

La connaissance pure du droit et ses limites.

Sandrine PINA
Docteur en droit,
Université d'Auvergne.

La pureté (*Reinheit*), le pur (*rein*) désignent ce qui ne contient aucun élément étranger, ce qui est sans mélange, ni altéré, ni vicié. Chez Kant, nous trouvons le terme de pureté avec la *Critique de la raison pure*, relative à la raison comme faculté de connaître considérée indépendamment de toute application de l'expérience.

Au niveau des sciences, peu d'entre elles peuvent répondre à ce postulat de la pureté, mis à part les sciences mathématiques. « Le terme 'pur' a été utilisé en Grèce par ceux qui pratiquèrent simultanément philosophie et mathématiques. Les cercles pythagoriens l'avaient en prédilection et Platon l'a placé au centre de sa terminologie scientifique »¹. En effet, les mathématiques sont, par excellence, l'école de la précision et de la rigueur. Le mathématicien avance en terrain sûr procédant avec une extrême rigueur en ne concluant rien sans l'avoir strictement démontré. Une proposition est démontrée lorsqu'elle est déduite logiquement et nécessairement de propositions déjà admises. Les mathématiques apparaissent par conséquent comme un domaine où l'on se soucie de la vérité.

L'idée d'une science pure du droit - *jus strictum* -, dégagée de toute considération sociale et économique, est issue d'une tradition kantienne à laquelle se rattachent plusieurs auteurs. Dans cette perspective kantienne, l'analyse des normes repose sur une exigence de non contradiction, située au plan abstrait de la valeur, et non à celui, concret, des faits empiriques. Il importe peu de savoir si les individus appliquent ou non les règles de droit dans la réalité ; les violations de la loi, en tant que telles, sont impuissantes à fonder une valeur générale, même si telle est la volonté de leurs auteurs. Cette extériorité de l'analyse des normes par rapport aux faits sociaux est caractéristique de tout le mouvement positiviste de philosophie du droit qui s'est largement exprimé en Europe à la fin du XIXe siècle.

Dans le cadre de la construction d'une théorie pure du droit, le projet du juriste autrichien Hans Kelsen – suivant la voie tracée par Kant – est le plus abouti. En effet, la théorie pure du droit de Kelsen répond à la double exigence d'objectivité et d'exactitude, en même temps qu'il veille à l'individualité et l'intelligibilité de son propre objet : le droit. La perspective épistémologique est très claire et précisément circonscrite : la théorie du droit doit tendre à une véritable science, c'est-à-dire répondre de manière critique et méthodique à la connaissance exacte et approfondie du droit. C'est en ce sens qu'elle peut prétendre se définir comme théorie de la connaissance juridique. Son projet épistémologique vise ainsi à fonder une science à part entière, en ne se confondant pas avec les sciences causales ou sociologiques et ayant son objet et sa méthodologie propres. L'épistémologie est un aspect central de la doctrine kelsénienne, « et en particulier la démarche par laquelle elle cherche à constituer l'objet d'une science du droit »².

¹ Hermann COHEN, « Logique de la connaissance pure », in *Néokantismes et théorie de la connaissance* (sous la direction de Marc DE LAUNAY), Bibliothèque des textes philosophiques, Librairie J. Vrin, Paris, 2000, p. 52.

² Michel TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP*, 1978, p. 1536.

La théorie kelsénienne constitue une théorie pure de l'objet droit considéré de façon autonome. Dans sa thèse d'habilitation *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* en 1911, Kelsen précise déjà que sa théorie du droit n'entend étudier que le seul droit positif comme objet de connaissance scientifique³. Son but est ainsi de dévoiler les conditions de possibilité d'une véritable science du droit, c'est-à-dire comment rendre possible une étude scientifique du droit positif, des normes juridiques, *i.e.* du droit créé et appliqué par les hommes.

Toutefois, la science du droit ne doit pas se confondre avec son objet. Ceci implique une distinction fondamentale entre science du droit et droit. La science du droit vise la description du droit au travers d'énoncés que Kelsen appellera des « propositions juridiques » (*Rechtssätze*). Le droit, quant à lui, est un ensemble de normes, un ensemble de prescriptions régissant la conduite humaine. Les normes vont autoriser, habiliter, interdire ou encore permettre certains comportements humains. Kelsen a procédé à une véritable réduction épistémologique fondamentale. La théorie pure du droit ne traitera que de la structure normative du droit. Les propositions juridiques constituent une structure logique élaborée par la science à partir des normes. Le droit est réduit à la seule norme juridique positive dans le but affirmé d'élaborer les conditions de possibilité de toute connaissance juridique. Cette réduction épistémologique intervient en réaction aux doctrines traditionnelles hétéronomes qui intégraient dans le champ de la science du droit des éléments relevant de sciences annexes et sera radicalisée pour répondre au postulat de la pureté et de l'indépendance de la science du droit.

Cette approche exclusivement scientifique entraîne, par ailleurs, une véritable neutralité axiologique. Kelsen cherche l'essence même du droit. Toutefois, l'étude des normes doit se réaliser sans appréciation de leur contenu. En accord avec le postulat de la neutralité axiologique du sociologue allemand Max Weber, Kelsen écarte toute estimation qui est, par définition, non-scientifique. Ces estimations sont entendues comme des jugements de valeur personnels et subjectifs.

Cette évacuation de la question du contenu - juste ou injuste - des normes est réalisée au profit d'une exigence de formalisme. Kelsen tente d'élaborer une théorie scientifique du droit. Dans ce cadre, une théorie scientifique, une théorie de la connaissance se doit d'être universelle pour être cohérente et applicable. La question du contenu des normes n'est donc réglée chez Kelsen que par le processus de création positive du droit tel qu'il est posé dans la Constitution. La théorie kelsénienne ne s'intéresse qu'au fondement de la validité de l'ordre juridique, lequel repose sur une norme suprême fondamentale. La seule question demeure celle de la compatibilité des normes entre elles, de leur fondement de validité dans la norme supérieure. Kelsen répondra à cette interrogation par la mise en exergue d'un mode d'engendrement des normes essentiellement dynamique.

En procédant à une réduction épistémologique combinée à une neutralité axiologique, cette méthode veut aboutir à une connaissance complète et rigoureuse du droit. En ce sens, nous analyserons tout d'abord les conditions de possibilité d'une théorie pure du droit chez Kelsen (I) puis nous verrons quelles sont les limites inhérentes à une telle connaissance pure (II).

³ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, (Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'Etat), Verlag von JCB Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 2^e éd., 1923, p. VII.

I- LA SCIENCE PURE KELSENIENNE

La théorie pure du droit de Kelsen se caractérise par la volonté d'assurer l'autonomie de la science du droit par rapport aux autres sciences. Cette autonomie est poussée dans ses extrêmes limites à travers l'argument transcendantal, permettant de justifier le droit par le droit (B). Une science pure du droit, c'est-à-dire purement normative, doit rester coupée des autres sciences, et notamment des sciences basées sur les faits (A). La science kelsénienne est une étude basée sur la pure normativité.

A- L'AUTONOMIE DU DROIT

Le positivisme juridique de Hans Kelsen peut se concevoir comme une tentative de réhabilitation de la normativité dans les théories juridiques tout en y excluant les thèses et les arguments des théories du droit naturel. Afin de réaliser ce projet et d'éviter tout syncrétisme méthodologique, Kelsen utilise une méthode descriptive et purement scientifique. Par positivisme, il entend construire une science du droit où le juriste doit se borner à connaître son objet sans porter aucun jugement de valeur. Le positivisme assigne comme objet à la science du droit le droit positif parce qu'il est le seul qui soit susceptible d'une étude scientifique. Toute réflexion sur un autre objet que le droit est écartée⁴. Il n'existe aucun droit non positif au-dessus du droit positif envisagé globalement et il n'existe qu'un seul droit positif. Cette science du droit peut être définie comme une activité cognitive visant à donner une représentation du phénomène juridique conforme aux postulats méthodologiques employés. La *Théorie pure du droit* de Kelsen ne s'intéresse pas à un ordre juridique particulier mais au droit positif en général. En ce sens, la théorie pure est considérée à juste titre comme l'exemple paradigmatique du positivisme juridique car elle se caractérise par des exigences extrêmes de positivité, créant ainsi un système général du droit positif. Dans ce cadre, la théorie de Kelsen écarte toute naturalité, factualité et subjectivité.

« Reconnaissons qu'au premier regard, (...) la problématique kelsénienne semble dirigée de façon radicale contre les théories du droit naturel – exactement comme la *Critique de la raison pure* apparût aux philosophes contemporains de Kant comme une machine de guerre destinée à détruire la métaphysique ontologique traditionnelle »⁵. En effet, la théorie kelsénienne construit une véritable « machine de guerre » contre le positivisme traditionnel et veut « détruire » le syncrétisme méthodologique pour garantir une théorie pure et universelle du droit. Hans Kelsen définit le droit positif comme un ordre coercitif, les normes étant créées par des actes de volonté humains. Le positivisme juridique vise l'étude exclusive des actes de volonté humains et ne prend pas en considération les normes émanant d'une autre source. « C'est pourquoi il exclut du domaine de la science du droit tout droit divin, c'est-à-dire un droit qui est supposé avoir été créé par Dieu ou par une entité de genre divin »⁶. Le droit positif ne fait aucune référence à un droit supérieur. Kelsen ne reconnaît que le droit positif⁷.

⁴ 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 connaissance de son objet et une définition précise de l'objet. La science du droit a pour fonction de décrire son objet par des propositions vraies. Michel TROPER, « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse*, Centre international de synthèse, philosophie et épistémologie juridiques, n° 118-119, avril-sept 1985, p. 190.

⁵ Simone GOYARD-FABRE, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de Métaphysique et de Morale*, vol. 83, 1978, p. 231.

⁶ Hans KELSEN, « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges Dabin*, tome I, Sirey, Paris, 1933, p. 141.

⁷ En outre, pour Kelsen le droit se caractérise par le monisme. Le droit naturel en reconnaissant l'existence de deux ordres – l'un naturel, l'autre positif, le premier étant supérieur au second - a quant à lui un caractère

Certains positivismes peuvent être « impurs » en considérant que le droit positif est déduit, qu'il tire son autorité directement de la volonté divine, de la nature ou de la raison humaine et qu'il est ainsi juste et bon. Pour Kelsen, si le droit positif est posé par une instance extérieure et supérieure, c'est une marque de « naturalité ». Ainsi, l'élaboration d'un droit pur par le juriste belge Edmond Picard reste doué de naturalité et n'est pas à proprement parler un droit positif pur. En effet, dans les positivismes dits impurs, l'autorité créant le droit est généralement habilitée à le faire par une instance naturelle ou du moins extra ou métajuridique, que ce soit la raison humaine, la volonté divine ou la nature⁸. Or, admettre ces instances comme normatives ou comme sources de l'ordre normatif revient à soutenir une thèse métaphysique qui ne peut pas être acceptée par une théorie dite scientifique du droit. Ainsi, le droit positif de la *Théorie pure du droit* tire sa validité parce qu'il est émis par une autorité humaine habilitée à le faire par une norme juridique. Le « juste » et le « bon » n'ont aucune place en droit. Le droit est seulement valide car il est posé selon une procédure strictement définie. Pour Kelsen, le seul critère conférant juridicité au droit ne dépend pas de l'autorité, ni de la justice ; il est purement et simplement le mode de sa création et de son application. A partir de là, il n'est plus nécessaire de chercher la source de la validité du droit positif en dehors du droit. Il faut simplement s'attacher à une analyse de la structure et comprendre comment les normes s'organisent.

