

Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? *

Droit & Société 22-1992

Hans Kelsen

Summary

What is Pure Theory of Law ?

The text of Kelsen translated here dates from 1953. It therefore falls squarely between the two editions of his *Pure Theory of Law* (1934 and 1960). In this article, Kelsen re-examines the essential theses of his theory in an effort to demonstrate the structural specificity demanded by any valid theory of law, contrasting it to ethics and politics, as well as to the natural sciences grounded in principles of causality.

Résumé

Le texte de Kelsen ici traduit date de 1953 et se situe donc entre les deux éditions de la *Théorie pure du droit* (1934 et 1960). Il reprend et résume les thèses essentielles de la théorie kelsénienne en tentant de montrer l'exigence de spécificité de toute théorie du droit par rapport aux sciences naturelles fondées sur le principe de causalité ainsi que par rapport à l'éthique et au politique.

Le droit, en tant qu'objet de connaissance, peut être analysé sous des angles très différents. On peut décrire systématiquement un ordre juridique déterminé, comme le droit français ou le droit des gens ; ou présenter un groupe défini de normes d'un tel ordre, par exemple le droit pénal suédois ou le droit suisse des obligations ; ou mettre en évidence un règlement particulier, tel que le règlement des intérêts de retard dans le code civil autrichien. En procédant ainsi, on peut tenter de clarifier les normes prises en considération ou le règlement en question, préciser leur sens tel qu'il résulte immédiatement de la formulation authentique qu'adopte le droit sous la forme d'une loi, d'un décret, d'un contrat, etc. Dans cette perspective, la description du droit se rat-

L'auteur

Né à Prague (1881), mort à Berkeley (U.S.A.) (1973), Privatdozent en 1911, puis professeur de droit public de 1919 à 1929 à Wien ; de 1930 à 1933, à Köln ; de 1933 à 1938, à Genève ; de 1942 à 1952, à Berkeley. Co-fondateur avec Léon Duguit et Franz Weyr de la première série de la *Revue internationale de la Théorie du Droit*. Auteur de la célèbre *Théorie pure du droit* (trad. française de Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962), de *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, et de *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne, publié par Kurt von Ringhofer et Robert Walter, ed. Manzschke Verlag, 1979 (trad. italienne : *Teoria generale delle Norme* ; préf. Mario G. Losano).

* Traduction de l'article intitulé « Was ist die Reine Rechtslehre » paru initialement dans *Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccharia Giacometti*, Zürich, 1953, p. 143-161.

Traduction de Philippe Coppens, Centre de philosophie du droit de l'Université de Louvain.

Je remercie Messieurs H. Pourtois, assistant à l'Institut supérieur de philosophie de l'Université catholique de Louvain et A. Strowel, assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, d'avoir accepté de relire cette traduction et d'y avoir apporté diverses améliorations.

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

tache à son interprétation. Mais on peut également s'interroger sur l'origine historique du contenu d'un ordre juridique déterminé ou sur les causes économiques et politiques qui ont déterminé ce contenu. Il est également possible de comparer les contenus d'ordres juridiques différents afin de dégager certains types juridiques. Enfin, en s'appuyant sur une comparaison de tous les phénomènes considérés comme relevant du « droit », on peut aussi rechercher son essence, sa structure propre et cela indépendamment des changements matériels qu'il adopte dans le temps et l'espace. Telle est la tâche d'une théorie générale, c'est-à-dire d'une théorie non limitée à un ordre juridique particulier ou à des normes particulières. Elle doit déterminer la méthode spécifique et les concepts fondamentaux à l'aide desquels n'importe quel droit peut être conçu et décrit et fournir ainsi les fondements théoriques de toute analyse relative à un droit particulier ou à des institutions juridiques particulières.

La théorie pure du droit entend être cette théorie générale. En tant que théorie proposant une méthode spécifique de connaissance du droit, elle rencontre des problèmes de logique. Partant du fait de la science du droit, elle soumet à une analyse logique les propositions à l'aide desquelles cette science décrit son objet. En d'autres termes, elle établit les conditions de possibilité des énoncés relatifs aux obligations, aux droits, à la responsabilité, aux sujets de droit, aux personnes physiques et morales, aux organes, à la compétence et aux autres choses de ce type. Par ce moyen, elle parvient au concept central de toute connaissance juridique, le concept de norme, qui exprime l'idée que quelque chose - à savoir un comportement humain déterminé - doit être. Elle établit qu'un tel devoir-être comportemental est toujours soumis à des conditions précises et recherche - au sein des jugements hypothétiques qui caractérisent les propositions juridiques - le sens spécifique selon lequel une condition est liée à sa conséquence. En même temps, la théorie pure du droit compare ces propositions normatives (Rechtssätze) - par lesquelles la science du droit décrit son objet (à savoir les normes juridiques et les relations constituées par ces normes) - avec les jugements hypothétiques par lesquels les sciences naturelles définissent leur objet propre et que l'on qualifie de lois de la nature.

Cette comparaison conduit la théorie pure du droit à reconnaître que les propositions normatives de la science du droit jouent un rôle analogue aux lois de la nature des sciences naturelles, à savoir la relation de cause à effet entre deux états de choses. Mais le sens de cette relation diffère dans les deux cas. Dans les lois de la nature, les conditions et les effets sont unis les uns aux autres par le principe de causalité (par exemple dans la loi : lorsqu'un métal est chauffé, il se dilate). Au contraire, dans les propositions normatives, cette relation répond à un principe pour lequel la

