

Hiérarchie des normes et dynamique du droit :

Hans Kelsen tel qu'en lui-même¹

On dit souvent, de Hans Kelsen (Prague, 1881- Berkeley, 1973), qu'il est « le plus grand juriste du xx^e siècle ». Mais pour certains, il pourrait tout de même bien être le pire. Mais il est le plus grand ou le pire pour la même raison, au fond : parce qu'il est le plus important – ou, à tout le moins et certainement, l'un des plus importants – représentant du « positivisme juridique » au xx^e siècle. Soit l'on tient le positivisme pour la seule attitude scientifique et rationnelle en général et, à tout le moins, dans le traitement des questions du droit, et Kelsen est « le plus grand » (l'un des plus grands) ; soit l'on voit dans le positivisme la source des faiblesses et des malheurs des juristes face aux systèmes qui, au xx^e siècle, ont maquillé l'injustice sous les oripeaux de ce que les juristes « positivistes » crurent devoir encore appeler « droit » et Kelsen est alors le pire (l'un des pires).

Ici on souhaite ne prendre ni le parti de l'apologie béate, ni celui du rejet brutal. Il s'agit de reconnaître, au contraire, que, probablement, l'on ne peut penser contre Kelsen si l'on n'a pas fait l'effort de penser suffisamment avec lui. Il s'agit donc de reconnaître à Kelsen sa grandeur, sans pour autant l'ériger en une sorte de statue du commandeur des croyants, et de le faire ainsi sortir des sectes dans lesquelles des fidèles bien intentionnés ont cru pouvoir ou devoir l'enfermer.

La dynamique juridique, clé du normativisme kelsénien

La grandeur de Kelsen tient avant tout en ceci que le juriste autrichien a *dénié* notre regard sur le droit positif en exigeant de penser jusqu'en ses ultimes présupposés ce que cela veut dire une science (positive) du droit (positif). On le voit

¹ Pour approfondir : Olivier Jouanjan (sous dir.), *Hans Kelsen, forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010.

dès le premier grand livre, les *Hauptprobleme der Staatsrechtswissenschaft* de 1911 – c'est sa thèse d'habilitation -, par lequel Kelsen intervient avec éclat sur la scène des juristes. Il s'y agit en effet d'un examen critique, très critique de l'ensemble de la doctrine « classique » du droit public germanophone, disons allemand et autrichien. Et chacun en prend pour son grade. Même, surtout les auteurs qui se réclame du « positivisme » – mais ce singulier est très problématique tant il existe déjà alors des positivismes juridiques – qui est alors encore très dominant.

Mais il est vrai qu'il y a déjà de l'agitation dans la littérature juridique dont toute une frange conteste le modèle précisément trop naïf d'une loi commandant elle-même son « application » et sujette seulement à un acte éventuellement nécessaire d'interprétation, cette interprétation étant conçue comme un acte de connaissance et susceptible, donc, de vrai et de faux. Que l'application soit un acte purement logique de subsumption du cas sous la règle – connue le cas échéant par interprétation – c'est ce qui fait l'objet de la contestation vers 1900, de ce grand bouillonnement d'où sortira, pour le droit public, la grande « querelle des méthodes et des orientations » (*Methoden- und Richtungsstreit*) qui a tourmenté la doctrine juridique de la République de Weimar et à laquelle participera un Hans Kelsen objet de la plupart des attaques anti-positivistes. De ce bouillonnement doctrinal à la fin de l'Empire, on peut ici se borner à donner un seul témoignage – mais tellement significatif par rapport à Kelsen – celui qu'offre l'ouvrage qui paraît à peine un an après l'habilitation du juriste viennois, rédigé par celui qui était appelé à devenir son plus féroce adversaire, Carl Schmitt².

La formule décisive de l'ouvrage du jeune Schmitt tient en ceci : « Ce par quoi la décision [juridique] se légitime ne la *précède pas* (...), mais doit encore être produit³. » Les enjeux de légitimité débordent, de tous côtés, les conditions de la légalité et la « décision » ne se conçoit pas sous le sceau de l'application des normes puisque celles-ci contiennent, sauf cas très exceptionnel, un « moment d'indifférence substantielle »⁴ : dans le cas ordinaire, le contenu de la norme ne saurait déterminer le contenu de la décision.

² *Gesetz und Urteil*, 1912, rééd. Munich, C.H. Beck, 2009.

³ *Ibid.*, pp. 97 et s.

⁴ Voir l'analyse de Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 4^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 25 et s. et, en français, la synthèse de

La légalité est insuffisante à légitimer la décision et donc à garantir la « domination légale-rationnelle ». Mais c'est aussi un point essentiel de la doctrine du jeune Kelsen, celui de 1911, qui est battu en brèche par la position du jeune Schmitt : la possibilité de penser l'État, comme agencement d'organes, à travers l'identification de l'activité de l'organe comme « réalisation de la volonté étatique exprimée dans la règle de droit »⁵. Si la règle de droit n'est pas capable de maîtriser l'activité de l'organe d'État, parce qu'elle comporte, en règle générale, ce moment d'indifférence normative qu'identifie Schmitt, alors c'est la condition même d'une représentation du droit comme *système* et de l'État, comme n'étant pas autre chose qu'un ordre juridique (relativement centralisé) qui s'anéantit.

Le jeune Kelsen ne peut éviter le problème, mais ne peut encore le résoudre. Bien sûr, il annonce déjà une « manière purement formelle de considérer les normes juridiques »⁶ et n'ignore pas le reproche de « formalisme » qu'on ne manquera pas de lui faire, à une époque, qui plus est, « matérialiste »⁷. Aussi formaliste que puisse se revendiquer le jeune Kelsen, il lui manque encore un élément théorique majeur lui permettant se sortir de l'aporie : si je ne peux comprendre la décision d'un organe de l'État (le juge, par excellence) que comme la réalisation d'une volonté étatique, alors il ne peut s'agir que de la réalisation d'un *contenu* de volonté, donc de la *substance* même de la norme. La décision, c'est-à-dire la norme inférieure, ne s'inscrit, ne s'insère dans l'ordre juridique qu'en tant que réalisation d'un contenu de volonté que contient, en elle, la norme supérieure.

Le postulat normativiste, qui pose qu'une norme ne peut être dérivée que d'une autre norme (séparation de l'être et du devoir-être) ne parvient pas encore, aussi formel qu'il se pense, à éviter le moment substantiel, matériel du contenu de la norme supérieure auquel doit être *conforme* la norme inférieure. Il en résulte une vision *statique* de l'ordre juridique qui ne peut éviter d'être en même temps *matérielle* : la hiérarchie des normes d'un ordre juridique comme un système de normes *substantiellement* emboîtées les unes dans les autres. Le « formalisme » ne

l'ouvrage de 1912 que donne Olivier Beaud, Carl Schmitt ou le juriste engagé, préface à Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 27 et s.

⁵ Kelsen, *Hauptprobleme*, HKW II/2, pp. 607 et s.

⁶ *Hauptprobleme*, préface, HKW II/1, p. 57.

⁷ *Ibid.*, p. 58.

parvient pas à être *intégral* : il s'accroche sur et, donc, accroche à ce *contenu* de volonté que porte en lui l'acte juridique, son moment *matériel*⁸.

Il manque encore à Kelsen, alors, cette représentation *dynamique* de l'ordre juridique qui donne toute sa cohérence à ce qui s'appellera, quelques années plus tard, la « théorie pure du droit ». C'est son disciple, Adolf Merkl, qui apportera à la théorie kelsénienne, à partir de 1917, cette nécessaire perspective dynamique à travers la très célèbre « théorie de la formation du droit par degrés », pour reprendre la traduction française consacrée de *Stufenbaulehre*⁹. En mettant l'accent sur la *formation* du droit, donc la dynamique interne au système juridique, la *Stufenbaulehre* déplace la question de la systématique, de l'*ordre* juridique, depuis la perspective statique (une norme appartient à un système juridique en tant que, par son contenu, elle est conforme à une norme que l'on doit considérer comme « supérieure » dans ce système – hiérarchie statique des normes) jusqu'à la perspective dynamique (une norme appartient à un système juridique parce qu'elle est produite conformément aux formes et procédures prescrites par une autre norme de ce système, qu'on appellera, par convention, « supérieure » – hiérarchie dynamique des normes). Parce que la systématique ne tient plus par ce rapport de conformité matérielle de la norme « inférieure » à l'égard de la norme « supérieure », mais par un rapport formel et procédural de *production*, le formalisme semble pouvoir devenir *intégral*. Les normes juridiques, affirme Kelsen après réception de la *Stufenbaulehre*, « ne valent pas à raison de leur contenu » ; une norme ne vaut (à

⁸ Il s'agit là d'un problème autre que celui que discute avec beaucoup d'acuité Kelsen dans les *Hauptprobleme*, à savoir l'impossibilité de dériver le concept juridique de volonté du concept psychologique de la volonté : « La volonté au sens juridique est quelque chose de tout autre que la volonté de la psychologie. » (*HKW* II/1, p. 293.)