Par conséquent, pour décrire le droit, il faut exclure tout élément extérieur comme la morale, la justice (1), la sociologie (2) ou encore l'idéologie (3).

1- La séparation du droit, de la morale et de la justice

Le droit est certes une science sociale qui analyse les normes sociales, mais elle n'est pas la seule. Le droit ne se préoccupe que des normes sociales juridiques. Les autres normes sociales relèvent de la morale (la morale pose des normes), de l'éthique (l'éthique analyse les normes morales). Kelsen s'emploie donc à séparer le juridique du reste du social.

Après avoir affirmé la parenté entre le social et le juridique, il démontre la totale autonomie du juridique par rapport au social. Le droit et la morale étant deux ordres positifs, la distinction qu'opère Kelsen est purement formelle. Elle concerne la « façon » dont les deux ordres sociaux « ordonnent ou défendent des actes humains »⁹. La morale est un ordre qui ignore la contrainte¹⁰ ; il n'existe pas d'organes centraux pour appliquer les normes morales. Nous pouvons distinguer le droit de la morale dans la façon même dont ils ordonnent ou défendent des actes humains. En effet, le droit, pour imposer certaines conduites bénéficie de l'élément de la contrainte, de la sanction. La contrainte est une caractéristique et le critérium décisif du droit : l'ordre normatif sera respecté en appliquant des actes de contrainte aux

dualiste. Ce monisme kelsénien se retrouve à plusieurs niveaux dans sa doctrine (l'absence de distinction entre le droit privé et le droit public, le droit et l'Etat, le droit interne et le droit international,...)

⁸ Le principe fondamental de la Nature consiste en l'expression d'une personnification religieuse qui est « Dieu », comme source du droit naturel. La source du droit naturel peut également résider dans la nature ou la raison. Hans KELSEN, « Die Idee des Naturrechtes », *Die Wiener Rechtstheoretische Schule (WRS)*, I, p. 247 et « Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus », *WRS*, I, p. 283.

⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction de Charles EISENMANN, coll. Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2e éd., 1962, p. 85.

¹⁰ L'un des axes de l'entreprise théorique kelsénienne est la démolition du droit naturel. Selon lui, les normes sont l'expression d'une volonté et la nature est incapable d'en avoir, étant un système de faits reliés par le principe de causalité. Par conséquent, de par l'absence de volonté, les normes morales ne peuvent être obligatoires car elles ne sont pas sanctionnées. Elles ne bénéficient pas d'une contrainte efficace et systématique. L'ordre moral n'est pas un ordre de contrainte (*Zwangordnung*). Hans KELSEN, « Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus », *WRS*, I, p. 283.

conduites contraires au droit. La morale, par contre, n'utilise pas de moyens de contrainte extérieure.

En outre, la morale, tout comme la justice, reste relative. Pour Kelsen, il n'existe pas de valeur morale absolue. Il existe au contraire plusieurs valeurs morales. Les idées sur la justice sont multiples. Le droit ne doit pas être interprété comme devant être conforme à une morale absolue. Le droit ne représente pas un minimum de morale, il a sa propre valeur : la valeur juridique consistant à dire que le droit est norme. Il ne doit pas tenir compte de la justice, laquelle a pour objectif le bonheur social. La justice est un « idéal irrationnel »¹¹. Kelsen refuse ainsi d'admettre toute confusion entre le droit et la morale. Il se pose du point de vue de la connaissance scientifique du droit positif. Il considère que la science du droit doit uniquement se vouer à connaître et décrire son objet et non le soumettre à un quelconque étalon de valeur morale. Il rejette tout jugement de valeur, tout énoncé d'une opinion. Les jugements de valeur sont en réalité seulement l'expression de nos émotions ou de notre volonté, ils ne décrivent aucune réalité empirique. Ce sont des idées personnelles variant selon l'idéal, la religion, la philosophie, ... de chaque individu. Ces jugements individuels diffèrent d'une personne à une autre et ne décrivent pas une réalité objective. Le principe de cette appréciation individuelle est la conformité ou non de la chose critiquée aux idées ou aux besoins de celui qui parle. Ce système individuel d'opinions est ainsi purement subjectif et ne peut qu'être écarté du droit envisagé en tant que science. Kelsen refuse la thèse selon laquelle le droit doit être, par essence, moral car il considère qu'il n'existe pas une morale absolue mais plusieurs systèmes moraux. Si on admet cette thèse, cela veut dire qu'il faut trouver un point commun à ces systèmes moraux et cet élément commun devra justifier l'ordre juridique pour que celui-ci soit juste, alors seul un ordre social moral pourra être droit. Or, l'existence d'une morale unique est fautive, une morale ne peut pas valoir partout et tout le temps. « Car il n'est pas du rôle de la science du droit de légitimer le droit ; il ne lui appartient absolument pas de justifier l'ordre normatif, que ce soit par une morale absolue ou par une morale relative ; il lui appartient uniquement de le connaître et de le décrire »¹².

Pour Kelsen, il faut donc se positionner uniquement du point de vue du droit, comprendre les rapports mutuels des hommes en tant que rapports de droit fondés sur des normes juridiques.

La science du droit comprendra la conduite humaine qu'en tant qu'elle est réglée par des normes. « Elle décrit les normes juridiques qui sont créées par des actes humains et qui doivent être appliquées et obéies par de tels actes, et par là même elle décrit les relations fondées par ces normes juridiques entre les faits sur lesquels elles portent »¹³. C'est une relation entre les conditions et les conséquences différente de la loi naturelle régie par une relation de cause à effet. La proposition juridique relève de la normativité (*si A est, B doit être*, représentant un devoir-être) et non de la causalité (*si A est, B est ou sera*, ce qui exprime un être). Le principe dit d'imputation est le « principe organisateur de la pensée humaine »¹⁴, il décrit la connexion entre A et B par la norme posée par l'autorité juridique. La science du droit va donc énoncer des conditions pour l'application de sanctions. Ces énoncés sont différents des normes édictées par les organes chargés de la création du droit. Droit positif et droit naturel sont ainsi rigoureusement séparés. La science naturelle relève du *Sein* et

¹¹ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, collection La pensée juridique, éd. Bruylant-LGDJ, Paris, 1997, p. 65.

¹² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 94

¹³ La science du droit est donc une science sur le droit créé et appliqué par les hommes. Ibid, p. 97.

¹⁴ Ibid, p. 144.

s'attache aux contenus d'être (*Seinsinhalt*) ; la science du droit relève du *Sollen*, la norme prescrit un contenu de devoir (*Solleninhalt*)¹⁵.

2- L'exclusion de la sociologie

Nous avons déjà précisé que, pour Kelsen, la science juridique est une science sociale qui ne s'occupera que du juridique. Kelsen ne nie pas l'existence parallèlement de sciences sociales mais celles-ci ne doivent pas interférer avec la science du droit¹⁶. Ainsi, par exemple, la sociologie du droit est considérée comme « une science du droit parmi d'autres »¹⁷. A travers la distinction fondamentale du *Sein* et du *Sollen* et celle de la causalité et de l'imputation, il faut éluder tout élément qui ne serait pas purement juridique ou tout élément relevant des seuls faits. Kelsen ne s'intéresse pas à la réalité des faits - c'est-à-dire que la science du droit ne va pas vérifier si les normes sont effectivement appliquées dans la réalité. Kelsen ne fait pas de référence à la factualité pour bâtir sa théorie. Il critique les postulats des écoles sociologiques en matière de science du droit. Or, « la caractéristique des écoles ou tendances [de la *Sociological Jurisprudence* et de certains doctrinaires de la sociologie du droit] est de diriger l'objectif sur des faits : elle assignent pour objet à la science du droit la connaissance de faits de conduite humaine, de comportements effectifs dans la vie sociale, c'est-à-dire de données qui seraient directement observables, directement saisissables par les sens : elle devrait décrire ce que les gens font réellement, non ce qu'ils doivent faire »¹⁸. Cette science sociologique doit être séparée selon Kelsen de la science du droit car la sociologie se base sur des faits réels et en analyse les conséquences. La sociologie vise par conséquent ce qui est (le *Sein*) et non ce qui doit être (*Sollen*). Elle étudie les conduites effectives à travers des propositions d'être (*Seinsätze*). Un phénomène juridique peut être appréhendé de plusieurs manières, que ce soit par la sociologie ou la science du droit, mais la science du droit pure ne prend pas en compte les considérations sociologiques comme les causes des normes juridiques.

Il existe ainsi plusieurs sciences sociales, plusieurs analyses des phénomènes, mais il ne faut pas mêler les méthodes. En élaborant la distinction du *Sein* et du *Sollen*, Kelsen garantit un champ d'étude autonome pour le droit, et *a contrario* pour la sociologie. Ces champs d'étude n'excluent pas pour autant une coïncidence des résultats dans certains cas. Pour reprendre l'argumentation du juriste et philosophe italien Renato Trèves dans son article « Hans Kelsen et la sociologie du droit » paru dans la revue *Droit et société* de 1985, certains auteurs confondaient la science du droit et la sociologie. Ainsi, Eugen Ehrlich¹⁹, en 1913, dans son œuvre *Grundlegung der Soziologie des Rechts* identifiait ces deux sciences : « Du moment que le droit est un phénomène social, toute espèce de science juridique (*Jurisprudenz*) est une science sociale, mais la science du droit (*Rechtswissenschaft*) au sens propre du terme, est une partie de la science théorique de la société ou, ce qui revient au même une partie de la sociologie. La sociologie du droit est donc la théorie scientifique du droit »²⁰. Kelsen, en distinguant le *Sein* du *Sollen*, ouvre la voie à une autonomisation des

¹⁵ Hans KELSEN, « Naturrecht und positives Recht », *WRS*, I, p. 225.

¹⁶ Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Revue Droit et Société*, n° 22, 1992, p. 555.

¹⁷ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 215.

¹⁸ Charles EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Textes réunis par Charles LEBEN, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 398.

¹⁹ Le professeur Ehrlich (1862-1922) est considéré comme l'un des fondateurs de la sociologie du droit.