science n'a pas encore trouvé à ce jour de terme généralement accepté et pour lequel la théorie pure du droit a proposé le concept d'imputation. Sur la base d'une comparaison des systèmes d'organisations sociales identifiés comme relevant du droit, la théorie pure du droit aboutit au résultat suivant : ces systèmes sont essentiellement des ordres de contraintes, c'est-à-dire des ordres qui entendent privilégier un comportement humain déterminé et prescrire, dans le cas d'un comportement contraire, non conforme au droit, un acte de contrainte, c'est-à-dire une sanction. La théorie pure du droit formule donc la structure origininaire de la proposition normative de la manière suivante : lorsqu'un acte transgressant le droit est commis, il doit s'ensuivre une conséquence, une sanction. Celle-ci n'est toutefois pas causée par le non-respect du droit de la même manière que la dilatation du métal par la source de chaleur ; au contraire, elle est imputée à la violation du droit. La théorie pure du droit montre que ce principe d'imputation trouve à s'appliquer non seulement dans les propositions normatives mais également dans les propositions par lesquelles la science de l'éthique définit son objet, à savoir la morale. Il en va ainsi dans les propositions suivantes : lorsque quelqu'un accomplit un acte bienveillant à l'égard d'une autre personne, celle-ci doit le remercier ; ou lorsque quelqu'un pèche, il doit faire pénitence. La théorie pure du droit montre même qu'originellement, dans la pensée primitive, c'est le principe d'imputation et non le principe de causalité qui fut à la base de l'explication de la nature : la pensée primitive expliquait en effet les phénomènes naturels d'après une norme sociale, la norme de la rétribution, selon laquelle le bon comportement est récompensé alors que le mauvais est sanctionné. La théorie pure du droit montre que le principe de causalité, selon toute vraisemblance, tire son origine de l'idée de rétribution et que l'esprit humain s'est émancipé, dans son interprétation de la nature, des représentations religieuses. Elle montre ainsi que les phénomènes naturels, tout comme le comportement social des hommes, furent à l'origine régis par des normes émanant d'une volonté surhumaine, d'une divinité. Aussi, la différence essentielle entre le principe de causalité et le principe d'imputation normative réside en ceci que la relation des événements, dans le cas de la causalité, est indépendante d'un acte humain ou d'une volonté surhumaine tandis que le lien, dans les cas d'imputation, est issu d'un acte de volonté humaine dont le sens est une norme.

Cette distinction entre loi causale de la nature comme loi de l'être et proposition juridique comme loi du devoir-être disparaît dans le cadre d'une conception du monde métaphysico-religieuse. En effet, suivant cette conception, le lien de cause à effet est produit par un acte de volonté analogue à l'acte humain de création du droit, à savoir l'acte divin de création de la nature. Partant, les lois de la nature sont aussi interprétées comme des normes qui,

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

provenant d'une volonté divine, prescrivent à la nature un comportement déterminé. Et, par suite, une théorie métaphysique du droit croit aussi pouvoir trouver un droit naturel dans la nature, en tant que manifestation de la volonté divine, c'est-à-dire pouvoir conclure de l'être au devoir-être. Il s'agit pourtant là d'un parallogisme et la théorie du droit naturel est fondée sur ce parallogisme. Telle est la raison - et non la seule - pour laquelle la théorie pure du droit, comme science rationnelle du droit, récuse la doctrine du droit naturel dont l'irrationalité résulte, en définitive, de sa métaphysique qui n'entend pas se soumettre à la logique.

La distinction logique entre être et devoir-être - qui réside dans l'impossibilité de passer, au moyen d'une déduction logique, du domaine de l'un à celui de l'autre - est une des positions centrales de la théorie pure du droit. Elle est une théorie de ce qui doit être du point de vue du droit positif et non de ce qui est naturellement. Les normes forment son objet et non la réalité naturelle. Elle prétend toutefois se distinguer de la doctrine du droit naturel car, contrairement à celle-ci, elle n'entend pas identifier ce que devrait être le droit mais bien ce qu'il est. Elle est en effet une théorie du droit positif, du droit effectif, et non pas d'un droit idéal. Elle est une théorie de la réalité du droit. Ceci ressemble à une contradiction. Mais celle-ci se résout aussitôt qu'on reconnaît que l'opposition de l'être et du devoir-être, de ce qui est « réel » et de ce qui « doit être », est une opposition relative. Du point de vue de la science, il n'y a aucune réalité absolue. Lorsque la théorie pure du droit soutient qu'elle a pour objet le droit positif, le droit tel qu'il est et donc la réalité du droit, elle caractérise le droit positif comme être par rapport à la justice qui porte l'exigence de savoir comment il doit être. Et lorsqu'elle définit le droit positif comme norme, c'est-à-dire comme un devoir-être, ceci s'opère aussi au regard de la conduite factuelle des hommes qui peut tantôt correspondre à cette norme, comme devoir-être positif, ou tantôt la transgresser. Il convient d'insister sur ce point, surtout à l'égard de ceux qui objectent à la théorie pure du droit que le droit ne serait nullement un devoir-être mais bien un être, une réalité. Soutenir que le droit décrit la réalité ne veut rien dire du tout. Car il faut encore préciser le type de réalité dont il s'agit puisqu'à l'évidence ce ne peut être la réalité naturelle. Il revient à la théorie pure du droit d'avoir clairement reconnu que le problème spécifique de la réalité juridique est le problème de la positivité du droit et de s'être efforcé de le résoudre. Elle reconnaît la positivité du droit dans le fait que les normes juridiques sont posées par des actes humains, suivant leur cours dans la réalité naturelle, mais habilités par des normes supérieures. En d'autres termes, les normes revêtent la signification de certains actes posés dans le monde réel et l'ordre juridique formé par les normes juridiques n'est valide que s'il est en gros et généralement appliqué et suivi, c'est-à-dire

s'il est efficace. L'efficacité ne coïncide pas pour autant avec la validité. De même, l'être naturel ne s'identifie pas au devoir-être juridique. La relation caractéristique entre l'être naturel de l'acte posant une norme et correspondant à une norme d'une part et le devoir-être des normes posées d'autre part constitue la réalité spécifique du droit ou, ce qui revient au même, la positivité du droit.

