

Alf Ross[†]

Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit

Compe rendu de Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934)*

Dans ce texte de 1936, inédit en français, le théoricien du droit danois Alf Ross rend compte de la parution de la première édition de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen. C'est l'occasion pour lui de souligner à la fois tout ce que la théorie du droit moderne doit au normativisme, mais aussi les profondes différences de conception dans le camp positiviste entre la conception idéelle des normes de Kelsen et le programme empiriste dont se réclament les réalistes scandinaves, dans la lignée d'Hägerström. Antérieur aux grands écrits accessibles de Ross, qui vont marquer un tournant vers le positivisme logique, ce texte constitue un témoignage important pour la compréhension du débat réalisme-normativisme.

Mots-clés : réalisme juridique, normativisme, validité, empirisme

1 INTRODUCTION

[304] Cela fait 25 ans cette année que Hans Kelsen a publié les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* et a ainsi acquis une autorité qui – quoi qu'on en dise - doit être considérée comme un moment clé dans l'histoire de la théorie du droit.

Plus que n'importe quelle autre œuvre dans l'histoire moderne de la théorie du droit, les *Hauptprobleme* de Kelsen ont pu alimenter nos rêves et nos passions, et ont engendré disciples acharnés et opposants fanatiques. Kelsen a à la fois créé une tradition et suscité l'opposition, allant parfois jusqu'à la haine.

Ce courant né à Vienne il y a 25 ans s'est répandu dans le monde civilisé. Des traductions des travaux de Kelsen ont été faites en français, anglais, italien, serbe, grec moderne, roumain, japonais, espagnol, tchèque, hongrois, et

[†] 1899–1979 | Juriste et philosophe du droit, il fut professeur émérite à l'Université de Copenhague.

* Ce texte de Alf Ross est paru en danois dans Ross (1936 : 304–331). La pagination originale a été conservée entre crochets. Henrik Palmer Olsen, dont on lira ci-après le commentaire, pp. 37–45, a redécouvert ce texte et en a fait une traduction en anglais, parue dans Ross (2011 : 243–272). La présente traduction en français a été faite à partir de la traduction anglaise de H. Palmer Olsen par Alyssa King et Laura Petersell (CTAD, Université Paris Ouest Nanterre La Défense), et on s'est attaché dans les deux traductions à conserver le style, parfois daté, du texte original. Cette version a été revue par les professeurs Eric Millard (CTAD, Université Paris Ouest Nanterre La Défense) et Henrik Palmer Olsen (Université de Copenhague).

polonais. Une bibliographie des œuvres concernant la *Théorie Pure du Droit*, qui accompagne la publication recensée, contient presque 70 pages. La liste des œuvres de Kelsen occupe 8 de ces 70 pages.

Même sans mesurer la science au poids, une telle masse de travail ne peut être ignorée. Pourtant la tendance ici, dans les pays scandinaves, veut que nous nous estimions souvent au-dessus de la « *Spekulation* » allemande.

Mais, autant il est certain qu'une certaine réserve à l'égard de cette théorie témoigne d'une mentalité scientifique saine et réaliste, autant il serait incompatible avec cet esprit scientifique de ne pas [305] ressentir une admiration purement intellectuelle pour ce travail de toute une vie, travail auquel Kelsen a donné naissance grâce à un amour passionné pour la vérité, renforcé par une précision exceptionnelle, et une volonté intrépide de cohérence.

Un monument de rare dimension a été créé ici. L'histoire n'a pas encore rendu son verdict final, mais une chose est sûre : dans une période d'impasse, où la science du droit risquait de tomber dans un positivisme étriqué, l'œuvre de Kelsen fut une incitation à un regain d'intérêt pour les problèmes fondamentaux de la théorie de droit.

1.1 Un Monument ?

Bien que le livre dont on discute ici ait été publié il y a deux ans, il présente les marques d'un texte qui couronnera une œuvre et définira une époque. La quintessence mûre et bien équilibrée des grandes œuvres de Kelsen en théorie du droit est ici concentrée en 150 petites pages. Nous avons le sentiment que l'auteur a éprouvé un besoin urgent de donner, dans un aperçu, une synthèse finale de l'idée fondamentale de la *Théorie Pure du Droit*, sans polémique, sans inconvénients littéraires, dans des mots simples et clairs. Cette impression d'addition et conclusion est renforcée par la bibliographie déjà citée, qui suit la proposition brève comme un impressionnant supplément.

Ce n'est probablement pas sans une certaine fierté que Kelsen, mis au ban, excommunié, et contraint à l'exil, a créé ce monument. Hélas il n'est pas rare qu'un tel édifice, une fois conçu, ne renvoie que vers ce qui est achevé et passé.

On n'y échappe pas totalement ici. Mais heureusement, nous pouvons encore espérer de futurs travaux de la main féconde de Kelsen : pourtant ce ne sera probablement rien d'essentiellement nouveau. Cela tient au fait que le travail de Kelsen constitue véritablement un *Système* distinct.

Les idées de Kelsen ne se sont pas développées par étapes. Avec une maturité étonnante, Kelsen a tracé les lignes directrices de son système entier dans son ouvrage antérieur consacré aux *Hauptprobleme*. Depuis sa publication, certaines idées ont été entièrement [306] reprises et approfondies pour corriger certains défauts. Mais, de la fondation essentielle de sa théorie, rien n'a changé

et rien ne pourrait être changé sans dissoudre la structure entière. Le monument entier repose sur un nombre limité d'idées forces, portées par une cohérence exceptionnelle. De cela découlent la force et la faiblesse du système.

Sa force parce qu'il repose sur des principes méthodologiques clairs, qui contrairement à la philosophie populaire et invertébrée de la théorie du droit traditionnelle, ont pu introduire clarté et simplicité, et dès lors établir un point de départ ferme pour les discussions scientifiques ; mais aussi sa faiblesse parce que, comme tout autre système, il est contraint par ses paramètres et ainsi ne peut pas se prêter de manière flexible aux développements. Jusqu'à maintenant tout système philosophique a dû déclarer forfait face à la diversité et à la complexité des problèmes.

Cela semble devoir être le destin de tels systèmes, que, dans le combat pour leur survie, ils soient forcés d'accepter de nombreux points, de manière douteuse, éliminant la simplicité qui était la *raison d'être* et faisait l'attrait du système à son origine, et qui, inéluctablement, vont déchirer le système même. Il est probable que le système de Kelsen ne vaille pas mieux que les autres.

Pourtant, dans les limites du système, la théorie de Kelsen s'est considérablement développée durant les 25 dernières années. Kelsen a créé une école, dont il n'est jamais devenu le maître. En professeur vraiment remarquable, il possède le talent rare de stimuler et de donner les impulsions, tout en gardant l'esprit ouvert aux influences d'autres que lui.

Le système de la *Théorie Pure du Droit*, tel qu'il existe actuellement, contient des composants essentiels venant de la coopération fructueuse entre Kelsen et d'autres chercheurs qu'il a, dans un premier temps, influencés. Par exemple, la théorie de la hiérarchie des normes est inspirée d'Adolf Merkl, et sur plusieurs points, sa doctrine du droit international a été influencée par Verdross. De plus, j'oserais ajouter que mon propre travail sur la théorie des sources du droit n'a pas été sans influence sur la manière dont Kelsen aborde ce sujet dans le présent livre.

