

## PROFIL DE LA CONFIGURATION CONCEPTUELLE DU POSITIVISME KELSENIEN

DOMINIQUE MANAI  
Suiza

Dans les sillages du scientisme du XIX<sup>ème</sup> siècle, le positivisme des sciences humaines croit naïvement en la transparence du sujet qui, par la scientificité de sa méthode, entend restituer la vérité de l'objet examiné et dégager, à partir d'une observation minutieuse, l'intelligibilité de son objet d'investigation. Ne croyant pas moins en la transparence on l'innocence du sujet, le positivisme juridique revêtira, cependant, une formulation spécifique. Il ne s'agit pas comme en sociologie, en ethnologie ou en histoire de brosser une taxinomie rigoureuse des faits, mais une taxinomie des normes juridiques, assimilant celles-ci à des en-soi, des donnés, des allant de soi.

Cette spécificité du positivisme juridique a engendré de multiples interprétations quant à la nature de ce positivisme juridique. Fr. GENY considère qu'il convient d'opposer le positivisme juridique au positivisme philosophique: "il importe de ne pas confondre le positivisme juridique, consistant à n'admettre de droit que sous la forme positive, avec le positivisme philosophique..."<sup>1</sup> M. WALINE, quant à lui, relativise cette opposition en soulignant néanmoins la distinction qui sépare le positivisme juridique des autres positivismes. Il écrit: "positivisme philosophique, juridique et sociologique sont trois attitudes d'esprit bien distinctes".<sup>2</sup>

Toutefois, le positivisme qu'il soit philosophique, sociologique ou juridique est une attitude d'un certain esprit scientifique une méthode qui est similaire quel que soit l'objet sur lequel porte l'investigation. En effet, comme l'écrit J. HABERMAS, le positivisme se caractérise par "l'idée naïve selon laquelle la connaissance est la description de la réalité. A cela correspond la théorie de la copie de la vérité ("Abbildtheorie") selon laquelle la corrélation réversiblement univoque

<sup>1</sup> François Geny, *La notion de droit en France*, *APD*, 1931, no. 1-2, p. 20, note.

<sup>2</sup> Marcel Waline, *Positivisme philosophique, juridique et sociologique Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 534.

d'énoncés et d'états de choses être comprise comme une isomorphie", aboutissant, ainsi, à un "objectivisme, qui done aux sciences l'illusion d'un en-soi de faits structurés selon des lois, masquant ainsi la constitution préalable de ces faits".<sup>3</sup>

La grande figure qui fixe le cadre du positivisme juridique est celle de l'Autrichien KELSEN. Celui-ci théorise, rationalise et sémantise les différentes pratiques des juristes. Toutefois, cette normologie kelsenienne ne rationalise pas seulement le formalisme juridique, mais elle génère aussi son antidote: le sociologisme juridique. Celui-ci, contestant la substantification des normes, lui substitue mécaniquement la substantification du fait social, comme si le fait social n'était pas, lui aussi, un effet de découpage. Tandis que le premier explique le fait par la norme, le second explique la norme par le fait. Il s'agit, au plan épistémologique, de la même opération qui fonctionne de la même manière, tout en inversant les déterminations: ce qui était en amont devient en aval, et vice versa. On le voit, la contestation du positivisme normologique ne le dépasse pas: elle le reproduit en creux, en pointillé, sur d'autres registres mais sans rompre ni avec son esprit ni avec sa démarche.

De sorte que si le droit demeure non perçu comme une production juridique, obéissant à des règles sociales spécifiques qui organisent l'obéissance et la soumission, émanant d'un lieu social particulier d'où se fabriquent "l'amour du censuer" et le désir de la loi, produisant des effets sociaux déterminés (normalisation des comportements, réglementation des conflits, reproduction sociale), c'est que les horizons de la conscience juridique restent limités par le positivisme juridique dont le grand architecte est KELSEN.

Quelle est donc la configuration conceptuelle de ce positivisme kelsenien qui rationalise la technologie des pratiques juridiques (un "logos" rationnel et systématique sur la technique juridique)?

