

Emmanuel Picavet

Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne

Uniwersytet w Paryżu

DE KANT À KELSEN: LE VERSANT FORMEL DE LA THÉORIE DU DROIT¹

Od Kanta do Kelsena: formalna odmiana teorii prawa

From Kant to Kelsen: the Formal Side of the Theory of the Law

Słowa kluczowe: formalizm, Kant, Kelsen, prawo, imperatyw kategoryczny, normy.

Key words: formalism, Kant, Kelsen, law (general theory of), norms.

Streszczenie

Poprzez porównanie filozofii prawa Kanta z filozofią prawa Kelsena autor bada, na czym polega prawdziwy sens „czystości” i „formalizmu” obu tych filozofii.

Abstract

This article investigates the much-commented affinity between Kant's and Kelsen's theories of law, emphasizing the „formalism” issue. How can a formal treatment of law survive Kelsen's relativist arguments? This is examined through the scrutiny of the connections between rules and action in the Kantian and Kelsenian frameworks.

1. Introduction

Kant et Kelsen ont, l'un et l'autre, proposé une théorie de l'univers juridique privilégiant la forme pure du droit. La *Rechtslehre* et la *Reine Rechtslehre* développent l'une et l'autre une approche théorique de ce qu'est la légalité en général:

¹ Une première version de ce texte a été présentée dans le cadre du séminaire du Centre Thomas Hobbes en mars 1997. Je remercie Paulette Carrive, Simone Goyard-Fabre, Franck Lessay, Jeanine Quillet et Yves-Charles Zarka pour leurs remarques et leurs suggestions. Cette version revue a bénéficié du travail collectif sur les principes et les pouvoirs, engagé avec le soutien de l'Agence Nationale de la Recherche (projet DELICOM, ANR JC-JC 05).

il s'agit de mettre en lumière les principes inébranlables de toute législation positive². Ces ouvrages apportent, dans deux registres évidemment distincts, des éclaircissements qui restent décisifs sur les modalités d'une description synthétique des systèmes de normes. Le chef de file de l'école normativiste contemporaine se situe volontiers dans un rapport critique à Kant. Mais on sait que Kelsen a tenu à prendre son rang dans la filiation kantienne, comme en témoigne ce passage étonnant d'une lettre du 3 août 1933 à Renato Treves: „J'administre le plus fidèlement possible l'héritage spirituel de Kant”³. Kelsen est de fait, pour l'éternité, l'auteur d'une théorie néo-kantienne⁴. Les deux théories ont, l'une et l'autre, paru illustrer les apories et les limites d'une approche exclusivement formaliste du droit; il n'est pas rare, en effet, que le reproche de formalisme excessif vise à la fois Kant et Kelsen⁵.

Par ailleurs, Kant ne sort pas indemne de la critique que l'on forme à l'encontre de la prétendue réduction kelsénienne de la légitimité à la légalité⁶. Le premier Kelsen serait même suspect de logicisme, ce travers commun du positivisme juri-

² O. Höffe, *La théorie du droit de Kelsen est-elle positiviste?*, [in:] *La Philosophie du Droit de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique (Caen), 1986, n° 9, p. 46. O. Höffe observe que Kelsen, à l'instar d'autres auteurs néokantiens, n'a retenu de Kant que la critique de la raison pure dans son usage spéculatif, non pas celle de la „raison pratique” (p. 47). Nous verrons que cette analyse n'est pas dénuée de pertinence. C'est contre Kant que Kelsen effectuera finalement sa propre critique de la raison pratique.

³ Cité par S. Goyard-Fabre, *La Philosophie du droit de Kant*, Paris – Vrin 1996, p. 275.

⁴ V. Michel Villey, préface à l'édition de la *Métaphysique des moeurs*, 1ère partie: *Doctrine du droit* de Kant (tr. A. Philonenko) (désormais DD); p. 13 et p. 24–25. En sens contraire, „l'itinéraire de Kant débouche dans le positivisme juridique” (ibid., p. 22).

⁵ Le reproche de formalisme peut se faire plus précis, et viser spécifiquement la configuration de l'appareil conceptuel kantien. M. Villey écrit ainsi : „Les formes de la *Doctrine du droit* nous semblent aujourd'hui disconvenir à notre discipline; produit de provenance extrinsèque, exporté par erreur dans le droit; mauvais vêtement de confection, impropre, étriqué, où les juristes respirent mal; tout notre effort est aujourd'hui de nous libérer de cette chape” (ibid., p. 26).

⁶ S. Goyard-Fabre a parfaitement démontré l'inanité de cette critique qui, pour être très commune, n'a pas d'objet (S. Goyard-Fabre, *Les Principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 230). On peut, me semble-t-il, proposer une synthèse de l'argument en le formulant en deux points: (1) la *Grundnorm* est bien par vocation un fondement, mais elle n'est pas une instance de légitimation éthique; elle est cette condition à laquelle on ne peut que remonter pour saisir de manière intelligible l'ordre juridico-étatique; (2) la pensée de la légalité à laquelle on parvient ainsi rend manifeste l'écart qui la sépare de toute pensée de la légitimité morale, et confirme l'inanité de la réduction de l'une à l'autre. D'une manière générale, il est permis de se demander si le haut degré d'incompréhension que rencontre l'entreprise du normativisme positiviste, dont le sens général est de parvenir à une pensée de la légalité comme telle, ne fait pas courir le risque d'une simplification dangereuse des questions éthiques liées au droit. C'est la conclusion que l'on pourrait tirer, notamment, des fortes analyses d'Herbert Hart sur les rapports entre droit et morale (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 1994, notamment pp. 208–212 de la 2ème éd.). Dans sa tentative pour arbitrer entre deux conceptions rivales (que l'on peut résumer par „seule la loi qui n'est pas immorale est vraiment loi” et „la loi civile qui est valide est parfois immorale”), Hart conduit à se poser

dique du vingtième siècle, dont la tendance irait à l'assimilation plus ou moins confuse des normes de conduite à des assertions susceptibles d'un traitement logique⁷. L'étude de certains éléments de la doctrine de Kelsen sous sa forme classique, principalement à partir de la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, permet de préciser les termes d'un rapprochement possible et d'examiner en quel sens il y a lieu d'évoquer une théorie „pure” et „formelle” à propos du maître autrichien. La redécouverte de l'enracinement kantien de la doctrine de Kelsen doit conduire – telle est du moins la proposition que l'on aimerait faire ici – à évaluer sans prévention les chances d'une approche délibérément formelle de l'univers normatif.

2. Les termes d'un rapprochement problématique

2.1. L'obstacle du relativisme axiologique

Dans le détail, les occasions de rapprochement sont nombreuses. Vient à l'esprit, en particulier, le souci commun d'opposer le devoir-être, le *Sollen* ou le „Tu dois” au domaine des faits et des déterminations empiriques – opposition en

des questions particulièrement pertinentes: du Nazi qui a servilement fait son travail de Nazi, n'est-il pas souhaitable de pouvoir penser la conduite en termes d'obéissance à l'ordre juridique en vigueur sous la dictature hitlérienne (précisément pour pouvoir penser l'immoralité de ce choix d'obéissance)? Et comment rendre compte du sens moral de la question à laquelle dut répondre Socrate („dois-je me soumettre au châtement ou accepter de m'échapper?”), si l'on ne s'élève pas d'abord à la pensée de l'ordre juridique valide (bien qu'immoral) qui condamne Socrate? Sur d'autres aspects des rapports entre les analyses de Hart et celles de Kelsen, on se reportera aux commentaires de S. Goyard-Fabre, *Les Principes philosophiques du droit politique moderne*, p. 219–222.

⁷ P. Amselek, *Les fondements ontologiques de la théorie juridique*, [in:] *La Philosophie du Droit de Hans Kelsen...*, p. 88. A confronter avec ce passage d'autobiographie intellectuelle de l'un des maîtres de la logique déontique: „[...] j'en vins à penser que des relations logiques comme la contradiction et l'implication ne pouvaient pas avoir lieu entre des normes (authentiques) et que par conséquent, en un sens, il ne pouvait y avoir rien de tel qu'une 'logique des normes'. Position qui n'était pas sans ressembler à celle à laquelle Kelsen était parvenu dans ses dernières années [...]” (G. H. von Wright, *Y a-t-il une logique des normes?*, [in:] *La Querelle des normes*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, 1995, n° 27, p. 31). Quoi qu'il en soit de la pertinence de l'attaque contre le premier Kelsen, la critique de P. Amselek à l'encontre de ce qu'il nomme „logicisme” est effectivement importante en elle-même, comme on peut le comprendre à partir d'un exemple particulièrement éclairant: P. Amselek, *A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit*, [in:] *La Pensée politique de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique, 1990, n° 17, p. 121–146. Sur le parcours intellectuel de Kelsen et sa division en „périodes”, v. l'introduction, par Stanley Paulson (tr. Béatrice Laroche) à l'édition française de la *Théorie générale du droit et de l'Etat* (Paris, Bruylant et LGDJ, 1997).

laquelle Kelsen lui-même faisait résider une part de son héritage kantien⁸, On songe aussi à la conception des normes juridiques valides, commune aux deux auteurs, qui associe ces normes, de manière essentielle, à la sanction, soit encore à l'acte de contrainte. De même, il existe une analogie très frappante entre la manière dont Kelsen conçoit la „norme fondamentale du droit international” comme le fondement de la validité de l'ordre juridique international créé par le fait de la coutume, et l'idée rationnelle kantienne de la Constitution cosmopolitique, qui doit offrir son appui à la structure juridique du droit des gens⁹.

Mais ces occasions de rapprochement ne sont probablement pas suffisantes, surtout lorsqu'elles sont appréhendées isolément, pour saisir la parenté profonde des deux penseurs: ni la filiation, revendiquée, ni le fait qu'ils soient associés dans un même rejet fondamental par plusieurs auteurs hostiles à l'attitude positiviste en général¹⁰, ni surtout le simple fait que le relativisme de l'un, le moralisme de l'au-

⁸ Cette opposition est évidemment liée au projet même, dont il est assez difficile de soutenir qu'il est vraiment commun à Kant et à Kelsen, d'une théorie du droit indépendante de l'expérience, et culminant en un certain nombre de principes a priori. V. Kelsen, préface aux *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2ème éd., Tübingen, 1923); et, pour un jugement optimiste sur les chances d'un rapprochement, O. Höffe, op. cit., p. 46. La question du kantisme éventuel de l'opposition *Sein / Sollen* chez Kelsen a été étudiée par Alida Wilson (*Is Kelsen Really a Kantian?*, [in:] R. Tur et W. Twining (dir.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 1ère sec.). Il ressort des analyses d'A. Wilson (arguments [ii a] et [ii b] et p. 52–54) que Kelsen aurait conjuré son attrait initial pour une philosophie idéaliste cherchant dans l'esprit connaissant une puissance de détermination intégrale de l'objet connu (au profit d'une approche liant par principe l'objectivité à la vérification factuelle), mais aurait eu plus de difficulté à dépasser son approche (inspirée de Herbart) du *Sein* et du *Sollen* les faisant apparaître comme deux formes de compréhension permettant de saisir le donné selon des modalités distinctes. Kelsen aurait abouti à une conception idéaliste peu claire et assurément non-kantienne selon laquelle le *Sein* et le *Sollen* s'opposent entre eux simultanément comme le monde intelligible au monde sensible, et comme deux méthodes de connaissance. Position qui, selon A. Wilson, se heurte à la fois au problème général et classique de la double réalité (à deux points de vue distincts devraient correspondre deux réalités distinctes préexistant à la connaissance) et à la philosophie matérialiste et déterministe professée par Kelsen lui-même.

⁹ Voir en particulier, d'Immanuel Kant, l'opuscule connu en français sous le titre „Sur l'expression courante: il se peut que cela soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien” (*Berlinische Monatsschrift*, sept. 1793). V. le commentaire de S. Goyard-Fabre, op. cit., p. 256–57.