Dans ce qui suit, je ne prétends pas fournir une analyse et une critique complète du système [307] doctrinal de Kelsen.¹ Dans ce court essai, je vais me restreindre à exposer les grandes lignes d'une évaluation du système dans son ensemble, une appréciation de l'œuvre donc, au travers du regard de quelqu'un qui doit beaucoup à Kelsen pour le développement de son analyse, et qui n'est donc pas dépourvu d'une compréhension sympathique de l'œuvre ; mais de

1 Une contribution à la critique de la *Théorie pure du droit* se trouve dans mes travaux antérieurs, surtout dans : Ross (1929 : Ch. X, num. 9 & 10; ch. XII, num. 4; Ch. XVI, num. 3 & 4 et Ch. XIII, num. 3 & 4) ; Ross (1933 : 51 et s.) ; Ross (1934 : Ch. III, num. 4; Ch. V, num. 7 & Ch. VII, num. 1) [sur la bibliographie de Ross, voir Ross (2004 : 15-21 « Notice bibliographique »). *N.d.T.*].

quelqu'un qui s'est aussi progressivement détaché du « système » lui-même et qui, dès lors, ne manque pas de la distance nécessaire à une analyse critique.

1.2 Que veut dire la « pureté du droit » ?

Le fil conducteur de la théorie du droit de Kelsen, le leitmotiv qui traverse l'œuvre jusque dans ses moindres recoins est l'idée de pureté du droit, c'est-à-dire l'idée d'une science juridique libre de toute idéologie politique et de tout élément des sciences de la nature, et donc certaine de ses propres particularité et régularité. Kelsen était convaincu qu'il ne serait possible de hisser la science du droit au niveau de la vraie science et donc d'aller au plus près de son idéal d'objectivité et d'exactitude qu'à condition de faire de l'épistémologie du droit – et non de la création ou de l'évolution du droit – l'objectif de la science juridique. De là découlent différents éléments que je vais maintenant essayer de délimiter.

L'exigence de pureté se fait à deux niveaux. Premièrement, elle se fait *vis-à-vis* de toute idéologie politique ; c'est-à-dire que la science juridique comme science objective devrait être dirigée vers une compréhension du droit tel qu'il se présente dans son contexte historique et empirique, comme droit positif. Toute tentative d'interprétation ou de légitimation du droit par référence à des valeurs supérieures au droit positif, par lesquelles il serait plus ou moins assimilé à une idéologie extérieure [au droit] doit dès lors être rejetée.

Ainsi l'indépendance et la pureté du droit sont maintenues *vis-à-vis* de la moralité, du droit naturel, de la justice, ou [308] de toute autre idée extérieure au droit positif lui-même. L'objet de la science juridique est le droit, et non pas ce qui devrait être d'un point de vue évaluatif. Toute tentative d'absorption d'éléments idéaux dans la détermination de la nature du droit conduirait, d'une manière ou d'une autre, à une confusion du savoir objectif et de l'évaluation pratique ; à une falsification de l'objectivité du droit par une idéalisation ; et finalement à l'invasion de la sphère de la connaissance scientifique par l'expression de l'idéologie politique.

Le postulat de base exprimé par cette exigence de pureté est donc que le droit, en tant qu'objet de la science juridique, est le *droit positif* comme réalité déterminée par son contexte historique et social.

Ensuite, l'exigence de pureté s'attaque à tous les éléments d'une science de la nature. Ici, l'idée est que même si le droit est un phénomène social, il se différencie des actes sociaux eux-mêmes, même pris dans leur réalité matérielle et par cohérence avec d'autres actes sociaux.

Si on choisit d'analyser un cas que l'on considère être du droit (ou juridique), par exemple un acte parlementaire, un acte administratif, une décision de justice (un jugement), un contrat ou une infraction, on doit distinguer deux choses : la première chose est un acte qui se produit dans un temps et un espace

donné, un événement extérieur, un acte humain ; la seconde chose est le sens immanent ou attaché à cet acte, c'est-à-dire une certaine signification.

Dans un hémicycle, des gens sont réunis, font des discours, certains se levant de leurs sièges, d'autres restant assis. Voilà l'événement extérieur. Son sens spécial ou sa signification juridique est qu'une loi vient d'être adoptée par le Parlement. Du haut d'une estrade, un homme vêtu d'une toge adresse certains mots aux personnes devant lui. Cet événement extérieur a la signification juridique d'une décision de justice (un jugement). Et ainsi de suite...

Le caractère juridique du phénomène n'est en aucun cas l'événement extérieur, l'acte réel en soi, mais le sens que cet acte acquiert quand il est compris selon un schéma d'interprétation normatif. Ce schéma est le droit positif. C'est seulement quand les actes sociaux sont liés à la signification du droit ou au système normatif du droit, qu'ils acquièrent leur signification caractéristique comme juridique.

Dès lors, la science du droit n'est pas une théorie sociale mais la cognition normative, la doctrine. Ceci est très clairement expliqué par Kelsen lorsqu'il dit [309] que toute connaissance juridique s'appréhende dans une autre forme de compréhension que la connaissance des choses factuelles, la nature. La forme juridique de la pensée est le « Sollen », la forme pour la connaissance de la nature est le « Sein ».

Il en résulte que le but de la connaissance juridique est d'exprimer une substance normative, dans les formes du « Sollen », et que toute tentative d'adoption d'éléments empruntés aux réalités naturelles signifierait une distorsion du droit comme pure idéologie, une confusion de la science du droit avec la psychologie et la sociologie.

Le postulat de base, tel qu'exprimé dans cette interprétation de l'idée de pureté du droit, est l'idée que le droit est le droit positif qui, bien que socialement conditionné, n'est pas le social en lui-même, mais un *Ordre* ; un ordre de normes valides, non pas valides de manière absolue, bien que ce soit exprimé par la même catégorie fondamentale que pour la validité morale, par la catégorie fondamentale du « Sollen ».

L'exigence de pureté dans cette double dimension peut dès lors être exprimée comme le postulat que l'objet de la science juridique est le *droit positif* ; ce qui renvoie à la même conception de l'essence du droit que celle qui est exposée par le positivisme juridique traditionnel. Kelsen a simplement tiré les dernières conséquences de ce postulat et a ainsi indirectement tracé le chemin d'une évaluation critique.

Je vais maintenant essayer de procéder à une telle évaluation de l'exigence de pureté dans ses deux dimensions et mettre en avant les conséquences de cha-

cune quant à la conception de Kelsen de la tâche et de la méthode de la science juridique qui découle de son idée fondamentale de pureté du droit.

2 L'EXIGENCE DE PURETÉ OPPOSÉE A TOUS LES ÉLÉMENTS DES SCIENCES DE LA NATURE, C'EST-À-DIRE À LA PSYCHOLOGIE ET LA SOCIOLOGIE

La prétention de Kelsen que le droit comme pur « Sollen » (la validité) est en contradiction parfaite avec tout « Sein » (la réalité) vient du postulat fondamental que le droit positif est fait de *propositions*. C'est la tâche de la science juridique d'exposer ces propositions, c'est-à-dire d'exposer la signification normative spéciale qu'elles contiennent.

