

Remarques sur l'ambition de Kelsen

Ces remarques n'ont pas l'intention de se substituer à la contribution de Vincent, mais de traduire en un autre langage ce qui m'est apparu comme questions traitées.

3.1 La nature de son ambition. L'ambition de la **théorie pure** ne concerne que l'édifice juridique **positif à un instant donné**. Il vaudrait mieux dire, à mon avis, que l'ambition de Kelsen est purement **descriptive** : il entend permettre à la science du droit de décrire le droit positif sans aucun parti pris sur son contenu et les valeurs qu'il charrie, le cas échéant. Mais la description porte aussi sur la « dynamique du droit » : c'est d'ailleurs l'intitulé même du titre V de la « Théorie pure du droit », représenté en bleu dans le diagramme ci dessous.

- Il ne cherche pas à justifier l'édifice par une finalité quelconque qui résulterait d'une anthropologie spécifiée et de considérations sur les objectifs poursuivis par la société, issus des couches « donner à voir et donner à comprendre » de mon canevas.
- Il ne cherche pas à comprendre comment on en est arrivé là, à ce droit hic et nunc, ce qui résulterait d'une approche historique et sociologique issue des mêmes couches du canevas
- Il s'attache à ne pas inclure dans son propos les sphères éthique (ce que la morale dit qu'il faut faire) ou politique (ce que la volonté du pouvoir implique sur l'évolution des lois), **ce qui ne veut pas dire qu'il les nie**

Ce point doit être relativisé : Kelsen prend tout de même parti sur le terrain moral car il nie catégoriquement l'existence d'une morale absolue « d'un point de vue scientifique » (J'ai cité ce passage de la TPD dans mon exposé). C'est d'ailleurs dans ce prétendu « point de vue scientifique » que se situe à mon avis l'erreur : la science ne permet en rien de nier la transcendance, contrairement à ce qu'il semble affirmer.

En effet, la science humaine n'est d'aucun secours s'il s'agit d'appréhender ce qui est « d'une nature absolument supérieure et d'un autre ordre » (transcendance au sens métaphysique classique) : ses critères sont par définition des critères humains, et sont donc impuissants à reconnaître ce qui est ABSOLUMENT supérieur à l'homme. Supposons que Dieu existe (pour les besoins de la démonstration) : enfermons-le dans un laboratoire pendant un an avec les plus grandes sommités scientifiques de la planète : il leur sera impossible de reconnaître SCIENTIFIQUEMENT sa nature divine, transcendante, car celle-ci échappe par définition aux critères de la raison humaine, qui lui est ABSOLUMENT inférieure. Au mieux, les savants reconnaîtront qu'ils ne comprennent pas (scientifiquement en tous cas).

La prétendue neutralité scientifique de la théorie de Kelsen est donc, à mon avis, basée sur une erreur. Et cela porte peut-être gravement à conséquence. C'est une critique que je voulais développer à la fin de la seconde partie de mon exposé.

, mais qu'il les considère comme extérieures à son propos.

l'édifice juridique en lui-même : si la morale (ou la coutume) spécifie qu'il faut condamner à mort le meurtrier, ce n'est pas du juridique. Si le pouvoir politique, ou l'idéologie dominante, spécifie que certaines populations doivent être exterminées, ce n'est pas du juridique. Mais si, conformément à certaines procédures de fonctionnement de l'ordre juridique (p ex vote conforme d'un parlement, au sein d'une constitution qui n'interdit pas la mort comme peine possible etc...) les spécifications en question sont adoptées, alors celles-ci deviennent normes valides.

Il cherche à définir la forme que doit avoir l'édifice juridique en lui-même : si la morale (ou la coutume) spécifie qu'il faut condamner à mort le meurtrier, ce n'est pas du juridique. Si le pouvoir politique, ou l'idéologie dominante, spécifie que certaines populations doivent être exterminées, ce n'est pas du juridique. Mais si, conformément à certaines procédures de fonctionnement de l'ordre juridique (p ex vote conforme d'un parlement, au sein d'une constitution qui n'interdit pas la mort comme peine possible etc...) les spécifications en question sont adoptées, alors celles-ci deviennent normes valides.