²⁰ Renato TREVES, « Hans Kelsen et la sociologie du droit », *Revue Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 17.

champs scientifiques²¹. Il se rapproche ainsi de la conception de Max Weber. En effet, Max Weber opère une distinction entre la science du droit et l'étude de la sociologie. La science du droit traite des normes et du sens logiquement correct qui doit être attribué à leur interprétation linguistique. « Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue de ses idées. C'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit »²². L'étude sociologique du droit a pour objet les comportements, c'est-à-dire l'agir des hommes rapportés aux normes et les représentations que l'homme se fait de celles-ci. « Le sociologue se demande (...) ce qu'il advient en fait dans la communauté. (...) L'objet d'une sociologie du droit est la conduite humaine que l'individu agissant adapte (*orientiert*) à un ordre parce qu'il tient cet ordre pour valide »²³. La science du droit s'occupe ainsi du devoir-être idéal tandis que la sociologie du droit concerne l'être, les faits concrets, le devenir réel, la conduite déterminée par l'ordre juridique. La sociologie cherche à comprendre l'activité sociale, les « types de conduites effectives »²⁴ et cherche une explication causale.

Pour Weber comme pour Kelsen, le droit est une science normative qui s'édifie sur la base de présuppositions relatives à la validité sur le plan du devoir-être. Le juriste a affaire à la détermination du contenu du sens objectif logiquement correct des propositions juridiques. Il s'agit de savoir ce que vaut idéalement le droit et donc quelle signification et quel sens normatif on doit attribuer de façon logique à une création linguistique qui se présente comme juridique. Le sociologue, lui, travaille sur l'agir résultant des représentations que les hommes se font du sens traditionnellement attribué au droit ainsi qu'à leur propre activité juridique. Il s'agit de savoir ce qui se passe réellement dans le cadre d'une communauté, étant donnée la possibilité que les individus participant à l'agir d'une communauté considèrent subjectivement certains ordres comme valides et qu'ils orientent donc leur propre agir dans ce sens. En ce sens, la sociologie du droit présuppose le droit et c'est à la science normative de définir ce concept.

3- Le rejet de l'idéologie

Hans Kelsen s'interroge sur le droit sans chercher quelle est son origine, comment il s'est formé ou encore comment il devrait être. Ces interrogations ne relèvent pas de la science juridique mais plutôt de ce qu'il appelle la politique juridique. « Une science doit décrire son objet tel qu'il est effectivement, elle s'interdit de prescrire ce qu'il devrait ou ne devrait pas être sur la foi d'un quelconque jugement de valeur. Faute de quoi, le problème devient alors de nature politique et se rapporte à l'art de gouverner, activité qui ne s'attache qu'aux valeurs »²⁵. Kelsen a pour objectif d'isoler le droit également des sphères de la politique et de l'idéologie. L'idéologie, selon Kelsen, consiste en une description non objective d'un objet de connaissance, et est influencée par des jugements de valeur subjectifs. La description du droit doit être libre de toute idéologie, elle ne doit pas tenir compte d'un droit idéal ou juste. La théorie du droit doit décrire le droit tel qu'il est. Kelsen affirme ainsi l'aspect anti-idéologique de sa théorie pure du droit.

²¹ Le droit peut donc être analysé de différentes manières, que ce soit par la science du droit ou encore par la sociologie. Kelsen « est loin de couper le contact entre ordre juridique et faits sociaux ; mais il maintient entièrement la thèse du dualisme de nature de la Science du droit et de la Sociologie : la Sociologie juridique n'est pas la Science du droit, et la Science du droit n'a pas à s'occuper de ses problèmes ». Charles EISENMANN, op. cit., p. 403.

²² Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 228.

²³ Ibid, p. 228.

²⁴ Charles EISENMANN, op. cit., p. 396.

²⁵ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 46.

Cette anti-idéologie relève du caractère même de la science du droit. En effet, la science est connaissance, cette connaissance vise l'objet droit. La science est connaissance et non volonté de quelques hommes, elle se doit d'être objective et ne laisser aucune part à la subjectivité quelle qu'elle soit. En outre, la science n'a pas à analyser l'opportunité de tel ou tel type de régime et ne doit pas servir une idéologie. « Il semblerait donc qu'une théorie pure du droit soit inopportune en ces temps où, dans quelques-unes des grandes puissances où sévit le régime de la dictature, des théoriciens du droit parmi les plus éminents ne connaissent pas de tâche plus élevée que de servir – par leur 'science' – le pouvoir politique en place »²⁶. Kelsen a d'ailleurs écrit plusieurs articles visant à critiquer, par exemple, les théoriciens du droit marxistes et soviétiques. Nous pouvons citer à ce titre l'ouvrage *The Communist Theory of Law*, une étude de plus de 200 pages parue en 1955. Kelsen distingue les théories marxistes et soviétiques. De 1917 à 1936, la conception marxiste domine avec Stoutchka, Commissaire du Peuple à la Justice, et Pachoukanis, théoricien du droit soviétique, ensuite, ce sont les théories dites soviétiques (avec notamment Vychinsky, procureur général à Moscou) basées sur l'idée d'un droit socialiste. Le droit apparaît alors comme un ensemble de règles de la conduite humaine, l'ordre juridique paraît dans une perspective kelsénienne comme hiérarchisé et structuré, mais reste marqué par une domination politique²⁷.

En effet, dans la conception soviétique, la Constitution est le reflet de la société. Le droit n'a pas d'autonomie propre. Il est un instrument lié à l'Etat, à la politique et à l'économie, il reste au service du pouvoir. L'Etat détient la force coercitive et est envisagé comme un organe de domination et d'oppression d'une classe sur l'autre. Pour le marxisme²⁸, l'Etat a donc la nature de classe et constitue une société de classes²⁹. Il est le produit de la lutte des classes. Pour P. I. Stoutchka, le droit apparaît comme un système de rapports sociaux de production, de distribution et d'échange. Ce système est régi par la force organisée de la classe dominante. Ainsi, ce système de relations sociales correspondant aux intérêts de la classe dominante réduit le droit à l'économie³⁰. E. B. Pachoukanis, auteur de *La théorie générale du droit et du marxisme* en 1924, considère que le droit naît des échanges économiques. Ces rapports entre propriétaires de marchandises créent les relations juridiques. Basé sur l'approche marxiste, Pachoukanis conçoit le droit comme une superstructure juridique nécessairement bourgeoise par essence, marquée par le capitalisme, rendant impossible la mise en place d'un droit socialiste³¹. A. Y. Vychinsky a, à partir de 1936, développé l'idée d'un droit socialiste. Il considère le droit comme un ordre juridique composé de normes, de règles de conduite exprimant la volonté de la classe dominante et bénéficiant de

²⁶ Ibid, p. 49.

²⁷ K. Stoyanovitch distingue également deux périodes dans la pensée soviétique. Cette périodisation est liée à l'histoire même de l'U.R.S.S. La première allant de 1917 à 1938 comprend le règne de Lénine et la consolidation du pouvoir personnel de Staline. Les principaux juristes sont alors Stoutchka, Reisner, Pachoukanis et Korovine. Cette période « marxiste-léniniste » se caractérise par son hostilité envers le normativisme. La deuxième période débute en 1938 et s'achève en 1953 avec la mort de Staline. Les principaux auteurs de cette période stalinienne sont Vychinsky, Golounski, Strogovitch, Traïnine et Kojevnikov. K. STOYANOVITCH, *La philosophie du droit en U.R.S.S. (1917-1953)*, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. IV, LGDJ, Paris, 1965, 284 p.

²⁸ Cette théorie a été élaborée par Karl Marx (1818-1883), Friedrich Engels (1820-1895) puis par Lénine (1870-1924) et ses successeurs.

²⁹ Carlos Miguel HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, éd. Kimé, Paris, 1997, p. 163.

³⁰ Jean-Pierre MASSIAS, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1998, p. 84 et ss.

³¹ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, (sous la direction de André-Jean ARNAUD), LGDJ, Paris, 2^e éd. 1993, p. 361.

la force coercitive de l'Etat³². Il ne réduit pas le droit aux rapports sociaux ou aux rapports de production. Au contraire, il envisage le droit sous la forme d'un système de normes – ce qui le rapproche de Kelsen sur ce point – mais ce système exprime la volonté et les intérêts de la classe dominante.

Dans ces théories, l'idéologie demeure et masque la réalité³³. Le droit reste lié aux rapports sociaux. Or, pour Kelsen, la structure économique et sociale de la société relève de l'idéologie³⁴. Toujours à travers la distinction entre l'être et le devoir-être, la prise en compte de l'idéologie est de même rang que celle sur la justice ou le droit naturel. Par conséquent, l'idéologie ne peut pas relever du devoir-être, elle nie le *Sollen*. Kelsen rejette la théorie de Marx qui voit dans le *Sollen* une « mystification idéologique »³⁵, car en n'admettant pas l'existence du *Sollen*, on refuse l'idée d'une science du droit normative, dont l'objectif est la connaissance des normes. Le droit sans *Sollen* serait assimilé à de la sociologie juridique laquelle est régie par un rapport causal.

Le juriste autrichien considère sa théorie comme réaliste, donc comme une théorie du positivisme juridique, *i.e.* une théorie refusant d'apprécier le droit positif. « Elle ne se considère, en tant que science, comme obligée à rien d'autre ni de plus qu'à saisir le droit positif dans son essence, et à le comprendre par une analyse de sa structure. Elle rejette en particulier toute idée de servir de quelconques intérêts politiques en leur fournissant les 'idéologies' grâce auxquelles l'ordre social existant serait ou légitimé ou au contraire disqualifié. Elle empêche ainsi qu'au nom de la science du droit, on attache au droit positif, en l'identifiant avec un droit idéal ou juste, une valeur supérieure à celle qu'il a réellement, ou qu'on lui refuse toute valeur et par conséquent la validité elle-même, parce qu'il serait en contradiction avec un droit idéal ou juste »³⁶.

Cette tendance anti-idéologique de la théorie pure en fait une véritable science. L'idéologie est rejetée car elle dissimule et déforme la réalité. Kelsen considère que les théoriciens soviétiques ont confondu droit et théorie du droit. Ceux-ci assimilaient le droit à l'idéologie. Or, pour le juriste autrichien, le droit et l'Etat en tant que réalités sociales ne peuvent pas constituer des idéologies. Seule la théorie peut être éventuellement une idéologie en tant qu'expression d'une pensée.

L'ambition d'une théorie pure entraîne, derechef, l'exclusion dans le champ scientifique de toutes les autres sciences et méthodes, comme par exemple l'histoire, la psychologie, etc. Le droit est une question de technique sociale, il ne doit pas être influencé dans son étude par des éléments relevant du jugement moral ou politique ou encore par des facteurs émotionnels.

B- LA QUESTION DU FONDEMENT DU DROIT

La définition de la science du droit a des conséquences en ce qui concerne la question du fondement du droit. Conformément à sa conception, le droit en tant qu'ensemble de normes ne peut pas trouver de fondement en dehors du droit. En conséquence, la pyramide

³² Csaba VARGA, « Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit », *APD*, n° 12, 1967, pp. 189-205. K. STOYANOVITCH, « Les théoriciens du droit soviétiques face à la science du droit 'bourgeoise' », *APD*, n° 12, 1967, pp. 287-303.

