

## **"Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen"**

Les juristes, aussi bien privatistes que publicistes, accordent couramment une place de choix à la volonté dans leur théorie des actes juridiques. Il est d'autant plus curieux de relever les efforts laborieux déployés, pour ainsi dire, à contre-courant par Kelsen dans le but de minimiser le rôle de cet élément factuel dans l'édition des normes juridiques. C'est, précisément, sur cet aspect à la fois essentiel et particulièrement contestable -encore que bien insuffisamment contesté- de la pensée juridique kelsénienne que porteront les développements qui suivent. Après avoir rappelé l'étrange conception que Kelsen se fait des normes positives en général et des normes positives juridiques en particulier, je me propose d'en souligner les principales faiblesses, puis de démontrer -à l'encontre d'analyses hâtives actuellement en circulation- la persistance de ces errements jusque dans le dernier état de la pensée du maître autrichien.

.

. . .

## I

## **L'étrange conception kelsénienne des normes juridiques et, plus généralement, des normes éthiques**

Je commencerai par exposer brièvement les idées de Kelsen en la matière; mais il importe surtout d'éclairer ces idées en explicitant -et c'est ce que je ferai dans un second temps- les arrière-plans qui les sous-tendent.

### **A. Exposé des idées de Kelsen**

C'est au début de la deuxième édition de la **Théorie pure du droit** que Kelsen a développé le plus complètement et le plus systématiquement sa conception des normes positives, - entendons : des normes posées ou édictées dans un certain espace social<sup>1</sup> . On peut résumer ses idées de la manière suivante, qui serre au plus près la démarche même de l'illustre penseur.

- Une norme, commence-t-il par observer, est un "schéma d'interprétation" donnant du sens aux "événements perceptibles par les sens qui se déroulent dans le temps et dans l'espace" et qui "appartiennent donc au règne de la nature". En particulier, une norme juridique permet de donner une signification juridique à des faits et gestes extérieurs observables: "que l'on analyse en effet un fait quelconque qui est interprété comme de nature juridique ou comme ayant rapport au droit, - par exemple, une résolution de Parlement, un acte administratif, un jugement, un contrat, ou bien un délit; on pourra distinguer deux éléments: le premier est un acte, ou une série d'actes perceptibles par les sens, qui se déroulent dans le temps et dans l'espace, c'est un processus extérieur de comportement humain ; l'autre élément est la signification de l'acte au regard et en vertu du droit. Des hommes se réunissent dans une salle, ils prononcent des discours, les uns lèvent la main, les autres ne la lèvent pas, - voilà le processus extérieur. Juridiquement, il signifie qu'une loi est votée, que du droit est créé ... Autres exemples: un homme, revêtu d'une robe et assis sur

---

<sup>1</sup> Kelsen, **Théorie pure du droit**, 2ème éd., 1960, trad. fr. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 2 s.

un siège surélevé, prononce certaines paroles à l'adresse d'un homme placé devant lui. Selon le droit, ce processus signifie qu'il vient d'être rendu un jugement. Ou encore: un commerçant écrit à un autre commerçant une lettre d'un certain contenu, l'autre lui répond par une autre lettre: ils ont conclu un contrat. Ou enfin: un homme provoque, par telle ou telle action, la mort d'un autre homme; traduction juridique: il a commis un meurtre".

Et Kelsen de conclure: "Un sens spécifiquement juridique, leur signification de droit caractéristique, les faits en question les reçoivent de normes qui ont trait à eux; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elles. Ces normes remplissent la fonction de schémas d'interprétation".

- Pareillement, l'acte de volonté même qui pose une norme, et notamment une norme juridique, n'a pas cette signification de par lui-même mais la reçoit d'une autre norme, et notamment d'une autre norme juridique, à laquelle cet acte de volonté se rapporte et qui permet de lui donner sa signification juridique: cet acte de volonté, qui vise selon l'intention de son auteur à provoquer une conduite d'autrui, n'a la signification d'une édicition de norme juridique que par référence à une norme juridique en vertu de -et conformément à- laquelle il a été effectué.

En d'autres termes, une norme n'est pas le produit d'un acte de volonté, mais seulement la signification qui est imprimée à cet acte par une autre norme. "Il faut distinguer nettement, insiste Kelsen (p. 7), la norme de l'acte de volonté qui la pose: elle est bien la signification spécifique de cet acte qui vise, en intention, la conduite d'autrui; elle est cependant autre chose que cet acte. Et en effet la norme est un *devoir-être* (*Sollen*), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un *être* (*Sein*). D'où il s'ensuit que la façon correcte d'exprimer l'ensemble des données qu'apporte un tel acte de volonté consistera à dire: A veut que B doive se conduire de telle façon. La première partie de la proposition se rapporte à un *Sein*, le fait réel (*Seins-Tatsache*) de l'acte de volonté; la seconde partie, à un *Sollen*, à une norme qui est la signification de cet acte".

- Plus exactement, précise ensuite Kelsen, il faut distinguer en la matière deux sortes de "signification" et donc deux sortes de "*Sollen*". "Il faut distinguer, écrit-il (p. 10 s.), la signification objective de la signification subjective: « *Sollen* » est la signification subjective de tout acte de volonté d'un homme qui, dans son esprit, tend à obtenir une conduite d'autrui. Mais tout acte de cette sorte ne possède pas, objectivement, cette signification. Ce n'est que lorsqu'il a objectivement aussi la signification d'un *Sollen* que l'on qualifie le *Sollen* de « norme ». Dire que le sens objectif de l'acte est lui aussi un « *Sollen* »

(c'est-à-dire que quelque chose doit être), c'est exprimer l'idée que la conduite que l'acte vise à déterminer est considérée comme devant avoir lieu, non plus seulement du point de vue de l'individu qui pose l'acte, mais également du point de vue des tiers désintéressés; cela, même lorsque, dans la réalité, le vouloir qui signifie subjectivement un *Sollen* a cessé d'exister, lorsqu'avec la volonté ne disparaît pas également la signification, c'est-à-dire le *Sollen*, - lorsque le *Sollen* «vaut» également après que le vouloir a cessé d'exister, bien plus lorsqu'il vaut alors même que l'individu sur la conduite duquel porte l'acte de volonté ne sait absolument rien de cet acte ni de sa signification, et est cependant considéré comme obligé ou autorisé à se conduire conformément au *Sollen* de l'acte. Alors le *Sollen* est, en tant que *Sollen* objectif, une « norme » qui « vaut », qui « est en vigueur », qui lie le destinataire. Tel est le cas lorsqu'une norme attribue cette signification objective à l'acte de volonté qui pose un *Sollen*, lorsque cet acte est habilité par une norme, qui est pour cette raison considérée comme une norme supérieure".

Il ne suffit donc pas que l'auteur de l'acte donne à celui-ci le sens d'une position de norme pour qu'il y ait norme; il faut qu'une norme en vigueur dans l'espace social considéré donne ce sens -reconnaisse ce label- à son acte: alors seulement il y a norme. C'est ce qui permet, selon le maître autrichien, de distinguer l'édition de normes juridiques des commandements qu'un bandit adresse à ses victimes: "l'injonction qu'un gangster adresse à une personne de lui remettre une certaine somme d'argent a la même signification subjective que l'ordre de même contenu émanant d'un fonctionnaire de l'administration fiscale, à savoir que celui à qui le commandement est adressé doit payer une certaine somme d'argent. Mais, seul des deux, l'ordre du fonctionnaire du fisc a la signification de norme valable obligeant le destinataire, seul il est un acte créateur de norme; l'ordre du gangster n'a pas ces caractères; et cette différence résulte de ce qu'une loi fiscale confère ce pouvoir à l'acte du fonctionnaire du fisc, alors que l'acte du gangster ne repose pas sur une semblable norme qui lui conférerait pouvoir".

- Tous les éléments de la définition stipulative de la norme juridique positive, sur la base de laquelle Kelsen développe ensuite l'ensemble de sa **Théorie pure du droit**, sont ainsi mis en place dès le départ. Un acte de position de norme juridique n'a objectivement cette signification que par référence à une autre norme juridique en vertu de laquelle il a été accompli : en ce sens, une norme juridique est valable, "objectivement valable", c'est-à-dire a été édictée conformément à une norme juridique supérieure, ou n'est pas. Sa validité, sa "validité objective", est son mode même d' "existence" ; et cette

existence, elle la doit uniquement à une autre norme, et non à l'acte de volonté même qui l'a posée<sup>2</sup>.

A cette validité se rattache, non seulement l'existence de la norme, mais aussi l'obligation d'y obéir qui pèse objectivement, dans l'espace social considéré, sur ceux que vise cette norme: pour Kelsen, en effet, "dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains « est valable (*gilt*) », c'est affirmer qu'elle est obligatoire (*verbindlich*), que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit" (p. 255). Ce n'est donc pas par la volonté même de celui qui pose une norme qu'il y a obligation de s'y conformer: ce caractère obligatoire - cette "obligatorité", pourrait-on dire - découle de la validité objective qu'une norme supérieure confère à la norme posée.

## B. Explication des arrière-plans de la pensée kelsénienne

Ce n'est pas par hasard - par un dérapage accidentel de ses facultés de jugement - que Kelsen a été amené à cette étonnante conception des normes: cette dernière lui a été directement inspirée par les préoccupations mêmes qui l'animaient en arrière-plan de ses démarches théoriques.

- On doit rattacher cette conception, en premier lieu et principalement, à la préoccupation du Chef de l'Ecole de Vienne de marquer le terrain de la dogmatique juridique, qu'il entend présenter comme une "science" authentique<sup>3</sup>, contre les prétentions de la sociologie juridique naissante entre la seconde moitié du XIXème et le début du XXème siècles à prendre sa place au nom d'un prétendu "réalisme" ou "positivisme social": les fondateurs de la sociologie juridique, aussi bien en France, à commencer par Auguste Comte,

<sup>2</sup> "La validité objective d'une norme selon laquelle un homme doit se conduire conformément à la validité subjective de l'acte de volonté d'un autre homme concernant sa conduite ne résulte donc pas du fait positif réel, qu'est cet acte de volonté; elle résulte, elle ne peut résulter que d'une autre norme ... L'«existence» d'une norme positive, sa validité, est chose distincte de l'existence de l'acte de volonté dont elle constitue la signification objective" (p. 12 s.).