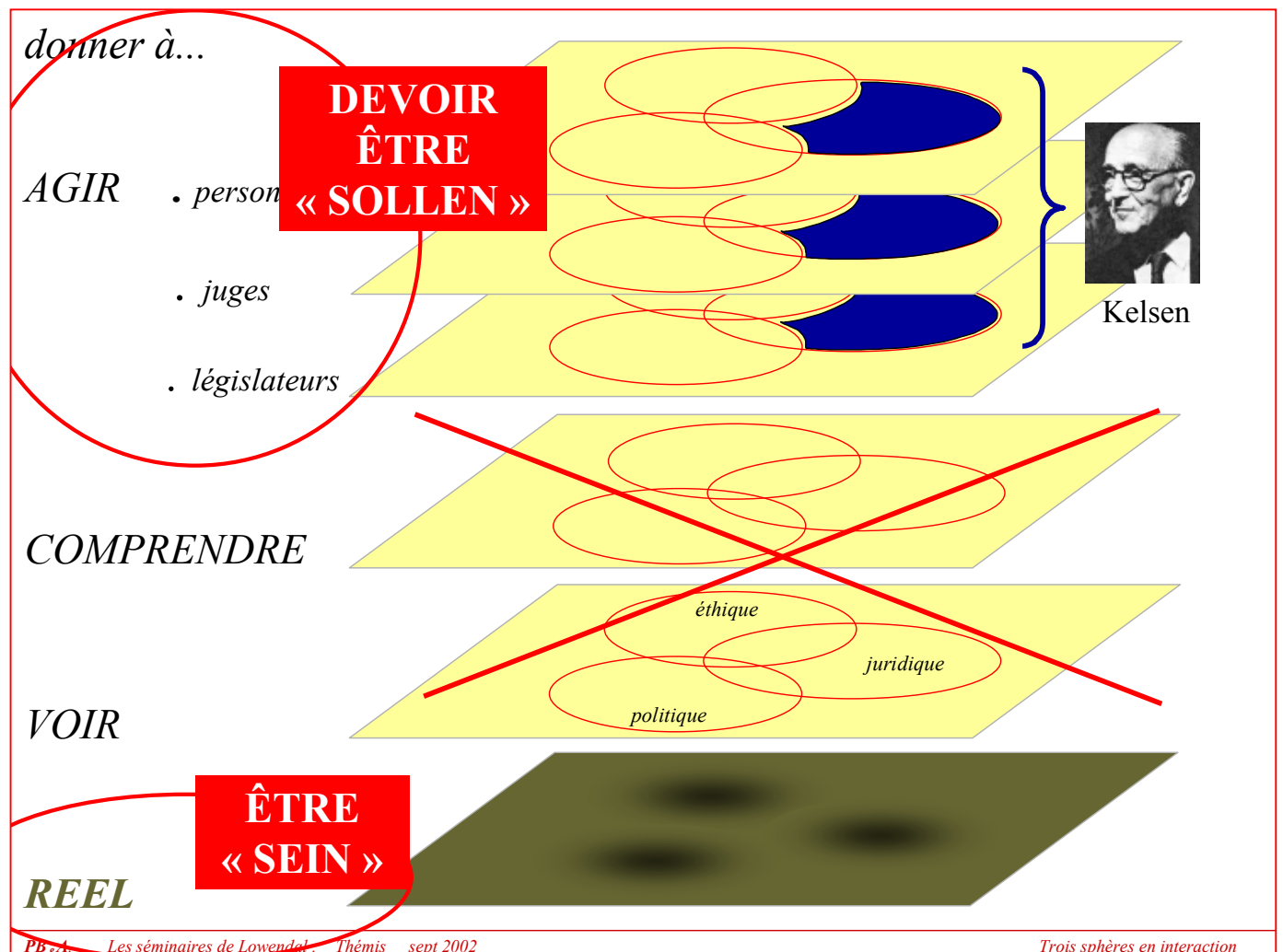
On pourrait dire que son ambition ne concerne ni les objectifs d'un droit cible, ni les causes d'un droit positif « as built », ni d'une manière générale ce que Ripert appelle les forces créatrices du Droit, mais les conditions formelles qui font que l'édifice juridique fonctionne. Une comparaison physique peut être tentée : un Einstein, qui ne s'intéresse pas à la nature d'une masse, d'une force, d'une distance, du temps, d'une accélération, mais qui cherche le type de logique et d'équations dont la cohérence interne permettra de fonctionner correctement, c'est à dire de manipuler diverses théories, newtoniennes pour certaines constellations qui se meuvent lentement, relativistes pour d'autres...