### 1. *Théorie pure du droit: idéologie pure et/ou science-fiction?*

Transposant les principes et la démarche de la philosophie positiviste sur le plan juridique, KELSEN entend réagir contre ce qu'il appelle les "spéculations métaphysiques du iusnaturalisme" pour débarrasser le droit de toute idéologie et d'en faire un objet scientifique en l'appréhendant comme un matériau objectif que le juriste dégage de ses dimensions morales, politiques, sociales, pour l'isoler

<sup>3</sup> Jürgen Habermas, *Connaissance et intérêt*, Patis, Gallimard, 1976, pp. 103-104.

et analyser sa “nature” juridique. La théorie pure du droit entend examiner et révéler la “structure” et l’ “essence” du droit. Tournant le dos aux valeurs, faisant table rase de l’idéologie, la théorie pure du droit se propose d’être une science du droit. KELSEN écrit: “Ces tendances idéologiques dont les intentions ou les répercussions politiques sont évidentes dominant aujourd’hui encore la science du droit, même après l’élimination apparente de la doctrine du droit naturel. La théorie pure du droit est dirigée contre elles. Elle veut exposer le droit tel qu’il est, sans le justifier comme conforme à la justice ou le disqualifier comme injuste; elle recherche le droit réel et possible, non le droit bon. Elle est, en ce sens, une théorie radicalement réaliste. Elle se refuse, à apprécier, à juger le droit positif. En tant que science, elle ne se considère comme tenue à rien d’autre qu’à saisir le droit positif dans son essence et à le comprendre en analysant sa structure. Elle se refuse en particulier à servir des intérêts politiques quelconques, en leur fournissant les idéologies nécessaires pour justifier ou disqualifier l’ordre social existant. . . .C’est précisément par cette tendance anti-idéologique que la théorie pure du droit se manifeste comme véritable science du droit”.<sup>4</sup>

Une science qui se borne à observer le droit tel qu’il est et non tel qu’il devrait être; bref, une théorie qui décrit la réalité du droit en guise de connaissance juridique. KELSEN spécifie: la théorie pure du droit “veut uniquement et exclusivement connaître son objet. Elle se propose de répondre à la question: qu’est-ce que le droit et quel est-il? Elle ne se demande pas comment il doit être ou être fait. Elle est science du droit et non politique juridique. . . .Elle entend parvenir à un système de connaissance qui ait pur objet le droit seul dont soit exclu tout ce qui est -étranger au droit proprement dit. Elle veut, en d’autres termes, libérer la science du droit de tous les éléments étrangers à son objet”.<sup>5</sup> On le voit, KELSEN est explicite: pour que la théorie pure du droit accède au statut de scientificité, il importe de compartimenter le savoir, d’ériger des frontières pour l’isoler des autres objets du savoir —qui relèveraient d’autres sciences, autonomisant ainsi le droit pour en faire l’objet d’une science.

De même que la théorie de la mort des idéologies constitue de nos jours une nouvelle idéologie, la théorie pure du droit qui entend débarrasser le droit de toute idéologie, constitue une idéologie de la pureté ou une idéologie pure du droit. Cela ne remet aucunement en cause la rigueur formelle irréfutable du projet kelsenien. Car si,

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit*, *Revue de métaphysique et de morale*, 1934, pp. 190-191.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 183.

comme l'écrit HORKHEIMER, "la théorie est un ensemble de propositions concernant un domaine déterminé, et dont la cohérence est assurée par le fait que de quelques unes sont déduites logiquement toutes les autres",<sup>6</sup> l'oeuvre de KELSEN constitue bel et bien une théorie du droit. Toutefois, nous rejoignons HORKHEIMER quand il objecte que "dans la mesure où le concept de théorie est posé comme un absolu, comme s'il était fondé dans une essence propre de la connaissance ou de quelque autre façon dehors de l'histoire, il se mue en une catégorie idéologique réifiée".<sup>7</sup> Or, la théorie kelsenienne entend situer le droit non seulement hors de l'histoire, mais au-delà de toute idéologie, de toute politique, de toute morale. Il s'agit donc non seulement d'une "catégorie idéologique réifiée" mais d'une idéologie de la pureté du droit ou de ce que nous pourrions appeler une idéologie pure du droit.