⁹ L'article décisif est : Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz* (le double visage du droit, 1917), repris dans *WRS*, pp. 1091 et s. La *Stufenbaulehre* est ensuite développée par Merkl dans : *Das Recht im Lichte seiner Anwendung* (le droit à la lumière de son application, 1919), *WRS*, pp. 1167 et s. ; *Die Lehre von der Rechtskraft* (la doctrine de la force du droit), Leipzig, Vienne, 1923 ; *Allgemeines Verwaltungsrecht* (droit administratif général), Vienne, Berlin, 1927 ; *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues* (prolégomènes à une théorie de la formation du droit par degrés, *WRS*, pp. 1311 et s. La théorie a fait l'objet, notamment, de deux discussions françaises contemporaines : Roger Bonnard, *La théorie de la formation du droit par degrés* dans l'œuvre d'A. Merkel, *Revue du droit public* 1922, pp. 668 et s. ; Raymond Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation* (1933), rééd., Paris, Dalloz, 2007. Sur la réception française de cette théorie, voir la préface d'Éric Maulin au dernier ouvrage cité et notamment les références dispersées à l'œuvre du grand juriste français Léon Duguit. Sur Merkl, voir surtout : Wolf-Dietrich Grussmann, *Adolf Julius Merkl, Leben und Werk* et Robert Walter (dir.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, tous deux dans la *Schriftenreihe des Hans-Kelsens-Instituts*, Vienne, Manz, resp. tome 13, 1989 et tome 14, 1990. Les œuvres complètes d'Adolf Merkl viennent d'être éditées : *Gesammelte Schriften*, 3 tomes, 6 vol., Berlin, Duncker & Humblot, 2009.

titre de norme de droit) que parce qu'elle « a été adoptée d'une manière précise, produite conformément à une règle très précise, posée conformément à une méthode spécifique »¹⁰. Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* de 1960, la partie intitulée « *Rechtsdynamik* » (dynamique juridique) est absolument décisive et c'est en elle qu'est exposée la théorie de la « norme fondamentale » (*Grundnorm*)¹¹, une théorie qui n'est pas encore dans les *Hauptprobleme* de 1911 : la conception dynamique de l'ordre juridique fut la condition de possibilité de formulation de la théorie centrale de la norme fondamentale¹².

La norme, signification objective d'un acte de volonté

Le « normativisme » repose comme l'on sait sur une stricte séparation logique entre l'être (*Sein*) et le devoir-être (*Sollen*)¹³. Cette distinction « est donnée à notre conscience de façon immédiate » : « Personne ne peut nier que de ce que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu'inversement de ce que quelque chose doit être, il ne peut pas suivre que quelque chose est¹⁴. » La norme prise en elle-même n'est pas dans l'ordre du fait, elle n'a pas d'existence au sens où l'on dit que *quelque chose* existe. Elle n'a d'existence que par métaphore et l'on appelle cette « existence spécifique (*spezifische*

¹⁰ Kelsen, *RRL* 1, pp. 74 et s. (*TPD* 1, p. 114, trad. modifiée).

¹¹ Kelsen, *RRL* 2, pp. 196 et s. (*TPD* 2, pp. 193 et s.)

¹² *Ibid.*, resp. pp. 204 et s., pp. 201 et s. Dans la première éd., la théorie de la *Grundnorm* est incluse dans un chapitre intitulé « L'ordre juridique et sa formation par degrés » (éd. all. précit., pp. 77 et s., trad fr. modifiée, pp. 116 et s.)

¹³ Pour ce qui suit, on se reportera essentiellement à : Kelsen, *RRL* 2, pp. 3 et s. (trad fr. cit., pp. 12 et s.).

¹⁴ Le dernier Kelsen, celui de la *Théorie générale des normes*, ouvrage inachevé et publié de façon posthume en 1979, précise qu'« être » et « devoir-être », qu'il met lui-même entre guillemets, sont « deux concepts purement formels » (trad. fr. par Olivier Beaud et Fabrice Malkani, PUF, 1996, p. 71) : la distinction est donc logique, ni ontologique, ni simplement linguistique (un énoncé de *Sein* peut être formulé à l'impératif quand un énoncé de *Sollen* peut prendre la forme linguistique de l'indicatif). La distinction signifie donc qu'aucune relation logique ne peut être établie entre une proposition d'être et une proposition de devoir-être. Le *contenu* (le « substrat indifférent au mode ») d'une proposition d'être (par ex. : « payer sa dette ») peut bien se trouver dans une proposition d'être (« A paye sa dette ») et dans une proposition de devoir-être (« A doit payer sa dette ») : les deux propositions ne se distinguent pas par cela qu'elle vise (payer sa dette) mais par leur « mode » (*ibid.*, p. 264). Dans le « mode » spécifique du devoir-être, un énoncé n'est pas susceptible de vrai ou de faux, d'où l'impossibilité admise par le dernier Kelsen d'appliquer les principes de la logique traditionnelle (principe de non-contradiction, principe d'inférence) aux énoncés normatifs (*ibid.*, pp. 285 et s.). Cette inapplicabilité – il faut le souligner – vaut pour les normes elles-mêmes, mais non pour les propositions de la science du droit puisque celles-ci sont descriptives : elles décrivent des normes, un système de normes (*ibid.*, p. 259).

Existenz) » la « validité » (*Geltung*). Une norme n'existe pas comme fait, mais elle est (ou n'est pas) « valide » dans un système normatif (juridique ou moral) donné. L'acte de volonté qui la pose existe bien, quant à lui, dans le monde réel. Mais la norme s'en distingue. Elle est la *signification* de cet acte de volonté.

Toutefois – et ce point est crucial dans l'exposé kelsénien du concept de norme – pour que la signification d'un acte de volonté ayant pour objet de fixer ce que doit être la conduite d'autrui (proposition de devoir-être) puisse être qualifiée « norme », il faut que cette signification soit « objective » : le point de vue de l'auteur de l'acte quant à sa signification (signification « subjective ») ne permet pas de déterminer une norme ; la signification de l'acte de volonté qui pose un devoir-être (telle conduite doit être) ne peut être dite une norme, que si et seulement si elle est partagée « du point de vue des tiers désintéressés », ce que Kelsen entend par « signification objective ». Il faut bien voir que l'objectivité de la signification de l'acte de volonté qui pose un *Sollen* permet à la fois d'affirmer que l'acte a la signification d'une norme et que cette norme « existe » selon le mode spécifique d'existence des normes, qu'elle est « valide ».

Qu'est-ce qui peut objectiver la signification de l'acte de volonté ? C'est ici que le principe de séparation du *Sein* et du *Sollen* déploie toute sa force. Le *fait* que l'auteur de l'acte veuille donner à cet acte la signification d'une norme ne peut donner à cet acte la signification d'une norme. Dire que « le point de vue des tiers désintéressés » est seul pertinent pour caractériser, dans un acte de volonté, une norme, ce n'est pas dire que ce qui donnerait à cet acte de volonté sa signification de norme serait la *reconnaissance* par ces tiers de la qualité de norme qu'il faudrait alors attribuer à la signification de l'acte. Le dualisme entre être et devoir-être condamne la doctrine classique qui voit dans la reconnaissance par la communauté le « fondement de validité » (*Geltungsgrund*) des normes de la communauté : un tel fondement serait un fait, un fait psycho-sociologique dont on ne peut tirer aucune norme. Seule une norme peut donner à une autre norme son fondement de validité, c'est-à-dire objectiver la signification d'un acte de volonté posant un devoir-être. Tel est le principe fondamental du « normativisme ».

Cette déconnexion de la norme par rapport à l'acte de volonté qui la pose est capitale en tant qu'elle permet seule de résoudre l'aporie qui résulte dans le rabattement de la norme sur la volonté auquel procède dans sa grande majorité la

doctrine juridique classique, notamment dans les pays germanophones. Si la volonté *faisait* la norme, comment expliquer que celle-ci subsiste (continue d'être valide) alors même que la volonté qui la pose a cessé de la vouloir ? Dois-je dire que ce sont les deux volontés (libres et éclairées) qui s'accordent qui *font* le contrat, au sens où elles lui donneraient sa *validité* ? Mais alors, pourquoi le contrat ne se défait-il pas dès que l'une des volontés a cessé de s'accorder à l'autre ?

Il est en vérité impossible de poser à la base du droit (de la loi, du règlement, du contrat etc.) une *autonomie de la volonté* (du « souverain », de l'organe d'État, de la personne privée) au sens où, se donnant à elle-même sa propre norme, la volonté serait le fondement de la validité de l'acte et de la norme qu'il porte. Si le contrat lie les parties, s'il est valide et donc obligatoire, la raison ne se trouve pas dans l'autonomie de leur volonté, mais dans la norme qui donne à l'acte de volonté qui remplit les conditions qu'elle pose un caractère obligatoire et constitue donc son fondement de validité : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » dit avec une précision remarquable l'article 1134 du Code civil français, quand bien même on s'est acharné à y voir partout le règne de l' « autonomie de la volonté ».

Ainsi donc, la « formalisme normativiste » fournit une arme redoutable et d'une simplicité confondante pour abattre le dogme de l'autonomie de la volonté quand, depuis le début du XX^e siècle, il est attaqué de toutes part mais avec des épées émoussées ou des fleurets mouchetés (psychologisme, sociologisme, doctrine de l'intérêt juridique etc.) puisqu'on y voit l'obstacle qui interdit de faire entrer la « question sociale » dans le droit : chez Kelsen le droit ne *reconnaît* aucune *autonomie* à la volonté, mais habilite des individus à produire des normes en attribuant à certains de leurs actes de volonté une signification objective, le caractère de norme que leur volonté subjective est incapable de créer *par elle-même*.

Insuffisances d'une conception statique de l'ordre juridique et la nécessité d'une conception dynamique

Toutefois, une conception statique de la hiérarchie des normes apparaît incapable d'apporter une solution à la question de savoir comment une norme peut

objectiver la signification d'un acte de volonté (en faire une autre norme). Il y a au moins deux raisons à cela.

D'abord, dans une conception statique, un acte de volonté a la signification d'une norme à raison du rapport de conformité matérielle qui doit exister entre la norme inférieure et la norme supérieure : *ce que veut* l'acte de volonté doit être tenu pour norme parce que cela est conforme à *ce que veut* une autre norme (supérieure).

Mais comment expliquer que *ce que veut* la norme inférieure ne soit pas (seulement) *ce que veut* la norme supérieure ? Car sinon elles seraient toutes deux identiques, elles seraient la même norme ce qui est absurde : un système juridique ne serait que répétition du même, ne serait pas un système¹⁵. Comment expliquer la *différence* constatable dans le système, dans tous les systèmes juridiques positifs ?