Je suis GROSSO MODO d'accord avec l'essentiel de ce qui a été dit jusqu'ici.

Mais il me semble utile de préciser les points suivants :

- La première **AMBITION** de Kelsen est la pureté de sa théorie. Il s'agit donc pour lui avant tout d'une démarche négative : il cherche à se débarrasser de ce qui nuit à cette pureté (et notamment des valeurs du droit naturel)
- Quant à au projet positif de mettre en évidence les seules conditions formelles de l'édifice juridique, je ne le vois pas apparaître très clairement dans la « Théorie pure du droit » qui reste son ouvrage fondamental. Cette limitation de Kelsen à l'étude des conditions formelles de l'édifice juridique découle plutôt de ce que, sa théorie purifiée des valeurs, il ne peut rien faire d'autre.

Concrètement : renonçant à la description des valeurs elles-mêmes (du contenu des normes), Kelsen n'a plus qu'un seul objet à décrire (il ne reste que cela) : la norme en tant que telle. C'est à partir d'elle qu'il va poser des conditions formelles.



- *Kelsen n'a peut-être pas atteint son objectif de pureté (comme certains le soutiennent). Si donc il subsiste des valeurs dans sa théorie et qu'elles s'appliquent à des conditions formelles de l'édifice juridique - en d'autres termes si la théorie kelsénienne est véritablement un « jus naturalisme formel » qui ne veut pas dire son nom, c'est que ces conditions ne sont pas réellement des conditions nécessaires, mais des conditions commandées par des valeurs.*

3.2 **Être et Devoir Être, libre arbitre, transcendantal et transcendance.**

Je reprends schématiquement et rapidement ce que j'ai essayé de montrer. En 2 points :

- **Devoir-être, libre-arbitre et transcendance : (Pb de la raison pure pratique)**

Ces 3 notions, dans la philosophie kantienne dont s'inspire initialement Kelsen, relèvent de la raison pure pratique, tournée vers l'action morale.

L'une ne va pas sans l'autre :

Le Sollen suppose le libre-arbitre CAR : si j'affirme que je dois faire quelque chose (mais non pas que cela est nécessaire- ce qui serait un problème de causalité, de nécessité pure ou de Sein), cela implique qu'il soit POSSIBLE de faire ce quelque chose ET qu'il soit aussi possible de ne pas le faire. J'ai donc un CHOIX réel, au sens fort du terme. Sinon : le Sollen se confond avec une nécessité, un Sein. Il perd sa spécificité.

Le libre-arbitre est, au sens classique, un choix NON CAUSE entre deux objets. Il échappe donc à la raison humaine qui ne fonctionne que par des analyses causales (au sens large) : il suppose la transcendance, quelque chose d'absolument supérieur à la raison humaine.

Quant à la transcendance, elle ne peut être appréhendée par la raison humaine, puisqu'elle lui est par définition ABSOLUMENT supérieure (voir supra, l'expérience de Dieu dans un laboratoire scientifique...)

