

# LE (NEO)NORMATIVISME, CONSTRUCTIVISME INACHEVE

Marc DORAY

Doctorant contractuel en Droit constitutionnel

CUREJ, EA 4703, Université de Rouen

Membre de la Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle

---

## PLAN DE LA COMMUNICATION<sup>1</sup>

---

<b>I. Normativisme et néo-normativisme : deux constructivismes imparfaits .....</b>	<b>5</b>
A. Le normativisme kelsénien, constructivisme inachevé.....	5
1. Norme et imputation chez Kelsen : deux constructions fragiles .....	5
2. Une validité formelle non démontrée.....	14
B. Le néo-normativisme, constructivisme sans issue .....	17
1. La pluralité des hiérarchies normatives : complication sans solution.....	18
2. Le retrait de la norme fondamentale : simplification sans cohérence.....	19
<b>II. Un projet commun réductionniste, fondement de la fragilité du construit (néo)normativiste.....</b>	<b>20</b>
A. L'objet de la science du droit : conférer au droit une unité.....	21
1. L'unité de l'objet scientifique ou l'explication du phénomène par... le phénomène....	21
2. La science du droit, gardienne de l'unité logique de son objet .....	23
3. Les implications de la métathéorie kelsénienne : une science du droit prescriptive ....	24
B. L'objet de la théorie pure du droit : bâtir une structure juridique unitaire .....	29
1. L'unité de l'interprétation juridique : la science du droit comme unique source de droit ? .....	29
2. L'unité structurelle du droit : ce que le droit <i>devrait</i> être .....	30
3. L'unité par la « légitimité », concept kelsénien à géométrie variable .....	32
<b>Conclusions analytiques .....</b>	<b>36</b>

---

<sup>1</sup> C'est avec l'aimable autorisation de la Revue des *Annales de Droit*, que nous proposons cette communication, version synthétique et remaniée des thèses développées de manière plus approfondie au numéro 8 de ladite revue (à paraître). Nous nous permettons de renvoyer, pour tout complément d'information ou approfondissement, à cet article : Marc Doray, « Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé », *ADD*, n° 8, 2014, à paraître.

Le positivisme juridique n'est certes pas un courant d'analyse unifié et comporte de multiples variantes<sup>2</sup>, à tel point que l'emploi du singulier pour le caractériser pourrait passer pour un signe d'ignorance ou de confusion<sup>3</sup>. C'est toutefois une dimension spécifique du positivisme juridique que nous nous proposons de mettre en avant ici : sa filiation avec le positivisme philosophique en tant que modalité de la connaissance<sup>4</sup>. Globalement, « *le positivisme est une simple application au droit du positivisme philosophique et d'ailleurs la plupart des juspositivistes contemporains font de fréquentes références aux travaux des philosophes positivistes, notamment au courant de l'empirisme logique* »<sup>5</sup>. Le positivisme

---

<sup>2</sup> Voir par exemple les distinctions proposées par N. Bobbio (*Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret et Christophe Agostini, Préface de Riccardo Guastini, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, « La pensée juridique », juin 2000, p. 23-27), Herbert L. Hart (« Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, Vol. 71, n° 4, 1958, p. 593-629), ou encore par Mario Cattaneo (*Il positivismo giuridico inglese – Hobbes Bentham, Austin*, Milano, 1962, chap. 1, cité par Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, « La pensée juridique », novembre 1998, p. 14) ou encore Alf Ross. Pour un résumé, voir Michel Troper, « Positivism », dans André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* [ci-après *DETS*], Paris, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, « Droit et Société », 1993, p. 461.

<sup>3</sup> Selon Michel Troper, « En réalité, la plupart des définitions sur lesquelles se fondent ceux qui écrivent sur le positivisme [juridique] sont des définitions stipulatives », c'est-à-dire purement conventionnelles, entre les usagers futurs de l'expression (Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, « Léviathan », 1994, p. 29). Ainsi, pour U. Scarpelli, « Le choix et la pertinence d'une définition stipulative dépendront de l'utilité et de la signification qu'elle permet de déterminer, de la correspondance d'une telle signification aux fonctions et aux exigences du corpus linguistique dans lequel elle va être introduite » (Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, *op. cit.* [Cf. Note 2], p. 5-6).

<sup>4</sup> Plus précisément, le positivisme juridique correspond à une « théorie appliquée » de la connaissance. Autrement dit, une « philosophie » qui n'a pas pour ambition d'étudier les théories de la connaissance mais qui, nécessairement, fait sienne une certaine conception et participe de sa diffusion dans un champ d'études déterminé. Ainsi, bien que « Kelsen semble [...] avoir toujours refusé de se considérer comme un philosophe » (Pierre Hack, *La philosophie de Kelsen. Epistémologie de la Théorie pure du droit*, Genève, Bâle, Munich, Faculté de droit de Genève, Helbing & Lichtenhan, « Collection Genevoise », 2003, p. 1), et ait préféré le qualificatif de « théoricien », il n'en reste pas moins le défenseur d'une certaine conception de la théorie de la connaissance. Le simple fait qu'il se réfère abondamment aux grands philosophes de son époque (Moritz Schlick, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein, etc.) ou des époques précédentes (Rousseau, Kant, Hume par exemple) suffit à comprendre que la défense d'une théorie du droit, fût-elle *pure*, ne peut se faire sans ancrer celle-ci dans une théorie de la connaissance. C'est donc pour éviter tout amalgame que l'adjectif « philosophique » est ici employé comme synonyme de « théorie de la connaissance ». On peut finalement évoquer à ce titre une « gnoseologie » ou, selon une terminologie bien moins usitée mais que Kelsen faisait encore sienne, une certaine « cosmologie », i.e., une « Théorie philosophique ou scientifique de la formation et de la nature de l'univers » (*Le Grand Robert de la langue française*). L'acception de ces quatre expressions sera ici considérée comme identique, renvoyant, sous une appellation générique, à une « théorie de la connaissance », en tant que « pré-supposés [...] qui contribuent à dessiner une vision générale de la réalité » (Vittorio Villa, *La science du droit*, trad. Odile et Patrick Nerhot, Bruxelles, Story-Scientia, Paris, LGDJ, « La pensée juridique moderne », 1991, p. 30).

<sup>5</sup> Michel Troper, « Positivism », dans André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* [ci-après *DETS*], *op. cit.*, p. 462-463. Pour une lecture plus fine de la filiation entre positivisme philosophique et positivisme juridique, voir également Eric Maulin (« Positivism », dans Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, « Quadrige – Dicos Poche », août 2003, p. 1173), Alain Renaut (« Les positivisme et le droit : du positivisme philosophique au positivisme juridique », dans Simone Goyard-Fabre (dir.), *Du positivisme juridique*, Cahiers de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, n° 13, 1988, p. 9-22), Simone Goyard-Fabre, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », dans Simone Goyard-Fabre (dir.), *Du positivisme juridique*, Cahiers de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, n° 13, 1988, p. 23-44).

scientifique, en tant que doctrine de la connaissance, postule l'existence de l'objet d'étude « comme un *fait*, extérieur à son examinateur qui tente de le décrire ou de l'expliquer objectivement, à partir d'une observation »<sup>6</sup>. Pour R. Carré de Malberg déjà, le chercheur en sciences juridiques « *n'a point, pour sa part, à pourvoir à la *lex ferenda* : il opère seulement au service de la *lex lata** »<sup>7</sup>. Comme l'observe Eric Maulin, « cette attitude [...] aujourd'hui partagée par la plupart des auteurs qui se réclament du positivisme [...] implique, comme le soutiennent H. Kelsen et H. L. A. Hart, que le scientifique se tienne dans un rapport d'extériorité par rapport à son objet... »<sup>8</sup>. Pourtant, à l'étude, le positivisme juridique semble davantage correspondre à la définition du « constructivisme ». Abordé notamment par Gaston Bachelard dès 1934<sup>9</sup>, puis par Jean Piaget<sup>10</sup>, le constructivisme peut se définir comme un « *discours sur les fondements de la connaissance scientifique* »<sup>11</sup> qui, « *au postulat de la réalité [...], oppose [...] le principe de la représentabilité de nos expériences. (...) La connaissance n'est alors plus celle d'un objet et de son objectivité, comme elle l'était pour les épistémologies positivistes. Elle devient, dans une perspective d'interaction entre l'objet et le sujet, connaissance d'un projet, ce qu'on nomme principe de projectivité* »<sup>12</sup>. Plus

---

<sup>6</sup> Eric Maulin, « Positivisme », art. cité, p. 1171 [Cf. Note 5]. On retrouve ici l'assertion d'Auguste Comte : « Le mot positif désigne le réel » (Auguste Comte, *Discours sur l'esprit positif*, 1843).

<sup>7</sup> Raymond Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. I, Paris, 1937, p. 201 et s.

<sup>8</sup> Eric Maulin, « Positivisme », art. cité, p. 1174.

<sup>9</sup> « Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit » (Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 5<sup>ème</sup> édition, 1967, (1<sup>ère</sup> édition, 1934), p. 14). On relèvera d'ailleurs l'identité de l'année de parution de *La formation de l'esprit scientifique* de G. Bachelard et de la première édition de la *Théorie pure du droit* de H. Kelsen. Ce faisant, et si l'on accepte les thèses présentées ici, il faudra également nécessairement admettre : 1) que le constructivisme de Kelsen, bien qu'« inachevé », est contemporain de l'appel (à l'époque bien solitaire) à une épistémologie constructiviste des sciences ; 2) que le plus grand représentant du positivisme juridique est finalement le précurseur d'une application de l'épistémologie constructiviste au domaine juridique, bien avant que les sociologues (souvent présentés comme précurseurs dans la reprise de cette théorie spécifique de la connaissance) se déclarent ouvertement « Pour une épistémologie constructiviste du droit » (Günther Teubner, Nathalie Boucquey, « Pour une épistémologie constructiviste du droit, *Annales. Economie. Sociétés. Civilisations*, n° 6, 1992, p. 1149-1169). Dès lors, la proposition de (re)classification émanant du présent article n'a rien d'anodin en ce qu'elle tend à situer les origines du constructivisme juridique dès les premiers écrits de Hans Kelsen. Ainsi, là où il paraissait possible de concevoir la perspective sociologique comme un renouvellement de l'épistémologie juridique, il apparaît que c'est l'épistémologie juridique qui se trouve simplement reprise par la sociologie quelque trente ans plus tard, sans véritables changements d'ailleurs au regard des trois « thèses » programmatiques de l'épistémologie constructiviste annoncées par G. Teubner (art. cité, p. 1150).

<sup>10</sup> Le constructivisme de J. Piaget s'est *construit* pendant plus de trente ans, de *La construction du réel chez l'enfant* (Jean Piaget, Neufchâtel, Paris, Delachaux et Niestlé, 1937) à *Logique et connaissance scientifique* (Jean Piaget (dir.), Paris, Encyclopédie de la Pléiade, n° 22, mars 1967).

<sup>11</sup> Jean-Louis Le Moigne, *Le constructivisme. Tome 1 : Les enracinements*, op. cit., p. 13.

<sup>12</sup> André-Jean Arnaud, « Epistémologie. 8 », dans André-Jean Arnaud (dir.), *DETS*, op. cit., p. 232. Apparaît significatif du caractère – inévitablement bien qu'implicitement ici – constructiviste de l'épistémologie dite positiviste la définition qu'en donne Simone Goyard-Fabre se référant à Kelsen : « *Le droit en tant qu'objet de cette science du droit que projette le positivisme juridique, c'est essentiellement le droit positif, c'est-à-dire la*

simplement, l'objet d'étude n'apparaît plus comme un *donné* mais comme un *construit*, produit de l'interaction entre le sujet connaissant et l'objet de connaissance<sup>13</sup>.

Ce constat, paradoxal, d'un positivisme (juridique) constructiviste, se double d'un autre, plus critique : le normativisme apparaît comme un constructivisme *réducteur*. Bien que cette grille de lecture pourrait, selon nous, être utilement transposée à l'ensemble du courant positiviste<sup>14</sup>, nous nous limiterons ici aux thèses normativistes et néo-normativistes, dont Kelsen fut – et demeure – l'inspirateur, et qui appartiennent toutes deux « au genre “positivisme” »<sup>15</sup>. Les thèses kelseniennes antérieures à 1961 reposent sur deux construits majeurs relatifs au statut de la volonté et à la catégorie de l'imputation, faisant émerger un autre construit : celui de la norme fondamentale contenant, notamment, la connexion fonctionnelle entre les normes (i.e. le rapport de validité). Reste que la validité du droit

---

*Constitution et les lois, les règlements, les arrêts, les traités. Purifiée des considérations philosophiques, morales ou politiques, la science positive du droit peut dès lors posséder le même statut épistémologique que les autres sciences* » (Simone Goyard-Fabre, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », dans Simone Goyard-Fabre (dir.), *op. cit.* [note 3], p. 26).

<sup>13</sup> Tel est le cœur invariant du constructivisme épistémologique, celui-ci fût-il considéré par la suite comme « radical » (Ernst Von Glaserfeld, « Introduction à un constructivisme radical », dans Paul Watzlawick (dir.), *L'invention de la réalité. Contributions au constructivisme*, Paris, Seuil, « Points Essais », mai 1996 (373 p.), p. 19-43), « dialectique » (Jean Piaget, *Logique et connaissance scientifique*, *op. cit.* [note 8]), « représentation de la complexité » (E. Morin, *La méthode*. T. 3. « La connaissance de la connaissance », Paris, Seuil, « Points Essais », janvier 1992 (1<sup>ère</sup> édition, mai 1986, (243 p.) ; *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, (1<sup>ère</sup> édition, ESF éditeur, 1990) « Points Essais », avril 2005, 158 p.), « outil de modélisation des systèmes complexes » (Jean-Louis Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, Paris, Dunod, février 2011 (1<sup>ère</sup> édition, 1990), « Sciences humaines », 178 p.).

<sup>14</sup> Simone Goyard-Fabre relève par exemple « l'impossible pari du positivisme » : « Le positivisme juridique a bien partie liée avec le positivisme philosophique. Mais il faut reconnaître qu'il emprunte des voies si diverses que la philosophie dont il est tributaire y demeure à la fois délibérément implicite et fâcheusement occultée. (...) Quelle qu'ait été la charge véhémente de L. Duguit contre les séquelles philosophiques qui ne peuvent, selon lui, qu'encombrer et fausser une théorie du droit, le positivisme juridique a beau s'imposer de ne pratiquer qu'une stricte observation des faits, il ne marginalise ni n'exclut la pensée philosophante. Tout au plus la philosophie du positivisme juridique demeure implicite » (Simone Goyard-Fabre, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », *op. cit.* [note 3], p. 29). Reste que l'auteure ne met pas le doigt sur la nature de cet épistémè (ou pensée philosophale) implicite au cœur du positivisme juridique, qui s'apparente bel et bien à une théorie de la connaissance. Le caractère construit du positivisme est toutefois, bien qu'implicitement, réaffirmé : « Il apparaît ainsi que le positivisme juridique, qui avait dessein de se réaliser en marge de la systématisation philosophique et même contre elle, ne réussit pas à s'en tenir à une intelligibilité purement *positive* de son objet » (p. 38-39). Le droit n'est positif que parce qu'il est construit comme tel : « En d'autres termes, l'auto-suffisance d'un positivisme qui s'en tiendrait à la seule phénoménalité du droit positif est non seulement impossible en sa figure doctrinale, mais c'est un pari impossible à tenir » (p. 40). Le constat, pour S. Goyard-Fabre, est d'ailleurs à généraliser : « Ce qui est le plus frappant, c'est que, dans la pluralité de ses figures, la problématique *positiviste* se révèle toujours comme un projet impossible à réaliser jusqu'au bout. D'une manière ou d'une autre, des éléments étrangers à la *dogmatique juridique*, c'est-à-dire des éléments trans-positifs, s'insinuent inévitablement dans le système. Cette fêlure dans la scientificité du positivisme juridique n'est pas, d'ailleurs, un défaut qui lui est propre ; toute œuvre scientifique véhicule dans sa recherche des éléments non-scientifiques qu'implique nécessairement sa postulation de base » (p. 43).