³³ Stanley L. PAULSON, « Kelsen as political Theorist », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 17, 1990, p. 93.

³⁴ Ljubomir TADIC, « Kelsen et Marx. Contribution au problème de l'idéologie dans 'la théorie pure du droit' et dans le marxisme », *APD*, n° 12, 1967, p. 247.

³⁵ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 142. Kelsen explique que la théorie sociale de Marx rejette l'idée du droit en tant qu'ensemble de normes et qui sont objet de description de la science du droit.

³⁶ *Ibid*, p. 148.

normative kelsenienne se conçoit et s'interprète comme un mouvement régressif vers une norme supérieure qui est la source de validité des normes inférieures jusqu'à la norme fondamentale. Chaque norme tire son fondement de validité d'une norme supérieure, ainsi, chaque norme est création et application envers une autre norme. Ce processus dynamique permet à chaque norme de régler la procédure de création d'une norme inférieure et en même temps d'être elle-même application d'une norme supérieure.

La pyramide des normes va remonter ainsi à la première norme positive de l'ordre juridique. Cette première norme sera la Constitution ou Constitution historiquement première. Dans la logique kelsénienne, cette première norme positive doit à son tour être fondée. Pour clore l'édifice normatif, il faut donc trouver une norme première à force validifiante³⁷. Mais puisque cette norme ne peut pas se voir soumise à son tour aux mêmes principes de validité et d'efficacité des autres normes ou d'une autorité extra-juridique (ce qui constituerait un positivisme impur), Kelsen considère que cette norme ne peut pas être posée comme les autres normes mais supposée comme condition logique de possibilité d'un ordre positif valide et efficace. Comment est-il possible de supposer une norme comme source de validité d'un ordre juridique positif alors que nous ne sommes même pas en mesure de reconnaître cet ordre positif comme tel avant d'avoir effectué cette opération ? Pour répondre à cette question, Hans Kelsen utilisera l'argument transcendantal à travers la norme fondamentale (1) ; mais cet argument se transformera dans ses dernières œuvres en fiction (2).

1- L'hypothèse de la norme fondamentale

La norme fondamentale vient parachever l'édifice kelsénien et assure la pureté de l'ordre juridique. Cette norme non positive, non posée mais supposée, sera considérée comme une hypothèse venant vérifier la validité de la théorie. Cette norme suprême assure la pureté puisqu'elle évite l'écueil du naturalisme. Elle n'est pas issue de la nature, ni de la morale. Même si elle n'est que supposée, elle est garante de la positivité³⁸.

Kelsen, usant de la terminologie kantienne, qualifie cette norme d'hypothèse, laquelle sera transcendantale. Cette norme hypothético-déductive permet d'apporter un point final à l'ordre juridique³⁹, elle est déduite du raisonnement lié à la dynamique des normes. La dynamique des normes résulte de la combinaison « création-application » de la norme. Chaque norme est dans un double rapport avec les autres qui l'entourent. D'une part, elle est subordonnée à une norme supérieure et en constitue une simple application ; d'autre part, elle pose la procédure de création des normes inférieures. Cette dynamique normative aboutit en ressort final à la norme suprême. Le coryphée de l'école viennoise établit donc une autorégulation du droit. Le droit est autofondé par la norme fondamentale et le système fonctionne sur lui-même. La norme fondamentale est le fruit de la conceptualisation d'une science du droit, c'est-à-dire de la conviction que la Constitution est la dernière norme formelle du système juridique hiérarchisé, la science du droit ne devant pas chercher ses

³⁷ Nous reprenons ici l'expression employée par Henri DUPEYROUX, « Les grands problèmes du droit. Quelques réflexions personnelles en marge. », *APD*, n° 1-2, 1938, pp. 13-77.

³⁸ La norme fondamentale permet ainsi de comprendre le système juridique en le ramenant à un principe primaire qui ne peut être prouvé effectivement. Dans cette optique, la norme fondamentale se rapproche du principe d'économie de la pensée du philosophe et physicien autrichien Ernst Mach (1838-1916) selon lequel « la science peut être considérée comme un problème de minimum, qui consiste à exprimer les faits de la manière la plus parfaite possible avec la plus petite dépense de pensée ». André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1^{er} éd. Quadrige, PUF, Paris, 2002, p. 739.

³⁹ Ce qui différencie la nature du droit se trouve justement dans la clôture du système. Le rapport causal dans la nature entraîne une chaîne de causes à effets infinie, le principe d'imputation régissant le droit trouve un point final qui est la norme fondamentale. Il n'existe rien au-dessus de celle-ci.

éléments d'analyse en dehors de la pure sphère normative. Ces postulats nécessitent à eux seuls l'élaboration d'une telle norme dans la logique de la science juridique.

Ce concept unitaire du droit est nécessaire pour affirmer la rigueur scientifique mais ouvre en même temps le champ à la critique. Kelsen lui-même précisera que cette norme ultime cherche seulement à fonder la validité du droit positif pour le juriste s'intéressant à la question de la connaissance du droit. « L'on ne doit pas nécessairement supposer la norme fondamentale d'un ordre juridique positif ; l'on ne doit pas nécessairement interpréter les relations humaines dont il s'agit de façon normative, c'est-à-dire comme des obligations, des habilitations, des droits, des compétences, etc..., fondés par des normes juridiques objectivement valables ; on a seulement la faculté de le faire, c'est-à-dire que l'on peut aussi les interpréter sans recours à une hypothèse préalable, sans supposer la norme fondamentale, comme des relations de force, comme des relations entre des individus qui commandent et des individus qui obéissent... ou qui n'obéissent pas, - c'est une interprétation qui n'est plus juridique, mais sociologique »⁴⁰. L'appel à la norme fondamentale n'est pas une nécessité mais une simple possibilité. Cependant, si une théorie veut décrire le droit positif au sens d'un ordre normatif objectivement valable, seule la supposition d'une norme fondamentale permet de le faire.

2- La norme fondamentale fictive

La théorie kelsénienne va changer progressivement d'orientation pour envisager la norme fondamentale non plus comme une simple hypothèse mais comme une fiction. Ce changement d'orientation est dû à l'influence du philosophe allemand Hans Vaihinger sur la théorie du droit de Hans Kelsen. La notion de fiction a toujours été présente dans la théorie kelsénienne, et ce dès les *Hauptprobleme*, mais sous différentes formes. La première apparition de la fiction joue un rôle dans l'élaboration de la théorie pure du droit et vise à garantir l'objectivité de la science. Kelsen désigne un certain nombre d'éléments constitutifs d'une fiction et qui n'ont donc pas de place dans une théorie pure. La deuxième référence à la fiction apparaîtra dans les derniers écrits de Kelsen et remettra en cause la théorie kelsénienne.

La pureté du droit est garantie à travers la distinction entre le monde naturel et le monde normatif. Pour assurer l'autonomie et la pureté du droit, Kelsen a ainsi introduit le concept de norme fondamentale, fondation néokantienne permettant de clôturer l'ordre juridique sur lui-même. La norme fondamentale, selon laquelle on doit se comporter comme la Constitution le prescrit, est le point d'orgue de la pyramide des normes. Cette norme suprême vient fonder la validité de l'ensemble des normes du système et notamment de la Constitution historiquement première. Il s'agit en quelque sorte d'une norme pensée qui s'impose à la conscience des juristes analysant l'ordre juridique. Cette norme non-positive compose le principe spécifique de l'ordre juridique. Elle ne fait aucune référence à Dieu ou à la nature et vise à expliquer la normativité du système et valide l'ensemble des normes. Longtemps envisagé comme une hypothèse logico-transcendantale, Kelsen va pourtant remettre en cause ce fondement, déjà fragilisé par les théoriciens du droit.

⁴⁰ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 294. Pierre Hack utilise cette citation pour considérer que la norme fondamentale n'est pas une catégorie transcendantale et n'est pas un concept nécessaire à toute pensée (*La philosophie de Kelsen. Epistémologie de la Théorie pure du droit*, Helbing et Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, Genève, 2003, p. 141). Si la norme fondamentale n'est certes pas nécessaire à toute pensée, elle reste du moins une condition nécessaire pour une théorie positiviste du droit voulant fonder la validité du droit positif. La validité objective du droit n'est donc pas absolue mais seulement relative dans le sens où elle est conditionnée par un présupposé : la norme fondamentale.

Dans son œuvre tardive – et notamment dans *La Théorie générale des normes* (parue en 1979) - Kelsen abandonne, en effet, le fondement transcendantal néokantien au profit d'un autre concept : la fiction. Il s'agit d'une fiction de la connaissance visant à justifier tout un système de pensée. Ici, il va exploiter la philosophie du *Als-ob* de Hans Vaihinger (philosophie du « comme si »). Ce recours à la fiction est justifié par l'absence de moyens cognitifs nécessaires. Lorsque la recherche scientifique ne peut plus avancer, le recours à la fiction devient utile.

Selon Hans Vaihinger, la réalité n'est pas connaissable en tant que telle. Il faut donc recourir au procédé de la fiction. La fiction permet d'appréhender la réalité. Il faut la considérer comme si elle était réelle, sachant qu'à la base il s'agit d'une acceptation erronée. En effet, le philosophe néokantien définit la fiction selon son but et son moyen. Le but visé est la connaissance de la réalité, le moyen est en fait une altération, une falsification, une contradiction, un procédé, un moyen détourné et un point de passage nécessaire à la pensée⁴¹. La fiction est employée pour son utilité pratique, c'est-à-dire accomplir indirectement un but cognitif. Le caractère principal de la fiction est une contradiction avec la réalité pour mieux la saisir. Vaihinger distingue l'hypothèse de la fiction, en ce que la fiction ne peut jamais être vérifiée et qu'elle est fautive⁴². Le postulat de départ sera faux mais il donnera un moyen d'aboutir à la connaissance de la réalité.

Kelsen, vers la fin de sa vie, suivra ce raisonnement. Dans un article de 1964 intitulé « La fonction de la Constitution » et dans son recueil sur la *Théorie générale des normes*, il écrira en effet : « D'après Vaihinger, une fiction est un expédient conceptuel dont on se sert quand on ne peut parvenir au but de la pensée avec le matériel donné. Le but de la pensée de la norme fondamentale est le fondement de la validité des normes d'un ordre moral ou juridique positif. C'est l'interprétation de la signification subjective des actes posant ces normes, tout comme leur signification objective, c'est-à-dire comme normes valides et les actes en question comme actes posant la norme. La fiction est la seule voie pour parvenir à ce but. C'est pourquoi, il faut considérer que la norme fondamentale au sens de la philosophie du « comme si » de Vaihinger n'est pas une hypothèse - *comme je l'avais moi-même accidentellement caractérisée* - mais au contraire une fiction qui se différencie de l'hypothèse car elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience qu'elle n'est pas conforme à la réalité »⁴³. Kelsen abandonne définitivement l'hypothèse néokantienne de la norme fondamentale pour aboutir à une norme suprême fictive, produit imaginaire de l'esprit humain⁴⁴.