Ces 3 notions constituent donc des postulats au sens fort du terme : la raison n'est d'aucun secours pour les confirmer ou les infirmer. Il faut les admettre ou les rejeter a priori, ou rester indifférent.

On comprend le problème de Kelsen : il admet le Sollen, mais pas la transcendance. Or, l'un ne va pas sans l'autre. Il faut donc qu'il revienne au transcendant d'une manière ou d'une autre.

- **Le transcendantal**

C'est la solution pour Kelsen.

Le transcendantal, c'est ce qui suppose logiquement la transcendance mais sans parti pris nécessaire en faveur du postulat : c'est une hypothèse au lieu d'être un postulat.

*GROSSO MODO : puisque Kelsen n'admet pas le postulat de la transcendance en tant que postulat, il en fait une simple HYPOTHESE de travail. Puisqu'il étudie le Sollen qui suppose la transcendance, il la **suppose pour les besoins de son étude**.*

*Et puisqu'il n'est pas même indifférent face au postulat, puisqu'il le **rejette** (je réserve le pb du point de vue scientifique de ce rejet) : il en déduit très logiquement dans la TGN qu'il s'agit d'une **illusion**.*

De même que l'on peut étudier la théologie sans croire en Dieu, Kelsen étudie le Sollen sans croire à la transcendance.

Ces questions ont été débattues de manière selon moi un peu confuse voir à la fin de l'exposé, et je soumetts aux observations de chacun la mise en ordre suivante, résumée dans la figure ci dessous :

3.2.1 La distinction entre Être et Devoir être est par construction incluse dans le canevas proposé dans l'exposé du 19 Septembre (séance 17), qui distingue la couche du réel et la couche du Droit (détriplée en « donner à agir » des personnes, des législateurs et des juges)

3.2.2 Tout édifice juridique ne prend son sens que si l'être dispose d'un certain libre arbitre

D'une certaine façon Kelsen se passe de cette idée puisqu'il **redéfinit le libre-arbitre en le vidant de son contenu**, comme j'ai tenté de le montrer. Pour lui le libre-arbitre se réduit, me semble-t-il, à la conséquence qu'on y attache dans l'ordre juridique : l'imputation (d'une responsabilité)

Kelsen est encombré par le libre-arbitre qui implique la transcendance, comme j'ai tenté de le montrer. Mais il ne peut pas s'en débarrasser car la RESPONSABILITE, concept juridique incontournable, ne se justifie que si l'on est libre. Le seul moyen qu'il trouve est de n'admettre QUE ce principe d'imputation de la responsabilité comme condition de l'étude du droit et d'en faire SA DEFINITION MEME du libre-arbitre.

3.2.3 Ceci implique, dans la couche du réel, l'existence d'enchaînements non causaux, assimilés par beaucoup à l'existence d'une transcendance que je nomme T1, condition de possibilité du dispositif : si le libre arbitre existe, alors il n'est pas absurde qu'un édifice mental comme l'édifice juridique (ou comme l'édifice moral) puisse avoir une influence sur les comportements humains. Ceci me semble un peu en dehors de la problématique kelsénienne.

3.2.4 Au niveau des couches spécifiques de comportement, celles du Sollen, peut se poser une autre question, qui semble d'essence Socratique ou Kantienne : pourquoi doit-on obéir ? C'est là une condition de nécessité, qui me paraît évoquer éventuellement une autre transcendance, que je nomme T2

3.2.5 Si maintenant, sortant des questions externes au propos central de Kelsen,

Le sollen EST LA question centrale du propos de Kelsen : il est connu comme le chef de file du NORMARIVISME juridique. Et pour lui, la norme, c'est le Sollen.

Schématiquement, je crois que les choses se passent ainsi :

Kelsen cherche à décrire le droit positif.