Ou bien il faut admettre que la « conformité » qu'on invoque, entre la norme inférieure et la norme supérieure n'est que partielle : mais comment expliquer que le *reste* de la norme inférieure, que ce qui déborde le contenu de la norme supérieure, *vaut aussi*, puisque, par hypothèse, il n'est pas *conforme* à la norme supérieure, conformité censée donner validité ?

Bien sûr, classiquement, la différenciation est conçue comme le résultat d'un acte d'application qui *particularise* la norme supérieure, de sorte que la situation particulière à laquelle la norme inférieure doit adapter la norme supérieure explique que la norme inférieure se distingue de la norme supérieure : son *contenu* est plus étroit, moins général. La norme inférieure est comme la *conclusio* d'un syllogisme dont la majeure est la norme supérieure et la mineure la situation particulière¹⁶. La norme inférieure serait valide parce que cette validité « peut être rapportée à une norme sous le contenu de laquelle le contenu des normes qui constituent l'ordre se laisse subsumer comme le particulier sous le général »¹⁷.

Mais c'est un fait (une situation particulière, une conduite individuelle) qu'il faut poser dans la mineure et qui médiatise donc le rapport entre la norme supérieure

¹⁵ Mais il n'est pas sûr que, parmi les représentations plus ou moins explicites de quelques juristes contemporains, on ne trouverait pas le mythe selon lequel l'ordre juridique national complet serait dans la constitution comme *in nuce*, une sorte de *préformationnisme juridique*.

¹⁶ Mais même chez Saint Thomas, à qui l'on emprunte ici le modèle de la loi humaine comme *conclusio*, il existe nécessairement aussi, dans la législation positive, de la *determinatio* qui échappe au cadre logique du syllogisme.

¹⁷ RRL 2, p. 198 et TPD 2, p. 195 (trad. modif.).

(majeure) et la norme inférieure (conclusion). Or ce fait ne peut être la condition de validité d'une norme par application du principe de stricte séparation logique entre devoir-être et être. Le fait est la condition d'application de la norme et non sa condition de validité et ne peut donc expliquer la validité de tout ce que la norme inférieure contient de *plus* (ce « reste » normatif) que ce que contient la norme supérieure.

Le paralogsme consiste à passer de la condition d'application à la condition de validité. Lorsque l'autorité d'application du droit dispose de ce qu'on appelle un pouvoir discrétionnaire (elle a plusieurs choix possibles lorsque les conditions d'application de la norme supérieure sont remplies), ce n'est pas la situation, le fait auquel la norme doit s'appliquer qui conditionne la validité de la norme d'application, mais la norme supérieure elle-même qui habilite, dans telle situation, l'autorité considérée à produire une norme particulière.

Ensuite, pour déterminer le rapport de conformité matérielle entre la norme (supérieure) et *ce que veut* l'acte de volonté dont il faut chercher s'il contient une norme valide, il faut déterminer la signification de la norme supérieure (son contenu) et la signification du *Sollen* candidat à la validité (de la norme inférieure potentielle). Il faut donc une *interprétation*.

Or un tel rapport de conformité ne peut *objectiver* la signification de la norme inférieure potentielle que si et seulement si l'interprétation est elle-même un acte de connaissance *objective* (cette expression étant, d'un point de vue kelsénien, redondante, l'objectivité étant contenue dans le concept de connaissance). Or, le dernier chapitre de la *Théorie pure du droit*¹⁸ est précisément consacré à montrer que l'interprétation n'est pas seulement un acte de connaissance (objective), mais toujours aussi un *acte de volonté*, c'est-à-dire un acte subjectif. De sorte qu'il faudrait admettre, pour que la conception statique puisse honorer sa promesse d'expliquer à la fois la validité et la systématisme des ordres juridiques, qu'un acte subjectif puisse objectiver la signification d'un acte subjectif, ce qui paraît inconcevable¹⁹.

¹⁸ *RRL* 2, pp. 346 et s. (*TPD* 2, pp. 335 et s.)

¹⁹ C'est bien pourquoi la théorie traditionnelle, le positivisme substantialiste, croit à l'*objectivité* des méthodes d'interprétation et présentent l'*application* du droit comme le résultat d'un processus cognitif (plus ou moins complexe) et donc *non créateur de droit* : c'est la condition pour qu'elle puisse croire pouvoir tenir. La crise évoquée plus haut, en récusant le mythe de la « connaissance » juridique et en prenant au sérieux le moment subjectif de l'application touche donc au cœur même des représentations traditionnelles du droit. Kelsen ne revient pas à l'ancienne doctrine mais cherche à

La norme supérieure n'objective donc pas (elle ne le peut pas) le contenu même de la signification de l'acte de volonté : la validité ne se transmet pas de contenu à contenu parce que c'est simplement impossible. Ce que la norme (dite) supérieure peut objectiver, c'est, en revanche, selon Kelsen, les conditions de production de l'acte de volonté. La signification de cet acte doit être tenue pour norme (est objective) parce que l'acte a été posé, produit conformément aux conditions de production voulues par la norme supérieure. Le rapport entre norme supérieure et norme inférieure n'est donc pas un rapport de reproduction (statique), mais de production (dynamique).

La centralité de la conception dynamique et la norme fondamentale

On comprend à partir de là plusieurs points essentiels de la théorie pure du droit, si, comme on a de bonnes raisons de le penser, cette conception dynamique est au cœur même de la théorie (en tant qu'elle est articulée conceptuellement, comme on l'a vu, à la notion kelsénienne de la norme).

D'abord la dynamique juridique paraît à Kelsen la seule voie possible pour penser la systématicité du droit puisque comme on l'a dit, une vision (purement et exclusivement) statique est incapable de rendre compte et d'expliquer la différenciation dans l'ordonnement juridique, les notions de conformité et d'application étant insuffisants (ou insuffisamment réfléchis et problématisés). Le système du droit ne peut se concevoir que comme système de production du droit : il faut alors comprendre que le droit est un système qui norme lui-même la production de ses normes, système d' « autoproduction » (*Selbsterzeugung*)²⁰.

Dès lors, on comprend aussi qu'il n'y a de norme juridique que dans un système, que la systématicité n'est pas un attribut accidentel du droit, même si l'on ne peut dire qu'elle lui soit une qualité *essentielle* (inhérente à l'objet), mais elle est la forme nécessaire à travers laquelle une science du droit doit se représenter son objet : c'est l'une des significations que l'on peut donner à la notion de norme fondamentale. Il est évident que si l'on prend la séparation logique de l'être et du

surmonter, dépasser tout « subjectivisme » en repensant les conditions de possibilité d'une *science* (objective) du droit sans méconnaître le jeu subjectif qui anime son objet, le système juridique.

²⁰ *RRL* 2, p. 283 ; *TPD* 2, p. 275 (trad. modif.).

devoir-être pour axiome (évident par lui-même) et qu'une norme N_1 ne peut avoir pour fondement de validité qu'une autre norme N_2 qui prescrit les conditions de sa production, N_2 doit elle aussi trouver le fondement de sa validité dans une norme N_3 et que l'on est ainsi confronté à une régression à l'infini.

On ne saurait se contenter de dire que la constitution de l'État serait la norme première, car il faut encore déterminer le fondement de la validité de la constitution même, c'est-à-dire la norme qui confère à l'acte de volonté du constituant la signification objective d'une norme (constitutionnelle).

On est donc amené à *présupposer* une norme ultime, fondamentale, qui n'est pas la signification d'un acte de volonté, qui n'est pas *posée* par un tel acte, mais que l'on doit supposer à titre d' « hypothèse logico-transcendantale »²¹. Parce qu'elle est une hypothèse *logique*, la norme fondamentale n'est pas le « produit de la libre imagination » de celui qui la suppose, puisqu'aussi bien il ne peut supposer que la norme fondamentale de l'ordre juridique qu'il étudie : elle est la présupposition nécessaire que *doit* faire tout aussi bien celui qui étudie les normes d'un ordre juridique (qui pratique la science du droit) et celui qui en fait usage (les organes de l'État, les avocats, les justiciables) en tant que, en faisant ce qu'ils font (étudier des normes, en faire usage), ils postulent que ces normes sont obligatoires et donc valides, c'est-à-dire qu'il existe une norme fondamentale qui confère « au sens subjectif d'un acte constituant et aux actes posés conformément à cette constitution » la signification objective de normes. Il est indispensable de concevoir cette norme fondamentale comme une présupposition *nécessaire*²² et non comme le fruit de la libre imagination des hommes : l'objectivité du système ne peut être fondée sur une norme qui serait produite par la libre subjectivité des hommes.

²¹ On se reportera à *RRL* 2, pp. 204 et s. (*TPD* 2, pp. 201 et s, trad. modif.).

²² Toutes choses égales d'ailleurs, la norme fondamentale peut être considérée comme l'analogie de l'idée de Dieu dans la philosophie kantienne : de même qu'on ne peut remonter depuis l'ordre du monde au concept de Dieu comme « être transcendant » mais qu'on doit poser un « idéal transcendantal » pour pouvoir penser l'ordre du monde (Ottfried Höffe, *Kants Kritik der reinen Vernunft*, Munich, C.H. Beck, 2003, p. 258), de même on ne peut remonter depuis l'ordre juridique à son concept substantiel premier, mais seulement postuler l'idée transcendantale (et donc, en un certain sens, « régulatrice ») de la norme fondamentale pour penser l'ordre juridique (on ne peut le penser que « comme si », *als ob*, une norme fondamentale « existait »). Pour utiliser une autre métaphore qui soulignerait le caractère dynamique de la perspective kelsénienne, la norme fondamentale est comme le « moteur immobile » qui ne pouvant elle-même être mue (« posée » dans l'ordre du droit positif) serait le fondement du mouvement (de la production des normes) avec cet amendement bien sûr décisif par rapport à la métaphysique aristotélicienne, que ce moteur immobile, ne pouvant être pensé dans la catégorie de l'être, de la substance (de l'*ousia*), ne serait pas la « source » du mouvement, mais seulement la condition de pensabilité du mouvement (de la production des normes).