Les distinctions entre loi naturelle causale et proposition de droit entendue comme loi juridique normative d'une part et entre le principe de causalité et celui d'imputation d'autre part forment, pour la théorie pure du droit, le fondement méthodologique de la science du droit entendue comme science sociale normative. Cette séparation entre la science normative du droit et les sciences causales en général, et, en particulier, celles qui, comme la psychologie sociale et la sociologie, reposent sur le principe de causalité, constitue un des postulats essentiels qui promeut la pureté de la théorie du droit au rang de science. Elle ne doit pas rechercher la relation de cause à effet de la conduite réglée par l'ordre juridique mais, au contraire, analyser le lien établi par le mécanisme d'imputation fondé sur cet ordre juridique. Ce postulat entend éviter le syncrétisme d'une analyse qui regrouperait des éléments issus de la science des normes avec ceux des sciences causales et entend ne pas confondre la question de savoir comment les hommes doivent se conduire selon un ordre juridique positif avec la question de savoir comment, sous l'angle des lois causales, ils se comportent effectivement. Ceci ne signifie naturellement pas qu'une étude scientifico-causale du comportement humain, auquel le droit se réfère normativement, serait superflue ou dénuée de sens. Ce ne signifie pas non plus qu'à côté d'une science normative du droit, comprise comme connaissance des normes juridiques et des relations constituées par elles, il ne pourrait y avoir place pour une sociologie du droit, consacrée à l'analyse des relations de cause à effet propres à l'agir humain, qui crée et applique le droit, et à la conduite des sujets soumis au droit, qui le respectent ou le violent. En effet, on ne prétend nullement que la science du droit devrait définitivement ignorer toute relation causale. Car le droit lui-même peut se référer à une telle relation dans les faits qu'il érige comme condition ou conséquence. Il en va ainsi, par exemple, lorsque la conduite d'un homme, qualifiée d'assassinat, a, en tant que cause, entraîné la mort d'un autre homme. Dans ce cas, la science du droit doit aussi prendre en considération cette relation causale. Mais elle le fera de manière secondaire, pour autant qu'il s'agisse d'une partie constitutive du fait qui conditionne l'imputation d'une conséquence déterminée, la peine. De la même façon, le sociologue doit prendre en considération des normes mais uniquement dans la mesure où la représentation de celles-ci fonctionne, dans la conscience de l'homme agissant, comme cause ou effet de sa conduite et sans que, par là, le sociologue se trans-

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

forme en juriste ou le juriste en sociologue. Le postulat de pureté doit uniquement faire prendre conscience aux théoriciens du droit que leur méthode spécifique de connaissance est différente de celle des sciences sociales causales. Aussi, les tentatives si fréquentes qui entendent répondre « sociologiquement » à des questions juridiques soit reposent sur une illusion soit visent à induire en erreur.

Dans le cadre de ses recherches logiques, la théorie pure du droit établit – et c'est elle qui l'a établi en premier lieu – que le principe logique de non-contradiction trouve à s'appliquer aussi bien aux propositions de devoir-être (Sollsätze) qu'aux propositions d'être (Seinsätze) des sciences de la nature. Plus précisément, la question de ce qui constitue l'unité de la pluralité des normes juridiques, unité qu'on désigne comme système juridique ou ordre juridique, relève aussi des problèmes logiques de la théorie pure du droit. En réponse à cette question, la théorie pure du droit introduit l'idée de la norme fondamentale comme condition hypothétique de toute connaissance du droit. La norme fondamentale fonde la validité de toutes les normes appartenant à un même ordre juridique. Mais seule la validité des normes juridiques et non pas, comme on l'a parfois à tort supposé, le contenu de celles-ci, peut être déduite de cette norme fondamentale. Ce n'est que lorsqu'on la présuppose que nous pouvons interpréter des actes humains déterminés comme actes de droit, c'est-à-dire comme actes créant une norme juridique et que nous pouvons soutenir que le sens de ces actes est d'être des normes juridiques. La théorie pure du droit recherche la structure logique des ordres juridiques existants et parvient ainsi à la compréhension de la construction hiérarchisée (de la pyramide) de l'ordre juridique, compréhension qui, pour la connaissance de l'essence du droit, revêt une signification fondamentale. C'est elle qui, pour la première fois, entreprit une telle recherche. Enfin, la théorie pure du droit examine les rapports logiquement possibles entre deux ou plusieurs ordres juridiques, par exemple entre les ordres juridiques étatiques particuliers et entre ceux-ci et l'ordre du droit des gens. Sur cette base, elle parvient au postulat méthodologique de l'unité de la représentation juridique du monde. Cette unité est logico-systématique et son critère négatif est l'absence de contradiction. Elle n'est pas immédiatement donnée dans la réalité juridique mais relève bien de la connaissance du droit. Le droit positif, une loi ou un traité international peuvent contenir des normes qui se contredisent mutuellement. Une loi peut révéler une contradiction par rapport à la Constitution ou au droit des gens. Mais la connaissance du droit doit éliminer ces contradictions par le biais de l'interprétation et elle le fait toujours d'une manière ou d'une autre. Ainsi, c'est avant tout la connaissance scientifique qui permet au droit, comme à la nature, de devenir une totalité intelligible, c'est-à-dire dépourvue

de contradictions. Et tout comme le monde de la physique se différencie de la perception qu'en a le profane, de même le monde de la science du droit se distingue de l'image que le non-juriste possède immédiatement du droit positif.

On considère habituellement que les problèmes mentionnés jusqu'ici relèvent d'une logique du droit. Toutefois, l'apport de la théorie pure du droit ne se limite pas uniquement aux normes juridiques mais s'étend aussi aux normes d'un autre type, telles que les normes de la morale. La logique qui trouve à s'appliquer dans la science du droit n'est pas une logique spécifiquement « juridique ». Cette dernière n'existe pas et encore moins au sein de la sphère où l'on parle d'une logique juridique avec une singulière prédilection, à savoir la sphère de l'interprétation des normes juridiques positives. Ce qu'on désigne ainsi est, le plus souvent, la non-logique des paralogismes et les manœuvres logiques frauduleuses, telles que l'argument *a contrario*, la déduction de normes à partir d'une idée préconçue (la pseudo-logique de la jurisprudence des concepts) ou encore la déduction de normes à partir de la « nature des choses » (l'illusion de la doctrine du droit naturel). La logique que la théorie pure du droit a, pour ainsi dire, découverte la première, est une logique générale des normes. En d'autres termes, il s'agit d'une logique du devoir-être ou des propositions de devoir-être, de la logique propre à une connaissance des normes et non de la réalité naturelle. S'il est encore permis de parler d'une logique juridique ou d'une pensée juridique, ce n'est donc que si l'on entend par là viser les principes d'une logique générale des normes, principes qui s'appliquent aussi à la connaissance du droit.