Il se débarrasse d'abord des « impuretés » de la théorie –et notamment des valeurs du droit naturel. Il se désintéresse du contenu des normes

Dès lors il ne peut plus observer et décrire qu'une chose : la norme elle-même, le Sollen en tant que tel. Tout part de là.

On se concentre sur l'édifice juridique pour qu'il fonctionne de manière intrinsèque et « pure », (normes, conditions de validité des normes, onctions formelles qui transforment une pression sociale, politique, morale, en norme, hiérarchie entre normes... etc) **Kelsen a l'ambition d'en trouver les formes, les conditions de correction formelle**

Encore une fois, je ne crois pas que cette ambition soit première chez Kelsen : la recherche des conditions formelles, c'est seulement la seule chose qui lui reste après s'être débarrassé des valeurs.

Et le termes de « conditions de **correction** formelle » me semblent ambigus : il ne s'agit pas de correction éthique, il est plutôt question de nécessité. La question est plutôt : quelles sont les conditions formelles nécessaires?

3.2.6 Cette correction formelle peut se lire de deux manières distinctes : soit il s'agit d'une forme raisonnée, (comme celle qui impose aux équations de Maxwell, qui régissent l'électromagnétisme, d'être invariantes à l'égard des transformations de Lorentz), forme accessible à un raisonnement logique, soit il s'agit d'une forme a priori, inéluctable, transcendantale, (Petitot dirait « implémentée »), mais que la raison peut découvrir.

Je ne comprends pas le premier terme de l'alternative. En tout état de cause, Kelsen s'appuie sur le second : l'hypothèse transcendantale.

3.2.7 Dans les deux cas, et quelle que soit la forme à laquelle on aboutit, si l'on découvre une sorte d'inéluclabilité dans cette forme, ce qui est exactement l'ambition de Kelsen, et sans quoi, son travail n'aurait pas d'intérêt, alors on peut parler de **jus naturalisme formel**

Je pense que c'est l'inverse : on ne peut parler de jus naturalisme formel que s'il ne s'agit pas d'une description objective de ce qui se passe nécessairement : s'il y a référence à ce qui devrait (sollen) se passer, à un devoir moral, à un idéal jus naturaliste (au sens large) qui par définition n'est pas nécessairement atteint (c'est un idéal !).