L'on comprend en même temps qu'il ne peut y avoir qu'une et une seule norme fondamentale à la base d'un ordre juridique considéré.

Enfin, cette norme postulée gouverne bien un système (chaque norme du système est rattachée à la norme fondamentale par une chaîne ininterrompue de normes intermédiaires) et un système *dynamique* : la norme fondamentale ne contient rien de matériel, aucun principe substantiel du droit, seulement le commandement d'observer la constitution produite par l'acte de volonté du constituant auquel la norme fondamentale confère sa qualité de norme et l'ensemble des normes produites conformément aux prescriptions de la constitution ou conformément aux prescriptions des normes produites conformément aux prescriptions de la constitution et ainsi de suite. Elle est donc une norme qui gouverne non pas le fond du droit mais ses modes de production.

Cette perspective dynamique sur l'ordre juridique et la théorie de la validité qui lui est conceptuellement attachée permet de comprendre un phénomène que les théories statiques ne peuvent formuler. Pour ces dernières, si une norme n'est pas, par son contenu, « conforme » à une norme supérieure (au contenu de cette norme), elle n'est pas « valide ». Mais comment expliquer qu'il y ait, dans un système juridique, des normes qui bien que n'étant pas conformes au contenu de normes supérieures soient malgré tout valides (et donc obligatoires, applicables, opposables).

On doit introduire ici l'idée que formule Merkl par une expression intraduisible, celle de « *Fehlerkalkül* »²³ : un système juridique doit *compter* (*Kalkül*) sur la possibilité toujours actuelle d'*erreurs* (*Fehler*). On prendra ici l'exemple, important dans l'œuvre de Kelsen, de la « loi inconstitutionnelle ». Imaginons qu'une loi sur l'université (pure hypothèse d'école !) soit contraire, en certaines de ses dispositions, à un principe constitutionnel (norme supérieure) – ici, par exemple, le principe d'indépendance des professeurs d'université – que cette loi soit adoptée par le Parlement (organe compétent en vertu de la constitution) et promulguée dans les formes prescrites par la constitution²⁴, cette loi est valide. S'il n'existe aucun

²³ Voir sur cette notion la contribution de Matthias Jestaedt, *infra*.

²⁴ Dans le système français de justice constitutionnelle, tel qu'il était organisé par la Constitution de 1958 jusqu'au 1^{er} mars 2010, le contrôle de la constitutionnalité de la loi par l'organe compétent (Conseil constitutionnel) s'effectuait exclusivement *a priori*, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi. Si le contrôle est déclenché avant ce moment de la promulgation (par certaines autorités politiques),

mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois promulguées, cette loi est définitivement valide²⁵. Si, au contraire, il existe un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur, la loi (prétendument) « inconstitutionnelle » est valide tant qu'une décision de l'organe compétent pour en contrôler la constitutionnalité ne l'a pas déclarée inconstitutionnelle.

Généralement, l'organe compétent pour déclarer la loi inconstitutionnelle (juridiction constitutionnelle) a le « pouvoir » de l'annuler (pour l'avenir seulement ou pour le passé aussi), c'est-à-dire qu'il a le pouvoir de prendre une *norme* qui prive la norme législative considérée de sa validité et la fait *sortir de l'ordre juridique*. Ce n'est donc pas la contradiction substantielle entre la loi (norme inférieure) et le principe constitutionnel (norme supérieure) qui entraîne l'invalidité de la loi, mais seulement l'acte de la juridiction constitutionnelle, ayant objectivement la signification d'une norme : cette norme est destructrice de la loi, c'est-à-dire aussi productrice puisqu'elle modifie l'ordonnement juridique (une loi jusque-là valide devient non valide).

La perspective dynamique explique donc aussi pourquoi certaines normes peuvent être, dans un système donné, valides malgré leur non-conformité substantielle à une norme supérieure. D'ailleurs, dans l'exemple donné, rien n'assure que la norme de la juridiction constitutionnelle soit, elle, substantiellement conforme à la norme constitutionnelle : elle-même ne vaut que parce qu'elle a été produite conformément aux normes qui habilite la juridiction constitutionnelle (qui, quelle que soit sa « sagesse » réelle ou supposée, n'a pas la pureté des anges) et non parce que, sur le fond, elle serait conforme (ou *plus* conforme que la loi annulée) à la norme constitutionnelle substantielle.

les dispositions de la loi déclarées inconstitutionnelles ne peuvent entrer en vigueur et ne peuvent donc devenir « valides ». Mais si le contrôle n'est pas déclenché du seul fait que les autorités compétentes pour saisir le Conseil constitutionnel se sont abstenues (c'est le cas de la loi sur l' « autonomie » des universités, dite Loi LRU), elle est alors promulguée et entre en vigueur (est « valide » dans l'ordre juridique français). Jusqu'à l'introduction, dans la Constitution, d'un nouveau mécanisme permettant de déclencher le contrôle des lois après leur entrée en vigueur, il n'était plus possible de contester devant une autorité la conformité à la Constitution de la loi promulguée. Son inconstitutionnalité (prétendue), c'est-à-dire la contradiction entre le contenu de la loi et le contenu de la Constitution, était insusceptible de rendre cette loi non valide dans l'ordre juridique français. La loi (prétendument) « inconstitutionnelle » est donc valide malgré son inconstitutionnalité substantielle.

²⁵ On simplifie, ici, parce qu'il est possible qu'il existe, comme en France, un contrôle de la loi autre que celui de sa constitutionnalité (par ex., le contrôle de sa conformité à une convention internationale même si, au point de vue technique, ce contrôle n'affecte pas directement la validité de la loi, mais son applicabilité à des espèces considérées).

Tout ici pousse hors du champ de la science du droit la question de l'interprétation des normes substantielles : si l'interprétation est, comme on l'a dit, *aussi* l'affaire d'un acte (subjectif) de volonté et non pas seulement l'affaire d'un acte de connaissance (objective), la science du droit n'a rien à dire sur la qualité des interprétations. En l'occurrence, la science du droit doit cesser de voir dans une institution telle que la juridiction constitutionnelle l'introduction dans le système juridique d'une institution qui assurerait la « garantie de l'État de droit » (la garantie des droits substantiels de la personne). On dira pourquoi, malgré cela, Kelsen prend parti en faveur de l'introduction d'une telle juridiction constitutionnelle dans les systèmes juridiques modernes. Il faut simplement retenir que les raisons de cette prise de position et de toute la théorie kelsénienne de la « cour constitutionnelle » ne sont (ne peuvent être) en aucune façon rattachées à l'idée de « garantie des droits substantiels ».

La dernière conséquence de la conception dynamique du droit sur laquelle on insistera ici consiste en la relativisation – mais non l'effacement conceptuel – que, à la suite de Merkl²⁶, opère Kelsen entre *application* et *création* ou *production* du droit : « L'application du droit est en même temps création de droit. Ces deux concepts, contrairement à ce que l'on l'admet dans la théorie traditionnelle, ne représentent pas une opposition absolue. Il n'est pas juste de distinguer entre actes créateurs et actes d'application du droit²⁷. »

Lorsqu'un organe « applique » une norme (détermine pour une situation particulière ce qui est « de droit » en vertu d'une norme plus générale), il interprète la norme appliquée et, comme on l'a vu, cette interprétation comporte toujours un moment purement volitif et n'est pas un acte purement cognitif : dans ce moment volitif se loge une production normative inévitable.

Quelle que soit la qualité de l'interprétation faite par l'organe d'application, la norme qu'il pose (crée) en « appliquant » une autre norme vaut, comme on l'a vu, non à raison de sa (prétendue) conformité à la norme supérieure mais du fait de l'habilitation normative qu'il tient d'une norme valide dans le système juridique²⁸.

²⁶ Par ex. : Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, *op. cit.*, p. 1328.

²⁷ Kelsen, *RRL* 2, p. 240 ; *TPD* 2, p. 235 (trad. modif.).

²⁸ Dans le lexique kelsénien, l'interprétation ainsi donnée par un organe habilité – par distinction des interprétations proposées par la doctrine juridique ou n'importe quelle personne intéressée mais non juridiquement habilitée – est appelée « authentique » : *RRL* 2, pp. 346 et s. ; *TPD* 2, pp. 335 et s.

Pour corriger l' « erreur » éventuelle d'interprétation (plus exactement : pour donner une chance à la contestation de l'interprétation), il n'y a que le recours – lorsqu'il existe – à une autre autorité habilitée à casser la norme « d'application » en substituant, le cas échéant, une autre interprétation de la norme « appliquée ». Mais la décision de la seconde instance est tout autant créatrice de droit (volitive) que celle de la première, de sorte qu'un système juridique n'offre aucune garantie absolue de sa propre « vérité » substantielle, simplement parce qu'une telle garantie est impossible²⁹.

Le système juridique, en tant que système de production de droit, est ainsi animé par une dynamique d'individualisation, ou de concrétisation, les normes générales se trouvant progressivement particularisées par la production de normes plus concrètes jusqu'à la décision purement individuelle (le jugement, la décision administrative nominative) qui a, elle aussi, dans le lexique de la théorie pure, la qualité de « norme »³⁰. Ce processus (productif) de concrétisation du droit s'opère donc à raison de ce que les actes d'application sont en même temps actes de création de droit.

On le voit : la dynamique juridique *fait le ménage* dans les représentations traditionnelles des juristes. Et c'est probablement la raison principale pour laquelle on doit tenir Kelsen pour un grand juriste du xx^e siècle. On ne peut passer à côté de cette *critique de la raison juridique* qu'est la théorie pure du droit, sauf à vouloir rester aveugle ou naïf. Mais cela ne veut pas dire qu'il faille adhérer au « kelsénisme » et se rendre aveugle ou naïf à l'endroit de la théorie pure du droit. C'est pourquoi, puisque la théorie de la « dynamique juridique » comme vient d'essayer de le montrer est centrale dans la théorie pure du droit, qu'elle en est même, sans doute, la principale voie d'accès, toute critique de la théorie pure du droit doit passer par la critique de la dynamique juridique telle qu'elle est conçue, à partir de la *Stufenbaulehre*, par Kelsen.