<sup>15</sup> Michel Troper, « Normativisme », dans André-Jean Arnaud, *DETS*, *op. cit.*, p. 396. Si deux sens paraissent pouvoir être dégagés de l'expression « normativisme » (« Terme par lequel certains commentateurs désignent la théorie du droit de Hans Kelsen » ; « théorie appartenant au genre “positivisme”, et qui envisage le droit comme un système de normes » (Michel Troper, « Normativisme », art. cité, p. 396)), il paraît préférable d'accorder à la première de ces définitions, plus stricte, une primauté (chrono)logique.

n'apparaît finalement pas démontrée par le recours à la structure conceptuelle unitaire kelsénienne. Ce caractère inachevé du constructivisme de Kelsen trouve un écho dans les thèses de ses épigones, « néo-normativistes », qui, malgré les différentes complications ou simplifications apportées au construit initial, ne parviennent pas à s'affranchir des apories de celui-ci.

Ainsi, normativisme et néo-normativisme apparaissent comme deux constructivismes imparfaits (I). Cet inaboutissement, toutefois, n'est pas le produit de l'épistémologie constructiviste adoptée – du moins, pas directement –, mais résulte plutôt de la manière dont celle-ci a été travaillée par un projet commun et réducteur : la construction d'une science « pure », dont l'objet serait unique (II).

## I. NORMATIVISME ET NEO-NORMATIVISME : DEUX CONSTRUCTIVISMES IMPARFAITS

Le normativisme kelsénien peut légitimement être considéré comme un constructivisme inachevé (A), un caractère imparfait que les émules de Kelsen, qualifiés de néo-normativistes, n'ont pu, malgré leurs efforts, améliorer (B).

### *A. Le normativisme kelsénien, constructivisme inachevé*

Le caractère inachevé du constructivisme de Kelsen apparaît dans le caractère inabouti de sa démonstration relative tant à la catégorie de l'imputation qu'à l'existence même de la norme comme « donné » (1) ; il se retrouve surtout dans l'échec de l'idée d'inférence, idée devant normalement permettre d'identifier le droit, i.e. le droit valide (2).

#### **1. Norme et imputation chez Kelsen : deux constructions fragiles**

En 1911<sup>16</sup>, Kelsen s'oppose au juspositivisme traditionnel de l'Ecole Gerber-Laband-Jellinek qui assimilait la volonté de l'État à un concept psychologique<sup>17</sup> en soutenant, renversement majeur, que l'acte juridique est voulu parce qu'il est considéré comme valide.

---

<sup>16</sup> Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911 (ci-après « *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* »).

<sup>17</sup> Stanley L. Paulson, « Introduction », p. 3-43, dans Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. Valérie Faure, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, « La pensée juridique », décembre 2010, [ci-après *TGDE*], p. 16.

Dès lors, la *volonté de l'Etat* n'apparaît plus comme une notion (psychique ou psychologique) donnée mais bien « comme une notion *construite* »<sup>18</sup> : si une chose est imputée à l'Etat, alors on peut dire qu'elle est voulue par celui-ci. C'est dans sa *Théorie pure du droit* que Kelsen appuiera ce renversement constructiviste sur une autre construction : la célèbre « norme fondamentale » (*Grundnorm*). Il procède, pour ce faire, en deux temps<sup>19</sup> :

a – Il introduit d'abord le concept d' « imputation normative » (si A est, alors B doit être) comme catégorie fondamentale sur le modèle du principe de causalité (si A est, B sera)<sup>20</sup> ;

b – Puis, utilisant un argument transcendantal<sup>21</sup> néo-kantien, implicite dans la norme fondamentale qu'il suppose<sup>22</sup>, il tente de démontrer que cette catégorie fondamentale de

---

<sup>18</sup> Stanley Paulson, « Introduction », dans Hans Kelsen, *TGDE, op. cit.*, p. 16. Voir également Stanley Paulson, « Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism », *The Modern Law Review Limited*, 59:6, November 1996, p. 797-812. L'auteur s'étonne de ce que le constructivisme de Kelsen n'ait jusqu'alors fait l'objet que de peu d'attention.

<sup>19</sup> On retrouve notamment le développement de cet argument transcendantal néokantien dans Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., trad. Charles Eisenmann, (1<sup>ère</sup> édition française de la 2<sup>ème</sup> édition allemande, Dalloz, 1962), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, « La pensée juridique », novembre 2010, (ci-après « *TPD* »), p. 201-205.

<sup>20</sup> Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 85 (chap. 18). On relèvera toutefois d'emblée que Kelsen refuse d'inscrire la catégorie de l'imputation comme « catégorie transcendantale » au sens kantien. Bien que tirant la « catégorie de l'imputation » de la « catégorie de la causalité », Kelsen affirme nettement sa divergence : « Certains ne nient pas sans doute que la volonté de l'homme soit bien, en réalité, déterminée causalement, comme tous les phénomènes, mais affirment que, pour rendre l'imputation morale ou l'imputation juridique possibles, on devrait nécessairement raisonner comme si la volonté de l'homme était libre ; en somme, on devrait maintenir l'affirmation de la liberté de l'homme, de sa non-détermination causale, comme une fiction nécessaire [Telle est la position de Kant [...] dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*]. C'est là une thèse parfaitement superflue : dès lors que l'on a reconnu que l'imputation est une mise en relation de faits qui est différente sans doute de la causalité, mais qui n'est nullement en contradiction avec elle, il n'est nul besoin de la fiction proposée » (Hans Kelsen, *TPD*, p. 102-103). La divergence est même davantage explicitée : « En rapportant la causalité au monde empirique, la liberté au monde intelligible, Kant croyait pouvoir éviter la contradiction entre causalité et liberté. Mais, dans la réalité, l'imputation a lieu sur la base d'un ordre normatif qui règle la conduite de l'homme empirique et qui vaut dans le monde empirique. Il n'est fait d'imputation qu'au seul homme empirique [et non à la liberté] » (Hans Kelsen, *TPD*, p. 107, note 24).

<sup>21</sup> Pour Kant, la « question transcendantale » « s'occupe moins des objets que de notre manière de connaître les objets en tant que ce mode de connaissances doit être possible *a priori* » (Emanuel Kant, *Critique de la raison pure*, 1<sup>ère</sup> éd. 1781, 2<sup>ème</sup> éd. 1787, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, Paris, PUF, 1944, p. 46). Kelsen a repris la « question transcendantale » et l'a formulée pour le droit : « De même que Kant pose la question de savoir comment une interprétation des faits donnés à nos sens exempte de toute métaphysique est possible dans les lois naturelles formulées par les sciences de la nature, de même la théorie pure du droit pose la question de savoir comment est possible une interprétation de la signification de certains faits comme un système de normes juridiques objectivement valables, descriptibles dans des propositions de droit, une interprétation qui ne recoure pas à des autorités méta-juridiques, telles que Dieu ou la Nature » (Hans Kelsen, *TPD*, p. 201-202 (§ 34, d)).

<sup>22</sup> « En décrivant la norme fondamentale, nous n'introduisons aucune méthode nouvelle dans la science du droit. Nous ne faisons que rendre explicites ce que tous les juristes supposent, inconsciemment dans la plupart des cas, dès lors qu'ils considèrent le droit positif 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. L'existence de la norme fondamentale dans la conscience juridique résulte d'une simple analyse des énoncés juridiques effectifs. La norme fondamentale répond à la question [transcendantale] : comment, et dans quelles conditions, les énoncés de droit relatifs aux normes juridiques, aux obligations juridiques, aux droits subjectifs, etc., sont-ils tous possibles ? » (Hans Kelsen, *TGDE, op. cit.*, p. 170).

l'imputation est nécessairement présupposée par des éléments qui sont *donnés*, à travers un schéma analytique que l'on peut représenter, à l'instar de Stanley L. Paulson, comme suit :

- « 1. Les normes juridiques sont connues (données) ;
2. La connaissance des normes juridiques n'est possible que si la catégorie de l'imputation normative (prémisse transcendantale) est présupposée ;
3. Donc la catégorie de l'imputation normative est présupposée (conclusion transcendantale) »<sup>23</sup>.

Ce schéma analytique, repris du raisonnement analytique kantien, s'en distingue néanmoins par son caractère tronqué. En effet, si Kant affirme que « l'on part de ce que l'on cherche comme s'il était donné et [...] l'on remonte aux seules conditions sous lesquelles il est possible »<sup>24</sup>, il procède néanmoins à un dédoublement de ce raisonnement. D'abord une version dite « progressive », qui part d'éléments connus comme étant donnés ; puis la version dite « régressive », celle utilisée isolément par les néokantiens, dont Kelsen. Ainsi, tandis que Kant part d'une prémisse modérée, rapportant des « données situées en-deçà du seuil de l'expérience interprétée »<sup>25</sup>, les néo-kantiens – dont Kelsen – n'utilisent que la version régressive du raisonnement analytique et partent donc d'une prémisse non démontrée par la version progressive. Au prix de la fragilité de tout le raisonnement. Kelsen part en effet d'une donnée déjà interprétée (la norme), ce à quoi le sceptique ne peut adhérer et, en outre, sa seconde prémisse paraît trop exigeante, faisant de l'« imputation » le point obligé de la défense d'une théorie normativiste du droit. Conscient de cette fragilité, Kelsen lui-même admit en 1960 que ce qu'il considère comme donné n'est en réalité qu'un construit, auquel on doit adhérer pour pouvoir appréhender le droit dans une perspective normativiste<sup>26</sup>.

Le réaliste danois Alf Ross ne manquera d'ailleurs pas de souligner cette fragilité : si la norme fondamentale de Kelsen n'est qu'un présupposé, extrajuridique, alors il n'y a guère

---

<sup>23</sup> Stanley Paulson, « Introduction », p. 3-43, dans Hans Kelsen, *TGDE*, p. 22. Voir également Stanley L. Paulson, « La normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants », trad. Françoise Michaut, *Droit et Société*, n° 7, 1987, p. 341-362.

<sup>24</sup> Emmanuel Kant, *Prolégomènes à toute métaphysique future* (paru en 1783), traduction de Louis Guillermit, § 5, en note, cité par Stanley Paulson, « Introduction », dans Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>25</sup> Stanley Paulson, « Introduction », p. 3-43, dans Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>26</sup> « On [...] interprétera objectivement les relations entre personnes comme des relations de droit et, plus spécifiquement, comme des obligations juridiques, des droits subjectifs et des pouvoirs juridiques si et seulement si on présuppose la norme fondamentale. Ce n'est là toutefois qu'une interprétation possible, une interprétation rendue possible par le présupposé de la norme fondamentale et dépendant de ce présupposé ; ce n'est pas une interprétation nécessaire. Les relations entre personnes peuvent également être interprétées comme de simples relations de pouvoir, c'est-à-dire comme des causes et des effets, conformément à la loi de causalité » (Hans Kelsen, "On the Basis of Legal Validity" (1960), traduit par Stanley L. Paulson, *American Journal of Jurisprudence*, n° 26, 1981, pp. 178-179, 185-186).

de différence entre le positivisme de Kelsen et une forme quelconque de jusnaturalisme affirmant, en l'espèce, l'obligatorité du droit<sup>27</sup>. Kelsen est ainsi qualifié par Ross de « pseudo-positiviste »<sup>28</sup>. Reste que cette objection est loin d'être dirimante au regard de la *Théorie pure du droit* :

- en premier lieu, comme il a déjà été maintes fois souligné<sup>29</sup>, Kelsen ne prône en rien l'obéissance morale au droit, mais fonde en réalité une théorie relativiste qui, précisément, soustrait le positivisme de la métaphysique légaliste dans laquelle celui-ci avait fini par se complaire. L'obligation juridique que fonde la norme n'est objective qu'en ce qu'elle repose sur une autre norme ; une thèse qui n'a ni pour objet ni pour effet de conférer caution morale à l'ensemble du système juridique. La norme fondamentale contient (notamment) la relation fonctionnelle qui unit les normes entre elles, faisant de Kelsen le précurseur d'une analyse non seulement structurale, mais également systémique puisque reposant sur une étude conjonctive basée sur le concept de récursivité<sup>30</sup> ;

---

<sup>27</sup> Le positivisme de Kelsen serait alors, selon la classification de N. Bobbio, une « idéologie positiviste », la seule positivité du droit constituant le sceau de la justice (Voir Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 23-30).

<sup>28</sup> « La validité, au sens normatif, n'a pas de fonction descriptive ou explicative de la vérité. Sa fonction est de renforcer l'ordre juridique en proclamant que les obligations prescrites par cet ordre juridique ne sont pas de simples obligations assorties de sanctions, mais qu'elles constituent aussi des devoirs moraux. La notion normative de validité est l'instrument d'une idéologie qui soutient l'autorité de l'Etat. (...). A cet égard, la théorie pure du droit n'est qu'un prolongement de la pensée quasi-positiviste, Kelsen n'a jamais renoncé à l'idée qu'un ordre juridique posséderait, en tant que tel, une validité au sens normatif. D'après lui, le mode d'existence de la norme est sa "validité" et affirmer qu'une norme est valide signifie "que les hommes doivent se conduire comme la norme le prescrit". (...). l'idée d'un devoir d'obéissance n'a de sens que si l'on présuppose que le devoir dont on parle est un véritable devoir moral, qui correspond à la "force obligatoire" inhérente au droit » (Alf Ross, « Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1961, IV (p. 46 et s.), fragments des pp. 72, 74, 78 cités et traduits par Christophe Grzegorzczak dans Christophe Grzegorzczak, Françoise Michaut, Michel Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 204-205).

<sup>29</sup> A commencer par Kelsen lui-même, qui explicitait dès 1928 le caractère « hypothético-relatif [du] système de normes » juridiques s'exprimant dans la norme fondamentale (Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 441). Et « C'est précisément dans le difficile renoncement à une justification absolue, matérielle, dans le fait de se limiter avec abnégation au fondement purement hypothétique et formel de la norme fondamentale, que réside la marque distinctive essentielle du positivisme par rapport à la doctrine du droit naturel. Le positivisme juridique et le relativisme épistémologique sont liés... » (*Ibid.*, p. 442). Ce caractère injustifié de la critique rossienne a été maintes fois souligné par la suite, que ce soit de façon explicite (Voir not. Michel Troper, « Ross, Kelsen et la validité », dans M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, « Léviathan », novembre 2001, p. 19-34, spéc. p. 22-24 ; Alexandre Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ*, n° 67, 2011, p. 107) ou plus implicite (Voir René Sève, « Raison philosophique et positivisme juridique. L'exemple allemand », dans Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, [note 3], p. 52-54). Quant à la critique potentiellement subséquente selon laquelle, nonobstant le caractère relatif de la norme fondamentale, Kelsen, à travers elle, contribuerait à qualifier de juridique tout ordre, y compris illégitime, c'est là encore Kelsen lui-même qui y répond le mieux : « Même un anarchiste pourrait, s'il était juriste, décrire un système de droit positif comme un système de normes valables, sans pour autant approuver ce droit. Bien des manuels ou traités qui décrivent un ordre juridique capitaliste comme un système de normes fondant des obligations, des pouvoirs, des droits, des compétences, ont été écrits par des juristes qui étaient politiquement hostiles à cet ordre juridique » (Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, p. 221, note 14).