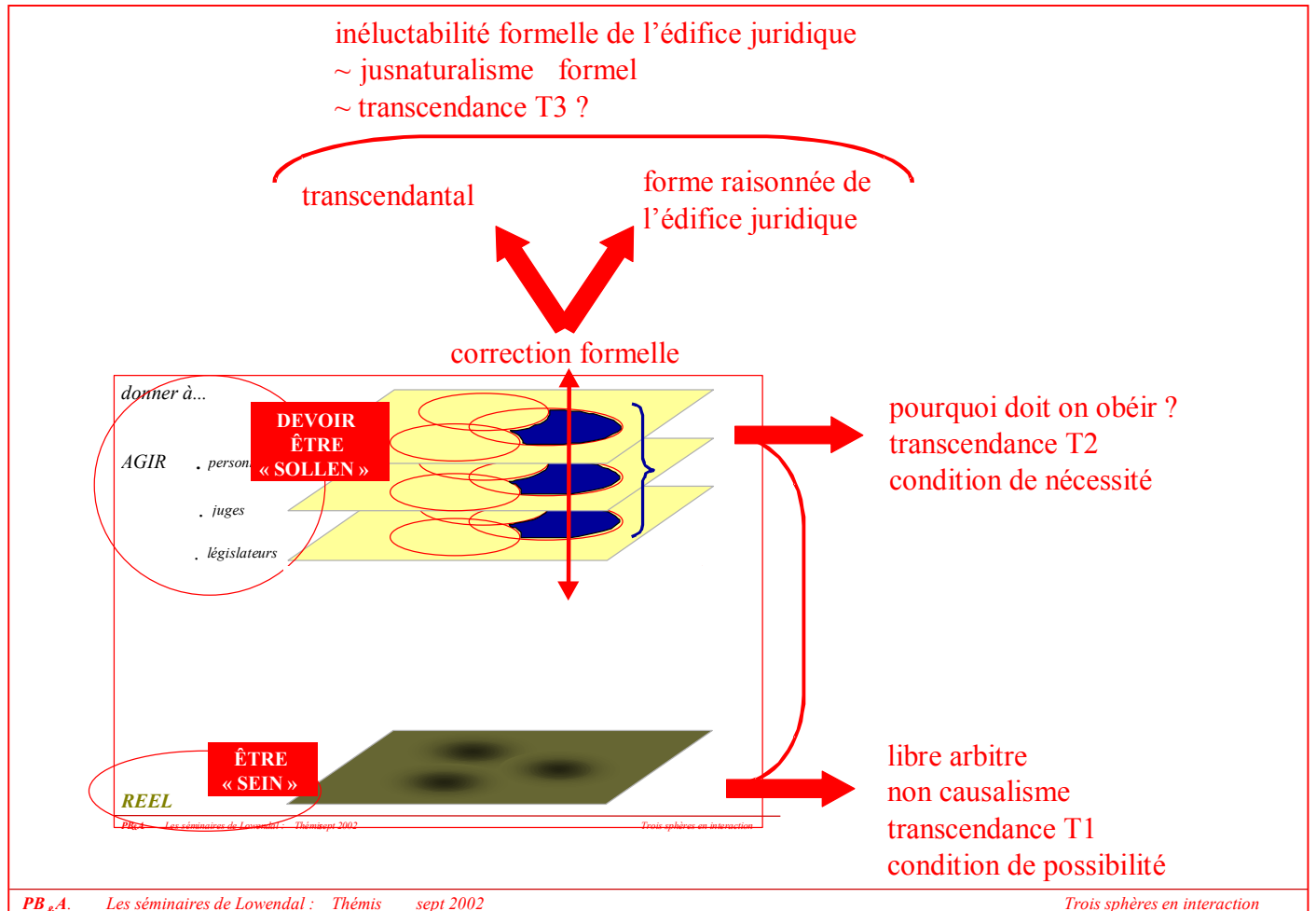
*Autrement dit, on ne peut parler de jus naturalisme formel que si Kelsen n'a pas atteint son but. Et les auteurs qui le font **CRITIQUENT** Kelsen.*

*: On avait voulu évacuer l'extérieur de l'édifice juridique, mais au bout de l'exercice un autre extérieur, s'impose, formel celui-ci, et « rentre par la fenêtre ». On peut le baptiser de naturel, voire de transcendant (T3 ?) **Transcendantal ?***

3.3 Remarques complémentaires.

3.3.1 Il me semble que l'ambition de trouver des conditions formelles de construction et de fonctionnement des normes juridiques *Peut-être faudrait-il aller chercher des éléments auprès d'Habermas ou de Perelman est en lui même un objectif intéressant*, que nous n'avons pratiquement pas abordé, et ce, **indépendamment de la question d'étudier les rapports de cet édifice avec la transcendance**, ou l'impureté éventuelle de sa théorie au final. C'est le problème que rencontre tout organisateur de société (une entreprise par exemple) quand il cherche à construire un corpus de procédures de fonctionnement, qui doivent être cohérentes, compatibles, non contradictoires, efficaces... et couvrir la majorité pratique des cas quotidiens. Et il mérite grand soin.

