

ENTRETIEN

LE REGARD CRITIQUE DE PAUL AMSELEK SUR L'ŒUVRE DE KELSEN DIALOGUE AVEC ALEXANDRE VIALA

« Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possible. Dire qu'il n'y a rien de juste que ce qu'ordonnent les lois, c'est dire qu'avant qu'on eut tracé le cercle, tous les rayons n'était pas égaux ». Hans Kelsen avait-il bien lu Montesquieu (1) ? Mais qu'aurait-il pensé, s'il avait pu lire ce que Paul Amselek dit de son œuvre dans son dialogue avec Alexandre Viala qu'on va lire.

Magnifique dialogue, qui se lit d'une traite alors qu'on est sur les sommets, dialogue fait pour être lu et pour comprendre. Rien qui rebute ici, tel ce « rideau de fumée discursif s'exprimant de matière hermétique, totalement opaque, obscure, à travers un jargon compliqué et abscons, du charabia ou du gloubi-bulga » que Paul Amselek dénonce dans un récent, savoureux et salubre ouvrage, nommément comme étant celui de Jacques Derrida et au-delà de cet auteur, comme d'ancien et commun usage en philosophie (2).

Admiration donc mais aussi gratitude ; et c'est sans doute à ce second titre que Paul Amselek a souhaité ces quelques mots qui retardent coupablement le moment de comprendre et d'apprendre de ce « Regard critique de Paul Amselek sur l'œuvre de Kelsen ».

Ceux qui ne sont pas philosophes – dont je suis – et qui pensent avec Saleilles qu'il y faut « avec un esprit critique très averti, une culture très étendue et très spéciale », trouveront réconfort et lumière à la lecture de Paul Amselek. Qu'on me pardonne cette tonalité plus personnelle ; elle a sa raison d'être dans ma conviction, je devrais dire ma confession d'un sentiment que je sais être celui de beaucoup : à lire Paul Amselek – qui est aussi un maître du droit administratif et des finances publiques et peut-être parce qu'il est aussi cela – on est de plein pied avec une réflexion limpide, stimulante, aussi érudite que dépourvue d'artifice ; une lecture propre à apaiser toute timidité

(1) *De l'esprit des lois*, Livre I, chap. 1.

(2) *De l'art de dire n'importe quoi en philosophie*, Dalloz 2019, coll. Méthode du droit.

qui, de naturelle devient ainsi coupable, à l'égard d'auteurs aussi considérables qu'Husserl, Auguste Comte ou même Kant que Nietzsche appelait « le grand chinois de Königsberg » (3) ; et aujourd'hui Hans Kelsen dont l'invocation est si familière aux juristes mais dont Paul Amselek relève ironiquement « *qu'il a bénéficié pendant longtemps, notamment en France, de l'aura particulière des penseurs dont on parle d'autant plus couramment qu'on ne les a pas lus ou très superficiellement* ».

Le dialogue mené avec notre collègue Alexandre Viala parcourt l'œuvre de Kelsen dans ses composantes et dans le temps. Arguments et contre-arguments se succèdent, interrogations et précisions, la charge étant menée par Paul Amselek tandis qu'Alexandre Viala manie l'objection avec beaucoup de talent, périodiquement rythmée par de désarmants propos conclusifs de celui-là à celui-ci : « *là encore vos vues ne me paraissent pas fondamentalement en désaccord avec les miennes, même si elles sont exprimées autrement* ».

*
**

Et puis le débat s'élargit, toujours autour de l'œuvre de Kelsen, au statut du droit et de la philosophie du droit, Paul Amselek rappelant de façon liminaire que « *le projet de Kelsen était en réalité dans son principe de fonder une « science du droit », une science authentique à l'image et à l'égal des sciences naturelles. Il souhaitait, par-là, dresser un rempart contre les égarements métaphysiques des juristes et ce qu'il tenait pour des dérives idéologiques et politiques de leur part* ». Or, poursuit-il, « *sous ces nobles intentions, il s'est engagé en fait dans une impossible gageure : faire rentrer la théorie juridique de type traditionnel, c'est-à-dire la dogmatique – ou doctrine-juridique – dans le moule d'une science, d'une science pure et dure selon ses propres termes. Cette gageure est comparable aux rêves les plus fous de transmutation des alchimistes !* » ; c'est que, poursuit-il, « *la dogmatique à laquelle s'adonne les juristes, spécialement – mais pas uniquement – les juristes universitaires, n'a rien d'une science proprement dite* ».

Il fallait la hauteur de vue et l'autorité de Paul Amselek pour remettre ainsi les choses à leur place. À Alexandre Viala qui s'inquiète de cette vision réductrice du métier du juriste auquel est dénié toute dimension scientifique à une « *activité d'ordre technologique* » qu'il tient pour être celle des praticiens du droit et qu'il entend distinguer d'une activité de doctrine, celle des professeurs, désintéressée et portée aux concepts, il est répondu que, là encore, il ne faut pas être dupe ni se tromper sur les mots : « *je veux souligner que refuser d'étiqueter « science » la démarche théorique de la dogmatique juridique ne revient nullement à « dévaloriser » cette dernière mais seulement à bien*

(3) Tous auteurs encore passés en revue dans le brillant essai qu'on a déjà cité comme illustratifs, par leurs écrits, de « *l'art de dire n'importe quoi en philosophie* ».

nommer les choses et éviter de verser dans un préjudiciable confusionnisme, dans une cacophonie conceptuelle ».

Et vient alors ce propos qui sonne tellement vrai et qui vaut au-delà de la matière juridique : « *c'est par un naïf préjugé scientiste que bien des disciplines non scientifiques cherchent à se parer du label « science » comme si l'activité scientifique était la seule qui méritait d'être entreprise. Par l'importance considérable qu'elle revêt dans l'expérience juridique humaine, et finalement dans la vie de nos sociétés, la dogmatique n'a assurément aucun complexe d'infériorité à nourrir ».*

*
**

Lire ceci, et mesurer ainsi combien la réflexion de Paul Amselek est inscrite dans le siècle et la réalité des institutions, m'a ramené à une préoccupation « de terrain » qui fut celle de toute ma carrière : celle du statut et de la place du droit et des facultés de droit dans la Cité. On mesure alors l'erreur proprement conceptuelle dans laquelle nos faiseurs de systèmes et réformateurs de l'Université se sont engagés, fascinés à leur tour par le préjugé scientiste et la vertu prêtée aux étiquettes que dénonce si bien Paul Amselek, appliqués à transmuier le droit en science juridique, l'économie politique en science économique ou encore à adouber une catégorie des sciences humaines dont on a jamais su ce qu'elles étaient sinon leur appétit à englober toute une série de disciplines qui n'ont rien de scientifique. C'est sous ses nouveaux habits d'artifice tenus pour plus séduisants que toutes ces disciplines dogmatiques sont entrées dans le grand forum du précisément nommé Centre national de la recherche scientifique, la médecine mise à part il est vrai ; et ceci avec la double erreur d'un traitement uniforme des disciplines et d'amputer l'Université de sa fonction fondamentale de recherche (4).

Dira-t-on que l'histoire se répète... ou plutôt se poursuit ? Car on peut assez bien dater l'irruption de cette idéologie scientiste dans le domaine de la pensée et dans nos institutions. À la suite de Saint-Simon qui préconise un enseignement de sciences sociales autour de deux académies, l'une des intérêts, l'académie d'économie politique, l'autre des sentiments, l'académie des sciences morales et politiques, Guizot, nommé ministre de l'instruction publique et avant même la réunion des chambres fait signer par le roi, l'ordonnance du 26 octobre 1832 créant une Académie des sciences morales et politiques au sein de l'Institut de France. Il s'en explique ainsi : « *les sciences morales et politiques sont parvenues à un degré d'importance, de publicité et d'autorité jamais atteint jusqu'alors, et ont acquis un caractère vraiment*

(4) Avec son cortège d'institutions dont le patronyme fait référence à la science : Institut des sciences humaines et sociales au sein du CNRS, Maison des sciences de l'homme en 1971, Ecole des hautes études en sciences sociales issue de la VI^{ème} section de l'Ecole pratique des hautes études en 1975, Société française pour l'histoire des sciences de l'homme en 1986, etc.

scientifique, rigoureux, positif et utile parce qu'elles sont devenues plus applicables » ; ainsi « *les sciences morales et politiques serviront désormais (on peut l'espérer) à raffermir ce qu'elles sont jadis ébranlé* » (5).

Je m'égarais sans doute ; peut-être vais-je trop loin et trop vite en même temps ; et certainement je serai contredit. Au moins mon esprit vagabond témoignera de ce que, à lire le dialogue de Paul Amselek avec Alexandre Viala autour de l'œuvre de Kelsen, on est conduit au sommet de la pensée et en même temps davantage lucide sur le quotidien de notre discipline.

Yves Gaudemet

Alexandre VIALA

Vous êtes l'auteur d'une œuvre considérable qui occupe une place importante au sein de la doctrine française de théorie du droit depuis votre thèse de doctorat (6) jusqu'au récent *opus* au titre caustique : *De l'art de raconter n'importe quoi en philosophie* (7). Vous avez notamment beaucoup écrit sur Hans Kelsen qui a eu l'occasion, au demeurant, de lire et commenter votre thèse. Votre regard très critique à l'égard d'un certain nombre des positions adoptées par le juriste autrichien suscite toujours beaucoup d'intérêt à l'heure où la réception de son œuvre, en France, demeure globalement positive même s'il reste encore quelques écrits non traduits en langue française. Pour entamer notre dialogue, quels sont selon vous les apports de Kelsen à la théorie du droit ?

Paul AMSELEK

Hans Kelsen a assurément occupé le devant de la scène chez les juristes durant la plus grande partie du XX^e siècle. Il a peut-être bénéficié pendant longtemps, notamment en France, de l'aura particulière des penseurs dont on parle d'autant plus couramment qu'on ne les a pas lus, ou très superficiellement ; cette aura a certainement été renforcée, auprès de ses pairs, par sa forte personnalité et ses talents de redoutable bretteur. Avec la multiplication des traductions de sa *Théorie pure du droit* et de ses autres ouvrages, avec aussi le spectaculaire essor des disciplines philosophico-juridiques au cours des dernières décennies, une lecture plus attentive s'est peu à peu développée et a suscité, comme par un retour de balancier, des appréciations de plus en plus critiques et démystificatrices. Ayant moi-même pris une part active à

(5) Voir encore G. de Broglie, Communication à l'Académie des sciences morales et politiques du 6 janvier 2014, sur « *L'institution académique des sciences morales et politiques* ».

(6) Amselek P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, thèse, 1964, LGDJ.

(7) 2019, Dalloz.

ces remises en question, je tiens, au seuil de ce débat qui lui est consacré, à rappeler et à souligner les avancées théoriques incontestables que l'on doit au chef de l'École de Vienne et que l'on ne saurait oublier. À mes yeux, ces apports bénéfiques ont consisté pour l'essentiel, d'une part, dans le salutaire combat que Kelsen a mené contre les dérives métaphysiques de la pensée du droit, et, d'autre part, dans la place désormais centrale qu'il a donnée à l'idée de « norme » dans la théorie du droit.

1. – Kelsen a, d'abord, eu le mérite de livrer, à travers ses écrits et ses communications orales, une lutte sans merci contre la pensée naturaliste qui sévissait encore dans le secteur juridique, en dépit de l'avènement des idées positivistes en philosophie, et qui connaissait même de nouveaux élans. Ainsi qu'il l'observe dans la première édition de la *Théorie pure* (8), « depuis l'ébranlement social provoqué par la Première Guerre mondiale, la théorie traditionnelle du droit tend sur toute la ligne à revenir à la doctrine du droit naturel, à l'instar d'ailleurs de la philosophie traditionnelle qui fait un retour complet à la métaphysique pré-kantienne ». S'érigeant en figure de proue d'une croisade contre ce tenace dévoiement de la théorie juridique, Kelsen a eu le mérite d'en débusquer et d'en analyser systématiquement les incohérences ou extravagances, ainsi que les arrière-plans idéologiques et politiques. À cet égard, en se présentant d'emblée, dès les premières lignes, comme une théorie « positiviste » dans son principe même, la *Théorie pure* veut marquer qu'elle entend se situer résolument aux antipodes de la métaphysique jusnaturaliste.

Mais Kelsen est aussi parti en guerre contre une autre dérive métaphysique inspirée – revers de la médaille – par l'idéal positiviste lui-même et consistant à prétendre réduire le droit à de pures données de fait objectivement observables : « *law as fact* », pour reprendre le titre du célèbre ouvrage de Karl Olivecrona. C'est cette vue tronquée, invitant à étudier des comportements humains intersubjectifs (essentiellement, en l'occurrence, les comportements réactifs des juges aux comportements des justiciables) au lieu et place des règles de conduite constituant spécifiquement le droit, que développaient notamment les réalismes juridiques américain ou scandinave, ou encore le positivisme logique de Moritz Schlick. Mais c'est surtout un semblable travers, ou « sociologisme » comme je l'ai étiqueté, qui était professé de façon systématique dans le sillage direct d'Auguste Comte, le père fondateur de la philosophie positiviste, mais également de la nouvelle science qu'il appelait « positivisme social ». Dans cette conception naissante et encore balbutiante de ce qui allait devenir la sociologie, se trouvait développée, sous couvert de positivisme, une vision syncrétique du droit, très proche en réalité du jusnaturalisme : le droit, le droit réel ou authentique, n'émanerait pas des

(8) Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 1934, Neuchâtel, Éd. de la Baconnière, trad. Thévenaz H., p. 60.

autorités publiques ; il s'identifierait aux lois naturelles à l'œuvre derrière les faits sociaux et que la science aurait pour tâche de « lire » à travers ses observations et de retranscrire. Ce sociologisme naïf, mettant dans le même sac la raison théorique et la raison pratique, a imprégné l'École sociologique française jusqu'au milieu du XX^e siècle (cf. en particulier Émile Durkheim, Lucien et Henri Lévy-Bruhl ou Georges Gurvitch) ; il a eu aussi, à la même époque, une influence dans d'autres pays, notamment dans les pays germaniques (Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz...) et jusqu'en Amérique latine (spécialement avec l'École « égologique » du droit fondée en Argentine dans les années 1940 par Carlos Cossio).