¹⁰ V. en particulier, pour un exposé sans nuance ni détour: F. Terré, *Le positivisme juridique et Kant*, [in:] Philosophie politique, 1992, n°2, p. 159–167. Les attaques frontales contre le normativisme positiviste kelsénien procèdent le plus souvent d'une argumentation d'ordre épistémologique visant le type d'approche de l'objet que permet cette démarche scientifique particulière. Ainsi, on a pu reprocher à Kelsen d'avoir soutenu à tort qu'il fallait voir dans la dogmatique juridique une science du droit (P. Amselek, *Les fondements ontologiques de la théorie juridique*, [in:] *La Philosophie du Droit de Hans Kelsen...*, p. 92), ou encore, d'avoir conçu le droit et la théorie du droit à la manière dont le positivisme philosophique conçoit les lois scientifiques et la méthodologie de la science – erreur qui expliquerait notam-

tre ne paraissent pas exclure un rapprochement. De fait, la tâche essentielle paraît être de penser la communauté d'inspiration par delà l'obstacle insurmontable que paraît ériger la théorie relativiste des valeurs que professe Kelsen. La théorie juridique kantienne développe les conséquences de l'impératif catégorique, quand celle de Kelsen prétend valoir pour la description scientifique des ordres valides, indépendamment de la nature particulière des normes ou valeurs avec lesquels ils sont en concordance. Kant recherche les normes qui expriment la morale; Kelsen appelle „valeur” (morale ou autre) ce qui est en accord avec une norme quelconque. Il n'y a rien de tel, écrit-il, que « la » morale. Il existe seulement „de nombreux systèmes moraux”, mutuellement contradictoires dans une large mesure¹¹

Ce relativisme a pour corrélat l'impossibilité d'affirmer que „le droit a, par essence, un contenu moral”. En effet, le sens de cette affirmation est de justifier le droit en affirmant qu'il vaut à l'intérieur du domaine de la morale; mais cela ne serait possible qu'en présupposant qu'il existe une morale absolue et unique (ou à tout le moins un recoupement partiel des systèmes de morale)¹². Cela voudrait dire aussi qu'il n'y a aucune contradiction possible entre cette morale et le droit positif, comme vient le rappeler fort à propos un commentaire de l'*Epître* de Paul aux Romains¹³. C'est l'argument important de la nécessité d'une différence main-

ment que le maître autrichien ait pu croire longtemps les normes juridiques soumises au principe de non-contradiction. (ibid., p. 88–89). Mais, très curieusement, l'attitude positiviste est souvent présentée également comme moralement douteuse (alors qu'elle relève en fait d'une démarche philosophique visant la recherche du vrai). C'est alors vraisemblablement le choix de vie du savant que l'on flétrit, à travers „le positivisme juridique, philosophie des sources du droit qu'acceptent la plupart des juristes et qui les dispense, en les soumettant à la volonté arbitraire des pouvoirs publics, de la recherche de la justice” (M. Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*, Paris, PUE, 1983, 1990; 2ème éd., p. 8). Kelsen – en tant que savant du moins – a fait le mauvais choix existentiel, et l'on pourrait même dire que, d'une certaine façon, sa doctrine en témoigne, parce qu'elle est inhumaine: „La Théorie pure est inhumaine, parce que l'obsession du pur, c'est l'obsession du monde parfait, et parce que le parfait est inhumain” (Ch. Millon-Delsol, *A propos de Kelsen, critique du pur*, [in:] *La Philosophie du Droit de Hans Kelsen...*, p. 123). Sur la question philosophique de la possibilité d'une théorie du droit en général, v. Hillel Steiner, *Kant's Kelsenianism*, [in :] *Essays on Kelsen...*, ch. 2.

¹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, tr. fr. de la 2ème édition de la *ReineRechtslehre* (1960) par Charles Eisenmann, Paris – Dalloz, 1962 (désormais TPD), p. 93.

¹² Kelsen, TPD, p. 86. A cela s'oppose la thèse dite du „lien contingent” entre droit et morale, défendue par Kelsen. V. Joseph Raz, *The Purity of the Pure Theory*, [in:] *Essays on Kelsen...*, ch. 3; p. 82. Il va sans dire que la pensée du pluralisme, de la confrontation des valeurs et de l'altérité radicale à l'intérieur même des communautés constitue, du point de vue de la philosophie d'aujourd'hui, une ardente obligation. Voir notamment, à ce propos: S. Laugier, *Relativité linguistique, relativité anthropologique*, Histoire, Epistémologie Langage, XVIII (2), 1996; p. 45–73. Egalement: Y. Michaud, *Les pauvres et leur philosophe. La philosophie de Jacques Rancière*, Critique, 1997 (601–602); p. 421–445. On ne peut que souligner la grande modernité de Kelsen à cet égard.

¹³ Kelsen, TPD, p. 92.

tenue entre droit et morale pour que la critique morale du droit reste possible. Argument simple mais puissant, bien capable de donner la mesure du malentendu que recouvre l'assimilation du positivisme kelsénien au principe d'une soumission aveugle au droit positif quel qu'il puisse être¹⁴.

Il faut toutefois remarquer que le problème de la pluralité des points de vue est explicitement pris en compte par Kant. Aussi l'opposition kelsénienne fondamentale entre la signification objective et la signification subjective des actes trouve-t-elle une contrepartie dans l'analyse kantienne de l'équivoque (*aequivocatio*) qui, à propos des droits d'équité et de nécessité, „surgit de la confusion des principes objectifs avec les principes subjectifs de l'exercice du droit”¹⁵. Il y a bien équivoque, „puisque ce qu'un chacun avec bonne raison reconnaît comme étant juste à son point de vue, ne peut trouver de confirmation devant un tribunal et que ce qu'il doit lui-même considérer en soi comme injuste peut obtenir l'indulgence devant la même instance”¹⁶.

Par ailleurs, si Kelsen est effectivement parvenu à effectuer la synthèse artificielle des „droits subjectifs” et de leurs attributs, pour retrouver un noyau de signification commun aux phénomènes juridiques que l'on a coutume de qualifier de la sorte, il n'en résulte aucunement que l'on puisse lui attribuer une théorie du sujet dans laquelle l'être humain, en tant que sujet libre et autonome, se soumettrait aux lois de la liberté. La distance qui sépare Kelsen du kantisme est ici très grande, puisque Kelsen tient à séparer absolument la conception correcte du sujet de l'obligation juridique („l'individu dont la conduite est la condition à laquelle est attachée comme sa conséquence une sanction dirigée contre cet individu”) de la fiction d'un sujet qui supporterait l'obligation comme quelque chose de distinct de lui”¹⁷, ou encore, de la fiction du „sujet de droit” qui aurait cette qualité à cause de sa libre volonté¹⁸. Le prétendu sujet de droit aurait avant tout une mission

¹⁴ L'un des ressorts constants de cette confusion est le passage injustifié du refus méthodologique de faire reposer la science du droit (ou la théorie politique) sur un „droit naturel” au refus pratique de porter un jugement sur le droit au nom d'autre chose que le droit. Si vraiment l'on ne pouvait échapper à cette transition, alors il faudrait se souvenir des avertissements de Leo Strauss: „Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes” (L. Strauss, *Natural Right and History*, 1953, tr. fr. M. Nathan et E. de Dampierre, Flammarion, 1986, p. 14).

¹⁵ Kant, Appendice à l'introduction à la *Doctrine du droit*, DD p. 110.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Kelsen, TPD, p. 160. V. aussi p. 230: „la personne physique n'est pas l'individu qui a des obligations ou des droits, mais une unité d'obligations et de droits qui ont pour contenu la conduite d'un individu déterminé”.

¹⁸ C'est l'objet du commentaire polémique du début du *Cursus der Institutionen* de Puchta (TPD p. 226 n.) et de la déconstruction de ce que Kelsen appréhende comme „[l]a fonction idéologique de toute cette conception du sujet de droit comme titulaire du droit subjectif, qui est

idéologique: „L'idée d'un sujet de droit dont l'existence serait indépendante du droit objectif en tant que titulaire d'un droit subjectif qui est „le droit” non moins que le droit objectif, sinon même bien davantage, doit servir à protéger l'institution de la propriété privée contre toute éventualité de suppression par l'ordre juridique”¹⁹.

La personne telle que la conçoit Kelsen, saisie dans son rapport aux normes, se laisse ramener à un croisement d'imputations, ou, ce qui est équivalent, à la personnification d'un ordre juridique partiel. Le lien entre personne et imputation n'est certes pas étranger à Kant, qui le pose même avec la plus grande netteté: „Une personne est ce sujet, dont les actions sont susceptibles d'imputation”²⁰. Mais comme la référence à une loi morale inconditionnée manque tout à fait dans la théorie kelsénienne, la personne comme sujet de l'obligation se dissout dans la pluralité des ordres normatifs possibles admettant comme objet la conduite de cette personne. La distanciation du sujet juridique („personne physique” comprise) vis-à-vis de la personne humaine concrète nous situe assurément très loin d'une philosophie qui, comme celle de Kant, ne renonce pas à penser l'unité de la morale et du droit. Cette divergence réapparaîtra d'une manière frappante au chapitre 19 de la *Théorie générale des normes*, lorsque Kelsen dénoncera „la tendance de la doctrine de la raison pratique comme raison légiférante”, à vrai dire non réalisée dans l'éthique kantienne selon Kelsen, qui est selon lui: „d'abolir le dualisme apparaissant d'emblée entre le devoir-être et l'être (la transcendance logique du devoir-être par rapport à l'être) en apportant la preuve de l'immanence du devoir-être à l'être (immanence dans la raison de l'homme des normes prescrivant un comportement humain)”²¹.

Le problème essentiel est donc celui du rapport entre morale et conscience. Kant ne s'abstrait pas suffisamment de l'idée de la conscience comme raison pratique qui enseignerait à l'homme son devoir et Kelsen, à cet égard, souligne la parenté entre la doctrine de la raison pratique et „la doctrine de la conscience comme source de la morale”²². La morale de Kant est bien fille de celle de Jean-

si pleine de contradictions” (TPD, p. 227) – la première et la plus évidente de ces contradictions provenant du contraste entre l'idée que la liberté du sujet libre du droit consisterait essentiellement en sa faculté d'autodétermination, le droit que l'on suppose fondé sur cette liberté étant par ailleurs essentiellement un ordre de contrainte. Ce n'est assurément pas le moindre mérite de Kelsen, dans l'ordre de la théorie pure, que son refus conséquent des facilités qu'offrirait, pour dénouer ce type de conflit, une méthodologie du „comme si” ou de la „fiction théorique” (les contraintes étant alors représentées comme devant faire l'objet d'un accord possible entre des êtres libres concevables).

¹⁹ Kelsen, TPD, p. 227.

²⁰ Kant, Introduction à la *Métaphysique des mœurs*; DD p. 98.

²¹ Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Vienne, Manz Verlag, 1979), tr. fr. *Théorie générale des normes* (Paris, PUF, 1996) [désormais TGN], p. 106.

²² Ibidem.

Jacques. Mais justement, Kelsen juge inacceptable qu'à la question „Comment doit-on se comporter?” la réponse soit recherchée, en dernière instance, dans le for intérieur. Ce serait méconnaître la transcendance du *Sollen* par rapport au *Sein* – fût-ce le *Sein* de l'agent lui-même, de la personne humaine. Il faut, si l'on suit jusqu'au bout la logique du maître autrichien, s'élever à une idée de la personne dans laquelle celle-ci est un simple regroupement de conduites ayant en commun d'être définies comme des conditions d'imputation par un certain ordre normatif, qui serait lui-même à concevoir dans une pure extériorité relativement à l'être humain, qui ne le pose pas.

D'un trait plus appuyé encore, au chap. 18 de la *Théorie générale des normes*, Kelsen reproche à Kant de n'avoir pas suffisamment pris ses distances par rapport à un concept de raison pratique qui serait au fond „la raison divine dans l'homme”, et qui serait en lui-même contradictoire dans la mesure où cette raison pratique serait à la fois „connaître” et „vouloir”, ce qu'interdit toujours par avance le dualisme fondamental de l'être et du devoir-être: „On ne peut donc pas trouver un dualisme de l'être et du devoir-être dans la philosophie de Kant pour la bonne et simple raison que, pour Kant, la norme morale (le devoir-être moral, la loi morale) procède de la raison comme raison pratique, la même raison dont la fonction est la connaissance de l'être”²³.