²⁹ Il est donc naïf de croire que la juridiction constitutionnelle garantirait absolument l' « État de droit », si l'on entend par là le contenu des droits fondamentaux. Elle ne garantit que son propre pouvoir.

³⁰ Il y a là une différence terminologique importante avec la doctrine classique qui identifie la « norme » à la « règle générale, impersonnelle et abstraite ».

Difficultés dans la conception kelsénienne de la dynamique juridique

Le problème fondamental vient de ce que Kelsen conserve, dans la *Théorie pure du droit*, l'idée de stricte application. En effet l'acte de concrétisation est sans doute un acte de production du droit, mais parce que, explique Kelsen, après Merkl, on y trouve une partie *stricto sensu* créatrice (indéterminée substantiellement par la norme supérieure, le « moment d'indétermination substantielle au sens de Schmitt) *amis à côté d'un moment de stricte application* (la partie substantiellement déterminée par la norme supérieure) : la *concrétisation* des normes serait un *mixte* d'application du droit au sens strict et de production de droit au sens strict, d'éléments déterminés et d'éléments indéterminés par la norme supérieure, ces derniers relevant de la pure *volonté* de l'interprète (authentique).

Mais comment fixer la *ligne de partage* ? « La norme de degré supérieur, écrit Kelsen, ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports³¹. » Mais sous quels rapports *peut-elle* seulement le « lier » ? Comment *déterminer* la frontière entre le *déterminé* et l'*indéterminé*, si, en tout état de cause, c'est l'habilitation et non la conformité substantielle à la norme appliquée qui donne à la norme applicative-productive sa validité, si, en tout état de cause, l'interprétation de la norme – la détermination de ce qui est déterminé et de ce qui est indéterminé – comporte toujours un moment volitif sur lequel – parce que la volonté alors à l'œuvre est *habilitée* – repose la validité de la norme produite – l'objectivité est donnée par la norme (supérieure) à la signification d'un acte de volonté et non à la signification d'un acte de connaissance ?

S'il y a à fixer une telle ligne de partage, c'est donc non pas la norme appliquée qui peut la déterminer, mais seulement l'autorité habilitée par son acte de volonté. Ce problème ne vient-il pas précisément de ce que Kelsen ne parviendrait pas, une fois encore, même dans la *Théorie pure du droit*, au *formalisme intégral* qui était, en quelque sorte la promesse des *Hauptprobleme* de 1911 ? Ce que la norme contient de *déterminé* serait le contenu d'un message (valide, obligatoire) à destination de l'autorité d'application. Le déterminé constitue donc un moment substantiel dans la concrétisation du droit, moment qui se traduit par le maintien (conceptuel), dans la

³¹ RRL 2, p. 347 ; TPD 2, p. 336.

norme de concrétisation, d'un moment d'application aux côtés du moment de pure production.

Mais la *Théorie pure du droit* se prive en même temps de tout moyen de déterminer à quelles conditions l'on peut dire que ce qu'il y a de substantiel dans la norme de concrétisation (ce qui doit y être « conforme » au contenu de la norme appliquée) est juste, correct ou même « vrai ». Le dernier Kelsen radicalisera d'ailleurs sa position en en défendant l'opinion selon laquelle les règles de la logique traditionnelle (et c'est ici le principe d'inférence qui est en cause) ne sont pas applicables aux normes parce que « les normes sont la signification d'actes de volonté, et non pas la signification d'actes de pensée »³². C'est pour sortir de cette difficulté (et peut-être contradiction) qu'un certain courant de la mouvance plus vaste du « réalisme juridique », tout en conservant l'architecture générale de la théorie pure, radicalise la position kelsénienne sur ce point³³.

La difficulté renvoie, comme on l'a laissé entendre plus haut, à la doctrine kelsénienne de l'*interprétation* juridique : « Si l'on entend par 'interprétation' la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre³⁴. » Le choix entre l'une ou l'autre des possibilités ouvertes par interprétation est « conforme au droit » (*rechtmässig*), quel qu'il soit³⁵.

Cette vision des choses vaut pour la science du droit, mais aussi pour l'interprétation authentique par les organes habilités. La différence tient à ce que la volonté du scientifique (le choix entre plusieurs fixations possibles de sens), par défaut d'habilitation³⁶, ne peut produire une norme (valide dans le système étudié).

³² Voir : Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, pp. 305 et s (336 pour la citation). Il maintient cependant sa représentation de la norme de concrétisation comme résultat d'une double (et donc mixte) opération d' « application » et de « création » (p. 306), ce qui amène à la question de savoir ce que, dans ce cadre, « application » peut encore bien signifier ?

³³ En France, il faut citer surtout l'œuvre de Michel Troper. On se bornera à renvoyer aux deux recueils qui réunissent certains des principaux essais de l'auteur : *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001. On peut aussi consulter : Olivier Jouanjan (dir.), *Sur les théories réalistes du droit*, *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 4, 2000.

³⁴ *RRL* 2, p. 349 ; *TPD* 2, p. 338.

³⁵ *RRL* 2, p. 348 ; *TPD* 2, p. 338 (où le traducteur rend « *rechtmässig* » par « régulier »).

³⁶ On peut très bien l'imaginer et, à une certaine époque de la Rome impériale, plusieurs *jurisconsultes* bénéficiaient du *ius publicum respondendi*, c'est-à-dire que leur opinion devait être tenue pour ayant force de droit.

S'agissant de l'organe habilité, d'un juge par exemple, « l'obtention de la norme individuelle dans la procédure d'application de la loi (...) est une fonction de la volonté », mais, ajoute Kelsen, seulement « dans la mesure où, à cette occasion, le cadre de la norme générale est rempli »³⁷. Il faut donc admettre que, dans la décision du juge – ou de tout autre organe d'application – une opération cognitive – déterminer le *cadre* des possibles – précède l'opération volitive – le choix entre les diverses possibilités.

Mais alors plusieurs questions doivent être posées³⁸. Quelle théorie de la connaissance peut-elle garantir la qualité de l'acte premier de connaissance dans l'application ? Kelsen consacre précisément un petit paragraphe pour contester toute valeur aux « prétendues (*sogennante*) méthodes d'interprétation », traditionnelles chez les juristes. Ce faisant, et de façon remarquable, il limite sa critique à nier toute possibilité d'un choix rationnel à l'intérieur du *cadre de la norme*, ne problématisant d'aucune façon la question de savoir comment peut être déterminé ce *cadre lui-même* (comme s'il échappait au pouvoir de l'*interprète*).

Ensuite, la décision du juge légalement habilité qui outrepasserait les limites du cadre est cependant *valide* dans le système juridique (jusqu'à ce que, éventuellement, une norme contraire, prise par une autre autorité habilitée à cet effet, mais qui n'a pas davantage de moyens méthodologiques pour fixer le *cadre*, détruisse la validité de la norme du premier juge). À quoi donc sert le *cadre* dans la dynamique juridique ? Simplement, à pouvoir affirmer que dans la concrétisation du droit, il n'y a pas seulement de la volonté, mais aussi de la connaissance et donc de l'*application* (au sens strict), à pouvoir *croire* que le système dynamique tient *malgré tout* dans un « cadre » substantiel.

Mais les présupposés de la théorie pure paraissent interdire à Kelsen de pouvoir ni assurer ni assumer cette doctrine du « cadre » des interprétations productives possibles. D'ailleurs, « puisque la théorie pure du droit n'est qu'une connaissance du droit positif donné, mais pas une prescription pour sa production correcte, elle n'entend ni donner d'injonction s'agissant de la question de savoir comment l'on fait de bonnes lois, ni davantage donner de conseils sur les conditions

³⁷ *RRL* 2, p. 351 ; *TPD* 2, p. 340 (trad. modifiée).

³⁸ Pour cette critique, on peut aussi se reporter à : Olivier Jouanjan, Présentation du traducteur, dans : Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, pp. 7 et s.

dans lesquelles on peut prendre de bonnes décisions sur le fondement ou dans le cadre des lois »³⁹. Le cadre cognitif de l'interprétation n'aurait donc pas sa place dans la théorie pure du droit.

On comprend ainsi pourquoi la « théorie réaliste » évoquée plus haut élimine, dans la théorie kelsénienne, tout moment cognitif dans l'acte d'interprétation (il s'agit d'un pur acte de la volonté), mais pense devoir réintroduire des *limites* à l'interprétation, des limites extérieures, des « contraintes » (et non des « obligations ») pesant sur l'interprète pour pouvoir rendre compte de ce que, malgré sa dynamique interne, un système juridique peut difficilement être décrit comme s'il pouvait *dériver* sans fin et sans limites et – surtout, peut-être – pour éviter qu'on puisse croire que ce réalisme ne serait qu'un pur *décisionnisme*⁴⁰.

L'absence de la question du langage et du texte

Que Kelsen soit assez mal à l'aise dans ce chapitre sur l'interprétation, on le voit à un indice assez significatif. En effet il y parle de la « signification de la norme » (*Bedeutung der Norm*). Or, la norme a été définie comme la « signification (objective) d'un acte de volonté ». L'interprétation, créatrice d'une norme si elle est authentique, est donc la signification de la signification d'un acte de volonté, ainsi que la norme d'une norme. Elle serait même, plus précisément – et l'on excusera la lourdeur de la formulation : la signification donnée par un acte de volonté (encadré par un acte de connaissance) à la signification d'un acte de volonté (encadré lui aussi par un acte de connaissance ?).

³⁹ Voir : Kelsen, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, *Juristische Wochenschrift* 1929, pp. 1723 et s.