<sup>30</sup> Comme le souligne Bobbio, « On n'insistera jamais assez sur le fait qu'avec Kelsen, pour la première fois, la théorie du droit s'est définitivement portée vers l'étude de l'ordre juridique dans son ensemble, en considérant comme concept fondamental d'une *construction théorique* [souligné par nous] du champ du droit, non plus le

- en second lieu, tout appareil conceptuel scientifique nécessite une loi (ou principe) fondamentale, érigeant les critères d'appréciation de scientificité des propositions ayant pour fonction la description de l'objet d'étude. Or, cette loi, ne répondant pas aux critères qu'elle pose<sup>31</sup>, apparaît nécessairement extérieure au système qu'elle instaure : elle repose sur un présupposé (plus ou moins explicite) communément admis au sein de la communauté scientifique concernée<sup>32</sup>. Ainsi, par exemple, la contrôlabilité empirique des propositions correspond à la loi fondamentale des sciences purement causales, telles les sciences

---

concept de norme, mais celui d'ordre entendu comme système de normes. (...). L'entreprise de Kelsen [...] consiste à ne pas abandonner le point de vue normatif dans le passage de l'étude des normes isolées à celle de l'ordre, mais au contraire à la conduire jusqu'à ses conséquences ultimes, en cherchant l'élément caractéristique du droit dans la façon dont les normes [...] juridiques se disposent et composent un système » (Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 216-217). Ainsi, avec Kelsen, l'ordre juridique ne se résume plus à la seule somme de ses parties, et l'étude devient inévitablement conjonctive, chaque norme ne trouvant sa validité systémique que mise en rapport avec une norme supérieure. Ainsi, la théorie de Kelsen échappe en partie à ceux qui voient en elle l'application d'une méthode analytique purement descriptive et disjonctive. A ce titre, la norme fondamentale constitue la clef d'entrée dans le construit kelsénien (mais non la clef de ses fondations, ou du système de pensée kelsénien). Et ce, bien avant le développement des théories de l'information ou des systèmes avancées à partir des années 1960 en lien avec le développement de la cybernétique. Il suffit d'ailleurs de reprendre le schéma adoptée par Jean-Louis Le Moigne, distinguant entre la modélisation analytique (faisant prévaloir l'Objet, l'Ensemble, la Disjonction, l'Efficacité, etc.) et la modélisation systémique (faisant prévaloir le Processus, le Système, la Conjonction, l'Effectivité, etc.) pour comprendre, d'une part, que la *Théorie pure du droit* apparaît également comme une modélisation de type systémique et, d'autre part, que la distinction opérée par Jean-Louis Le Moigne constitue en elle-même une opération « disjonctive », i.e. une négation du développement progressif et complexe de la pensée scientifique (Voir Jean-Louis Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, op. cit., p. 9). La *Théorie pure du droit* apparaît ainsi comme une pierre d'envergure dans le jardin de ceux avançant une présentation dichotomique des pensées positivistes et constructivistes. On arguera en outre que, ce faisant, ils opèrent par *disjonction* dans une logique de *projet* (scientifique), une opération qui conduit à relativiser la distinction ainsi opérée puisque elle contient en elle la négation de cette dichotomie. Autant dire que l'idée complexe se trouve défendue à travers une idée à la fois compliquée et complexe.

<sup>31</sup> C'est là l'une des démonstrations majeures d'un autre néo-positiviste, Kurt Gödel, qui, dans un théorème avancé en 1931, souligne que la complétude et la cohérence (non-contradiction) d'un système de logique formelle ne peut être démontrée à partir des axiomes présents et valides dans ledit système (il s'agissait, en l'espèce, d'arithmétique). Autrement dit, la validité d'un système formel ne peut être démontrée à partir des axiomes qui démontrent la validité des propositions à l'intérieur du système. La validité globale du système repose donc sur des axiomes extra-systémiques (Pour une mise en avant des convergences et divergences entre ce théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen, voir Henri Thévenaz, « Le théorème de Gödel et la norme fondamentale de Kelsen », *Droit et Société*, n° 4, 1986, p. 532-542 ; L'article de K. Gödel est paru en 1931 sous le titre « Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme » dans *Monatshefte für Mathematik und Physik* (n° 38, 173-198)). Au demeurant, les conséquences logiques de la démonstration de Gödel ne s'arrêtent pas là. Elles tendent à réfuter la possibilité même du monisme méthodologique pour l'ensemble des sciences, objectif premier des néo-positivistes, qui développent la thèse de l'unité de la langue de la science (Robert Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, octobre 1999, p. 704-705).

<sup>32</sup> Alan Musgrave soulignait déjà en 1978 après Thomas Kuhn que, dans un domaine de recherche déterminé, une méthodologie peut difficilement être adressée au scientifique, au plan individuel, tout simplement parce qu'elle ne peut tenir compte de la multitude de facteurs idiosyncrasiques qui déterminent ce qui paraît rationnel à ce niveau. Dès lors, les règles méthodologiques apparaissent bien plutôt comme des directives adressées à une communauté scientifique déterminée (Voir Alan Musgrave, "Evidential support, Falsification, Heuristics, and Anarchism", in Gerard Radnitsky and Gunnar Andersson (Eds), *Progress and Rationality in Science*, Boston Studies in the Philosophy of Science (Robert S. Cohen & Marx W. Wartofsky), Vol. LVIII, Dordrecht, Boston, London, D. Reidel Publishing Company, 1978, (Kronberg Conference, 1975), p. 193).

physiques. Mais, ce méta-principe n'est pas pour autant donné et apparaît, au contraire, inévitablement construit<sup>33 34</sup>.

Une autre critique, plus subtile, a récemment pris corps : Kelsen serait « un positiviste sans positivité »<sup>35</sup>.

Selon cette perspective, Kelsen aurait « mis, dans son vin empiriste, sur la question épistémologique, une eau transcendante [et c'est précisément ce] recours à la méthode transcendante de Kant pour saisir l'objet "droit" » [qui ferait du positivisme kelsénien] un positivisme sans positivité »<sup>36</sup>. Ainsi, « Kelsen n'est pas un tenant de la philosophie analytique. Il est kantien »<sup>37</sup>. C'est que « la philosophie transcendante de Kant, forcément [est] moins éloignée des rivages de la métaphysique que ne l'est la philosophie analytique »<sup>38</sup> et, surtout, « la fameuse distinction qu'affectionne Kelsen entre le *sollen* (le devoir-être) et le *sein* (l'être) trahit chez ce dernier la croyance [...] selon laquelle il existe une identité ontologique du droit [, Kelsen finissant par livrer de ce dernier] une définition qui confine à la

---

<sup>33</sup> Dès 1965, Uberto Scarpelli relevait que « *Le principe de vérification empirique opérant à un niveau métalinguistique comme critère de sélection des propositions admissibles ou non admissibles dans le système de la science, il n'est pas tenu de présenter les caractéristiques qu'il exige des propositions auxquelles il s'applique (...). Les contradictions de la norme fondamentale peuvent s'expliquer et se résoudre de la même manière : l'origine de la contradiction se trouve dans le fait de référer la proposition qu'exprime la norme fondamentale à elle-même alors que cette proposition se situe à un niveau métalinguistique par rapport aux propositions du système de normes, ce qui signifie que les propositions qu'elle pose ne concernent pas son propre niveau, ne lui sont pas applicables à elle-même* » (Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, op. cit., p. 48-49). Où l'on voit que le premier théorème d'incomplétude de Gödel se trouve projeté dans le domaine du langage, par l'intermédiaire des juristes-philosophes du langage. Toutefois, U. Scarpelli semble se méprendre sur la nature de la problématique kelsénienne lorsqu'il énonce que « Les choses seraient plus claires si, au lieu de dire norme fondamentale comme cela se fait pour le principe d'expérimentation, on employait le terme de principe fondamental » (*Ibid.*, p. 49). En effet, du fait de la reprise kelsénienne de la loi de Hume (on ne peut inférer d'un être un devoir-être, et inversement), une norme ne peut dériver que d'une autre norme. Il faut donc nécessairement, au regard du système théorisé par Kelsen, que la norme suprême (la Constitution dans l'ordre interne) dérive d'une autre « norme », fût-elle supposée. Reste que U. Scarpelli cerne l'autre aspect essentiel de l'usage de la norme fondamentale : « on soulignerait, par l'emploi d'un terme différent que le principe fondamental *ne se situe pas au niveau des normes du système*, et d'autre part par l'usage du terme principe on soulignerait sa *fonction constitutive de l'ensemble du système* » (*Ibidem*, souligné par nous).

<sup>34</sup> Ainsi, sans se soucier de l'adéquation entre science juridique et science causale, Alf Ross reprend intégralement de l'empirisme logique le principe de vérification, érigé en « règle méthodologique fondamentale » (Vittorio Villa, *La science du droit*, op. cit., p. 64) à laquelle les autres composantes méthodologiques de la science du droit devraient s'adapter. Par là même, et alors même qu'il rejette toute métaphysique, la théorie de Ross tombe sous le coup des conséquences qu'une telle méthodologie implique, « c'est-à-dire l'acceptation d'une certaine conception unidimensionnelle de la réalité, qui considère comme existant uniquement le niveau des faits empiriquement observables » (*Ibid.*, p. 76) : la validité, chez Ross, est donc construite en fonction de présupposés épistémologiques implicites selon lesquels « les observations sont "miroir fidèle" de la réalité et donc décrivent infailliblement le monde qui nous entoure » (*Ibid.*, p. 75) et la science ne peut consister qu'en la connaissance et description de faits observables.

<sup>35</sup> Alexandre Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ*, n° 67, 2011, p. 116, note 36.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 114-116.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 112.

réification digne de la métaphysique et des philosophies les plus classiques »<sup>39</sup> : « Kelsen [serait alors, en tout état de cause,] un idéaliste kantien »<sup>40</sup>.

Cette perspective paraît justiciable d'une critique, tant formelle que matérielle. Elle mêle en effet deux types de langage, l'un assertif, le second évaluatif, à travers une relation qui semble finalement problématique au plan logique :

- Le premier discours est descriptif : Kelsen a eu recours à la méthode transcendantale de Kant pour saisir l'objet droit, il est kantien. Or, d'une part, Kelsen a certes eu recours à un argument transcendantal pour saisir l'objet droit, mais cet argument, loin d'être kantien, est de type néo-kantien<sup>41</sup>. Ce qui entraîne les conséquences que nous avons vu précédemment : Kelsen part d'une prémisse forte (la norme comme donnée) alors que la version *progressive* kantienne permet de partir de données situées en deçà du seuil de l'expérience interprétée. D'autre part, Kelsen, bien qu'utilisant la « méthode transcendantale », le fait en rejetant pour partie l'héritage kantien, notamment l'imputation comme impératif catégorique ainsi que la forme (dissimulée) de jusnaturalisme qui en découle selon lui<sup>42</sup>. L'auteur de la *Théorie pure*

---

<sup>39</sup> Alexandre Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ*, n° 67, 2011, p. 117.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>41</sup> D'ailleurs, il serait pour le moins hasardeux, au regard des travaux de Kelsen, d'inférer de ce seul argument transcendantal, l'appartenance de l'ensemble de la « philosophie » de Kelsen au néo-kantisme (Voir les arguments très détaillés de Pierre Hack, *La philosophie de Kelsen*, *op. cit.*, p. 94-101). Au mieux, comme le portent à croire les travaux de Renato Treves et de Stanley Paulson, les écrits de Kelsen ne refléteraient une certaine influence néo-kantienne que jusqu'à son départ aux Etats-Unis (Renato Treves, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne, dans Jean-François Perrin, *Kelsen et le kantisme, Droit et Société*, n° 7, 1987, p. 319-329, note 3) ou, au maximum, jusqu'à 1961 (Voir Stanley Paulson, « Introduction », dans Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 7).

<sup>42</sup> Au sein de la *Théorie pure du droit*, Kelsen affirme que « L'imputation est un principe organisateur de la pensée humaine, [...] de même que la causalité, [c'est-à-dire], pour parler avec Hume ou avec Kant [...] une habitude de pensée ou une catégorie de la pensée » (Hans Kelsen, *TPD*, p. 113 (Titre III, chap. 26). Reste que, chez Kant, la causalité est une « structure nécessaire à toute forme de la pensée, [...] une catégorie *a priori* de l'entendement » (Pierre Hack, *La philosophie de Kelsen*, *op. cit.*, p. 88) tandis que Kelsen, lui, semble plutôt s'attacher à la définition humienne en affirmant que les lois naturelles (telles celles de la causalité) ne sont applicables qu'en posant, de manière problématique, que le passé se répètera dans l'avenir : « Ainsi par exemple, l'idée que la causalité constitue une relation absolument nécessaire entre la cause et l'effet [...] est certainement une conséquence de l'idée qu'elle est la volonté d'une autorité absolue et toute puissante, et par suite transcendante, existant au-delà du domaine de l'expérience humaine, qui établit la connexion entre cause et effet » (Hans Kelsen, *TPD*, p. 93 (Titre III, chap. 20). Cette distanciation critique vis-à-vis de Kant se retrouve plus explicitement encore dans d'autres écrits : dès 1928, Kelsen énonçait ainsi que « dans le combat que ce génie philosophique [Kant] a mené *contre la métaphysique*, en s'appuyant sur le fait de la science, et qui lui a valu le nom de "broyeur universel", il n'est pas allé jusqu'au bout. (...). Dans le rôle que joue chez lui la "chose en soi", se cache encore une bonne part de transcendance métaphysique. On cherchera donc en vain chez lui une profession de foi ouverte et sans réserve en faveur du *relativisme*, conséquence inévitable de tout dépassement véritable de la métaphysique. S'en émanciper complètement était au fond impossible pour une personnalité encore si profondément enracinée dans le christianisme. (...). Et c'est ainsi que *Kant* [...] est resté en tant que philosophe du droit sur les rails éculés de la doctrine du droit naturel. On peut même aller jusqu'à considérer sa "métaphysique des mœurs" comme l'expression achevée de la doctrine classique du droit naturel, telle qu'elle a été développée aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles sur le terrain du protestantisme » (Hans Kelsen, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, 1928, reproduit dans Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 491). On retrouve la

*du droit* ne peut donc logiquement être qualifié de « kantien »<sup>43</sup>. Enfin, quand bien même on accepterait l'idée que Kelsen « mêle le rejet empiriste de la métaphysique à la philosophie transcendantale de Kant »<sup>44</sup>, il n'en résulterait pas pour autant que sa démarche puisse être qualifiée de « kantienne » mais, seulement, de syncrétique<sup>45</sup>.

- Le second discours est évaluatif : parce qu'il aurait fait sienne la distinction entre *Sein* et *Sollen*, Kelsen serait un « idéaliste kantien » et ses thèses, métaphysiques, refléteraient une « croyance [en] une identité ontologique du droit »<sup>46</sup>. Cette évaluation suppose ainsi la négation de la distinction proposée par Kelsen, autrement dit l'affirmation que le *sollen*, soit n'existe pas, soit ne devrait pas exister. Cette position apparaît comme celle de l'athéiste qui nie l'existence de Dieu. Or, énoncer que Kelsen fait de la métaphysique parce qu'il affirme l'existence d'un « *devoir-être* » revient à affirmer l'inexistence de ce *devoir-être*...sur la base d'un présupposé de nature également métaphysique. Très différente, à cet égard, est la position de l'agnostique qui, conscient qu'il ne peut affirmer l'inexistence de Dieu sans révéler un présupposé de telle nature, rejette l'affirmation que Dieu existe sans pour autant affirmer que Dieu n'existe pas<sup>47</sup>.

- La mise en relation de ces deux discours est opérée à partir d'une inférence dont la logique apparaît par conséquent problématique : puisque Kelsen ne fait qu'utiliser un argument transcendantal de type néo-kantien (ou kantien) tout en rejetant l'idéalisme et la philosophie pratique de Kant, et parce qu'il est impossible de démontrer l'inexistence du

---

même idée dans un écrit de 1948 dans lequel Kelsen énonce que « Hume, [...] bien plus que Kant, mérite l'appellation de « broyeur de la métaphysique ... » (Hans Kelsen, « Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics », *The American Political Science Review*, Vol. 42, n° 5, Oct. 1948, p. 906-912, spéc. p. 912).

<sup>43</sup> Nous faisons droit ici à l'idée émise par Pierre Hack selon laquelle l'argument transcendantal utilisé par Kelsen correspond précisément au schéma d'interprétation de Kant et non à une version « spécifique au néo-kantisme » (Pierre Hack, *La philosophie de Kelsen*, op. cit., p. 95, note 73). Ainsi, quand bien même Kelsen n'aurait pas proposé une version réduite de l'argument transcendantal kantien, il n'en résulte pas pour autant qu'il aurait adopté la philosophie de Kant.

<sup>44</sup> Alexandre Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », art. cité, p. 116.

<sup>45</sup> Pour une telle interprétation, voir notamment Alexandre Viala (art. cité, p. 116) mais aussi Jacques Lenoble et François Ost qui relèvent « une certaine tension dans [l']œuvre [de Kelsen] entre le relativisme de cette perspective constructiviste et les certitudes de la perspective descriptiviste » (*Droit mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Presses Universitaires de Saint-Louis, 1980 (590 p.), p. 494). Ce qui, en soi, n'est pas dirimant pour une théorie, mais, dans le cadre de la Théorie kelsénienne, apparaît bien plus problématique puisque le fer de lance de celle-ci consiste précisément dans le rejet de tout « syncrétisme des méthodes » et dans l'affirmation du « principe méthodologique fondamental » de « la pureté » (Hans Kelsen, *TPD*, op. cit., p. 9, (Titre I ; chap. 1. « La pureté »)).

