., Europa, 1363-1373.
- Kelsen, H. (1968a). *Was ist die Reine Rechtslehre? (1953)*, in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Wien et al., Europa, 611-629.
- Kelsen, H. (2006). *Vom Wesen und Wert der Demokratie. Zweite Auflage (1929)*, in Id., *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, Tübingen, Mohr, 149-228.
- Kelsen, H. (2007). *Autobiographie (1947)*, in M. Jestaedt, in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut (eds.), *Hans Kelsen Werke. Bd. 1*, Tübingen, Mohr, 29-91.
- Kelsen, H. (2008). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1930)*, in Id., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, Tübingen, Mohr, 58-105.
- Kelsen, H. (2008a). *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tübingen, Mohr.
- Kelsen, H. (2010). *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung (1914)*, in M. Jestaedt, gem. mit dem Hans Kelsen-Institut (eds.), *Hans Kelsen Werke. Bd. 3*, Tübingen, Mohr, 360-438.
- Kelsen, H. (2019). *Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925*, Tübingen, Mohr.
- Koskenniemi, M. (2014). *Vitoria and Us. Thoughts on Critical Histories of International Law*, «Rechtsgeschichte», 22, 119-138.
- Lambert, E. (1921). *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard.

- Lecoutre, F. (2020). *La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin en théorie du droit et en théorie politique*, Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie.
- Liebllich, E. (2019). *Assimilation through Law. Hans Kelsen and the Jewish Experience*, in J. Loeffler, M. Paz (eds.), *The Law of Strangers. Jewish Lawyers and International Law in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge UP.
- Mayr-Harting, F. (1928). *Groteske im Rechtsstaat*, «Reichspost», 35, 10.07.1928, 1-2.
- McFarland, R., Spitaler, G., Zechner, I. (eds.) (2020). *Das Rote Wien. Schlüsseltexte der Zweiten Wiener Moderne 1919-1934*, Berlin-Boston, De Gruyter.
- Millard, É. (2006). *Théorie générale du droit*, Paris, Daloz.
- Millard, É. (2006a). *Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation*, in de D. Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (eds.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 725-734.
- Motyl, A. (1997). *Thinking about Empire*, in K. Barkely, M. von Hagen (eds.), *After Empire. Multiethnic Societies and Nation-Building. Soviet Union and the Russian, Ottoman, and Habsburg Empires*, Colorado, Westview, 19-29.
- Oestmann, P. (2014). *Normgeschichte, Wissenschaftsgeschichte und Praxisgeschichte. Drei Blickwinkel auf das Recht der Vergangenheit*, «Max-Planck-Institute for European Legal History Research Paper Series», 2014-05.
- Olechowski, Th. (2013). *Biographical researches on Hans Kelsen in the years 1881-1920*, «Právněhistorické studie», 43, 1/2, 279-293.
- Olechowski, Th. (2020). *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen, Mohr.
- Osterhammel, J. (2010). *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung.
- Öhlinger, Th. (2007). *Hans Kelsen und das österreichische Bundesverfassungsrecht: Ein kritischer Rückblick*, in W. Brauner, T. Kazuhiro (ed.), *Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts*, Frankfurt/M, Peter Lang, 57-70.
- Öhlinger, Th. (2008). *Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie - Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung* in K. Arnold, F. Bundschuh-Rieseneder, A. Kahl, T. Müller, K. Wallnöfer (Hg.), *Recht, Politik, Wirtschaft. Dynamische Perspektiven. FS für Norbert Wimmer*, Wien-New York, Springer, 443-460.
- Paksy, M. (2019). *La Théorie pure du droit et l'interprétation juridique*, in Duranthon et al. (eds.) (2019), *L'Autriche-Hongrie des années 1866-1918*, 121-150.
- Pfersmann, O. (2002). *Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*, «Revue Française de Droit Constitutionnel», 52, 4, 789-836.