L'erreur de Kant aurait été de confondre, dans la notion de raison pratique, „deux facultés de l'homme essentiellement différentes l'une de l'autre, deux facultés que Kant lui-même a distinguées” (à savoir, la raison comme faculté de connaissance, et la volonté comme faculté de désirer)²⁴. Il est cependant permis de penser que la difficulté en cause ici est au moins autant un problème kelsénien qu'un problème kantien. Kelsen conteste en particulier, citant les *Fondements de la métaphysique des mœurs*, la notion de la volonté [*der Wille*] comme faculté d'agir d'après la représentation des lois (c'est-à-dire d'après des principes), faculté d'où procèdent les lois. Kant écrit dans l'introduction générale à la *Métaphysique des mœurs*: „La volonté est donc la faculté de désirer considérée non point tant par rapport à l'action (comme l'arbitre) que par rapport au principe de déter-

²³ Kelsen, TGN, pp. 99–100.

²⁴ Kelsen, TGN, p. 101. Cette thématique classique serait à rapprocher de l'opposition devenue courante entre une composante „volitionnelle” du rapport à l'action et une autre composante, que l'on peut appeler cognitive ou calculatoire, puisqu'elle concerne la connaissance ou les degrés de croyance. En ce sens: M.E. Bratman, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge (Mass.) et Londres, Harvard University Press, 1987; p. 15–18. Mais il faut rappeler que le contenu même d'une croyance peut devenir le support d'une volonté ou d'une politique (l'engagement disposant à tenir pour vrai dans d'autres circonstances, à défendre ou à illustrer ce contenu, à agir d'après lui, etc.); v. Pascal Engel, *Croyances collectives et acceptations collectives*, [in:] R. Boudon, A. Bouvier et F. Chazel (dir.), *Cognition et sciences sociales*, Paris, PUF, 1997, p. 163.

mination de l'arbitre à l'action. Elle n'a donc point, en ce qui la regarde strictement, de principe de détermination, mais, dans la mesure où elle peut déterminer l'arbitre, elle est la raison pratique elle-même"²⁵.

Kelsen écarte cette notion de la volonté, au motif que „[l]a raison ne peut influencer la volonté que si la raison et la volonté sont deux facultés différentes, et non pas si elles sont identiques"²⁶. Et pourtant, une idée de cet ordre, présentant la raison comme volonté, est effectivement essentielle pour comprendre que l'arbitre de l'agent puisse être soumis à la loi morale en vertu d'un usage pratique de la raison. Si Kelsen récuse ces conceptions, c'est manifestement parce qu'il pose l'ordre normatif dans une pure extériorité par rapport à la personne humaine. Sa critique de Kant atteste probablement moins une confusion chez Kant que le refus kelsénien de lier „une” loi morale à la rationalité humaine d'une manière particulière. Or cette attitude, assurément intéressante en elle-même, peut être mise en question.

Kelsen ne peut accepter sans difficulté l'idée d'impératif catégorique. Il est certes indiscutable que certaines normes couramment acceptées et suivies (par exemple „Tu ne dois pas tuer”, „Tu ne dois pas mentir”, „Tu ne dois pas voler”) semblent interdire certaines conduites humaines de façon inconditionnelle, quelles que soient les circonstances²⁷. Mais, précisément, ces manières de parler rendent difficile l'énoncé exact de cette „connexion entre condition et conséquence” exprimée par le mot *Sollen*, en laquelle consiste proprement, selon Kelsen, l'imputation²⁸. D'où cette nouvelle interprétation des normes catégoriques: seules les normes individuelles (référées à des circonstances données) peuvent être vraiment catégoriques, et les normes générales prescrivant l'abstention d'action d'une manière qui peut sembler catégorique sont seulement, en réalité, „des normes qui prescrivent l'abstention d'action dans toutes les circonstances où l'action est possible"²⁹. Au demeurant, dans le monde social concret, il n'est guère de norme pour laquelle un ordre juridique ne prévoie aucune exception. Ainsi donc, l'imputation véritable repose sur des normes qui incorporent toujours, que cela soit explicite ou simplement implicite dans les textes ou les messages verbaux qui les expriment, des conditions.

Ces conditions, au demeurant, ne sont pas nécessairement des fins que visent les agents. L'opposition à Kant qui, chez Kelsen, résulte du relativisme des valeurs se manifesterà très clairement, à cet égard, dans la *Théorie générale des normes*. Kelsen choisit délibérément de considérer *des* ordres moraux. C'est, pour

²⁵ Kant, DD, p. 87.

²⁶ Kelsen, TGN, p. 101.

²⁷ Kelsen, TPD, p. 25.

²⁸ Kelsen, TPD, p. 113.

²⁹ Kelsen, TPD, p. 139.

un théoricien de l'Etat et du droit, le choix de la difficulté et de la généralité. Parmi les divers systèmes de moralité, on en rencontre certains qui contiennent des impératifs comportant manifestement des conditions – à l'opposé de ce qui est le cas pour l'impératif catégorique kantien – et plus précisément des conditions qui ne coïncident nullement avec le vouloir d'une fin par l'agent: ce sont donc des impératifs que l'on ne peut ramener au cas des impératifs hypothétiques au sens de Kant. Ainsi, fort de son relativisme exigeant, Kelsen croit être en mesure de démontrer l'inexactitude de l'assertion kantienne, dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*, selon laquelle l'impératif de la moralité „n'est en rien hypothétique”, et nous représente une nécessité qui „ne peut s'appuyer sur aucune supposition”. Il lui suffit, pour cela, d'un exemple de „système moral” (que l'on peut d'ailleurs parfaitement juger immoral), choisi parmi cent: „[...] un impératif de la moralité peut également avoir un caractère hypothétique: dans un ordre moral qui autorise la peine de mort pour le seul cas de meurtre, une norme dispose: Tu ne dois tuer un homme que s'il a commis un meurtre”³⁰.

Enfin, dans la *Théorie générale des normes*, comme déjà dans la *Théorie pure du droit* à propos de *The Methods of Ethics* de Henry Sidgwick³¹, les impératifs hypothétiques (ou „impératifs d'habileté”) sont réinterprétés comme des relations de cause à effet. Ils n'expriment pas un devoir-être, mais un falloir-être: la nécessité propre à la relation instaurée est „une nécessité causale”, qui est donc „complètement distincte de la nécessité normative du devoir-être, qui est la signification d'un impératif”³².

En dépit de ces divergences essentielles, les deux auteurs élaborent l'un et l'autre leur théorie dans l'élément du pur devoir ou devoir-être³³. Plus précisément, ce devoir est rapporté aux conduites qu'il y a lieu d'adopter, plutôt qu'à des valeurs générales. Kelsen a d'ailleurs donné des arguments très convaincants, dans la *Théorie générale des normes*, pour défendre la primauté du déontologique par rapport au téléologique dans l'analyse des normes ou des principes réglant la conduite. Ainsi, Kelsen a fait valoir qu'il est incorrect d'identifier la nécessité normative du devoir-être que pose une norme à la nécessité téléologique. En effet, la formule générale de l'éthique téléologique consiste à affirmer qu'un comportement donné est „bon” s'il s'accorde (en particulier à titre instrumental) avec une fin

³⁰ Kelsen, TGN, ch. 3, p. 17.

³¹ Kelsen, TPD, note 1, p. 32–33.

³² Kelsen, TGN, ch. 3, p. 16.

³³ En dépit du statut à coup sûr éminent des concepts exprimant l'obligation, l'interdiction, ou le „devoir-être” d'une façon générale, dans la compréhension des normes, ce n'est pas là un choix méthodologique allant de soi. Les tenants d'une hypothétique „naturalisation de l'éthique” – ou encore, d'un traitement évolutionniste de l'éthique – semblent choisir des prémisses bien différentes; v. S. Laugier, „Vers la naturalisation de l'éthique”, in: *Penser la norme*, recueil collectif, Université de Rennes-1, Institut de Philosophie, 1997.

présumée (telle que le bonheur ou l'excellence). Mais c'est la conformité à la norme, non pas immédiatement le fait de servir la fin posée, qui permet de qualifier telle ou telle conduite comme „bonne”. Ainsi, dans les termes de Kelsen, „il n'y a qu'une éthique, à savoir l'éthique normative ou déontologique”³⁴. En d'autres termes, ce qui fonde la valeur éthique des conduites, c'est toujours la supposition que telle norme à laquelle elle se conforme est une norme du bien ou du bon. Cette conception illustre, dans le domaine éthique, l'approche générale du problème des valeurs qui sous-tend la „théorie pure du droit” telle que la conçoit Kelsen. Kant et Kelsen ont en partage la primauté de la déontologie.

La validité de l'ordre juridique, selon la doctrine de Kelsen sous sa forme classique, dérive de celle de la norme fondamentale et l'auteur souligne que la nécessité de recourir à cette hypothèse peut être interprétée comme un témoignage du caractère conditionné de la validité objective du droit. La distance qui sépare une telle conception de toute idée d'enracinement dans un „impératif catégorique” est tout à fait manifeste. Pour être conditionnée, la validité n'en est pas moins objective. Il y a là en apparence un paradoxe difficile à penser et, en réalité, l'affirmation par le théoricien de ce qui constitue authentiquement, selon lui, l'essence de la juridicité. La théorie pure du droit, rappelle Kelsen,

„affirme avec insistance et énergie que l'assertion que le droit a une validité objective, c'est-à-dire que la signification subjective des actes qui posent le droit est aussi leur signification objective, n'est pas une interprétation nécessaire de ces actes, mais une interprétation seulement possible, et, plus précisément, une interprétation possible sous une hypothèse déterminée; elle affirme qu'il est parfaitement possible de ne pas attacher aux actes posant du droit une semblable signification”³⁵.

Cette notion d'objectivité conditionnée ou hypothétique illustre parfaitement le fait que le relativisme axiologique de Kelsen ne conduit pas à nier la dimension objective du devoir. Mais c'est une objectivité dont on rend manifeste l'enracinement dans une convention interprétative. La validité du droit est simultanément quelque chose d'objectif, et une réalité à laquelle il faut consentir par une opération d'acceptation. Ce qui est à penser – ce qui est proprement l'objet de la théorie – c'est le „devoir” dont on sait tout à la fois qu'il vaut, et qu'il aurait pu être autre. A objet nouveau, théorie inédite: à quoi bon adresser à la théorie les reproches qu'elle pourrait en effet mériter si elle prenait un autre objet?

³⁴ Kelsen, TGN, ch. 2 (p.13–14) et note 16 (p. 381–82).

³⁵ Kelsen, TPD, Titre V, p. 285 (note).

2.2. Penser les conditions de l'unité du droit comme objet de la science

Les données précédentes reconduisent à une problématique qui est tout à la fois celle de l'unité et celle du fondement. L'unité d'abord, car Kant et Kelsen s'efforcent l'un et l'autre de penser une unité et une systémativité qui sont indissociablement celles du droit et celles de la science du droit. Kant, ainsi, écrit que l'on pourrait appeler la doctrine du droit „métaphysique du droit”, „en tant qu'elle est exigée comme un système issu de la raison”³⁶. C'est seulement parce que le concept du droit (qui en lui-même est un principe pur) s'appuie sur la pratique, et que le système complet devrait s'articuler à la multiplicité empirique des cas (dont il est en fait impossible d'achever la division) que le titre de la première partie de la métaphysique des moeurs doit être, plus modestement: *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*³⁷.

Kelsen entend s'élever à la pensée de l'unité de l'ordre juridico-étatique, et la conçoit sur le modèle d'un enchaînement systématique (*Zusammenhang*) des normes, ce que l'on peut rapprocher avec sûreté des termes qu'employait Kant dans la déduction transcendantale pour qualifier l'unité principielle de l'expérience: le fait qu'il n'y ait tout d'abord qu'une expérience, et que l'unité complète et synthétique des perceptions constitue la *forme* même de l'expérience³⁸. Cet enchaînement systématique se caractérise par la complétude (l'absence de lacune dans le droit, toutes les conduites étant dans un rapport soit positif, soit négatif au droit) et par l'absence de conflit entre normes valides. Cette dernière thèse sera plus tard remise en cause³⁹. Elle trouve indubitablement une contrepartie, et peut-être sa source, dans l'analyse kantienne du conflit de devoirs (*collisio officiorum s. obligationum*), un devoir supprimant l'autre (tout entier ou en partie), selon une contrainte formelle propre à la validité juridique elle-même: „Mais comme le devoir et l'obligation en général sont des concepts, qui expriment la nécessité objective pratique de certaines actions et comme deux règles opposées ne peuvent être en même

³⁶ Kant, DD p. 79. Suhrkamp, Bd. VIII, p. 309.