Ceci me conduit à analyser la mécompréhension selon laquelle la théorie pure du droit ne serait qu'une logique, à savoir une logique du droit. La logique est une théorie de la connaissance. La théorie pure du droit est une doctrine du droit, une théorie qui n'est pas - ou pas seulement, ni avant tout - une théorie de la connaissance. Elle ne se préoccupe de problèmes logiques que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour la compréhension du droit, la détermination de son concept et la définition des concepts fondamentaux de toute connaissance du droit. Ces définitions dépendent aussi peu de la logique que les définitions d'un cercle ou d'un carré. Tout comme ces dernières sont déterminées par la géométrie, sans que celle-ci se confonde pour autant avec la logique, de la même manière les définitions des concepts juridiques sont fonction d'une théorie générale du droit sans que celle-ci relève de la logique. Par ailleurs, comme je l'ai dit précédemment, la logique développée par la théorie pure du droit n'est nullement une logique propre au droit mais, au contraire, une logique des normes entendue comme condition nécessaire d'une théorie adéquate du droit. De la même manière, des considérations logi-

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

ques précèdent la physique théorique sans que celle-ci devienne par là-même une logique.

A la méthode de la connaissance du droit - qui est un problème de théorie générale du droit - appartient aussi la question de l'interprétation des normes juridiques. Partant, la théorie pure du droit propose également une théorie de l'interprétation. A cet égard, elle souligne la différence qui existe entre l'interprétation inhérente à chaque application du droit, pratiquée par l'organe institutionnel habilité à l'appliquer, c'est-à-dire l'interprétation par l'autorité juridique, et l'interprétation opérée par la science du droit. La première a toujours un caractère authentique, c'est-à-dire obligatoire, à la différence de la seconde qui ne possède pas d'effet juridique et qui est pure connaissance. On peut donc affirmer de manière sensée qu'elle est juste (vraie) ou fausse. Mais dire que l'interprétation de l'autorité juridique serait vraie ou fausse est juridiquement dénué de sens. Car, quand bien même elle serait fausse du point de vue de la connaissance pure, elle n'en demeure pas moins du droit, c'est-à-dire une norme et, comme telle, elle n'est ni vraie ni fausse mais seulement valide ou non-valide. Dans ce dernier cas, elle n'est nullement une norme ; elle n'en a que l'apparence. L'interprétation de l'autorité juridique est interprétation d'une norme supérieure que ladite autorité doit appliquer dans la création d'une norme de degré inférieur. Que l'interprétation par l'autorité soit authentique, c'est-à-dire obligatoire, signifie que la norme qu'elle crée, en application d'une norme de degré supérieur, est elle-même obligatoire. Et celle-ci reste valide aussi longtemps qu'une procédure juridique ne l'a pas abrogée ou remplacée par une autre norme. Dire d'une norme valide ou même d'une décision passée en force de chose jugée qu'elle serait fausse a, juridiquement, aussi peu de sens que d'affirmer que la personne condamnée pour crime par un jugement définitif est innocente. Lorsqu'un acte valide de l'organe chargé d'appliquer le droit ne présente de la norme à appliquer aucune interprétation possible du point de vue de la science du droit, le théoricien ne peut que constater que, par cet acte, du droit nouveau a été créé, fût-ce même seulement pour le cas d'espèce. Il s'ensuit que ce qu'on nomme « interprétation » est quelque chose d'autre que l'interprétation intellectuelle (*die erkenntnismäßige Interpretation*) du contenu d'une norme juridique par le théoricien du droit ou celle, analogue, d'un passage de l'Écriture par un théologien. L'interprétation de l'autorité crée du droit tandis que l'interprétation du théoricien crée aussi peu de droit que le théologien crée, par la sienne, un passage de l'Écriture. En d'autres termes, l'autorité juridique peut modifier le droit par son interprétation ; mais l'interprétation scientifique modifie aussi peu le droit que le théologien, la Bible.

La théorie pure du droit ne fut pas la première à souligner le fait que les juridictions, sous prétexte d'interpréter le droit existant, c'est-à-dire d'en éclaircir le sens par le biais de la connaissance, créent très souvent du droit nouveau. Elle établit uniquement que l'interprétation mise en oeuvre dans l'application d'une norme supérieure par l'autorité juridique est toujours un acte créateur de droit et se distingue par là d'une pure fonction de connaissance.

Quant à l'interprétation des normes concrètes par la science du droit, la théorie pure du droit met en évidence l'ambiguïté presque toujours présente et plus ou moins importante du « matériel » à interpréter. Elle assigne à l'interprétation scientifique l'unique tâche de révéler les significations possibles d'une norme concrète et de laisser à l'organe chargé d'appliquer le droit le choix, déterminable uniquement en termes de considérations politiques, entre les différentes interprétations théoriquement possibles. Qu'une seule de celles-ci soit « juste » ne peut être soutenu du point de vue de la science du droit. Une telle affirmation contribue uniquement à maintenir l'illusion d'une sécurité juridique qui, en vérité, n'existe pas. Cela ne signifie naturellement pas qu'il faille refuser à l'interprète le soin de recommander à l'autorité une signification précise qui, par référence à une quelconque valeur, apparaît comme la meilleure. Mais il ne peut le faire – comme cela se passe trop souvent – au nom de la science, arguant de l'autorité de la science, c'est-à-dire de celle de la vérité. Car, par sa recommandation, le juriste-interprète tente d'influer sur la création du droit. Par là, il remplit une fonction de politique juridique et non de science juridique.