Ce ne sont pas les actes sociaux, mais les significations idéales [310] qu'ils expriment, qui constituent l'objet de la science juridique.

Ce postulat de base selon lequel le droit positif existe sous forme de propositions ou normes rejoint la conception de la doctrine juridique classique. Cette conception suppose elle aussi que la substance qui intéresse la science juridique est un ensemble de propositions juridiques, et que la tâche de cette science juridique est d'interpréter ces propositions de manière systématique aux fins de créer un ordre de signification ; un ordre qui se révélera dans la matière donnée, élément après élément.

L'interprétation systématique n'est pas comprise seulement comme un arrangement convenable de règles juridiques isolées, mais aussi comme une démonstration de leur cohérence mutuelle, et comme le fait de compléter la matière donnée incomplète, en harmonie avec les principes de base qu'elle contient.

Pourtant, à partir de ce postulat, nous devrions inéluctablement arriver au contraste absolu de Kelsen entre « Sollen » et « Sein » ; selon leur propre définition, car les propositions du droit ne traitent pas selon leur propre signification immanente des faits observables mais établissent ce qui est requis d'un point de vue normatif, ou valide. Elles expriment, comme l'expose Kelsen, un « Sollen » (une validité) et non pas un « Sein » (une réalité).

De cette perception du droit comme propositions normatives, nous sommes nécessairement conduits aux enseignements de Kelsen sur la « Grundnorm » ou *norme fondamentale*. La validité d'une proposition normative ne peut jamais être déduite d'un fait, mais uniquement d'une autre norme. Afin de fournir la validité de propositions juridiques, nous sommes obligés de remonter d'une norme à l'autre, jusqu'à ce que la plus haute norme soit atteinte, la *norme fondamentale*, dont la validité ne peut elle-même être dérivée d'aucune autre norme,

mais qui constitue la suprême et ultime proposition du système, la source de validité de toutes les autres normes comme droit.

2.1 Le droit consiste-t-il en des propositions ?

Le problème entier tourne par conséquent autour de ce point fondamental : est-il vrai que le droit consiste en des propositions ?

Dans un supplément à ce compte rendu, je vais examiner cette question plus en détails. Ici, je me restreindrai [311] – me référant à cet écrit et à mes critiques antérieures de la théorie de Kelsen – à résumer quelques-unes des objections importantes qui, selon moi, peuvent être formulées à l'encontre de la conception déjà mentionnée du caractère doctrinal du droit et de la science juridique.

Je crois d'une part avoir démontré que la séparation absolue faite par Kelsen entre le « Sollen » et le « Sein », et sa théorie de la norme fondamentale comme source hypothétique du droit sont impossibles à soutenir ; d'autre part, que le postulat sur le caractère doctrinal ou propositionnel sur laquelle ces théories reposent est faux.²

2.2 La norme fondamentale est le maillon faible

Il est impossible d'ignorer la réalité psychologique et sociale comme Kelsen tente constamment de le faire dans sa définition de ce qu'est le droit positif, et cela apparaît quand nous atteignons le moment de la détermination de ce qu'est la norme fondamentale.

Tant que nous restons dans les strates inférieures du système juridique, il est possible d'occulter le problème de la nature juridique de la norme, en se référant à une norme supérieure. Mais cette procédure ne peut plus être utilisée pour la norme fondamentale elle-même. Dans ce cas, la question de la relation entre le droit et la réalité devient inévitablement cuisante. Il est évident que la norme fondamentale qui soutient le système entier ne peut être choisie arbitrairement si on veut éviter de réduire le système entier à un non-sens.

Eu égard aux idées qui gouvernent réellement les évolutions de la société, la norme fondamentale doit être établie de façon à ce que le système juridique puisse être globalement concordant avec l'organisation sociale qui dans une société est reconnue et suivie comme étant le droit.

A ce stade, il est impossible pour Kelsen de ne pas appréhender la réalité psychosociale qu'il a tellement à cœur d'éviter. Pour déterminer le contenu de la norme fondamentale, Kelsen doit en même temps se fonder sur le droit positif, dont la nature de droit a d'abord été définie par référence à la norme fondamentale elle-même.

² Voir note précédente.

Kelsen a proposé à plusieurs reprises différentes théories auxiliaires afin d'expliquer [312] comment effectuer cette comparaison sans entrer en conflit avec l'indépendance absolue du « Sein » et du « Sollen » alléguée. Ainsi, il s'est d'abord référé au principe dit « de la moindre dépense intellectuelle » de Mach (principe d'économie de pensée). Puis plus tard, afin de permettre une comparaison entre le « Sein » et le « Sollen », il a élaboré une position neutre entre ces deux façons de penser à partir de laquelle la comparaison peut être faite. Mais il est facile de montrer que ceci est une tentative désespérée de construction, inventée dans le seul but d'éviter les complications³ en question.

Pour Kelsen, la norme fondamentale a réellement pour fonction, une fois délimité ce qu'est le droit positif, d'exprimer la prétention du droit d'être quelque chose de plus qu'un simple système de pouvoir, c'est-à-dire un ordre *valide*. La norme fondamentale est la source primaire de laquelle la légitimité jaillit pour irriguer le système dans son entier.

2.3 La proposition du droit a-t-elle un sens ?

A mon avis, l'impossibilité de parvenir à une définition purement normative de l'essence du droit tient au fait que le postulat de cette définition – que le droit est constitué de propositions – est faux.

L'élément décisif dans cette conception est que l'on donne aux propositions du droit une signification objective qui peut être observée en elle-même, détachée des actes psychosociaux à travers lesquels elle est exprimée et perçue. Une analogie est faite entre les propositions juridiques et les propositions comme « $2 + 2 = 4$ », entre la science du droit et les mathématiques. On suppose que les propositions du droit, comme les propositions mathématiques, ont une signification objective absolue qui est différente et indépendante des actes de pensée et d'expérience, par lesquels la proposition en vient à être exprimée.

De cela, il est ensuite déduit que la science du droit n'a pas plus à voir que les mathématiques avec la psychologie (sociologie) : ces deux sciences sont entièrement préoccupées par la *signification* idéale de la proposition en question, mais non avec son fondement psychologique-réel (sociologique) [313]. Autrement dit, la science du droit n'a rien à voir avec les actes sociaux par lesquels on fait l'expérience du droit. Mais cette analogie même est fautive.

Dans un travail antérieur, j'ai tenté de montrer que les propositions normatives sur le devoir ou la valeur ne se réfèrent pas à un cas spécifique, mais peuvent seulement être considérées comme des expressions rationalisées de certains sentiments et attitudes subjectivement perçus. Dès lors, la proposition normative ne possède aucune signification qui peut la dépendre indépendamment de la réalité psychologique vécue. Elle ne peut être « une pensée », dont

3 Cf. Ross (1929 : 261–262) ; Ross (1933 : 52–53) avec référence aux écrits ici visés.

la vérité ou la fausseté pourrait être testée indépendamment de son expérience psychologique.