⁴⁰ Sur cette théorie : Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2005. Pour la critique sur ce point de cette théorie réaliste, voir le numéro spécial de la revue *Droits* consacré à Michel Troper (n° 37, 2003) et, notamment, les contributions de Stéphane Rials et Olivier Jouanjan. Pour une critique adressée d'un point de vue kelsénien « orthodoxe », voir l'article d'Otto Pfersmann (Contre le néo-réalisme juridique) et la « Réplique » de Michel Troper dans : *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002/2. Il n'est pas interdit de penser que derrière les « contraintes juridiques » se cache la question (inavouable) de la *légitimité* et que cette correction infligée au réalisme par la « contrainte » rapproche étrangement cette doctrine de celle du jeune Schmitt, celui de 1912 : « Une décision judiciaire est aujourd'hui juste (*richtig*) lorsqu'on doit admettre qu'un autre juge aurait jugé de la même manière. 'Un autre juge', cela signifie ici le type empirique du juriste moderne et savant. » (Schmitt, *Gesetz und Urteil*, *op. cit.*, p. 71).

On voit à cette redondance, inexplicite chez Kelsen mais que l'on peut reconstruire logiquement, que quelque chose, dans la théorie pure du droit, ne veut pas aller jusqu'au bout de son impulsion dynamique, pourtant fondamentale. On voit qu'il faut conserver quelque chose de la doctrine traditionnelle, au prix même d'un brouillage de la théorie. Il faut du « fixe », pour qu'on puisse se sentir « chez soi », dans le « droit ». Il faut que quelque chose de la « norme » préexiste à son abandon aux mains de l'interprète. Il y a de la signification (de norme) *avant* la signification, celle que lui donne son interprète. La norme doit *contenir* son interprétation et donc l'interprète. Le droit doit être cadré, ne serait-ce que pour pouvoir juger de la question de savoir si un « ordre juridique » est « grosso modo » effectif.

Mais surtout, on peut estimer que ce qui manque à la théorie pure du droit est une théorie du langage et une théorie sémantique. Certainement, cette absence n'est pas fortuite, mais délibérée. Les théories linguistiques viendraient *contaminer* le projet d'une *pure* théorie du droit.

C'est pourquoi, d'ailleurs, le dernier chapitre de la *Théorie pure du droit* propose une doctrine purement juridique de l'interprétation (non pas de l'interprétation *juste*, ce qui relève d'une théorie linguistique, mais de l'interprétation *valide*, authentique d'après un critère juridique formel) et récuse le métissage traditionnel entre point de vue juridique et point de vue sémantique de l'interprétation. Mais la clôture de la théorie juridique sur elle-même est-elle tenable ?

À cette question, la thèse ici défendue répond évidemment par la négative. Dans le chapitre sur l'interprétation, l'on voit précisément que la théorie pure ne peut se soutenir elle-même, ce que signale cette hésitation qui fait son aporie : d'un point de vue « strictement juridique », l'interprétation est un acte de volonté dont l'objectivité est marquée par le critère formel de l'habilitation et de la procédure, indépendamment de son contenu ; mais pour *contenir* le droit et le préserver d'une infinie dérive, à tout moment possible, il faut postuler un « cadre » objectif dont les méthodes de détermination ne relèvent pas d'une théorie du droit, mais d'une théorie sémantique que la doctrine juridique ne peut prendre en charge. La pureté de la

théorie pure lui interdit de penser ce que serait, pourrait être ou devrait être une « linguistique juridique »⁴¹.

L'ambiguïté signalée à propos de l'expression « signification d'une norme » qu'on rencontre dans le chapitre sur l'interprétation montre au fond la difficulté constitutive de la théorie pure. Celle-ci tient à son concept même de la « norme ». Si la norme est la signification objective d'un acte de volonté, la question qui se pose – mais, à ma connaissance, que ne pose justement pas Kelsen – est de savoir où est cette signification ? Est-elle *dans* l'acte de volonté ou dans son *expression* ? Mais l'expression d'un acte de volonté est, pour celui qui doit travailler la norme⁴² et qui n'est donc pas le sujet de la volonté exprimée, un signifiant et non un signifié. Où est-elle donc, pour lui, le tiers à l'acte de volonté, cette « norme » ? Lui ne dispose que de l'expression que le sujet de l'acte de volonté (par exemple : « le législateur ») a donné au contenu de sa volonté à travers le texte de norme et quelques autres textes (les travaux préparatoires). Il n'a que du « texte », pas de la « norme ». Pour l'interprète, la norme n'est donc pas la signification objective d'un acte de volonté, mais la signification (objective) des *textes* par lesquels cette volonté s'est exprimée. La « norme » ne précède pas l'interprétation : avant cette dernière, il n'y a que du « texte »⁴³.

Les difficultés que je me suis efforcé de mettre en évidence dans la théorie pure du droit viennent toutes, à mon sens, de l'absence, chez Kelsen, de réflexion quant à

⁴¹ C'est tout l'intérêt de la théorie structurante du droit, développée par Friedrich Müller, que de montrer que la théorie juridique ne saurait passer à côté de la théorie linguistique mais que, tout à l'inverse, elle doit en faire son cœur même. L'effort consiste alors à ajouter une linguistique pragmatique à une théorie – elle aussi pragmatique – du droit. Voir : F. Müller (dir.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989 ; F. Müller, R. Christensen, M. Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997 ; F. Müller/R. Wimmer, *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001. L'activité des juristes est « nécessairement une pratique sémantique, elle est travail de sémantisation ; elle est travail non pas seulement avec, mais sur des concepts, non pas seulement à l'aide du langage, mais au cœur de celui-ci ; non pas seulement travail *sur* des textes, mais travail immédiat *de* textes » (F. Müller dans *Rechtstext und Textarbeit*, p. 8). Pour une présentation en français du programme linguistique de la théorie structurante : F. Müller, « Travail de textes, travail de droit », dans : O. Jouanjan/F. Müller, *Avant Dire Droit*, *op. cit.*, pp. 23 ets.

⁴² Je préfère cette expression à celle de « travailler avec la norme », cette dernière supposant que la norme préexisterait à ce travail (d'interprétation, de concrétisation).

⁴³ Après, d'ailleurs, aussi : l'interprète exprime la signification qu'il entend donner à l'expression d'un acte de volonté et la « signification » ne s'échappe pas de cet enchaînement des textes, ne prend jamais la position de ce que Derrida appelait un « signifié transcendantal », qui « excéderait la chaîne des signes, et ne fonctionnerait plus lui-même, à un certain moment, comme signifiant » (*Positions*, Minuit, 1972, p. 30).

la *textualité* du droit à ce que j'appellerai volontiers sa « *texture* »⁴⁴. On peut penser que c'est cet oubli ou la mise à l'écart du médium textuel qui explique que la signification donnée par l'interprète soit attribuée à la « norme », elle-même pourtant définie comme « signification ».

On comprend alors pourquoi il y a un cadre, qui apparaît comme une sorte d'armature métalinguistique ou hypertextuelle dans laquelle du normatif, même encore indéfini, ouvert sur différentes possibilités interprétatives, devrait être enchâssé : l'interprétation du texte exprimant l'acte de volonté suppose sinon la norme même, du moins du normatif préexistant, comprimé dans le texte, à l'acte d'interprétation. Il y a du signifié *inscrit*, comme sa propriété intrinsèque, dans le signifiant textuel. L'interprétation apparaît alors comme le déploiement d'une signification possible et déjà *inscrite*. Kelsen ne parvient pas à rompre complètement, radicalement avec le présupposé du positivisme classique selon lequel la norme *serait dans son texte*⁴⁵.

Au fond de la théorie pure, il y a une logique kelsénienne de séparation entre le droit et son langage, sa textualité. Or, pour justifier une telle séparation, il faudrait encore expliciter une certaine théorie du langage, et pas seulement du droit. C'est-à-dire que le juriste doit alors faire face à une double contrainte contradictoire, un « *double bind* » au sens de Gregory Bateson et de l'école de Palo Alto : tu dois écarter la question de la langue et du texte, mais tu dois prendre position sur le caractère de la langue et du texte. On sait qu'une stratégie pour échapper à une telle injonction contradictoire consiste à l'ignorer et donc à laisser le problème décisif de côté pour s'en tenir à un présupposé non explicite.

Ce présupposé inexplicite, je le vois dans ce que, avec Derrida une fois encore, on pourrait appeler une théorie « représentativiste » du langage, une conception cartésienne classique. Le langage n'est que le moyen de représenter l'idée. Pour les juristes et donc pour Kelsen encore, le langage et le texte ne sont que les moyens de représenter la norme, l'idée normative qui doit avoir une existence séparée de celle

⁴⁴ « Structure textuelle » (*Textstruktur*) chez Friedrich Müller: *Discours de la méthode juridique*, op. cit., pp. 184 et s.

⁴⁵ Voir : F. Müller, *ibid.*, not. pp. 204 et s.

par laquelle elle est prise par le langage⁴⁶. L'idée normative (le « cadre ») existerait « hors texte », comme le *signifié transcendantal* au-delà de ses signifiants textuels.

Paradoxalement, la norme serait dans le texte et hors du texte, comme la volonté populaire est dans la loi votée par les représentants en même temps que hors-la-loi, au-dessus et indépendante. La théorie politique de la représentation repose sur une fiction qui lui permet, intellectuellement, de régler le paradoxe. Mais une théorie linguistique ne peut se satisfaire d'une fiction : elle doit expliquer les mécaniques immanentes à l'usage du langage et des textes. C'est d'ailleurs aussi la prétention de la théorie pure à l'égard du droit.

Mais ma critique fondamentale peut être ainsi formulée : en écartant la question linguistique et la question du texte, la théorie pure ne peut assumer sa propre prétention consistant à décrire la dynamique du droit, parce qu'elle s'oblige, ce faisant, à postuler une fiction quant au langage. La question qu'il convient de poser est la suivante : le langage n'a-t-il effectivement qu'une fonction *représentative* (des idées, des normes, des cadres normatifs) ou bien a-t-il une fonction *constitutive*, ce qui implique que la *forme* linguistique ou textuelle n'est pas séparable du *contenu* normatif, idéal ?