C'est contre toutes ces manifestations ambiantes du travers sociologiste que Kelsen s'est constamment insurgé et qu'il a reconnu, d'ailleurs, avoir été mobilisé en premier lieu. Dans une notice autobiographique rédigée en février 1927 (9), il écrit à propos de ses premiers travaux : « ma critique, qui visait à la pureté de la méthode juridique, ne portait pas encore tellement sur la confusion entre la connaissance du droit positif et des postulats politiques, mais bien plutôt sur le syncrétisme d'une vision juridique ayant pour objet des normes juridiques et leur contenu et d'une vision sociologique, voire psychologique, tournée vers les comportements humains réels et la manière dont ils s'effectuent conformément aux lois de la nature ». Le combat tous azimuts qu'il a mené sans relâche sur ce front doit, en toute hypothèse, être porté à son actif.

2. – On doit aussi à Kelsen d'avoir donné, de manière décisive et irréversible, une place centrale à l'idée de « norme » dans la théorie du droit. La profession de foi véhiculée par l'École « normativiste » qui s'est constituée autour de lui se résume dans ce mot d'ordre : la théorie du droit, c'est la théorie des normes juridiques, une théorie qui a pour objet propre d'étude et de réflexion des normes. Les problèmes qui se posent à elle, les problèmes juridiques, se ramènent à des problèmes de normes, à des problèmes normatifs ; elle doit les présenter et les traiter en tant que tels, en se gardant de verser dans le confusionnisme.

Il faut souligner toute l'importance heuristique qui s'est attachée à la remise à l'honneur de ce terme « norme ». Ce synonyme de « règle », en effet, est resté longtemps peu usité. Ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle qu'il a commencé à refaire surface dans la littérature germanique, tant en morale (essentiellement à partir de la publication en 1886 de l'ouvrage *Ethik* de Wilhelm Wundt) qu'en droit sous l'impulsion d'Ernst Rudolf Bierling (10). En en faisant un usage délibéré et systématique pour désigner les règles ou réglementations juridiques, Kelsen et son École ont réussi à apporter un nouvel éclairage de ces dernières et à le faire passer auprès de la communauté des juristes.

(9) Dr. et sociétés 1987-7, p. 345.

(10) Bierling E. R., *Des normes et de leur transgression*, 1872-1916.

À cet égard, il n'est nullement exagéré de considérer que la vision du droit après Kelsen n'a plus du tout été la même qu'avant lui.

Tout d'abord, alors que le terme « règle » dénotait surtout l'idée d'« obligatoire » ou de « contraignant », le mot « norme » renvoie, lui, avec plus d'évidence à l'idée de « mesure » ou d'« étalon ». C'est ce qui explique, du reste, qu'il ait été utilisé, également à partir du XIX^e siècle, par les sociologues anglo-saxons, puis se soit répandu dans d'autres secteurs comme la médecine ou la linguistique, avec ce sens nouveau dérivé : état ou comportement habituel, correspondant à la majorité des cas, érigé en modèle de référence. Le mérite de Kelsen a été, justement, de bien mettre en lumière la nature d'étalons des règles juridiques, et plus généralement des règles de conduite, de faire apparaître que ces règles dirigent ceux qu'elles visent en étalonnant les conduites qu'ils ont à tenir. Il a clairement montré, par là, la relation entre lesdites règles, les jugements de valeur effectués sur leur base et la valeur positive ou négative des conduites qui en découle : « une conduite, écrit-il dans les premières pages de la *Théorie pure* (11), correspond à la norme, elle y est conforme, lorsqu'elle est telle qu'elle doit être selon cette norme ; elle contredit à la norme lorsqu'elle n'est pas telle qu'elle doit être selon cette norme [...]. L'affirmation qu'une conduite effective est telle qu'elle doit être d'après une norme [...] est un jugement de valeur, plus précisément un jugement de valeur positif. Il signifie que la conduite effective est *bonne*. L'assertion qu'une conduite effective n'est pas telle qu'elle doit être selon une norme [...] est un jugement de valeur négatif. Il signifie que la conduite effective est *mauvaise* [...] La norme joue le rôle d'étalon de valeur pour les conduites effectives ». L'essentiel est dit, même s'il n'est pas très approfondi (j'indiquerai par la suite les réserves qu'appellent les analyses plus développées de Kelsen), et même s'il n'est pas tout à fait exactement exprimé ; il n'est pas vrai de dire que « seuls des faits réels » ou « conduites effectives » peuvent être confrontés à des normes et donner lieu à des jugements de valeur : il peut s'agir aussi de faits seulement imaginés, supposés ou projetés, comme l'attestent les erreurs judiciaires.

La nouvelle terminologie mise en circulation par Kelsen a aussi permis de mieux clarifier et d'unifier d'autres données fondamentales de l'expérience juridique en ramenant toutes les autorités y prenant part à un profil identique : celui d'organes d'édiction de normes ou organes « normateurs ». Il a fallu, pour cela, opérer et faire admettre une véritable révolution conceptuelle dans les esprits. Jusque-là, en effet, la théorie juridique reposait sur une conception tronquée – encore vivace chez quelques juristes – selon laquelle toutes les règles, et donc les règles de droit, seraient et ne pourraient être que générales ; assez étrangement, la généralité se trouvait incluse dans la définition même de la règle. Cette conception s'était enracinée au siècle des Lumières

(11) Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, trad. Eisenmann C., 1962, Dalloz, p. 23 et s.

sous l'influence à la fois des idées propagées par le *Contrat social* de Rousseau et de la fascination exercée par les lois scientifiques, qui poussait à penser toutes les règles, même les règles pratiques et spécialement les « lois » juridiques, sur leur modèle (caractérisé depuis Aristote par la formule : « Il n'y a de science que du général »). C'est grâce au changement de terminologie initié par Kelsen qu'on a pu rompre avec les habitudes de pensée liées à l'ancienne terminologie et prendre enfin conscience de l'identité de nature d'actes que la théorie juridique tenait traditionnellement pour radicalement différents – des actes tels qu'une loi, un arrêté administratif, un contrat, un jugement ou un testament – ; on a enfin pu concevoir dans la clarté qu'il était possible de diriger de façon identique la conduite personnelle d'un individu aussi bien que celle de toute une classe d'individus. C'est grâce à cette nouvelle sémantique que Kelsen a ainsi fait apercevoir que les autorités législatives, administratives et judiciaires exercent le même type fondamental d'activité, une activité « normative » : il s'agit, non pas de trois « fonctions » d'essence différente, mais de trois spécialisations d'un même pouvoir général de direction des conduites assumé par l'État. Étrange pouvoir des mots, comme l'a bien relevé Charles Eisenmann (12) : alors que la théorie juridique n'arrivait pas à concevoir qu'une « règle » puisse ne pas être générale, Kelsen a réussi à lui faire admettre qu'une « norme » puisse être aussi bien générale que particulière, même si les deux termes en cause sont rigoureusement synonymes et interchangeables !

Alexandre VIALA

Je souscris pleinement, pour commencer, à vos observations relatives à l'un des apports majeurs de l'œuvre de Kelsen qui a justifié qu'on puisse, *a posteriori*, la qualifier de doctrine normativiste. L'auteur de la *Théorie pure du droit* a définitivement introduit, en effet, dans la culture juridique occidentale la notion de norme et a contribué au vieillissement de la notion rousseauiste de volonté générale qui associait abusivement la règle à l'idée de généralité. Vos remarques rejoignent les réflexions de Jean Carbonnier qui faisait observer que la loi réputée, depuis Rousseau, comme l'instrument privilégié de la fabrique du droit en raison de sa généralité ne répondait pas aux mêmes attentes que la norme : tandis que la loi était une œuvre révolutionnaire accomplie en France dans le but de protéger la généralité des citoyens contre l'arbitraire individuel du prince ou du juge, la norme sera promue, au lendemain des ravages du nazisme, pour construire l'État de droit avec la promesse d'affranchir le droit des risques de dérive de la généralité incarnée par la loi (13). Kelsen est alors considéré comme la figure principale de cette relégation culturelle du rousseauisme dans les démocraties contemporaines.

(12) Eisenmann C., *Cours de droit administratif*, t. 2, 1983, LGDJ, p. 211.

(13) Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996, Flammarion, p. 38 et s.

Je voudrais maintenant revenir, plus substantiellement, sur votre propos liminaire au sujet du combat sans concession qu'a mené Kelsen contre la dérive métaphysique de la pensée juridique. Son hostilité à l'égard des doctrines du droit naturel est en effet l'un des traits caractéristiques les plus connus de son œuvre. Mais la métaphysique est une tentation à laquelle ne succombent pas seulement les juristes qui se réclament du jusnaturalisme. Il existe également tout un courant du positivisme au sein duquel Hans Kelsen a repéré, en le déplorant fermement, la même dérive. Vous y faites allusion, à juste titre, en évoquant le « travers sociologiste » d'un certain nombre de juristes qui ont, dans le sillage d'Auguste Comte, prétendu découvrir dans les faits sociaux l'existence de lois naturelles. Pour ma part, je ne dirai pas qu'il est méthodologiquement inacceptable d'énoncer des lois à partir de l'observation de ce type de faits. Si les faits sociaux doivent être appréhendés comme des choses, pour reprendre les termes d'Émile Durkheim, il est tout à fait admissible de considérer les rapports qui se tissent entre eux à la lumière du principe de causalité. On ne peut donc pas nier l'existence de lois scientifiques destinées à rendre compte du monde social. De telles lois peuvent être qualifiées de « lois naturelles » si l'on entend par « naturel » tout ce qui relève du monde de l'être régi par des lois de nature causale. Ces lois sont des lois scientifiques qui énoncent *ce qui est*, par opposition aux lois normatives qu'adopte toute autorité créatrice de droit énonçant *ce qui doit être*. Prenez l'exemple des termes qu'emploie Hobbes dans son *Léviathan* pour décrire la relation étanche entre ce qui est et ce qui doit être : il dénomme « loi naturelle » (*lex naturalis*) une loi qui énonce que l'usage illimité, par chacun, de ses « droits naturels » entraîne le chaos au point d'anéantir de tels droits. Mais il précise que cet énoncé n'est pas prescriptif. Contrairement aux « droits naturels » qui relèvent d'un postulat métaphysique, la « loi naturelle » est anthropologique. Elle éclaire les individus en énonçant ce qui est mais ne leur assigne aucune conduite. Avertis, ces derniers demeurent libres de déléguer leurs droits au souverain en souscrivant ou non au contrat social qui énoncera ce qui doit être. La loi naturelle n'a pourtant pas pour objet la nature proprement dite, mais la conduite des êtres humains observée comme n'importe quel objet empirique. Hans Kelsen lui-même d'affirmer qu'il n'existe aucune raison « de ne pas envisager la conduite humaine aussi comme un élément de la nature » (14). C'est ainsi qu'il convient de distinguer les sciences sociales non normatives, dont la sociologie est la principale discipline, des sciences sociales normatives à l'instar de la science du droit. Les premières portent sur un objet empirique qui est, comme la nature, causalement déterminé : la conduite des êtres humains en société que le sociologue appréhende sans tenir compte des normes juridiques qui gouvernent ces derniers. Les secondes ne

(14) Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Eisenmann C., 1962, LGDJ-Bruylant, p. 84.

portent en revanche leur regard que sur ces normes, qui constituent un objet non empirique que le juriste observe sans tenir compte du comportement social des êtres humains qu'elles gouvernent. Au regard de cette importante distinction, je ne vois pas ce qui nous interdit de qualifier de « naturelles » les lois qu'énonce la sociologie pour rendre compte d'un phénomène, la société, qui est aussi empirique que la nature.

Mais je voudrais insister sur un point important en m'autorisant de vos propres analyses sur le caractère éminemment constructif des lois de causalité (15). La conduite des êtres humains en société n'est pas un objet causalement déterminé *en soi*, tout comme ne l'est pas davantage, au demeurant, ce qu'on appelle la nature dont on sait, depuis Ernst Mach, « qu'elle ne vit qu'une seule fois » (« Dans la nature, écrivait-il, il n'y a ni causes ni effets. La nature ne vit qu'une seule fois » (16)). Comme l'aurait lui-même affirmé David Hume pour qui la causalité n'est rien d'autre qu'une construction de l'esprit, celle-ci est établie par des lois que fabrique lui-même le sociologue. Lorsque Gustave Le Bon évoque une « psychologie des foules » qui anime les membres d'une société indépendamment de la volonté de chacun d'entre eux, il propose à la communauté scientifique une représentation du monde social. Il la présente sous une forme systématique après avoir observé des comportements humains qui, par-delà leur régularité, n'en demeurent pas moins contingents. Le saut qualitatif, au terme duquel il tire de cette observation de la contingence une loi universelle, relève de sa propre souveraineté scientifique qui l'a conduit à émettre une hypothèse dont il doit accepter, devant ses pairs, le caractère réfutable. Voilà pourquoi nous qualifions « loi », cette opération de rationalisation d'un donné contingent énoncée dans le langage causal. Elle est une loi parce qu'elle est la signification d'une volonté : « moi, Gustave Le Bon, je veux que vous soyez convaincus qu'il existe une psychologie des foules ». Toute loi, y compris les lois « naturelles » qui énoncent ce qui est, demeure l'expression d'une volonté. Une loi naturelle exprime la volonté de construire un objet scientifique quand la loi juridique signifie la volonté de prescrire une conduite humaine. La première est causale quand la seconde est normative, mais ni l'une ni l'autre n'existe en dehors de l'esprit de chacun de leurs auteurs respectifs, qu'il soit savant dans le premier cas ou politique dans le second.

Aussi, ce que stigmatise Hans Kelsen lorsqu'il dénonce le « travers sociologiste » d'un certain positivisme, n'est pas tant la construction de ces lois naturelles qui proposent une lecture systématique des phénomènes sociaux que le glissement auquel se livrent certains juristes en assignant à leurs énoncés une fonction normative. Tel est le travers dont se sont rendus cou-

(15) Amselek P., *Science et déterminisme, éthique et droit. Essai sur une fausse antinomie*, 1988, PUF.