Au contraire, la proposition normative peut seulement être observée dans son occurrence réelle comme phénomène psychophysique qui conduit à ce que s'expriment d'autres phénomènes psychophysiques (des sentiments et des attitudes). Mais ce « conduit à ce que s'expriment » n'a rien à voir avec la « signification » ; il signifie seulement que la proposition normative est considérée comme un fait, qui s'inscrit dans une relation causale factuelle avec d'autres phénomènes psychophysiques non immédiatement observables, mais dont l'expérience peut être déduite. Dans le supplément à ce compte rendu, mentionné précédemment, cette position sera développée, particulièrement au regard des propositions normatives juridiques.

Si cette conception des propositions normatives comme propositions rationalisées, qui simplement apparaissent logiques sans avoir aucune signification objective, est correcte, il résulte que toute tentative de concevoir le droit comme une signification qui pourrait être exprimée indépendamment de la réalité psychologique est impossible. Par conséquent, les propositions juridiques ne peuvent, à partir de leur contenu, être conçues comme des significations logiques, mais elles peuvent l'être, après avoir été réellement formulées, comme éléments réels d'une cohérence psychophysique plus grande.

La proposition juridique ne peut pas être appréhendée comme une pensée, mais seulement comme une partie réelle d'une véritable cohérence d'expériences.

2.4 Le droit est le phénomène juridique

J'ai exprimé cela en disant que le droit n'est pas une somme de propositions ou doctrines mais le *phénomène juridique* au sens de l'entière cohérence [314] psychosociale des attitudes de comportements sociaux et des formulations rationalisées dans lesquelles elles viennent à être exprimées. Cela signifie encore que la totalité de la réalité juridique peut faire l'objet de deux observations seulement relativement distinctes.

Soit on peut, comme sociologue du droit, s'intéresser à l'étude des lois psychologiques et sociologiques qui expliquent comment les attitudes directives du comportement naissent et se développent ; soit on peut, comme juriste, s'intéresser au contenu de l'idéologie rationalisée par laquelle ces attitudes de comportement trouvent leur expression. Mais il faut se rappeler que ces deux manières d'observer ne sont que des abstractions.

Dans sa réalité complète, le phénomène juridique peut être considéré seulement comme une unification de ces deux points de vue. La doctrine isolée est une abstraction qui flotte dans les airs. Si nous voulons aller au fond de ce

qu'est le droit et de ce qui est droit, nous devons inévitablement revenir aux fondements psychosociaux de l'idéologie juridique dans les attitudes de comportement réellement vécues.

2.5 L'exposition doctrinale n'est pas une science

Il résulte de ceci que la science du droit comme pure exposition doctrinale, c'est-à-dire comme simple reproduction de l'idéologie rationalisée, n'est pas une science. Il n'y a rien à apprendre des normes en tant que telles.

La vraie science du droit est la connaissance des normes, et non la connaissance dans les normes ; c'est à dire que le contenu scientifique des expositions doctrinales doit être réinterprété de telle manière qu'il ne soit plus perçu comme la connaissance du contenu normatif présent dans les propositions juridiques (droits et devoirs), mais comme la connaissance du fait que, au sein de la totalité du phénomène juridique, se produisent des rationalisations normatives de la formulation en question.

On pourra penser que cette lecture du caractère scientifique des expositions doctrinales est aussi pédante que sa justification est compliquée. Je pense toutefois que la conception correcte de l'essence de l'exposition doctrinale n'est pas sans importance comme fondement d'une critique constructive de sa méthode. Dans une section ultérieure, j'essaierai de démontrer comment la conception habituelle du contenu de l'épistémologie normative, que [315] Kelsen applique avec sa traditionnelle et inébranlable cohérence, l'a conduit à des résultats qui doivent être considérés comme contestables, dans son programme des tâches et méthodes de la science du droit.

2.6 La science du droit est une doctrine de l'Homme

L'idée de pureté, ici comprise comme l'exigence d'une séparation complète entre le droit et toute réalité psychosociale, doit dès lors être écartée.

Il paraît également évident et naturel que la science du droit doit, en définitive, être une doctrine de l'humain, c'est-à-dire une doctrine portant sur certains actes humains réels en société. Cela semble tellement naturel que la justification d'un tel constat apparaîtrait superflue et inutilement compliquée.

D'un côté, nous ne pouvons éviter le fait que, selon la conception classique, la science du droit n'est pas une doctrine du comportement humain mais une doctrine des droits et devoirs, c'est-à-dire de qualités qui, d'après leurs portées, diffèrent des conduites de fait.

Dans la conception de la tâche et de l'objet de la science du droit réside une ambiguïté fondamentale qui, je pense, peut être résolue seulement dans le sens dans lequel j'ai tenté de le faire à travers l'explication des propositions de droit comme des rationalisations et à travers la théorie du droit comme phénomène

juridique. Le contraste radical entre le droit (la validité) et la société (la réalité) doit être effacé. Il est seulement l'expression d'une certaine abstraction scientifique préliminaire. L'exposition doctrinale n'est qu'un fragment. En elle-même, ce n'est pas une science, mais seulement une partie d'une réflexion plus complète.

Finalement, une fois ses derniers postulats clarifiés, la science du droit n'est pas l'exposition doctrinale formulée normativement, mais une science de la réalité, une science de l'Homme et des motifs qui déterminent son comportement dans un certain contexte à caractère social.

Si l'on s'interroge sur la source de cette conception erronée du droit comme propositions et de la science du droit comme exposition doctrinale, alors il faut selon moi la rechercher dans l'illusion particulière d'objectivité que l'on trouve dans la conscience morale. J'ai essayé de démontrer [316] comment la raison morale d'une certaine ligne d'action se manifeste en pratique comme une nécessité naturelle, sous la forme d'une conscience illusoire de la validité pratique : un devoir ou une valeur pris comme un objet de connaissance coordonné avec la réalité.⁴ C'est précisément cette illusion pratique d'objectivité - cette objectivation fictive de l'expérience intime d'une restriction de nos inclinations libres d'agir - qui est transférée vers la conception des restrictions juridiques. Le « Sollen » de Kelsen est la catégorie commune de la validité pratique dans laquelle les substances du droit et de la morale sont conçues pour être exprimées.

Seulement, à la différence des théories idéalistes sur la substance du droit, Kelsen a vidé ce « Sollen » de tout contenu absolu et en a fait une pure forme abstraite de pensée. Ce qui reste est donc uniquement la *forme de validité-conscience, c'est-à-dire l'illusion de l'objectivité en tant que telle*.⁵

2.7 Kelsen défend l'exposition doctrinale

Alors que Kelsen dans le présent ouvrage s'est abstenu de toute critique d'autres conceptions, il y a une section dans laquelle il se prononce sur la possibilité de nier la signification normative, le « Sollen » qui, selon sa théorie, constitue la substance du droit.⁶

J'ai des raisons de penser que cette partie (écrite avant la publication de mes travaux sur la critique de la raison pratique) se réfère à des points de vue que j'ai eu l'occasion d'approfondir lors de débats personnels que j'ai eus avec Kelsen.