La séparation entre la science du droit, comprise comme connaissance du droit positif et uniquement guidée par la valeur de vérité, et la politique juridique, tendant à la formation d'un certain ordre social et soucieuse de réaliser d'autres valeurs, en particulier la justice, est le second postulat qui garantit la pureté d'une théorie du droit. Il faut avant tout écarter ici une incompréhension qui joue dans la critique de la théorie pure du droit un rôle aussi important que regrettable. La dépolitisation qu'exige la théorie pure du droit a trait à la science du droit et non à son objet, le droit. Le droit ne peut être isolé de la politique dès lors qu'il en est un instrument. Sa création aussi bien que son application sont politiques et cela implique des fonctions déterminées par des jugements de valeur. Mais la science du droit peut et doit être séparée de la politique s'il lui est permis, en définitive, de prétendre au statut de science. Cela signifie que la connaissance du droit positif, sa description, l'analyse de sa structure, la définition des concepts qui le conçoivent et son interprétation scientifique – éléments inhérents à l'essence de chaque science – doivent être strictement objectives et, partant, ne peuvent être influencées par

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

les jugements de valeur du théoricien du droit qui revêtent toujours un caractère subjectif et émotionnel. Plus encore que dans la séparation entre la connaissance normative de la science du droit et la connaissance causale des sciences de la nature, la pureté de la théorie repose sur la séparation de la science du droit et du politique. La théorie pure du droit reste cependant une pure théorie du droit et non pas une théorie du droit pur comme ses critiques le supposent parfois de façon erronée. Un droit pur signifierait seulement, si toutefois cela avait quelque sens, un droit correct c'est-à-dire juste. Mais la théorie pure du droit ne veut ni ne peut être une théorie du droit adéquat ou juste car elle ne se permet pas de répondre à la question de ce qui serait juste. En tant que science du droit positif, elle est - nous l'avons déjà souligné - une théorie du droit réel, du droit tel qu'il est effectivement créé par la coutume, la législation, la jurisprudence et tel qu'il se trouve, en fait, dans la réalité sociale. Elle n'examine donc pas la question de savoir si ce droit positif est, au regard des valeurs, c'est-à-dire d'un point de vue politique, bon ou mauvais, juste ou injuste. Par ailleurs, chaque droit positif peut être considéré juste d'un certain point de vue politique et, en même temps, d'un autre point de vue tout autant politique, être jugé injuste. Mais ce ne peut être le cas de la science du droit qui, comme toute science véritable, n'évalue pas son objet, ne le justifie ni ne le désapprouve de manière émotionnelle mais qui, au contraire, l'explique rationnellement.

La justice est, en son essence, une valeur absolue ; et l'absolu en général, comme les valeurs absolues en particulier, se situent au-delà de la connaissance scientifique et rationnelle. La théorie pure du droit est un positivisme juridique. Elle est même la théorie du positivisme juridique ; et le positivisme juridique marche main dans la main avec le relativisme. En d'autres termes, lorsqu'on pose la question de la valeur d'un droit positif, de sa justice, la seule réponse qui peut être avancée est qu'il est relatif ; c'est-à-dire qu'il n'est juste que sous la présupposition d'une certaine valeur supérieure et que, dès lors, il reste possible qu'au regard d'une autre valeur supérieure, il doive être considéré comme injuste. Mais l'adoption d'une valeur supérieure repose toujours sur un jugement de valeur subjectif et irrationnel. Chaque droit positif, un ordre de conduite humaine, peut-être considéré comme juste relatif. Cependant, cela signifie que le jugement selon lequel un ordre juridique serait relativement juste aboutit à la tautologie selon laquelle cet ordre serait du droit.

Sous ce rapport également, la théorie du droit comme science du droit positif s'oppose à la doctrine du droit naturel qui recherche l'essence du droit dans une justice transcendante. En faisant sortir le droit du brouillard métaphysique dans lequel la doctrine du droit naturel l'enveloppe comme quelque chose de propre à son origine ou à son idée de Dieu, la théorie pure du droit entend

concevoir le droit de manière totalement réaliste, comme une technique sociale spécifique. Elle réfute la prétention de la doctrine du droit naturel, qui entend répondre à la question de la justice, en indiquant les réponses contradictoires qui ont été apportées par les différentes doctrines du droit naturel et en montrant que cette question est aujourd'hui plus discutée que jamais. Si l'on recherche l'acquis effectif de la doctrine du droit naturel, il apparaît, comme la théorie pure du droit l'a précisément montré, qu'elle remplit, pour l'essentiel, une fonction idéologico-politique et non pas scientifique. Elle se préoccupe moins de connaître le droit valide que de le justifier, moins de l'expliquer que de le transfigurer et l'embellir, en faisant valoir que tel droit positif serait l'émanation harmonieuse d'un ordre naturel, divin ou raisonnable, c'est-à-dire absolument juste et équitable. A l'inverse, la doctrine révolutionnaire ou réformatrice du droit naturel, qui joue dans l'histoire de la science du droit un rôle relativement réduit, poursuit le but opposé : mettre en doute la validité du droit positif en affirmant qu'il contredit un quelconque ordre absolu qu'elle présuppose. Elle présente ainsi la réalité du droit sous un jour plus défavorable qu'il n'est en vérité.

Ces tendances idéologiques, dont les intentions et les effets politiques sont évidents, dominent encore toujours, et aujourd'hui plus que jamais, la science traditionnelle du droit. La théorie pure du droit s'est érigée contre celles-ci. Par une critique immanente de cette science du droit, elle montre les dangers importants qui reposent sur ce syncrétisme méthodologique qui consiste en ceci que la connaissance du droit positif est obscurément confondue avec l'effort de construire son objet selon telle ou telle valeur déterminée. Dans ce cas, cette construction correspond toujours à un intérêt subjectif, qui peut lui-même être celui d'un groupe plus ou moins important. Or il n'existe tout simplement aucun intérêt qui ne soit contredit par l'intérêt d'un autre. Le soi-disant intérêt général de tous est une fiction aisément décelable si tant est que l'on comprend par là autre chose qu'un compromis entre intérêts opposés. Mais si la science du droit ne se limite pas à connaître son objet dans sa réalité - c'est-à-dire à le concevoir conceptuellement, à analyser sa structure, à en éclaircir les connexions - mais qu'elle se permet aussi, comme science, de configurer son objet selon différents points de vue relatifs aux valeurs, elle reçoit alors de l'autorité de la science, c'est-à-dire de la connaissance objective, ce qui n'est en réalité que l'expression d'un intérêt subjectif. La science devient alors une pure idéologie et, par là, un instrument du politique.