³⁷ Kant, *ibid.*

³⁸ Kant, *Critique de la raison pure* (1ère éd.), Analytique transcendantale, „Explication préliminaire de la possibilité des catégories comme connaissances a priori”. Pléiade, t. 1, p. 170. Suhrkamp, t. 1, p. 170. Le rapprochement est effectué par S. Goyard-Fabre, *La Philosophie du droit de Kant*, p. 276.

³⁹ C'est seulement dans les écrits postérieurs à 1960 que Kelsen renoncera à deux des grands postulats maintenus dans la seconde version de la *Reine Rechtslehre*: (1) l'impossibilité de la coexistence, dans un système normatif valide, de normes délivrant des prescriptions conflictuelles; (2) la possibilité de l'inférence normative (le postulat selon lequel il est possible de déduire – indirectement – une norme d'une autre). Sur cette évolution, v. J.W. Harris, *Kelsen and Normative Consistency*, [in:] *Essays on Kelsen...*, ch. 9.

temps nécessaires, et que si c'est un devoir d'agir suivant une règle, non seulement ce ne peut être un devoir d'agir suivant l'autre règle, mais cela serait même contraire au devoir: il s'ensuit qu'une collision des devoirs et des obligations n'est pas pensable (*obligationes non colliduntur*)⁴⁰.

Une norme ne peut obliger conjointement avec une autre norme qui la contredit, à moins que cette seconde norme n'oblige pas: c'est le principe même de l'absence de contradiction parmi les normes juridiques valides, que Kelsen applique à de nombreuses reprises dans la *Théorie pure du droit*, souvent aux étapes critiques des démonstrations. C'est une exigence très profonde d'intelligibilité que recouvre ce postulat de non-contradiction. Ainsi, se référant à l'approche kantienne du problème de la connaissance en général, l'auteur de la *Théorie pure* ne craint pas d'affirmer le caractère constitutif de la connaissance du droit: „De même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système doué d'unité, – le cosmos, la nature – que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, – c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne deviennent un système présentant une unité, exempt de contradictions, en d'autres termes un ordre – un ordre juridique – que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit”⁴¹.

Dans la construction kelsénienne, cette unité et ce caractère systématique se traduisent par le principe de la structure hiérarchique des normes. La norme supérieure règle, à chaque niveau, la création de la règle inférieure et, par là, lui sert de point d'appui et de garantie de validité. De la sorte, l'expérience mentale de l'ascension jusqu'à la norme fondamentale à partir d'une norme concrète (plaisamment illustrée par la norme qui fait obligation aux enfants d'aller à l'école) illustre la nature intrinsèquement hiérarchique des ordres juridiques⁴². En définitive, on peut attribuer la forme syllogistique à la procédure discursive qui fonde la validité d'une norme positive: „[...] la majeure est une norme considérée comme objectivement valable, ou plus exactement: l'énonciation, l'assertion d'une telle norme, aux termes de laquelle on doit obéir aux commandements d'une certaine personne [...]; la mineure est l'énoncé du fait que cette personne a prescrit que l'on doit se conduire de telle ou telle façon; et la conclusion: l'assertion de la validité de la norme que l'on doit se conduire de la façon ainsi déterminée”⁴³.

De même, c'est dans un registre voisin de la recherche kantienne des catégories et des formes pures de l'intuition sensible que Kelsen invite à supposer, à titre

⁴⁰ Kant, introduction à la *Métaphysique des Moeurs*, DD p. 98.

⁴¹ Kelsen, TPD, p. 98–99.

⁴² Kelsen, TPD, p. 266.

⁴³ Kelsen, TPD, p. 268. Exemple: „on doit obéir aux commandements de Dieu; or Dieu a commandé d'obéir aux ordres des parents; par conséquent, on doit obéir aux ordres des parents”.

d'hypothèse logique- transcendantale, la validité de la norme transcendantale. On sait que ce n'est pas au sens de la déductibilité du contenu, mais au sens de la garantie globale de validité, que l'ordre juridique entier s'enracine dans la norme fondamentale telle que la conçoit Kelsen⁴⁴. Le type de recherche des fondements propre à la démarche kelsénienne est donc indissociable d'un postulat d'unité et de systématisme de l'ordre juridique. De ce point de vue, la parenté entre les approches de Kant et de Kelsen apparaît fondée sur la commune exigence d'un fondement de l'unité de l'objet, exigence qui passe chez les deux auteurs par l'identification des conditions de la pensée de l'objet. Il faut cependant rappeler cette différence évidente et fondamentale: le fondement qu'a en vue Kelsen, s'il n'est pas étranger à l'attribution de valeurs, ne se distingue des autres fondements normatifs de l'attribution de valeur par aucune dignité morale particulière que l'on puisse considérer comme évidente. Kelsen souligne ainsi 'qu'en faisant l'hypothèse d'une norme fondamentale, on n'affirme aucune valeur transcendante au droit positif', et qu'il n'y a pas lieu de poser, à ce propos, la question de la justice ou de l'injustice du contenu de la Constitution et de l'ordre juridique établis sur la base de la norme fondamentale⁴⁵.

Mais il faut aussi remarquer que l'idée kelsénienne de la norme fondamentale est comme l'écho, dans un cadre devenu relativiste, de la conception kantienne de la „loi naturelle”⁴⁶. Kant distinguait, parmi les „lois externes” (qui obligent et pour lesquelles une législation extérieure est possible) „celles dont l'obligation peut être reconnue *a priori* par la raison, même sans législation extérieure” – ce sont les lois naturelles – et celles „qui sans une législation extérieure réelle n'obligeraient pas, et ne seraient pas des lois” – les lois positives. L'opposition kantienne entre lois naturelles et lois positives annonce, dans son principe, l'idée qu'il y a un donné

⁴⁴ Kelsen, TPD, p. 262 n.: „celle-ci [= la Théorie pure du droit] affirme que l'on ne peut déduire de la norme fondamentale que le fondement de la validité des normes juridiques concrètes, mais non pas leur contenu”. C'est le ressort essentiel de la controverse avec Karl Engisch (à propos de *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935) et Ilmar Tammelo (*Drei rechtsphilosophische Aufsätze*, 1948), dans la note 1, p. 270–72.

⁴⁵ Cela poserait d'ailleurs problème si l'on convenait de considérer la norme fondamentale comme une norme au même titre que les autres, et si l'on tirait les conséquences de la conception de Kelsen faisant de toute norme le fondement de l'attribution d'une valeur positive (pour le cas de la conformité) ou négative (en cas de non-conformité). Dès lors que l'on accepte de supposer la norme fondamentale, peut-on vraiment échapper à cette forme-limite de valorisation transcendantale aux contenus juridiques de rang subordonné, qu'institue la simple conformité à la norme fondamentale?

⁴⁶ C'est ce que l'on manque tout à fait d'apercevoir lorsqu'on s'en tient à la posture anti-positiviste trop courante aujourd'hui, qui conduit, par ordre, à opposer sans médiation le „naturel” au „positif”, à prétendre que le „naturel” doit à l'occasion supplanter ou corriger le „positif”, pour en venir à constater finalement qu'en toute logique il n'y a pas lieu d'opposer le naturel au positif (puisque l'un devient l'autre).

qui appelle à être reconnu pour des raisons autres que le fait qui institue le droit positif. Chez Kelsen, ainsi, les normes valides sont toujours soit supposées (dans le cas-limite de la norme fondamentale), soit posées par un individu à un moment donné en un lieu donné.

Kant écrivait, dans sa *Division générale du droit*: „Le droit comme science systématique se divise en droit naturel qui ne repose que sur des principes *a priori* et droit positif (statutaire) qui procède de la volonté du législateur”⁴⁷.

Or, relativement aux lois positives, les lois naturelles jouent un rôle véritablement similaire à celui de la norme fondamentale kelsénienne. Kant écrivait encore: „On peut donc concevoir une législation extérieure qui ne contiendrait rien que des lois positives; encore faudrait-il qu’une loi naturelle précédât pour fonder l’autorité du législateur (c’est-à-dire la faculté d’obliger les autres par son simple arbitre)”⁴⁸.

Kant affirmait que les catégories sont „des concepts fondamentaux [*Grundbe-griffe*] qui servent à penser des objets en général pour les phénomènes”, et que, par conséquent, „elles ont *a priori* une valeur objective”⁴⁹. De même, Kelsen admet la validité de la norme fondamentale, son inclusion dans l’ordre étatique ou international objectif, parce que cette validité objective est nécessaire pour que l’on puisse penser le droit comme objet, c’est-à-dire rapporter à l’unité d’un ordre, par la relation d’imputation, le divers sensible qui regroupe les actes et les situations de l’existence humaine⁵⁰. Faisant consciemment la „théorie du positivisme juridique”, Kelsen accomplit une opération scientifique dont la signification n’est assurément pas le renoncement à toute recherche de fondement: il faut rompre avec l’image convenue que véhicule, aujourd’hui comme hier, un moralisme brutal. Sa doctrine est au contraire de part en part une tentative de fondation, et même de fondation de l’objectivité⁵¹.

Par exemple, son refus de faire consister la moralité en certaines propriétés des motifs de la conduite s’explique par le souci de fonder l’objectivité intégrale

⁴⁷ Kant, Appendice à l’Introduction à la *Doctrin du droit*. DD, p. 111.

⁴⁸ Kant, Introduction à la *Métaphysique des moeurs*. DD p. 99.

⁴⁹ Ibidem, Pléiade, p. 1415; Suhrkamp, p. 170.

⁵⁰ Cette dimension de l’imputation est particulièrement mise en valeur dans *Das Wesen des Staates* (1926); tr. fr. P-H. Tavoillot, *L’Essence de l’Etat*, [in :] *La Pensée politique de Hans Kelsen...* La liaison essentielle entre imputation et ordre objectif constitue naturellement une approche de l’"état de droit" ou du *government under laws*, ou encore, une interprétation des principes *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege*. S. GoyardFabre écrit en ce sens: „L’imputation constitue ainsi le critère décisif de l’Etat du droit. Elle signifie qu’une action – en l’occurrence, une action étatique, est déterminée d’une manière spécifique par l’ordre normatif du système juridique” (S. Goyard-Fabre, *L’Etat du droit et la démocratie selon Kelsen*, [in:] *La Pensée politique de Hans Kelsen...*, p. 156).

⁵¹ Que l’on veuille ou non la dire „philosophique”, cette tentative doit du moins être réputée pleinement théorique.

de la mise en ordre des conduites par les normes. Ainsi, il faut que l'acte du meurtrier puisse être dit immoral, contraire aux valeurs, quoi qu'il en soit de ses motivations ou du rapport de ces motivations aux inclinations. Très généralement: „Pour qu'une conduite puisse avoir une valeur morale, il ne suffit jamais que les motifs qui l'ont déterminée soient conformes à une norme morale, il faut en tout cas aussi que la conduite en elle-même y soit conforme”⁵². Si tel n'était pas le cas, en effet, le jugement porté sur la conduite n'aurait pas d'assise stable, et l'imputation manquerait du fondement nécessaire.

3. Deux aspects du projet de théorie pure du droit: la pureté de l'objet et la détermination formelle des rapports entre norme et conduite

3.1. Dimensions de la recherche formelle dans la théorie des normes

a) Enjeux de la critique du kantisme

Le projet kelsénien de „théorie pure du droit” comporte à la fois une volonté d'épure de l'objet considéré, et une démarche se portant bien au-delà, d'esprit formaliste, qui attribue le premier rôle à la structure et à l'enchaînement des „propositions de droit” (les *Rechtssätze*) en lesquelles doit consister la théorie. Les deux aspects, à vrai dire, ne sont pas indépendants l'un de l'autre. L'épure de l'objet conduit à exclure *a priori* de la théorie pure du droit et de l'Etat un certain mode de description de phénomènes couramment rapportés au droit ou à l'Etat; il implique pour la théorie finale l'abstention d'un certain type d'enquête (en particulier, de type sociologique ou psychologique). Surtout, il conduit à rechercher entre les parties de l'objet étudié des rapports originaux, tels que la subordination hiérarchisée des normes, la délégation d'ordres juridiques partiels, l'imputation, l'application des normes, ou encore l'attribution à des personnalités collectives, et la constitution de celles-ci par la personification partielle ou totale des ordres normatifs.