(16) Mach E., *La mécanique*, 1925, Paris, J. Hermann, trad. fr. Bertrand É., p. 451.

pables certains juristes qui, dans le sillage d'Auguste Comte, prétendaient que l'observation sociologique des comportements humains permettait d'énoncer des normes juridiques. Parmi ces normes juridiques imaginaires, figure sous la dénomination générique de « droit objectif », cette mystérieuse source normative que le doyen Léon Duguit prétendait tirer du fait social. Ce dernier est l'auteur français le plus représentatif de ce syncrétisme méthodologique condamné par Kelsen car, en interprétant normativement un objet qu'il devait construire causalement, il attribuait à la société la fonction normative qu'Aristote imputait à la nature. Le positivisme sociologique emprunte ainsi le même chemin métaphysique que les doctrines classiques du droit naturel ; dans l'un comme dans l'autre paradigme de la pensée juridique, il s'agit de prétendre repérer, à partir du donné observable (le fait social ou la nature), ce qui n'est pas du tout repérable : le droit. Ce regard porté au-delà de ce qui est observable est bel et bien constitutif de ce qu'on peut considérer comme une dérive métaphysique. Certes, vous me direz que le fait de « lire » de la causalité dans la nature ou dans la société est déjà, comme le révéla David Hume, une attitude métaphysique. Kant ne dira pas autre chose lorsque, réveillé de son sommeil dogmatique, il tiendra la causalité non pas comme une réalité mais comme une idéalité ou, pour être plus précis, une catégorie *a priori* de l'entendement. Mais cette idéalité qu'est la causalité n'a pas pour objectif, contrairement à la normativité, de diriger nos conduites. Elle a certes une finalité pragmatique qui est de nous aider à nous repérer dans le « flux événementiel des événements », comme l'énonce votre jolie formule, mais sa fonction n'est pas prescriptive. Ce que Kelsen mettait à l'index chez les héritiers d'Auguste Comte résidait précisément dans ce glissement normatif que je considère comme caractéristique de la dérive épistocratique du positivisme philosophique : une dérive consistant à prétendre gouverner en se parant d'un discours scientifique. En affirmant que la science du droit constitutionnel ne méritait aucune seconde d'attention si elle ne servait pas à « indiquer aux gouvernants, et spécialement au législateur, les règles qui s'imposent à eux, et par conséquent, ce qu'ils doivent faire et ce qu'ils ne doivent pas faire » (17), le doyen bordelais succombait à cette tentation épistocratique contre laquelle la *Théorie pure du droit* sera le plus ferme rempart.

Paul AMSELEK

Je relève, à travers vos observations, que nous sommes largement d'accord sur le fond, sinon toujours sur la forme d'expression de la pensée. J'ai juste deux petites réserves à formuler. En premier lieu, la mise en lumière par l'École de Vienne de la possibilité pour les règles ou normes d'être particulières et pas uniquement générales est une élucidation purement conceptuelle. Elle n'a

(17) Duguit L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1899, Paris, Fontemoing, rééd. 2003, Dalloz.

pas eu d'influence sur l'expérience juridique elle-même, sur la politique législative ; elle n'a pas spécialement contribué à la construction de l'État de droit. Elle n'a joué qu'à l'égard de la théorie juridique en l'aidant à analyser plus correctement les données du droit positif. Les règles juridiques particulières n'ont pas attendu cette élucidation pour être pratiquées, notamment sous la forme de décisions administratives ou judiciaires ; elles ont même probablement été, comme l'a également montré le doyen Carbonnier, prédominantes dans les formes primitives de l'expérience juridique, la mentalité des premiers âges de l'humanité ayant été réfractaire aux abstractions dont participe le général.

En second lieu, pas plus que vous je ne dirai qu'« il est méthodologiquement inacceptable d'énoncer des lois [entendons : des lois scientifiques ou règles théoriques] à partir de l'observation des faits [sociaux ou autres] » ; c'est là le principe même de la démarche scientifique, ainsi que je l'ai constamment exposé dans mes écrits. En revanche, qualifier les lois scientifiques de « naturelles » au motif qu'elles s'appliquent à la « nature », à des « faits naturels », me paraît à la fois inapproprié et dangereux : il n'est pas conforme à l'usage établi d'étiqueter « naturelles » des choses qui ne le sont pas dans leur essence même, en l'occurrence des constructions humaines, des artefacts mentaux créés par l'homme. Cette qualification risque, par ailleurs, d'inciter à penser justement que les lois scientifiques sont « naturelles », qu'elles existent déjà en tant que telles dans la nature derrière les faits observés par le savant et que celui-ci ne ferait que décrypter ; cette dérive métaphysique, sœur jumelle du jusnaturalisme, n'est que trop répandue et n'a pas besoin d'être encouragée. Par contre, je ne vous dirai jamais que le simple fait de construire des lois théoriques nous permettant de nous repérer dans le déroulement du cours des phénomènes naturels correspond à « une attitude métaphysique » : il s'agit d'une démarche purement pragmatique développée par l'ingéniosité de l'esprit humain à partir et sous le contrôle de l'expérience.

Alexandre VIALA

À ceci près que David Hume, dont vous admettez dans vos travaux qu'il nous a délestés du préjugé selon lequel il existerait dans la nature une causalité en soi, a toujours écrit qu'au fond la science est elle-même une forme de métaphysique. Dès l'instant où le savant formule des hypothèses en prétendant généraliser des phénomènes contingents et empiriques – qui se produisent tout aussi bien dans la nature que dans la société – les lois qui en résultent n'existent que dans son esprit et ne sont rien d'autre, comme il le soulignait souvent au point d'avoir réveillé Kant de son sommeil dogmatique, que l'expression d'une croyance. C'est en cela que selon Hume, la science, tout comme la religion, n'est pas dénuée de tout lien avec la métaphysique. Mais je voudrais conclure sur ce premier volet pour dire que la métaphysique n'est pas un gros mot. Depuis Emmanuel Kant, nous savons qu'elle ne consiste pas seulement à prétendre connaître ce qui n'est pas connaissable à l'instar de

quiconque, par exemple, annonce être en mesure de prouver l'existence de Dieu. Elle consiste aussi, selon une conception que va promouvoir le penseur de Königsberg, à faire comme s'il existait des régularités dans la nature, à caler son travail expérimental sur des présupposés qui fonctionnent comme des fictions assumées. En ce sens, la métaphysique possède une fonction heuristique dont tout savant est familier. Mais nous voilà justement entrés, au stade de cet échange, dans le cœur de la question épistémologique dont la science du droit n'est pas exonérée comme l'a montré Kelsen. Quelles sont, selon vous, les forces et les faiblesses de la dimension épistémologique de l'œuvre de Kelsen ?

Paul AMSELEK

Le dessein poursuivi par Kelsen a été originairement et fondamentalement épistémologique ; il n'a été que secondairement, accessoirement à cette visée, ontologique : le chef de l'École de Vienne a bien entendu développer une *théorie pure* du droit (*Reine Rechtslehre*) et non pas une théorie du *droit pur*, une théorie axée directement sur l'élucidation du droit lui-même dans la pureté de son essence ou identité. Dans ma thèse de doctorat, j'avais cru déceler, en le lisant, une influence des directives méthodologiques de l'eidétique phénoménologique de Husserl aux fins de purifier ou épurer la représentation des choses à notre conscience – d'autant plus qu'il avait expressément salué les *Idées directrices pour une phénoménologie* (18) – ; dans le substantiel et incisif commentaire critique de mes analyses (mon maître Eisenmann lui avait remis un exemplaire de mon ouvrage à l'occasion d'une escale-éclair à Paris), Kelsen nia catégoriquement tout lien entre ce courant de pensée et sa propre démarche (19). Il s'agissait de ma part, je le reconnais, d'une erreur de jeunesse, induite par des approfondissements encore insuffisants : le projet de Kelsen était en réalité, dans son principe, de fonder une « science du droit », une science authentique à l'image et à l'égal des sciences naturelles. Il souhaitait, par là, dresser un rempart contre les égarements métaphysiques des juristes et ce qu'il tenait pour des dérives idéologiques et politiques de leur part.

Mais, sous ces nobles intentions, il s'est engagé en fait dans une impossible gageure : faire rentrer la théorie juridique de type traditionnel, c'est-à-dire la dogmatique – ou doctrine – juridique, dans le moule d'une science, d'une science pure et dure selon ses propres termes. Cette gageure est comparable aux rêves les plus fous de transmutation des alchimistes ! C'est que la dogmatique à laquelle s'adonnent les juristes, spécialement – mais pas

(18) 1^{re} éd., 1913.

(19) « Eine phänomenologische Rechtstheorie », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1965, XV-4, p. 353 à 409 ; trad. en italien par Stella G., *Una teoria fenomenologica del diritto*, 1990, Edizioni Scientifiche Italiane.

uniquement – les juristes universitaires, n'a rien d'une science proprement dite. La science a pour vocation de construire des lois ou règles théoriques destinées à permettre à notre entendement de se repérer dans les flux événementiels du réel : elles donnent la mesure de la possibilité de survenance d'un type de phénomène en fonction de telles ou telles circonstances (« dans telles circonstances, tel phénomène doit, ne peut pas, peut ou – pour les lois dites “probabilistes” – a tant de chances de se produire »). La dogmatique juridique, elle, ne cherche pas à étalonner ainsi la possibilité de l'avoir lieu des faits. Elle correspond à une activité intellectuelle d'une tout autre nature, procédant – pour reprendre encore la terminologie kantienne – non pas de la raison théorique, mais de la raison pratique ; j'ai proposé de l'appeler « technologique » : elle porte, en effet, sur les objets techniques ou outils de direction des conduites que sont les règles juridiques mises en vigueur dans les sociétés politiques par les pouvoirs publics. Il s'agit d'une activité au service de cette expérience artisanale humaine (d'ingénierie sociale, selon la jolie formule de Roscoe Pound), visant à l'accompagner et à la rendre praticable en offrant aux différents acteurs intéressés une présentation didactique des règles à suivre ; elle vise aussi à contribuer, par ses commentaires, avis et suggestions, à son perfectionnement, à une meilleure qualité de ces outils et à leur meilleure adéquation aux besoins publics en cause. Pour ramener un tel type d'activité dans le lit de la science, il fallait se livrer à des opérations d'« ajustement » dignes de Procuste : c'est exactement ce que Kelsen a fait en recourant à deux arguments tranchants à ses yeux, se fondant en réalité sur de bien faibles idées reçues, et en n'hésitant pas, par ailleurs, à aller jusqu'au bout de cet extravagant modelage scientifique de la dogmatique.

1. – L'argument principal invoqué pour démontrer la scientificité de la dogmatique, c'est qu'elle aurait pour tâche, et pour tâche exclusive, de *décrire* son objet, les normes juridiques : science normative, elle décrirait le *sollen* des normes juridiques, ce qui doit être selon elles, de même que les sciences de la nature décrivent ce qui est, ce que la nature donne à voir. Les « propositions de droit » (*Rechtssätze*) émises par elle seraient ainsi susceptibles, à la différence des normes juridiques elles-mêmes, d'être dites vraies ou fausses comme les lois théoriques formulées par les sciences naturelles. L'identité qu'elles partagent avec ces dernières transparaîtrait dans leur même articulation formelle : « si..., alors... ». Toutefois, Kelsen concède une différence derrière cette uniformité de façade ; les propositions de droit exprimeraient, non pas un principe de causalité (« si A est, B est », « si un métal est chauffé, il se dilate »), mais un principe d'*imputation* (« si tel délit est commis par une personne, telle sanction doit lui être imputée »).

Ces vues développées par Kelsen apparaissent à l'examen manquer singulièrement de pertinence. D'une part, l'idée que la science a une démarche purement descriptive et que c'est par là qu'elle est science, bien que cliché encore couramment répandu, est inexacte. La science ne décrit pas, le savant

n'est pas un simple contemplateur ; c'est un constructeur. Et les lois scientifiques ne sont pas des descriptions : ce sont des outils construits par le savant, certes à partir d'observations et de descriptions, mais qui ne décrivent pas eux-mêmes le monde ; ils le *modélisent*, mettent ses productions en équations, nous permettant de nous repérer mentalement dans les chaînes événementielles et de faire des anticipations. Dans l'exemple pris par Kelsen, la loi physique ne dit pas « lorsqu'un métal est chauffé, il se dilate », mais plus exactement « il *doit* se dilater ». Pas plus que les autres outils de toutes natures, pas plus que les normes juridiques et plus généralement éthiques, ces règles théoriques ne peuvent être taxées de vérité ou de fausseté ; on peut seulement les qualifier de bons ou mauvais outils. Ce sont les pré-vision établies sur leur base qui sont susceptibles d'être dites vraies ou fausses selon qu'elles sont confirmées ou infirmées par l'expérience.

D'autre part, et au demeurant, la tâche de la dogmatique juridique n'est pas, elle non plus, descriptive. L'idée même de description est inappropriée s'agissant de la teneur de règles, c'est-à-dire de séquences de pensée discursive, codée en langage. On ne peut, à proprement parler, décrire que des choses observables du monde sensible. On peut décrire l'acte d'édition du législateur en disant : « le législateur a prononcé ou a écrit telles paroles ». Mais la dogmatique ne se borne heureusement pas à ce rôle de perroquet, de redite ou de paraphrase des dispositions édictées. Elle se livre, à propos du contenu de pensée des règles juridiques, très exactement à des *commentaires* : ce terme évoque dans son étymologie (*cum-mens*) l'idée d'avoir de la pensée à l'esprit, de penser sur de la pensée ; ce n'est pas pareil que de transcrire ce que nos sens nous donnent à observer. Ces commentaires peuvent certes être analytiques, donner une analyse plus ou moins approfondie de ces contenus de pensée. Ils ne sont pas pour autant, à la manière des descriptions, susceptibles d'être dits vrais ou faux : ils ressortissent au domaine des opinions, comme l'expriment d'ailleurs parfaitement les appellations « dogmatique » ou « doctrine ». Ces commentaires analytiques se placent, en d'autres termes, non pas sous le signe de la *vérité* et de la *vérification*, mais sous celui de la *justesse* et de la *justification* : il ne s'agit pas de l'adéquation de la représentation des choses à ce qu'elles donnent à voir, mais de l'adéquation – de la justesse de correspondance – du commentaire analytique de la règle au sens des dispositions commentées. Au surplus, la dogmatique ne se contente pas de faire des commentaires analytiques ; elle fait aussi, je vais y revenir, des commentaires critiques, qui excluent encore plus manifestement toute référence à l'idée de description.