Kelsen montre une certaine accointance avec la revendication du caractère idéologique du droit, lorsqu'il écrit que la *Théorie Pure du Droit* a montré la voie pour pénétrer dans le caractère idéologique du droit en retirant tout caractère-valeur métaphysique au « Sollen » du droit positif ; également en le cantonnant

4 Voir Ross (1933 : en particulier 71 & 88 ; 161 & 430-431).

5 Cf. Ross (1934 : 67-68 & 1933 : Ch. XII, num. 6a).

6 Kelsen (1934 : particulièrement 3-37).

à l'expression de la liaison spécifique entre la condition et la conséquence de la proposition juridique.

Ce que Kelsen veut dire par là, c'est [317] qu'il ne considère pas le contenu normatif de la proposition juridique comme l'exigence absolue d'une certaine conduite (« tu ne dois pas voler ») ; mais plutôt comme l'expression d'une liaison fonctionnelle entre l'illégalité et la conséquence de l'illégalité (« si tu voles, tu dois être puni »). Il est sans doute exact qu'en tentant de formuler la norme comme un jugement hypothétique on tend à s'éloigner d'une conception purement normative du droit, dans le sens d'une conscience morale de la validité, et à faire de la norme l'expression de certaines liaisons d'actions sociales et fonctionnelles. Mais cette tentative ne va pas aboutir et va seulement faire perdurer le problème.

Le jugement hypothétique « si tu voles, tu seras puni (par le juge) » est en réalité autant une norme absolue pour le juge qu'une proposition juridique dite secondaire telle « Tu ne dois pas voler » l'est pour le citoyen. Il dit (au juge) : « tu dois infliger une punition à celui qui vole ».

Si nous voulions relativiser cette norme, ce serait sans fin. Car, que le comportement requis soit décrit d'une façon ou d'une autre, le caractère absolu de la requête elle-même ne change pas. Le caractère du jugement hypothétique est tout aussi absolu que la norme ayant un contenu immédiatement impératif.⁷

Par conséquent Kelsen affirme que si quelqu'un voulait priver la norme ou le « Sollen » de toute signification et réinterpréter les propositions juridiques comme des propositions portant sur de probables lignes d'action factuelles, cela s'opposerait à la signification immanente du droit.

Donc que dire « A est légalement obligé de verser 1000 couronnes à B » est très différent de dire qu'il y a véritablement une chance pour que A verse 1000 couronnes à B. Ou que dire « ce comportement est un crime et sera puni selon la loi » est très différent de dire : « celui qui agit ainsi va probablement être puni ». Le sens immanent (inhérent) qu'il y a dans ces propositions du droit, comme on les rencontre réellement dans la formulation donnée par le législateur dans des actes administratifs [*NDT* : *sic* !], et dans les contrats juridiques entre particuliers, ne peut pas être entendu comme une proposition concernant une potentielle action future. [318] Oui, Kelsen a sûrement raison à ce sujet.

La conception normative de la substance du droit est précisément fondée sur la signification, ou plutôt la prétendue signification par laquelle le droit apparaît à la conscience juridique. Ce sont ces prétentions immédiates que Kelsen a érigé en postulat épistémologique de la pensée scientifique du droit.

Mais reste la question de savoir si cette prétendue signification est une signification et si elle peut être reconnue sans plus de critique comme la forme

7 Cf. Ross (1934 : 69-70).

de cognition de la science juridique. A mon avis, la réponse à ces questions doit être négative.

Ici, il n'est nullement dit, comme certains l'ont cru, que la proposition juridique peut être interprétée comme une proposition indicative de ce qui interviendra (probablement) dans le futur. Ce serait comme ne pas prendre en compte l'intention de validité contenue dans la proposition juridique.

C'est comme si la théorie balançait entre deux extrêmes : soit le caractère juridique de la proposition juridique positive est affirmé, et alors le caractère normatif correspondant de la science juridique est inféré de cette affirmation (Kelsen) ; soit il est affirmé que la proposition juridique comme proposition scientifique porte sur un fait de réalité, et il doit être inféré de cela qu'il en va de même de la proposition positive ou doctrinale en tant que telle (Lundstedt).

Les deux affirmations sont correctes, mais les deux conclusions sont fausses puisqu'elles découlent toutes deux de la même fausse prémisse. La prémisse est que les propositions des droits positifs et les propositions de la science juridique ont une structure identique, que le droit et la science juridique sont au même niveau (quel que soit le côté où l'on situe le point de départ). Il est seulement possible de réunir la vérité à partir de chacun de ces deux points de vue en retirant cette prémisse fausse.

D'un côté, les formules du droit positif ont une intention normative ou une intention de « signification de validité », c'est-à-dire comme rationalisations de certaines expériences d'obligatorité avec un caractère de validité. D'un autre côté, la science juridique n'est pas en elle-même normative, mais est plutôt une science de la réalité, une connaissance du fait de ces rationalisations comme un élément du phénomène juridique.

Finalement, Kelsen se réfère au fait qu'en dépit de ce qu'on [319] peut penser du caractère normatif du droit d'un point de vue épistémologique critique, l'exposition doctrinale comme interprétation de la signification immanente du droit positif est impossible à abandonner. L'ancienneté de la science juridique le prouve déjà.

Tant qu'il y aura du droit, il y aura une doctrine qui servira le besoin intellectuel de ce type d'interprétation. Il est impossible de remplacer l'exposition doctrinale par une sociologie du droit parce que celle-ci traite de questions tout à fait différentes. Tant qu'il y aura du droit, il y aura une science du droit normative.

Sur ce point, je suis également d'accord avec Kelsen. Je ne partage pas non plus l'idée que l'exposition doctrinale classique doit disparaître pour être remplacée par la sociologie du droit. Ma seule revendication est que le point d'observation doctrinal soit compris comme une abstraction temporaire, et que ses propositions doivent être interprétées, pour les besoins d'une épistémologie

critique, de telle manière que le contenu normatif (la doctrine) ne soit pas vu comme un contenu de connaissance mais comme un fait, qui comme fragment d'un contexte de réalité plus large, est lui-même un objet de connaissance.

La réfutation de l'idée de norme comme forme particulière de cognition, et de la validité normative comme objet particulier de connaissance correspondant, ne conduit en aucun cas à l'exigence pratique que l'exposition doctrinale juridique classique devrait être abandonnée en raison de son inutilité scientifique. Mais elle conduit seulement à soumettre cette exposition doctrinale à une évaluation critico-cognitive et à une interprétation de cognition qui, si le point de départ est correct, sera sur des points essentiels d'une portée vitale pour la compréhension de la tâche et de la méthode de la science juridique.

Sur ce point précis que je vais maintenant examiner, je crois que la théorie de Kelsen mène à des résultats qui sont définitivement contraires à ce qu'est la vie et la substance réelle de la science du droit.

Dans un premier temps il est évident que la séparation radicale du droit et de la société, et la perception du droit comme un système de normes, mène inévitablement à une manière de penser les problèmes dans certaines parties du droit qui est *spécifique* et *coupée* des réalités. Par certaines parties du droit, j'entends ces endroits où l'idéologie normative est au contact le plus proche et le plus direct des faits, et où par conséquent le [320] caractère abstrait et incomplet d'une approche normative produit principalement ses effets.