<sup>3</sup> C'est l'ambition même de la **Théorie pure du droit** que de vouloir "purifier" la dogmatique juridique traditionnelle pour qu'elle corresponde pleinement à sa vocation de "science". Il s'agit là, évidemment, d'une impossible visée alchimique - source de bien des déboires de la pensée kelsénienne - puisque la dogmatique juridique ne correspond nullement, dans le principe même de ses démarches et dans le rôle même qui lui est socialement dévolu, à une activité scientifique, mais technologique: cf. sur ce point mon étude "La part de la science dans les activités des juristes", **Dalloz**, 1997, Chroniques, p. 337 s.

que dans les pays germaniques (en particulier Hermann Kantorowicz ou Eugen Ehrlich), estimaient en effet que le vrai droit n'était pas à rechercher dans les édictions du législateur, mais à découvrir - grâce aux nouvelles méthodes d'investigation sociologique - dans la réalité sociale, à l'œuvre derrière les phénomènes sociaux observables. C'est contre cette tendance à confondre syncrétiquement les normes juridiques et les lois sociologiques, davantage encore que contre les tendances jusnaturalistes et les appréciations et partis-pris politiques de la théorie juridique traditionnelle, que Kelsen a entendu partir en guerre<sup>4</sup>. Sa **Théorie pure du droit** répond à un projet essentiellement épistémologique: fonder une science du droit ou "science normative de la société", science empirique à part entière, reposant sur de purs constats objectifs, tout en ne se confondant pas avec les disciplines sociologiques ou "sciences naturelles et causales de la société", ayant son objet et sa méthodologie propres et irréductibles. La réflexion ontologique de Kelsen sur le droit et les normes juridiques n'a jamais été que seconde dans l'ordre de ses préoccupations et tout entière mise au service de son projet épistémologique; ce qui explique à la fois ses faiblesses, mais aussi son ajustement en quelque sorte "sur mesure" à ce projet. Il lui fallait concevoir les normes juridiques comme autre chose que de simples éléments des actes de volonté qui les posent : d'où sa conception selon laquelle elles ne puisent pas leur nature de normes dans ces actes eux-mêmes, mais uniquement dans d'autres normes qui projettent à partir d'elles-mêmes une signification sur ces actes. On se trouve ainsi dans un circuit fermé qui s'alimente à lui-même et n'interfère pas, en principe, avec le monde des faits ou - pour employer le vocabulaire kantien - du *Sein* et le domaine des sciences naturelle et causales<sup>5</sup>; les normes, en tant que pures entités du monde du *Sollen*, sont des réalités à part appelant une science spécifique.

- A cette préoccupation épistémologique, il faut ajouter une autre préoccupation elle aussi très présente dans la pensée juridique de Kelsen, celle

---

<sup>4</sup> Ainsi qu'il s'en est clairement expliqué lui-même notamment dans une notice autobiographique rédigée en février 1927: lors de ses premiers travaux, écrit-il, "les tendances politiques qui, dans la théorie traditionnelle, forment l'arrière-plan du dualisme du droit objectif et du droit subjectif, du droit privé et du droit public, n'étaient pas encore claires pour moi. 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 les 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. La pureté de la méthode, indispensable à la science juridique, ne me sembla garantie par aucun philosophe avec autant de précision que par Kant avec son opposition de l'être et du devoir-être. La philosophie kantienne fut donc pour moi, dès le début, la lumière qui me guida" (**Droit et Société**, 1987-7, p. 345). Voir aussi: Renato Treves, "Hans Kelsen et la sociologie du droit", **Droit et Société**, 1985-1, p. 15 s.

<sup>5</sup> Même si Kelsen apportera quelques atténuations à ce principe en admettant que l'inefficacité peut faire perdre à une norme sa validité qui lui a été conférée par une autre norme.

de répondre au problème du caractère obligatoire des normes juridiques: pourquoi doit-on obéir aux normes juridiques? Ce problème est classiquement étiqueté comme étant le "problème du fondement de la validité du droit". Cet étiquetage, à première vue étrange, est de fait très révélateur: il se rattache aux préoccupations et au mode de penser du jusnaturalisme. Pour ce dernier, animé essentiellement par le souci moraliste de construire une éthique des relations entre gouvernants et gouvernés et d'asseoir - mais aussi de limiter - l'autorité des premiers à l'égard des seconds, le droit positif édicté par les pouvoirs publics est obligatoire - mais n'est obligatoire que - s'il s'agit d'un droit authentique, conforme à l'archétype du droit qu'est le droit naturel (que l'on conçoive celui-ci comme édicté par Dieu ou comme naturellement immanent au monde, inscrit de toute éternité derrière ce qu'il nous donne à voir). En cas de non-conformité, le droit positif n'est pas valable, n'est qu'un ersatz de droit, et les citoyens se trouvent déliés de leur devoir d'obéissance. Le droit naturel est ainsi conçu, dans cette perspective d'éthique civique, comme étant à la fois et indissolublement le fondement et de la validité et du caractère obligatoire du droit positif (l'idée même de désobéir à travers lui aux prescriptions de Dieu ou de la Nature étant évidemment exclue).

Tout en répudiant le jusnaturalisme et ses démarches à la fois moralistes, idéologiques et métaphysiques, les "juspositivistes" ont continué à se poser fondamentalement dans les mêmes termes le problème du caractère obligatoire du droit; et c'est bien ce qu'illustre Kelsen : il ne fait pas de doute pour lui que le droit édicté est obligatoire, qu'on doit y obéir dans l'espace social concerné. Quel est le fondement de ce caractère obligatoire, de ce devoir d'obéissance? C'est une donnée qu'il faut expliquer, - qu'il faut expliquer de manière purement objective, "scientifique", sans aucune arrière-pensée idéologique et sans aucun appel à une quelconque transcendance. Mais, face à ce problème qui le hante et qui est au cœur de ses préoccupations, Kelsen est resté malgré lui prisonnier du mode de penser jusnaturaliste<sup>6</sup> : il continue de considérer que le droit posé n'est obligatoire, "objectivement" obligatoire, que s'il est valable, "objectivement valable", que l'obligation de lui obéir ne peut découler que de sa validité; le problème du fondement de l'obligatorité des normes juridiques continue pour lui de se ramener à celui du "fondement de leur validité"<sup>7</sup>. En concevant, précisément, les normes juridiques positives comme étant nécessairement, par définition, "objectivement valables", c'est-à-dire tirant leur validité et leur existence même de normes d'autres normes juridiques en vertu desquelles elles ont été posées, Kelsen apporte du même coup, au problème de

---

<sup>6</sup> Ainsi que le lui a justement reproché le danois Alf Ross (cf. en particulier: "Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Juridica de Bueno Aires*, 1961, IV, p. 72 s., -extraits traduits en français dans C. Grzegorzcyk, F. Michaut et M. Troper, *Le positivisme juridique*, Bruxelles-Paris, Story Scientia- L.G.D.J., 1992, p. 204 s.).

<sup>7</sup> Voir en particulier : *Théorie pure du droit*, 2ème éd., p. 255.

leur caractère obligatoire, une solution tout à fait acceptable (en apparence au moins) au regard des postulats positivistes auxquels il adhère, exempte de toute dimension métaphysique, - une solution qui présente, en outre, l'avantage de situer l'obligatorité du droit en dehors de la sphère du *Sein* et des rapports de force du ressort des sciences causales de la société<sup>8</sup>.

## II

### Les faiblesses de cette conception

Cette conception kelsénienne des normes juridiques positives, que je viens de résumer, appellerait bien des observations critiques. J'exposerai les principales d'entre elles en examinant d'abord l'incohérence des idées du maître autrichien et les extravagances auxquelles elles l'ont conduit, puis en soulignant une faille cruciale que laisse apparaître sa pensée, à savoir l'insuffisance d'approfondissement théorique de l'acte même de position de normes juridiques.

#### A. L'incohérence des idées de Kelsen et les extravagances auxquelles elles l'ont conduit

1/ La conception développée par Kelsen en matière de norme manque de cohérence par le fait qu'elle repose sur une double confusion.

---

<sup>8</sup> On peut se demander, d'ailleurs, si sur cette question Kelsen n'a pas été victime, non seulement du mode de penser jusnaturaliste, mais aussi - et en même temps - de sa détermination à concevoir la dogmatique juridique sur le modèle des sciences empiriques, comme une "science normative de la société", Créditer une loi scientifique - et notamment une loi sociologique - de "validité" implique en effet, particulièrement dans l'optique déterministe classique à laquelle adhère Kelsen (cf. **Théorie pure du droit**, 2ème éd., p. 125 s.), que les phénomènes -et notamment les phénomènes sociaux- observables doivent nécessairement se produire en conformité avec elle ; il est tentant à partir de là de penser que les normes juridiques valides "décrites" par la "science du droit", dont celle-ci reproduit le contenu dans les "propositions de droit" qu'elle énonce (et que Kelsen assimile à des lois scientifiques), impliquent elles aussi une obligation "objective" pour les acteurs sociaux de s'y conformer, - cette obligation étant, certes, entendue plus soupagement, avec des possibilités de "désobéissance", mais restant malgré tout dans l'esprit de Kelsen une implication nécessaire de la validité que la "science du droit" reconnaît aux normes juridiques qui forment la matière de ses propres énoncés : n'est-ce pas ainsi, comme une sourde et bien inappropriée référence au paradigme des sciences empiriques, que l'on doit comprendre que pour lui l'effectivité des normes juridiques "décrites" par la "science du droit" soit, aux yeux de celle-ci, la condition pour que perdure leur validité ?

a) Le Chef de l'Ecole Normativiste confond, tout d'abord, interprétation et qualification<sup>9</sup>. Lorsqu'il prétend que les normes, et notamment les normes juridiques, sont des "schémas d'interprétation", qu'elles permettent d'"interpréter" les faits - et spécialement les actes humains accomplis dans l'espace et dans le temps -, de leur donner un "sens" ou "signification", ce n'est pas exactement d'interprétation qu'il s'agit, ni corrélativement de "sens" ou "signification", c'est-à-dire de contenu de pensée véhiculé au moyen de signes ou signaux linguistiques à interpréter. Il veut dire, en réalité, que la réglementation juridique permet de qualifier les faits humains bruts, de leur reconnaître une qualité ou qualification juridique qu'ils ne laissent pas apparaître par eux-mêmes, mais qui découle du prisme de cette réglementation même à travers lequel on les regarde. On utilise, il est vrai, couramment en pratique les termes "sens" ou "signification" comme synonymes de "qualité" ou "nature" d'un quelque chose, mais cet usage polysémique n'autorise pas pour autant à confondre les opérations mentales d'interprétation et celles, radicalement différentes, de qualification, confusion d'autant plus regrettable en l'occurrence que Kelsen consacre, dans la *Théorie pure du droit*, tout un chapitre dans la première édition et tout un titre dans la deuxième à "l'interprétation", entendue cette fois de manière plus orthodoxe comme l'interprétation du sens des énoncés de règles juridiques<sup>10</sup>.

b) Mais surtout sur cette première confusion se greffe, dans les raisonnements de Kelsen, une autre confusion dans la mesure où il est amené en définitive à assimiler "sens" ou "qualité" et "valeur" ou "validité", donnée de sens (de qualité) par une norme à un acte humain et donnée de valeur.

On doit déjà observer qu'il est étrange de commencer -comme le fait Kelsen au début de la **Théorie pure du droit** - par présenter les normes en général et les normes juridiques en particulier comme des instruments d'interprétation-qualification de la réalité, comme si telle était leur vocation

---

<sup>9</sup> Cf. à ce propos ma contribution intitulée "L'interprétation à tort et à travers", in **Interprétation et droit**, sous ma direction, Bruxelles/Aix-Marseille, Bruylant-P.U.A.M., 1995, p. 23 s.