Politique de la théorie pure ?

Quelles que soient les interrogations qu'on puisse avoir sur la capacité de la théorie pure du droit à porter jusqu'en ses ultimes conséquences la conception dynamique qu'elle met au cœur de toute sa construction, celle-ci permet aussi de comprendre pourquoi et comment Kelsen peut justifier sa *préférence* pour la forme politique de la démocratie. Il existe un lien profond entre la théorie juridique et la théorie politique chez Kelsen. Encore faut-il que la théorie juridique ne puisse être vue comme le masque d'une intention politique inavouée. Encore faut-il que cette articulation s'opère à un niveau et sur un mode qui puissent – autant que faire se peut – la soustraire à la « critique de l'idéologie ». Il faut rappeler à cet égard que la

⁴⁶ Sur ce point : Olivier Jouanjan, « Nommer/Normer », dans : O. Jouanjan, F. Müller, *Avant Dire Droit*, *op. cit.*, pp. 43 et s.

« critique de l'idéologie » est un thème majeur chez le jeune Kelsen, celui de 1911 et celui, encore, de la première édition, en 1934, de la *Théorie pure du droit*. Ce thème disparaît dans la seconde édition de 1960, comme il a disparu déjà de l'ouvrage que Kelsen publie en 1945, en langue anglaise, pour tenter d'*acclimater* la théorie pure au milieu intellectuel américain, *General Theory of Law and State*⁴⁷. Mais il est clair qu'il faut échapper au reproche qu'il a lui-même adressé à ses prédécesseurs : leur construction juridique masque et protège une intention politique (conservatrice) sans qu'elle puisse, au plan théorique et méthodologique, du point de vue donc d'une théorie de la connaissance, justifier d'aucune façon cette préférence politique.

Il y a eu, chez Kelsen le projet d'une théorie politique. Et Kelsen mène encore un combat tardif contre un certain renouveau des approches théologiques ou religieuses du politique, à l'exemple de celle que propose son ancien disciple Eric Voegelin et sa *Nouvelle science du politique*. L'on voit ici clairement le combat que mène Kelsen dans le domaine de la théorie politique et qui vise toute tentative de réintroduire, par un biais ou par un autre, tout élément substantiel, toute valeur au fondement de l'analyse politique.

Il y a là, évidemment, un parallèle évident, une affinité certaine entre théorie juridique et théorie politique : la *connaissance* du droit comme de la politique ne *peut* être que descriptive et non prescriptive, à défaut de quoi la connaissance prétendue n'est pas « connaissance » mais idéologie.

La préférence de Kelsen pour la démocratie ne peut donc provenir d'une norme politico-éthique qui serait placée à la base de l'analyse politique et qui autoriserait à « démontrer » que la démocratie serait le meilleur des régimes politiques (possibles). Elle s'attache bien plutôt à sa théorie de la connaissance elle-même qui exclut tout cognitivisme éthique. Ce non-cognitivisme éthique est à la base de la critique de l'idéologie qui anime tout à la fois la théorie juridique et la théorie politique, qui explique, dans l'une comme dans l'autre, le rejet des concepts substantiels et qui explique en même temps le choix d'une perspective dynamique dans la théorie juridique et la préférence pour la démocratie dans la théorie politique qui ira, à la veille de la prise de pouvoir de Hitler, jusqu'à une « défense de la démocratie ».

⁴⁷ New York, Russell and Russell ; trad. fr. par B. Laroche et V. Faure, *Théorie générale de l'État et du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1997.

Encore faut-il que Kelsen établisse clairement sa notion et sa théorie de la démocratie. Il s'agit là d'une partie significative de son œuvre. Il y consacre une courte brochure d'un peu moins de quarante pages en 1920, alors que, dans les ruines des anciens empires, s'installent, en Autriche comme en Allemagne, des républiques démocratiques nouvelles, qu'il étoffera dans une seconde édition de près de cent-vingt pages qui paraît en 1929 : *Vom Wesen und Wert der Demokratie*⁴⁸.

On est, avec Kelsen, aux antipodes de la théorie substantielle (et donc idéologique) de la démocratie proposée par Carl Schmitt dans sa *Théorie de la constitution* de 1928⁴⁹. C'est une « théorie formaliste de la démocratie » que défend Kelsen, et l'on ne saurait bien évidemment pas s'en étonner : la démocratie est une « méthode » et son concept est procédural⁵⁰.

Il s'agit, sur cette base formaliste, de réhabiliter le parlementarisme et la représentation – et, avec elles, le rôle des partis politiques⁵¹ – en les débarrassant de l'idéologie de l'« identité », en récusant notamment toute conception substantielle du « peuple » et toute notion identitaire de la représentation (qui voit dans la représentation un mécanisme – en vérité impossible – de reproduction d'une volonté substantielle préalable et dont le « peuple » serait le « sujet » réel).

La représentation est au contraire un système de production de normes, d'un ordre juridique qui, d'ailleurs, donne seul au « peuple » une unité qui ne peut donc pas être substantielle⁵². Bien sûr, la représentation n'est pas le seul mode de production étatique d'un ordre juridique, mais elle est la condition de la constitution démocratique et représentation et démocratie se lient entre elles par l'intermédiaire

⁴⁸ L'ensemble des textes de Kelsen sur la démocratie – y compris les textes des deux éditions de *Vom Wesen und Wert der Demokratie* – ont été réunis par Matthias Jestaedt et Oliver Lespius dans un précieux volume : Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006. La seconde édition de *Vom Wesen und Wert* a été traduite par Charles Eisenmann en 1932. Cette traduction a fait l'objet de deux rééditions récentes : *La démocratie, sa nature – sa valeur*, Paris, Economica, 1988 (avec une présentation de Michel Troper, on cite cette édition) et Paris, Dalloz, 2004 (avec une préface de Philippe Raynaud). On pourra aussi se reporter, en langue française, à : Sandrine Baume, *Hans Kelsen, plaider la démocratie*, Paris, Michalon, 2007.

⁴⁹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), 7^e éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1989, pp. 223 et s. ; trad. fr. par Lilyane Deroche : *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 361 et s.

⁵⁰ Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Presses de l'Université de Laval, 2004, p. 85 et s.

⁵¹ « La démocratie est donc nécessairement et inévitablement un État de partis » : *Vom Wesen und Wert* (1929), dans *Verteidigung der Demokratie*, op. cit., p. 167 ; *La démocratie*, op. cit., p. 30.

⁵² *Vom Wesen und Wert*, *ibid.*, pp. 162 et s. ; *La démocratie*, *ibid.*, pp. 25 et s. Voir aussi : *RRL* 2, pp. 290 et s. ; *TPD* 2, pp. 282 et s.

du concept de liberté entendu comme autonomie, autodétermination (*Selbstbestimmung*)⁵³.

On veut seulement ici montrer comment, chez Kelsen, se noue comme nécessairement une affinité profonde entre préférence (non prescriptive) pour la démocratie et théorie (formaliste et dynamique) de l'ordre juridique.

Affinités électives

On connaît la thèse célèbre de Kelsen selon laquelle l'État ne peut être conçu que comme un ordre juridique (relativement centralisé)⁵⁴. Cette position interdit de penser même un « concept sociologique » de l'État⁵⁵. Mais il ne faut pas oublier que l'ordre juridique dont il s'agit ne doit précisément pas être entendu comme un ordre statique, mais comme un ordre dynamique : l'État est donc un ordre de production de normes juridiques.

La démocratie est une certaine forme de l'État, une forme spécifique de production d'un ordre juridique fondée sur l'idée de la liberté comme autonomie. On comprend qu'il n'y ait que deux types de formes d'État pour Kelsen : la démocratie, dont le principe est l'autonomie (liberté formelle), et l'autocratie, dont le principe est l'hétéronomie. Mais ces deux *types* sont des idéaltypes au sens de Max Weber, chaque État concret mêlant des éléments relevant des deux types⁵⁶. Notamment, un État étant un ordre juridique, ses normes lient les individus même s'ils n'y ont pas

⁵³ *La Démocratie (op. cit.)* s'ouvre précisément sur un chapitre intitulé « La liberté » qui s'affirme contre « le tourment de l'hétéronomie » et donc découle, à titre second, comme sa conséquence nécessaire, l'idée « négative » d'égalité, qui, formelle, n'est donc pas pensée comme en insurrection contre la liberté, contrairement à ce qui se passe dans une certaine doctrine libérale.

⁵⁴ Elle est notamment développée dans *RRL 2*, pp. 289 et s. (*TPD 2*, pp. 281 et s.).

⁵⁵ C'est l'objet d'un ouvrage de jeunesse déjà, notamment dirigé contre la distinction opérée par Georg Jellinek entre « théorie sociale » et « théorie juridique » de l'État : Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1922. Voir surtout, en langue française : *Théorie générale du droit et de l'État, op. cit.*, pp. 242 et s. : si, suivant Max Weber, la sociologie est l'interprétation d'actions qui ont déjà fait l'objet d'une interprétation par les individus, et si ces actions ont une signification parce qu'elles sont orientées en fonction d'une certaine idée, cette idée est un ordre normatif, un ordre juridique (l'État) et il en résulte que « le concept sociologique de mode de conduite effectif, adapté à l'ordre juridique, n'est pas un concept d'État, il présuppose le concept d'État, qui est un concept juridique » (comme ordre juridique). Pour Jellinek, le concept juridique de l'État présuppose le concept sociologique qui en déterminerait la base empirique.

⁵⁶ Voir notamment : *Théorie générale du droit et de l'État, op. cit.*, p. 333.

consenti. Il y a donc nécessairement de l'hétéronomie, mais le principe majoritaire maximise le degré d'autonomie⁵⁷.

Cependant cette liaison entre liberté, égalité et principe majoritaire n'a de sens et de pertinence que si l'on accorde à chaque opinion un même poids, c'est-à-dire que nul, dans ce système de production de normes, n'est reconnu comme énonçant une opinion supérieure ou une vérité quant aux valeurs. Ce qui signifie que le relativisme axiologique est le corrélat de l'idée d'autonomie et que la démocratie ne peut se concevoir que comme « l'expression d'un relativisme politique »⁵⁸.