Par là, la théorie pure du droit qu'a en vue Kelsen peut bien se présenter comme une théorie générale, autrement dit, une théorie de la manière correcte de décrire et de penser les contenus du droit quel qu'il soit, abstraction faite de toute

⁵² Kelsen, TPD, p. 84.

détermination particulière des contenus⁵³. En ce sens précis, il s'agit bien d'une théorie „formelle”, dans la mesure où elle privilégie la forme générique par rapport aux contenus particuliers: autre manière de dire qu'il s'agit d'une théorie du droit en général, non pas d'une doctrine de tel ou tel système juridique particulier.

Ne pourrait-il y avoir, cependant, plusieurs manières d'apercevoir le moyen par lequel une théorie des normes, et en particulier des normes étatiques, devient „formelle”? Le formalisme peut renvoyer, d'abord, à une analyse qui privilégie la forme pure du devoir ou du devoir-être, à l'exemple de la morale kantienne. En ce sens, on pourra dire de la théorie kelsénienne qu'elle est bien une théorie formelle, puisqu'elle prend corps dans l'élément pur du devoir-être, sans égard pour les contenus particuliers. Mais le fondement de cette orientation formelle de la théorie est évidemment bien différent dans l'un et l'autre cas. Chez Kant, ce fondement n'est autre que „le concept positif de la liberté”, autrement dit, „la faculté de la raison pure d'être par elle-même pratique”: „En effet comme pure raison appliquée à l'arbitre, sans tenir compte de l'objet de cet arbitre, la raison pratique, comme faculté des principes (et ici des principes pratiques, donc comme faculté législative), puisque la matière de la loi lui fait défaut, ne peut établir en loi suprême et en principe de détermination de l'arbitre que la forme suivant laquelle les maximes de l'arbitre même peuvent devenir des lois universelles”⁵⁴.

Ainsi donc, c'est en étudiant la forme des maximes que l'on peut découvrir les lois de la liberté, c'est-à-dire les lois qui résultent de l'usage pratique de la raison pure. Pour que la raison pure légifère, il faut que les maximes de l'action remplissent la condition de „pouvoir servir de loi universelle”. Telle est la condition formelle, la seule possible à vrai dire, par laquelle la raison pure peut déterminer l'arbitre en légiférant, quoi qu'il en soit de la matière de la loi (car la raison s'applique ici à l'arbitre en tant que tel, non pas à l'arbitre dans son rapport à tel objet déterminé). L'orientation „formelle” de la recherche provient du rapport entre la pure raison et le libre arbitre.

Chez Kelsen, le formalisme provient plutôt du consentement au dualisme de la connaissance de la nature et de la connaissance de la société, sans que la liberté ne joue à cet égard un rôle décisif. L'analyse de nos jugements sur la vie sociale montre que nous avons recours à un rapport original d'imputation qui offre une contrepartie au principe de causalité qui régit notre connaissance de la nature (ou notre connaissance de la société lorsqu'elle relève de l'approche des sciences de

⁵³ Cette détermination est supposée constituer l'objet des sciences humaines empiriques. Sur la signification de la doctrine de Kelsen en tant que critique des approches sociologiques non compréhensives du droit, v. A. Renaut, „Kelsen et le problème de l'autonomie du droit”, in: *La Philosophie du droit de Hans Kelsen...*

⁵⁴ Kant, DD, p. 87–88. Suhrkamp, p. 318.

la nature⁵⁵). Cette division fondamentale est confortée par l'analyse des jugements par lesquels nous qualifions un phénomène d' „acte étatique” (l'article *Sur l'essence de l'Etat* offrant à cet égard un exposé particulièrement clair). Pour ces raisons, la théorie pure du droit doit se présenter comme une théorie du pur devoir-être, une théorie „formelle” donc, au sens où elle concerne la forme de l'obligation réciproque des individus, abstraction faite du contenu. Un rapprochement avec Kant reste possible, dans la mesure où Kelsen se montre capable d'interpréter à nouveaux frais, dans les termes de sa théorie de l'imputation, ce qu'il nous représente comme la conception courante de la liberté en tant qu'absence de détermination causale de la conduite: „Que l'homme soumis à un ordre moral ou à un ordre juridique soit „libre”, cela signifie qu'il est le point final d'une imputation, qui n'est possible que sur la base et en vertu de cet ordre normatif”⁵⁶.

Le thème de la liberté, s'il ne joue assurément pas chez Kelsen un rôle comparable à celui qui est le sien chez Kant (pour qui la liberté est „cet unique droit originaire revenant à l'homme de par son humanité”⁵⁷) n'est donc pas une source de divergence en ce qui concerne les principes méthodologiques qui guident l'élaboration de la théorie. Au contraire, Kelsen souligne, en la rattachant au fait qu'il y a toujours un „point final” de l'imputation, alors qu'il n'y en a pas dans les séries causales, „l'antithèse entre la nécessité qui règne dans la nature et la liberté qui existe à l'intérieur de la société, et qui est essentielle pour les relations normatives des hommes”⁵⁸.

Sur cette base, dans la section du titre III de la *Théorie pure du droit* intitulée „le problème de la liberté ou du libre arbitre”, Kelsen situe sa doctrine dans un débat critique explicite avec le kantisme, en tirant des *Fondements de la métaphysique des mœurs* des conclusions somme toute assez étranges, mais significatives et pertinentes du point de vue de l'intelligence de sa propre doctrine: la liberté de la volonté serait une simple fiction du point de vue de la connaissance théorique, que l'on admettrait dans la philosophie pratique „pour rendre possible l'imputation morale”; „la volonté de l'individu est traitée comme si elle n'était pas déterminée causalement, bien qu'en réalité elle soit déterminée causalement”⁵⁹. Kelsen juge quant à lui cette thèse „parfaitement superflue”, et estime opportun d'éviter de

⁵⁵ V. en particulier, à ce sujet, „Sur l'essence de l'Etat”; cf. aussi TPD: „seules diffèrent essentiellement des sciences de la nature, les sciences sociales qui interprètent la conduite réciproque des hommes, non d'après le principe de causalité, mais d'après le principe d'imputation” (p. 118).

⁵⁶ Kelsen, TPD, p. 128.

⁵⁷ Kant, DD, p. 111–112.

⁵⁸ Kelsen, TPD, p. 125. C'est en un sens profond que l'on peut dire, pour cette raison, que les *Gisteswissenschaften*, telles que les conçoit Kelsen, sont des sciences de la liberté.

⁵⁹ Kelsen, TPD, p. 130n.

faire de la liberté une idée ou une représentation idéale dont la réalité objective serait douteuse. Or, c'est précisément ce que permet sa propre théorie: „dès lors que l'on a reconnu que l'imputation est une mise en relation de faits qui est différente sans doute de la causalité, mais qui n'est nullement en contradiction avec elle, il n'est nul besoin de la fiction proposée”⁶⁰.

La liberté consisterait précisément en ceci, qu'une conduite déterminée (définie par l'ordre moral ou juridique) „est le point final de l'imputation, qui a lieu sur la base de cet ordre normatif, d'une autre conduite humaine qui est visée et réglementée par cet ordre”⁶¹. Si brillante que soit la résolution kelsénienne du conflit entre déterminisme et liberté, il est certainement permis de s'étonner de voir la liberté appréhendée seulement comme „liberté sous un ordre moral ou juridique”⁶², c'est-à-dire au fond n'importe quel ordre de *Sollen*. Si même il faut admettre que la liberté n'a de sens que comme „liberté sous une loi”, ne doit-on pas s'assurer, à tout le moins, que la loi en question exprime à quelque degré la rationalité, le respect mutuel ou l'autonomie des personnes? Et comment ne pas s'étonner de l'absence de tout lien entre la liberté et la détermination de la volonté? Tout se passe comme si Kelsen adoptait le point de vue unilatéral du théoricien décrivant un ordre normatif et soucieux de donner un sens précis à la relation d'imputation dans ce contexte. Sa conception conduit à relativiser non seulement les valeurs personnelles, mais aussi la liberté du citoyen, que l'on pourrait vouloir penser sur le mode de l'objectivité. Elle est, de ce fait, largement étrangère à l'inspiration de la philosophie morale contemporaine (depuis la *Théorie de la justice* de J. Rawls au moins) dans son effort pour reprendre pied dans la théorie du droit et des libertés.

L'interprétation kelsénienne de Kant est peu charitable. L'introduction générale à la *Métaphysique des mœurs*, notamment, aurait pu convaincre Kelsen que le concept kantien de la liberté ne renvoyait pas à une simple fiction: même si l'on ne peut en donner „aucun exemple adéquat dans une expérience possible quelconque”, Kant soulignait que: „dans l'usage pratique de la raison sa réalité est prouvée par des principes pratiques, lesquels comme lois de la causalité de la raison pure déterminent l'arbitre indépendamment de toutes conditions empiriques (du sensible en général) et attestent en nous une volonté pure, en laquelle les concepts et les lois éthiques ont leur origine”⁶³.

La critique du kantisme est cependant significative dans la mesure où Kelsen, voulant mener à son terme la construction kantienne, se trouve de fait contraint

⁶⁰ Kelsen, TPD, p. 130.

⁶¹ Kelsen, TPD, p. 138.

⁶² Kelsen, TPD, p. 135.

⁶³ Kant, DD, p. 95.

d'explorer les confins de sa propre doctrine. Kant aurait été comme pris en étau entre la conception de la liberté comme résidant dans une cause qui ne serait pas elle-même causée, et la loi selon laquelle tout effet a une cause, et toute cause un effet, qui régit l'ensemble du monde sensible (ou empirique). Il n'aurait eu d'autre solution que de situer la liberté dans un monde autre, le monde des choses en soi, le monde qu'il appelle „monde intelligible”, et d'en faire l'attribut non pas de l'individu empirique, mais de l'homme en tant que chose en soi ou volonté intelligible⁶⁴. La loi morale elle-même doit se situer dans le monde intelligible, et ne peut dès lors fonder la liberté en ce monde.

Mais cette critique de Kant a certainement partie liée avec les difficultés qui naissent, pour Kelsen lui-même, de sa volonté de comprendre les ordres normatifs qui règlent la conduite des hommes comme des ordres „positifs”, posés par un individu donné à un moment donné. De ce point de vue, il est effectivement difficile de concevoir que la „loi morale” telle que la pense Kant ait rang d'ordre normatif pour l'homme concret. Kelsen avait d'ailleurs pris ses distances, plus haut dans la *Théorie pure*, avec ces normes qui sont, „comme dans l'éthique de Kant [...], des commandements sans sujet qui commande, des exigences sans sujet qui exige, c'est-à-dire des normes sans actes qui posent les normes”⁶⁵.

Refusant de considérer des normes autres que posées empiriquement ou supposées à titre d'hypothèses logiques-transcendantales, Kelsen se trouve en quelque sorte obligé d'opposer une fin de non-recevoir à ce qu'il thématise comme la volonté kantienne de „sauver la liberté de l'homme empirique”. On ne peut suivre Kant, et l'on doit être méfiant à l'endroit de toute hypothèse de recoupement entre l'homme en tant que phénomène et l'homme en tant que chose en soi. Du point de vue de Kant lui-même, d'ailleurs, la chose en soi, étant la cause ou le fondement du phénomène, ne peut en même temps être identifiée à ce dernier⁶⁶. D'une manière plus générale, Kelsen juge „extrêmement problématique” le rôle de la chose en soi dans la philosophie de Kant.

En définitive, il faudrait savoir gré à Kant d'avoir montré que lorsqu'il s'agit d'imputation, „nous nous trouvons en présence d'un ordre tout autre que l'ordre de la nature”. Kant nous a appris que nous considérons l'homme comme „libre” dans la mesure où nous interprétons sa conduite selon cet ordre. Mais il faudrait aussi reconnaître que Kant a eu tort de „reléguer l'homme ou son problématique double, l'homme en tant que chose en soi, dans un monde intelligible inaccessible

⁶⁴ V. Kelsen, TPD, p. 135–36. Ce thème joue aussi un rôle important dans la note 67 de la *Théorie générale des normes*: contrairement à l'idée reçue, il n'y a pas de véritable autonomie de la morale” chez Kant, car „les lois morales ne proviennent pas de la volonté empirique de l'homme qui leur est soumis” (TGN p. 424).