On ne peut pas ne pas relever, avant d'en finir avec ce premier point, combien il est irréaliste et naïf, dans le souci de coller aux « propositions de droit » l'apparence formelle des lois scientifiques, de ramener tout le travail de la dogmatique à la fabrication d'énoncés imputant tel ou tel type de sanctions aux auteurs de tel ou tel type de délits. Comme si le droit dans sa totalité, dans son essence, n'était que du droit pénal. C'est là adopter la vue

purement impressionniste de l'homme de la rue pour qui le Gendarme, le Juge et la Prison constituent traditionnellement les figures emblématiques immédiates du droit à la conscience.

2. – Ne résiste pas davantage à l'examen le second argument invoqué par Kelsen, qui d'ailleurs se combine mal avec le précédent : la dogmatique juridique aurait la nature d'une science en tant qu'activité de présentation ordonnée des normes juridiques édictées. Cette association du scientifique à une démarche intellectuelle de systématisation est aussi une idée reçue, qui a été principalement accréditée par Kant à travers sa conception de l'« architectonique » ou « art des systèmes », qu'il a exposée dans sa *Critique de la raison pure* et reprise dans sa *Doctrine du droit*. En fidèle disciple, Kelsen a cru pouvoir se fonder sur elle : « de même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système doté d'une unité – le cosmos, la nature – que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne deviennent un système présentant une unité, exempt de contradictions, en d'autres termes un ordre – un ordre juridique – que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit » (20).

Si cette conception de la science est aussi répandue, c'est sans doute parce qu'elle permet de se parer de ce prestigieux label à des disciplines non scientifiques, qui croient par là se valoriser davantage. En réalité, il faut se garder de confondre scientifique et rationnel. Toute discipline, par définition, correspond à une activité intellectuelle de mise en ordre, de présentation ordonnée, rationalisée, de données d'un certain type ; elle n'est pas pour autant science : les récits des événements du passé construits par les historiens, de même que les exposés didactiques développés en matière d'art, de cuisine, de sports, de jeux, etc., ne sont pas assimilables à une activité scientifique. On ne doit pas se laisser abuser par des similitudes factices dans les manières de s'exprimer : une chose est le travail de « mise en ordre » du savant, qui consiste à élaborer des lois mettant en système les apparitions au monde des différents types de phénomènes pour nous permettre de nous repérer dans le déroulement du cours du réel, une tout autre chose est le travail du juriste-dogmaticien, qui consiste à ranger les outils juridiques en vigueur et à en faire, pour les besoins de la pratique de ces outils, une présentation ordonnée, systématique, cohérente.

3. – Dans cette entreprise de réduction contre nature de la dogmatique juridique à une science, Kelsen n'a pas hésité à tirer toutes les conséquences, quitte à enserrer le juriste-dogmaticien dans un invraisemblable et intenable carcan. Je voudrais formuler à ce propos deux séries de réflexions.

Première série de réflexions – En présentant la dogmatique comme une science « normative » du droit, et plus précisément comme la seule

(20) *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 98.

authentique science du droit, le chef de l'École normativiste visait, par la même occasion, tout à la fois à la démarquer et à la protéger de la sociologie juridique encore à la recherche de ses marques qui la considérait avec commisération et, dans le sillage d'Auguste Comte, se voyait promise à la supplanter. Mais cette idée même d'une « science normative », d'une science bizarrement axée, non pas sur des faits comme les autres sciences, mais sur des normes, a amené le maître autrichien à concevoir une opposition fort ésotérique entre deux sortes de mondes parallèles, le monde des faits et le monde des normes dans lequel le juriste évoluerait et serait confiné ; deux mondes radicalement séparés et disparates, se déclinant sur des registres de pensée ou modes logiques totalement différents : l'un en « être » (ou *sein*), l'autre en *devoir-être* (ou *sollen*). Deux mondes donc irréductibles, insusceptibles d'entrer en contact ou d'être rapprochés, sans commune mesure l'un avec l'autre. Dans une telle vision dichotomique, il était impliqué que le monde des normes est nécessairement un monde en circuit fermé, s'alimentant à lui-même. Kelsen n'a pas hésité à soutenir en conséquence qu'il ne peut y avoir des normes pures et simples, mais seulement des normes *valables*, édictées en vertu d'autres normes : un acte d'autorité, accompli dans l'espace et dans le temps, ne saurait, en effet, donner naissance par lui-même à une norme, car du *sein* ne peut engendrer du *sollen*. Cet acte ne poserait authentiquement une norme que si et parce qu'une autre norme (une norme « supérieure ») habilite son auteur à émettre une norme ; sans cette habilitation, l'acte est insusceptible de donner lieu à une norme, quelles que soient les intentions de l'auteur. C'est donc, conclut Kelsen, la norme supérieure qui fait naître la nouvelle norme, et non pas l'acte lui-même qui l'édicte, lequel ne serait que la « condition » permettant à la norme supérieure d'engendrer – d'accoucher – la norme en question. Grâce à cette explication tarabiscotée, ou plutôt à ce tour de passe-passe qui néantise en quelque sorte l'acte d'édition et fait glisser, comme par enchantement, sa nature agissante et créatrice sur la norme supérieure habilitatrice, on parvient bien à ce résultat qu'une norme ne découle jamais que d'une autre norme dont elle tire sa validité qui est, nous dit Kelsen, son « existence » même (21). Cet escamotage a été bien relevé et dénoncé par Carl Schmitt, dont les analyses « décisionnistes » prenaient précisément le contre-pied du normativisme kelsénien.

De semblable façon, une conduite humaine ne pouvant à ses yeux, en raison de sa nature factuelle, être directement rapportée à une norme juridique, Kelsen n'a pas hésité non plus, pour surmonter cette aporie, à prêter au jugement de valeur opéré sur la base d'une norme juridique une procédure alambiquée elle aussi, faisant intervenir un soi-disant et abracadabrantesque

(21) *Ibid.*, p. 12 et s. ; Kelsen H., *Théorie générale des normes*, 1979, trad. Beaud O. et Malkani F., PUF, 1996, p. 35 et 230.

« substrat indifférent au mode » (22). Et bien sûr, au nom de la « pureté » de la science normative du droit, il n'a pas davantage hésité à prétendre interdire, en principe, au juriste de prendre en compte des faits – des données du monde du *sein* – dans ses démarches, comme si la dogmatique pouvait se livrer sérieusement à son travail de rationalisation technologique avec de pareilles ceillères, comme si elle pouvait se passer d'étudier les normes juridiques dans leur contexte sociopolitique, ne serait-ce que pour en donner une présentation éclairée ou pour en faire une interprétation convenable. On voit ici que, s'étant insurgé au départ contre la tendance syncrétique de certains courants de pensée à occulter les normes dans la vision du droit et à réduire celui-ci à de purs faits, Kelsen est finalement tombé dans un excès inverse en excluant ainsi de l'étude des normes juridiques le contexte factuel dans lequel elles s'inscrivent. Le maître autrichien s'est, de surcroît, contredit par ailleurs : inspiré par un fallacieux parallèle avec les lois scientifiques, qui perdent leur valeur pragmatique lorsqu'elles apparaissent ineffectives, non confirmées par la réalité, il a soutenu que le maintien de la validité des normes juridiques était pareillement subordonné à leur effectivité, donc à des faits sociaux d'application ou observance – de sorte qu'en définitive le juriste devrait constamment scruter la réalité sociale pour s'assurer de cette effectivité et donc de la validité et existence même des normes juridiques « positives » entrant seules dans son champ d'étude : postulat aussi irréaliste que celui coupant radicalement le juriste de tout contact avec les faits.

Seconde série de réflexions – À vouloir calquer la dogmatique juridique sur le modèle de la science, à l'image des sciences de la nature, Kelsen a été conduit à prétendre lui imposer une parfaite neutralité axiologique, à lui interdire tout jugement de valeur sur le droit en vigueur : le juriste ayant une tâche purement descriptive, il doit, répète-t-il constamment, dire comment est le droit positif, non comment il devrait être. Là encore, cette prétention revient à vouloir faire endosser à la dogmatique un carcan contre nature. Il appartient, en effet, à cette dernière de se livrer, à côté de ses commentaires analytiques, à des commentaires critiques consistant à apprécier la réglementation juridique telle qu'elle a été édictée et éventuellement telle qu'elle est interprétée et appliquée, à dénoncer les défauts de toutes sortes – obscurités, lacunes, incohérences, antinomies – qu'elle peut comporter, ou les conséquences socialement néfastes qu'elle risque d'entraîner, les entorses qu'elle inflige aux valeurs communément admises, etc. Il est bel et bien de son ressort de suggérer des améliorations à apporter au droit en vigueur, d'indiquer « comment il devrait être », notamment à la lueur des expériences étrangères. Je rappelle que la dogmatique juridique est appelée dans les pays germaniques et anglo-saxons « jurisprudence », terme qui évoque littéralement l'idée de pourvoir (*providere*, d'où découle *prudentia*) aux besoins de la pratique juridique.

(22) *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 71 et s.

Ces commentaires critiques, dont la dogmatique ne s'est jamais privée, loin de là, sont parfaitement légitimes et ne correspondent nullement de sa part à une sorte de dévoiement général, de manquement déontologique chronique. C'est, au contraire, l'attitude du juriste résolu à s'abstenir de toute appréciation, à demeurer froidement neutre, à se laver les mains en quelque sorte des données pratiques, qui constituerait un manquement grave à sa fonction sociale, à ce que les autres attendent de lui, à savoir : contribuer à faire progresser le droit en vigueur et à améliorer les conditions de l'expérience juridique, avec laquelle il a partie liée. Ce que Kelsen était fondé à condamner, au nom de son combat contre les dérives métaphysiques, c'étaient seulement les commentaires critiques prétendant reposer sur des données transcendantes supra-humaines et se parer d'une autorité absolue opposable au législateur lui-même, le juriste passant ainsi du statut de théoricien du droit à celui de supérieur des organes législatifs officiels. On doit observer, au demeurant, qu'une pure neutralité axiologique est pratiquement impossible ; elle équivaut, en effet, à une espèce de connivence tacite, voulue ou forcée, avec les dirigeants publics en place, à une forme de blanc-seing implicite reconnu à ces derniers, comme le laisse bien paraître l'image de la dogmatique dans les États totalitaires.

Alexandre VIALA

Vous abordez la question fondamentale de savoir si le droit peut légitimement jouir, en sa qualité d'activité académique déployée dans les facultés du même nom, du statut de discipline scientifique. Kelsen a consacré toute son œuvre et sa carrière au soutien de cette reconnaissance au point de vouloir assigner à la science juridique les méthodes applicables aux sciences dites « dures ». Je voudrais revenir sur votre scepticisme à l'égard de ce projet épistémologique qui n'est pas sans rappeler celui de Wittgenstein à l'égard de la philosophie qu'il prétendait vouloir dissoudre dans l'analyse logique du langage. Je me demande si votre regard critique ne vous conduit pas, au fond, à dévaloriser le métier de juriste auquel vous déniez toute dimension scientifique en le définissant comme une activité d'ordre « technologique ». Certes, je suis conscient avec vous de la spécificité de l'objet « droit » qui est particulièrement rebelle, contrairement aux objets livrés au regard des sciences expérimentales, à ce qui constitue le cœur de la démarche scientifique : la description empirique. Je vous concède sur ce point qu'il n'est pas épistémologiquement recevable d'assimiler une norme à un objet quelconque du monde physique observable à l'œil nu et cette particularité de l'objet juridique n'est pas de nature à rendre la notion kelsénienne de « proposition de droit » (*Rechtssätze*), censée décrire la norme juridique, particulièrement féconde. Pas plus qu'il n'est sérieux, au demeurant et comme vous le soulignez à juste titre, de considérer que la science en général, quel que soit l'objet sur lequel elle porte son attention, serait le résultat d'une simple description et d'une connaissance purement contemplative du monde. La science, en effet, n'est pas une activité de verbalisation et l'énoncé par lequel s'exprime le savant, que ce soit

client, la signification des énoncés normatifs qu'ils ont à leur disposition afin de déterminer la norme applicable en vue de gagner un procès. Nous pouvons dans ce cas, je le reconnais aisément, parler d'activité intellectuelle d'ordre « technologique ».

Mais j'ose penser qu'indépendamment de cette technologie sociale de type conséquentialiste, qui répond à des intérêts bien compris, il existe bel et bien une « science du droit », celle des professeurs, qui opère différemment vis-à-vis de son objet et qui mérite une autre qualification que celle de « dogmatique » juridique chère aux avocats et aux conseillers juridiques. Il s'agit de la « théorie » juridique qui ne consiste nullement à conseiller quiconque par la voie de jugements de validité mais à offrir, de façon désintéressée et sans tomber dans le travers stérile d'une plate répétition des énoncés normatifs, une représentation du monde juridique sous la forme de concepts. Le concept de hiérarchie des normes, promu par Kelsen à partir des réflexions de son élève Adolph Merkel, en est une éclatante illustration. L'opération intellectuelle se présente, dans cette perspective, comme scientifique dès l'instant où son but est de dévoiler la réalité du monde derrière l'apparence de ses manifestations. La science du droit est une théorie au sens étymologique du terme (*theo orao*) : le savant voit le divin et dévoile ce qui se cache derrière les phénomènes visibles qui ne sont que l'écorce superficielle, voire illusoire, du réel à l'instar de la trajectoire céleste du soleil dont Copernic n'était pas dupe, comme il le montra en proposant sa théorie héliocentrique de la gravité des corps. Quel est donc le divin, c'est-à-dire le *logos* ou le concept, qu'aperçoit le juriste dans son propre univers ? Il est celui qui se dessine derrière un ensemble d'énoncés prononcés par des juges ou des autorités normatives quelconques, juxtaposés dans un temps et un espace déterminés. Il est celui qui apparaît, grâce à l'effort théorique, derrière le maquis – parfois insipide et fastidieux comme l'a si justement déploré Flaubert – de ces énoncés normatifs de toute sorte. Ainsi, par-delà le comportement visible et les discours officiels des acteurs politiques qui se sont manifestés au sein des institutions britanniques de la fin du XVIII^e siècle, le constitutionnaliste propose de révéler la logique implicite qui préside à ces mécanismes interhumains en lui attribuant un nom : ***régime parlementaire***. Le régime parlementaire n'existe pas comme phénomène, mais comme concept d'explication du phénomène. Pour être plus exact, c'est une construction intellectuelle, un concept *a posteriori* que fabrique notre constitutionnaliste savant, sans se livrer pour autant à des jugements de valeur que prononce le conseiller juridique. L'objet de la science du droit est un *artefact* qui honore l'exigence bachelardienne selon laquelle dans les sciences, « rien n'est donné mais tout est construit ». Un indice ? Aucune Constitution dans le monde n'énonce qu'elle est « la Constitution d'un régime parlementaire ». Cette terminologie ne se trouve que dans les écrits du constitutionnaliste.