<sup>10</sup> En fait, la pensée de Kelsen au sujet des notions d'*interprétation* et de *sens* ou *signification* n'a guère brillé par sa rigueur et est restée très confuse jusqu'à la fin de sa vie, ainsi que l'attestent les éclaircissements, particulièrement obscurs et embrouillés, qu'il a essayé d'apporter à ces notions dans sa **Théorie générale des normes** (trad. fr. O. Beaud et F. Malkani, Paris, P.U.F., 1996, en particulier, p. 365: "On peut parler de la norme *en tant que signification* -la signification d'un acte de volonté, mais aussi de la *signification d'une norme*. La signification d'une norme pose problème lorsque l'expression linguistique dans laquelle apparaît la norme n'est pas claire. C'est le but de l'interprétation de la norme que d'établir la signification de cette norme ... Cette « interprétation » répond à la question: quelle est en fait la signification des mots qui doivent être compris comme norme ? Mais cette signification -la signification de la norme- est différente de la signification de l'acte de volonté, dont on dit de manière imagée qu'il « crée » la norme, ce qui exprime simplement l'idée que la norme est la signification de cet acte de volonté". Cf. également infra la citation sous la note 19

essentielle<sup>11</sup> : les normes sont, en réalité, des outils de direction des conduites humaines ayant pour fonction d'indiquer à ceux à qui elles sont destinées -pour qu'ils se "règlent" dessus, qu'ils fixent à l'intérieur d'elles leurs lignes de conduite- la marge de leur possibilité d'agir dans tels ou tels cas, ce qu'ils peuvent faire, ce qu'ils ne peuvent pas faire ou ce qu'ils ne peuvent pas ne pas faire. A cette fonction directive se rattachent des utilisations secondaires, dérivées: les normes servent ainsi, aussi bien à ceux dont elles visent à encadrer l'agir qu'à des tiers, d'étalons de valeur des conduites envisagées ou accomplies; par référence à elles on jugera ces conduites "bonnes", "régulières", "valables", ou "mauvaises", "irrégulières", "non valables". Et c'est aussi à titre d'utilisation accessoire, se rattachant à leur vocation essentielle de direction des conduites, qu'elles servent de support à des opérations de qualification des faits. La réglementation juridique utilise fréquemment, pour ses besoins directifs mêmes, des concepts ou catégories spécifiques, qu'elle dénomme souvent sous des termes spécifiques et qu'elle définit plus ou moins explicitement. Il en est ainsi, en particulier, des catégories d'actes délictueux auxquels le droit pénal attache certaines sanctions, mais aussi des catégories correspondant aux diverses variétés d'actes d'édiction de normes, et notamment de normes juridiques, institués par le droit et qu'il habilite certaines personnes, autorités ou organismes publics ou privés à effectuer: par exemple, les catégories de "loi", de "loi organique", de "loi de finances", d'"ordonnance", de "décret", ou encore de "testament", de "testament sous-seing privé", de "testament authentique", de "contrat", de "contrat administratif" ou "de droit public", etc. C'est uniquement par référence à la réglementation juridique qu'on se sert en pratique de ces étiquetages pour qualifier les actes d'édiction de normes accomplis dans l'exercice des compétences juridiques correspondantes.

Mais à partir de là, il convient de formuler deux séries d'observations à l'encontre des idées soutenues par Kelsen.

- D'une part, peut-on dire, comme le fait le maître autrichien, que pour qu'un acte de volonté entre dans telle ou telle de ces catégories et "existe" en tant qu'ayant la qualité juridique correspondante, il faut qu'il ait été accompli en conformité avec la réglementation juridique qui le régit, et donc qu'il soit juridiquement valable? Certes, si j'édicte moi-même une norme à l'adresse d'autrui en prétendant que mon acte est un "décret", on peut admettre que cette prétention apparaîtra totalement vaine: il sera patent aux yeux de tous, objectivement, que mon acte ne peut être qualifié de "décret" et donc n'est pas un décret, puisque seul le Premier Ministre ou le Président de la République ont cette compétence. En revanche, si l'on suppose qu'un ministre, agissant sur

---

<sup>11</sup> C'est la vision caricaturale du droit qu'il a inspirée à bien des auteurs: cf., par exemple, René Sève, "L'institution juridique: imposition et interprétation", *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1990-3, p. 311s., ou Christophe Grzegorzczak, "Le droit comme interprétation officielle de la réalité", *Droits*, 1990-11, p. 31s.

délégation du Premier Ministre, a prétendu prendre un décret alors que la délégation était entachée d'irrégularité, ou encore que le Premier Ministre lui-même a prétendu prendre un décret alors que son acte ne respecte pas toutes les conditions de forme ou de fond juridiquement requises (par exemple, un contreseing ministériel fait défaut ou bien l'avis préalable du Conseil d'Etat a été omis, ou bien encore les dispositions de cet acte ne relevaient pas des compétences du Premier Ministre mais de celles du législateur), l'acte en cause sera bien considéré comme un décret, un décret irrégulier qui pourra peut-être faire l'objet d'un recours en annulation, mais que l'on n'hésitera pas, néanmoins, en pratique à qualifier de décret. En ce sens, toute irrégularité n'est pas assimilable à une "inexistence", - entendons: à une inaptitude de l'acte à entrer dans la catégorie juridique qu'il revendique (ou que l'on revendique pour lui).

- D'autre part, et surtout, que le droit habilite à édicter, aux conditions qu'il prévoit, des normes et notamment des normes juridiques, qu'il institue des variétés particulières d'actes d'édition de normes ou de normes juridiques, ne signifie nullement, comme le prétend Kelsen, que, ce faisant, le droit donne - et que seules des normes peuvent donner - à des actes de volonté le sens même (ou, si l'on préfère, la nature générique) d'actes d'édition de normes ou de normes juridiques. Ce n'est pas parce que l'acte de commandement que j'effectue à l'adresse d'autrui sous l'appellation de "décret" n'est pas un décret, ou encore parce que l'acte par lequel un bandit de grand chemin commande à ses victimes de lui remettre leur argent n'est pas accompli sur habilitation d'une norme, que ces actes ne sont pas des actes de commandement, c'est-à-dire d'édition de normes. Et ce n'est pas non plus parce que l'acte du Constituant originaire n'est pas, par hypothèse même, effectué sur habilitation d'une norme juridique supérieure, qu'il n'est pas un acte d'édition de normes juridiques, "objectivement" perçu comme tel dans l'espace social concerné.

L'idée même, d'ailleurs, selon laquelle ce seraient des normes juridiques qui seules permettraient de qualifier des actes d'actes d'édition de normes est un non-sens: comment, en effet, identifier ces normes de référence sans savoir au préalable précisément ce qu'est une norme? On tombe ici dans l'absurdité de ce que les logiciens appellent des "propositions auto-référentielles". En réalité, ce n'est pas le droit qui définit le droit ni les actes d'édition de normes ou de normes juridiques. Le droit n'est pas une institution juridique, les normes et les actes normateurs en général non plus. Il s'agit, pour employer le langage hégélien, de "formes de vie" qui se sont spontanément développées dans les relations sociales, sans dessein préconçu, et c'est à ces formes de vie que correspondent nos concepts généraux de droit, de norme et de position de norme, et non à de prétendues catégories juridiques.

C'est par une insoutenable confusion entre "qualité" et "valeur" que Kelsen postule que les actes d'édiction de normes juridiques n'ont cette "signification" que par le réfléchissement sur eux des normes juridiques en conformité desquels ils ont été accomplis : en vérité, ce n'est pas parce que des actes sont juridiquement valables qu'ils sont des actes d'édiction de normes ou de normes juridiques<sup>12</sup>.

2/ Mais si le droit ne peut définir le droit, il ne peut non plus, de toutes façons, donner une valeur à tous les actes d'édiction de normes juridiques, ni donc à toutes les normes juridiques elles-mêmes : l'idée que toute norme juridique, à l'instar de toute norme positive en général, est nécessairement une norme valable, c'est-à-dire une norme qui a été posée en vertu de et en conformité avec une norme supérieure de l'ordre juridique, est un non-sens puisqu'elle implique une *regressio in infinitum*. Pour trouver une solution à cette insurmontable difficulté logique, Kelsen a été réduit à recourir à l'extravagante échappatoire de la "norme fondamentale supposée", dont il n'a guère réussi à masquer le caractère artificiel en dépit de l'habit kantien qu'il lui a tout aussi artificiellement d'abord donné. A défaut de pouvoir remonter à une norme supérieure posée en amont de l'acte originaire d'édiction de droit ou "première Constitution" de l'ordre juridique positif - une norme supérieure grâce à laquelle seule cet acte pourrait être considéré comme un acte d'édiction de normes susceptibles de conférer la même nature à tous les autres actes d'édiction accomplis à partir de lui -, tout juriste qui prétendrait tout de même faire de la "science du droit" et donc se trouver en présence de normes juridiques, de normes juridiques "valables", "supposerait" par là lui-même, nécessairement, dans son for intérieur, une norme fondamentale habilitant les autorités originaires à émettre la première Constitution et fondant la validité et le caractère obligatoire de l'ordre juridique positif tout entier<sup>13</sup>. Se prévalant de la caution de la théorie kantienne de la connaissance, Kelsen souligne que l'hypothèse de cette norme fondamentale ne se situe aucunement sur un plan métaphysique; il s'agit simplement, dit-il, d'une "hypothèse logique-

---

<sup>12</sup> Encore une fois, Kelsen paraît avoir été victime de réminiscences du mode de penser jusnaturaliste : pour le jusnaturalisme, le droit naturel étant conçu -à la manière de l'Idée platonicienne- comme l'archétype du droit, les normes positives ne sont "valables" et ne sont du droit "authentique" que si leur contenu est conforme à celui de ce droit idéal. Mais ce n'est précisément pas dans une telle perspective, qu'il réproouve totalement, que le positiviste Kelsen se place : pour lui les normes juridiques posées ne sont pas "valables" par la correspondance directe de leur contenu à celui d'une norme supérieure, mais toujours par la validité de l'acte qui les pose ; dans cette perspective "dynamique", l'assimilation de la "valeur" à la "qualité" n'a plus de sens.

<sup>13</sup> "Si l'on renonce à rapporter la validité de la Constitution et la validité des normes créées en conformité de cette Constitution à une norme qui aurait été créée par une autorité métajuridique telle que Dieu ou la Nature, il n'y a qu'une réponse possible: la validité de cette Constitution, son caractère de norme obligatoire, doivent être *supposés*, admis comme hypothèses, si l'on veut qu'il soit possible d'interpréter les actes posés conformément à ses dispositions comme la création ou l'application de normes juridiques générales valables, comme la création ou l'application de normes juridiques individuelles valables"(Théorie pure du droit, 2ème éd., p. 265).

transcendantale" impliquée dans les démarches mêmes de la "science du droit": "en formulant cette théorie de la norme fondamentale, la **Théorie pure du droit** n'inaugure absolument pas une nouvelle méthode de la connaissance juridique. Elle ne fait qu'amener à la pleine conscience ce que tous les juristes font, le plus souvent sans s'en rendre compte, lorsqu'ils conçoivent que les données [*qu'ils étudient*] ne sont pas des faits déterminés par les lois de la causalité, mais les considèrent conformément à leur sens subjectif comme des normes objectivement valables, comme un ordre juridique normatif, sans rapporter la validité de cet ordre à une norme supérieure métajuridique, c'est-à-dire posée par une autorité supérieure à l'autorité juridique, - en bref: lorsqu'ils conçoivent le droit exclusivement comme droit positif. La théorie de la norme fondamentale n'est rien d'autre que le résultat d'une analyse d'une façon de procéder qu'une connaissance du droit positiviste a appliquée depuis toujours"<sup>14</sup>.