Par nature, la fiction est en contradiction avec la réalité mais aussi avec elle-même. La norme fondamentale ainsi envisagée n'est pas réelle, c'est une norme toujours pensée mais qui ne découle pas d'un acte de volonté réel. En tant que fiction, il convient de dire qu'il faut respecter la Constitution « comme si » une norme fondamentale existait. Elle est ainsi en contradiction avec la réalité (*Widerspruch zur Wirklichkeit*) ; de surcroît, elle se contredit elle-même car elle est la signification d'un acte de volonté d'une autorité supérieure qui ne peut

⁴¹ Hans KELSEN, « Zur Theorie der juristischen Fiktionen », *WRS*, II, p. 1216.

⁴² Stanley L. PAULSON, « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits*, n° 21, 1995, p. 80.

⁴³ Hans KELSEN, « Die Funktion der Verfassung », *WRS*, II, p. 1978. Traduit par nos soins. Le passage en italique est souligné par nos soins, pour montrer le renoncement à sa théorie antérieure de la norme fondamentale en tant qu'hypothèse.

⁴⁴ Dire que la conception de la norme fondamentale en tant que fiction n'est qu'une ébauche dans la *Théorie générale des normes* (ouvrage inachevé qui, on le sait, est une compilation de notes de cours) doit être relativisé. En effet, Kelsen utilise déjà la fiction dans son article relatif à la fonction de la Constitution en 1964. Il aborde également le sujet dans un article de 1965 « Zum Begriff der Norm » (Le concept de norme). Il s'agit donc bien d'un revirement conceptuel entamé dans ces articles. Kelsen cherche une nouvelle interprétation de cette norme fondamentale dans ses derniers écrits.

être déterminée. En d'autres termes, cette norme fictive émane d'une autorité encore supérieure à la dernière autorité qui a posé la Constitution. Cette autorité supérieure est bien sûr seulement fictive. Par ailleurs, en considérant qu'« avec la norme fondamentale pensée, une autorité imaginaire doit également être pensée, dont la norme fondamentale est la signification d'un acte de volonté fictif »⁴⁵, Kelsen remet en cause son raisonnement antérieur. En effet, dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen considèrerait que la norme fondamentale ne peut pas être une norme voulue mais seulement pensée. Or, dans ces derniers écrits, la norme fondamentale demeure une norme pensée, mais elle est également la signification d'un acte de volonté fictif. Kelsen envisage un auteur fictif de la norme fondamentale et celle-ci est la signification d'un acte de volonté fictif. Dès lors, la norme fondamentale demeure contradictoire en elle-même à travers cette habilitation d'une autorité suprême purement fictive.

La norme fondamentale a toujours pour objectif de fonder la normativité du système, mais celui-ci repose sur un postulat qui se soustrait à toute preuve effective et qui ébranle l'ensemble de la théorie.

II- LA DIFFICULTE LOGIQUE D'UNE THEORIE PURE

« Lorsqu'un auteur qui pourrait traiter un sujet sous divers aspects ne le fait que par un certain côté, il est à peu près constamment accusé de n'en point voir les autres, et d'être unilatéral »⁴⁶. Telle est la remarque la plus souvent dirigée contre Kelsen, qui a envisagé une définition purement formelle du droit, libérée de tout alliage avec d'autres matières. Réduire la science au droit a généralement été perçu comme une froide analyse méprisant les données issues des autres sciences (A). Et, cette analyse repose sur une base fragilisée par l'introduction de la fiction (B).

A- LE CLOISONNEMENT SCIENTIFIQUE

Kelsen établit un véritable cloisonnement des disciplines scientifiques, interdisant toute interaction entre la science du droit et les autres sciences dès la première édition de la *Théorie pure du droit*. Cette séparation rigoureuse n'engendre pas pour autant l'illégitimité des autres branches du savoir. Kelsen voulait seulement épurer la science de toute vision hétéronome et confusionniste. Pour nombre d'auteurs, une telle épuration a peu de sens et aboutit même à un positivisme sans réelle positivité.

1- L'isolation du droit et l'absence de positivité

La science kelsénienne du droit ne considère que les normes juridiques. Elle ne perçoit la réalité qu'au travers de ces normes. La réalité juridique n'est pas ce qui est mais ce qui est scientifiquement connaissable et ne peut être connue que par les normes. Il n'y a pas d'autre connaissance possible que scientifique. Cette vision purement scientifique a été critiquée, par exemple, par Maurice Hauriou, qui analyse les erreurs de la théorie kelsénienne « dues à l'intrusion dans les disciplines juridiques de postulats philosophiques ou scientifiques incompatibles avec le droit »⁴⁷ dans son *Précis de droit constitutionnel*. En effet, la théorie pure du droit ne cherche pas la nature ou l'essence des choses. Il n'existe aucun substantialisme chez Kelsen comme le montre sa réflexion sur les personnes, la division droit

⁴⁵ Hans Kelsen, « Die Funktion der Verfassung », op. cit. , p. 1979.

⁴⁶ Ernst Roguin, *La science juridique pure*, tome I, Librairie F. Rouge et Cie, Lausanne, LGDJ, Paris, 1923, p. 64.

⁴⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 2^e éd., 1929, p. 22.

privé-droit public, le sujet de droit et l'Etat. Il ne tient pas compte de la substance mais seulement des rapports et fonctions. Comme Kant, la chose en soi n'est pas connaissable et ne rentre pas dans le champ de la recherche scientifique. Pour Maurice Hauriou, « cette philosophie du droit n'aura aucun succès en France, non pas qu'elle soit obscure, car elle n'est que trop claire, non pas qu'on la prenne pour un jeu de l'esprit, car elle n'est que trop sérieuse, mais parce que ses tendances sont incompatibles avec celles du droit. Seule une philosophie de la liberté créatrice est compatible avec lui »⁴⁸. Le système kelsénien postulerait le primat de l'ordre et non celui de la liberté et entraînerait l'acceptation de n'importe quel ordre⁴⁹. Ceci peut avoir des conséquences graves comme nous le verrons avec l'exemple du national-socialisme en reniant en quelque sorte la morale et la liberté. En exagérant le rôle de l'ordre, Kelsen n'aurait pas tenu compte du « mouvement du droit » ne permettant pas de prendre en considération la réalité sociale. « La séparation que Kelsen imagine entre la science du Droit et la pratique est illusoire »⁵⁰. Chez Kelsen, cette isolation du droit au regard de la réalité apparaît plus particulièrement dans sa théorie de l'interprétation. De la distinction entre l'interprétation authentique (des organes d'application du droit) et l'interprétation scientifique, le droit ne devient qu'un simple cadre attribuant plusieurs possibilités d'application. La théorie pure veut purifier ce cadre pour en extraire tout ce qui ne relève pas du droit. La science du droit est certes purifiée de toute référence à la morale, à l'éthique ou aux valeurs, mais ces éléments réapparaissent subrepticement dans la pratique du droit. Dans la concrétisation pratique du droit, la critique formulée contre Kelsen - celle d'établir un droit pur et non une théorie pure - trouverait alors tout son sens.

Souvent, les juristes reprochent à Kelsen de rejeter le fait dans le domaine de la sociologie et d'aboutir à une conception purement formelle du droit. Maurice Hauriou estime, de ce point de vue, que la méthode purement normative serait un système totalement statique annihilant toute possibilité de saisir la réalité juridique et la fige dans des schémas abstraits et morts éliminant le fait de l'homme, source du subjectif. En ce sens, « toutes les théories de Kelsen doivent être rejetées. Elles sont aussi vicieuses (en dépit de leur finesse et de leur subtilité exceptionnelles) au point de vue purement logique, sur lequel il veut uniquement les fonder, qu'au point de vue de la méthode générale de la réflexion juridique qui demande, sous peine de perdre de vue la réalité vivante du droit, que l'opposition entre le 'normatif' et le 'sociologique' soit dépassée dans un terme supérieur, dans une méthode 'idéal-réaliste' »⁵¹.

Par ailleurs, Léon Duguit considère que le droit est un ensemble de règles nées de besoins pratiques relevant du *Sein*. Pour lui, Kelsen construit un système purement formel « en dehors de la réalité vivante et de l'expérience sensible »⁵². Enfin, René Capitant critique également la séparation trop stricte que Kelsen établit entre le droit idéal et le droit positif. Il estime en effet que la naissance du droit positif est réalisée par le passage d'une règle de droit de l'état idéal à l'état positif. La positivité découle de la masse sociale en tant que législateur suprême. Elle est en fait un consensus de la généralité des sujets autour d'une règle de droit idéal. Cette règle idéale deviendra positive une fois reconnue par la masse sociale.

Le positivisme juridique fait du droit une science autonome avec une méthode propre mais, pour Henri Dupeyroux, les juristes l'ont ainsi débarrassé « comme de scories, de toute

⁴⁸ Ibid, pp. 11-12.

⁴⁹ « La préoccupation exclusive d'un ordre technique formel et l'élimination de la morale et de la justice apparentent l'erreur kelsénienne à l'hérésie maurassienne ». Ibid, p. XI.

⁵⁰ Ibid, p. X.

⁵¹ Citation reprise dans l'article de Jacques PREVAULT, « La doctrine juridique de Kelsen », Annales de l'Université de Lyon, fasc. 27, librairie du Recueil Sirey, Paris, 1965, p. 47.

⁵² Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 3^e éd., éd. De Boccard, Paris, 1927, p. 64.

une série de notions qui, bien que placées de toute antiquité à la base des relations juridiques, leur apparaissent comme extra- ou anti-scientifiques. Ils en sont arrivés à construire un droit qui n'emprunte plus rien à la morale ou à l'histoire, à la métaphysique ou à la sociologie (...) et dont on se doute par suite à quel point, ainsi privé d'air, il peut être anémié⁵³. Le normativisme aboutirait par conséquent à un positivisme sans positivité, sans fait. En effet, cette vision du droit, en tant que science purement descriptive, borne le juriste à commenter sans jamais émettre le moindre jugement. Le juriste se contente de décrire le droit de façon désintéressée et ne s'emploie qu'à un travail de connaissance du droit, un travail purement intellectuel. Son rôle se limite à une présentation des règles de droit d'un ordre juridique déterminé. Kelsen tente ainsi d'éviter tout syncrétisme méthodologique, pour cela il considère que le juriste scientifique tend seulement à la connaissance du droit et non à sa création. Le juriste décrira ainsi les normes et les relations normatives au moyen de propositions hypothétiques de description. Ces propositions sont de simples actes de description, un pur travail de connaissance et non de volonté c'est-à-dire que le juriste scientifique ne modifiera pas le droit, ne fera pas œuvre de création mais seulement œuvre de description des normes à travers ces propositions de « *Sollen* descriptif »⁵⁴. Dire toutefois que ce positivisme exclut tout fait est en soi critiquable car cette tâche de description est tout de même œuvre de constatation de faits observés : les règles de droit valides, effectives et appliquées dans le système juridique étudié. Le système juridique chez Kelsen est positif en ce qu'il est considéré comme une création de la volonté humaine.