<sup>46</sup> Alexandre Viala, art. cité, p. 117. La même critique peut être adressée à François Ost, Jacques Lenoble et Michel Troper qui s'appuient tous trois sur l'assertion d'Ilmar Tammelo selon laquelle Kelsen en évoquant le *Sollen*, aurait « eu le tort [...] de confondre une catégorie logique avec une catégorie ontologique » (Voir Ilmar Tammelo, « "The Is" and "the Ought" in Logic and in Law », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, beheift (N.F) 6, 1970, p. 73-92 ; Michel Troper, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amsselek », *RDP*, n°6, 1978, p. 1536 ; Jacques Lenoble, François Ost, *Droit, mythe et raison*, op. cit., p. 502).

<sup>47</sup> Distinction reprise de C. Alchourrón, E. Bulygin, « The Expressive Conception of Norms », dans Risto Hilpinen (dir.), *New Studies in Deontic Logic : Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Dordrecht, Boston, London, D. Reidel Publishing Company, « Synthese Library », 1981, (272 p.), p. 95-124, spéc. p. 105,

*devoir-être* autrement qu'en recourant à des présupposés « métaphysiques », l'affirmation selon laquelle Kelsen serait un « positiviste dépourvu de positivité » tombe sous le coup de la même critique que l'argument de Ross. Toute critique extra-systémique du système de pensée de Kelsen ne fait que rendre plus apparent les présupposés épistémologiques<sup>48</sup> de leurs auteurs sans parvenir à mettre à bas ceux du système théorique critiqué<sup>49 50</sup>.

---

<sup>48</sup> En l'espèce, en affirmant que, « *Dans la mesure où il propose une définition universelle du droit en la fondant sur un critère exclusivement formel et dénué de tout a priori en terme de contenu ou d'idéal, de justice, le normativisme mérite bien d'appartenir à la catégorie des théories du droit* », Alexandre Viala (*Ibid.*, p. 117) adopte une épistémologie prescriptive, dévoilant des critères permettant la formulation de jugements *a priori* sur ce qui « mériterait » ou non de figurer au sein des « théories du droit ». On notera qu'à l'aune de tels critères, les théories jusnaturalistes d'Olivier Beaud ou de Ronald Dworkin ne « méritent » pas de figurer dans ce « club »...

<sup>49</sup> Il ne suffit pas d'énoncer avec Michel Troper que « Toute critique de cette description [kelsénienne du droit] qui ne partirait pas d'une critique épistémologique ne serait qu'un faux-semblant » (« La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP*, n° 6, 1978, p. 1523-1536, spéc. p. 1536) ; Encore faut-il ajouter que la critique d'une épistémologie à travers les vues d'une autre ne renvoie qu'à une « guerre de présupposés » qui, inévitablement, manque sa cible. En d'autres termes, il ne suffit pas de s'attaquer aux fondations pour faire tomber l'édifice d'une pensée, encore faut-il d'abord la pénétrer, c'est-à-dire, précisément, adopter le point de vue épistémologique qui s'y trouve plus ou moins implicitement énoncé. Ici, l'apport de K. Gödel est fondamental : un système de logique formelle peut être tout à fait cohérent et complet, sa validité résulte toujours d'une donnée extra-systémique. Si bien que la seule véritable manière de démontrer l'absence de pertinence de cette validité réside dans la mise au jour d'une incohérence ou d'une incomplétude, voire d'une contradiction implicite résultant nécessairement de l'un des axiomes *au sein du* système théorique. Pour ce faire, le critique est donc contraint d'adopter, en première instance du moins, le critère (extra-systémique) de validité du système-objet de l'évaluation. Voir, pour des exemples d'application en théorie du droit, Otto Pfersmann (« Arguments ontologiques et argumentation juridique », *Austriaca*, n° 47, 1998, p. 53-73), qui, afin de critiquer les « théories de l'argumentation » (celle de Dworkin notamment), adopte une ontologie légère, à laquelle le partisan du système critiqué est susceptible d'adhérer. Surtout, O. Pfersmann souligne, d'une part, la relation logique entre les arguments *ontologiques* (i.e. « relatifs à la construction la plus plausible d'un ensemble d'objets »), conditionnant les arguments *théoriques* (ceux relatifs notamment à la structure du droit impliquée par l'ontologie adoptée), qui conditionnent à leur tour les arguments *matériels* (relatifs aux problèmes internes d'un domaine spécifique) ; il affirme d'autre part avec finesse que « La définition du droit constitue un enjeu considérable dans les controverses entre différents mouvements philosophiques [même si] un grand nombre de ces débats se trouve parfois dépourvu d'objet en raison du fait qu'aucune théorie ne peut prétendre révéler la "véritable" nature du droit, mais simplement démontrer certaines propriétés par rapport à un objet dont l'ontologie est préalablement et librement déterminée... » (*Ibid.*, p. 54). Dès lors, « La seule considération permettant de révoquer en doute [sic] la pertinence d'une ontologie [du droit] ni vide ni inconsistante consisterait à invoquer sa trop forte différence par rapport à nos "intuitions" » (*Ibidem*). Voir également l'exemple, mentionné par C. Alchourrón et E. Bulygin, de Russel parvenant à mettre au jour une contradiction implicite dans le système établi par Frege, ce dernier ne pouvant plus maintenir à la fois ses axiomes et ce théorème (découlant nécessairement des axiomes), (C. Alchourrón, E. Bulygin, art. cité, p. 102).

<sup>50</sup> D'ailleurs, si le constructivisme (partiellement avoué) de Kelsen paraît faire de lui un « quasi-positiviste » et un « idéaliste », eu égard au fait que « la pensée juridique n'atteint peut être les sommets du positivisme qu'avec l'empirisme logique et la démarche analytique du Cercle de Vienne » (A. Viala, art. cité, p. 117), il convient de rappeler que le « positivisme » est un courant multiforme. Par conséquent, toute classification dépend de la signification attribuée, de manière partielle (certains critères étant nécessairement privilégiés), à la notion même de « positivisme ». En outre, quand bien même on définirait celle-ci, selon les critères les plus larges, comme une conception épistémologique rejetant toute forme de métaphysique, à travers le principe de la *Werfreiheit* (neutralité axiologique), l'aspect programmatique d'un tel principe, affirmant la possibilité de bouter toute valeur hors du champ de l'analyse scientifique, fait apparaître ce dernier comme une simple prétention, un idéal inatteignable (vers lequel doit malgré tout tendre le scientifique) qui, s'il était perçu comme réalisable, confinerait, alors, à l'idéalisme. Voir notamment les critiques de Norberto Bobbio, pourtant fervent défenseur du positivisme comme conception épistémologique tendant à l'objectivité (*Essais de théorie du droit, op. cit.*, pp. 25, 37, 200-201). Voir également Anastasios Brenner, « le positivisme logique : le cas du Cercle de Vienne », *RIEJ*, n° 67, 2011, p. 133. Toutefois, affirmer que la neutralité axiologique à laquelle croit Kelsen est impossible reviendrait à prendre, une nouvelle fois, la posture de l'athéiste. C'est pourquoi, plutôt que d'affirmer

Il paraît donc important de souligner que ce n'est pas l'épistémologie de Kelsen, par cela seul qu'elle est (plus ou moins) explicitement constructiviste, qui rend toute positivité du droit indémontrable, mais bien le construit kelsénien lui-même.

## 2. Une validité formelle non démontrée

Kelsen fait sienne la distinction, que l'on retrouve au cœur de la catégorie de l'imputation, entre l'*ETRE* (*Sein*) et le *DEVOIR-ETRE* (*Sollen*). Le principe de cette distinction réside dans ce que l'on appelle couramment « Loi de Hume » : l'on ne peut donc inférer d'un être un *devoir-être*<sup>51 52</sup>, et inversement. Certes, Kelsen admet qu'il existe des relations entre *ETRE* et *DEVOIR-ETRE*, mais celles-ci ne peuvent transcender leurs deux modes respectifs d'existence spécifiques : *Sein* pour l'un ; *Sollen* pour l'autre.

Intégrant la « doctrine de la pyramide des normes » (*Stufenbaulehre*), qui fonde le caractère dynamique de l'ordre juridique<sup>53</sup>, à la *Théorie pure du droit*, Kelsen cherche à rendre compte de cette structure spécifique à travers l'idée d'inférence : chaque norme trouve le fondement de sa validité (c'est-à-dire sa positivité et même son existence, pour Kelsen) dans la norme qui lui est supérieure. Ainsi, la loi, pour être valide, doit être produite conformément aux dispositions (essentiellement formelles) énoncées par la Constitution. Par conséquent, en dehors de la norme suprême et de l'acte le plus concret d'application du droit, chaque norme conditionne la procédure de production (et la validité) de la norme inférieure, tout comme sa production et sa validité sont elles-mêmes conditionnées par la norme supérieure. Il apparaît donc, à la lumière de la *Stufenbaulehre*, que « l'origine de la validité d'une norme ne peut ainsi provenir que d'une autre norme »<sup>54</sup>.

---

que la *Wertfreiheit* n'existe pas, il paraît plus intéressant de constater que c'est Kelsen lui-même qui, non seulement, ne respecte pas ce principe (qu'il intègre pourtant parmi les postulats de base de sa théorie en attribuant au droit les qualités devant faire de celui-ci l'objet d'une « véritable science »), mais encourage en outre à le dépasser en prescrivant à la science du droit d'attribuer à son objet une « qualité » dont celui-ci n'est pas initialement doté (l'unité) pour être conforme à l'objet de la science véritable qu'il cherche à fonder (Voir la deuxième partie de la présente communication).

<sup>51</sup> Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 14.

<sup>52</sup> Avec cette particularité que le *Sollen*, dans son sens juridique, intègre une signification plus large que ne le laisse entendre le verbe *Sollen* dans la langue allemande puisque, comme le souligne l'auteur de la *Théorie pure du droit*, *Sollen* renvoie également à « Dürfen » (avoir le droit de : permission), « Können » (avoir le pouvoir de : habilitation). Voir Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 13.

<sup>53</sup> Nous reprenons, pour le moment, l'assimilation entre les concepts d'« ordre juridique » et de « système juridique », qui peut être imputée à Kelsen, mais aussi à H. Hart, N. Bobbio, J. Raz, E. Bulygin, etc.

<sup>54</sup> András Jakab, « Problèmes de la *Stufenbaulehre*. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et société*, 2007/2, n° 66, p. 411-447, spéc. p. 413. Comme le souligne Kelsen, « Le fondement de validité d'une norme est toujours une norme, ce n'est jamais un fait » (Hans Kelsen, *TGDE*, p. 165).

Problème : l'idée d'inférence implique *nécessairement* la contradiction de la Loi de Hume.

a) Première contradiction : Kelsen infère un devoir-être d'un être

La création effective de la norme inférieure (mettons la loi) selon les conditions de validité énoncées par la norme supérieure (la Constitution dans notre exemple) constitue un *ETRE*. Or, de cet *être*, selon la « loi de Hume », ne peut être inféré la validité de la norme inférieure, la validité constituant un *DEVOIR-ETRE*. Pourtant, l'inférence proposée par Kelsen est la suivante :

1 – Contenu des dispositions de la Constitution « C » : « La loi “L”, pour être valide, doit être édictée conformément aux présentes dispositions de la Constitution “C” ».

2 – La loi « L » est édictée conformément aux prescriptions de la Constitution « C » (fait ou *Sein*).

3 – Donc la loi « L » *acquiert* validité et, par conséquent, est valide (c'est-à-dire est un *Sollen* ou *DEVOIR-ETRE*).

Ainsi, Kelsen tire d'un *ETRE* (la production de la loi selon la procédure prescrite par la Constitution) un *DEVOIR-ETRE* (la validité de la loi ainsi produite). Or, cette thèse contredit non seulement la « Loi de Hume » mais également les autres thèses de Kelsen :

- d'une part, selon Kelsen, « la validité d'une norme constitue un *Sollen*, et non un *Sein*, elle est [donc] quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de *Sein* que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie, que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement »<sup>55</sup>.

- d'autre part, toujours selon Kelsen « La conduite qui est et la conduite qui doit être ne sont pas identiques ; certes, la conduite qui doit être ressemble à la conduite qui est ; mais une différence les sépare quand même : la circonstance – ou modalité – que l'une “est existante”, alors que l'autre “doit exister”. (...). [Et] Lorsque l'on dit : le *Sollen* tend à un *Sein*, la norme tend à provoquer une conduite effective, c'est à la conduite effective qui correspond au contenu de la norme que l'on pense [création de la loi selon la procédure prescrite dans le contenu de la Constitution, par exemple], au contenu du *Sein*, contenu qui ressemble à celui du *Sollen* [...] en raison du mode différent : *Sein* dans un cas, *Sollen* dans l'autre »<sup>56</sup>.

Il est donc tout à fait impossible d'inférer de la conformité de la production de la norme sa validité. A moins, comme le fait Kelsen, d'inférer d'un *ETRE* un *DEVOIR-ETRE*.

---

<sup>55</sup> Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 19.

<sup>56</sup> Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 15.

b. Seconde contradiction : Kelsen infère un être d'un devoir-être<sup>57</sup>

Selon Kelsen, la création de la norme s'opère à travers trois étapes :

1. « Si (succès de l'action de création de norme), alors (la loi [A] doit exister) » ;
2. Succès de la création de norme.
3. La loi [A] doit exister »<sup>58</sup>.

Or, Kelsen, à partir de l'idée d'inférence, tire de l'étape 2 une étape 3 bien différente :

3. La loi [A] existe (et non « La loi [A] *doit* exister »).

Ainsi, « de l'énoncé que *A doit être* valide (ou doit exister), il en conclut que l'énoncé *A est* valide (ou existe) »<sup>59</sup>. Pour mieux cerner l'erreur logique, il suffit d'insérer dans le domaine consécutif de la règle de création (« alors... ») la prescription d'un comportement physique :

1. une norme énonce : « Si (feu de circulation rouge), alors (l'automobiliste *doit s'arrêter*) ».
2. Le feu est rouge.
3. L'automobiliste *s'est* arrêté (selon Kelsen).

Kelsen invite donc à inférer d'un *DEVOIR-ETRE* (celui de la règle de création), l'*ETRE* de la validité, i.e. l'existence de la norme. Alors même qu'il n'est pas question de dérivation ou d'inférence. L'automobiliste ne s'arrêtera pas automatiquement et systématiquement. Il s'agit donc seulement d'une probabilité. Ainsi, outre la loi de Hume, Kelsen contredit l'idée même de l'inférence telle que défendue par les normativistes qui excluent « toute forme de validité basée sur la probabilité »<sup>60</sup>. Les conséquences de ce double échec de l'idée d'inférence apparaissent importantes : la *Théorie pure du droit* ne permet plus « de répondre aux questions de l'origine de la validité du droit et du fondement de l'unité de l'ordre juridique »<sup>61</sup> non plus qu'à celle de la création du droit. Il faut ainsi admettre l'effondrement du cœur de la théorie normativiste selon lequel le droit s'autorégule et constitue par conséquent une structure unitaire.

---

<sup>57</sup> C'est là une démonstration d'Andras Jakab, dont on ne livrera ici qu'un résumé. Pour de plus amples développements, voir Andras Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehere. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », *Droit et société*, 2007/2, n° 66, p. 411-447.

<sup>58</sup> Andras Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehere », art. cité, p. 436.

<sup>59</sup> Andras Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehere », art. cité, p. 436.

<sup>60</sup> Andras Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehere », art. cité, p. 437.

<sup>61</sup> Andras Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehere », art. cité, p. 449.

Reste alors à savoir si les néo-normativistes ont apporté ont répondu de manière plus convaincante à ce « grand mystère du droit »<sup>62</sup> que constitue la validité juridique.

## *B. Le néo-normativisme, constructivisme sans issue*

Plusieurs auteurs ont tenté de réduire les apories kelséniennes tout en s'inscrivant dans la *Théorie pure du droit*. On notera d'ailleurs que la démarche normativiste est parfois « ouvertement constructiviste »<sup>63 64 65</sup>, bien loin de « l'engagement positiviste, qui consiste à décrire une réalité distincte du sujet de la connaissance »<sup>66</sup>. Toutefois, et malgré la mise en avant d'une pluralité de hiérarchies normatives (1), les grands auteurs néo-normativistes contemporains n'ont pas surmonté l'échec de l'idée d'inférence. Ils ont même parfois accentué la réduction opérée par Kelsen dans la définition même du droit positif, ôtant une ou plusieurs des fondations faisant tenir l'édifice kelsénien, notamment la norme fondamentale (2). Le constat est donc négatif : les solutions (constructives) normativistes ne parviennent pas à résoudre les apories du constructivisme kelsénien, donnant à voir ce dernier comme *sans issue*.