Ici, je pense au *droit constitutionnel* où il est évident qu'une méthode d'observation purement formelle et normative serait inadéquate vis-à-vis des nombreux phénomènes prenant racine dans le jeu politique réel.

Il est bien connu que plusieurs constitutions se déclarent partiellement ou entièrement non modifiables, alors que précisément rien ne change et ne se développe au fil du temps davantage qu'une constitution. De la même manière, tout le droit s'appuyant sur la *coutume* est une formation qui ne peut pas se développer à partir de règles déjà données ; ce qui ne peut se réconcilier avec un système purement normatif.

Bien sûr, on peut avec un peu d'ingénuité arranger ces phénomènes juridiques pour qu'ils s'adaptent au système de Kelsen ; ceci se fait en présupposant l'introduction d'un principe laissant place à une référence aux faits eux-mêmes (Le principe d'efficacité – *Prinzip der Effektivität*).⁸ Mais il est évident qu'un principe normatif de ce type est une bouée de secours temporaire pour soutenir le système et pour contrebalancer l'imperfection du mode opératoire normatif.⁹

Pour des raisons similaires, la doctrine de Kelsen à propos du *droit international* et de sa relation avec le droit national est de nature logique et construc-

8 Kelsen (1934 : 73).

9 Cf. Ross (1929 : Ch. X, dont note 75 pour les références).

tive, et a l'air étonnement schématique et ténébreuse au regard du nombre d'éléments sociaux et politiques déterminants dans les questions de ce type.

De plus, la conception du droit comme une cohérence de significations dans des propositions, détachées du social et observées seulement du point de vue de la signification immanente des propositions, conduit nécessairement à exiger que le droit soit, pour la doctrine juridique, la seule proposition juridique, et non son but social : la *Théorie Pure du Droit* en reste au postulat qu'il est possible d'observer et de produire des propositions juridiques d'une façon systématique, déterminées seulement par leur signification logique et leur cohérence.

Mais ce postulat est faux et, ici, une des conséquences les plus importantes de la conception du droit comme [321] phénomène juridique est démontrée.

Puisque les propositions juridiques ne contiennent aucune signification (logique), même comme rationalisations, mais peuvent seulement être conçues comme des éléments factuels qui, comme expression de certaines *attitudes d'actions*, forment une partie d'un *large contexte social de réalité*, il en résulte que la cohérence entre ces expressions rationalisées *ne peut jamais être purement logique, mais doit être téléologique*, le lien se faisant par l'unité de leur but.

Ceci veut dire encore qu'une reproduction systématique du droit conçu comme propositions dont la signification peut être exprimée comme propositions indépendamment des conditions sociales qui les ont causées et du but social qui les justifie, est une impossibilité ou une fiction.

L'exposition doctrinale est seulement possible comme une partie intégrée d'une théorie sociale. Ne pas prendre cela en compte conduit nécessairement la science juridique vers un formalisme artificiel et fictif.

2.8 A quoi ressemblerait la science juridique pure de Kelsen ?

Il faut admettre que le dualisme radical entre le droit et la réalité comme point de départ pour concevoir la science juridique a conduit Kelsen à formuler des demandes qui, si elles étaient satisfaites, mèneraient à une caricature du positivisme ; un positivisme plus positif et plus superflu que le vrai positivisme ne l'a jamais été. Quel serait exactement le but d'une telle science juridique ? Une reproduction systématique des propositions du droit positif ?

Puisque Kelsen lui-même a réalisé l'impossibilité d'une interprétation scientifique,¹⁰ il ne peut y avoir dans sa théorie quelque chose comme une complétude interprétative du système, telle celle que même le positivisme le plus strict a compris jusqu'à présent comme étant sa tâche.

10 Kelsen (1934 : 98).

Je ne peux voir comment une science juridique réalisée suivant la méthode de Kelsen pourrait arriver à autre chose qu'à une répétition vaine des propositions du droit positif lui-même. Une répétition qui serait d'autant plus superflue que le droit positif est lui-même organisé et codifié.

Je pense que nous pouvons sans risque dire que durant les 25 années qui se sont écoulées depuis que la *Théorie Pure* [322] *du Droit* est apparue, aucun de ses partisans n'a, comme juriste professionnel, mis en pratique une science juridique qui réalise les idées de la Théorie pure.

3 L'IDÉE DE PURETÉ FACE À N'IMPORTE QUELLE IDÉOLOGIE POLITIQUE

De ce point de vue, l'idée de pureté est d'une nature tout à fait différente de celle que nous venons d'examiner.

La demande que la science juridique comme science objective reconnaisse son objet en tant que tel, sans essayer de redéfinir ce qui est donné en fonction de certains intérêts ou idées politiques n'est évidemment pas un principe de cognition spécifique à la science juridique. Cela exprime l'idée commune à toute science comme objective et comme cognition honnête. Mais il y a peut-être une raison particulière d'insister sur cette idée et sur sa portée précisément pour la science juridique.

Dans la préface, Kelsen insiste à juste titre sur le fait que l'idée de pureté dans le sens d'une cognition politiquement neutre a été reconnue bien plus tôt dans les sciences de la nature que dans les sciences sociales. Non parce que les sciences de la nature elles-mêmes seraient à l'abri de toute exploitation politique ; mais plutôt parce qu'un grand intérêt social est lié à leur développement véritable, à savoir l'intérêt dans le progrès technique, qui est apparemment conditionné par la plus grande valeur possible de vérité objective.

3.1 La Science et le politique

L'idée de pureté ici signifie seulement une demande commune d'objectivité dans la science juridique. La passion scientifique qui a porté cette idée et qui sans faiblir traverse les nombreux travaux de Kelsen, est peut-être le trait qui caractérise le mieux l'œuvre de Kelsen, la partie de son œuvre qui a été la plus fructueuse, mais aussi celle qui lui a valu les ennemis les plus acides.

Du point de vue scientifique, ce sens de l'idée de pureté ne peut faire l'objet d'une discussion parce qu'il exprime simplement l'idée même de la science [323]. Seule la satisfaction du principe peut être problématique. Pour le dire autrement, il n'y a pas le moindre problème théorique, mais simplement une tâche éthique pratique : faire prévaloir l'idée de la science sur tous les autres intérêts.

Si cette tâche est tellement ardue, c'est parce que les intérêts et l'idéologie au milieu desquels vit le scientifique influencent aussi inconsciemment ses pensées et le trompent. Le projet cynique et conscient d'une théorie comme idéologie au service d'un but pratique est probablement rare.

Il est probablement plus fréquent que le scientifique lui-même soit de « bonne foi » [au regard de la pureté et de la neutralité de sa théorie] même s'il lui est possible au long de sa vie, comme pour tout un chacun, d'adopter un grand nombre de nuances différentes, dépendant de son développement intellectuel et de sa capacité à l'auto-analyse. Le problème avec les sciences sociales est que la cognition de la société prend place dans la société elle-même, par des moyens qui eux-mêmes font partie de la société, au travers d'une activité qui est à sa manière un phénomène social. D'une certaine façon, le scientifique des sciences sociales devient une partie du cas qu'il veut juger.