La conséquence en est d'ailleurs que l'opinion qui est aujourd'hui celle de la minorité a autant de droits à être demain majoritaire que celle qui, aujourd'hui, est majoritaire.

C'est dans ce cadre relativiste que doit être pensée la justice constitutionnelle et le contrôle juridictionnel des instruments normatifs (lois, règlements) par lesquels une majorité est susceptible d'entraver la libre concurrence des idées : si l'on veut garantir son existence et son efficacité politique, la minorité doit donc avoir la possibilité de recourir, directement ou indirectement, à la juridiction constitutionnelle pour contester les lois de la majorité⁵⁹. Celle-ci n'est donc pas l'organe censé dévoiler la vérité substantielle de la norme constitutionnelle – ce qui lui est tout aussi inaccessible qu'à quiconque – mais l'instance chargée de produire des normes capable de détruire les lois empêchant le processus démocratique de se dérouler normalement.

On voit alors parfaitement où se situe l'affinité élective et profonde entre théorie de la connaissance, théorie du droit, théorie politique (descriptive) et démocratie : dans l'affirmation du non-cognitivism éthique dont la traduction politique est le relativisme intégral qui est au fondement conceptuel de la forme démocratique de l'État. Ce qui lie entre elles ces théories et justifie l'approche formaliste radicale imperturbablement revendiquée par Kelsen, c'est donc une *Weltanschauung* (vision

⁵⁷ Selon le principe de la majorité simple : si l'unanimité ou une majorité renforcée était exigée, un individu ou une minorité peut bloquer le processus de production du droit et l'égalité qu'implique l'idée même d'autonomie est alors rompue : *ibid.*, p. 336.

⁵⁸ *Vom Wesen und Wert, Verteidigung der Demokratie*, op. cit., p. 227 ; *La démocratie*, op. cit., p. 93.

⁵⁹ *Vom Wesen und Wert, Verteidigung der Demokratie*, op. cit., p. 209 ; *La démocratie*, op. cit., p. 73. Cela suppose des précautions techniques (quant à l'organisation, aux procédures) qui garantissent suffisamment l'indépendance de la juridiction constitutionnelle à l'égard de la majorité en place et qui font l'objet du texte important traduit en français par Charles Eisenmann : La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle), *Revue du droit public* 1928, pp. 197-257.

du monde) et un certain *caractère* : « À l'opposition des *Weltanschauungen* correspond une opposition des *Wertanschauungen* (visions des valeurs), spécialement des attitudes politiques fondamentales. À la vision du monde métaphysique-absolutiste s'attache une attitude autocratique, à la vision du monde critique-relativiste, une attitude démocratique⁶⁰. »

Mais à ces dernières s'attache aussi une théorie de la connaissance, une théorie du droit et une théorie politique (descriptive), toutes débarrassées du présupposé de valeurs absolues. Dans la théorie du droit, la norme fondamentale est l'expression directe de la vision du monde « critique-relativiste ». Mais précisément, en retour, la démocratie constitue le milieu optimal de la science, de toutes les sciences, une condition pratique de la connaissance objective.

C'est précisément la raison profonde pour laquelle le scientifique Kelsen, avec tout son formalisme radical et son objectivisme assumé, ne se contente pas de *décrire* la démocratie, mais en prend la *défense* : le scientifique ne peut prescrire et ne peut donc dire « tu *dois* faire le choix de la démocratie », mais il peut dire – à la manière de Max Weber – « si tu veux telle fin, il *faut* tel moyen » (il ne peut énoncer un *Sollen* catégorique, mais un *Müssen* hypothétique)⁶¹. « Si tu veux la science, la connaissance et donc la compréhension du monde, il faut faire le choix de la démocratie. » Ce pourrait être une clé d'interprétation du kelsénisme.

Or la science vaut la peine de ce choix et la démocratie vaut la peine⁶². Dès qu'on postule, qu'on croit qu'un ou quelques uns a/ont accès à des vérités absolues et qu'on en fait notre législateur, alors on admet que la « *connaissance* » (Kelsen souligne) n'est pas accessible à la grande masse : et c'est « précisément en ce point, là où la démocratie semble avoir perdu tout espoir de justification, qu'il faut en venir à sa *défense* » (je souligne)⁶³.

On fera donc difficilement à Kelsen le reproche d'avoir laissé la démocratie « sans défense » devant le national-socialisme, selon une formule célèbre du

⁶⁰ Vom Wesen und Wert, Verteidigung der Demokratie, op. cit., p. 225 ; La démocratie, op. cit., p. 91 (trad. modifiée).

⁶¹ Voir notamment, de la façon la plus claire : Kelsen, Comment devant la guerre penser l'après-guerre ? (1939), repris dans : Kelsen, *Écrits français de droit international*, éd. par Charles Leben, Paris, PUF, 2001, p. 270.

⁶² C'est pourquoi il n'est pas anodin que le titre du livre exposant la théorie kelsénienne de la démocratie comporte précisément le mot « valeur » (*Wert*).

⁶³ Vom Wesen und Wert, Verteidigung der Demokratie, op. cit., p. 224 ; La démocratie, op. cit., p. 90 (trad. modifiée).

philosophe du droit Gustav Radbruch⁶⁴ et il n'est donc pas sûr que Kelsen fût le « pire » des juristes du xx^e siècle. Parce que le relativisme est sans doute, pour Kelsen, la seule *valeur* dont on peut connaître l'importance décisive.

Conclusion provisoire

Dans sa *laudatio* académique de Hans Kelsen, Robert Walter écrivait que la vie du juriste viennois fut « un effort inlassable pour concevoir rationnellement le monde ». Il ajoutait :

Pour comprendre le kantien Kelsen avec les mots de Kant, on pourrait dire : l'impératif catégorique de Kelsen fut de toujours mettre sa vie au service de la science et, parce qu'il le devait, il l'a fait⁶⁵.

On peut en effet penser qu'il existait bien, pour Kelsen, une valeur absolue, celle de la connaissance et que là s'arrêtait son relativisme axiologique. Il y a une prescription, une norme fondamentale à la base du travail théorique de Kelsen qui oblige précisément à distinguer et séparer description et prescription, norme et fait, valeur et connaissance. Et cette norme fondamentale, elle, n'est pas vide, n'est pas axiologiquement neutre : de même qu'on peut soutenir que toute théorie procédurale de la justice présuppose (au moins) une norme substantielle qui ne peut s'avouer (ou qui s'avoue difficilement, à peine), de même il y a à la base du formalisme radical de Kelsen une valeur substantielle qui joue souterrainement pour assurer la liaison entre toutes les parties de la théorie d'ensemble. Friedrich Müller écrit – à juste titre selon moi – qu' « il y va davantage chez Kelsen du concept de science que du concept de droit »⁶⁶.

On s'est efforcé de montrer ici la justesse de cette remarque. Mais elle ne suffit pas à se débarrasser à bon compte de Kelsen. Elle explique pourquoi tout positivisme juridique – qui présuppose une certaine conception de la science – se voit, comme on l'a dit, *dénié* parce que mis en face de la question épistémologique fondamentale – pour autant du moins qu'on lise un peu Kelsen. Elle permet de comprendre aussi pourquoi celui qui entend prendre distance avec Kelsen

⁶⁴ Voir notamment : Stanley L. Paulson, Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the « positivist » Theses, *Law and Philosophy* 1994, pp. 313-359.

⁶⁵ Robert Walter, *Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Vienne, Manz, 1985, p. 12.

⁶⁶ Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 24.

doit l'interroger à la racine et ne pas se borner à vitupérer son formalisme abstrait. Celui-là doit expliquer pourquoi il a de bonnes raisons de vouloir échapper au formalisme et dire ce qu'il y gagne. Une *échappée* possible tient peut-être à la critique que l'on peut adresser à la conception de l'objectivité qui est, somme toute, à la base de la construction et des difficultés qu'on s'est efforcé de repérer dans la conception kelsénienne de la dynamique juridique⁶⁷. Mais on ne peut ici qu'indiquer une voie et préciser qu'elle ne peut s'ouvrir qu'au plus profond de la théorie pure, et non à sa surface⁶⁸, c'est-à-dire là où se joue ce que, par analogie avec le titre d'un livre célèbre consacré à Max Weber, l'on pourrait appeler *la problématique de Hans Kelsen*.

⁶⁷ C'est une telle échappée que recherche précisément Friedrich Müller en mettant en question, dès le début de sa *Théorie* (non-kelsénienne ou anti-kelsénienne) *structurante du droit*, la conception kelsénienne de l'objectivité qui lui semble datée et dépassée : *ibid.*, pp. 18 et s.

⁶⁸ Outre les ouvrages déjà mentionnés, parmi lesquels il faut distinguer *La philosophie du droit de Hans Kelsen* de Carlos Miguel Herrera (*op. cit.*), le lecteur français peut se reporter notamment à : Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998 (troisième partie : « Études kelséniennes ») ; Carlos Miguel Herrera (dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995 ; Carlos Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997 ; Carlos Miguel Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2001 ; Emmanuel Picavet, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000 ainsi qu'aux deux volumes consacrés à Hans Kelsen par les *Cahiers de philosophie juridique et politique*, n° 9, 1987 (*La philosophie du droit de Hans Kelsen*) et n° 17, 1991 (*La pensée politique de Hans Kelsen*). Enfin, l'on ne peut omettre, sans commettre une faute contre l'esprit, les innombrables contributions d'*Otto Pfersmann* qui porte sur l'œuvre de Kelsen un regard aussi tranchant que le « rasoir d'Ockham » et dont on regrette que les plus importantes n'aient pas encore été rassemblées en un volume. Puisqu'il est impossible de les citer toutes, on me pardonnera d'évoquer seulement le nom d'un auteur indispensable.