---

<sup>62</sup> András Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehere », art. cité, p. 449.

<sup>63</sup> Ainsi O. Pfersmann affirme : « Les principaux reproches que l'on a coutume d'adresser à une démarche comme la nôtre sont les suivants : 1) il s'agirait d'un scientisme qui ne tient pas compte de la "réalité" et qui ne pourrait pas le faire parce qu'il la plierait d'abord à son image. À cela il faut répondre que toute approche scientifique d'une réalité est tributaire de prémisses théoriques. (...) L'avantage des théories constructivistes est de rendre leurs prémisses explicites et par là ouvertement critiquables. À l'inverse une théorie qui prétend être ancrée dans la "réalité" postule [...] une forme de réalisme métaphysique (...). Ce qui nous semblerait curieux, ce serait qu'on nie la possibilité ou la légitimité de construire un objet de telle manière qu'il puisse être étudié de manière scientifique, même s'il existait une pratique séculaire qui aurait également un objet désigné par le même terme pour champ d'investigation et de manipulation sans viser une connaissance spécifiquement scientifique » (Otto Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*, 1994-1, n° 56, p. 224, note 4).

<sup>64</sup> Otto Pfersmann, « Qu'entend-on exactement par l'expression « concurrence des systèmes juridiques », art. cité, p. 2596. Le problème, toutefois, de cette explicitation du caractère constructiviste de l'analyse juridique est qu'elle est censée s'appliquer à l'ensemble des définitions desdits « systèmes juridiques ». Or, O. Pfersmann réduit ce concept à son expression normativiste, excluant l'ensemble des conceptions post-normativistes (Santi Romano, mais aussi Paul Amselek, Jean Combacau, Joseph Raz, Ronald Dworkin). Pour une synthèse des doctrines post-normativistes des systèmes juridiques, voir not. Charles Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p. 25-29.

<sup>65</sup> Ce qui pourrait sembler paradoxal puisque il admet ainsi un emprunt à la sociologie tout en condamnant tout syncrétisme des méthodes, tout cela dans la même note de bas de page (Voir Otto Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », art. cité, p. 224, note 4).

<sup>66</sup> Michel Troper, Pour une théorie juridique de l'État, *op. cit.*, p. 161.

## 1. La pluralité des hiérarchies normatives : complication sans solution

L'un des auteurs les plus reconnus de l'École viennoise, Robert Walter, a tenté une restructuration de la hiérarchie normative, en réintroduisant (dès 1964)<sup>67</sup>, l'idée dégagée par A. Merkl<sup>68</sup> d'une hiérarchie selon la « force dérogoire »<sup>69</sup>. La « dérogoire » étant ici entendue comme « l'aptitude d'une norme juridique à abroger ou à limiter la validité d'une autre norme juridique »<sup>70</sup>. Ainsi, alors que le contrôle de constitutionnalité *a priori* relève d'une technique préventive visant « à rendre plus difficile la production de normes entachées de défauts »<sup>71</sup>, ne fondant donc pas de nouvelle hiérarchie, le contrôle par voie de QPC, *a posteriori*, participe, lui, de la complétion d'une hiérarchie selon la force dérogoire. On peut, à l'instar d'Otto Pfersmann et de l'ensemble des néo-normativistes, souligner que cette hiérarchie selon la force dérogoire fait partie des remèdes normatifs relatifs au phénomène inévitable de la « concrétisation » lié au caractère dynamique des ordres juridiques.

Aux côtés de cette hiérarchie selon la force dérogoire, les normativistes mettent également en lumière une hiérarchie selon la primauté d'application, liée à l'introduction dans l'ordre juridique de normes privant la concrétisation de son effet en interdisant l'application de normes valides au profit d'autres normes<sup>72</sup>.

Reste que ces deux hiérarchies ne « peuvent [...] prétendre à remplacer la *Stufenbaulehre* »<sup>73</sup> puisque, comme le souligne O. Pfersmann lui-même, « la hiérarchie selon l'ordre de production fonde les autres (...). [Ainsi], quelles que soient la complexité et la subtilité des calculs de défauts, il est impossible d'éliminer la non-conformité des règles valides puisqu'il va toujours falloir produire une nouvelle norme valide afin de déterminer si

---

<sup>67</sup> Robert Walter, *Der Aufbau des Rechtsordnung*, Vienne, Manz, 1964, p. 55 et s.

<sup>68</sup> Adolph Merkl, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », dans Alfred Verdross (dir.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, Vienne, Springer, 1931, p. 1350.

<sup>69</sup> Otto Pfersmann, « Hiérarchie des normes », dans Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 781.

<sup>70</sup> Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Vienne, Manz, 1975, p. 22, traduit par András Jakab (« Problèmes de la Stufenbaulehere », art. cité, p. 439).

<sup>71</sup> Otto Pfersmann, « Hiérarchie des normes », dans Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 781.

<sup>72</sup> Le contrôle de conventionnalité pratiqué en France correspond à la mise en avant d'une telle hiérarchie puisqu'il est fondé sur l'article 55 de la Constitution de 1958 qui dispose que les traités ratifiés ou approuvés et publiés ont « une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » (art. 55 C.). La loi est ainsi privée de son application, sans être formellement annulée. Une telle hiérarchie, pour autant qu'elle soit mise en œuvre régulièrement, comme c'était le cas avant l'introduction de la QPC en France, explique par exemple la neutralisation du droit national.

<sup>73</sup> András Jakab, « Problèmes de la Stufenbaulehere », art. cité, p. 442.

une norme attaquée est, ou non, entachée de défauts »<sup>74</sup>. Dit autrement, le problème de la création de normes valides, qui ne se trouvait pas résolu par Kelsen, ne l'est pas non plus par les néo-normativistes, qui se heurtent également à l'échec de l'idée d'inférence.

## **2. Le retrait de la norme fondamentale : simplification sans cohérence**

Une autre tentative a été tentée pour rendre sa cohérence à la *Théorie pure du droit* : l'abandon de la « norme fondamentale » allié à la conservation des autres thèses kelséniennes. Or, un tel retrait tend au contraire à accentuer l'aspect réducteur du constructivisme kelsénien :

- d'une part, parce que l'idée d'inférence n'est pas pour autant évacuée<sup>75</sup>.

- d'autre part, parce que, en ôtant la norme fondamentale et en affirmant subséquemment « que la (première) Constitution n'est elle-même ni valide, ni non valide »<sup>76</sup>, l'objet « droit » analysé en termes mi-normativistes, mi-réalistes (un syncrétisme que Kelsen n'aurait sans doute pas approuvé), apparaît ainsi comme purement et entièrement fictif. En effet, bien que la validité formelle ne puisse être démontrée dans la *Théorie pure du droit*, restait au juriste l'assurance de trouver en la Constitution une norme, puisque celle-ci était fondée, non par un rapport de validité, mais, directement, sur le présupposé de la norme fondamentale.

En outre, cette opération de retrait ne peut être réalisée qu'en contradiction avec les principes méthodologiques fondamentaux de la *Théorie pure du droit*, notamment le principe d'imputation, et l'affirmation que l'on ne peut inférer d'un *ETRE* un *DEVOIR-ETRE* (c'est à dire

---

<sup>74</sup> Otto Pfersmann, « Hiérarchie des normes », dans Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 781-782.

<sup>75</sup> « Apparaît alors un lien entre les normes d'un même ordre juridique : il s'agit d'un rapport de validité ou de production puisque certaines normes sont valides dès lors qu'elles sont produites selon les conditions fixées par d'autres normes » (Jean-Philippe Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne, op. cit.*, p. 14).

<sup>76</sup> Riccardo Guastini, « La structure du système juridique », *Leçons de théorie du droit constitutionnel* (traduit et présenté par Véronique Champeil-Desplats, avec ajouts), Paris, Dalloz, « Rivages du droit », 2010, p. 51, cité par Jean-Philippe Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne, op. cit.*, NBP, p. 12 : « On rejoint ainsi l'hypothèse du Professeur Riccardo Guastini qui, discutant l'hypothèse de la norme fondamentale, admet la parfaite logique de la théorie de Kelsen [souligné par nous] mais demande "pourquoi chercher un fondement à la validité de la Constitution dans une norme supplémentaire ni valide, ni non valide ? De ce point de vue, la stipulation de la norme "fondamentale" s'avère totalement superflue : elle est une duplication inutile de la Constitution" ». C'est donc l'économie de moyens, ou la recherche de la simplicité, qui fonde ce retrait chez R. Guastini, alors pourtant qu'il reconnaît la « parfaite logique de la théorie de Kelsen ». Où l'on voit que le « superflu » permettait tout de même au constitutionnaliste d'étudier une norme et non une supposition ou une fiction. En outre, il paraît évident que la suppression de la catégorie de la « norme fondamentale » ne pose pas de problème au réaliste analysant le droit comme un ensemble de faits puisque « cette conception du droit rompt avec l'ontologie normativiste de Kelsen selon laquelle les normes juridiques seraient des entités idéelles relevant d'un Sollen qui échappe au monde des faits » (Véronique Champeil-Desplats, « Présentation », dans Riccardo Guastini, *Leçons de théorie du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 14).

du fait, la Constitution). En effet, elle implique l'idée que la validité de la Constitution historiquement première « ne peut être recherchée que dans un acte révolutionnaire »<sup>77</sup> : le *DEVOIR ETRE (Sollen)* de la Constitution devrait alors être recherché dans un fait (*Sein*).

- enfin, le normativiste souhaitant délaissier la norme fondamentale ne peut affirmer que « la validité de la norme juridique suprême d'un ordre juridique [i.e. la Constitution] doit simplement être admise »<sup>78</sup> sans renvoyer par là même à un présupposé extrajuridique totalement similaire à la « norme fondamentale » qu'il est pourtant supposé évincer. En effet, la norme fondamentale de Kelsen ne pose pas autre chose que « la validité de la Constitution doit être admise »<sup>79</sup>.

Ainsi, les théories normativistes et néo-normativistes relèvent de constructions élaborées mais, reposant sur des fondations réductrices, elles n'échappent pas pour autant à une forte contradiction, assurant être les seules méthodes normatives ou « juridiques » mais sans jamais parvenir à démontrer l'existence du droit (assimilée par Kelsen à sa validité). Cette problématique est liée à un aspect du constructivisme précédemment évoqué : il repose sur un projet réductionniste.

## II. UN PROJET COMMUN REDUCTIONNISTE, FONDEMENT DE LA FRAGILITE DU CONSTRUIT (NEO)NORMATIVISTE

Ce projet commun au normativisme et au néo-normativisme est celui de la description d'un droit unitaire et cohérent. D'aucuns ont affirmé qu'au sein de la Théorie pure du droit, la pureté est première, l'unité est seconde<sup>80</sup>. Toutefois, cette assertion n'est guère satisfaisante, car encore faut-il comprendre le double rapport – logique et causal – qui unit ces deux exigences : c'est parce que le droit est un objet représenté comme unique (une unité) qu'il est pur ; et c'est parce que le droit est un objet unique et pur qu'il ne peut être décrit que par une

<sup>77</sup> Jean-Philippe Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, op. cit., p. 19.

<sup>78</sup> Jean-Philippe Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, op. cit., p. 19.

<sup>79</sup> « Si [...] l'on renonce à rapporter la validité de la Constitution et la validité des normes créées en conformité de cette Constitution à une norme qui aurait été posée par une autorité méta-juridique telle que Dieu ou la Nature, il n'y a qu'une seule réponse possible : la validité de cette Constitution, son caractère de norme obligatoire doivent être *supposés*, admis comme hypothèses... » (Hans Kelsen, *TPD*, op. cit., p. 200).

<sup>80</sup> « Ces exigences de scientificité [kelséniennes] imposées à la science juridique se nourrissent à quatre sources notamment. (...) La première de ces sources consiste dans la pureté (...). Le deuxième mot clé est celui d'unité – à savoir l'unité exigée par Kelsen de la connaissance juridique » (Matthias Jestaedt, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », p. 171-220, dans Olivier Jouanjan (coord.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, « Débats philosophiques », août 2010, spéc. p. 181-184).

méthode unique et pure. Pour reprendre le vocabulaire kelsénien, l'on peut dire que l'unité du droit est la condition tant *per quam* que *sine qua non* de sa pureté. Elle est le moyen pour atteindre cette finalité que constitue la « pureté ». En cela, l'unité de l'objet « droit » est la source de la méthode kelsénienne, considérée pour cette raison par les (néo)normativistes comme « seule méthode juridique ». Reste alors à déterminer où cette unité est située : on peut distinguer entre la métathéorie kelsénienne, qui prescrit à la science du droit de décrire de façon à conférer au droit une unité dont il n'est pas forcément doté initialement (A), et la théorie kelsénienne, description de la structure d'un droit (re)construit comme unitaire (B).

### *A. L'objet de la science du droit : conférer au droit une unité*

Le dogme de l'unité de l'objet scientifique trouve son fondement dans l'approche positiviste de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : le phénomène doit trouver à s'expliquer par lui-même (1). Kelsen intègre pleinement ce présupposé méthodologique et attribue à la science juridique le rôle de gardienne de l'unité logique de l'objet droit (2), l'implication majeure de cette métathéorie kelsénienne, contrairement à ce qui est souvent affirmé, étant de faire de la science du droit une science prescriptive (3).

#### **1. L'unité de l'objet scientifique ou l'explication du phénomène par...le phénomène**

On retrouve chez Kelsen la volonté d'inscrire le droit dans la troisième et ultime phase<sup>81</sup> qu'évoquait Auguste Comte à propos du développement des sciences : phase « positiviste » dans laquelle « le phénomène ne peut être expliqué que par le phénomène »<sup>82</sup>. Cela est particulièrement visible dans la préface de la première édition de la *Théorie pure du droit*<sup>83</sup>. Et, dès 1911, Kelsen rejetait tout « syncrétisme des méthodes »<sup>84</sup>, affirmant vouloir « saisir la pureté de la théorie [...] contre les prétentions des considérations dites

---

<sup>81</sup> Pour une interprétation similaire, voir Simone Goyard-Fabre, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », *op. cit.*, [note 10], p. 26.

<sup>82</sup> Eric Maulin, « Positivisme », dans Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, « Quadrige – Dicos Poche », août 2003, p. 1172.

<sup>83</sup> Hans Kelsen, « Préface de la première édition », Genève, mai 1934, dans Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>84</sup> Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, *op. cit.*, pp. 53, 294, 296, 468. Voir notamment Matthias Jestaedt, « La science comme vision du monde » art. cité, p. 185. On retrouve, au titre Premier de la *Théorie pure du droit* ce souci d'éviter « un syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit » (Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, p. 9). On peut ici souligner que, ce faisant, Kelsen n'en procède pas moins à un syncrétisme inavoué entre les méthodes inspirées du positivisme logique (rejet de la métaphysique) et celles issues de l'influence néo-kantienne, davantage constructivistes (Voir Alexandre Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ*, n° 67, 2011, spéc. p. 116 ; Anastasios Brenner, « Le positivisme logique : le cas du Cercle de Vienne », *RIEJ*, n° 67, 2011, p. 119-133).

sociologiques voulant s'emparer du droit comme une part de la réalité naturelle d'après une méthode scientifique causale, et [...] contre les théories du droit naturel qui [ramènent la théorie du droit] à des postulats éthico-politiques »<sup>85</sup>.

Le projet de Kelsen est « avant tout un projet méthodologique. (...) Il entend construire une science où *le juriste se borne à connaître son objet* »<sup>86</sup>. Cependant, Kelsen lui-même admet à d'autres moments « que la science du droit, comme toute science, doit constituer son objet »<sup>87 88</sup>. Malgré l'atténuation portée à cette affirmation, constructiviste, par Kelsen, énonçant que « cette "création" n'a qu'un caractère purement intellectuel [, que] c'est seulement au regard de la théorie de la connaissance que l'on peut parler ici de création »<sup>89</sup>, l'on ne peut que constater l'influence des conceptions méta-scientifiques<sup>90</sup> kelséniennes sur la représentation de son objet d'étude. Alors que Matthias Jestaedt assure que l'unité affirmée par Kelsen est « l'unité de la connaissance juridique »<sup>91</sup> et non celle de son objet, Kelsen lui-même affirme que cette connaissance doit demeurer « à l'intérieur des frontières que lui *tracent l'objet et la méthode* »<sup>92</sup>. Cette circularité ramène inexorablement vers le présupposé positiviste selon lequel « le phénomène ne peut être expliqué que par le phénomène »<sup>93</sup>. Affirmer l'unité et donc l'autonomie du droit, c'est affirmer l'unité et l'autonomie de la science du droit. La « pureté » constitue ici une « régurgitation » du monisme méthodologique lié au néo-positivisme autant que la traduction en droit de l'influence néo-kantienne<sup>94</sup>. C'est

---

<sup>85</sup> Hans Kelsen « Préface à la seconde édition des « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique », cité et traduit par Sandrine Pina, « *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, les fondements d'une théorie pure du droit* », *Jurisprudence. Revue critique*, Tome 1, 2010, p. 61-69, spéc. p. 64.