Son point de vue est, même avant qu'il le connaisse lui-même, teinté par sa position personnelle dans la société, l'emplacement à partir duquel il essaie de voir le tout, mais qui reste toujours quelque part dans ce tout, la société elle-même.

Ces conditions éclairent pourquoi la tâche de maintenir la science sociale pure comme toute science est une tâche si difficile, qui exige de celui qui la met en œuvre des qualités très spéciales quant à son développement intellectuel et moral, et particulièrement son aptitude à « relativiser » et à se libérer des intérêts et de l'idéologie de sa classe. De plus, il doit avoir une volonté, incorruptible de se déterminer seulement par rapport à l'idée de science.

Tous ces éléments se manifestent chez Kelsen d'une manière exceptionnelle.

Et si on prend en considération à quel point une partie du droit constitutionnel a été écrite dans le style d'un avocat défendant les intérêts du régime en vigueur, on comprend que Kelsen trouverait sur cette question une immense quantité de matière à critiquer. Il s'est montré infatigable à dévoiler les tricheries et les déformations au moyen desquelles les aspirations politiques, consciemment ou non, ont essayé de se présenter comme science, et essayé ainsi d'acquiescer l'autorité que ce nom confère. [324]

Cette séparation saine de la science et du politique, de la théorie et de l'idéologie, est la raison de l'opposition féroce à l'esprit de la Théorie pure qui existe particulièrement dans l'Allemagne nouvelle.

Ici, l'idée de science rencontre des intérêts vitaux : une doctrine sociale convenable est un pouvoir en elle-même dont aucune classe gouvernante ne s'est jamais passée. L'idée de science en particulier va à l'encontre des intérêts sociaux des avocats :

Il est bien compréhensible que les juristes ne renoncent pas volontiers à croire et à faire croire que leur science leur donne la réponse au problème de la « bonne » solution des conflits d'intérêts au sein de la société, que, parce qu'ils connaissent le droit, ils sont

également appelés à l'informer et que, dans leur effort pour prendre influence sur sa formation, ils ont sur la politique une supériorité autre que celle d'un simple technicien de la société.¹¹

3.2 Un colosse aux pieds d'argile

Si nous considérons l'ensemble des travaux de science du droit de Kelsen à la lumière de l'analyse précédente de l'idée de pureté, nous voyons que l'ensemble de son génial système repose sur une fondation philosophique extrêmement délicate, mais qu'en revanche il est construit avec une cohérence étonnante.

La première grande idée de Kelsen sur la séparation complète du droit et de la réalité sociale est en vérité une idée qu'il a adopté du positivisme classique, mais il est exact que toutes les conséquences en sont si fermement établies qu'il est impossible d'éviter de voir que le point de vue en totalité est, en soi, une erreur.

La deuxième grande idée de Kelsen, l'idée de la pureté du droit en face de toute idéologie politique, n'est pas un principe spécifique de la théorie du droit. Il est seulement l'idée du caractère de la science du droit comme science objective ; mais c'est cette idée, et la force brillante de sa présentation qui, selon moi, a caractérisé toute l'œuvre de Kelsen, de telle manière qu'elle ne sera pas oubliée, ni ne cessera de fonctionner, même quand le « système » aura connu le destin de tout système. [325]

APPENDICE : Est-ce que le droit est fait de propositions ?¹²

Comme cela a été mentionné plus haut, une description exacte de cette question est d'une importance capitale pour la perception de la substance du droit et la détermination de la tâche et de la méthode de la science juridique.

Le postulat que le droit positif est fait de propositions avec une certaine signification sert de fondement à la supposition que la tâche de la science juridique est d'observer la signification contenue dans ces propositions, indépendamment des actes sociaux réels au moyen desquels la signification est exprimée.

Ce point de vue mène à la conclusion que la science juridique traite aussi peu que les mathématiques des réalités psychologiques, mais seulement des associations pures et idéales de significations. La relation entre le droit et la science juridique est pensée dès lors seulement ainsi: le droit positif contient les

11 Extrait de la préface du livre discuté Kelsen (1934 : v-vi) : « Der verzichtet begreiflicherweise nur ungern darauf, zu glauben und die anderen glauben zu machen, daß er mit seiner Wissenschaft die Antwort auf die Frage besitze, wie die Interessenkonflikte innerhalb der Gesellschaft „richtig“ zu lösen seien, daß er, weil er das Recht erkennt, auch berufen sei, es inhaltlich zu gestalten, daß er bei seinem Streben, auf die Rechtserzeugung Einfluß zu nehmen, anderen Politikern gegenüber mehr voraus habe als ein bloßer Techniker der Gesellschaft » (traduit dans Kelsen 1999 : 4).

12 Cf. ici Ross (1934 : Ch. V, num. 7) ; Ross (1933 : ch. XIII, num. 3).

propositions juridiques, mais seulement comme un matériau brut ; c'est la tâche de la science juridique de les construire et de les compléter en un système.

Ce point de vue est à la base de la perception habituelle de la science juridique comme exposition doctrinale, et non comme théorie sociale, et il a trouvé sa formulation la plus radicale, la plus concise et la mieux formulée dans le théorème de la *Théorie Pure du Droit* à propos de la différence absolue entre la cognition normative et la science de la réalité (la science juridique opposée à la psychologie et la sociologie).

On ne peut discuter dès lors que le droit positif soit fait de propositions dotées de signification, dans un sens linguistique. L'idée ici est simplement que les formulations trouvées dans les lois, dans les actes administratifs, etc., sont créées en respectant les règles syntaxiques du langage.

Mais une proposition qui a une signification linguistique n'est pas nécessairement une proposition dans un sens logique, c'est à dire une *proposition linguistique dotée d'une signification logique*. Pour clarifier cela, je vais, dans un premier temps, élucider ce que signifie une « signification logique ».

Pour comprendre cela, il est important de surmonter l'ambiguïté qui réside dans le concept d'une occurrence ou d'une proposition. Il semble peut-être naturel de raisonner ainsi : les propositions [326] expriment une pensée. La pensée est quelque chose de psychologique. Donc une proposition est l'expression de quelque chose de psychologique. Cette perception est toutefois ambiguë. Il faut distinguer clairement la proposition comme

- a) expression d'un acte psychique, de la proposition comme
- b) signification logique concernant une certaine condition.

Pour mieux comprendre cela, prenons quelques propositions, comme par exemple :

2 plus 2 font 4

Copenhague a 800 000 habitants

Chacune de ces propositions peut être vue de deux manières. D'abord, nous pouvons voir la proposition comme un phénomène factuel psycho-physique, qui survient en un lieu et moment donnés, par exemple lorsque la personne A, à 4 heures de l'après midi d'un certain jour, après avoir bien considéré le sujet, prononce les mots : « 2 plus 2 font 4 ». Ici, nous pouvons dire que la proposition dans ce sens exprime un certain état mental, un processus de pensée dans un sens psychologique. Nous prenons la proposition comme signe que la personne en question a eu une perception du concept « 2 » du concept « addition », et du concept « 4 » ; et un sentiment spécifique de confirmation lorsqu'il a réuni ces concepts dans la proposition « 2 plus 2 font 4 ».