J'insiste sur le caractère *a posteriori* de ces concepts. Cela me permet de répondre à un point que vous avez soulevé en reprenant une terminologie

kantienne, au sujet de la raison pratique qui est celle dont procède, à vos yeux, le droit. Vous avez sûrement raison s'agissant de la dogmatique juridique, c'est-à-dire l'activité intellectuelle de l'avocat. Celle-ci est bien l'œuvre de la raison *pratique*, tout comme l'est la production normative du juge ou du législateur. Mais la science du droit, productrice de concepts plutôt que pourvoyeuse de conseils, est l'œuvre de la raison *théorique*. La première ne produit pas moins de concepts que la seconde, mais au terme d'une démarche bien différente qui relève davantage de la métaphysique que de la méthode scientifique. Je m'explique : toute autorité productrice de normes – j'inclus dans cette catégorie l'avocat qui influe indirectement sur la production jurisprudentielle du juge – fabrique, chemin faisant, des concepts. Mais les concepts juridiques du législateur ne sont pas les méta-concepts de la science du droit qui, encore une fois, existe bel et bien comme science. Ce sont des concepts *a priori* parce qu'en contribuant à produire et entretenir le système juridique, ils ne relèvent pas de la connaissance ou de l'observation empirique du monde. Ils sont purement inventés et conçus indépendamment de l'expérience. Ils sont forgés par ce qu'Emmanuel Kant appelle la raison pure pratique. « Pure » parce qu'indépendante de l'expérience. « Pratique » parce qu'elle est au service de l'action et non de la connaissance. C'est ainsi que le concept d'autonomie de la volonté, tiré du Code civil, a été conçu indépendamment de l'expérience, car il ne représente aucune réalité dans le monde empirique au sein duquel nous sommes, d'un point de vue anthropologique, déterminés par des causes de toute nature. Il a été mobilisé, sur la foi d'une puissante religion qui gouverne encore le monde moderne, à savoir l'humanisme libéral, pour nous inviter à faire *comme si* nous étions libres et s'adresse, comme dirait Kant, à « l'être raisonnable », être purement fictif. Ces concepts juridiques, fabriqués par les producteurs du droit sont des *fictions* et correspondent, comme l'a bien compris Hans Vaihinger, au renouveau kantien de la métaphysique qui va faire de cette vieille discipline non plus un champ de bataille opposant des prétentions à connaître ce qui n'est pas connaissable comme l'illustra pendant des siècles l'indécidable question de l'existence de Dieu, mais à produire des idéaux régulateurs (23). Ce sont des outils normatifs qui produisent le droit et non des instruments d'observation : pour aménager des régimes de responsabilité, le législateur *fait comme si* l'homme était libre. C'est un raisonnement métaphysique. Pour instaurer ce que le constitutionnaliste savant appellera, *a posteriori*, le régime parlementaire, les Anglais qui ont inventé l'*impeachment* ont fait, *a priori*, *comme si* le monarque était infaillible à l'image de Dieu, au terme d'un présupposé éminemment métaphysique au sens kantien du terme, qui consiste à mentir utilement avec le réel.

C'est en ce sens que la dogmatique juridique, à laquelle participe la production législative et jurisprudentielle, est une « technologie » sociale. Mais la

(23) Vaihinger H., *Die philosophie des Als Ob*, 1911, Berlin, Reuther & Richard.

science du droit, quant à elle, forge des méta-concepts qui sont des concepts *a posteriori*, forgés après l'observation empirique du monde. Ils sont constitutifs de la raison *théorique* et mobilisés exclusivement au service de la connaissance du réel dont ils sont une représentation à l'image, pour prendre un exemple emprunté à la sociologie récente, du concept de « France périphérique » qui a été proposé pour comprendre le mouvement des « Gilets jaunes ». Comme le dit Schopenhauer, les concepts de la raison théorique procèdent par simplification du réel. Ils fonctionnent comme des ombres : « La connaissance abstraite est donc à la connaissance intuitive ce qu'est l'ombre aux objets réels ; l'ombre en effet reproduit à grands traits la complexité des choses et l'enveloppe d'un contour simple qui, en quelque sorte, la résume » (24). Or, Kelsen lui-même, au-delà de la faiblesse méthodologique qu'implique sa notion de « proposition de droit » dont les princes de l'Exégèse avaient eux-mêmes montré, sans le savoir, la piètre dimension scientifique, a produit une œuvre qui incarne magnifiquement la fonction d'élucidation de la science du droit : la pyramide des normes n'est-elle pas l'ombre qui « reproduit à grands traits la complexité » des ordres juridiques ? Je rappelle, à ce propos, qu'une des vertus de la science est de répondre à l'étonnement scientifique suscité par l'inquiétude qu'inspire la complexité du monde, en réduisant à l'unité la diversité des phénomènes derrière lesquels ce monde s'exprime. La science a une fonction d'apaisement.

Paul AMSELEK

En réponse à vos observations, je veux d'abord souligner que refuser d'étiqueter « science » la démarche théorique de la dogmatique juridique ne revient nullement à « dévaloriser » cette dernière, mais seulement à bien nommer les choses et éviter de verser dans un préjudiciable confusionnisme, dans une cacophonie conceptuelle. C'est par un naïf préjugé scientifique que bien des disciplines non scientifiques cherchent à se parer du label « science », comme si l'activité scientifique était la seule qui méritait d'être entreprise. Par l'importance considérable qu'elle revêt dans l'expérience juridique humaine, et finalement dans la vie de nos sociétés, la dogmatique n'a assurément aucun complexe d'infériorité à nourrir ; comme dit le proverbe, « il faut de tout pour faire un monde ».

Au sujet de la nature de la science, vos vues ne me paraissent pas, là encore, fondamentalement en désaccord avec les miennes, même si elles sont exprimées autrement. Vous vous ralliez à l'idée communément répandue, instillée par le credo positiviste (le « positivement correct »), selon laquelle la « description empirique » « constitue le cœur de la démarche scientifique ». Ceux qui souscrivent à cette profession de foi montrent toutefois, le plus souvent,

(24) Schopenhauer A., *Le monde comme volonté et comme représentation*, 2008, PUF, Quadrige, trad. Burdeau A., p. 605.

qu'elle ne pèse pas très lourd dans leur esprit, puisqu'elle ne les empêche pas d'admettre en même temps que les prétendues lois descriptives de la science correspondent à des « créations de l'esprit humain » (Albert Einstein), à des « filets » permettant à notre entendement de capturer – de démêler à la manière de grilles de décryptage – les fils du déroulement des choses (Karl Popper) ; en bref, ces « descriptions » ne seraient que « du construit », conformément à la célèbre et lucide formule de Bachelard que vous rappelez. Je retrouve la même ambiguïté dans vos propos : vous reconnaissez, en effet, immédiatement – et je ne puis qu'être d'accord avec vous – qu'« il n'est pas sérieux de considérer que la science en général [...] serait le résultat d'une simple description et d'une connaissance contemplative du monde » ; les lois scientifiques, dites-vous, sont des « constructions théoriques », des « formules mathématiques » ou « modélisations prédictives » à « dimension pragmatique ». Sous des formulations différentes, vous rejoignez finalement mon analyse des lois scientifiques en tant qu'outils ou artefacts mentaux – non pas descriptions, mais modélisations formelles ou mises en systèmes – construits par le savant pour nous permettre de nous repérer dans les flux événementiels du réel et, notamment, d'anticiper le déroulement du cours des faits.

En revanche, le désaccord est réel au regard de la nature technologique que je prête à la dogmatique juridique. À vos yeux, la dogmatique n'est « rien d'autre que le travail de l'avocat ou du conseil juridique », et c'est ainsi conçue qu'elle est technologie ; tandis que l'on doit reconnaître le caractère de science à la « théorie » juridique – et au premier plan la théorie universitaire, celle des « professeurs », dites-vous – qui offre « de façon désintéressée une représentation du monde juridique sous la forme de concepts » : cette constitution de « méta-concepts » ou concepts *a posteriori* serait le critère même d'une activité scientifique relevant de la raison théorique. Il ne me paraît pas possible, d'une part, de souscrire à une telle vision de la science qui gomme l'essentiel, c'est-à-dire, comme je viens de le rappeler, la construction de lois permettant de nous repérer dans la survenance des phénomènes. Elle ne cadre pas, du reste, avec votre idée de « modélisations prédictives », ni non plus d'ailleurs avec l'idée de description à laquelle vous ramenez aussi le travail du savant : établir des concepts, catégories, typologies et idéaux-types, ce n'est pas décrire les choses, mais les classer ; même si les classifications sont élaborées à partir de l'observation des choses, elles ne sont pas la simple consignation de cette observation. J'ajoute que toutes les disciplines intellectuelles, qu'elles soient ou non scientifiques, recourent couramment à cette élémentaire démarche de rationalisation, qui constitue leur point d'appui didactique essentiel.

D'autre part, et surtout, je tiens pour essentiel de bien distinguer technologie juridique et technique juridique. La technologie, c'est littéralement la théorie de la technique : le technologue du droit fait bel et bien de la « théorie », il n'est pas un technicien ou praticien du droit (même s'il n'est pas rare qu'il accomplisse à titre accessoire distinct des activités techniques : les

professeurs des facultés de droit donnent usuellement des consultations juridiques, ils sont parfois des avocats ou même des juges). Mais l'activité théorique des technologues du droit n'en relève pas moins, comme l'activité des techniciens, de la raison pratique ; elle s'exerce tout entière au service de l'action, de la pratique du droit. Le technologue du droit, c'est en quelque sorte un technicien du droit au second degré : c'est l'*homo faber* qui prend du recul face à son expérience artisanale de création et de mise en service d'outils, qui s'efforce d'en faire une présentation cohérente et approfondie, et aussi de la rendre plus performante en recherchant des améliorations propres à mieux répondre aux besoins pratiques en cause. En bref, c'est en tant qu'activité de rationalisation de la technique que la technologie est théorie de la technique. Et c'est bien cette discipline, et non l'activité des avocats et autres praticiens professionnels du droit, qu'il est d'usage de dénommer « dogmatique » (terme équivalent à ceux de *jurisprudenz* ou *jurisprudence* dans les traditions germanique et anglo-saxonne).

Alexandre VIALA

Cette « théorie de la technique », expression intéressante pour désigner ce qu'on appelle la technologie serait donc le lot commun de nos activités de juriste universitaire : nous théorisons sur ce qu'entreprennent les praticiens du droit sachant que l'universitaire peut lui-même consacrer une partie de sa semaine à la pratique du droit, en exerçant par exemple des fonctions juridictionnelles, arbitrales ou consultatives. D'où l'immense effort de réflexivité auquel il soit se livrer durant l'autre partie de la semaine. Cette idée nous conduit alors à définir le droit en tant qu'objet produit par le législateur et le juge, comme une simple technique visant à déterminer la conduite des êtres humains. Nous arrivons au troisième stade de cet échange qui porte cette fois sur la définition même de l'objet droit, c'est-à-dire sur la question ontologique. Je crois, pour le coup, que du point de vue ontologique, vous ne voyez dans l'œuvre de Kelsen que des faiblesses mais aucune force. Est-ce que je caricature votre pensée ?

Paul AMSELEK

Disons qu'essentiellement préoccupé de conférer le statut de science à la dogmatique, Kelsen a insuffisamment approfondi les fondamentaux du droit lui-même et de l'expérience juridique. Il a même mis outrancièrement ses analyses ontologiques au service de sa conception de cette problématique science du droit ; on l'a entrevu précédemment à propos des actes d'édition des normes ou des jugements de valeur juridiques. Mais surtout, il en est resté à des vues très superficielles et plus ou moins approximatives, confuses ou fantaisistes s'agissant des concepts centraux de « norme (ou règle) de conduite » et de « juridique ».

1. – En dehors de la mise en lumière salutaire de la possibilité pour les normes de conduite d'être particulières et pas seulement générales, Kelsen ne

s'est guère interrogé sur les modalités caractéristiques précises de leur constitution, ni sur la manière exacte dont elles opèrent en pratique, se contentant du vague cliché les associant à l'idée d'une direction des conduites humaines. Il apparaît, plus précisément, que ses conceptions concernant l'ontologie des normes éthiques ont souffert d'un double travers.

Premier travers – Sans chercher à aller plus loin et à parvenir à de meilleures élucidations, Kelsen s'est borné à reprendre un lieu commun, qui a encore largement cours en philosophie morale et juridique : les règles de conduite se réduiraient à leur seul dispositif et donc ne seraient que du *logos*, des séquences de pensée discursive d'un certain type. C'est un travers réducteur que j'ai appelé « logicisme ». Pour Kelsen, comme pour la quasi-généralité des théoriciens du droit et de l'éthique depuis Hume et Kant, les normes de conduite sont des segments de *logos* articulant du devoir ou devoir-être, du *sollen* : c'est ce mode logique sur lequel elles se déclinent, qui leur imprimerait leur nature de normes, leur nature normative, par opposition aux énoncés constatifs ou descriptifs. Cette vue a conduit le maître autrichien à tendre à assimiler les actes d'édiction des normes juridiques à de simples actes de *dire* des normes, de proférer ou « émettre » des séquences verbales de nature normative. Elle l'a aussi poussé à prétendre pendant longtemps que ces séquences de *logos* normatif étaient soumises aux principes logiques de non-contradiction et d'inférence : comme si le juriste pouvait tenir, de sa propre autorité, pour nulles et non avenues des normes antinomiques posées par les autorités compétentes ou encore dire – édicter – lui-même des normes juridiques par un simple processus de déduction logique à partir d'autres normes juridiques. Ce n'est que vers la fin de sa vie (dans les années 1962-1965) qu'il s'est résigné à débarrasser la *Théorie pure* de ces aberrations.