<sup>86</sup> Sandrine Pina, « *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, les fondements d'une théorie pure du droit* » art. cité, p. 64 (Souligné par nous).

<sup>87</sup> Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 167.

<sup>88</sup> Hans Kelsen, *TPD*, op. cit., p. 80 : « conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif, et qu'elle "créé" donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible ».

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> On peut, avec Vittorio Villa, définir la métascience comme une activité tentant de fournir des modèles explicatifs « des aspects principaux de la connaissance scientifique, c'est-à-dire d'effectuer une reconstruction critique de la science » (Vittorio Villa, *La science du droit*, op. cit., p. 22). Pour T. Kuhn et W. Stegmüller, cette reconstruction critique se situerait à mi-chemin entre la description et la prescription, en ce que toute méta-analyse critique des analyses scientifiques comporte nécessairement une part de prescription, liée à la manière dont le scientifique *devrait* procéder (Voir Thomas Kuhn, "Reflections on why critics", dans *Criticism and Growth of Knowledge*, I. Lakatos and A. Murgrave (Eds), Cambridge, 1979, p. 237 ; Wolfgang Stegmüller, *The Structure and Dynamics of Theories*, New-York, Heidelberg, Berlin, 1976, p. 259).

<sup>91</sup> Matthias Jestaedt, art. cité, p. 184.

<sup>92</sup> Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 1<sup>ère</sup> édition, 1920 (préface), traduit et cité par Matthias Jestaedt, art. cité, p. 182.

<sup>93</sup> Eric Maulin, « Positivisme », art. cité, p. 1172.

<sup>94</sup> Kelsen lui-même affirmant reprendre la théorie de la connaissance de Kant et l'on a vu précédemment l'influence décisive de l'argument transcendantal néo-kantien dans la *Théorie pure du droit* (voir notamment

bien « pour assurer l'autonomie et la pureté du droit [de l'objet donc, et non seulement de la science qui l'étudie], [que] Kelsen a introduit le concept de norme fondamentale, fondation néo-kantienne permettant de clôturer l'ordre juridique sur lui-même »<sup>95 96</sup>.

## **2. La science du droit, gardienne de l'unité logique de son objet**

Kelsen, dans un écrit de 1953, énonce que l'unité logico-systématique du droit « *n'est pas immédiatement donnée dans la réalité juridique mais relève bien de la connaissance du droit. [C'est] la connaissance du droit [qui] doit éliminer ces contradictions par le biais de l'interprétation et elle le fait toujours d'une manière ou d'une autre. Ainsi, c'est avant tout la connaissance scientifique qui permet au droit, comme à la nature, de devenir une totalité intelligible, c'est-à-dire dépourvue de contradictions* »<sup>97</sup>.

L'on ne peut donc qu'être en désaccord avec N. Bobbio concernant l'objet de la métathéorie de Kelsen. Le juriste et philosophe turinois soulignait en effet que « La théorie de la science du droit de Kelsen [sa métathéorie, dirait M. Troper<sup>98</sup>] "prescrit de décrire" »<sup>99</sup>. Or, il apparaît que la science du droit doit, selon cette perspective métathéorique, décrire de façon à « dénaturer » l'objet d'étude, en le dotant d'une propriété qu'il n'avait pas sur la base de la seule connaissance : l'unité. De même, l'on ne peut qu'exprimer un désaccord avec la conception de Michel Troper selon laquelle « *Le positivisme kelsénien est caractérisé par l'idée que la construction d'une science du droit est possible. Cela implique, par conséquent, une distinction entre le droit et la science du droit, une volonté de limiter cette science à la*

---

Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 67 et s., 80, 102, 106 et s., 113, 125, 201, 205). Ce constat d'une influence néo-kantienne est du reste largement accepté (Voir Matthias Jestaedt, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », art. cité, p. 18 ; Robert Alexy, Lukas H. Meyer, Stanley Paulson, Gerhard Sprenger (dir.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, p. 223-251 ; Simone Goyard-Fabre, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de Métaphysique et de Morale*, vol. 83, n° 2, 1978, p. 204-233 ; « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », dans Paul Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 221 et s.).

<sup>95</sup> Sandrine Pina, « la connaissance pure du droit et ses limites », art. cité, p. 12.

<sup>96</sup> Comme le souligne A. Jakab, « si l'on fait le choix d'adopter une méthode juridique unique, l'objet de connaissance doit lui aussi être revêtu de ce caractère. Kelsen n'aurait fait ici qu'appliquer les principes de l'épistémologie néo-kantienne selon lesquels c'est la méthode qui produit son objet de connaissance (András Jakab, « Problèmes de la *Stufenbaulehre* », art. cité, p. 427).

<sup>97</sup> Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », (traduction de l'article intitulé « Was ist die Reine Rechtslehre » paru initialement dans *Demokratie und Rechtsstaat*, *Festschrift für Zaccharia Giacometti*, Zürich, 1953, p. 143-161), *Droit et Société*, 22, 1992, p. 551-568, spéc. p. 556-557.

<sup>98</sup> Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 33 : « le positivisme est avant tout une métathéorie prescriptive. Selon la formule de Bobbio, il prescrit à la science de décrire. (...). Telle est, en général, l'attitude de Kelsen ».

<sup>99</sup> Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. Michel Guéret et Christophe Agostini, Préface de Riccardo Guastini, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, « La pensée juridique », juin 2000, p. 191.

*connaissance de son objet... »*<sup>100</sup>. En effet, l'unité du droit n'est pas (ou pas totalement, du moins) issue de l'acte de connaissance du droit, mais d'un acte de volonté prescrit par Kelsen à la science du droit<sup>101</sup>.

Au final, la métathéorie kelsénienne aboutit à prescrire à la science du droit de décrire le droit tel qu'il devrait être...pour être conforme à l'image de la science telle que se la représente Kelsen<sup>102</sup>. Il y a donc un présupposé axiologique à l'œuvre au cœur même de la *Théorie pure du droit* : le droit doit correspondre à l'objet d'une « véritable science »<sup>103</sup>. La science n'est plus distincte de son objet puisqu'elle devrait – et, selon Kelsen, elle le fait en pratique<sup>104</sup> – lui attribuer une qualité dont il n'est pas doté, ce, par un acte de volonté. Cette opération peut être perçue comme un acte additif, elle n'en reste pas moins une forme de mutilation de l'objet « brut » droit. Et Kelsen lui-même ne s'y trompe d'ailleurs pas qui énonce qu'« Avec le postulat d'un ordre *intelligible*, présentant un sens, c'est-à-dire dépourvu de contradictions, la science juridique dépasse déjà la limite du pur positivisme »<sup>105</sup>.

### **3. Les implications de la métathéorie kelsénienne : une science du droit prescriptive**

Les néo-normativistes semblent avoir quelques difficultés à appréhender les implications de la métathéorie kelsénienne. Le professeur Pfersmann énonce par exemple à propos de l'expression « concurrence des systèmes juridiques » qu'elle traduirait « *un antagonisme politique au sens où les uns comme les autres [membres de la doctrine] désirent élargir la zone d'influence du système qui leur est cher et que les uns comme les autres craignent de voir se réduire l'attraction et l'influence de leur système préféré. (...). Ils se*

---

<sup>100</sup> Michel Troper, « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse*, Centre international de synthèse, philosophie et épistémologie juridiques, n° 118-119, avril-septembre 1985, p. 190.

<sup>101</sup> Kelsen souligne dans sa *Théorie pure du droit* que « la connaissance du droit cherche [...] à concevoir son objet comme un tout pleinement intelligible, et à le décrire en propositions non-contradictaires : par suite, elle part de l'idée que les conflits de normes peuvent être et doivent nécessairement être résolus [...] par la voie de l'interprétation » (Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, p. 206-207).

<sup>102</sup> Il s'agit, en 1934, d'« élever la science du droit [...] au niveau et rang d'une véritable science » (Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, préface de la première édition, p. 3), en 1960, « de résoudre les problèmes les plus essentiels d'une théorie générale du droit d'après les principes de la pureté méthodologique de la science du droit, et de fixer, ce faisant, la position de cette science du droit au sein du système des sciences avec plus de précision que je ne l'avais fait précédemment » (*TPD*, *op. cit.*, préface de la seconde édition, p. 7).

<sup>103</sup> Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, préface de la première édition, p. 3.

<sup>104</sup> Une pratique qui demeure, comme l'attestent les études approfondies de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, (*La doctrine*, Paris, Dalloz, « Méthode du droit », janvier 2004 (314 p.) ; « L'entité doctrinale française », *D.*, 1997, p. 167 et s.).

<sup>105</sup> Hans Kelsen, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », p. 435-492 (1<sup>ère</sup> édition allemande, 1928), dans Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 484.

comportent, sous cet angle, comme des acteurs économiques qui cherchent à vendre un produit »<sup>106</sup>.

Ce point de vue, critique, ne permet pas d'entrevoir qu'en agissant comme des « acteurs économiques », les membres de la doctrine juridique<sup>107</sup> se conduisent conformément à la métathéorie kelsénienne. Le membre de la doctrine, qu'il soit constitutionnaliste ou « européiste » convaincu, applique, à l'instar de Kelsen et au regard d'affirmations (jurisprudentielles) contradictoires de prévalence au sein de la Constitution française et de la jurisprudence des cours européennes<sup>108</sup>, une position moniste. Reste alors à savoir à quel système il attribuera la primauté. En l'absence d'unité réelle de systèmes en interrelations parfois conflictuelles, la « science du droit », au sens où l'entend Kelsen, cherche à établir celle-ci en affirmant la priorité d'un ensemble normatif sur un autre. Ainsi, de la même manière qu'elle devait, selon Kelsen, résoudre les conflits de normes par son activité interprétative, la science du droit se trouve-elle devoir aujourd'hui résoudre les conflits inter-systémiques. En outre, l'idée d'une « concurrence des systèmes juridiques » apparaît plausible si l'on admet les faiblesses de l'assimilation kelsénienne du droit et de l'État<sup>109</sup> : comme le démontre Michel Troper, la conception moniste de l'Etat et du droit de Kelsen repose sur le principe d'imputation qui aboutit à attribuer à l'État lui-même (l'État *lato sensu*) les actes des organes juridiques de l'État (soit l'État *stricto sensu*). Étant donné que tout ordre juridique centralisé est un État (*lato sensu*), et que tout ordre juridique centralisé comporte

---

<sup>106</sup> Otto Pfersmann, « Qu'entend-on exactement par l'expression « concurrence des systèmes juridiques », art. cité, p. 2595-2596.

<sup>107</sup> La « doctrine » peut être présentée comme une *catégorie juridique* créée, de fait, par les juristes, jamais vraiment théorisée pour elle-même (Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine, op. cit.*, p. 1-8), et qui renvoie, comme le souligne O. Beaud (« Doctrine », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 385-388), principalement à deux sens non entièrement distincts. Celui d'un contenant : « l'ensemble des ouvrages juridiques, la *littérature* du droit » (p. 385) ; celui d'un contenu : « l'état des conceptions sur le droit et l'ensemble des solutions positives, telles que les reflètent les œuvres des écrivains juridiques » (Bonnecase, 1926, p. 52, cité par O. Beaud, *op. cit.*, p. 385). La définition que nous retiendrons ici correspond toutefois à une troisième acception, non entièrement distincte des deux précédentes : celle de « science du droit ». Cette assimilation a été critiquée par Kelsen mais sa définition de l'objet de la science du droit aboutit précisément à faire de celle-ci une « dogmatique ».

<sup>108</sup> Selon le Conseil constitutionnel, les traités (communautaires) bénéficient d'une autorité supérieure à celle de la loi en vertu de l'article 55 C. 1958, et l'art. 88-1 C. implique une exigence constitutionnelle de transposition des directives européennes (CC, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7) dans l'ordre interne pouvant déroger au droit interne, sauf à ce que ladite loi porte une atteinte à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (CC, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, cons. 6). Mais il affirme encore et toujours que la Constitution constitue « le point indépassable du sommet de la hiérarchie des normes en droit interne » (Louis Favoreu, Loïc Philip (coll.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 16<sup>ème</sup> édition, « Grandes décisions », septembre 2011, p. 387). La Cour de justice de l'Union européenne, quant à elle, affirmait dès 1964, la primauté du droit des traités européens sur les droits nationaux, y compris les constitutions nationales (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Recueil CJCE*, p. 1160).

<sup>109</sup> Cette quatrième marque importante de l'exigence d'unité de l'objet droit repose sur l'idée qu'il y a identité (dans le sens fort du contraire d'ipsité) du droit et de l'État ; que les deux se confondent ; que, par conséquent, la théorie de l'auto-limitation de l'Etat par le droit est une justification idéologique de l'autorité de l'État qui se trouve ainsi légitimée par le droit (Voir Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 280-304 ; *TGDE, op. cit.*, p. 235-245).

inévitablement des organes juridiques spécialisés (État *stricto sensu*), le concept d'État *lato sensu* comporte inévitablement celui d'État *stricto sensu*, mais pas l'inverse. Or, les organes juridiques peuvent se voir limités par le droit, et c'est « précisément ce que la doctrine dualiste traditionnelle vise lorsqu'elle parle de l'État »<sup>110</sup>. Parce que Kelsen reconnaît que le concept étroit (*stricto sensu*) d'État reste nécessaire, et que les concepts d'« État » comme celui de « système juridique » sont tous deux des concepts définis par le droit, alors les normes qui sont rapportées aux systèmes juridiques se rapportent en réalité aux actes de volonté des organes desdits systèmes. Dit autrement, l'expression doctrinale « concurrence des systèmes juridiques » renvoie à la mise en concurrence *institutionnelle* d'ensembles normatifs par certains organes juridiques.

Surtout, l'expression apparaît fondée en ce que les systèmes juridiques en concurrence avec l'ordre juridique de l'État sont, comme le démontre l'exemple de l'Union européenne, des ordres juridiques partiellement centralisés et dont la primauté dépend d'un critère organique : la présence au sein de l'ordre juridique interne (étatique) d'organes acceptant, sans y être contraints (de par l'absence de structures organiques centralisées pour contrôler cette application), d'appliquer le droit conventionnel. Ainsi, dans une conception moniste des rapports de système, il apparaît que lesdits organes, parce qu'ils sont communs à divers ordres juridiques, peuvent faire jouer un système contre l'autre, une norme suprême contre une autre. On retrouve l'idée selon laquelle il n'y a de concurrence normative qu'interprétée comme telle par un organe juridique. L'entrée en vigueur de la QPC en 2008 (sa mise en œuvre date de 2010), au moment même où l'expression « concurrence des systèmes juridiques » se trouve récusée, fournit ainsi bon nombre d'exemples. On retiendra ici les trois arrêts en date du 15 avril 2011<sup>111</sup> par lesquels la Cour de cassation, censée ne pas censurer les articles litigieux du Code de procédure pénale relatifs à la garde à vue eu égard à l'autorité de la décision n° 14/22 QPC du Conseil constitutionnel<sup>112</sup> qui intimait aux juridictions ordinaires de ne prendre aucune mesure relative auxdits articles dans l'attente de la nouvelle loi devant modifier l'ancienne jugée inconstitutionnelle, écartait pourtant les articles incriminés en se prévalant de l'autorité *interprétative* des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). La concurrence, ici orchestrée par un organe étatique, l'est entre deux normes suprêmes (régissant deux systèmes distincts) telles qu'interprétées par leurs juges

---

<sup>110</sup> Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 154.

<sup>111</sup> Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, *D.*, 2011, p. 1080.

<sup>112</sup> CC, décision n° 14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue].