En France, les auteurs ont souvent une approche transdisciplinaire du droit. Charles Eisenmann, comme Kelsen, considère que le juriste doit se contenter de décrire le droit positif mais précise tout de même qu'il faut différencier le juriste-descripteur du juriste faisant œuvre de casuistique (dogmatique) qui peut prendre position sur ce qui doit être fait, sur ce qui doit avoir lieu et « à porter jugement en somme »⁵⁵. Dans cette optique, le juriste cherche à régler d'un point de vue juridique une situation donnée, un cas concret.

2- L'attachement formel et la « qualité » du droit pris comme objet de description.

« La règle, rien que la règle, rien que le commentaire de la règle ! Que sombrent les régimes politiques, qu'une dictature emporte le parlementarisme ou que la loi de la majorité se substitue à la volonté d'un seul, que l'Etat, chrétien, se fasse païen, à moins que ce ne soit l'inverse, ou que, par des changements successifs, un régime athée succède à une religion d'Etat pour faire place, à son tour, à un libéralisme de principe en matière de religion, le positiviste-juridique commente toujours en principe avec une impassible tranquillité, parfois aussi avec le plus contagieux enthousiasme, la volonté changeante des maîtres du jour »⁵⁶. Le travail du savant juriste est de décrire le droit positif. Un problème peut cependant se poser concernant la nature même du droit pris pour objet. Ainsi, par exemple, les juristes s'opposent sur la question de savoir si le droit national-socialiste ou le droit de « l'Etat français » est ou non du vrai droit. Dire que ce type de droit n'est pas du droit peut être confortable pour éviter

⁵³ Henri DUPEYROUX, op. cit., p. 15.

⁵⁴ « La proposition juridique qui énonce cette norme de droit pénal (si quelqu'un vole, il doit être puni) ne peut avoir que le libellé suivant : si quelqu'un vole, il doit être puni. Mais le *sollen* de la proposition juridique n'a pas, comme le *sollen* de la norme juridique, un sens prescriptif, il n'a qu'un sens descriptif », *TPD II*, p. 69 et ss.

⁵⁵ Charles EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, Institut international de philosophie politique, PUF, Paris, 1959, pp. 212-213.

⁵⁶ Henri DUPEYROUX, op. cit., p. 32.

d'en parler. Il faut cependant préciser que l'instauration de ces régimes s'est déroulée en toute légalité.

La question se pose dès lors de savoir si le juriste peut décrire le droit positif du IIIe Reich et de « l'Etat français » sans emporter adhésion à cette doctrine.

Si le droit est par nature empreint d'idéologie, alors seule la science du droit peut prétendre à la pureté en tant que simple connaissance de son objet : le droit. La science du droit porte analyse neutre du droit, sans aucun jugement de valeur mais il ne faut pas oublier que le droit, en lui-même, n'est pas neutre. Le droit est un objet impur porteur d'idéologie, de la volonté et des intérêts des « maîtres du jour ». L'exemple le plus frappant est celui du droit national-socialiste. Les commentaires des positivistes contemporains ont amené les foudres contre le positivisme juridique. Effectivement, peut-on se contenter de faire une description froide des règles juridiques même les plus odieuses ? Peut-on bannir définitivement tout jugement de valeur, toute notion de justice ? Peut-on s'attacher uniquement à la forme du droit ?

Rappelons que la théorie kelsénienne a souvent été mal interprétée dans son idée de pureté. Les critiques les plus fréquentes ont porté sur l'acceptation tacite de la théorie pure de n'importe quel droit et notamment du droit nazi⁵⁷. Cette critique peut sembler aberrante aujourd'hui, sachant que Kelsen lui-même a souffert du nazisme et a dû par deux fois quitter sa chaire devant la haine des étudiants⁵⁸. Cette critique est basée sur le fait que la théorie pure du droit - souvent qualifiée de doctrine étatiste - s'attache uniquement à la forme du droit et non à son fond, ce qui reviendrait à justifier n'importe quel régime. Ainsi, seule la forme du droit compte mais, si l'on veut bâtir une théorie universelle du droit, il convient de trouver les plus petits dénominateurs communs, donc souvent le mode d'élaboration des règles et non leur contenu. Adolf Merkl - juriste autrichien, élève de Kelsen - précisait lui-même que l'on ne peut pas créer un système en fonction du contenu des règles qui est illimité, seul un système basé sur la forme est réalisable, la forme étant plus limitée. Pour faire une science pure du droit, il faut s'en tenir uniquement à l'aspect formel des normes, l'examen du contenu dépasserait le cadre de la science du droit. Reste à savoir si le positiviste scientifique peut pour autant analyser, décrire n'importe quelle norme ? Peut-il uniquement décrire l'aspect formel des normes sans tenir compte de leur contenu ? Peut-il – pour reprendre une expression de Marcel Waline – être « un clerc qui ne trahit pas »⁵⁹ ?

Le droit national-socialiste allemand et le droit de « l'Etat français » occupent une place importante dans la critique du positivisme. Selon les partisans du droit naturel, le positivisme aboutit à se soumettre à la volonté de l'Etat, quel que soit le contenu du droit. Devant le droit nazi ou les lois françaises sur le statut des Juifs, les positivistes n'auraient pas protesté, ce qui aurait contribué à légitimer et faciliter les atrocités nazies. Le positivisme ne tient pas compte, en effet, de principes dits supérieurs, de principes de droit naturel ou de principes fondamentaux de justice. Le positivisme ne vise pas à condamner des normes immorales mais se contente de dire ce qu'est le droit et non le juste. Or, pour les jusnaturalistes, il existe des valeurs fondamentales au dessus du droit positif, qui permettent de considérer ce type de droit comme du non droit⁶⁰. Sur le versant positiviste, au contraire, il

⁵⁷ Jacques Prévault, dans son article relatif à « La doctrine juridique de Kelsen » montre bien ce sentiment : « La doctrine de Kelsen, si elle n'a pas été conçue en faveur du national-socialisme, avait tout ce qu'il fallait pour le justifier ». Op. cit., p. 58.

⁵⁸ Comme nous l'avons précisé au cours du titre introductif de notre première partie, plusieurs professeurs des universités et des écoles supérieures d'Allemagne ont été destitués de leur chaire ou mutés.

⁵⁹ Marcel WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Domat, Montchrestien, Paris, 1949, avant-propos, p. 4.

⁶⁰ Il faut noter à ce propos qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, la réaction anti-positiviste s'est caractérisée par un retour au droit naturel surtout en Allemagne.

convient de dire qu'il s'agit d'un vrai droit, un droit certes abominable mais un droit obligatoire. « En vérité, le 'droit positif' (...) ne se définit pas comme un système de règles justes – que ce soit justes en soi ou même simplement justes au sentiment de la majorité des membres de la société ; juste ou injuste, il est le droit positif, en raison d'une donnée de fait qui se constate et dont il n'y a qu'à prendre acte, comme d'une donnée sociale quelconque. Il va de soi que, pour tout positiviste (...) conséquent et digne de ce nom, la position que l'on vient de rappeler vaut pareillement, indifféremment, à l'égard de n'importe quel système politico-juridique – que ce soit, par exemple, le droit soviétique-communiste ou le droit du IIIe Reich national-socialiste ou les droits des dictatures militaires-cléricalisantes, ou les droits des démocraties 'bourgeoises-capitalistes' »⁶¹. Ainsi, le juriste décrit le droit sans aucune appréciation de sa nature, sans connotation morale. L'infamie des règles posées ne remet pas en cause leur caractère juridique. Si la position est unanime pour dire que ce droit nazi est horrible, les désaccords apparaissent sur le traitement accordé à ce droit : peut-on le commenter sans protester ? Charles Eisenmann écrivait « tout ce que l'on peut admettre, c'est qu'il est peut être moralement préférable de ne pas traiter de telle ou telle législation sur un ton de neutralité indifférente, voire même dans certaines circonstances, de ne pas choisir d'en traiter alors que rien ne vous y oblige »⁶². Le juriste devrait alors adopter la stratégie du silence.

Pour défendre le positivisme, il convient de dire que le juriste ne doit jamais perdre de vue le fait que le droit n'est pas neutre en lui-même. Il ne faut donc pas confondre le droit et la science du droit. Cette position a été défendue notamment par le professeur Michel Troper dans une controverse avec Danielle Lochak. « Si la doctrine française a bien participé à la légitimation de la politique antisémite de Vichy, ce n'est pas parce qu'elle était positiviste mais parce qu'elle ne l'était pas »⁶³. En effet, la science du droit ne prescrit pas, elle décrit le droit, elle est seulement acte de connaissance. Le droit, quant à lui, est un ensemble de prescriptions sous-tendues par des valeurs. Si les positivistes ignorent les valeurs du droit, ils ne doivent pas oublier que le droit reflète des valeurs. Les juristes scientifiques doivent par conséquent faire acte d'objectivité et ne pas se laisser empreinter par la subjectivité, par des jugements de valeur, même s'ils sont engagés en tant qu'observateur dans la réalité qu'ils étudient. La neutralité est une condition nécessaire de la science⁶⁴. A travers les propositions de droit servant à décrire les normes, le juriste ne fait que retracer le contenu de la norme sans se prononcer. « La proposition de droit par laquelle on décrit une norme du droit nazi 'il est interdit aux juifs d'exercer la profession d'avocat' peut parfaitement être énoncée par un historien ou par un antinazi. Elle signifie évidemment non pas que les juifs ne doivent jamais exercer la profession d'avocat mais que celle-ci leur est interdite par le droit nazi et qu'il s'agit d'une interdiction objective parce qu'elle n'exprime pas la volonté de celui qui le rapporte mais qu'elle est établie par une norme qui fait partie du droit nazi. Elle doit se lire simplement 'dans le droit nazi, il existe une norme qui interdit aux juifs d'exercer certaines professions'. L'objectivité dont il est ici question s'oppose non seulement à la subjectivité du créateur de la norme mais aussi à celle du professeur de droit qui la décrit »⁶⁵. Le juriste doit rester objectif sans tenir compte des valeurs qui ont sous-tendues la norme. La proposition de droit du juriste scientifique ne fait que décrire et non prescrire : c'est un « *sollen* descriptif ».

⁶¹ Charles EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », *Le droit naturel, Annales de philosophie politique*, op. cit., p. 210.

⁶² Ibid, p. 211.

⁶³ Citation de Michel Troper, reprise dans l'ouvrage de Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 258.

⁶⁴ Olivier JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37-2003, p. 39.

⁶⁵ Michel TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », *Revue Droit et Société*, n° 50-2002, pp. 48-49.