⁶⁵ Kelsen, TPD, p. 80n.

⁶⁶ Kelsen, TPD, p. 136n.

à notre connaissance, dans un monde de choses dont nous ne savons rien et n'avons rien besoin de savoir"⁶⁷. Cette erreur supposée aurait en fin de compte partie liée avec le dogme théologique du libre arbitre. C'est parce que la liberté humaine est saisie sur le modèle divin d'une cause qui n'est pas effet que l'on exige la suppression de la loi de causalité comme condition de la liberté, alors qu'en réalité rien de tel n'est requis.

b) Volonté et formalisme

La critique du kantisme permet de saisir que l'enjeu principal du projet kelsénien n'est pas l'élucidation des conditions de la cohérence formelle des systèmes de normes, mais une reconstruction ambitieuse des rapports formels entre norme et conduite. Ce projet n'est pas étranger à l'usage qui veut que l'on appelle „théorie formelle” la démarche dont l'ambition est de rattacher la validité des normes à leur origine ou à leur mode de production plutôt qu'à leur contenu⁶⁸. La théorie kelsénienne est „formelle” en ce sens également, puisqu'elle rattache toujours la validité des normes à l'acte consistant à poser des normes, ou à les supposer (dans le cas-limite de la norme fondamentale).

Enfin et surtout, puisque le droit, de l'aveu même de Kelsen, est la mise en forme sociale du comportement humain, on pourrait appeler „formelle” toute approche du droit qui cherche avant tout à étudier la manière dont la silhouette des conduites conjointes possible est déterminée par le droit. Une telle analyse de l'agencement légal des conduites conjointes est précisément ce qui vaut comme „théorie formelle des droits” dans une sous-branche de la théorie contemporaine des choix collectifs (depuis les premières recherches d'Amartya Sen⁶⁹), et plus récemment, de manière plus nette encore, dans la théorie des „formes de jeu”

⁶⁷ Kelsen, TPD, p. 137–38.

⁶⁸ V. notamment: F. Luchaire, *La loi et la volonté générale*, [in:] *La loi aujourd'hui*, sous la dir. de F. Luchaire *et al.*, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis, 1989. Le principal disciple direct de Kelsen en France, Charles Eisenmann, caractérise de manière analogue les deux registres dont il faut tenir compte pour interpréter les expressions „formes politiques” et „formes de gouvernement”: l'attribution du pouvoir et les modalités de son exercice. Ch. Eisenmann, *Essai d'une classification théorique des formes politiques*, Politique, 1968 (bibliothèque Cujas, Paris, 258.008 [26]). A rapprocher de ces notes de Kant: „La constitution de l'Etat est la forme conforme aux règles de droit. La forme de gouvernement est l'institution extérieure qui permet la mise en œuvre de la constitution de l'Etat” (*Nachlass*, édition de l'Académie, XIX, 494, tr. F. Proust, Garnier-Flammarion, à la suite de *Théorie et pratique*).

⁶⁹ A.K. Sen, „The Impossibility of a Paretian Liberal”, *Journal of Political Economy*, 1970; également dans A.K. Sen, *Collective choice and Social Welfare*, Amsterdam, North Holland, et Edimbourg (Oliver and Boyd), 1970.

(dans le sillage des travaux de Peter Gärdenfors et de Robert Sugden⁷⁰). Mais déjà dans la *Doctrine du droit* de Kant, le concept du droit était rapporté au seul rapport extérieur d'une personne à une autre, et l'on pouvait alors admettre que: „dans ce rapport réciproque de l'arbitre on ne considère pas la matière de l'arbitre, c'est-à-dire la fin que peut se proposer tout un chacun touchant l'objet qu'il veut [...] mais on s'interroge seulement sur la forme du rapport des deux arbitres respectifs, dans la mesure où ils sont considérés comme libres et si, ce faisant, l'action de l'un des deux peut s'accorder avec la liberté de l'autre d'après une loi universelle”⁷¹.

C'est donc dans son concept même que le droit privilégie la „forme” ainsi conçue⁷². Le projet kelsénien conduit à une démarche que l'on peut donc certainement qualifier de „formaliste” dans l'une ou plusieurs de ces acceptions du terme. Mais le primat du devoir-être ne se confond pas avec l'entreprise kantienne de détermination formelle de la loi du sujet libre. Au contraire, la problématique de la liberté, qui fait l'objet d'une résolution séparée, est tenue à l'écart de la théorie pure du droit et de l'Etat, même s'il est évidemment possible d'en trouver la trace dans l'opposition omniprésente entre causalité naturelle et imputation sociale. D'autre part, du point de vue de l'analyse des propriétés de la mise en forme des conduites par le droit, la doctrine de Kelsen peut sembler en retrait par rapport à celle, de Kant. Le „principe universel du droit” kantien, en particulier, énonçait une contrainte formelle, issue de l'idée même de juridicité, sur la mise en ordre des conduites Kelsen, au contraire, ne cherche pas à tirer de l'idée du droit une contrainte formelle universelle quant à la manière concrète dont le droit règle les conduites. Du point de vue de l'heuristique des recherches actuellement en cours, la théorie de Kant, plus nettement que celle de Kelsen, offre l'exemple d'une théorie à la fois formelle et normatrice du droit⁷³. Du point de vue de l'analyse praxéologique qui se développe actuellement, il importe à la fois de parvenir à une description correcte des relations entre norme et conduite et à une élucidation des

⁷⁰ P. Gärdenfors, *Rights, Games and Social Choice*, Noûs, 15 (1981), p. 341–356. R Sugden, *Liberty, Preference, and Choice*, Economics and Philosophy, 1 (1985), p. 185–205. Voir aussi: B. Peleg, *Effectivity Functions, Game Forms, Games, and Rights*, avec mon commentaire, dans: J-F. Laslier, M. Fleurbaey, N. Gravel et A. Trannoy (dir.), *Freedom in Economics: New Perspectives in Normative Analysis*, Londres et New York, Routledge, 1998.

⁷¹ Kant, Introduction à la *Doctrine du droit*, DD p. 104.

⁷² Cf. aussi, plus loin, DD p. 106: „on peut faire consister immédiatement le concept de droit dans la possibilité de la liaison d'une contrainte réciproque universelle avec la liberté de chacun”.

⁷³ J'adopte ici la convention recommandée par Ch. Eisenmann, en appelant „normatrice” la théorie des normes qui n'est pas seulement „normative” de par son objet, mais fournit des indications sur ce que les conduites (et donc – indirectement – les systèmes de normes) doivent être. Voir: Ch. Eisenmann, *Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen*, colloque de Strasbourg, novembre 1956 (bibl. Cujas, Paris, 258.008, note 2, p. 61).

propriétés intrinsèques des systèmes de normes qui rendent leur adoption rationnelle. Kelsen éclaire le premier problème, et Kant le second⁷⁴.

3.2. L'unité de l'objet comme exigence épistémologique et instrument de découverte

Il est possible de confirmer et de mieux comprendre la relative incertitude qui pèse sur la manière dont il faut comprendre le caractère „formel” des méthodes et des résultats en théorie pure du droit, en faisant retour sur le rôle du postulat de l'unité de l'objet, dont nous avons vu l'enracinement kantien et le rapport avec l'émergence de la problématique transcendantale chez Kelsen. L'unité de l'ordre juridique est assurée, dans la construction kelsénienne sous sa forme classique, par l'origine commune de la validité de toutes les normes dans la norme fondamentale⁷⁵. Or, Kelsen rejette explicitement la thèse d'après laquelle ce fondement de la validité impliquerait quelque restriction que ce fût quant au contenu des normes du droit positif.

Le moteur essentiel de l'argumentation est ici le contraste absolu entre ce qui est posé (et relève à ce titre d'un ordre normatif positif) et ce qui est supposé (à l'exemple de la norme fondamentale). Ainsi, répondant aux critiques d'Edwin Patterson dans *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law* (1953), Kelsen fait observer qu'il est hors de propos de reprocher à sa théorie le défaut d'une „axiologie juridique” qui seule permettrait au juriste ou à l'agent public de connaître les buts qu'il doit poursuivre en créant du droit nouveau⁷⁶. Cette prétendue lacune de la théorie dynamique du droit est aisément comblée par une simple comparaison avec „la logique transcendantale de Kant”: „De même que les conditions de logique

⁷⁴ Dans les termes désormais en usage dans la théorie sociale, on pourra dire que Kant contribue davantage (ou du moins, plus directement) que Kelsen à l'élucidation des conditions de la rationalité axiologique de l'adoption des systèmes de normes. V. Raymond Boudon, *Le Juste et le vrai* (Paris, Fayard, 1995) et „Au-delà du modèle du choix rationnel?”, in: B. Saint-Sernin, E. Picavet, R. Fillieule et R. Demeulenaere, *Les Modèles de l'action*, Paris, PUF, 1998.

⁷⁵ C'était par ailleurs le terme inévitable du processus de „logicisation” ou „rationalisation” [*logifizierung*] de l'idéal de justice tel qu'analysé par Kelsen en 1928, dans le contexte d'une comparaison à très haut risque entre sa doctrine et „la doctrine historique du droit naturel”, que la traduction de cet idéal dans les termes de l'ordre formel ou du système exempt de contradiction, d'une manière qui dût l'amener finalement en coïncidence avec „la norme fondamentale hypothétique du positivisme critique”. Kelsen, *Die Philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heise, 1928), § 37, p. 68 sq., tr. fr. Valérie Faure, en appendice à l'éd. française de la *Théorie générale du droit et de l'Etat*.

⁷⁶ Kelsen, TPD, p. 271–272 (note),

transcendantale de la connaissance portant sur la réalité naturelle ne déterminent en aucune façon le contenu des lois de la nature, de même les normes fondamentales des ordres juridiques ne peuvent pas déterminer le contenu des normes juridiques, ou des propositions juridiques qui les décrivent”⁷⁷.

Le positivisme de Kelsen s’affirme ici pleinement dans sa dimension anti-métaphysique, puisque ce rejet de la détermination par le transcendantal signifie seulement que le contenu des normes juridiques positives ne pourra être tiré que du droit positif (de même que „l’on ne peut tirer le contenu des lois de la nature que de l’expérience”). Au demeurant, la dimension inévitablement dynamique du droit contraint le théoricien à appréhender son objet sans assigner aucune limite *a priori* à son contenu. C’est l’une des propositions âprement contestées de Kelsen: n’importe quel contenu peut être du droit⁷⁸. Seule l’expérience des phénomènes du droit positif délimite ce qui est juridique. Kelsen se flatte à ce propos d’une certaine similitude entre sa propre attitude et celle de Kant: „La norme fondamentale ne prescrit pas au droit positif un contenu déterminé, pas davantage que les conditions de logique transcendantale de l’expérience ne prescrivent à cette expérience tel ou tel contenu. En cela réside précisément la différence entre la logique transcendantale de Kant et la spéculation métaphysique rejetée par lui, et de même entre la Théorie pure du droit et une théorie du droit métaphysique du type de la doctrine du droit naturel”.

Cette comparaison, si pertinente du point de vue de la théorie de la connaissance, n’implique rien quant à l’approche kantienne du droit. Il faut en effet rappeler que les exigences rationnelles de la juridicité, selon Kant, déterminent partiellement le contenu de ce que peut être un ordre juridique, comme le montre en particulier le principe universel du droit. Par ailleurs, dans le cadre même de la théorie de Kelsen, on peut penser que la nécessaire unité de l’objet en tant que tel (abstraction faite du fondement de cette unité) fait peser une contrainte effective – quoique toute formelle – sur la manière correcte de concevoir le droit, donc aussi, vraisemblablement, sur la manière d’écrire et d’ordonner le droit et, en définitive, sur le contenu du droit. Jugé indissociable du critère négatif de l’absence de contradiction, parce qu’il garantit l’impossibilité de la validité simultanée de normes juridiques contradictoires, le postulat de l’unité de l’objet de la *Théorie générale du droit et de l’Etat* ne relève pas seulement du projet ou de la déclaration d’intention; il s’agit d’une contrainte ou d’une force de rappel du formalisme sur le contenu même de la théorie.