Parmi les nombreuses doctrines proposées par la science du droit traditionnelle, doctrines que la théorie pure du droit a qualifié d'idéologies politiques, mentionnons seulement la théorie commune selon laquelle l'Etat et le droit seraient deux entités dis-

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

tinctes l'une de l'autre. Dans cette perspective, l'Etat, par essence, serait supérieur au droit qu'il crée ou garantit et, si tant est qu'il puisse être soumis au droit, à son droit, celui-ci, en tant que droit public ou droit des gens, ne constituerait pas en réalité du droit au sens strict, tel que le droit privé, mais ne serait qu'une espèce de morale juridiquement non contraignante. La théorie pure du droit montre au contraire que l'Etat, comme ordre réglant la conduite humaine, ne peut être qu'un ordre de contrainte et, par voie de conséquence, un ordre juridique. Elle montre aussi qu'il s'agit d'un ordre juridique relativement centralisé et que chaque Etat, dans ce sens le plus large, est donc un Etat de droit. Elle montre enfin que le terme « Etat de droit » signifie, dans le langage traditionnel, un ordre de contrainte relativement centralisé qui prévoit certaines garanties spécifiques pour assurer la légalité des actes d'application du droit et la liberté individuelle des sujets soumis au droit. Le concept d'Etat de droit est alors utilisé dans son sens spécifique, plus étroit. La théorie pure du droit montre aussi que l'affirmation selon laquelle l'Etat créerait ou garantirait le droit ne donne qu'une description imagée du fait que certaines personnes, définies par l'ordre juridique, engendrent, appliquent et sanctionnent des normes juridiques en leur qualité, confiée par l'ordre juridique, d'organe de la société constituée par celui-ci. Elle met aussi en évidence que les actes de l'Etat, en tant que personne de droit, ne peuvent être le fait que d'actes humains qui sont imputés à l'Etat, personne morale, c'est-à-dire personnification de l'ordre juridique ; que, dès lors, le dualisme de l'Etat et du droit ne repose sur aucune connaissance scientifique et que, en définitive, la fonction propre de ce dualisme ne consiste pas en la connaissance de la réalité sociale et, en particulier, juridique, mais véhicule au contraire une fonction politique. A savoir, celle de dégager le gouvernement, à tort identifié à l'Etat alors qu'il n'en est qu'un des organes de création et d'application du droit institué par l'ordre juridique pour ses besoins politiques, des contraintes de l'ordre juridique. Cette doctrine entend également justifier que les actes du gouvernement qui, selon la science du droit, ne peuvent être considérés comme une application du droit existant, restent néanmoins soustraits, en tant qu'actes « politiques », à une critique juridique car ils se situeraient en dehors de l'ordre juridique ; alors qu'il s'agit au contraire d'établir que ces actes créent légalement du droit nouveau. La théorie ici critiquée revient en effet à voiler le fait, incompatible avec le principe d'Etat de droit supposé valide, que le gouvernement, dans l'exercice de sa mission propre, peut créer du droit nouveau par le biais d'actes valides, sans nullité apparente ; et qu'une telle création est légale, c'est-à-dire effectuée sur la base d'une constitution valide, pour autant que celle-ci ne prévoit pas la possibilité d'anéantir ces actes sur la base de leur illégalité matérielle. Ce qui importe ici est la chose suivante : faire

comme si cette compétence, reconnue au gouvernement, de créer du droit nouveau contredisait le principe de légalité des actes matériels du gouvernement, principe de tout Etat de droit, afin de maintenir ainsi, pour des raisons politiques, l'apparence du caractère légal de l'ordre juridique valide (dans le sens strict du mot « Etat de droit », tel que mentionné plus haut). D'après cette conception, l'ordre selon lequel l'Etat peut et doit agir, et d'après lequel cet Etat (c'est-à-dire les hommes qui composent le gouvernement) agit effectivement, ne doit donc pas, ou pas nécessairement, être l'ordre juridique. Ceci conduit à l'adoption théoriquement insoutenable de deux ordres parallèles et indépendants l'un de l'autre, à un dualisme qui se reflète dans la locution « droit et ordre », comme si le droit n'était pas un ordre et comme si l'ordre, qu'on a sous les yeux, n'était pas du droit.

Que les juristes utilisent de telles méthodes idéologiques pour éviter le reproche d'illégalité et pour défendre une politique gouvernementale qu'ils trouvent justifiée est humainement compréhensible. Mais qu'il se trouve des hommes de science dont le courage douteux veut faire de cette nécessité une vertu et qui, démentant l'éthique professionnelle de toute science, renoncent à l'idéal d'une science objective, libérée des tendances politiques et défendent un droit de syncrétisme méthodologique en proclamant le lien indissoluble de la science du droit et de la politique, cela est inexcusable.

Cette aberration est sans doute un signe de notre époque. Dans une société secouée par la guerre et la révolution mondiales, la création d'idéologies utiles dépend plus que jamais des classes et groupes combattants, ces idéologies permettant à ceux qui sont au pouvoir, comme à ceux qui y aspirent, la défense la plus efficace de leurs intérêts. Ils prétendent présenter comme objectivement juste ce qui ne correspond en réalité qu'à leurs propres intérêts. Dans ce cas, la pseudo-science doit alors dissocier le droit de l'Etat. Elle procure précisément cette « objectivité » qu'une politique ne peut produire d'elle-même. Elle fournit ainsi – comme si elle pouvait encore ne pas nier sa nature par cette violation – une « objectivité » vraiment funeste. Et le théoricien bourgeois pourra alors déduire, de manière strictement « scientifique » s'entend et à partir de la nature des hommes ou du concept de société, l'absolue nécessité de la propriété privée et l'absolue justice de la démocratie tandis que son adversaire politique, sur la base d'un socialisme tout aussi « scientifique », pourra prouver la nécessité de la propriété collective et la justice de la dictature du prolétariat. Il reste toutefois étonnant que la totale insignifiance de cette prétendue science, qui ne vise à rien d'autre qu'à masquer une politique, n'ait pas été dévoilée alors que sa méthode même permet à un adversaire politique de prouver exactement le contraire. La théorie pure du droit n'entend pas participer à cette mascarade. Elle refuse ra-