En conséquence, il ne faut pas confondre le scientifique du droit qui ne fait que décrire de façon désintéressée avec la doctrine, laquelle joue un rôle dans la création du droit. Certes, si doctrine et science juridique sont deux facettes du savoir, la doctrine joue un rôle plus intéressé et peut faire œuvre de dogmatique, étant entendue comme « domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques »⁶⁶. La doctrine appartient à la dogmatique en tant qu'activité de juristes praticiens. Elle vise ainsi à interpréter et systématiser le sens des normes juridiques et joue un rôle non négligeable dans la construction de l'ordre juridique et dans l'évolution de la réalité juridique. Elle diffère foncièrement de la science du droit qui effectue un travail de connaissance au travers de propositions juridiques. La doctrine est plus à même de refléter l'idéologie politique que la véritable science du droit qui analyse la norme (un devoir-être) et non l'acte de volonté qui la pose (être). Par conséquent, un véritable positiviste ne donne aucun jugement de valeur sur la norme soumise à son étude. Il ne la justifie pas même si la norme est la résultante d'une volonté politique de domination et d'extermination.

Les critiques portées envers le positivisme et la légitimation des horreurs nazies marque la difficile distinction entre le juriste qui fait acte de doctrine et le juriste agissant en tant que scientifique du droit. Le scientifique du droit ne doit pas se transformer en acteur politique. Il ne doit pas livrer une interprétation politique des normes. Jacques Chevallier, dans un récent article, a bien montré l'ambiguïté de cette distinction : « d'une part, parce que dans la pratique de la recherche et de l'enseignement, les deux sont indissociables : ni sur le plan épistémologique, ni au niveau didactique, la distinction n'est opérée (...) d'autre part, et plus fondamentalement, parce que les termes de 'doctrine juridique' et de 'science juridique' recouvrent des significations diverses qui font qu'on passe tout naturellement de l'une à l'autre sans qu'il y ait véritablement rupture ou saut qualitatif »⁶⁷. En effet, « les juristes ne résistent pas toujours à la tentation de passer subrepticement de la science du droit à la doctrine. Dans la mesure où les concepts juridiques ne sont pas univoques, où les textes ne peuvent prévoir toutes les hypothèses de la vie sociale et ne sont pas cohérents entre eux, il est inévitable que les opérations de définition, de classification, de systématisation, entraînent des prises de parti et que l'auteur soit amené à indiquer des préférences et argumenter en ce sens. La doctrine a ainsi pour particularité de passer sans cesse d'un discours *de lege lata* à un discours *de lege ferenda* et d'abolir ainsi la distinction positiviste entre droit et science du droit »⁶⁸. La doctrine juridique est donc toujours – consciemment ou inconsciemment – une doctrine militante⁶⁹.

B- LE REJET DE L'ARGUMENT TRANSCENDANTAL

La théorie kelsénienne, souvent considérée comme étant coupée de toute réalité, est également remise en cause sur la question de son fondement. La principale critique que rencontre la théorie pure de Kelsen porte ainsi sur sa justification ultime : la norme fondamentale. Nous avons vu au préalable que cette norme suprême clôture l'édifice

⁶⁶ *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 188.

⁶⁷ Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Revue Droit et Société*, n° 50-2002, p. 104.

⁶⁸ Danièle LOCHAK, « Écrire, se taire... Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy », in *Le Genre Humain*, n° 30-31, « Le droit antisémite de Vichy », Mai 1996, Actes du colloque international « L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous le régime de Vichy », Dijon, 19 et 20 décembre 1994, Editions du Seuil, 1996, pp. 433-462.

⁶⁹ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Léviathan, PUF, Paris, 1994, p. 21.

juridique. La controverse va porter justement sur le statut évolutif de cette norme (2) qui reste toujours indémontrable (1).

1- Une règle transcendantale indémontrable

L'argument transcendantal de la norme fondamentale paraît le plus difficile à admettre dans la théorie kelsénienne. En effet, la conception de la science du droit dépend chez Kelsen d'une norme première présupposée, qui s'impose inconsciemment. Cette norme non positive vient fonder la validité des normes positives du système juridique.

C'est cette difficulté logique qui permet, par exemple, à Paul Amserek de qualifier de tautologique l'édifice normatif kelsénien⁷⁰. Cela revient à dire : on suppose que les normes sont valides parce qu'on leur obéit et on leur obéit parce qu'on les suppose valides. Comme le souligne Jean-François Niort, « le théoricien juridique est réduit en toute logique à ne considérer objectivement les normes d'un système comme obligatoires qu'à la condition de supposer qu'on doit obéir au droit »⁷¹. Le raisonnement de Kelsen serait limité à ceci : on doit obéir au droit parce que c'est du droit. L'entreprise de Kelsen consiste à déterminer les conditions de possibilité d'une science du droit ; la norme fondamentale est donc supposée comme condition de possibilité de la connaissance objective du droit, et non posée ce qui la rendrait évidemment tautologique. Les critiques opposées à Kelsen voient toujours une difficulté d'ordre logique dans le raisonnement kelsénien. Pourtant, du point de vue réflexif, la norme fondamentale en tant que simple supposition apparaît comme nécessaire pour parachever la théorie du maître autrichien. La norme fondamentale est liée au système juridique. Toute l'ambiguïté relève de son statut d'hypothèse, de présupposition. Elle ne doit contredire aucune vérité établie. En élaborant un véritable système de normes, la question finale est le problème de la validité de la dernière norme positive ou de la Constitution historiquement première. La hiérarchie des normes est un exposé rigoureux et systématique, qui réclame, à terme, une hypothèse originelle. L'hypothèse est soumise au seul contrôle dynamique des relations normatives, c'est-à-dire qu'elle va porter sur un ensemble considérable de relations, sur des concepts généraux entraînant certaines conséquences grâce à l'imputation. L'hypothèse est donc la seule issue scientifique possible. Puisque cette norme finale n'est pas le résultat d'un acte de volonté, elle ne peut qu'être pensée. Dans ce cadre, seule l'hypothèse permet de clôturer le droit par le droit. Cette *Grundnorm* repose sur la nécessité d'expliquer l'origine de la validité des normes juridiques. Cette justification de la validité des normes ne peut se réaliser qu'au travers d'une autre norme, Kelsen refusant encore une fois toute référence au fait, à l'être. Selon sa distinction entre le *Sein* et le *Sollen*, Kelsen ne peut justifier la validité de l'ordre juridique (l'ordre juridique étant un *Sollen*) par un élément de pur fait relevant du *Sein*. La fondation ultime de l'ordre juridique ne peut résider dans une justification de fait. Par déduction, Kelsen n'a pu trouver une solution qu'au travers d'une norme supposée, validant l'ensemble de la pyramide juridique.

Cette Constitution hypothétique est l'emblème des difficultés du positivisme à démontrer l'origine du droit. Cette justification est très décriée dans la pensée juridique française et nombre d'auteurs influencés par Kelsen ont recherché ailleurs le fondement du droit. Comme l'a précisé Marcel Waline, « ce que nous reprochent surtout nos critiques, c'est de ne pas établir la valeur juridique de la norme fondamentale »⁷². Différentes théories ont

⁷⁰ Paul AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, pp. 5-19.

⁷¹ Jean-François NIORT, « Formes et limites du positivisme juridique », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1993-1, p. 179.

⁷² Marcel WALINE, « Défense du positivisme juridique », *APD*, 1939, p. 89.

cherché ailleurs un fondement pour le droit, en se référant par exemple aux conditions politiques dans lesquelles s'élabore une Constitution, ou encore à la force, à la réalité, au pouvoir constituant, qui sont tous des éléments de pur fait à l'origine. Le juriste doit se prononcer sur cette norme fondamentale – ou plus largement sur le fondement du droit - sinon sa tâche scientifique serait incomplète, voire désuète. Il ne peut négliger cette question. A cet égard, le positivisme de Raymond Carré de Malberg peut présenter une carence en estimant « vain de rechercher le fondement ou la genèse juridique de l'Etat »⁷³ car la naissance de l'Etat n'est qu'un pur fait insusceptible de qualification juridique. L'Etat est un fait source du droit, mais il n'explique pas la naissance du droit par ce fait. Georges Burdeau, dans sa thèse, élimine également la question « de la confection primitive des constitutions »⁷⁴, avant de tenter une réponse ultérieurement avec l'idée de droit. La question du fondement du droit peut donc paraître à bien des égards insoluble. Et, la norme fondamentale kelsénienne n'échappe pas à ce constat car elle est invérifiable par l'observation ou par l'expérimentation, étant donné qu'elle est seulement pensée. De surcroît, en tant que fiction, elle peut être présumée fautive. Il s'agit d'une règle transcendantale indémontrable, souvent considérée comme une réminiscence du droit naturel, c'est-à-dire une justification aux airs jusnaturalistes. Cette norme hypothétique fondamentale est présentée comme un « défaut de solidité »⁷⁵ de la pyramide kelsénienne et « d'instinct, les auteurs qui étudient M. Kelsen se cabrent devant une telle construction »⁷⁶.

La norme fondamentale, en tant qu'hypothèse logique transcendantale, est supposée spontanément par les juristes, mais elle ne permet pas de savoir pourquoi les normes sont valides objectivement. En effet, la norme fondamentale a pour seul but la validité des normes juridiques composant l'ordre. Elle explique l'origine de leur validité, c'est-à-dire leur juridicité. Michel Troper estime justement que « le raisonnement de Kelsen est parfaitement admissible, mais il ne remplit pas entièrement la fonction que la théorie pure lui assigne : il permet de comprendre pourquoi les juristes tiennent les normes pour valides, mais non pas pourquoi elles le sont réellement ou objectivement »⁷⁷. Cette supposition n'engendre pas en elle-même la connaissance. Le juriste ne peut pas connaître la norme fondamentale mais seulement l'admettre. La norme fondamentale agit comme élément de compréhension théorique mais non comme explication du droit. Effectivement, cette norme est considérée comme fondamentale car rien ne lui est supérieur. Elle est fondement mais, en même temps, elle emporte une rupture de rationalité au sein même de l'ordre juridique en tant qu'hypothèse ou fiction car elle ne peut être elle-même fondée. Maurice Hauriou considère cette norme comme une « matière juridique sans forme » qui pourrait devenir « un programme législatif et serait tôt transformée en une constitution positive où l'on verrait énumérés les cas d'inconstitutionnalité, les cas d'illégalité, ceux d'excès de pouvoir, etc., c'est-à-dire où l'on s'efforceraient de formuler l'inexprimable »⁷⁸. Cette norme fondamentale impliquant force validifiante est-elle incontournable ou n'est-elle que la persistance anachronique d'un certain idéalisme ? A cette question, Kelsen répond : « La 'Théorie pure du droit' (...) donne une réponse non pas catégorique, c'est-à-dire inconditionnelle, mais seulement hypothétique,

⁷³ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, réimpr. CNRS? Paris, 1962, p. 490.