Cependant, idéologie et démarche scientifique ne sont pas aussi antinomiques que le croit KELSEN. L'idéologie étant une représentation systématique et cohérente du réel mais d'un réel tronqué<sup>8</sup> où une partie du réel est prise pour le tout, où un élément se substitue à la totalité, elle peut épouser la démarche scientifique non pour comprendre et expliquer le réel, mais pour rationaliser une certaine représentation du réel en voilant et en occultant ce qui sous-tend précisément cette représentation.<sup>9</sup> Or le droit étant une représentation cohérente, codée et systématique du réel, la science du droit ne peut être qu'une mise en relation de cette représentation avec ce qui l'anime et ce qui la détermine (économique, morale, politique, agents sociaux, etc.).

C'est à ce titre-là que, déréalisant le droit pour ne voir en lui qu'une

<sup>6</sup> Max Horkheimer, *Théorie traditionnelle et théorie critique*, traduit de l'allemand par Claude Maillard et Sibylle Muller, Paris, Gallimard, 1974, p. 15.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>8</sup> Et Kelsen ne contredirait pas cette lecture de sa théorie pure du droit puisqu'il écrit: "la science en tant que connaissance a une tendance immanente à révéler son objet dans sa réalité. Or l'idéologie dissimule la réalité: elle l'embellit en vue de la conserver, de la défendre, ou la déforme. . ." (H. Kelsen, *La méthode et la notion fondamentale. . .*, *op. cit.*, p. 191).

<sup>9</sup> Sans que l'idéologie ne soit réductible, comme l'écrit Kelsen, à la volonté réfléchie et délibérée d'un groupe: "Toute idéologie a sa racine dans la volonté, dans les désirs, non dans la connaissance; toute idéologie prend sa source dans certains intérêts, ou plus exactement, dans des intérêts autres que l'intérêt de la vérité; intérêts qui peuvent d'ailleurs avoir une valeur et une noblesse incontestables. Mais toujours la connaissance finira par déchirer les voiles dont la volonté enveloppe les choses" (H. Kelsen, *La méthode et la notion fondamentale. . .*, *op. cit.*, p. 191). Il n'y a pas, comme le croit Kelsen, d'antinomie entre connaissance et intérêt. L'idéologie étant une interprétation spécifique et cohérente du réel, elle produit une certaine forme de connaissance qui, tout en occultant certaines dimensions du réel, permet la rationalisation des pratiques sociales qu'elle légitime et sémantise.

représentation formelle et systématique du réel, déracinant le droit de son substrat économique-social et de ses stratégies de pouvoir dans lesquelles il est nécessairement inséré, la science juridique de KELSEN n'est qu'une science-fiction. Science, par la rigueur de sa démarche; fiction, car elle substitue une certaine représentation du réel au réel lui-même, réduisant le droit à sa forme juridique.

## 2. Du monisme comme cadre philosophique

Il n'est pas surprenant dès lors que cette idéologie pure du droit ou cette science-fiction du droit explique le droit par le droit, évacuant toutes déterminations méta-juridiques et gommant tout instituant méta-juridique.<sup>10</sup> En effet, pour croire et faire-croire en un droit s'auto-validant, une espèce de champ clos animé par une logique endogène spécifique ne reconnaissant au droit aucun au-delà, KELSEN ne peut recourir qu'au monisme philosophique qui va conférer à la théorie pure du droit sa rationalité, théorie qui permettra, à son tour, de conforter la pratique du positivisme juridique qui entend enterrer et taire tout au-delà philosophique à sa pratique. KELSEN est, à ce propos, explicite: "Le positivisme juridique se refuse à répondre à la question de la justification de la validité du droit positif par référence à un ordre normatif autre, qui serait différent du droit positif et supérieur à lui. Il ne reconnaît qu'un droit, le droit positif; il a, en opposition avec le caractère dualiste de la doctrine du droit naturel, un caractère moniste".<sup>11</sup>

Ce caractère moniste permettra à la théorie pure du droit de présenter le système juridique comme une totalité formelle se suffisant à elle-même et comportant une unité intérieure qui ignore souverainement toutes contradictions. C'est ce qu' AMSELEK appellera avec beaucoup de justesse la "tentation logiciste" de KELSEN.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Nous empruntons le concept d'instituant méta-juridique à Alain TOURAINE qui parle dans la production du fait social de l'instituant métasocial, in *Production de la société*, Paris, Seuil, 1973.

<sup>11</sup> Hans Kelsen, *Positivisme juridique et doctrine du droit naturel*, in *Mélanges J. Dabin*, Bruxelles, ed. Goemaere imprimeur du roi, 1963, p. 142.