Cette contrainte formelle peut être clairement mise en évidence à partir de deux exemples. Considérons d’abord la théorie kelsénienne de la décentralisation. Le postulat de l’unité de l’objet y joue un rôle décisif dans la dérivation de la „limite

⁷⁷ Kelsen, TPD, p. 272 (note).

⁷⁸ Kelsen, TPD, p. 261.

théorique” de la décentralisation, qui est „le cas-limite pour la coexistence d’une pluralité de collectivités juridiques”. Cette limite est découverte négativement, à partir de la connaissance que l’on a des conséquences inévitables de son dépassement: „Si la décentralisation était poussée à un point tel que coexistent plusieurs collectivités juridiques, plusieurs ordres juridiques, avec des domaines de validité territoriaux indépendants (séparés les uns des autres), sans que – faute d’une quelconque communauté – si lâche soit-elle – ces territoires puissent être considérés comme des parties d’un territoire total, on aurait dépassé la limite extrême au-delà de laquelle on ne peut plus parler de décentralisation”⁷⁹.

Pour caractériser la limite théorique de la décentralisation, il est nécessaire de penser, outre la pluralité des ordres décentralisés, l’unité de l’ordre global. Il faut appréhender la décentralisation comme „la division interne d’une seule et même collectivité juridique, d’un seul et même territoire”⁸⁰. Or: „on ne saurait concevoir une pluralité de collectivités juridiques ou d’ordres juridiques coexistants sans qu’un ordre total les comprenne tous et les délimite les uns par rapport aux autres, un ordre total qui fonde une collectivité totale”⁸¹.

La limite théorique recherchée est donc le cas où l’on peut se représenter un tel ordre total comme valable, bien qu’aucune norme de cet ordre ne soit, isolément, valable pour la totalité. C’est le cas-limite „où l’unité du territoire n’est assurée que par la norme fondamentale hypothétique”⁸². Pour parler de „communauté juridique décentralisée” d’une manière générale, il faut donc postuler, outre l’absence de norme posée valable pour le territoire entier, une norme fondamentale hypothétique qui possède, elle, la validité pour le territoire entier. Ainsi, l’exigence toute formelle de l’unité de l’ordre juridique comme objet de connaissance contribue de manière décisive à la détermination de l’idéal-type de la communauté juridique décentralisée.

Considérons, en second lieu, la théorie du droit international. Le postulat de l’unité de l’objet permet de démontrer l’absurdité de la construction que Kelsen appelle „dualiste”. En effet, la théorie dualiste, dans la doctrine traditionnelle, affirme que le droit international et les droits étatiques sont des systèmes de normes „indépendants l’un de l’autre, isolés l’un par rapport à l’autre, pour la raison qu’ils reposeraient sur deux normes fondamentales différentes”⁸³. Mais cette théorie se trouve prise en étau entre deux exigences contradictoires.

La première est précisément l’unité de l’objet. Kelsen accorde le statut de „postulat de théorie de la connaissance” à l’exigence selon laquelle on doit „compre-

⁷⁹ Kelsen, TPD, p. 414.

⁸⁰ Kelsen, TPD, p. 413.

⁸¹ Kelsen, TPD, p. 414.

⁸² Kelsen, TPD, p. 415.

⁸³ Kelsen, TPD, p. 430.

dre tout ce qui est droit en un système, c'est-à-dire le comprendre d'un seul et même point de vue comme constituant un tout refermé sur lui-même"⁸⁴. En vertu de cette unité, l'objet constitue „un système unique descriptible en propositions de droit non contradictoires"⁸⁵. La seconde exigence est celle de la validité simultanée des deux droits, essentielle à la conception dualiste. C'est l'exigence propre à une théorie qui veut considérer deux ordres différents tout en faisant œuvre de connaissance du droit, autrement dit, en décrivant „les normes juridiques valables”.

La première de ces deux exigences implique qu'il ne saurait exister de conflit insoluble entre les deux groupes de systèmes normatifs. En effet, l'absence de contradiction est le critère négatif de l'unité. Si donc il y avait des conflits insolubles entre les deux ordres, leur unité serait condamnée, et il faudrait adopter la théorie dualiste. Mais dans ces conditions, il faudrait aussi nécessairement renoncer à la thèse de la validité simultanée (la seconde exigence), bien qu'elle soit au centre de la théorie dualiste. Autrement dit, la seule circonstance qui pourrait justifier que l'on abandonnât la thèse moniste (à savoir, le conflit irréductible entre les deux groupes de normes) porte en elle aussi la négation de la thèse dualiste. Conjointement avec la démonstration auxiliaire de l'absence de conflit entre droit international et droit étatique, le postulat de l'unité de l'objet aura servi à montrer la nécessité d'une théorie moniste.

L'unité de l'objet est également liée, chez Kelsen, à l'épure de la théorie du droit, indissociable de l'identification correcte de son objet. Le projet kelsénien recouvre un effort de distinction rigoureuse entre l'objet de la science du droit et de l'Etat et d'autres objets qui ne lui conviennent pas, mais peuvent venir, pour ainsi dire, en corrompre l'objet propre. Il faut en effet se garder, du moins dans la théorie pure, de mêler à l'objet d'étude des éléments idéologiques ou des éléments qui relèvent du domaine d'autres sciences. Cela impose une discipline au théoricien: il doit s'abstenir, en particulier, des emprunts supposés prestigieux à d'autres sciences⁸⁶, et il n'a ni à approuver, ni à désapprouver son objet, qui est l'objet

⁸⁴ Kelsen, TPD, p.430

⁸⁵ De cette unité projetée ou exigée, ne pourrait-on dire qu'elle fonde toute pensée d'un ordre juridique universel? Kelsen devait s'élever à cette perspective „moniste” sur le droit existant, mais par le biais épistémologique de l'unité d'un ordre pensable. D'un point de vue kantien, on ferait volontiers valoir que l'unité, qui signifie l'universalité d'un rapport de droit, est d'abord à penser comme une exigence morale. Jocelyn Benoist écrit ainsi, à propos du cosmopolitisme kantien : „Le 'citoyen' du monde n'est un citoyen qu'au figuré, et dans la mesure où, en tant qu'homme, il fait l'objet de quelque chose qui est 'comme' du droit, l'horizon d'une juridification possible du genre humain en tant que tel, mais qui n'est qu'un horizon, celui du droit mis à l'épreuve de l'exigence infinie qui est celle de la morale”. J. Benoist, „Les masques de l'universel: du cosmopolitisme à l'Empire”, *Revue des Sciences Humaines*, n° 231, juillet-septembre 1993, p. 95–120; p. 115.

⁸⁶ La première édition énumère la psychologie, la morale, la biologie et la théologie; la seconde, la psychologie, la sociologie, l'éthique et la théorie politique.

d'une science positive, et que l'on doit simplement connaître et décrire, indépendamment de tout jugement de valeur, malgré sa nature intrinsèquement normative⁸⁷.

3.3. Le *Sollen* comme objet théorique et l'irréductibilité du devoir-être

Kelsen retient une conception large du *Sollen*, conçu comme domaine du devoir-être en général. Le *Sollen* exprime l'une des trois relations suivantes: la conséquence prescrite, la conséquence habilitée, la conséquence- positivement – permise⁸⁸. En effet une norme peut commander, mais aussi permettre ou donner pouvoir. Le devoir- être est présenté comme „une notion simple”, comparable au „bien”⁸⁹, et Kelsen admet que la différence entre *Sein* et *Sollen* est „donnée à notre conscience de façon immédiate”⁹⁰. La pureté de l'objet de la Théorie pure du droit tient à son inscription exclusive dans cette sphère du *Sollen*, ce qui permet à Kelsen d'ancrer solidement la science de l'Etat dans les *Geisteswissenschaften*, sans contradiction aucune avec son positivisme de principe, ce qui est d'ailleurs rendu inévitable par la compréhension de l'imputation comme rapport de concordance entre significations⁹¹.

C'est la matière de nombreuses polémiques avec les empiristes, tentés de réduire le devoir-être à l'être. Ainsi, examinant les thèses d'Andreas Wedberg⁹², Kelsen réaffirme que sa propre thèse, selon laquelle les propositions relatant le *Sollen* sont vraies ou fausses, n'oblige pas à croire qu'il s'agit de propositions relatant un *Sein*. En effet, ces propositions énoncent „un fait dont la norme juridique est la signification”. Il faut donc réaffirmer, tout en séparant clairement le fait et la signification, que la signification de ces propositions coïncide avec le *Sollen* contenu dans les normes juridiques. Il faut en effet identifier les unes aux autres, du point de vue de la signification, les affirmations suivantes:

⁸⁷ V. Kelsen, TPD, p. 92. Notons que Kelsen reconnaît volontiers, à l'occasion, que le droit peut devenir objet de connaissance selon des modalités très diverses (ainsi, dans „Was ist die Reine Rechtslehre?”, in: *Mélanges en l'honneur de Z. Giacometti – Demokratie und Rechtsstaat*, Zürich, 1953, p. 147), ce qui rejoint l'invitation de Ch. Eisenmann à un „pluralisme avec concours (ou coopération)”, dans les sciences du droit, engageant une multiplicité de disciplines diverses en raison de la diversité des problèmes qu'elles traitent (v. Ch. Eisenmann, *Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen*).

⁸⁸ Kelsen, TPD, p. 107.

⁸⁹ Kelsen, TPD, p. 8 (note 1).

⁹⁰ Kelsen, TPD, p. 8.

⁹¹ V. en particulier l'article *Sur l'essence de l'Etat*.

⁹² A propos de l'article d'A. Wedberg: *Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science*, *Theoria*, XVII (1951). V. Kelsen, TPD, p. 107.

- une certaine norme juridique, que l'on trouve dans le droit, est en vigueur („proposition interne” au sens de Wedberg);
- d'une norme juridique donnée (considérée par avance), il se trouve qu'elle est effectivement en vigueur („proposition externe” au sens de Wedberg, dont la distinction n'a pas lieu d'être);
- on doit se conduire comme la norme juridique le prescrit (expression d'un pur *Sollen*, auquel se ramène le sens des autres propositions).

La théorie pure est positiviste dans la mesure où elle étudie la manière dont la connaissance du droit et de l'Etat relate des faits mais la signification attachée à ces faits est un pur devoir-être. De ce point de vue, le lien est très étroit, qui associe le positivisme (dont le vrai principe est la détermination à ne traiter comme du droit que les normes posées par des hommes) à l'autonomie du *Sollen*. Ainsi, Kelsen présente comme une différence essentielle entre les principes d'imputation et de causalité le fait que dans un cas seulement (l'imputation), le lien entre les éléments considérés résulte d'une norme posée par l'homme⁹³. Le rôle crucial de la signification, allié à la distinction entre normes et propositions décrivant les normes, explique les incessantes controverses avec les défenseurs du positivisme logique, en particulier Moritz Schlick et Alfred Jules Ayer, dont les thèses font l'objet de réfutations détaillées. Leur erreur est d'interpréter les normes comme la reproduction d'un fait de la réalité (le fait de l'approbation ou de la désapprobation), au lieu de voir en elles des significations (plus précisément, les significations attachées aux actes qui posent les normes)⁹⁴.

4. La nature de l'obligation juridique et les limites de la „pureté” théorique

Kant avait établi, au paragraphe D de l'introduction à la *Doctrine du droit* que la faculté de contraindre, en tant que faculté de susciter des obstacles à ce qui fait obstacle à la „liberté suivant une loi universelle”, est liée au droit. En effet, l'obstacle à l'obstacle s'oppose à un usage particulier de la liberté qui se trouve être contraire à „la liberté suivant une loi universelle”; à ce titre, l'usage de la liberté qui consiste à susciter de tels obstacles aux obstacles, est lié par principe au droit, puisque la „loi universelle du droit” demande d'agir extérieurement de sorte que cet usage de l'arbitre puisse coexister avec la liberté d'un chacun suivant une loi universelle⁹⁵.

⁹³ Kelsen, TPD, p. 124.

⁹⁴ V. par exemple TPD, note 1 de la p. 79.

⁹⁵ V. Kant, DD, p. 105.