L'invocation de la pensée kantienne est, en l'occurrence, d'un bien faible secours: cette soi-disant "hypothèse logique-transcendantale" de la norme fondamentale correspond, plus exactement, à un dévoiement de l'analytique transcendantale développée par Kant dans sa **Critique de la raison pure**. Kant, en effet, se pose une question épistémologique ou de théorie de la connaissance: qu'est-ce qui rend possible la connaissance? Ce sont, répond-il, les catégories transcendantales telles que le principe de causalité, constituées a priori dans l'esprit du sujet lui-même et qui lui permettent d'introduire de l'ordre dans les données d'observation du monde. Or Kelsen veut reprendre le même type d'analyse dans le cadre d'un questionnement qui est en apparence seulement d'ordre épistémologique, mais en réalité essentiellement d'ordre ontologique: il s'agit, avec sa prétendue "hypothèse logique-transcendantale", de répondre non pas à la question de savoir à quelles conditions la connaissance du droit est possible, mais bien plutôt à la question de savoir à quelles conditions l'existence même du droit dans les sociétés humaines (c'est-à-dire, selon sa conception, la validité et obligatorité des normes juridiques édictées) est possible. Sa démarche se décompose de la manière suivante. 1) *A quelles conditions une science du droit est-elle possible?* A condition - comme aurait dit Monsieur de la Palisse - qu'il y ait du droit, des normes juridiques posées valables et obligatoires en face du juriste. 2) *A quelles conditions y a-t-il du droit, des normes juridiques posées valables et obligatoires en face du juriste?* A condition de supposer que les normes juridiques originaires posées par le premier Constituant sont valables et obligatoires. C'est à ce second niveau de questionnement que joue la norme fondamentale: il s'agit bien d'une hypothèse ontologique portant sur le droit lui-même (tel que le conçoit Kelsen) et non pas vraiment sur la connaissance d'un droit

---

<sup>14</sup> **Théorie pure du droit**, 2<sup>ème</sup> éd., p.273.

empiriquement donné. Kelsen le reconnaît lui-même, d'ailleurs, lorsqu'il observe: "la norme fondamentale hypothétique répond à la question: comment le droit positif est-il possible comme objet de la connaissance, comme objet de la science, et par conséquent comment celle-ci est-elle possible ?"<sup>15</sup>.

Solution inadaptée dans son principe même à un problème de toutes façons insoluble, généré par sa conception incohérente des normes et des actes d'édition de normes, la norme fondamentale hypothétique invoquée par Kelsen, loin de conforter ses positions, ne fait qu'ajouter à leurs difficultés. Comment soutenir à la fois qu' "il ne peut pas exister de normes immédiatement évidentes", que "la création de normes est un acte de volonté" et ne peut se rattacher à la "fonction de connaissance"<sup>16</sup>, mais que le juriste-savant peut néanmoins, dans sa démarche même de savant, "supposer" une norme fondamentale venant prolonger les normes du droit positif qu'il étudie, ayant la même nature directive qu'elles puisqu'elle habilite le premier Constituant à édicter les normes juridiques originaires? Comment admettre, et spécialement d'un point de vue positiviste, cette adjonction, à la réalité donnée à observer, d'une réalité "supposée"? On ne peut s'empêcher ici de penser au rasoir d'Ockham! Et comment, par ailleurs, si une norme est la signification d'un acte de volonté, peut-il y avoir supposition d'une norme, pour ainsi dire, pure -totalement désincarnée - s'adressant au premier Constituant abstraction faite de tout acte de volonté. Et de fait, Kelsen a été finalement amené, dans le dernier état de sa pensée, à admettre qu'il fallait supposer en même temps que la norme fondamentale l'existence d'une autorité fictive ayant posé cette norme fondamentale par un acte de volonté tout aussi fictif<sup>17</sup>: Kelsen a renoncé à ce moment à se prévaloir artificiellement de l'analytique transcendantale de Kant et s'est résigné à se placer sous le signe plus approprié de la fiction pure et simple, dans le lignage de la philosophie du "comme si" (*als ob*) de Hans Vaihinger<sup>18</sup>.

Mais cette fiction elle-même est, en toute hypothèse, une fausse échappatoire au regard des insoutenables prémisses posées par Kelsen: la norme fondamentale fictivement supposée, pour être norme, doit être supposée elle-même valable, ce qui implique derrière elle la supposition d'une norme *supérieure* et d'un acte de volonté l'ayant édictée, et ainsi de suite. Kelsen n'échappe pas, même en sautant de la réalité à la fiction, à la *regressio in*

<sup>15</sup> Kelsen, "La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique", 1928, trad. fr. B. Laroche et V. Faure, publié en appendice de **Théorie générale du droit et de l'Etat**, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1997, p. 484.

<sup>16</sup> **Théorie pure du droit**, 2ème éd., p. 259; cpr. p. 97 s.

<sup>17</sup> Kelsen, "Die Funktion der Verfassung", 1964 (article reproduit dans l'ouvrage collectif **Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross**, Vienne-Francfort-Zürich, éd. H. Klecatsky, R. Marcic et H. Schambeck, t. 1, 1968), et **Théorie générale des normes**, p. 344 s.

<sup>18</sup> Hans Vaihinger, **Die Philosophie des Als Ob**, Stuttgart, 1911.

*infinitem* au piège de laquelle il s'est pris avec sa conception des normes et des actes d'édition de normes.

On voit surtout que, par rapport au projet kelsénien de constituer une "science du droit" spécifique - ou science normative de la société - aux côtés des sciences causales de la société, ces acrobaties ontologiques aboutissent en définitive à fonder cette "science" sur une simple fiction, sur un simple acte de l'imaginaire du juriste-savant, un acte d'autant plus gratuit de la part de ce dernier que Kelsen reconnaît lui-même que rien ne l'y oblige: "cette interprétation est simplement possible, mais elle n'est pas nécessaire et la validité objective du droit positif n'est que relative, puisque conditionnée précisément par l'hypothèse de la norme fondamentale. L'on ne doit pas nécessairement supposer la norme fondamentale d'un ordre juridique positif; l'on ne doit pas nécessairement interpréter les relations humaines dont il s'agit de façon normative, c'est-à-dire comme des obligations, des habilitations, des droits, des compétences, etc., fondés par des normes juridiques objectivement valables; on a seulement la faculté de le faire, c'est-à-dire que l'on peut aussi les interpréter sans recours à une hypothèse préalable, sans supposer la norme fondamentale, comme des relations de force, comme des relations entre des individus qui commandent et des individus qui obéissent ... ou qui n'obéissent pas, c'est une interprétation qui n'est plus juridique, mais sociologique"<sup>19</sup>. En d'autres termes, ce n'est que si le juriste le décide lui-même discrétionnairement, par un acte d'imagination fondateur, que la science du droit et, finalement, le droit lui-même sont possibles! La **Théorie pure du droit**, en tant que "science de normes", se situe dans le monde, non pas du réel et de l'observation, mais du merveilleux et du prodige - ou, comme on dit volontiers aujourd'hui, du virtuel.

## **B. L'insuffisant approfondissement théorique de l'acte de position de normes juridiques**

Kelsen en est toujours resté - à l'image, il est vrai, de la pensée juridique classique - à une analyse superficielle, pour ne pas dire caricaturale, de l'acte de position ou édition de normes, et particulièrement de normes juridiques. Pour lui, il s'agit simplement d'un acte de dire une norme, d'une formulation de norme. Il a eu, par suite, beaucoup de difficulté à bien distinguer cet acte de la norme elle-même, de son énoncé. On le voit déjà dans sa définition de la norme comme étant la "signification de l'acte de volonté": il ne dit pas, en effet, que l'acte de volonté reçoit d'une norme supérieure la signification d'acte d'édition de norme, mais la signification même de norme, - précisément parce qu'il tend

---

<sup>19</sup> **Théorie pure du droit**, 2ème éd., p. 294; cpr. **Théorie générale des normes**, p. 343 s.

à assimiler cet acte à un simple dire de norme, à un dire normatif; et les clarifications elles-mêmes qu'il a tenté d'introduire sur ce point, par le caractère empêtré qu'elles ont revêtu jusque dans ses dernières œuvres, montrent bien qu'il n'est jamais parvenu à concevoir clairement la distinction acte d'édition de norme-norme édictée<sup>20</sup>. Caractéristiques sont également les développements laborieux dans lesquels Kelsen cherche à établir une séparation radicale entre les actes d'édition du législateur-actes de volonté et les actes de la "science du droit"-actes de connaissance mais qui sont aussi des actes de dire des normes (celles que le législateur a édictées et que la "science du droit" répète pour les "décrire") et donc des *Soll-Sätze*<sup>21</sup>. On pourrait pareillement évoquer ce qu'il présente comme une "hiérarchie dynamique de normes" et qui est en réalité une cascade d'habilitations à édicter des normes et donc une série de relations, non pas directement de normes supérieures à normes inférieures, mais de normes supérieures à actes d'édition de normes inférieures<sup>22</sup>.

Une réflexion plus approfondie - avec laquelle la philosophie du langage anglo-saxonne nous a familiarisés depuis John Austin et sa « *speech acts theory* »<sup>23</sup> - aurait permis au maître autrichien d'apercevoir que, dans l'expérience juridique comme plus généralement dans toute expérience de direction de conduites humaines, l'acte d'édition de normes est certes un "acte de langage", c'est-à-dire un acte accompli à l'aide de paroles (écrites ou proférées oralement), mais qui a, par-delà ce matériau utilisé, la nature (ce que la théorie des actes de langage appelle la *valeur* - ou *force* - *illocutoire*) d'un acte social d'autorité ou de commandement intervenant dans des rapports intersubjectifs, - un acte par lequel le commandant ne se contente pas de dire

<sup>20</sup> Voir, par exemple, *Théorie générale des normes*, p. 217: "Il faut remarquer que l'acte de volonté dont la norme est la signification, doit être distingué de l'acte de langage, dans lequel s'exprime la signification de l'acte de volonté. Ce qui est parlé, ce sont des mots, c'est une proposition, un impératif ou une proposition normative. La norme, qui est la signification d'un acte de volonté, est le sens d'une proposition qui est elle-même le produit d'un acte de langage, par lequel est exprimée la signification de l'acte de volonté".