Faute de procéder à des investigations plus poussées, Kelsen n'a pas réussi à apercevoir et à mettre en évidence la « chosité » des normes derrière leur tessiture de *logos*, de pensée discursive : elles ne sont pas un simple flux de pensée, mais des choses, des *res*, des réalités à l'intérieur de nous-mêmes. Husserl avait déjà montré l'existence de telles réalités mentales à côté des réalités du monde sensible ; les règles en représentent des exemples parmi les plus topiques et les plus importants dans la vie des sociétés humaines. Il s'agit de choses, et plus précisément d'outils, faits avec de la pensée, mais qui ne sont pas que ce corpus de pensée, pas plus qu'un outil physique ne se réduit à la matière dont il est constitué. Les outils sont, en effet, des choses que l'on peut dire finalisées ou « à vocation », auxquelles se trouve assignée une vocation utilitaire par quoi elles prennent justement la nature d'outils – des choses qui sont appelées (*con-voquées*) par une voix ou intention extérieure sous-jacente à rendre certains services spécifiques. Sans avoir clairement en tête la nature même d'outils mentaux des normes, Kelsen, à l'instar des autres philosophes du droit et de l'éthique, a bien eu conscience de leur fonction : diriger les conduites humaines. Mais pour rendre vraiment intelligibles l'expérience juridique et les expériences éthiques en général, il fallait aller plus loin,

se demander et rechercher comment les normes remplissent cette vocation qui leur est statutairement assignée, comment elles permettent de diriger les conduites humaines, c'est-à-dire comment elles fonctionnent concrètement. Ce démontage de la mécanique des normes fait totalement défaut chez Kelsen. Il n'a pas creusé jusqu'à faire apparaître au jour que les normes servent à diriger les accomplissements de ceux qu'elles visent, en leur donnant la mesure du possible, en leur indiquant les marges ou degrés de possibilité de leur agir – ce que les logiciens appellent des catégories modales ou déontologiques : ce qu'ils ne peuvent pas faire (l'interdiction, qui correspond au degré 0, soit 0 % de possibilité), ce qu'ils ne peuvent pas ne pas faire (l'obligation, qui correspond au degré 1, soit 100 % de possibilité), ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire (la permission, qui correspond au degré intermédiaire de possibilité entre 0 et 1). Autrement dit, les normes n'étalonnent les conduites qu'indirectement en fixant à titre référentiel les marges de possible à l'intérieur desquelles elles doivent rentrer pour avoir valeur positive ; c'est en tant qu'étalons du possible qu'elles permettent d'évaluer les conduites.

Cette fonction d'indicateurs du possible des normes n'a pas été dévoilée, mais au contraire masquée chez Kelsen par l'idée emblématique très ambiguë de *sollen*, de *devoir-être*, sur laquelle il s'est constamment arc-bouté en répétant que « la norme est un devoir-être (*sollen*) » (25) : il voulait exprimer par là la nature d'étalons des normes, les conduites étalonnées « devant » s'accorder avec elles pour être valables ; mais il a, par ailleurs, confondu ce *sollen* emblématique avec la catégorie modale des obligations énoncées par les normes, comme si toutes les normes articulaient des obligations de faire certaines choses. Ce qui, au passage, l'a conduit à tenter, laborieusement mais bien vainement, de réduire les autres catégories, l'interdiction comme la permission, à la catégorie de l'obligation (dans la première édition de la *Théorie pure*, il ne mentionnait même que l'obligation). En vérité, ce qui évoque le mieux l'essence des normes de conduite, et spécialement des normes juridiques, ce n'est pas cette idée de *sollen*, de devoir, d'avoir l'obligation de, mais plutôt l'idée de pouvoir, de possibilité, d'avoir le droit de. Ainsi que l'exprime lumineusement sa dénomination même en français (et ses équivalents dans d'autres langues : *Recht*, *Diritto*, *Derecho*...), le « Droit » est très exactement le délimitateur des « droits » des citoyens – ce que la pensée juridique romaine appelait des *jura*, constitutifs du *jus* : il détermine bien, en définitive, ce qu'on n'a pas le droit de faire, ce qu'on n'a pas le droit de ne pas faire et ce qu'on a le droit de faire ou de ne pas faire.

En restituant aux normes leur épaisseur de choses ou *res*, on est du même coup amené à donner aussi toute leur épaisseur, tout leur relief, aux actes d'édition de normes : il ne peut s'agir de simples actes de « dire » des normes, comme veut le faire croire Kelsen. On dit de la pensée codée en

(25) *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 7.

langage, mais on ne dit pas des réalités, des outils. Ces actes sont, plus exactement, des actes d'autorité consistant à mettre en vigueur des normes, à les mettre autoritairement en service, à les rendre obligatoirement applicables par ceux qu'elles visent et à qui elles sont adressées : ces actes communiquent la *teneur* des normes, le contenu de pensée ou dispositif dont elles sont faites, aux intéressés pour qu'ils obtempèrent et y ajustent leur conduite. Ces actes n'ont pas besoin d'être habilités par une norme supérieure pour être ce qu'ils sont et se donner comme tels.

Second travers – La conception des normes juridiques et plus généralement éthiques de Kelsen a été également viciée par l'héritage qu'il a insidieusement reçu du jusnaturalisme. Plusieurs philosophes, en particulier le danois Alf Ross, n'ont pas manqué de relever que, malgré ses professions de foi positivistes proclamées haut et fort, il n'avait pas réussi à se dégager des idées et du mode de pensée de l'École du droit naturel qui avaient régné jusque-là et profondément imprégné les esprits. C'est bien ce qui apparaît dans la conception, admise par Kelsen comme allant de soi, selon laquelle les normes juridiques et plus généralement éthiques sont toujours, dans leur principe même, des « normes valables ». Il a utilisé, ainsi que je l'ai indiqué précédemment, cette étrange conception pour essayer de démontrer que les actes d'édition des normes laissent intacte l'infranchissable frontière entre le monde du *sein* et le monde du *sollen*. Mais il ne s'est pas rendu compte, ce faisant, que cette idée de norme se donnant nécessairement comme « valable » n'était qu'une réminiscence imprimée en lui par le jeu de langage du jusnaturalisme : c'est pour les jusnaturalistes que les normes juridiques ne sont des normes authentiques et qu'on n'est tenu de s'y plier que si elles sont conformes au droit naturel, si elles en reproduisent les dispositions. Elles sont, en ce sens, et par hypothèse même, « valables », sinon elles ne sont rien du tout, de simples simulacres. Kelsen a conservé dans son esprit, comme un résidu neutre, épuré de son contexte idéologique, le principe de cette manière traditionnelle de concevoir les normes juridiques : ces normes sont valables ou ne sont pas des normes, continue-t-il de répéter, leur validité est leur « existence » même ; et « dire qu'une norme est "valable" (*gilt*), martèle-t-il en même temps, c'est affirmer qu'elle est obligatoire (*verbindlich*) » (26). Il est à remarquer, à ce propos, que cette idée que la norme est dans son essence obligatoire a opportunément permis à Kelsen d'occulter la nature véritable de l'acte d'édition, sa nature d'acte de mise en vigueur autoritaire de la norme, d'injonction de s'y conformer. Il a pu le réduire à un simple acte de dire, sans relief par rapport à la norme énoncée elle-même, comme une sorte de pellicule transparente de *sein*, et ce pour la raison que, dans ses vues, il n'y a pas besoin de mise en vigueur : la norme est conçue comme dotée de par elle-même d'une force contraignante dès lors qu'elle « existe », qu'elle est valable.

(26) *Ibid.*, p. 13 et s. et 255.

Tout en étant ainsi à son insu continuateur du jusnaturalisme, Kelsen a cru s'en démarquer radicalement, et pouvoir même se hisser à la tête du combat positiviste, en répudiant catégoriquement l'idée métaphysique centrale d'un droit naturel transcendant d'essence supérieure surplombant le droit positif humain et devant lui servir de modèle ou étalon. Pour le positiviste Kelsen, les normes juridiques doivent être « valables » objectivement, aux yeux de tous, sur la base d'un critère purement empirique. Ce critère et cette validité objective, il a pensé les trouver du côté de la procédure d'édiction. Le droit, en effet, relève-t-il, présente la particularité de réglementer sa propre création ; d'où il a conclu que les normes juridiques sont des normes valables, objectivement valables, non parce que leurs dispositions sont conformes à un prétendu droit supra-humain, mais du fait qu'elles sont édictées conformément à d'autres normes juridiques régissant leur mode de création. À cet égard, le droit apparaît constituer un ordre hiérarchisé de normes ; à chaque degré de cette hiérarchie, les normes juridiques émises par les autorités juridiques fixent les conditions d'édiction, et donc de validité, des normes de degré inférieur émises par des autorités subordonnées : c'est à un tel empilage hiérarchique que correspondraient les normes posées par le Constituant, puis les normes édictées par les organes législatifs, et enfin les normes édictées par les autorités administratives et juridictionnelles.

Cette judicieuse explication de l'extravagante insertion de la validité de la norme dans le concept même de norme soulevait, toutefois, une difficulté : l'idée que toute norme juridique doit avoir été posée en vertu d'une norme juridique supérieure laissait pointer le vice logique d'une *regressio in infinitum*. Le maître autrichien n'a pas hésité, pour se tirer d'affaire, à mettre en sourdine ses convictions de positiviste pur et dur et à avancer la stupéfiante échappatoire d'une *Grundnorm* non posée, mais seulement « supposée » derrière la première Constitution, c'est-à-dire derrière la norme juridique originaire au sommet de la pyramide : il suffirait de « supposer » la norme supérieure ultime manquante dont procéderait la validité et existence de la norme juridique première et, par ricochets, de toutes les normes subséquentes du droit positif, pour « caler » pour ainsi dire tout l'édifice.

Dans un premier temps, Kelsen a essayé d'invoquer à l'appui de cet étonnant raisonnement l'analytique transcendantale exposée par Kant dans le cadre de sa théorie de la connaissance (27) : comme si la démarche consistant à rechercher et à dévoiler ce qui rend possible la connaissance, les données sous-jacentes à l'œuvre dans le processus de connaissance, était assimilable à la démarche visant à rechercher et à proposer comment parvenir à rendre possible l'existence même de l'objet de la connaissance du juriste, c'est-à-dire le droit. Cette dernière problématique n'a rien à voir avec la théorie de la connaissance. Au demeurant, l'échappatoire imaginée par Kelsen était cousue de fil blanc : telle

(27) *Ibid.*, p. 266 et s.

qu'il l'a énoncée, en effet, la Norme fondamentale ne fixe pas les conditions d'édition de la première Constitution, pour la raison qu'il était impossible de les déterminer d'une manière générale et uniforme, faisant abstraction de tous les contextes historiques particuliers, sauf à verser dans une variété de droit naturel. La *Grundnorm* kelsénienne dispose – c'est plus simple – qu'« on doit obéir à la première Constitution ». De sorte qu'elle ne fonde pas, à proprement parler, la validité de cette dernière, mais son caractère obligatoire. L'on retrouve ici, à nouveau, l'influence sur Kelsen des schémas de pensée jusnaturalistes, car c'est seulement pour le jusnaturalisme que les deux termes sont indissolublement liés : dès lors qu'une norme juridique est conforme au droit naturel émanant d'une entité supra-humaine (Dieu, la nature), il ne fait pas de doute qu'elle s'impose, sa validité implique un devoir d'obéissance ; et inversement, on ne doit se plier à une norme juridique que si elle est valable, conforme au droit naturel, l'obligation d'obéissance implique la validité. En dehors de ce cadre de pensée, en revanche, contrairement à ce que prétend Kelsen, les deux données (*gilt* et *verbindlich*) ne vont nullement de pair ; en particulier, ce n'est pas parce qu'une norme est obligatoire qu'elle est valable : il suffit de penser aux commandements adressés par des brigands à leurs victimes.

Sur le tard, à partir de 1964, Kelsen a finalement renoncé à se prévaloir artificiellement de la caution de Kant et de l'analytique transcendantale ; il s'est placé désormais sous l'égide de la philosophie du « comme si » (*als ob*) et du fictionnalisme pragmatique de Hans Vaihinger : pour fonder la validité (ou plutôt le caractère obligatoire) de la première Constitution, il faudrait appeler la pure imagination à la rescousse des données du réel et faire « comme si » un commandant imaginaire avait, par un acte tout aussi fictif, édicté une norme prescrivant d'obéir à cette réglementation juridique originale ; en faisant ces ajouts fictifs à la réalité, on la rendrait plus intelligible ! À ce stade, on voit que le projet initial du chef de l'École de Vienne de faire de la dogmatique juridique une science positiviste à l'égal des sciences de la nature avait complètement sombré : cette prétendue « science du droit » et le droit lui-même ne reposaient plus, en définitive, que sur un acte d'imagination des juristes-savants. Un acte, d'ailleurs, parfaitement arbitraire et gratuit qu'ils ne seraient pas tenus de faire : ils seraient libres de considérer qu'il n'y a effectivement aucune Norme fondamentale donnant à la première Constitution et aux normes juridiques édictées subséquentment leur validité et existence, de sorte que la réalité sociale se réduirait alors à des données de fait et rapports de force relevant uniquement d'une science sociologique (28). Kelsen avait même réussi à fournir par là un fondement aux courants sociologistes contre lesquels il était parti en guerre !

En vérité, il aurait pu s'épargner cette scabreuse invention de la Norme fondamentale pour la simple raison qu'elle ne servait à rien en réalité. Elle était

(28) *Ibid.*, p. 294 ; *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 343.

insusceptible de laver son idée de norme par principe valable de sa tare logique congénitale consistant à faire entrer parmi les caractéristiques essentielles des normes un trait accidentel n'en faisant pas partie, la validité. À cette boursouffure conceptuelle s'attache une régression à l'infini ineffaçable : qu'elle soit conçue comme « hypothèse logique transcendantale » ou comme pur produit imaginaire, la Norme fondamentale, en tant que norme – en tant que « norme valable » – ne peut être pensée que découlée elle-même d'une autre norme supérieure censée lui avoir conféré sa validité et sa nature même de norme ; et cette autre norme devrait à son tour impliquer derrière elle une norme supérieure, et ainsi de suite à l'infini.

2. – Si, dans ses vues ontologiques relatives aux caractéristiques génériques des normes qui constituent le droit (caractéristiques de la « normativité »), la *Théorie pure* a apporté davantage de confusion que d'éclaircissement, elle n'a pas été plus édifiante s'agissant de la notion spécifique de « juridique » ou « juridicité ». Elle n'a brillé ni sur l'intension de ce concept, c'est-à-dire sur sa définition (son *sens*, comme on dit dans le sillage du logicien allemand Frege), ni sur son extension (sa *référence* dans le langage frégeén), c'est-à-dire sur le champ ou ensemble des choses auxquelles s'applique cette définition, la portion de réalité qu'elle désigne, à laquelle elle se réfère.