⁷⁴ Georges BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, Thèse, Faculté de Droit de Paris, Comptour imprimeur, Mâcon, 1930, p. 8.

⁷⁵ Jacques PREVAULT, « La doctrine juridique de Kelsen », op. cit., p. 31.

⁷⁶ René CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Librairie Dalloz, Paris, 1928, p. 162.

⁷⁷ Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, n° 4-2000, p. 58.

⁷⁸ Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. X.

c'est-à-dire conditionnelle. Elle dit : si l'on considère le droit positif comme valable, on suppose qu'on doit se comporter comme le prescrit la Constitution primitive, conformément à laquelle l'ordre juridique positif a été créé. C'est cette hypothèse que la 'théorie pure du droit' qualifie de norme fondamentale. C'est une proposition normative (*Soll-Satz*), mais non une norme juridique (*Rechts-Norm*) positive, ni une proposition juridique (*Rechts-Satz*) servant à décrire une norme juridique positive. Par cette proposition on exprime la condition logique transcendantale nécessaire pour qu'un ordre de contrainte créé par la législation ou la coutume et efficace d'une manière générale soit considéré comme valable, objectivement valable. Avec la norme fondamentale, la 'théorie pure du droit' détermine uniquement le fondement de validité, et non le contenu du droit positif »⁷⁹. La norme suprême est dégagée, par conséquent, seulement en raison de sa nécessité pour clôturer le système juridique. Elle acquiert donc toute son importance sur le plan méthodologique en permettant une interprétation intelligible du système normatif.

Le propre de la théorie kelsénienne est de séparer rigoureusement la science du droit des autres sciences et de rejeter fermement le droit naturel. Kelsen a bâti sa doctrine sur une réfutation pleine et entière du droit naturel. Seulement, le fait d'attribuer un fondement supposé ou fictif à la validité normative a parfois été analysé comme une immixtion du droit naturel dans la théorie kelsénienne. Ces critiques visent à dire que Kelsen serait au fond jusnaturaliste malgré lui en fournissant au droit un fondement métathéorique, moral. Accuser Kelsen d'être jusnaturaliste avec le présupposé épistémologique de la norme fondamentale est une grande tentation. Cependant, cette hypothèse transcendantale ne doit être envisagée que d'un point de vue méthodologique. Ce n'est pas le contenu du droit qui est « justifié » par la *Grundnorm* mais seulement sa qualité de droit positif juridiquement valable, obligatoire. La norme fondamentale est, comme le dit Kelsen lui-même, une norme supposée nécessaire. Mais cette nécessité apparaît seulement au niveau méthodologique. « La 'norme fondamentale hypothétique' n'est pas logiquement nécessaire à l'existence d'ordres juridiques effectivement appliqués, tels que nous pouvons les observer, mais seulement à la méthode de description de ces ordres juridiques que représente la théorie pure du droit. Que celle-ci soit obligée de recourir à de tels procédés démontre seulement sa fragilité »⁸⁰. Denys de Béchillon considérera ainsi que la norme fondamentale n'est qu'une règle de procédure, un simple mécanisme intellectuel pour établir la juridicité des normes. « La norme hypothétique fondamentale ne ressortit pas à une morale ou à une éthique ; c'est une règle de compétence »⁸¹. Cette règle de compétence ne fait donc qu'habiliter le premier constituant, « elle ne contient rien d'autre qu'un fait créateur de normes »⁸². La norme fondamentale est une « norme axiomatique » considérée comme « la condition nécessaire et suffisante pour la production de normes »⁸³.

Malgré tout, Kelsen reste souvent accusé d'idéalisme en ayant recours à des « procédés métaphysiques de raisonnement »⁸⁴ pour justifier l'ordre juridique. Paul Amselek considère d'ailleurs cette norme fondamentale comme une norme éthique car Kelsen fonde la validité de cette *Grundnorm* sur son contenu, « ce qui est significatif du caractère moral,

⁷⁹ Hans KELSEN, « Justice et droit naturel », op. cit., p. 121 et ss.

⁸⁰ Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, Paris, 1998, p. XV.

⁸¹ Denys de BECHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 236.

⁸² Ibid, p. 236.

⁸³ Otto PFERSMANN, « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », in *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, (sous la direction de Jean-François KERVEGAN), ENS éditions, Lyon, 2002, p. 57.

⁸⁴ Paul AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. II, LGDJ, Paris, 1964, p. 354.

idéologique de cette norme »⁸⁵. Effectivement, la seule précision que Kelsen a apportée en ce domaine vise le contenu de la norme fondamentale, laquelle prescrit de se comporter conformément à la Constitution. Son rôle se limite à habiliter l'organe suprême et à considérer la Constitution comme une norme valide. « Par là Kelsen démontre, de façon évidente, l'absurdité du postulat positiviste, l'impossibilité de donner et de conserver un caractère sérieusement méthodologique à un principe qui garde essentiellement, dans l'esprit de la théorie juridique une résonance éthique »⁸⁶. Amselek accuse ainsi Kelsen de rester prisonnier du mode de pensée jusnaturaliste.

La part de droit naturel serait-elle donc irréductible au sens où l'entendait François Gény ? Gény prônait l'existence objective d'un droit naturel dont la raison dégage l'ensemble des règles juridiques. La norme fondamentale kelsénienne est-elle symbole de ce droit naturel irréductible ? Cette norme suprême est souvent perçue comme le constat d'échec du positiviste pour justifier son système. L'aveu de la nature fictive de la norme fondamentale dans les derniers écrits kelséniens caractérise l'exemple le plus probant de l'inadéquation de cette norme suprême avec la réalité.

Le présupposé épistémologique à la base de la théorie kelsénienne ne confère pas à la hiérarchie normative un fondement idéaliste considérant qu'il ne s'agit que d'une hypothèse méthodologique. Cependant, elle illustre parfaitement la difficulté du fondement de validité. Les juristes français ont tenté d'apporter des réponses différentes à ce fondement, souvent en réaction à la pensée kelsénienne, mais cette question reste incontestablement le point le plus difficile à justifier sur un plan théorique.

2- Les difficultés liées à l'utilisation d'une fiction de la connaissance

Sous l'influence de Vaihinger, nous avons précisé que la norme fondamentale kelsénienne passe du statut d'hypothèse à celui de fiction. Ce renversement effectué par le « dernier » Kelsen est malheureux pour la théorie pure du droit. La fiction est une pure création de l'imagination, une invention qui peut être fautive. Appliquée au droit, la norme fondamentale fictive indique qu'il faut se comporter comme la Constitution historiquement première le prescrit. Nous avons vu précédemment que la fiction est en contradiction avec la réalité mais aussi avec elle-même. Avec la réalité, en effet, car la norme fondamentale fictive ne peut pas être vérifiée dans les faits. Historiquement, rien ne peut prouver une telle norme, norme qui n'est pas de surcroît issue d'un acte de volonté réel. Avec elle-même, ensuite, car elle nécessite une autorité supérieure à l'autorité constitutionnelle, une autorité supérieure autorisant le constituant, sachant que cette autorité permanente ne peut pas être Dieu ou la nature.

Dans ses derniers écrits et notamment dans la *Théorie générale des normes*, recueil posthume, Kelsen « renie » en quelque sorte sa théorie antérieure de la norme fondamentale et remet en cause l'ensemble de son système. Il dit avoir utilisé le terme « hypothèse » accidentellement (*gelegentlich*)⁸⁷. Cependant, cet « accident » semblait pourtant plus propice à établir la pureté du droit qu'une fiction, qu'une norme imaginaire. Kelsen réalise ici un véritable revirement de sa pensée. Après avoir construit les concepts d'une science du droit, il opère avec l'intégration de la fiction une réelle « déconstruction » de sa théorie, pour ne pas dire une « démolition ». En effet, cette norme fondamentale fictive entraîne incontestablement

⁸⁵ Ibid, p. 355.

⁸⁶ Ibid, p. 355.

⁸⁷ Hans KELSEN, « Die Funktion der Verfassung », *WRS*, II, p. 1978.

une rupture épistémologique. La norme fondamentale institue un *Sollen*, un devoir-être impliquant le respect de la Constitution historiquement première, le respect de l'ensemble des normes de l'ordre juridique. Si cette norme finale est seulement fictive, son devoir-être est simplement imaginé. La positivité du système peut alors être remise en cause. La théorie kelsénienne de la connaissance du droit s'arrête avec la fiction, celle-ci ne peut fonder et produire le droit positif. Cela revient à fonder le droit par le biais de l'imaginaire, solution peu scientifique en soi. « Si cette norme, de l'aveu sincère de Kelsen, n'est susceptible d'aucune vérification scientifique alors il paraît complètement légitime d'affirmer qu'il est épistémologiquement impossible que la science juridique trouve le fondement du droit dans la prétendue norme fondamentale de la Théorie pure du droit. Cette idée risque alors de dégrader à un article de foi métaphysique »⁸⁸.

La théorie pure s'écroule dès l'instant où c'est une fiction qui devient la pierre angulaire de la théorie. Souvent, la fiction apparaît comme la légitimation du faux, passant de la recherche de la vérité à une erreur manifeste et délibérée. La fiction peut être considérée comme un artifice, et l'utilisation des termes « comme si » au sens de Vaihinger veut attribuer une impossible vérité. Il faut donc faire comme si la norme fondamentale existait. Cette fiction met, à la base de la démarche du juriste, une affirmation dont on sait pertinemment qu'elle n'est pas conforme à la réalité. Ainsi, en admettant que la norme fondamentale est une fiction, il apparaît que la question de la validité de l'ordre juridique n'est pas résolue. Cette fiction n'est rien d'autre que la signification de l'absence de réponse à cette question. Chacun peut alors donner sa propre réponse de façon arbitraire⁸⁹. La fiction est l'aveu d'un manque. On recourt à l'imagination parce que tout n'est pas. L'homme invente parce qu'il éprouve l'absence de quelque chose comme un manque qu'il peut combler à l'aide du postulat de la fiction, un théorème indémontrable qu'on demande d'accepter.

La formation d'une science pure du droit reste donc une tâche difficile. Rares sont les auteurs avant Kelsen qui ont tenté cette entreprise. La théorie pure de Kelsen est le système le plus abouti en ce domaine. Mais elle reste l'objet de nombreuses controverses. Kelsen a poussé le postulat de la pureté dans ses extrêmes limites avec la norme fondamentale. Cette norme fondamentale, pourtant nécessaire, a été rejetée par l'ensemble de la doctrine car elle dévoile les limites inhérentes à une construction pure du droit. L'idéal d'une connaissance pure du droit conduit ainsi à une science coupée de la réalité et ne rendant pas compte du phénomène juridique dans son intégralité.

⁸⁸ Constantin M. STAMMATIS, « La systématisme du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *APD*, tome 31, 1986, p. 49.

⁸⁹ Fritz SCHREIER, « Rechtsnorm und Rechtssatz », *Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts*, n° 7, 1982, p. 201.