« authentiques » : la Constitution française de 1958 et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Pour Otto Pfersmann, puisqu'il apparaît impossible de résoudre la concurrence entre systèmes juridiques en se fondant sur le droit existant, la dogmatique « ne produira autre chose que de l'idéologie »<sup>113</sup>. Cependant, il apparaît que les conflits de normes ne peuvent non plus être résolus par la doctrine, comme l'affirmait pourtant Kelsen. En effet, si l'on admet, à l'instar de Kelsen, que le juge se livre à une activité interprétative fondée sur un acte double, cognitif *et* volitif<sup>114</sup>, la doctrine ne peut, à l'avance, prévoir ce que le juge dira afin de résoudre lesdits conflits (justification), ni quelle norme il fera prévaloir (effectivement). Kelsen recommande alors de se référer à des principes généraux de résolution des conflits<sup>115</sup>, mais il n'existe aucun système objectif de règlement des conflits de normes et, quand bien même il en existerait un, le caractère – en dernier ressort – volitif de l'interprétation du juge et les circonstances de l'espèce ne permettraient pas d'en faire un référent absolu et certain<sup>116</sup>, mais plutôt évolutif et toujours conditionné à des considérations de politique juridique<sup>117</sup> (que l'on peut décrire mais en aucun cas anticiper de façon certaine).

---

<sup>113</sup> Otto Pfersmann, « Qu'entend-on exactement par l'expression « concurrence des systèmes juridiques », art. cité, p. 2598.

<sup>114</sup> Pour H. Kelsen, « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe créateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance. Ou bien cet acte crée une norme de degré inférieur, ou bien il réalise l'acte de contrainte ordonné dans la norme juridique à appliquer » (Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 340).

<sup>115</sup> Pour des normes générales posées par un seul et même organe ou par deux organes différents, mais à des moments différents (Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 207).

<sup>116</sup> L'on songe ici notamment à la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux rapports de systèmes. Ainsi, en 2007, la Cour de cassation mentionnait dans les visas de ses arrêts, étape importante et imprévisible, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Soc. 13 juin 2007, pourvoi n° 05-45.694, *D.*, 2007, p. 2439, note Cécile Pérès, et notamment le commentaire de la décision par Pascale Deumier, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2007, p. 536 : toute Cour évoluant dans un système juridique au sein duquel l'absence de force du précédent ne permet pas d'assurer l'uniformité des décisions jurisprudentielles, légitime ses arrêts en insistant sur la réception de fait des autres juridictions. Un processus que la Cour de cassation connaît parfaitement puisqu'elle affirmait en 1980 que chaque juridiction inférieure de l'ordre judiciaire doit « faire (sienne) la doctrine énoncée dans un arrêt de la Cour de cassation » (Soc. 29 avril 1980, *Bull. civ. v*, n° 371). « Or, cette démarche implique [dans le cadre des relations entre Cour EDH et Cour de cassation] l'appropriation de la règle portée et non la reconnaissance de l'autorité formelle de sa source, à l'inverse de ce que traduit l'insertion de l'arrêt [de la Cour EDH] au visa [de l'arrêt de la Cour de cassation]. Par cette présence au fondement juridique de la cassation, la chambre sociale reconnaît à la décision européenne une autorité de droit et l'élève à la force du précédent. Une telle reconnaissance est étonnante [car elle] n'est nulle part exigée, ni dans le système interne, ni dans le système européen... ». Pascale Deumier voit dans cette référence explicite à la jurisprudence de la Cour EDH une « soumission à une autre autorité morale [que celle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation], celle qui a le pouvoir du dernier mot », ainsi qu'une « solution réaliste » consistant à s'abriter derrière la jurisprudence de la Cour européenne lorsque se trouve mise en cause la législation nationale.

<sup>117</sup> Voir la note précédente. On peut, en outre, se reporter aux trois arrêts du 15 avril de la Cour de cassation par lesquels, bafouant l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel en vertu de l'art. 62 C. 1958, elle

Ainsi, Kelsen lui-même se trouve contraint d'affirmer qu'en cas de conflit entre deux normes posées en même temps par un même organe, deux possibilités s'ouvrent :

a) « ou bien on peut interpréter les deux dispositions en ce sens que les organes chargés d'appliquer la loi, les tribunaux par exemple, se voient reconnaître le pouvoir de choisir entre les deux normes ;

b) ou bien [...] on peut admettre que l'une des deux normes limite la validité de l'autre »<sup>118</sup>.

Il appert donc :

- dans le premier cas (a), que le conflit n'est pas résolu et les normes ne peuvent être interprétées par la science du droit sans contradictions ;

- dans le second (b), qu'il revient à la science du droit d'opérer un choix, en faisant primer l'une des deux normes sur l'autre mais, chacun pouvant opérer un choix différent selon son interprétation propre, les propositions descriptives de la science du droit seront amenées à rentrer elles-mêmes en contradiction ;

- enfin, que reste la possibilité d'un choix entre ces deux alternatives (a et b), choix ouvrant la perspective d'une contradiction des propositions de la science du droit.

On pourrait alors prétendre, comme l'affirme O. Pfersmann, que la science du droit opère un choix en fonction d'une « idéologie ». Mais il s'agit là d'une conséquence nécessaire et inévitable de la métathéorie kelsénienne, et non d'un de ses effets indésirables.

---

reconnaissait l'autorité interprétative de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, *D.*, 2011, p. 1080). Par ces trois arrêts, la Cour de cassation fait en effet jouer, contre la solution juridictionnelle du Conseil constitutionnel, l'inconventionnalité des dispositions contestées. Il y a avait, auparavant, conflit de normes entre les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles (Cour européenne des droits de l'homme) concernant la garde à vue. Un conflit que le juge constitutionnel avait tranché de façon à le résoudre en donnant au législateur français onze mois pour modifier sa législation. La Cour de cassation a, de nouveau instauré, le 15 avril, un conflit de normes...pour des raisons de politique juridique, « S'inscrivant dans un contexte de crise larvée, que l'on arrive à supputer même depuis Limoges » (Jean-Pierre Marguénaud, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD Civ.*, 2011, p. 725-732). L'on relèvera en outre que le commentaire cité est celui d'un auteur favorable à ladite jurisprudence de la Cour de cassation.

<sup>118</sup> Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 207.

## *B. L'objet de la théorie pure du droit : bâtir une structure juridique unitaire*

Cette exigence d'une représentation unitaire du droit est également perceptible au sein de la théorie du droit de Kelsen, à trois niveaux distincts :

- l'unité de l'interprétation du droit (1) ;
- l'unité structurelle du droit : ce que le droit *devrait* être (2) ;
- l'unité par la « légitimité », concept kelsénien à géométrie variable (3).

### **1. L'unité de l'interprétation juridique : la science du droit comme unique source de droit ?**

D'une part, le matériau juridique, contrairement aux objets des autres sciences, produirait parfois une auto-interprétation qui, selon Kelsen, « anticipe et empiète sur l'interprétation que la connaissance juridique a mission de donner »<sup>119</sup>.

Pourtant, si, pour reprendre un exemple de Kelsen, des hommes réunis pour constituer un Parlement déclarent qu'en faisant telle chose, ils votent ou décident une loi, et si cette auto-interprétation se retrouve dans le contenu de la norme, alors ce contenu spécifique est un *Devoir-Etre*. Et, si la science du droit a pour objet le droit tel qu'il est, comme le suggère Kelsen, et non le droit tel qu'il devrait être, alors il ne peut y avoir d'empiètement du droit sur la science du droit (et réciproquement) puisque les deux sont distincts. Ainsi, si la norme édicte qu'elle est une loi, alors il s'agit inévitablement d'un *Devoir-Etre* qu'il faut rendre de la manière suivante : « cette norme doit être considérée comme une loi ». A moins, et c'est ce que suggère ici Kelsen, qu'il appartienne à la science du droit de dire ce qui constitue du droit ou pas<sup>120</sup>. Or, Kelsen affirme que le droit s'autorégule et que la science du droit est distincte de son objet. Le chercheur en sciences juridiques n'est donc censé avoir aucune compétence pour affirmer ce qui doit être considéré comme droit ou pas. Il ne peut que prendre acte du

---

<sup>119</sup> Hans Kelsen, *TPD, op. cit.*, p. 11.

<sup>120</sup> On retrouve cette idée fondamentale dès les premières pages de la *Théorie pure du droit* : « Seulement, en tant qu'évènements, c'est-à-dire considérés comme des éléments du système nature, ils ne sont pas objet d'une connaissance spécifiquement juridique et, par suite, ne sont en aucune manière quelque chose de juridique » (*TPD, op. cit.*, p. 4). Michel Troper « observe ici que pour Kelsen "être objet d'une connaissance spécifiquement juridique" est l'équivalent d' "être quelque chose de juridique" » (M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État, op. cit.*, p. 61). Pourtant, le « par suite » introduit entre les deux expressions de Kelsen démontre qu'il n'y a pas identité de sens entre elles, mais succession (chrono)logique : c'est parce que l'objet peut faire l'objet d'une connaissance spécifiquement juridique qu'il est quelque chose de juridique. Toutefois, il n'existe pas de « connaissance spécifiquement juridique », il n'existe qu'une interprétation qui confère à l'objet d'une connaissance le caractère de « juridique ». Partant, si c'est à la suite de cette activité d'interprétation que « quelque chose est juridique », alors c'est bien la science du droit qui décide ce qui est du droit et ce qui n'en est pas. Le positivisme kelsénien s'apparente donc bien à un constructivisme.

*Devoir Etre* existant et non lui dénier existence (ou dénier l'existence d'une partie de ce *Devoir Etre*).

Il faut donc admettre, au vu de ce paradoxe de la pensée kelsénienne, que les normes juridiques ne sont pas données, mais bien, comme nous l'affirmons, (re)construites. Là même où Kelsen affirme l'unité spécifique du droit en tant qu'objet – qui serait le seul à produire une forme d'auto-interprétation<sup>121</sup> – se fait jour une interaction objet/observateur scientifique.

## **2. L'unité structurelle du droit : ce que le droit *devrait être***

Kelsen affirme l'existence de normes « primaires » (prescrivant une sanction) et de normes « secondaires » (prescrivant une obligation). Il appartiendrait à la science du droit de distinguer ces normes afin de mieux les réunir au sein des propositions descriptives formulées par la science du droit. Cette description de la structure de l'ordre juridique peut se comprendre et apparaît, de fait, fort utile dès qu'il s'agit de déterminer, en cas de non-respect d'une obligation, la sanction correspondante<sup>122</sup>. En effet, Kelsen convient que « si nous admettons l'existence de la première norme [i.e. l'obligation], la représentation du droit s'en trouvera grandement facilitée »<sup>123</sup>, mais souligne « qu'un tel procédé ne se justifie que si nous gardons à l'esprit que la seule norme juridique véritable est une norme pourvue d'une sanction »<sup>124</sup>. La science du droit devrait ainsi déterminer et distinguer les normes juridiques véritables, celles pourvues de sanctions, des autres, non véritablement juridiques.

---

<sup>121</sup> La difficulté, s'agissant du droit, est que, selon Kelsen, il s'auto-produit et la science du droit ne peut que le connaître et non l'énoncer. Tandis que c'est l'historien qui définit s'il a affaire à une révolution et le médecin qui conclut s'il a bien affaire à un malade. L'on peut alors aborder le problème de la manière suivante : les Grecs de l'Antiquité attribuaient leurs victoires militaires à la volonté des Dieux. L'historien (agnostique, ou monothéiste) repousse-t-il cette auto-interprétation comme un empiètement obscurcissant l'histoire (son champ d'étude que lui-même définit), ou comme un élément constitutif de l'histoire sans lequel on ne peut comprendre la civilisation grecque antique ? La réponse paraît évidente. Et l'on voit pointer l'imperfection kelsénienne liée à sa méthode : 1) l'objet droit n'est pas connu mais bien construit ; 2) La construction est toutefois élaborée à partir d'une délimitation préalable réductrice, ne permettant pas de prendre en compte ce que les organes juridiques, seuls créateurs de droit selon Kelsen, estiment être du droit. D'un point de vue épistémologique, il apparaît alors que ce n'est pas, comme le prétend Kelsen, le droit qui, par son auto-interprétation, empièterait sur sa connaissance, mais bien le scientifique qui, par son activité de connaissance, interfère avec son « objet ».

<sup>122</sup> Hans Kelsen, *TGDE, op. cit.*, p. 111 : « Si l'on dit que l'obligation juridique "doit" être satisfaite, ce "doit" est, d'une certaine façon, un "épiphénomène" du droit de la sanction. Cette formulation présuppose que la norme juridique se divise en deux normes distinctes, deux énoncés de "devoir-être" : un individu déterminé "doit" observer une certaine conduite, et un second individu "doit" exécuter la sanction en cas d'infraction à la première norme. (...) Si la première norme, qui proscrie le vol, est supposée valide à condition que la seconde norme attache une sanction au vol, alors dans un exposé exact du droit, la première norme s'avère superflue. La première norme, si tant est qu'elle existe, se trouve contenue dans la seconde, la seule véritable norme juridique ».

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Hans Kelsen, *TGDE, op. cit.*, p. 114.

Cette conception apparaît déformante pour la structure même de l'ordre juridique. En effet, si l'obligation est jugée importante par les organes du système juridique, ces derniers y attacheront (au sein de la même norme, ou au sein d'une autre norme) une sanction d'autant plus grave. La norme qui détermine la gravité de la sanction est donc celle qui pourrait être qualifiée de primaire sous un double rapport, à la fois logique et causal. Dans tous les cas, il n'apparaît pas que l'on puisse dénier le caractère de norme juridique véritable à une norme, primaire ou secondaire, si le système juridique auquel cette norme appartient ne le fait pas. A moins d'adopter une représentation prescriptive du droit.

On pourrait se contenter de voir dans la distinction normes primaires/normes secondaires<sup>125</sup>, une marque de l'exigence d'unité, comme le fait H. Hart<sup>126</sup>. Mais cette critique, fondée, apparaît limitée en ce qu'elle ne rend pas compte de l'objet premier de cette « reconstruction » kelsénienne de la structure de l'ordre juridique. Il ne s'agit pas simplement d'une prescription adressée à la science du droit afin de faciliter la représentation de l'objet-droit. La science du droit doit également être plus exigeante au respect de la norme, non par les sujets de droit destinataires de l'obligation, mais par les organes juridiques, c'est-à-dire ceux qui appliquent le droit<sup>127</sup>. De fait, que cent individus n'obéissent pas à la loi n'entraîne pas la remise en cause du système juridique. Mais que dix organes juridiques n'appliquent pas les sanctions qu'ils ont la charge de mettre en œuvre, et se trouvent mises en péril tant l'efficacité du système de sanctions que celle du système d'obligation. La science du droit a donc pour vocation, selon Kelsen, à travers une certaine déformation de la structure même du droit, à mettre en lumière l'application effective du droit par les organes juridiques, à

---

<sup>125</sup> Cette distinction entre normes aux fins d'une meilleure représentation (unitaire) du droit se retrouve chez les néo-normativistes. Voir notamment Otto Pfersmann, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif*, 1994-1, n° 56, p. 222-245. L'auteur évoque une temporalité interne aux systèmes juridiques, chaque norme du système comportant une « double détermination temporelle : un domaine conditionnel (« si... »), et un domaine conséquentiel (« alors... »).

<sup>126</sup> « L'unité appréciable du modèle auquel [ces théories] réduisent toutes les règles de droit [a pour conséquence une] déformation des différentes fonctions sociales que remplissent ces différents types de règles de droit ». Ainsi, pour Hart, « nous dissimulerions le mode caractéristique de fonctionnement [des règles édictant l'obligation d'une conduite], en nous limitant aux règles qui enjoignent aux tribunaux d'infliger des sanctions en cas de désobéissance, ou en les faisant apparaître comme primaires, étant donné que ces dernières règles pourvoient à l'insuccès ou à l'échec du but premier assigné au système. Elles peuvent, il est vrai, s'avérer indispensables, mais elles ne remplissent qu'une fonction auxiliaire. L'idée selon laquelle les règles substantielles du droit pénal ont pour fonction (et, en un sens large, pour signification) de régir non seulement l'activité des autorités dans l'application d'un système de peines, mais encore l'activité des simples citoyens dans leur vie privée, ne peut être éliminée sans jeter par-dessus bord des distinctions essentielles et sans obscurcir le caractère spécifique du droit comme un moyen de contrôle social (H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, postface Penelope A. Bulloch et Joseph Raz, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2<sup>ème</sup> édition revue et augmentée, janvier 2006 (édition originale, 1961), p. 57-58 [38-39 pour l'édition originale]).