Au sujet de l'intension du concept de juridique – Quelles sont les caractéristiques spécifiques qui donnent à certaines normes de conduite la nature de normes juridiques et les distinguent de toutes les autres normes ? Dans cette recherche, Kelsen, à l'instar il est vrai de la plupart de ses collègues, a été aiguillé par sa conception logiciste des normes sur une fausse route, sur un chemin ne menant nulle part. En effet, dès lors qu'on ramène les normes à de simples séquences de *logos*, c'est-à-dire à leur dispositif, on est nécessairement amené, pour différencier une partie d'entre elles des autres, à s'attacher à des caractéristiques particulières de leurs dispositions, des caractéristiques de leur fond ou de leur articulation formelle. C'est dans cette voie que se sont traditionnellement engagés les théoriciens du droit, et c'est vers elle que Kelsen s'est tout naturellement tourné, sans même se poser de questions, ni éprouver le besoin de justifier sa démarche. « Le problème juridique par excellence, observe-t-il, est de déterminer ce qui distingue les règles de droit des autres lois sociales. Or, la logique est impuissante à le résoudre. Seule la science juridique peut y parvenir en examinant le contenu des divers droits positifs » (29). C'est en scrutant les dispositions des normes juridiques qu'on pourrait y découvrir des traits communs typiques qui leur seraient propres et leur conférerait leur juridicité.

Dans cette orientation de recherche, Kelsen s'est rangé derrière les vues classiques les plus répandues : ce qui caractérise les normes juridiques et les distingue des autres normes de conduite, en particulier des normes morales

(29) *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 62.

gouvernement ». Kelsen a vu bien sûr, je vais y revenir ci-après, le lien étroit que le droit entretient avec l'État et le pouvoir public, mais ce n'est pas de ce côté qu'il est allé rechercher la définition du juridique. En identifiant les règles de droit comme des outils de direction publique des conduites, il aurait fait clairement apparaître la différence entre ces règles et les commandements des chefs de bandes de brigands, ce que ne permettait nullement sa définition axée sur un prétendu dispositif sanctionnateur.

Au sujet de l'extension du concept de juridique – Kelsen a étendu excessivement l'aire d'application du concept de juridique en prétendant lui subsumer toutes les normes édictées sur habilitation de la réglementation juridique. Je vais reprendre ici les analyses que j'ai développées dans mon ouvrage *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général* (31). Dès lors qu'une norme juridique confère un pouvoir d'autorité et habilite à « créer » des normes, il ne peut s'agir pour Kelsen que de normes juridiques, de normes ayant la même nature que la norme supérieure dont elles procèdent et qui appartiennent avec elle à l'ordre juridique : c'est ce qu'il a appelé « l'unité de l'ordre juridique ». En même temps, cette habilitation à édicter du droit confère automatiquement à son destinataire la qualité d'autorité étatique : il y a, en effet, selon les vues assez singulières de l'École normativiste, « identité de l'État et du droit » ; l'État n'est que la personnification de l'ordre juridique, comme une simple facette de cet ordre. On retrouve ici la tendance du normativisme kelsénien à tout réduire à des normes, à y aplatir le plus possible les données de *sein* de l'expérience juridique. Il s'ensuit qu'il n'y a aucune différence entre les actes normateurs des autorités publiques attirées et ceux des particuliers : il s'agit pareillement d'actes d'application et de création de normes juridiques, d'actes au travers desquels se déroule le tissu de l'ordre juridique et que l'on doit du même coup imputer à l'État. « La *Théorie pure*, écrit Kelsen, enseigne que l'acte juridique des particuliers est un acte de l'État, c'est-à-dire un fait créateur de droit, attribuable à l'unité de l'ordre juridique » (32).

Selon un sondage effectué auprès des juristes les plus en vue de la planète, de toutes les thèses soutenues par le chef de l'École de Vienne, la plus unanimement décriée est celle de l'identité de l'État et du droit (33). C'est que Kelsen s'en est tenu, en l'occurrence, à une analogie superficielle simpliste des actes des autorités publiques édictant des normes sur le fondement de la réglementation juridique et des actes des particuliers édictant eux aussi des normes en vertu de règles de droit. Faute d'approfondir davantage, il ne s'est

(31) Amselek P., *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, 2012, Armand Colin.

(32) *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 373.

(33) Errazuriz C. J., *La teoria pura del derecho de Hans Kelsen*, 1986, Pampelune, Eunsa.

pas rendu compte que la nature des normes ainsi édictées ne leur vient pas de ce qu'elles procèdent de normes juridiques, mais plus exactement de la nature des compétences d'autorité conférées par ces dernières, ou, si l'on préfère, du type de fonction sociale qu'elles habilite à exercer (34). Les compétences ou fonctions que le droit attribue aux autorités publiques sont des fonctions de dirigeants publics, des fonctions de dirigeants de peuple, dans le cadre d'un appareil de gouvernement public : c'est parce qu'ils sont accomplis dans l'exercice de telles fonctions que les actes d'édition de normes de ces dirigeants sont des actes d'édition de normes juridiques. Tout autres sont les compétences ou fonctions d'autorité que le droit reconnaît, sous diverses modalités, aux « simples particuliers » ou « personnes privées » : pouvoir du père ou des parents sur les enfants (autorité paternelle ou parentale), du mari sur sa femme (autorité maritale), du chef d'entreprise sur ses employés (autorité hiérarchique professionnelle) – sans parler des pouvoirs d'autorité reconnus aux particuliers sur eux-mêmes, pour régler eux-mêmes, unilatéralement (par exemple, par acte testamentaire) ou d'un commun accord (par acte contractuel ou, plus généralement, conventionnel), leurs affaires. Les actes de commandement accomplis dans l'exercice de ces pouvoirs ne sont pas des actes de commandement public, des actes de gouvernants publics. Ce n'est pas à ce titre qu'ils sont prévus par le droit, et ce n'est pas du tout la fonction qu'entendent exercer en pratique les intéressés, ni la fonction que leur prêtent ceux à qui ils s'adressent ; et les normes qui sont ainsi édictées ne sont pas des normes juridiques, ce sont des normes non juridiques, bien qu'édictées en vertu de normes juridiques. On se trouve en présence d'actes de commandement privés, des actes de gouvernés – des actes d'autorité sans doute, mais accomplis par des gouvernés en tant même que gouvernés dans leurs relations avec d'autres gouvernés. Ils ressortissent au *droit privé*, c'est-à-dire à la partie du droit qui régit les simples particuliers dans leurs relations entre eux, par opposition au *droit public* qui régit les gouvernants publics – les dépositaires de la puissance publique – en qualité même de gouvernants publics, dans leurs rapports entre eux ou avec les gouvernés. Certes, il peut arriver que la réglementation juridique fasse participer occasionnellement des particuliers à l'exercice de fonctions ou compétences publiques, qu'elle les investisse exceptionnellement d'une autorité publique à côté ou aux lieu et place des dirigeants publics attitrés (cas, en droit français, des personnes privées chargées de missions de service public, ou des particuliers admis en périodes de circonstances exceptionnelles à se substituer aux autorités administratives défaillantes, ou bien encore des citoyens appelés à légiférer par voie de référendum) ; mais ces cas ne doivent pas être confondus avec les précédents, ils

(34) V. à ce sujet mon étude « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », in Amselek P., *Écrits de philosophie du droit*, 2019, Éd. Panthéon-Assas, p. 421 et s.

correspondent à des fonctions d'une nature toute différente, exercées dans un tout autre contexte : la casquette portée par celui qui participe à une délibération d'actionnaires d'une société ou de copropriétaires d'un immeuble est radicalement différente de celle coiffée par celui qui participe à une consultation populaire sur un projet de loi.

En prétendant, au nom de « l'unité du droit », gommer la distinction entre droit public et droit privé, en lui prêtant la portée d'une fiction purement idéologique, Kelsen a commis un magistral contresens : les pouvoirs d'autorité institués par le droit privé au profit des particuliers marquent, non pas une extension du commandement public comme il l'a cru, mais au contraire une limitation ou autolimitation, une renonciation des pouvoirs publics à commander dans certains domaines et la reconnaissance corrélatrice d'un espace d'autonomie à l'intérieur duquel c'est aux gouvernés qu'il appartient en principe de se gouverner eux-mêmes ou entre eux (ce que la doctrine civiliste classique exprimait en parlant d'« autonomie de la volonté »). Les idées soutenues par Kelsen débouchent, en vérité, sur une représentation cauchemardesque de la réalité, du type de celles imaginées par Aldous Huxley ou George Orwell : en donnant, par exemple, à son fils l'ordre de faire ses devoirs ou de manger sa soupe, le père agirait en qualité d'autorité étatique édictant du droit ! On aboutit, en d'autres termes, à la vision d'un État proprement « totalitaire », d'un Big Brother omniprésent et omnipotent, là où au contraire l'État reconnaît des espaces de vie et de relations privées échappant à son intervention directe, qu'il se contente d'encadrer. On le voit, ce n'est pas un progrès mais une régression de vouloir jeter aux orties cette distinction fondamentale que nous a léguée la pensée romaine entre la sphère du *publicus* et la sphère du *privatus*, de ce et ceux qui ne touchent pas aux affaires publiques.

Alexandre VIALA

Je partage d'abord votre critique à l'égard de ce que vous appelez le logicisme de Kelsen. Elle me paraît tout à fait fondée et nous renvoie, notamment, à vos écrits tirés de la pragmatique juridique selon lesquels les normes ne sont pas que des contenus de pensée, qui relèveraient du pur *logos* et de l'idéalité, mais se présentent également comme des outils, c'est-à-dire des objets réels révélateurs d'une intention cachée qu'on ne saurait déceler par une simple observation de leur matérialité intrinsèque. Kelsen a manqué ce tournant pragmatique comme le montre sa stupéfiante affirmation, au chapitre 42 de la *Théorie générale des normes* (35) dans lequel il dénia à l'énoncé aux termes duquel une mère dit à son enfant : « Si tu touches la plaque chauffante, tu vas te brûler », la qualité de commandement en raison de sa structure sémantique. Même s'il admet qu'en amont de cet énoncé, la mère émet tacitement la

(35) Kelsen H., *Théorie générale des normes*, 1996, PUF, Léviathan, trad. Beaud O. et Malkani F., p. 221.

volonté que son enfant s'abstienne de toucher la plaque chauffante, il persiste à penser que sa signification est celle d'une proposition indicative de type scientifique : « si A est, B sera ». Arc-bouté sur la distinction entre le *Sein* et le *Sollen*, Kelsen était hermétique à la dimension pragmatique du langage qui nous rappelle, depuis les travaux de Charles Morris et de John Langshaw Austin, qu'une norme doit moins sa qualité de norme à son contenu sémantique qu'au contexte dans lequel elle est prononcée. Mais je ne reviendrai pas davantage sur tous ces éléments bien connus de la théorie du langage dont vous avez aisément tiré les enseignements nécessaires pour mettre en lumière les limites du logicisme normatif de Kelsen (36).

En revanche, je m'attarderai plus longuement sur l'un des aspects les plus controversés de l'œuvre de Kelsen que vous ne manquez pas de juger sévèrement : la fameuse théorie de la *Grundnorm*. Vous mettez en évidence, à cet égard, un double héritage : celui de la théorie de la connaissance d'Emmanuel Kant puis celui de la philosophie du « comme si » de Hans Vaihinger. Il est vrai que Kelsen se réclama successivement de ces deux sources pour tenter de fonder la validité du droit en croyant progresser dans l'analyse par le passage d'une théorie à l'autre. En réalité, l'usage de la théorie kantienne de la connaissance tout comme le recours à la théorie des fictions de Vaihinger sont exactement la même chose. Aucun apport ne résulte de la seconde source d'inspiration sinon qu'elle a le mérite de cesser de nous faire croire que la *Grundnorm* est un procédé qui relève de la connaissance. Kelsen s'était en effet égaré en invoquant une théorie qui énonce les conditions de possibilité de la connaissance dont le promoteur historique, Emmanuel Kant, revendiquait l'usage uniquement pour livrer une interprétation des faits donnés à nos sens à travers les lois formulées par les sciences de la nature. On sait en effet que le penseur de Königsberg prit ses distances avec l'empirisme sceptique de Hume pour conclure, en conférant à la métaphysique une fonction heuristique, qu'il fallait faire comme si la nature était régie par un dieu ou par cet agent invisible qu'est la causalité. Nous y sommes : faire *comme si*. Sauf qu'en présence du droit, qu'il est impossible de connaître empiriquement sinon en adhérant à des théories totalement étrangères au normativisme, Kelsen utilisait cette méthode transcendantale au service d'une tout autre perspective qui est celle de la justification : il ne s'agit pas de connaître le droit, empiriquement insaisissable dès lors qu'on le réduit à un ensemble de normes, mais de rendre possible, comme vous le dites fort justement, son existence tout en sachant que la validité (ce fameux « mode spécifique d'existence des normes » pour reprendre les termes de Kelsen) est une régression à l'infini. Faire « comme si » est alors un geste qui ne relève pas de la raison théorique mais de la raison pratique. C'est ici que Vaihinger est très utile, car il mit en lumière toute la dimension pratique de l'idéalisme transcendantal qui permit à Kant de déterminer, de façon

(36) Amselek P. (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, 1986, PUF.

a priori, indépendamment de toute connaissance, des idéaux régulateurs qui ne sont rien d'autre que des fictions. Le mérite de Vaihinger est d'avoir attiré notre attention sur la seconde critique d'Emmanuel Kant, la *Critique de la raison pratique* là où Kelsen nous égarait en croyant se servir avec bonheur de la *Critique de la raison pure*. Faire comme si un méta-pouvoir constituant imaginaire nous prescrivait d'obéir à la Constitution originale est une démarche pratique qui s'adresse moins au savant juriste qu'au citoyen que chacun de nous est susceptible d'être. Cela fait partie de ces fictions que Vaihinger évoque, à l'instar de celle du libre arbitre sans laquelle nos lois n'auraient jamais pu instaurer le principe de responsabilité. C'est pourquoi, en invoquant à tort la théorie de la connaissance d'Emmanuel Kant avant de se raviser et de renvoyer à juste titre à des aspects de la raison pratique que Vaihinger range dans l'univers des fictions – que le législateur et le juge ont l'habitude de fabriquer tous les jours –, Kelsen commettait un détournement de la raison. Je reste persuadé que la *Grundnorm* est un détour transcendantal qui relève de la raison pratique, et non de la raison théorique comme Kelsen le prétendait à tort, dans un premier temps, avant de revendiquer utilement l'héritage de Vaihinger. Elle fonctionne de manière analogue aux théories du contrat social et consiste à dire aux citoyens que nous sommes : « Faisons comme si le droit naturel existait ». Assumons ce mensonge – cette fiction – sans lequel nous n'aurions aucune motivation d'obéir à la Constitution. C'est en cela que la *Théorie pure du droit* est une métaphysique. Mais quand j'emploie ce terme qui, je le répète, n'est pas forcément un gros mot, j'évoque la métaphysique au sens nouveau que lui prêta Emmanuel Kant c'est-à-dire une métaphysique qui ne consiste pas à prétendre connaître ce qui n'est pas connaissable (Dieu ou le droit naturel), mais à faire comme si tout cela existait.