<sup>21</sup> "Les propositions juridiques que la science du droit doit formuler ne peuvent être que des propositions affirmant un devoir-être (*Soll-Sätze*). Mais il faut observer - et c'est la difficulté logique que présente l'analyse de ces données - que l'emploi du mot *sollen* par et dans les propositions juridiques formulées par la science du droit ne fait en aucune façon qu'elles prennent la signification autoritaire des normes juridiques qu'elles décrivent; dans les propositions juridiques, le *Sollen* a un caractère simplement descriptif. Mais du fait que les propositions juridiques décrivent quelque chose, il ne suit pas que ce qu'elles décrivent soit des faits réels ou positifs. Car il n'y a pas que les faits réels ou positifs qui puissent être décrits; les normes aussi peuvent l'être" (*Théorie pure du droit*, 2ème éd., p. 109 s.). Comment, après avoir présenté "l'assertion qui décrit un fait positif" comme étant "l'assertion que ceci ou cela *est*" (*ibid.*, p. 8), peut-on soutenir qu'une proposition disant que "quelque chose *doit être*" est aussi descriptive? Qu'est-ce qu'un "*Sollen* descriptif", un *Sollen* qui n'est pas norme mais description de norme? Peut-on décrire autre chose que des faits réels ou imaginés et donc du *Sein* réel ou fictif et comment est-il possible de décrire du *Sein* en termes de *Sollen*? Voir sur ces questions les pertinentes observations de Riccardo Guastini, "Problèmes épistémologiques du normativisme en tant que théorie de la science juridique", *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1997-4, p.551 s.

<sup>22</sup> Cf. sur ce point mon étude "Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique", *Revue du Droit Public*, 1978, p. II s.

<sup>23</sup> John Austin, *Quand dire, c'est faire*, 1962, trad. fr. Gilles Lane, Paris, Seuil, 1970. Voir: *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, sous ma direction, Paris, P.U.F., 1986.

une norme, mais plus exactement donne, à ceux à qui il s'adresse, une norme aux fins qu'ils l'observent effectivement, qu'ils s'y plient, qu'ils s'en servent pour ajuster sur elle leurs accomplissements, leurs agissements<sup>24</sup>: il s'agit d'un acte social de "position" ou "établissement" d'une réglementation, c'est-à-dire d'un acte de mise en vigueur, de mise autoritaire en service, en état d'applicabilité, de cette réglementation à l'intérieur d'un espace social, un acte par lequel le commandant vise à contrôler la conduite effective des destinataires, à obtenir qu'elle ne s'écarte pas de la marge de manœuvre que leur indique la norme qui leur est donnée. Et c'est par là, justement, que s'explique le caractère "obligatoire" de la norme posée, et spécialement des normes juridiques édictées : c'est parce que les normes juridiques font partie d'actes de commandement -d'actes de mise en vigueur- des autorités publiques, qu'elles apparaissent comme "obligatoires", comme devant être observées. Cette obligation d'observance ne se situe pas en l'occurrence, à la manière dont l'envisagent les jusnaturalistes, sur un plan éthique, au niveau d'une morale des comportements des citoyens à l'égard du droit édicté par les autorités publiques; elle fait partie de la constitution même de l'acte social de commandement que constitue l'édition de normes juridiques : commander, c'est exprimer à autrui qu'on veut qu'il se règle effectivement sur la norme qu'on lui "met en mains". Il n'y a sur ce point aucun mystère, aucune énigme à résoudre qui serait propre au droit et à l'expérience juridique : tout acte quelconque de commandement dans nos relations sociales a exactement la même constitution et sous-entend la même obligation d'obéissance. Il n'est pas nécessaire, pour rendre compte de cette donnée, de "supposer" quelque chose d'autre en amont de l'acte : c'est sa nature même qui l'implique en tant que donnée constitutive.

L'on voit bien ici qu'un acte de commandement n'a pas besoin d'être accompli sur habilitation d'une réglementation supérieure et en conformité avec elle pour être acte de commandement et comporter toutes ses implications: il suffit qu'il se donne et soit perçu comme tel<sup>25</sup>. La distinction que prétend faire Kelsen entre la "signification subjective" donnée à l'acte de volonté par son auteur et la "signification objective" qui découlerait de sa validité et qui seule

---

<sup>24</sup> L'étymologie même du verbe "commander" est très éclairante à cet égard : ce verbe vient, en effet, du verbe latin *mandare*, contraction de l'expression *in manus dare*, mettre en main (cf. A. Ernout et A. Meillet, **Dictionnaire étymologique de la langue latine**, Paris, Klincksieck, 1979, p. 382).

<sup>25</sup> Comme l'enseigne la *speech acts theory*, les actes de commandement -comme tous les actes de langage - peuvent être des performatifs explicites par lesquels le commandant-locuteur qualifie lui-même expressément l'acte social qu'il est en train d'accomplir ("Je vous commande de faire ceci"), ou bien des performatifs tacites qui n'étiquettent pas expressément leur propre nature (du type: "Faites ceci! ") mais la révèlent à la fois par le contexte dans lequel ils sont effectués et les "marqueurs" linguistiques qu'utilise le locuteur (tel l'emploi de l'impératif). Les actes d'édition de droit relèvent aujourd'hui, très généralement, de la première catégorie (cf. mon étude "Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques", **Revue de Métaphysique et de Morale**, 1990-3, p. 385 s.).

lui donnerait aux yeux de tous la nature d'acte de position de norme est parfaitement arbitraire et dénuée de tout fondement; il est, du reste, incohérent de qualifier en même temps cette "signification subjective" de *Sollen*<sup>26</sup>, car si l'acte n'est pas par la seule volonté de son auteur un acte d'édiction de normes, on ne devrait pas parler à son propos de *Sollen*, mais uniquement de *Sein*. La validité fait d'autant moins partie de la nature d'un acte d'édiction de normes juridiques qu'un tel acte peut, le cas échéant, produire tous ses effets même s'il est irrégulier, soit que ces effets perdurent jusqu'à la mise en œuvre et l'aboutissement de recours en annulation, soit qu'il n'existe pas de tels recours ou que les délais de leur mise en œuvre soient forclos : la norme édictée restera dans ces cas pleinement en vigueur, pleinement applicable ou "obligatoire" malgré l'irrégularité de l'acte d'édiction<sup>27</sup>.

Sans doute, pour qu'un acte de commandement "réussisse" en pratique, il faut que les adressataires acceptent l'autorité du commandant et consentent à se laisser diriger par lui : ce consensus est plus facilement donné lorsque l'auteur de l'acte bénéficie d'une investiture officielle -socialement patente- de ses fonctions de commandement, ce qui est le cas pour les dirigeants publics agissant sur habilitation juridique. Mais, outre le fait que cette investiture officielle n'est ni toujours indispensable ni toujours suffisante pour asseoir l'autorité des dirigeants et garantir que leurs actes de commandement seront suivis d'effets, il ne s'agit là, de toutes manières, que d'une condition de réussite pragmatique de ces actes et nullement, comme le conçoit Kelsen, d'une condition à laquelle serait subordonnée leur nature même d'actes d'édiction de normes.

Il convient, enfin, de souligner combien il est peu satisfaisant de situer l'obligatorité de la norme au niveau de cette dernière, comme un élément constitutif de son être même, au lieu de la rattacher à l'acte de volonté, de position de la norme, et aux intentions sous-jacentes de l'auteur de l'acte. Par là

---

<sup>26</sup> **Théorie pure du droit**, 2ème éd., p. 10.

<sup>27</sup> C'est parce qu'il confond la validité de l'acte de commandement (le fait qu'il a été effectué conformément à une norme supérieure) et sa nature même d'acte de mise en vigueur d'une norme que Kelsen soutient bizarrement que "l'assertion qu'une loi valable, une loi «en vigueur», serait contraire à la Constitution, «inconstitutionnelle», est une *contradictio in adjecto*: car une loi ne peut être valable qu'en vertu de la Constitution" (**Théorie pure du droit**, 2ème éd., p. 360). Tant que des dispositions législatives ne sont pas annulées, mises hors vigueur, on devrait les considérer comme valables, édictées en conformité avec la Constitution: "les lois dites «inconstitutionnelles» sont en réalité des lois «constitutionnelles» - il faut entendre: conformes à la Constitution- mais des lois «constitutionnelles» annulables par une procédure particulière" (*ibid.*, p. 364). Mais que la Constitution ait prévu ou non une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois et d'annulation des lois contraires à ses dispositions, on devrait considérer -ce qui donne une vision parfaitement absurde de la réglementation juridique- que le Constituant a donné de toutes façons "au législateur pouvoir de créer des normes générales soit par la procédure déterminée directement par les normes de la Constitution, soit par quelque autre procédure, et pouvoir de donner à ces normes soit un contenu conforme aux normes de la Constitution sur le contenu des lois, soit un contenu autre" (*ibid.*, p. 363).

Kelsen ne rend pas compte des degrés d'intensité que peut revêtir cette obligatorité en fonction, précisément, du type d'acte d'autorité accompli : à côté de ce qu'on peut appeler des commandements *stricto sensu*, qui consistent à donner -à mettre en service- des normes à observer coûte que coûte par ceux à qui elles sont destinées, il y a, comme l'illustre l'expérience juridique elle-même<sup>28</sup>, une seconde variété d'actes d'autorité ou recommandations, qui consistent à donner des normes à tâcher d'observer; l'obligation d'obéissance ou observance impliquée par ces deux variétés d'actes à l'endroit des adressataires n'est pas la même. En incluant dans le concept même de norme l'obligatorité qui découle en réalité de l'acte de position de la norme, Kelsen ne rend pas non plus compte de ce qu'on appelle couramment des "usages sociaux", "pratiques" ou "convenances sociales", c'est-à-dire des normes qui ont cours dans un milieu social indépendamment de toute mise en vigueur autoritaire, de tout acte de position, de toute relation de commandant à commandé, -des normes dépourvues de caractère officiellement obligatoire et que l'on observe de son plein gré, par conviction ou par mimétisme.

Et de la même façon, en rattachant l'obligatorité à la norme elle-même, caractérisée par l'idée de *Sollen*, Kelsen a rendu particulièrement confuse la notion même de *Sollen* et finalement le sens de la distinction *Sein/Sollen*, *être/devoir-être*<sup>29</sup>. Cette distinction - et c'est là son seul véritable sens - vise à exprimer l'essence même de l'éthique, à savoir que les règles de conduite ont pour fonction d'indiquer des marges de possibilité fixées à l'agir des intéressés et destinées à guider ou encadrer leur volonté dans la détermination de ce qu'ils ont à faire, à accomplir dans telles ou telles circonstances, - ce qu'on pourrait appeler des marges de possibilité fixées à leur "à-faire". D'où il découle, d'une part, que des normes ne peuvent être déduites de l'observation des faits, car les catégories du possible qu'elles utilisent (ce que les logiciens appellent des "catégories modales": l'*obligation*, ou nécessité de faire, ou -ce qui revient au même- impossibilité ou interdiction de ne pas faire; la *permission*, ou possibilité de faire ou de ne pas faire; l'*interdiction*, ou impossibilité de faire,

<sup>28</sup> A travers les actes des organisations internationales de type classique, mais aussi, depuis déjà plusieurs décennies, à travers de nombreux actes des autorités publiques nationales. Cf.: **L'État propulsif**, sous la direction de Charles-Albert Morand, Paris, Publisud, 1991 ; Jacques Chevallier, "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique", **Revue du Droit Public**, 1998, p.659 s.