<sup>127</sup> Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 112.

souligner que c'est celle-ci qui est primaire. Car de celle-ci dépend l'efficacité de l'ordre juridique. Dès lors, en mettant en exergue les normes prévoyant des sanctions et en les considérant comme seules normes véritables, la science du droit contribue à prescrire une certaine efficacité au droit. Car l'objet « droit », pour le rester, doit être efficace. On pourrait être tenté d'affirmer que Kelsen ne fait que décrire un état de fait. Le seul vrai droit est le droit globalement et généralement efficace. Mais, parce qu'il prescrit une distinction terminologique spécifique, il démontre que la science juridique ne doit pas se contenter de décrire le droit tel qu'il est ; elle doit également veiller à n'étudier que du droit, c'est-à-dire du droit efficace. La critique de Hart tombe alors d'elle-même puisque c'est parce que Kelsen sait trop bien que c'est le système d'obligations qui est premier, qu'il convient de le préserver en mettant l'accent sur le système de sanctions et les organes chargés de les appliquer. Reste que, de cette manière, Kelsen ne dit pas que l'obligation juridique dépourvue de sanctions n'est pas du droit selon l'ordre juridique considéré, mais bien ce que lui-même, Hans Kelsen, considère ne pas en être. On se trouve donc à nouveau devant une prescription de ce que le droit devrait être : « Une norme juridique est une norme primaire, qui prescrit une sanction »<sup>128</sup>.

### **3. L'unité par la « légitimité », concept kelsénien à géométrie variable**

Pour Kelsen, c'est l'appartenance à un système de normes, à travers le rapport de dépendance entre les normes, qui permet de les qualifier de proprement juridiques<sup>129</sup>.

a) Ainsi, affirme-t-il dans un premier temps que « Le principe qu'une norme ne peut être posée que par l'organe compétent, c'est-à-dire par l'organe habilité à cet effet par une

---

<sup>128</sup> Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 112. D'ailleurs, le désaccord entre Kelsen et Hart sur la distinction entre règles primaires (obligations pour Hart, sanctions pour Kelsen) et secondaires (relatives aux règles primaires pour Hart ; obligations pour Kelsen), ne peut qu'être relativisé au regard de l'affirmation hartienne de ce qui différencie le monde pré-juridique du monde juridique : « il est évidemment possible d'imaginer une société dépourvue de législateur, de tribunaux ou d'autorités publiques de toute espèce. (...) le seul moyen de contrôle social [y] réside dans cette attitude générale du groupe à l'égard de ses propres modèles de comportement, en fonction de laquelle nous avons caractérisé les règles d'obligation. (...) une telle structure sociale [...] est une structure de règles primaires d'obligations » (H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 110-111 [91]). Ce monde pré-juridique passerait au stade proprement juridique par l'adoption de « règles secondaires [qui] fournissent les "sanctions" publiques et centralisées du système » (H. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 117 [98]). Le droit ne peut ainsi être conçu, selon Hart, que comme « l'union de règles primaires et secondaires » (H. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 99 [79]). Il paraît alors tentant, puisque les normes établissant une sanction sont caractéristiques du passage du non droit au droit, de décrire comme juridiques uniquement ces normes ci, comme le fait Kelsen. Mais on ne pourrait le faire qu'en opérant une découpe à l'intérieur de l'objet droit, sur des critères qui ne sont pas donnés, mais bien interprétés comme déterminants, et à l'encontre même du langage que constitue le droit et qui qualifie de juridique les règles d'obligation, quand bien même elles seraient distinctes des règles établissant la sanction devant garantir son observance.

<sup>129</sup> Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, p. 197

norme supérieure, est le principe de légitimité »<sup>130</sup>. Une norme légitime, au sens ci-dessus défini, est donc valide. Dans ce premier sens, *la légitimité est une condition de la validité*.

b) Mais Kelsen affirme autre part que le principe de légitimité est celui consistant en ce que « *les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre* »<sup>131</sup>. On se retrouve alors avec une signification inversée : *la validité est une condition de la légitimité*.

c) Et Kelsen finit même par donner de la « légitimité » un troisième sens lorsqu'il évoque le cas des « révolutions » : ainsi, « *ce principe [de légitimité] n'est plus [opérant] dans le cas d'une révolution, prise au sens le plus large du mot... (...) L'ordre juridique précédent "demeure" en grande partie valide dans le cadre de l'ordre nouveau. Toutefois, l'expression "demeure valide" ne fournit pas de description appropriée du phénomène. Seul le contenu des normes demeure inchangé, et non le fondement de validité. [L'ancienne Constitution] a été remplacée par une nouvelle (...). Nul juriste ne saurait prétendre qu'après une révolution victorieuse l'ancienne constitution et les lois fondées sur celle-ci restent en vigueur, sous prétexte qu'elles n'ont pas été abrogées selon le procédé prévu par l'ordre précédent* »<sup>132</sup>.

En effet, le juriste n'étudiant que le droit (*Sollen*) ne peut mêler l'*ETRE* et le *DEVOIR-ETRE*. Il est donc normalement conduit à ignorer la Révolution en cours et à continuer de prétendre que les normes non abrogées selon la procédure prévue sont valides...sauf, comme tente de le faire accepter Kelsen, à considérer (enfin) la relation du fait au droit en recourant au « principe de légitimité » qui caractérise à la fois les normes (qui appartiennent au monde du *DEVOIR-ETRE*) et les organes juridiques (qui appartiennent au monde de l'*ETRE*)<sup>133</sup>. Il y a ainsi une nouvelle légitimité juridico-institutionnelle qui conduit à reconsidérer l'appréciation de validité des ordres juridiques ancien et nouveau. Kelsen essaye toutefois de justifier sa position en affirmant que « *ce n'est pas le principe de légitimité mais la révolution qui dépouille de leur validité les normes de l'ordre ancien. Elles perdent leur validité non seulement de facto mais aussi de jure* ». Or, si l'on peut concevoir que les normes perdent leur validité *de facto* du fait de la révolution, seul le changement de légitimité juridico-

<sup>130</sup> Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, p. 272.

<sup>131</sup> Hans Kelsen, *TPD*, *op. cit.*, p. 209. Voir également Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 171.

<sup>132</sup> Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 171-172.

<sup>133</sup> « Une révolution se produit dès que l'ordre juridique d'une communauté est annulé et remplacé par un nouvel ordre de façon *légitime*, c'est-à-dire d'une façon qui ne soit pas prescrite par le premier ordre [*Sollen*]. Peu importe ici que cette substitution s'effectue à l'issue d'un soulèvement violent contre les individus qui étaient jusqu'alors compétents, "légitimes", pour créer et amender l'ordre juridique [*Sein*] » (Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 171).

institutionnel permet de comprendre cette extension à la validité *de jure*. Arrivé à ce point de sa démonstration, ne parvenant plus à rester dans le domaine purement normatif, Kelsen est alors contraint de recourir au « principe d'efficacité » (fait), révélant :

- l'intrication profonde entre l'*ETRE* et le *DEVOIR-ETRE*, d'une part ;
- la complexité d'une validité plurielle (validité formelle, effectivité, légitimité), d'autre part<sup>134</sup>.

Deux constats doivent alors être opérés :

- 1) Le jusnormativiste devrait apprécier, tel un « sociologue » (qu'il ne peut pourtant être selon Kelsen<sup>135</sup>), l'adéquation du comportement global effectif des individus à l'ordre juridique nouveau. Kelsen nous encourage donc à braver l'interdit majeur que lui-même a érigé : le syncrétisme des méthodes (normatives et causales).
- 2) C'est *parce que*, à la suite de cette interprétation sociologique, l'ordre juridique nouveau est considéré comme efficace, qu'il peut, subséquemment, être interprété comme valide.

Pourtant, Kelsen se déjuge quelques lignes après en soutenant que les « normes sont valides parce qu'elles sont créées selon un procédé constitutionnel, et non parce que l'ordre juridique total est efficace »<sup>136</sup>.

La distinction entre condition *per quam* (procédure de création conforme ou légalité formelle) et condition *sine qua non* (efficacité) apparaît alors réellement peu satisfaisante. Et s'il s'agit de deux conditions, on ne voit en outre pas pourquoi l'une est qualifiée de validité, tandis que l'autre est qualifiée de « principe d'efficacité », ni pourquoi la validité devrait être totalement distincte de l'efficacité puisqu'il existe manifestement un rapport d'interdépendance. Si l'on ajoute le « principe de légitimité » qui, bien que censé, selon Kelsen, n'être « *plus valide dans le cas d'une révolution* », permet toutefois à l'Autrichien de qualifier l'ordre juridique nouveau *d'illégitime* au regard des règles de l'ancien, et de *légitime* sur le plan institutionnel

---

<sup>134</sup> Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 172 : « *si l'ancien ordre cesse d'être efficace et que l'ordre nouveau le devienne – parce que les individus dont la conduite est réglée par l'ordre nouveau se comportent effectivement, dans l'ensemble, en accord avec l'ordre nouveau –, alors cet ordre sera considéré comme un ordre juridique valide* ».

<sup>135</sup> Kelsen reconnaît bien comme scientifique l'activité du sociologue du droit, et il prescrit même à celle-ci d'être différente de celle du « simple » sociologue. Mais tandis que la science normative du droit étudie les normes et les comportements définis par celles-ci, le sociologue étudie les comportements effectifs. C'est pourquoi, bien que « la sociologie présuppose le concept juridique de droit, concept défini par la science normative du droit », Kelsen estime que les deux sciences du droit sont apparentées mais non identiques (Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p.230-231). « La sociologie du droit présuppose ce concept. Elle ne prend pas pour objet les normes valides – objet de la science normative du droit – mais la conduite humaine » (Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 227).

<sup>136</sup> Hans Kelsen, *TGDE*, *op. cit.*, p. 173.

(ce qui le conduit au final à apprécier une légitimité à la fois factuelle *et* normative), force est de constater que le concept de légitimité a pour fonction principale de permettre la préservation de la distinction *ETRE/DEVOIR-ETRE*. D'ailleurs cette dichotomie est maintenue, mais au prix de contorsions scientifiques (pour ne pas dire d'une certaine confusion). Ainsi, alors qu'il évoque en premier lieu l'efficacité de l'ordre juridique nouveau envisagé globalement, Kelsen opère ensuite une transition logico-sémantique et évoque celle des normes, ce qui lui permet d'affirmer que l'efficacité n'est pas une condition *per quam* de la validité – ce qu'il venait pourtant d'énoncer. N'étant plus une condition « réelle », l'efficacité, qui appartient au monde de l'*ETRE*, peut alors être exclue d'une validité dont le caractère unidimensionnel (formel) nous apparaît désormais bel et bien artificiel<sup>137</sup>.

Servant de pont entre le monde de l'*ETRE* et celui du *DEVOIR ETRE*, le principe de légitimité n'est pourtant jamais considéré par Kelsen comme une composante de la validité d'un ordre juridique. Ce principe, souvent perçu chez Kelsen comme un simple « équivalent de la légalité formelle »<sup>138</sup>, traduit au contraire, non une relation d'identité (avec la validité), mais une relation causale, et le construit kelsénien relatif audit principe, bien que confus, est bien plus élaboré, impliquant notamment une relation d'interdépendance entre les concepts de légitimité, de légalité formelle et d'effectivité. Pourtant, dernière marque de l'inachèvement du constructivisme kelsénien, seule la légalité formelle est considérée comme « validité ».

---

<sup>137</sup> Otto Pfersmann l'admet d'ailleurs lorsqu'il se prononce, en 1995, « Pour une typologie modale de classes de validité normative » (Otto Pfersmann, « Pour une typologie des classes de validité normative », p. 69-113, dans Jean-Luc Petit (dir.), *La querelle des normes, Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 27, Caen, Presses universitaires de Caen, 1995 (251 p.), spéc. p. 88-89) : adoptant une perspective « ouvertement constructiviste » (p. 74), O. pfersmann relève que « La distinction entre “raison” [soit l'idée d'inférence] et “condition” [soit l'efficacité] avait été introduite pour maintenir une stricte séparation entre l'être et le devoir-être qui semblait être remise en question par la liaison entre un moment normatif et un moment factuel. Mais la différence de qualité entre ces deux conditions ne peut être marquée par une différence purement verbale qui ne modifie en rien leur commune propriété d'être des conditions [cumulatives] » (p. 89). Il en tire même la seule conclusion possible : « En dernier lieu la validité se confond avec l'application factuelle : la norme du degré le plus élevé est valide, si l'organe qui est responsable de son application l'applique effectivement. Mais que dire avant qu'il n'ait agit ainsi ? Ce serait alors au théoricien de justifier pourquoi la “norme” est valide ou pourquoi elle ne l'est pas » (p. 91). Mais, de cette conclusion qui donne pourtant à voir comment le normativisme fait effectivement du scientifique et du praticien « des décideurs » « à la place de l'organe juridique » (p. 91), O. Pfersmman refuse de tirer les conséquences et propose, paradoxalement, un retour à la « conception restrictive » (p. 88) de Kelsen : « il faut alors supposer valides les normes régulièrement édictées dans un système grosso modo efficace » (p. 91). Il finit même par rejeter tout lien entre légalité formelle et efficacité en soulignant que « L'efficacité sera donc considérée comme une donnée indépendante » (p. 93). Et « il faut renoncer à la CVE [double condition cumulative de validité et d'efficacité] pour les normes, prises singulièrement » (p. 91).

<sup>138</sup> Jean-Marc Février, « Sur l'idée de légitimité », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, 2002-1, p. 367-379, spéc. p. 367.

## CONCLUSIONS ANALYTIQUES

- Le (néo)normativisme est un constructivisme.
- Le (néo)normativisme est un constructivisme de projet.
- C'est parce que ce projet (néo)normativiste est réducteur que le construit qui en découle l'est également.
- C'est le projet kelsénien qui fait de la science du droit une activité prescriptive.
- Tout système juridique marqué par la présence d'une entité doctrinale forte est un système externe : l'unité de structure dudit système étant un *terminus ad quem* de la doctrine<sup>139</sup>.
- La théorie de Kelsen, tout comme sa métathéorie, est prescriptive.
- Si l'on s'en tient à la distinction humienne, principe au cœur du construit (néo)normativiste, alors le (néo)normativiste n'a pas pour objet le droit, puisque seul le droit valide constitue, selon les thèses afférentes, du droit.
- *A contrario*, si l'on considère que la validité du droit est démontrée par Kelsen, il faut parallèlement et nécessairement admettre le syncrétisme des méthodes normative et causale comme fondement nécessaire de l'aboutissement de cette démonstration.
- Dans tous les cas, le (néo)normativisme n'est pas la seule méthode proprement normative (ou juridique), puisqu'il ne peut démontrer l'existence du droit sans recourir au fait.

*Ces différents constats induisent nécessairement un choix parmi les quatre options suivantes :*

- 1 - Considérer qu'il n'y a pas de choix à effectuer (Mais c'est encore un choix !).
- 2 - Considérer que les démonstrations présentes ne valent pas. Il n'y a pas, en effet, en science, de vérité absolue.
- 3 - Considérer que le normativisme est un échec, en ce qu'il a succombé à l'échec de l'idée d'inférence et ne peut, selon ses propres thèses, démontrer l'existence d'un droit positif. Il faut alors recourir à une autre structure conceptuelle unitaire entièrement nouvelle. Ce que certaines théories, notamment la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper, semblent proposer. L'on peine, toutefois, à admettre la logique du projet d'une science qui se dit distincte de son objet et qui prétend que toute science constitue son objet, opérant une conciliation entre les deux pôles extrêmes des épistémologies positivistes et constructivistes.
- 4 - Admettre que le constructivisme de Kelsen et de ses épigones est une étape importante, non négligeable, et que la science se *construit* par la succession de ces étapes. Il faut alors, dans une démarche dialectique - tant avec l'objet qu'avec l'héritage scientifique -, faire le deuil d'un constructivisme radical basé sur l'*unité* pour, enfin, admettre que le droit est *complexité*.

---

<sup>139</sup> La distinction entre système interne (ou le système est considéré comme déjà organisé) et système externe revient à Mario Losano (*Sistema e struttura nel diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1968, cité par Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 161).