- Pollak, M. (1986). *Vienne 1990. Une identité blessée*, Paris, Gallimard; Le Rider, J. (1990). *Modernité viennoise et crises de l'identité*, Paris, PUF.
- Řezník, M. (2020). *Die Habsburgermonarchie - ein Imperium ihrer Völker? Einführende Überlegungen zu „Österreichs Staatsidee“*, in B. Bachinger, W. Dornik, S. Lehnstaedt (eds.), *Österreich-Ungarns imperiale Herausforderungen. Nationalismen und Rivalitäten im Habsburgerreich um 1900*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 45-66.
- Schennach, M.P. (2020). *Austria inventa? Zu den Anfängen der österreichischen Staatsrechtslehre*, Frankfurt/M, Vittorio Klostermann.
- Shedel, J. (2001). *The Problem of Being Austrian: Religion, Law, and Nation from Empire to Anschluß*, in M. Csáky, K. Zeyringer (eds.), *Pluralitäten, Religionen und kulturelle Codes. Religion-Mythos-Nation*, Innsbruck et al., Studien, 117-129.
- Shedel, J. (2001a). *Fin de Siècle or Jahrhundertwende. The Question of an Austrian Sonderweg*, in S. Beller (ed.), *Rethinking Vienna 1990*, New York, Berghahn, 80-104.
- Silverman, L. (2012). *Becoming Austrians. Jews and Culture Between the World Wars*, Oxford-New York, Oxford UP.
- Smith, B., Grassl, W. (2004). *On Creativity and the Philosophy of the Supranational State*, in T. Demeter (ed.), *Essays on Wittgenstein and Austrian Philosophy*, Amsterdam, New York, Rodopi, 25-39.
- Tammelo, I. (1984). *Von der reinen zu einer reineren Rechtslehre*, in W. Krawietz, H. Schelsky (eds.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker und Humblot, 245-252.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, A. Giuffrè.
- Thier, A. (2016). *Zwischen Kultur, Herrschaftsordnung und Dogmatik: Erkenntnisdimensionen rechtshistorischer Forschung*, «Rechtsgeschichte», 23, 270-273.
- Thier, A. (2017). *Time, Law, and Legal History - Some Observations and Considerations*, «Rechtsgeschichte», 25, 20-44.
- Troper, M. (1978). *La motivation des décisions constitutionnelles*, in Ch. Perelman, P. Foriers (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 287-302.
- Troper, M. (1991). *La théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique*, «Revue Internationale de Philosophie», 35, 4, 518-529.
- Troper, M. (1991). *Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'état*, «Revue Internationale de Philosophie», 45, 4, 397-418.
- Troper, M. (1991). *Pour une théorie juridique de l'état*, Paris, PUF.
- Troper, M. (1995). *Kelsen et le contrôle de constitutionnalité*, in C.-M. Herrera (ed.), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 157-182.

- Urbanitsch, P. (2004). *Pluralist Myth and National Realities: The Dynastic Myth of the Habsburg Monarchy - a Futile Exercise in the Creation of Identity?* «Austrian History Yearbook», 35, 101-141.
- Viala, A. (2019). *La cohabitation du savant et du politique dans l'œuvre de Kelsen*, in Th. Hochmann, X. Magnon, R. Ponsard (eds.), *Un classique méconnu: Hans Kelsen*, Paris, Mare & Martin, 203-230.
- Voegelin, E. (1930). *Die österreichische Verfassungsreform von 1929*, «Zeitschrift für Politik», 19, 585-615.
- Voegelin, E. (1936). *Der autoritäre Staat. Versuch über das österreichische Staatsproblem*, Wien, Springer.
- Wasserman, J. (2019). *The Marginal Revolutionaries. How Austrian Economists Fought the War of Ideas*, New Haven, Yale UP.
- Wiederin, E. (2007). *Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre*, in H. Schulze-Fielitz (ed.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft. Die Verwaltung*, Berlin, Duncker und Humblot, 293-317.
- Wiederin, E. (2014). *Verfassungsinterpretation in Österreich*, in G. Lienbacher (ed.), *Verfassungsinterpretation in Europa. Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Wien, Jan Sramek, 81-114.
- Wiederin, E. (2014). *Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht*, in Th. Simon, J. Kalwoda (eds.), *Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte*, Berlin, Duncker und Humblot, 283-306.
- Zahra, T. (2011). *Imagined Non-Communities. National Indifference as a Category of Analysis*, «Slavic Review», 69, 1, 93-119.