<sup>12</sup> Amselek écrit: "il s'agit là d'une tentation sournoise, à laquelle les philosophes du droit succombent facilement, qui pousse le théoricien à adopter vis-à-vis des normes juridiques posées par les pouvoirs publics, . . . l'attitude du logicien face à de contôler, justiciables du tribunal de la raison, susceptibles d'être validés ou invalidés." (Paul Amselek, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, *Revue du droit public et de la science politique*, janv.-féb., 1978, p. 6).

### 3. *Les mathématiques: un modèle pour une science juridique*

Voulant construire ce qu'il appelle une "géométrie des sciences juridiques", KELSEN prend les sciences dites exactes, et en particulier les mathématiques, comme idéal méthodologique pour élaborer sa science du droit. C'est ainsi qu'il décidera d'établir à l'origine de sa pyramide des normes juridiques, la "Grundnorm" (norme fondamentale). Celle-ci, telle un axiome,<sup>13</sup> n'est pas une norme positive, mais une "hypothèse logique" d'où tout le système juridique positif tire sa validité.

Nous voyons encore une fois la théorie pure se révéler comme une science-fiction, car si elle accepte "l'esprit scientifique" dans sa démarche, la pierre angulaire de la théorie pure est une fiction, une norme hypothétique.

Ce logicisme kelsenien, que J. LENOBLE et Fr. OST qualifient d'"impérialisme logicien".<sup>14</sup> amène KELSEN à réduire l'univers juridique à un ensemble de normes. Celles-ci, comme dans les sciences exactes, se caractérisent par leur structure bipartite (hypothèse-conséquence). La seule spécificité de la norme juridique résiderait toutefois dans le fait que la relation entre l'hypothèse juridique et la conséquence qu'elle implique est posée par l'homme. Le droit, monde du "sollen", est en effet régi par un principe d'imputation, que KELSEN schématise ainsi: si A est, B doit être; alors que les sciences exactes, monde du "sein", sont régies par un principe de causalité: si A est, B est (ou sera).<sup>15</sup>

### 4. *L'opération juridique: un effet de pure logique formelle*

Détachant le droit de tout ce qui le détermine et l'enveloppe, l'opération juridique n'est pas perçue par KELSEN comme une production du droit; une production qui obéit à des règles sociales précises, qui émane d'un lieu institutionnel spécifique dont les contours et les agents varient dans le temps et dans l'espace; une production qui fabrique du faire-croire et qui permet une régulation des conflits sociaux en même qu'une reproduction de la société. L'opération juridique est, selon KELSEN, une opération de logique pure: l'explication juridique est scientifique dans la mesure où elle emprun-

<sup>13</sup> Un axiome est un postulat qui délimite le cadre catégoriel, l'espace épistémologique à l'intérieur duquel seront déduites différentes propositions.

<sup>14</sup> Jacques Lenoble et François OST, *Le droit occidental contemporain et ses présupposés épistémologiques*, Paris, Unesco, 1977, p. 41.

<sup>15</sup> Cf. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, p. 124.

te les chemins balisés par la logique traditionnelle: les chemins de la syllogistique où la subsomption permet l'intégration du cas particulier dans le cadre de la loi générale.

La science juridique devient une vaste normologie, une taxinomie de normes hiérarchisées où norme est à la fois acte d'exécution des normes du degré supérieur et acte de création de normes nouvelles. L'opération juridique devient la simple mise en acte d'un système juridique qui se réduit à une implacable mécanique de normes s'enchaînant les unes aux autres. Chaque norme tire sa validité d'une norme qui lui est supérieure. Toute norme donne elle-même naissance à une nouvelle norme, la norme générale se concrétise progressivement par cascade de normes pour parvenir finalement en bas de la pyramide juridique à l'application de la norme par le juge. C'est ce que KELSEN a appelé la formation du droit par degrés ("Stufenbautheorie"). Ainsi pour qu'un acte de volonté individuel ait la signification d'un acte juridique, il faut, en procédant par subsomption, pouvoir l'intégrer dans cette mécanique pyramidale de normes.

Dans le panorama de cette science-fiction, nous voyons les hommes et les institutions sociales s'évanouir dans la nuit des fantômes pour laisser place à la seule réalité, la dynamique des normes.