<sup>29</sup> Distinction qu'il a reconnu lui-même, il est vrai, n'avoir guère approfondie (**Théorie pure du droit**, 2ème éd., p.7s.) et à laquelle il a toujours eu tendance à prêter une portée excessive et des conséquences extravagantes comme, en particulier, l'impossibilité de référer mentalement une conduite, c'est-à-dire un fait, à une norme, à un *Sollen* (*ibid.*, p. 8 s. et p. 25-26 note 1): un jugement de valeur consisterait, non pas tout simplement à constater que la conduite (par exemple -pour reprendre l'exemple même cité par Kelsen-le fait d'avoir fermé telle porte) entre ou non dans la marge du possible fixée par la norme (en l'occurrence, la norme "la porte doit être fermée"), qu'elle est ou non en rapport de correspondance ou conformité avec elle, mais à relever l'identité ou la non-identité entre "deux substrats modaux indifférents" respectivement abstraits du fait -mais cela a-t-il un sens?- et de la norme (en l'occurrence, l'identité entre la "fermeture de la porte" qui formerait le prétendu "contenu" neutre du *Sein*, du fait accompli, et la "fermeture de la porte" en tant qu'élément également neutre du contenu du *Sollen*, de la norme).

ou -ce qui revient au même- nécessité ou obligation de ne pas faire) sont des catégories purement logiques sans référent dans le Monde, et, d'autre part, que des faits ne peuvent non plus être déduits à partir de normes de conduite, car celles-ci ne concernent pas l'ordre des faits ou réalités donnés à notre observation de spectateurs, mais celui des à-faire, des à-réaliser par des acteurs humains qu'elles visent<sup>30</sup>. L'idée de *Sollen* ou *devoir-être* pour caractériser les normes de conduite correspond ainsi, non pas à l'idée d'obligatoire, mais à l'idée précisément de la norme-outil d'encadrement de l'à-faire, l'à-réaliser par les intéressés, et par suite étalon de la valeur de leur conduite, répondant à leur interrogation: "que dois-je faire ?", c'est-à-dire, non pas "que suis-je tenu de faire ?", mais "que convient-il que je fasse?", "que dois-je faire pour que ma conduite soit bonne?" Kelsen a brouillé la notion de *Sollen* en lui faisant exprimer l'obligatorité impliquée par l'acte de position de la norme mais qu'il attribue à la norme elle-même, à titre d'élément constitutif : dans cette vue syncrétique, le *Sollen*-expression d'un obligatoire localisé dans les normes elles-mêmes paraît se confondre avec la catégorie modale qu'utilisent les normes à contenu impératif, c'est-à-dire la catégorie de l'obligation de faire ou de ne pas faire. Kelsen a été, du fait de cette confusion, bien embarrassé pour justifier de placer également sous le signe du *Sollen* ainsi compris les normes permissives, pour expliquer que si les normes à contenu impératif articulent un devoir ou *Sollen*, il en va de même, aussi surprenant que cela puisse paraître, des normes à contenu permissif : même si tel n'est pas l'usage terminologique courant, le "pouvoir" qu'elles articulent doit aussi, dit-il, être qualifié de "devoir" ou "*Sollen*"<sup>31</sup>.

### III

#### **La persistance de ces errements dans le dernier état de la pensée kelsénienne**

Les errements précédemment relevés ont persisté chez Kelsen jusqu'à la fin de sa vie. Divers auteurs font état, pourtant, d'une évolution radicale qui serait survenue sur le tard dans sa pensée, mais leur analyse n'est nullement corroborée par la lecture de ses toutes dernières œuvres.

---

<sup>30</sup> Il y a, sur ce second point, une différence radicale entre les règles de conduite ou règles pratiques et les lois scientifiques ou règles théoriques qui indiquent, elles, que lorsque tel ou tel fait se produit, tel autre fait doit, ne peut pas ou peut -ou encore, en termes probabilistes, a tant de chances de - se réaliser : l'utilisation de ces règles permet de tirer des conséquences au plan des faits passés ou à venir.

<sup>31</sup> **Théorie pure du droit**, 2ème éd. p. 6s. ; **Théorie générale des normes**, p.3.

## A. La prétendue évolution de la pensée kelsénienne

Il est courant de distinguer plusieurs "périodes" dans la pensée kelsénienne, plusieurs "Kelsen" successifs. Ces présentations sont en vérité très artificielles, car si Kelsen a bien modifié, au fil de sa vie et de ses œuvres, certaines de ses vues, il s'est toujours agi -au moins à partir de la première édition en 1934 de la **Théorie pure du droit**, c'est-à-dire de l'ouvrage fondamental exprimant systématiquement sa pensée juridique parvenue à pleine maturité- de changements partiels et limités, ne touchant pas à l'essentiel de sa théorie et dont, de surcroît, il n'a pas tiré bien souvent jusqu'au bout, dans un esprit dogmatique, toutes les conséquences, toutes les remises en cause logiquement impliquées, toutes les mises en harmonie à effectuer. C'est ainsi, par exemple, que s'il en est venu, dans les années 1960, à abandonner son logicisme et à estimer que les principes logiques ne s'appliquent pas aux normes, même indirectement à travers les propositions sur des normes de la "science du droit", il n'a adopté cette position que graduellement, d'abord en 1962 pour le principe logique de non-contradiction, puis en 1965 pour le principe logique d'inférence, et surtout il a maintenu jusqu'au bout ses conceptions en matière de "réglementation négative" et d'absence de lacunes dans le droit, fondées pourtant sur une utilisation inopportune et spécieuse du principe logique *a contrario* dans le domaine des normes<sup>32</sup>. De même, le changement - précédemment évoqué - survenu dans sa conception de la norme fondamentale ne doit pas être surévalué : il ne correspond pas à un changement de cap de la pensée kelsénienne, mais à un changement superficiel dans l'habillage -ou, si l'on préfère, à une qualification plus appropriée- d'un élément de sa théorie qui n'a finalement guère varié dans son principe même.

On peut, en tout cas, attribuer à une pure et simple fantasmagorie une thèse qui s'est répandue à partir des années 1980 chez nombre de spécialistes de Kelsen : au cours d'une "période tardive", dont le point de départ se situerait peu après la deuxième édition en 1960 de la **Théorie pure du droit**, le maître autrichien aurait abandonné sa théorie des normes, telle qu'il l'avait développée jusque là, et serait devenu "volontariste"; en ce dernier état de sa pensée, et dans le souci de conférer à la "science du droit" les mêmes assises empiriques que les sciences de la nature, il aurait redonné à la volonté, dans l'édition des normes en général et des normes juridiques en particulier, le rôle essentiel dont il s'était laborieusement efforcé auparavant de la priver. C'est notamment la thèse soutenue par Stanley Paulson : "la période tardive ou volontariste de

---

<sup>32</sup> Sur tous ces points, voir mon étude "Ontologie du droit et logique déontique", **Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen**, 1995-27, p. 115 s.

Kelsen, écrit-il, commence avec la publication, à partir de 1960, de lettres et d'articles et se prolonge six ans après sa mort, jusqu'à la parution posthume du **Traité Allgemeine Theorie der Normen** (1979)". S'appuyant de références à ce dernier ouvrage, cet auteur poursuit : "La période tardive est marquée par l'abandon complet de l'appareil conceptuel néo-kantien. La norme juridique se présente désormais comme la signification d'un acte de volonté, la validité de la norme juridique « dépend de l'acte de volonté dont elle est la signification », la norme fondamentale est reléguée au statut de simple fiction. En un mot, dans sa période tardive, Kelsen rejoint le positivisme juridique traditionnel dans la version qu'en offrent les théoriciens de la « volonté », ceux-là mêmes à qui il avait si longtemps livré bataille"<sup>33</sup>.

En France, une thèse analogue a été développée par Michel Troper : à diverses reprises, cet auteur a fait état d'une évolution fondamentale dans la pensée de Kelsen, qu'il situe essentiellement à partir de 1965, année au cours de laquelle Kelsen a reconnu l'impossibilité de déduire des normes juridiques d'autres normes juridiques par de simples inférences logiques<sup>34</sup> et qui marquerait la césure entre la "période classique" ou "période européenne" du maître autrichien et sa "période tardive" ou "période américaine"<sup>35</sup>. S'inspirant d'une distinction faite par les logiciens du droit Carlos Alchourron et Eugenio Bulygin, Michel Troper soutient qu'au cours de la première période, et en particulier dans les deux éditions de la **Théorie pure du droit**, Kelsen aurait eu une conception "hylétique" des normes, les pensant comme de pures significations, des significations données par des normes à des actes de volonté mais tout en restant distinctes de ces actes eux-mêmes et déployant une réalité propre : il s'agissait donc d'"entités idéales" s'alimentant à elles-mêmes et existant à côté du monde des faits matériels sur le mode particulier de la validité. Au contraire, dans la seconde période, Kelsen se serait rallié à une conception "expressive" : "Kelsen, écrit Michel Troper, a opéré un revirement complet et adopté à la fin de sa vie une ontologie radicalement opposée : il a considéré que les normes n'étaient pas des entités idéales, mais l'expression d'actes de volonté. Ce changement paraît résulter principalement de l'adoption d'une conception empiriciste de la science du droit. Si cette science doit

<sup>33</sup> Stanley Paulson, Introduction de l'édition française déjà citée de la **Théorie générale du droit et de l'Etat** de Kelsen, p. 7; cf. également son étude "Toward a periodization of the Pure Theory of Law ", in **Hans Kelsen's Legal Theory. A diachronic point of view**, ed. Letizia Gianformaggio, Turin, Giappichelli, 1990, p.11 s.

<sup>34</sup> Kelsen, "Recht und Logik", **Forum**, Vienne, XII/142-143, oct.-nov. 1965, p. 425 s. et 495 s.