Il faut bien comprendre que la *Grundnorm* est un concept *a priori*. Permettez-moi de revenir sur les deux types de concept qui peuplent l'univers mental des juristes : les concepts proprement dits et les méta-concepts (les concepts juridiques d'analyse). Les premiers sont ceux forgés par les acteurs du système juridique. Pour reprendre la terminologie kantienne, nous disons qu'ils sont *a priori* parce qu'en participant à la production du système juridique, ils ne sont pas des données de la connaissance mais sont érigés indépendamment de l'expérience. Ils sont forgés par la raison *pure* pratique à l'instar, dans l'univers moral, de la notion d'impératif catégorique. Celui-ci est conçu indépendamment de l'expérience car il établit une loi morale, celle du devoir pur et non conditionné, c'est-à-dire introuvable dans ce bas monde empirique où nous sommes tous déterminés comme l'enseigna Spinoza. Il est mobilisé pour nous inviter à faire *comme si* nous étions libres, comme si nous nous infligions un devoir pur et catégorique, sans chercher à satisfaire un intérêt quelconque et s'adresse non pas à l'homme dont Kant sait pertinemment le caractère faillible et intéressé, mais à l'*être raisonnable*, affranchi de passions et de désirs, c'est-à-dire un extra-terrestre, pour reprendre la terminologie caustique de deux auteurs qui ont écrit une critique de la philosophie morale

kantienne (37). Dans le domaine juridique, cette méthode transcendantale qui ignore l'expérience, donne lieu à des *fictions* qui rentrent dans le champ de ce que Hans Vaihinger appelle le renouveau métaphysique kantien. Ce renouveau ne consiste plus à prétendre connaître ce qui n'est pas connaissable au risque de nous perdre dans des débats stériles sur l'existence de Dieu, mais à produire des idéaux régulateurs. Par conséquent, pour nous autres juristes, ces fictions sont des concepts forgés par les acteurs qui créent le droit et non par ceux qui l'observent : pour concevoir des régimes de responsabilité, le législateur *fait comme si* l'homme était libre. Pour instaurer le régime parlementaire, les acteurs qui ont inventé la procédure d'*impeachment* ont fait *comme si* le monarque était infaillible, etc. Or, en postulant la *Grundnorm*, Kelsen utilisa ce type de raisonnement logico-transcendantal pour prétendre, dans un premier temps, observer le droit positif. Il se livrait donc à une confusion entre la raison pratique et la raison théorique. Voilà pourquoi la *Grundnorm* ne convainc pas et Kelsen, qui a beau avoir fini par citer Vaihinger qui est la source d'inspiration la plus pertinente pour en comprendre l'utilité, se résignera à utiliser la notion d'effectivité, c'est-à-dire l'expérience, pour supposer valide la Constitution historiquement la première d'un ordre juridique au risque de faire des concessions aux théories empiristes du droit. Mais il n'empêche que la théorie de la *Grundnorm*, par cela seul qu'elle fait partie de ces procédés fictionnels au sens de la raison *pure* pratique tels que les a bien mis en lumière Hans Vaihinger, lui-même disciple de Kant, fait de Hans Kelsen un auteur que tous les réalistes auront raison de considérer comme pétri de métaphysique. Car au fond, cette norme fondamentale demeure un instrument de justification et non de connaissance.

En revanche, et c'est un aspect sur lequel je serai en désaccord avec vous, je vois dans la thèse kelsénienne de l'identité du droit et de l'État une démarche salutaire particulièrement anti-métaphysique. Je tiens à exprimer mon adhésion à cette thèse ainsi qu'à la critique du dualisme idéologique entre le droit public et le droit privé. Ce monisme méthodologique n'a rien d'orwellien comme vous vous plaisez à le souligner en dénonçant l'assimilation kelsénienne de n'importe quel acte accompli par un particulier à celui d'une autorité investie de la puissance publique. On a abusivement réduit cette vision du monde juridique à une pensée d'État qui ferait de son promoteur un juriste antilibéral. Je pense au contraire, que loin d'affirmer l'indéfectible arrimage du droit à l'État, qui était certes la caractéristique d'une modernité aujourd'hui en crise sous l'effet de la mondialisation, le maître viennois soutenait en réalité avec sa célèbre thèse de l'identité du droit et de l'État une position analytique susceptible, à l'instar du nominalisme, de libérer la pensée de toute dérive essentialiste. Affirmer en effet, comme le fait Kelsen, que l'État n'est rien d'autre qu'un ordre juridique relativement centralisé revient

(37) Gress T. et Barbara S., *Comprendre Kant*, 2016, Max Milo Éd., p. 96 et s.

bien davantage à désubstantialiser l'État – personnification de l'ordre juridique, il est appréhendé comme un concept juridique – qu'à le sacraliser à la manière des théoriciens modernes de la souveraineté. Ce sont au contraire les thèses de la dualité de l'État et du droit, que Kelsen a tant combattues au nom d'un panthéisme juridique fondé sur le postulat viennois de l'unité de l'objet de la connaissance, qui ont longtemps servi de terreau idéologique au statocentrisme. Nier cette dualité consiste alors à réduire l'État à un pur système de normes qui ne se distingue dès lors plus de l'ordre juridique international qu'en simples termes de degré : aux antipodes de l'idéalisme des modernes qui regardaient l'État comme un sujet méta-juridique, cela revient à reconnaître que de l'ordre juridique étatique au droit international en passant par l'ordre juridique européen, un même monde sévit, celui d'un seul et unique système juridique accidenté par des foyers de particulière centralisation. Cette thèse consiste donc à libérer le droit de sa gangue métaphysique étatique ; elle le dérobe à une entité, l'État, dont Kelsen a toujours nié l'existence puisqu'en regardant ce dernier comme identique au droit, il lui déniait forcément toute identité propre par rapport à celui-ci. Au fond, en désubstantialisant l'État, Kelsen accomplit sur le terrain juridique la même révolution intellectuelle que celle que Spinoza effectua, sur le plan religieux, en déniait la dualité de Dieu et du monde.

Paul AMSELEK

Je suis heureux de constater une fois encore un large accord avec mes analyses. Sans doute ne dirais-je pas, quant à moi, que « l'usage de la théorie kantienne de la connaissance tout comme le recours à la théorie des fictions de Vaihinger sont exactement la même chose ». L'invocation par Kelsen de l'analytique transcendantale de Kant visait à faire de la Norme fondamentale une donnée *a priori* de la connaissance, impliquée dans la démarche même de la « science du droit », s'imposant objectivement à l'esprit de tout juriste faisant de la science du droit et ne résultant nullement de sa part d'une prise de position subjective et discutable. Au contraire, en se plaçant sous le signe du fictionnalisme de Vaihinger, Kelsen renonçait à ce statut d'objectivité logique de cette Norme et reconnaissait qu'elle correspondait à une simple démarche d'imagination librement assumée des juristes et consistant à supposer – au sens d'« admettre comme si c'était la réalité » – qu'une autorité suprême fictive avait réellement édicté une norme juridique fondant la validité de la première Constitution : ici, la « supposition » de la Grundnorm ne correspond pas à une implication logiquement nécessaire, mais à une hypothèse ou supposition gratuite, à une sorte de conte, que l'imagination plaque sur la réalité. C'est pourquoi je ne dirais pas non plus que la *Théorie pure* s'engage par là sur le terrain de la métaphysique : il ne s'agit pas, en effet, d'évoquer de mystérieuses données réelles non empiriques (à côté – *meta* – de la réalité physique observable), mais des données conçues et présentées par Kelsen comme entièrement fictives, sans réalité aucune, du pur « *als ob* ».

Au passage, je ne dirais pas non plus que le législateur verse dans le fictionnalisme et la métaphysique lorsqu'il institue des régimes de sanctions et de responsabilité civile, pénale ou professionnelle, parce qu'il supposerait ainsi la fiction d'un libre arbitre humain. Vaihinger, qui était complètement acquis aux thèses d'un déterminisme radical (à l'instar d'ailleurs de Kant et de Kelsen), prétendait que pour nous permettre de nous en accommoder, de le rendre plus supportable dans le cours de notre misérable existence, notre imagination nous suggérerait que nous sommes libres de nos actions, alors même qu'elles échappent totalement à notre contrôle. Ce n'est justement pas ce qui ressort de l'expérience juridique. Il arrive, assurément, que l'on recoure à des fictions dans la pratique juridique en expliquant, par exemple, pour rendre compte de la responsabilité du commettant du fait de son préposé, que l'on doit faire comme si c'était le commettant lui-même qui agissait à travers le préposé ; de même encore, pour rendre compte du régime de l'enfant simplement conçu, le droit français présume qu'il est déjà né toutes les fois qu'il y va de son intérêt. Mais on ne relève pas ce type de démarche contre-factuelle à propos de la liberté humaine : le législateur n'apparaît nullement faire jouer son imagination et se raccrocher, pour expliquer les mesures qu'il édicte, à la fiction qu'il serait libre et s'adresserait à des sujets également libres. La liberté humaine est directement impliquée, non seulement dans les régimes de responsabilité qu'il institue, mais dans l'ensemble des mesures qu'il édicte et, plus généralement, dans le principe même des fonctions dirigeantes qui lui ont été dévolues et qu'il exerce : il serait insensé qu'il prétende diriger la conduite de pantins, ne disposant d'aucune faculté d'autodétermination, d'aucune faculté de se conduire. Cette faculté apparaît perçue d'emblée comme une réalité par lui et par ceux à qui il s'adresse. C'est qu'il s'agit d'une donnée immédiate de l'expérience à notre conscience, d'une donnée de la connaissance ; il n'y a pas lieu de faire comme si, de mobiliser intentionnellement notre imagination à des fins pragmatiques (si tant est qu'une telle attitude soit possible et ait un sens dans un contexte de déterminisme et d'absence totale de liberté d'initier un comportement quel qu'il soit !). J'ajoute, au demeurant, que je n'éprouve aucune impression ni aucun besoin de recourir à une artificielle fiction pour échapper, dans le cadre de notre présent débat, à une vision absurde qui ne m'effleure pas du tout et selon laquelle le texte de notre dialogue et notre prise de parole même seraient inexorablement prédéterminés...

Pour en revenir à Kelsen, le seul désaccord important entre nous concerne sa thèse affirmant l'identité du droit et de l'État. Sur ce point, vous vous faites l'avocat du maître autrichien, mais je crains que vous ne vous soyez ainsi engagé à défendre une cause désespérée, que même sainte Rita ne parviendrait pas à sauver ! Et il ne me paraît pas que l'appel à la rescousse de Spinoza et de sa vision panthéiste de l'unité de Dieu et du monde puisse y changer grand-chose, sinon démontrer que Spinoza était kelsénien avant l'heure ! Selon la pénétrante formule d'Albert Camus, « mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du monde ». Je ne me résoudrai jamais à admettre que les dirigeants

publics et l'appareil d'État sont des normes, du droit, qu'ils sont ni plus ni moins que « le » droit, l'ordre juridique. Cette espèce de transmutation (vous parlez vous-même de « désubstantialisation de l'État ») à laquelle Kelsen veut nous faire croire n'est qu'un tour de passe-passe – je serais tenté de parler de grosse ficelle ! – pour escamoter tous les éléments de *sein* de l'expérience juridique (les acteurs juridiques et aussi, comme je l'ai relevé, leurs actes d'édiction) et pour donner à sa problématique « science normative du droit » à la fois sa consistance même de science n'ayant que des normes pour objet, et non des faits, et sa place propre à côté des sciences humaines, spécialement de la sociologie du droit.

Quant à la différenciation du droit public et du droit privé, je reconnais qu'elle a donné lieu, dans un passé et un contexte qui paraissent aujourd'hui bien lointains depuis l'avènement de l'État de droit, à des ratiocinations idéologiques et métaphysiques de la théorie juridique, particulièrement de la théorie allemande – ratiocinations visant à justifier, au nom d'une prétendue « essence » inhérente au droit public, l'octroi pratiquement illimité aux autorités publiques de prérogatives juridiques exorbitantes dans leurs relations avec les citoyens et, corrélativement, l'imposition à ces derniers de lourdes et arbitraires sujétions. On ne doit pas pour autant méconnaître la valeur heuristique de cette distinction : il s'agit, en effet, pour la dogmatique juridique, d'un outil d'analyse neutre par lui-même et qui permet de rendre compte de manière claire et rationnelle des données du droit positif qu'elle étudie. Le « droit public » recouvre simplement les normes juridiques s'appliquant aux organes de gouvernance publique et à leurs rapports entre eux et avec les gouvernés ; au « droit privé » correspondent les normes juridiques s'appliquant aux relations, y compris les relations d'autorité, entre les gouvernés, entre les particuliers ou « personnes privées » (c'est-à-dire n'appartenant pas à l'appareil d'État et n'ayant pas voix au chapitre des affaires publiques). Cette distinction évite justement d'assimiler syncrétiquement à des dirigeants publics les particuliers exerçant à l'égard d'autres particuliers des fonctions d'autorité qui leur sont juridiquement reconnues, mais qui ne participent pas de la puissance publique. En voulant supprimer le précieux instrument d'analyse ainsi utilisé, Kelsen, loin d'apporter de salutaires clarifications, plonge la théorie du droit dans un obscur confusionnisme.

Paul AMSELEK

*Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Ancien directeur du Centre de philosophie du droit de Paris II*

Alexandre VIALA

*Professeur à l'Université de Montpellier
Directeur du CERCOP*