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

dicalement d'admettre comme résultat de la connaissance scientifique et donc comme un caractère général et nécessaire de la forme sociétale ce qui n'est qu'une forme possible et particulière de l'Etat et du droit correspondant à des intérêts déterminés. Il n'est donc pas étonnant que cette théorie embarrasse une telle « science » du droit et de l'Etat. Et elle parvient à ce résultat parce qu'elle vise précisément à n'être qu'une science et non pas une politique. Mais comment réprime-t-on son insatisfaction née du fait que la théorie pure du droit ne permet pas de déterminer ce que serait l'Etat « vrai » ou le droit « juste » et qu'on ne peut y trouver aucune justification pour son idéal sociétal, c'est-à-dire pour une forme de l'ordre social correspondant à certains intérêts ? Comment exprime-t-on sa déception engendrée par le fait que la théorie pure du droit, non seulement ne fournit aucune idéologie qui puisse être utilisée par la gauche ou par la droite, mais qu'elle va jusqu'à combattre cette pseudo-science qui se met volontiers à la disposition de l'idéologie ? On l'exprime très simplement en qualifiant de formaliste la théorie pure.

Dans le débat intellectuel qui, dans le champ de la science du droit, est mené avec des armes fort variées, il n'existe sans doute pas d'argument aussi souvent utilisé et avec un aussi grand succès que le reproche de formalisme. C'est aussi le principal et, en définitive, le seul reproche qui est élevé à l'encontre de la théorie pure du droit bien qu'il le soit de différentes manières. Lorsqu'une critique interne ne l'atteint pas ou lors même qu'une telle critique n'est pas poursuivie, lorsqu'on est incapable de contester l'ensemble logique de son argumentation et de découvrir une quelconque erreur dans ses présupposés (sans la méconnaître grossièrement ou sans lui attribuer un élément qui lui est étranger), il semble alors suffisant de la qualifier de théorie formaliste pour la sacrifier sur l'autel des pensées irréfléchies. Et pourtant, aucun des nombreux slogans qui dominent les débats d'opinions des juristes n'a un sens aussi imprécis que celui de formalisme. Il repose sur l'opposition, déjà en et pour soi problématique, entre la forme et le contenu et présuppose, à titre d'axiome indubitable, qu'on puisse asseoir le contenu sur la forme mais non la forme sur le contenu. Toutefois, celui qui reconnaît la relativité de cette opposition, qui sait combien le même objet peut être interprété tantôt comme forme tantôt comme contenu, sera prudent dans l'utilisation du terme « formalisme ». Et ce, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un objet tel que le droit. On peut y distinguer forme et contenu, la forme du droit et le contenu du droit. Mais lorsqu'on envisage le droit en totalité, à savoir en rapport avec la science, il faut le concevoir comme forme, si tant est que droit et science ne doivent pas être directement identifiés. Ainsi, la question du formalisme juridique ne tend pas seulement, ou même très peu, à distinguer l'essence de la forme par rapport au contenu pour dé-

cider ensuite si la science du droit est ou non une discipline formelle. Au contraire, elle vise bien plus à préciser ce que signifie en définitive le jugement de valeur négatif qu'on associe au reproche de formalisme si volontiers adressé à la science du droit en général ou à une de ses tendances. Et il convient alors d'analyser préalablement si le jugement péjoratif de formalisme concerne la connaissance du droit, donc la théorie du droit, ou s'il est relatif à l'activité de création et d'application du droit, de sa formation et de son perfectionnement, donc à une pratique du droit.

Or, il est clair que le jugement négatif de formalisme a trait principalement à un type précis de pratique juridique. Ce sont avant tout les décisions juridictionnelles et les décisions des autorités administratives qui sont qualifiées de formelles lorsqu'on souhaite les critiquer. Cette infirmité existe en réalité là où le jugement juridictionnel ou la décision administrative, pourtant conformes à la norme générale appliquée, n'ont pas égard à certains intérêts qui, d'un quelconque point de vue, semblent dignes d'être pris en considération, et pourraient l'être par une interprétation « juste » de la norme appliquée. Le reproche concerne ainsi le choix effectué d'un point de vue politique entre les différentes interprétations possibles. Il a donc essentiellement un caractère politique. Mais ce reproche n'atteint en aucun cas une théorie du droit qui ne poursuit d'autre but que d'appréhender le droit existant tel qu'il est formé par la législation et l'exécution des lois et qui ne formule pas de jugement de valeur à l'égard du droit. Et il atteint encore moins une théorie de l'interprétation qui, comme celle de la théorie pure du droit, assigne à l'interprète scientifique l'unique tâche d'éclaircir les différentes interprétations possibles d'une norme juridique et qui, dès lors, n'exclut nullement une application non formaliste du droit, dans le sens défini plus haut. Cependant, comme théorie générale du droit, la théorie pure différencie forme et contenu au sein des phénomènes relevant du droit positif. Par ailleurs, elle opère une distinction entre les concepts relatifs à la forme du droit, inhérents à chaque ordre juridique, et les concepts relatifs à son contenu, issus d'une typologie construite à partir d'une comparaison des différents ordres juridiques historiques. L'affirmation rencontrée de temps à autre selon laquelle la théorie pure du droit tiendrait le contenu des normes juridiques pour irrelevant révèle une telle incompréhension qu'elle ne mérite pas d'être discutée. Par ailleurs, ceux qui ne sont pas tout à fait étrangers aux principes de la logique et de la méthodologie comprendront aisément qu'un système de concepts, tels que ceux qui sont déployés dans la théorie pure du droit, doit revêtir un caractère relativement formel. En effet, les concepts d'une théorie générale du droit doivent rendre accessible à la connaissance l'immense profusion du droit matériel positif. Personne ne peut lui reprocher ce formalisme. Car, en lui, réside ce qu'on