Reste que l'étude des notions de Sollen (et des concepts de transcendance ou de transcendantalité qui y sont liés) est indispensable à toute recherche épistémologique sérieuse : s'il faut absolument comparer les juristes à des chefs d'entreprise, l'objet de leur gestion, ce sont des normes ! Elles ont sans doute quelque chose à voir avec la raison pratique et le devoir. On ne peut pas réduire la justice à un impératif d'efficacité : pour le coup, le droit nazi était très efficace ! Si vous voulez donner là dedans, allez chercher chez Schmitt : il est le théoricien de la remarquable



efficacité nazie ! Mais notez que même là, vous allez avoir du mal à vous passer de ces concepts, car Schmitt semblait bien admettre la transcendance.

*Au demeurant, il peut y avoir des **enjeux très pratiques** à étudier la notion de transcendance. Par exemple : reconnaître le fondement des normes dans une hypothèse transcendantale peut conduire à justifier la procédure dialectique (et non de simples raisonnements déductifs) comme fondement de la légitimité des normes (même si ce n'est pas ce que dit Kelsen). La jurisprudence de la CEDH sur le procès équitable pourrait presque illustrer une telle démarche.*

3.3.2 *On peut sans doute trouver dans la théorie de Kelsen **des difficultés aussi grandes et fort utiles à traiter**, concernant précisément le rapport de toutes les normes entre elles, les modes de déduction et de fonctionnement, le syllogisme juridique... Ce pourrait être l'objet de considérations ultérieures, qui donneraient à chacun l'occasion de mieux saisir la complexité de la question centrale, et la structure de cette fameuse pyramide.*

3.3.3 *La concentration des efforts sur **la fameuse norme fondamentale** évoque l'illusion profane du rôle « unique » et essentiel en architecture de la clef de voûte : elle n'a rien d'essentiel, elle ne joue de rôle particulier que parce que, dans le processus constructif d'une voûte par empilage de pierres taillées sur un cintre, elle est souvent la dernière posée. Mais essayez d'oublier sa voisine de gauche par exemple, et vous verrez que la voisine est tout aussi essentielle que la clef de voûte. La polarisation des discours sur la norme fondamentale ultime me paraît un peu relever de ce genre d'illusion. C'est l'édifice dans son entier, et sa cohérence qui me semble primer.*

Je ne suis pas d'accord du tout : la question de la norme fondamentale chez Kelsen est essentielle. C'est en effet à cet endroit de la théorie kelsénienne que se situe la question de la nature de TOUTES les normes juridiques puisqu'elles reposent TOUTES sur cette norme fondamentale. Or Kelsen a raison de constater que le problème de la norme est fondamental dans le droit : il semble n'être fait que de normes.

Pour reprendre votre métaphore : il n'y a rien d'anodin à se demander en quel matériau sont constituées les pierres qui constituent la voûte !

On ne peut pas se débarrasser à si bon compte du problème fondamental de la nature des normes juridiques et du devoir-être !

3.3.4 *Dire qu'une faiblesse possible de l'édifice Kelsenien serait qu'il peut justifier aussi bien **le droit nazi**, me paraît résulter d'une confusion sur les objectifs de la théorie.*

La question de comparer les droits entre eux, de chercher si certains valent mieux que d'autres, si certains sont à rejeter, est une question fondamentale, que Saint Augustin, Saint Thomas, et mille autres, se posent. Mais il me semble que si l'on ne se pose pas la question de la hiérarchie des droits, on ne peut évidemment pas y répondre, et qu'il n'est pas raisonnable de critiquer Kelsen de ne pas atteindre un objectif qu'il n'avait pas.

Là en revanche, je suis d'accord et je crois l'avoir dit. Toutefois il faut peut-être faire une différence entre ce que Kelsen a voulu faire et ce qu'il a réellement fait.