<sup>35</sup> Voir en particulier : Michel Troper, "Les thèses volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit", in **Controverses autour de l'ontologie du droit**, sous ma direction et celle de C. Grzegorzczuk, Paris, P.U.F., 1989, p.53 s., et "Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'Etat", **Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen**, 1990-17, p.97 s. Ces deux études sont reproduites dans l'ouvrage de Michel Troper, **Pour une théorie juridique de l'Etat**, Paris, P.U.F., 1994, p. 57 s. et p. 143 s. On relèvera, au passage, combien il est curieux de situer la "période américaine" de Kelsen à partir de ses écrits de 1965, alors qu'il s'était installé aux Etats-Unis et y avait recommencé une carrière universitaire dès 1940.

consister, comme toute science, en un ensemble de propositions, il faut que ces propositions soient vérifiables empiriquement. Lorsqu'une proposition de la science du droit affirme l'existence d'une norme juridique, cette proposition ne peut être tenue pour vraie que si elle est valide. Mais si la validité n'est que la conformité à une norme supérieure, on ne peut la constater objectivement, car cette conformité n'est pas un fait empirique. On ne pourra la constater et affirmer la vérité de la proposition de droit que si cette validité est une propriété empirique, si en d'autres termes on appelle «norme valide» une norme qui a été créée par un acte de volonté. Cette nouvelle conception, selon laquelle les normes sont l'expression de volontés humaines, a de nombreuses conséquences. D'abord, l'ordre juridique est caractérisé principalement comme un ordre dynamique, parce que la validité dépend du mode de création; d'autre part, le droit n'obéit pas à la logique, toujours parce que la validité d'une norme ne dépend pas de la conformité de son contenu au contenu d'une autre norme, mais seulement de l'existence d'un fait empirique, la manifestation d'une volonté; enfin, la critique de la doctrine dualiste de l'Etat et du droit ne peut plus être maintenue intacte"<sup>36</sup>.

## B. L'introuvable "période tardive" de Kelsen

Que la thèse précédente ait pu être échafaudée et qu'elle ait pu s'accréditer aussi facilement, laisse perplexe : elle est, en effet, dénuée de tout fondement. L'échappée de Kelsen dans le royaume de l'imaginaire et de la fiction aurait-elle contaminé ses exégètes? On chercherait en vain, en tout cas, un changement tardif d'ontologie chez Kelsen : sa conception des normes juridiques n'a pas varié d'un iota après la deuxième (et même après la première) édition de la **Théorie pure du droit**. Il suffit de lire la **Théorie générale des normes**, son œuvre ultime publiée à titre posthume, pour s'en convaincre<sup>37</sup>.

1/ Dès les premières pages de l'ouvrage, Kelsen reprend dans les mêmes termes qu'au début de la **Théorie pure du droit** ses vues sur les normes en

<sup>36</sup> Michel Troper, **Pour une théorie juridique de l'Etat**, p. 152.

<sup>37</sup> Pour se convaincre aussi, d'ailleurs, que -contrairement à ce que prétend Michel Troper - sa conception de l'identité de l'Etat et du droit n'a pas davantage varié. S'il ne consacre pas de développements particuliers à cette question dans la **Théorie générale des normes** (mais il n'en consacre pas non plus, plus généralement, à la notion de personne juridique), il confirme expressément, par renvoi, sa position antérieure : "Dire que le droit est la *volonté* de l'Etat n'est qu'une expression figurée pour indiquer que le droit est un ordre normatif, dont l'unité est exprimée par la personnification de l'Etat (cf. ma **Reine Rechtslehre** - Théorie pure du droit -, *op. cit.*, p.307, trad. franc., p.401 s.)". (**Théorie générale des normes**, p.401, note 38).

général et les normes juridiques en particulier<sup>38</sup>. Voici, notamment, trois fragments qui ne laissent planer aucun doute.

"Dans la mesure où le mot «norme» désigne une prescription ou un ordre, la « norme» signifie que quelque chose doit être ou avoir lieu... L'acte, dont la signification est que quelque chose est ordonné ou prescrit, est un acte de volonté ... Celui qui ordonne ou prescrit quelque chose, veut que quelque chose *doit avoir lieu*. Le devoir-être, la norme est la signification, d'une volonté, d'un acte de volonté" (p. 2).

"Puisque - comme cela ressort clairement de ce qui a été dit avant - il faut distinguer entre *l'acte* de commander, de prescrire, ou d'édicter la norme (qui est un acte de volonté et a donc le caractère d'un événement c'est-à-dire d'un être - *Sein*) et le commandement, la prescription, la norme, en tant que *signification* de cet acte - c'est-à-dire en tant que *devoir-être*, il est donc plus juste de dire : « La norme *est* une signification» que de dire: «La norme *a* une signification ». L'acte de volonté en tant qu'acte (relevant de l'être) «a» la signification d'un devoir-être. Ce devoir-être est la norme" (p. 33).

"Qui pose une norme, c'est-à-dire qui commande un certain comportement, *veut* qu'un homme (ou des hommes) doivent se comporter d'une certaine manière. C'est également la signification d'un acte de volonté, que l'on appelle un « commandement ». Mais si l'on suit l'usage linguistique, tout commandement n'est pas une injonction, une prescription ou une norme. Si un bandit m'enjoint de lui donner mon argent, la signification de son acte de volonté est bien que je *dois* lui donner mon argent ; mais son injonction ne sera pas interprétée comme un «commandement», une «prescription », une «norme ». Est norme valide seulement la signification d'un acte de commandement qualifié d'une certaine manière: à savoir d'un acte de commandement *habilité* par une norme d'un ordre moral ou juridique positif.

"On peut aussi caractériser cette différence en disant la chose suivante: « L'adressataire du commandement doit se comporter de la manière déterminée par le commandement». Si le

---

<sup>38</sup> Stanley Paulson a, d'ailleurs, référencé lui-même (*op. cit.*, p.7, note 12) les principaux passages sur lesquels il appuie ce qu'assez bizarrement il considère comme une nouveauté, à savoir que "la norme juridique se présente désormais [il serait plus exact de dire: toujours] comme la signification d'un acte de volonté".

commandement n'est pas habilité, alors c'est là simplement la *signification subjective* de l'acte de commandement; autrement dit, il est la signification que l'acte de commandement possède du point de vue de celui qui commande, et non pas du point de vue de l'adressataire du commandement ou d'un tiers extérieur. Si l'adressataire du commandement n'observe pas le commandement, son comportement n'est jugé ni moralement mauvais, ni contraire au droit, ni comme étant une « violation » d'une norme. Seul le commandement habilité a également la *signification objective* du devoir-être; cela signifie que seul le commandement habilité est une *norme*, obligatoire pour l'adressataire de la norme, et l'obligeant à observer le comportement prescrit par la norme, à la différence du commandement non habilité qui n'est pas obligatoire pour l'adressataire du commandement... Il n'est pas vrai que tout devoir-être, qui est la signification d'un acte de volonté, soit une norme obligatoire" (p. 34-35).

2/ La norme reste, exactement comme auparavant, pour Kelsen une entité idéale qui a une existence bien particulière; il le précise à de nombreuses reprises, même si ses idées à ce sujet ne se caractérisent pas par leur clarté:

"Etre valide dans ce sens spécifique -objectif- signifie: «devoir-être observé». Cette «validité» d'une norme est son *existence* spécifique et idéale. Dire qu'une norme «est valide» signifie qu'elle existe. Une norme qui «n'est pas valide» n'est pas une norme parce qu'elle n'est pas une norme existante" (p. 35).

"Une signification ne peut être perceptible par les sens; on ne peut que la *comprendre*, c'est-à-dire la saisir par la pensée" (p. 43).

"Dans son contenu, l'énoncé sur une norme est aussi une proposition d'existence : c'est un énoncé sur un être spécifique, la présence, l'existence spécifique d'une norme, d'un devoir-être. Ici, il apparaît en vérité que l'être d'un devoir-être, l'existence d'une norme est quelque chose d'autre que l'être, l'existence d'un fait d'existence, il est un être idéal, non réel, une existence idéale, non réelle" (p. 218-219).

"La validité d'une norme est son mode d'existence spécifique, comme on l'a déjà dit. Non pas l'existence d'un fait relevant de l'être, mais l'existence - c'est-à-dire la présence d'une signification

(ou d'un contenu de signification) - de la signification d'un fait, de l'acte effectif d'édition de la norme. La présence d'une signification est l'existence d'une idée, pas d'une réalité" (p. 230).

"L'«existence» d'une norme est, dans la terminologie husserlienne, une réalité intellectuelle, idéale -ou mieux idéale- ou encore une signification objectale, réalité qui a son soubassement (sa fondation) corporel dans l'acte de volonté (dans le sens de la phénoménologie d'Husserl). L'énoncé sur une norme -la proposition normative qui énonce la validité, l'existence spécifique d'une norme- est vrai s'il est conforme à la réalité intellectuelle idéale, de même qu'un énoncé d'existence -la proposition qui énonce l'existence d'un fait de réalité- est vrai s'il est conforme à la réalité naturelle" (p. 232).

Et ces entités idéales s'inscrivent toujours pour Kelsen dans le même "dualisme irréductible de l'être et du devoir-être" (p. 71)<sup>39</sup>.

3/ On voit ainsi que la norme reste toujours conçue dans la pensée de Kelsen comme distincte et se détachant, par sa nature radicalement différente, de l'acte de volonté qui la pose. Même s'il observe à plusieurs reprises dans la **Théorie générale des normes** que, si elle n'a pas été posée, une norme n'existe pas, ne peut pas être une norme valide<sup>40</sup>, il n'y a rien de nouveau dans ces notations. Kelsen a toujours été un positiviste estimant qu'une norme, et notamment une norme juridique, "qui n'a pas été *posée*, mais seulement *supposée*, n'appartient pas au domaine de la réalité" et que, si "une norme positive existe quand elle est valable", "il s'agit d'une existence spéciale, différente de celle des faits naturels, *encore qu'elle soit en étroite relation avec de tels faits. Pour qu'une norme positive existe, il faut qu'elle ait été créée par un acte, à savoir par un fait naturel se déroulant dans l'espace et dans le temps*"<sup>41</sup>. C'est ce qu'il continue à soutenir dans la **Théorie générale des normes** en soulignant bien - ce qui semble avoir échappé aux auteurs précédemment cités- que l'acte de volonté n'est pas le fondement mais seulement la condition de l'existence ou validité de la norme : "la validité de la norme est conditionnée par l'acte de

<sup>39</sup> Ce qui l'amène à développer à nouveau sa brumeuse théorie du "substrat indifférent au mode" pour expliquer la manière dont une norme ou *Sollen* peut être, selon lui, appliquée à un fait (p. 71 s.).

<sup>40</sup> Voir, par exemple, p. 230 : "Pour être valide, une norme doit nécessairement être posée. Si elle n'est pas posée, elle n'est pas valide, et elle est valide seulement si elle est posée"; ou p. 241: "une norme est présente ou elle «est valide» si elle est posée, c'est-à-dire si elle est la signification d'un acte de volonté"; ou encore p. 315 s.: "des normes simplement «pensées» sont des normes fictives".

<sup>41</sup> **Théorie pure du droit**, 1ère éd., 1934, trad. fr. Henri Thévenaz, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953, p. 20 et 33. Cpr. **Théorie pure du droit**, 2ème éd., p. 97 ou 262.

volonté, dont elle est la signification ... l'acte est la condition de la validité, mais n'est pas le fondement de la validité. Le fondement de validité d'une norme, d'un devoir-être, ne peut être qu'un devoir-être, la validité d'une autre norme ... Si elle (la norme) n'est pas valide, ce qui est posé n'est pas une norme" (p. 229-230). "La positivité d'une norme, observe encore Kelsen (p.315), réside dans le fait que sa validité est conditionnée par l'acte de volonté dont elle est la signification ... Pas d'impératif sans *imperator*, pas de normes sans autorité qui pose la norme, c'est-à-dire pas de norme sans un acte de volonté, dont elle est la signification". C'est un contre-sens manifeste de tirer de ces observations -qui ne sont que des truismes- que Kelsen serait devenu "volontariste", qu'il aurait fait dépendre désormais l'existence ou validité de la norme uniquement de l'acte de volonté lui-même, et non plus d'une norme supérieure, cette existence ou validité devenant pour lui une simple donnée factuelle objectivement observable. Pourquoi, d'ailleurs, aurait-il conservé l'hypothèse -cousue de fil blanc- de la norme fondamentale dont il aurait probablement été content de se débarrasser dans la foulée de cette nouvelle ontologie.