Hans Kelsen
*Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?*

considère comme vertu à l'encontre du « formalisme » généralement stigmatisé comme étant un vice, à savoir son objectivité (sa conformité aux faits). Dans sa *Logique de la connaissance pure*, Hermann Cohen, fondateur de l'école kantienne de Marbourg, écrit ceci : « Seul le formel est objectif. Plus formelle est une méthode, plus objective elle peut devenir. Et plus objectivement, dans toute sa profondeur, est formulé un problème, plus formellement doit-il être fondé ». Celui qui l'ignore ne sait pas ce qui importe dans la connaissance scientifique. L'effort de la théorie pure du droit, visant à saisir la matière qui lui est présentée dans un système de concepts les plus précis possible, et de la manière la plus détaillée possible, est l'effort de toute connaissance vis-à-vis de son objet. Vouloir pour autant discréditer la théorie pure du droit en la qualifiant de jurisprudence des concepts - ce qui arrive assez souvent - représente vraiment un malentendu regrettable. Qui, en effet, aurait l'idée de combattre une théorie physique en la qualifiant de « physique des concepts » ? La connaissance du droit ne peut qu'être une jurisprudence des concepts. Comment pourrait-on concevoir quelque chose sans concepts ? Autres choses sont, bien entendu, la création et l'application du droit. Elles ne visent pas à la conceptualisation mais doivent former des normes juridiques, ce qui est une fonction de la volonté et non pas de la connaissance. Elles doivent avant tout créer le matériau que la science du droit s'est efforcé de concevoir. Ce n'est que parce que, dans la science du droit traditionnelle, la connaissance du droit n'est pas distinguée de la création et de l'application du droit, et que, ici, la théorie du droit n'est pas séparée de la pratique du droit, qu'un tel abus - récuser le droit entendu comme jurisprudence des concepts - est possible. Ceci conduit à cette pratique hautement pernicieuse : déduire des normes juridiques de n'importe quel concept préposé à cette fin et non de ceux qui relèvent strictement du champ matériel empirique du droit. On obtient ainsi « scientifiquement », mais par fraude, n'importe quel contenu juridique à partir d'un concept de droit ou d'Etat, de propriété ou de souveraineté alors que ce contenu ne pourrait être créé que par les procédés juridiques de la coutume, de la législation, du contrat, de la jurisprudence, etc. Aucune autre théorie plus que la théorie pure du droit n'a du reste davantage pris position contre cette jurisprudence des concepts. Elle souligne en effet avec insistance que la science du droit ne pourrait être source du droit, que la déduction de normes juridiques à partir de concepts juridiques n'est que pur droit naturel et enfin qu'aucune parcelle de droit nouveau ne pourrait se déduire de la connaissance du droit positif, si celle-ci restait contenue dans ses propres limites. La théorie pure du droit a, la première, révélé les motifs totalement non-scientifiques qui conduisent la science du droit traditionnelle à résister de manière si désespérée à une pure séparation de la théorie et de la

pratique du droit, de la science et de la politique du droit. C'est du reste cette résistance qui a favorisé cette regrettable jurisprudence des concepts.

Là réside en effet essentiellement sa pureté, en ce qu'elle souhaite n'être qu'une science et non pas une politique. Et le politique, c'est-à-dire la réalisation de valeurs sociales qui se présentent sous le couvert du terme de justice, ne peut relever de ses préoccupations dès lors qu'elle prétend que la réponse à la question de la justice reste inaccessible à la connaissance scientifique.

Lorsqu'une science consciente de ses limites infranchissables n'entend pas résoudre des problèmes qui ne peuvent l'être par ses moyens spécifiques, lorsqu'une telle science est formaliste, alors, « être formaliste » signifie en fait être intègre et ne vouloir duper ni soi-même ni les autres. S'il en est ainsi, la théorie pure du droit, en tant que science, accepte bien volontiers le reproche de formalisme.

A dire vrai, la théorie traditionnelle du droit s'est depuis toujours efforcée d'invoquer l'autorité de la science pour trancher la question du droit juste. Mais ce ne sont pas en définitive les intérêts spécifiques des juristes qui poussent à une telle attitude. On a l'habitude de maintenir cette prétention grâce au slogan suivant, superficiel, et donc de peu d'effet : la science du droit devrait servir la « vie ». Il s'agit certainement d'une proposition incontestable. Mais l'on peut servir la vie en tentant de mettre à jour l'essence des choses et, de la sorte aussi, celle de l'Etat et du droit avec une intègre objectivité, c'est-à-dire par le biais de la science ; ou bien l'on peut servir la vie en réalisant des valeurs (par l'action et la volonté) et, en particulier, en créant et en exécutant le droit, c'est-à-dire par le biais de la politique. On reproche à la science de ne pas accomplir assez de choses en se limitant à servir la connaissance objective. Mais il faut avoir le courage de dire que l'exigence d'être « utile à la vie » signifie, en réalité, ceci : servir des intérêts qui, comme la connaissance le montre, ne sont rien d'autre que des intérêts subjectifs de groupes ou d'individus quand bien même on les présente faussement comme valeurs objectives. Ce n'est point la science, mais bien la politique qui donne l'assaut contre la théorie pure du droit par le reproche de formalisme. Et la théorie pure du droit ne peut réfuter cet argument ni à partir de la science, ni d'un point de vue scientifique. Elle ne pourrait affronter ce slogan que sous un angle politique. Néanmoins, elle ne craint nullement tout ceci car l'histoire de la pensée humaine montre que la science, et donc également la science du droit, se libère toujours de l'état de dépendance dans lequel la politique tente continuellement de la maintenir. En effet, la nature propre de la science la contraint d'être minimalement quelque chose d'autre qu'un moyen au service de la lutte pour le pouvoir. Lorsque la théorie pure du droit rejette, malgré toutes les résistances, l'idée de servir un

Hans Kelsen
Qu'est-ce que la théorie pure
du droit ?

quelconque pouvoir, elle le fait avec la conviction que dans la lutte incessante du pouvoir contre la pensée, celle-ci peut certes essayer momentanément des échecs qui la rendent captive du vainqueur provisoire. Mais comme l'histoire l'enseigne, la victoire du pouvoir contre la pensée n'est jamais définitive. Celle-ci organise une résistance d'autant plus forte qu'elle est fréquemment violée et ce, jusqu'à atteindre à nouveau ce qui seul correspond à sa propre nature, à savoir, la liberté.