Sur la base de cette liaison principielle, Kant s'achemine vers la thèse, largement partagée par Kelsen, suivant laquelle „le droit et la faculté de contraindre sont une seule et même chose”⁹⁶. En effet, il n'y a plus lieu de distinguer deux moments dans le droit, dont le premier serait l'obligation en tant que telle, et le second, la faculté de contraindre à exécuter l'obligation. En réalité, les deux moments n'en font qu'un, et cette unité exprime la vraie nature de l'obligation juridique, qui suffit au droit strict (pur de tout ce qui est moral): on peut faire consister immédiatement le concept de droit dans la possibilité de la liaison d'une contrainte réciproque universelle avec la liberté de chacun”⁹⁷.

De même, dans la typologie des ordres sociaux que propose Kelsen au titre I de la *Théorie pure*, les ordres juridiques se rattachent à l'idéal-type des systèmes qui ordonnent des conduites en attachant aux conduites contraires des „désavantages”, des „peines” au sens le plus large, autrement dit, des actions qui peuvent être exécutées de manière forcée, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des personnes concernées. La sanction est donc, dans le cas juridique, intériorisée par l'ordre normatif. Dans les termes de la théorie économique des institutions, on pourrait dire que le droit tout entier est un grand schème incitatif. Une conduite n'est juridiquement prescrite „que si et du fait que la conduite contraire est la condition d'une sanction” (qu'elle soit ordonnée ou simplement habilitée, selon que la non-exécution de la sanction est ou non la condition d'une autre sanction)⁹⁸. Mais de là, l'exposé kelsénien se déporte vers un thème plus original: „Le caractère obligatoire de la sanction inclut en soi la prohibition de la conduite qui est la condition spécifique de la sanction, donc la prescription de la conduite contraire”.

„Ce qui 'doit être', ce n'est pas la conduite ordonnée, mais bien la sanction. Dire qu'une conduite est ordonnée, c'est dire que le contraire de cette conduite est la condition qui fait que la sanction doit être réalisée”⁹⁹. Dans cette thèse radicale, Hart verra l'un des exemples éminents des développements mal maîtrisés dans lesquels précipite quelquefois la volonté de corriger ou de supplanter les théories antérieures¹⁰⁰. Mais l'excès même a un sens dans le contexte de la théorie,

⁹⁶ Kant, DD, § E, p. 106.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Kelsen, TPD, p. 35. Cette conception, à la faveur d'un rapprochement suggestif avec Fichte, a donné à penser à certains commentateurs que Kelsen, sans attendre sa dernière période, aurait conçu les règles de droit sur un mode plus descriptif que prescriptif. V. en ce sens A. Renaut, art. cité, p. 14.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2ème éd., ch. I, p. 2. Hart se réfère à la *Théorie générale du droit et de l'Etat* et à l'exemple du vol et de la punition: la norme „il ne faut pas voler”, si l'on veut absolument la considérer comme une norme, doit être pensée comme seconde par rapport à la norme „si quelqu'un vole, il devra être puni” qui, en fait, la *contient*.

même si, en l'occurrence, l'inscription dans la théorie générale est assez difficile à saisir. Selon la proposition de Kelsen, l'obligation dans laquelle se trouve quelqu'un d'infliger la sanction fait écran à l'obligation de ne pas violer l'obligation sous-jacente. Cela revient à réduire le devoir-être juridique à un devoir-être conditionnel des sanctions, ce qui semble assez éloigné de l'intuition courante, et mal accordé par ailleurs à la thèse kelsénienne d'après laquelle les sanctions sont seulement l'instrument destiné à provoquer l'adoption de certaines conduites, donc une certaine mise en ordre de la vie sociale. De ce point de vue, il semblerait requis d'affirmer la primauté, dans la description du droit, des obligations concernant les actions sous-jacentes.

Or, c'est exactement le contraire chez Kelsen: l'obligation conditionnelle des sanctions fait écran aux actions sous-jacentes. Pour mieux saisir la difficulté de cette position, considérons avec Kelsen le cas politiquement peu satisfaisant du „conflit téléologique” entre obligations, dans lequel valent simultanément les propositions: si A est, X doit être (A étant une conduite et X une sanction), et si non-A est, X doit être¹⁰¹.

Il est en fait possible que les textes juridiques, tout en attachant X simultanément à A et à non-A, présentent A (plutôt que non-A) comme la conduite à tenir, comme la conduite qui est „dans l'ordre”. Et surtout, ce qui est un désavantage pour une personne peut devenir un avantage pour une autre; ainsi l'emprisonnement, qui est une „peine” ou un „désavantage” pour la plupart des hommes (et se qualifie donc pour être à leur égard une „sanction” au sens de Kelsen), peut être un bien très désirable pour d'autres hommes, par exemple pour un repentir de la Mafia. Kelsen lui-même mentionne des exemples analogues: le criminel qui, par repentir, souhaite souffrir la peine qu'on lui „inflige”; ou bien encore, le condamné satisfait de bénéficier du gîte et de la nourriture. Mais c'est en y voyant des cas „très exceptionnels”, et en se référant à une mystérieuse „normalité” pour conjurer le doute: „On peut admettre que normalement les actes de contrainte qui jouent le rôle de sanction sont ressentis par leurs sujets passifs comme des maux”¹⁰².

Cet argument a certainement un sens pour la de bonne corrélation empirique entre les peines prononcées et les sentiments exprimés. Mais on se contente alors d'un fondement bien „impur”, si cet argument de corrélation est le seul que l'on puisse invoquer à l'appui de la définition kelsénienne de l'obligation par la sanction. Et l'on s'étonne de voir ainsi la théorie de l'obligation adossée à une sorte de moyenne psychologique des points de vue subjectifs. Cela s'accorde mal avec l'idée d'une théorie pure de l'obligation objective. En effet, selon le point de vue subjectif retenu, et si l'on n'élimine pas arbitrairement les cas „anormaux”, il faudrait admettre simultanément que telle action est défendue (car un désavantage

¹⁰¹ Kelsen, TPD, p. 36.

¹⁰² Kelsen, TPD, p. 46.

s'y attache), et que la même action n'est pas défendue (car ce qui s'attache à elle, d'un autre point de vue, n'est pas un désavantage). Si l'on se réfère à la typologie de Kelsen, la différence entre le troisième idéal-type (normes assorties de sanctions) et le second (système prévoyant des sanctions et des avantages) est à cet égard purement conventionnelle, puisqu'elle dépend du choix arbitraire d'un point de vue particulier pour définir l'avantageux et le désavantageux. Rien là de particulièrement „pur” ou „formel”, d'autant que les problèmes formels bien connus de l'agrégation des préférences (le „théorème d'Arrow” en particulier) ont montré quelles difficultés l'on rencontre lorsqu'on tente de définir en toute généralité un „point de vue social” à partir des préférences individuelles.

Au surplus, on peut faire observer que les systèmes juridiques comportent souvent des obligations dont le non-respect ne conditionne pas une „sanction” clairement identifiée comme telle, mais plutôt d'autres formes d'interaction sociale: des réparations, des programmes de rééducation, un suivi psychologique, etc. Peut-être échapperait-on à ces difficultés de fond en revenant à la perspective plus simple d'une relation externe entre l'obligation et la sanction, sans pourtant nécessairement renoncer à décrire les relations positives entre plusieurs obligations, dont certaines sont habituellement interprétées comme des sanctions. Dans une telle „théorie pure épurée”, les relations entre obligations et sanctions seraient simplement des configurations, parmi d'autres, d'obligations mutuellement conditionnées. Cet ultime épurement permettrait vraisemblablement d'aborder dans de meilleures conditions trois défis contemporains de la philosophie du droit.

En premier lieu, réussir à penser l'unité du „droit informel”, qui recommande des compromis en l'absence de toute habilitation à appliquer des sanctions, et du droit qui ordonne d'une manière assortie de sanctions. D'autre part, accepter de considérer que la motivation de la conduite, même lorsqu'elle n'est pas morale, n'est pas nécessairement liée aux sanctions prévues par le droit, mais plus généralement aux „conséquences” des interactions ou aux „états du monde” (ou de la personne); et admettre, donc, que la qualité concrète d' „avantage” ou de „désavantage” dépend, pour les sanctions supposées, de leur insertion dans l'ensemble de l'interaction sociale, et des préférences subjectives des agents concernés. Enfin, rendre compte du caractère juridique de situations dans lesquelles plusieurs ordres normatifs se juxtaposent dans les mêmes matières, sans que l'on sache exactement à quelles normes s'attacheront des sanctions effectives après jugement en cas de litige, et sans que l'on veuille pour autant renoncer à parler d'obligation, ou reporter systématiquement l'identification de ce qui est obligatoire à la manifestation, au terme du jugement, de ce que Kelsen penserait comme la norme individuelle complète¹⁰³.

¹⁰³ Mireille Delmas-Marty a voulu montrer que la situation juridique actuelle de l'Europe communautaire s'éloigne du schéma pyramidal kelsénien: „Ce n'est pas que toute hiérarchie ait disparu, mais au lieu de la hiérarchie continue et linéaire conçue comme idéal-type des systèmes

5. Conclusion

Le projet théorique d'une analyse purement normative des relations entre les phénomènes juridiques permet de situer Kelsen dans une certaine filiation kantienne malgré les difficultés évidentes qui naissent de son relativisme axiologique et de sa conception du sujet de l'obligation. Mais le rapport à Kant est surtout épistémologique. Kelsen trouve dans la philosophie kantienne l'inspiration nécessaire pour conjurer les multiples risques de confusion entre la métaphysique dogmatique et la science positive, ou encore, entre la description sociale et la théorie pure du droit. C'est aussi dans un esprit authentiquement kantien que Kelsen conçoit la théorie du droit et de l'Etat comme un système où la fondation de droit est la règle à tous les échelons, et il n'y a pas lieu de s'étonner des similitudes que l'on relève entre la norme fondamentale kelsénienne et la loi naturelle kantienne, entre les deux manières de penser les rapports du subjectif et de l'objectif dans le droit, ou encore, entre les deux conceptions de l'absence de conflit entre normes valides.

Le „formalisme” des deux théories n'est cependant pas de même nature. Kelsen fait œuvre formelle parce qu'il propose une construction de la théorie du droit et de l'Etat indépendante des contenus juridiques particuliers. Sa conception du droit, d'autre part, est formelle dans son mode de constitution de l'objet étudié: le droit valide, c'est-à-dire l'Etat ou la communauté juridique internationale, est saisi comme une „mise en ordre” du comportement humain. Ces choix théoriques guident Kelsen dans la recherche de la „mise en forme” correcte de l'ensemble des propositions de la science du droit et de l'Etat. Le formalisme kelsénien, au contraire du formalisme kantien, n'est pas une détermination formelle des lois de la liberté. Prenant notamment pour cible les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, le maître viennois attaquait d'ailleurs frontalement les théories du droit qui se rattachent à „la valeur éthique de la liberté individuelle, de la personnalité autonome”, et qui incorporent souvent d'emblée l'institution de la propriété dans cette liberté¹⁰⁴.

Il n'en demeure pas moins que la théorie de Kelsen est une référence utile pour l'analyse éthique et politique, parce qu'elle a contribué à déterminer les conditions de la mise en ordre de la description ou de la modélisation de l'ensemble

traditionnels, des hiérarchies nouvelles, discontinues ou enchevêtrées, dessinent des sortes de pyramides inachevées, voire des boucles étranges” (M. Delmas-Marty, *Droits de l'homme et systèmes de droit*, Le Débat (Gallimard), n°83, janvier-février 1995, p. 170).

104 Kelsen, TPD, p. 227–228. L'auteur cite (p. 228 n.) ces propositions de Hegel: „Le premier mode de la liberté est celui que nous devons connaître comme propriété, la sphère du droit formel et abstrait [...]. La liberté, que nous avons ici, est ce que nous appelons personne, c'est-à-dire le sujet qui est libre, plus précisément: est libre pour soi, et qui se donne une existence dans les choses” – Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, §33 add., p. 92–93 de l'édition R. Derathé (Paris, Vrin, 1975).

des droits et des obligations juridiques. La théorie kelsénienne de l'ordre étatique offre un modèle de référence pour étudier la manière dont les systèmes juridiques se conforment à divers critères éthiques ou politiques; soit, en d'autres termes, la manière dont les aspects formels de la „mise en ordre” des comportement et du règlement juridique des conflits interpersonnels potentiels traduisent ou respectent telle ou telle exigence, d'ordre éthique ou politique.