Peut être est ce réduire l'ambition de Kelsen de la rapporter aux seules conditions formelles de fonctionnement de tout édifice juridique ? Mais a-t-il écrit quelque part qu'il considérait que les édifices juridiques étaient indépendants des forces politiques, des idéologies, des religions ? A ma connaissance (faible il est vrai) il n'a jamais dit cela. Il a seulement construit les conditions qui permettent de transmuter ces diverses forces en normes juridiques cohérentes et organisées. Une loi injuste, selon lui, est une loi qui n'est pas conforme à un certain idéal de justice, et il y a manifestement selon chaque idéal de justice des lois injustes. Mais les finalités de la société sont multiples, partagées, et Kelsen ne se met pas à la place du démiurge ou du super planificateur social

3.3.5 *Un autre point de vue encore serait que Kelsen a travaillé sur la **dynamique d'évolution** du droit. Personne n'est Adam. Nous arrivons après une histoire démesurément complexe. Au stade où nous sommes, en plein milieu d'un gué, le droit est ce qu'il est. Et Kelsen le considère « positivement ». Une perspective intéressante est de travailler sur ce qui permet, dans la quotidienneté de son évolution, de le faire évoluer vers plus de rigueur, de cohérence, d'efficacité... Quant à ce qui doit le faire évoluer en substance vers plus de justice par exemple, c'est le travail des philosophes, des sociologues, des poètes, des prêtres... à chacun son boulot, et sans doute vaut-il mieux pour l'humanité de multiples dieux qu'un seul.*

➤ *Il n'est pas possible d'aborder Kelsen de façon sérieuse sans parler du Sollen (encore une fois il est connu comme le chef de file du normativisme et pour lui, la norme, c'est le Sollen.)*

Se pose dès lors inéluctablement le problème de la raison pratique, du lien entre Sollen, libre-arbitre et transcendance. Or il s'agit de notions difficiles, méconnues des non-philosophes, ce qui suscite déjà d'importantes difficultés

*Mais surtout, il y a là un **nœud gordien** : on ne peut toucher à l'une ou l'autre notion sans toucher aux autres. Kelsen en avait bien conscience et c'est pourquoi il a pris la peine de donner une définition, assez étonnante du libre-arbitre : il fallait rendre compatible son rejet de la transcendance et son étude du Sollen.*

*Mais présenter une critique de cet ordre de notions déjà difficiles en elles-mêmes relève de la gageure. Pour bien faire, il faudrait se défendre sur tous les fronts en même temps puisque toutes les notions sont liées. Dès lors, **le sujet se prête très mal à un exposé taxinomique dans lequel chaque sous-partie épuiserait les contestations possibles.***

➤ *Kelsen passe pour le plus grand juriste du siècle dernier. Il serait dommage de passer à côté.*

*A l'instar de Hegel, il propose un **SYSTEME** – et un système fascinant qui a séduit de beaucoup de monde. Comme Hegel, **il ne se satisfait pas des définitions habituelles de nombreux concepts. Il les redéfinit** jusqu'à les transformer parfois complètement (exemple du libre-arbitre).*

***Dès lors il me semble vain de vouloir contester chaque notion avant le mot fin** et de vouloir à tout prix faire rentrer telle ou telle notion dans nos catégories préconçues. **On ne comprend Kelsen qu'en rentrant dans le jeu et on ne peut juger qu'après l'avoir fait, CAD qu'en appréciant la cohérence globale de ce système** (et surtout pas en se débarrassant de ses fondements !).*

Dès lors, à moins de passer à côté, il faut se frotter à la cohérence des notions, telles que k'auteur les définit. Sauf à admettre ou à réfuter le système sans même en avoir compris l'intérêt. J'ai comparé Hegel et Kelsen : l'un comme l'autre sont exposés à une réfutation -ou à une admission simpliste et réductrice- par ceux qui n'ont pas fait l'effort de rentrer dans les systèmes qu'ils proposent. Ceux qui l'on fait, manifestent en général une certaine admiration pour ces auteurs. Il n'est peut-être pas vain de citer Alain qui disait à peu près : « J'ai beaucoup ri de ceux qui prétendaient réfuter Hegel en 3 ou même en 10 leçons ». Gardons-nous d'un ridicule analogue à l'endroit de Kelsen.