4/ Il convient de relever que la norme, en tant même qu'entité idéale ou signification donnée à un acte de volonté par la norme supérieure en conformité de laquelle cet acte de volonté a été accompli, reste pour Kelsen une réalité objective qui ne fait pas -et qui n'a jamais fait- obstacle à sa "conception empiriciste de la science du droit". Sur ce point, Michel Troper perd de vue que, selon le maître autrichien, les jugements de valeur effectués sur la base de normes et à la différence des normes elles-mêmes, ont un caractère objectif, sont susceptibles d'être dits vrais ou faux : cette conception est sans doute bien contestable, spécialement au regard de l'expérience juridique, et méconnaît la part de relativité et de subjectivité qui affecte l'interprétation donnée aux édictons du législateur; mais c'est une thèse que Kelsen a constamment soutenue et qu'il continue de développer dans la **Théorie générale des normes**<sup>42</sup>. Il n'avait donc pas besoin de changer d'ontologie pour assurer aux énoncés de la "science du droit" des assises empiriques, c'est-à-dire un caractère objectivement vérifiable. Au demeurant, il apporte lui-même à cet égard, et par avance, le démenti le plus catégorique à la démarche que Michel Troper prétend lui prêter dans sa "période tardive" ; voici, en effet, un passage qui mérite d'être cité *in extenso* :

"L'énoncé sur une norme, c'est-à-dire l'énoncé qu'une norme est valide, peut être vérifié par l'apport d'une preuve que la norme

---

<sup>42</sup> Voir, par exemple, p.219, 250 s. ou 270 s.

a été posée et qu'elle n'a pas perdu sa validité par l'édiction d'une norme abrogatoire ou par la perte d'efficacité. On peut alors s'attendre à l'objection suivante: si la vérité de l'énoncé sur la validité d'une norme est prouvée, et ainsi vérifiée l'existence de certains faits (c'est-à-dire de l'acte posant la norme dont la norme est la signification, du fait qu'aucune norme abrogatoire n'a été posée et du fait que la norme n'a pas perdu son efficacité), alors l'énoncé sur la validité d'une norme est un énoncé sur l'existence de faits de réalité. Cette objection ne vaut pas. Car elle revient à identifier la validité d'une norme à son édicition et à son efficacité. Mais, comme on l'a précédemment souligné, l'édiction d'une norme et son efficacité sont certes les *conditions* de sa validité, mais non sa validité. L'édiction et l'efficacité sont un être, la validité est un devoir-être. L'énoncé qu'une norme est posée et efficace et l'énoncé qu'une norme est valide sont deux énoncés différents. Mais la seconde proposition est vraie seulement si la première proposition est vraie. On peut prouver la vérité de la seconde proposition, c'est-à-dire la vérifier, en prouvant la vérité de la première proposition, c'est-à-dire en la vérifiant. Cela signifie: on peut vérifier l'énoncé sur une norme -l'énoncé qu'une norme est valide- non pas directement, mais seulement indirectement.

"Comme on l'a souligné plus haut, l'énoncé sur une norme, qui est l'énoncé qu'une norme prescrivant un certain comportement est valide, a une signification descriptive et non pas *prescriptive* (à la différence de la norme), même si cet énoncé est formulé sous la forme d'une proposition normative. Si une éthique exposant la morale chrétienne contient l'énoncé: «Selon la morale chrétienne, on doit aimer ses ennemis» ou «Un chrétien doit aimer ses ennemis », alors cette proposition n'est pas une norme, mais l'énoncé sur une norme, une description, et non pas une *prescription*. C'est justement pourquoi une telle proposition peut être vraie ou fausse. Il en va de même pour les jugements moraux, c'est-à-dire pour les propositions qui énoncent qu'un certain comportement est moralement ou juridiquement « bon » ou « mauvais », et de cette manière expriment que ce comportement est conforme à une norme présumée valide - ou la contredit comme on a coutume de dire. Ils ont eux aussi une signification descriptive et peuvent être vrais ou faux. C'est pourquoi ils peuvent aussi -indirectement- être vérifiés par la vérification de l'énoncé sur la validité présumée de la norme.

"Le fait que l'énoncé sur une norme, c'est-à-dire l'énoncé qu'une norme est « valide », peut être vrai ou faux et peut donc être vérifié, repose sur le fait que la validité d'une norme -comme on l'a précédemment expliqué- est son existence spécifique, une existence qui est différente de l'existence d'un fait de la réalité naturelle (de la réalité perceptible par les sens). Cette existence ne peut pas plus être vérifiée que l'existence d'un fait naturel, qui n'est ni vraie, ni fausse. Mais l'énoncé sur la validité d'une norme peut être vérifié, tout comme l'énoncé sur l'existence d'un fait car les deux énoncés peuvent être vrais ou faux"<sup>43</sup>.

5/ Il est à observer, enfin, que l'abandon par Kelsen à partir des années 1962-1965, et que confirme la **Théorie générale des normes**, de son logicisme ne doit pas induire en erreur: cet abandon n'exprime nullement une nouvelle conception des normes -une nouvelle ontologie- mais tout au contraire une adhésion plus rigoureuse à la conception développée dans la **Théorie pure du droit**, par le renoncement à des idées qui étaient en contradiction flagrante avec cette conception : comment reconnaître, en effet, que les normes ont besoin d'être posées par un acte de volonté pour pouvoir exister et admettre dans le même temps la possibilité de déduire des normes à partir d'autres normes par de purs raisonnements logiques? On comprend que Kelsen ait cessé de parler d' "ordres normatifs statiques", dont les normes se déduiraient les unes des autres -du général au particulier- à partir d'une règle principielle donnée, et qu'en ce qui concerne les "ordres normatifs dynamiques", et notamment les ordres juridiques<sup>44</sup>, il ait finalement abandonné l'idée d'une possibilité d'inférences de normes juridiques, même indirectes par le truchement d'une logique des propositions de la "science du droit"<sup>45</sup>.

On voit en définitive, et ce sera ma conclusion, que Kelsen n'a pas réussi à dépasser les idées qu'il s'est faites très tôt des normes, des normes positives et des actes de position ou édicition de normes. A vouloir à tout prix regarder la

---

<sup>43</sup> **Théorie générale des normes**, p. 242-243.

<sup>44</sup> Qu'il n'a pas attendu 1965 pour classer parmi les ordres dynamiques de normes : cette idée était déjà amplement développée dans ses écrits plusieurs décennies auparavant (cf. en particulier son article déjà cité "La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique", 1928, in **Théorie générale du droit et de l'État**, p. 446 s.: ou encore la première édition de la **Théorie pure du droit**, trad. fr., p. 114 s.).

<sup>45</sup> Cette idée était d'autant plus incohérente que Kelsen condamnait par ailleurs, de la manière la plus catégorique, les prétentions de la théorie juridique allemande dite "*Begriffsjurisprudenz*" ou "jurisprudence des concepts" de procéder à de telles inférences logiques, à l'instar de l'école exégétique française ou l'école analytique anglaise (**Théorie pure du droit**, 2ème éd., p. 462).

dogmatique juridique à travers le prisme déformant d'une "science du droit" ayant un objet spécifique, distinct de celui des sciences qu'il appelle "naturelles" mais qui sont en vérité les sciences proprement dites (d'autant qu'il y inclut les sciences humaines, sociologiques et psychologiques), il a été conduit à une vision proprement surréaliste des normes juridiques, les concevant comme des sortes de réalités transcendantes, complètement détachées des actes qui les posent -même si leur apparition est liée à cet agir-, localisées dans une espèce de monde mystérieux ou monde du *Sollen*, parallèle à celui des faits historiques. La dichotomie ainsi introduite, à travers le dualisme exacerbé du *Sollen* et du *Sein* sur lequel il s'est arc-bouté, est assez paradoxale au regard du combat qu'il a constamment mené par ailleurs contre les dualismes à caractère métaphysique, à commencer par celui du droit naturel et du droit positif. Il n'a pas su apercevoir, précisément, que si les normes juridiques sont bien des entités idéales -des objets ou outils mentaux-, elles prennent place à l'intérieur des actes de commandement par lesquels elles sont "données" à ceux auxquels s'adressent les dirigeants publics et sont indissociables de ces actes. Il n'a pas su apercevoir que ces actes de commandement, s'ils sont bien des actes sociaux observables dans la mesure où ils sont extériorisés à l'intention d'autrui au moyen de signes perceptibles, de paroles écrites ou proférées, n'en ont pas moins eux-mêmes fondamentalement la nature d'actes mentaux et non pas d'actes matériels, d'actes de simple élocution<sup>46</sup> : au-delà de ce matériau langagier par lequel ils s'expriment à autrui, ils sont -l'expression est familière aux juristes- des actes de "manifestation de volonté" ; ce qui s'exprime et s'accomplit à travers les paroles du législateur, comme de tout édicateur de normes, c'est un acte d'autorité qui n'a rien de matériel, un acte de l'esprit, une résolution intérieure de la volonté de ce locuteur visant à faire plier la volonté d'autrui aux normes qui lui sont "mises en mains", "enjointes" ou "intimées".

En bref, c'est l'ensemble de l'expérience juridique, et plus généralement de toute expérience sociale de direction de conduites humaines, qui se développe, à travers le relais des échanges linguistiques intersubjectifs, au niveau de notre univers psychique. Il n'y a pas lieu de délocaliser les normes positives hors des actes mentaux-sociaux par lesquels elles ont été posées, et encore moins de les situer complètement hors de la sphère des faits historiques: ce que l'homme fait à tel ou tel moment et en tel ou tel lieu, ce n'est pas seulement un agir matériel, perceptible par les sens (marcher, manger, fumer, couper du bois, etc.), mais aussi et parfois surtout un agir mental. C'est le cas pour tous les actes de langage: ces actes ont pour particularité d'être des actes de l'esprit qui se

<sup>46</sup> Voir à ce sujet ma contribution "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", in **Théorie des actes de langage, éthique et droit**, p. 130 s., et mon étude déjà citée "Ontologie du droit et logique déontique", **Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen**, 1995-27, p.154 s.

révèlent extérieurement au moyen de paroles, de dire, - "dire" signifiant justement, dans son sens le plus originaire, "montrer", "montrer par la parole". Telle est exactement la nature des actes de commandement exprimés à autrui (on peut en dire autant des actes d'interprétation des paroles des éditeurs de normes ou des opérations de jugement de valeur effectuées sur la base de normes).

Paul AMSELEK  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)