Cette observation faite, il peut être pertinent de chercher à expliquer comment ces conceptions se sont formées, par quelles voies l'individu est parvenu à la conviction mentionnée, quels effets pareille conviction produit sur d'autres pensées, etc.

Mais la proposition peut aussi être vue d'une manière parfaitement différente, *séparée de toute réalité psycho-sociale*, seulement comme une cohérence symbolique qui « indique », « signifie », ou « veut dire » une certaine condition. Peu importe où et quand la proposition « 2 plus 2 font 4 » est pensée, dite ou écrite : la proposition a la même signification que la spécification d'une figure mathématique.

La signification n'est pas considérée comme quelque chose de réel en elle-même parce qu'elle est observée de manière totalement indépendante de la cohérence de réalité dans laquelle la proposition survient. La science qui s'occupe des propositions de ce type n'a par conséquent rien à voir avec la psychologie. C'est cette manière rigoureuse [327] de voir que l'on exprime en disant que les mathématiques s'occupent seulement des propositions comme signification logique (signification de la proposition), et non de la proposition comme expression d'un acte psychique.

La condition pour pouvoir considérer la proposition comme une phrase avec une signification logique est non seulement de satisfaire aux règles syntaxiques portant sur l'accumulation des mots issues de la linguistique, mais aussi de satisfaire aux règles de connexions sémiotiques qui proviennent de la syntaxe scientifique.

Si ces règles sont respectées, la proposition peut être vraie ou fausse en tant que connexion sémiotique. À l'inverse : *les propositions qui ne sont ni vraies, ni fausses n'ont pas de signification*.

La différence que j'ai essayé d'indiquer devient plus claire quand nous considérons les expressions linguistiques qui n'ont aucune signification logique, qui ne sont donc pas des propositions dans le sens logique, mais qui peuvent seulement être perçues dans le premier sens mentionné, c'est-à-dire comme phénomènes psycho-physiques en relation de fait avec d'autres phénomènes psycho-physiques.

Si, par exemple, nous percevons une formulation linguistique telle que « äie ! », il est clair que cette expression ne peut être considérée indépendamment du contexte de l'expérience dans laquelle elle survient réellement. Il est impossible de dire s'il est vrai ou faux que « äie ! ».

Cette formulation peut seulement être considérée dans son occurrence réelle comme partie d'un contexte factuel, comme expression ou signe, c'est-à-dire comme un fait qui doit être supposé être dans un contexte factuel avec d'autres faits, à savoir les expériences qui sont la cause de cette exclamation. C'est-à-

dire que l'exclamation peut seulement être considérée comme une expression de quelque chose, et non comme une signification (à propos) de quelque chose.

Il en va de même des formulations linguistiques telles que « viens ! » ou « fais ceci, fais cela ! » qui sont toutes deux comprises linguistiquement comme des propositions, même si en tant que propositions impératives elles s'opposent à des propositions indicatives.

Finalement, il est possible de penser que *cela s'applique aussi à des propositions qui sont linguistiquement indicatives* et peuvent ainsi prétendre être dotées d'une signification logique. Déterminer si tel est le cas des propositions juridiques est le cœur de la question. [328]

Pour clarifier cela je vais résumer les différences les plus importantes entre la proposition perçue comme une expression et la proposition conçue comme une proposition (une signification de quelque chose).

1. L'expression est quelque chose de réel, un fait, un événement. La signification est quelque chose d'idéal, quelque chose qui peut être compris en faisant abstraction complète du contexte réel dans lequel la proposition survient.
2. La relation « expression de » veut dire un lien causal entre la proposition comme phénomène psycho-physique et d'autres phénomènes psycho-physiques. La relation « signification de », au contraire, exprime seulement la connexion idéelle entre le symbole et l'objet qui est symbolisé.
3. Les prédicats « vrai » et « faux » ne peuvent être utilisés qu'à propos de la proposition dans la forme d'une proposition ou signification, et non à propos d'un fait. Par conséquent, les conditions mentionnées dans la proposition sont les seules qui peuvent déterminer quel prédicat doit être appliqué (c'est-à-dire si l'addition de 2 et 2 a vraiment 4 pour résultat et s'il y a vraiment 800 000 habitants à Copenhague). D'un autre côté, la circonstance psychologique-réelle, c'est-à-dire le fait qu'il y ait maintenant, qu'il y a eu ou qu'il y aura plus tard une ou plusieurs personnes, *qui soutiennent effectivement la proposition est sans importance sur ce point*.
4. L'occultation du contexte réel de cognition dans lequel la proposition se produit n'est possible que lorsque la proposition peut être vue comme une proposition dotée d'une signification logique. Les mathématiques et la géographie ne sont pas la psychologie ou la sociologie. Tout essai d'occultation de ces phénomènes est évidemment impossible si la proposition est prise comme un phénomène psycho-physique ou comme un événement; ou si elle ne peut être vue que comme telle.

Comment ceci traite les propositions juridiques ?

Si elles sont des propositions avec une signification, les propositions juridiques doivent être soit vraies, soit fausses, et cette vérité ou fausseté dépend seulement des symboles qui symbolisent les conditions factuelles, et non pas de

l'occurrence réelle de la proposition juridique comme fait ou événement dans un contexte réel (supra, n. 3). [329]

Mais en quoi consiste la vérité ou la fausseté de la proposition juridique ?

Linguistiquement, la proposition juridique apparaît comme une proposition indicative de droits et de devoirs.

Parvenu à ce point on pourrait dire que la vérité d'une proposition juridique est donnée par le fait que le devoir ou le droit, dont l'existence est réclamée dans la proposition juridique, existe en réalité en raison du fait que la proposition juridique est du droit positif.

Pourtant, il est clair que cette conception est absurde. Cela impliquerait que la vérité d'une proposition dépend de l'occurrence réelle de la proposition comme acte (par magie).

Qu'une proposition à propos du droit soit valide avec force de droit positif (ou simplement une proposition juridique fantaisiste aléatoire) ne dépend pas exactement de la condition visée qui provient des symboles utilisés, mais dépend du point de savoir si « la proposition » est réellement posée comme droit, c'est-à-dire de savoir si la proposition *intervient véritablement dans un contexte psycho-social réel donné*, si elle est en fait un élément dans le système.

La conséquence est qu'il faut prouver que la proposition que l'on dit juridique n'est en réalité en rien une proposition, qu'elle n'a aucune signification, qu'elle ne peut être perçue que dans son existence factuelle comme une proposition se référant à d'autres phénomènes psycho-sociaux.

Et la conséquence la plus importante de cela est que l'idée que la science du droit, à l'instar des mathématiques, devrait seulement consister en l'observation neutre de la signification de la proposition que l'on dit juridique, indépendamment des actes psycho-sociaux qui « véhiculent » ces opinions, est une impossibilité.

La science juridique ne peut pas se concevoir comme l'exposition doctrinale et la cognition normative dans un contraste absolu avec la théorie sociale comme cognition de la réalité.

Il en résulte donc que la science juridique comme exposition doctrinale ne peut pas être une science, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être conçue de telle manière que ses propositions aient la même structure normative que son matériau, les propositions du droit positif. Comme démontré, la norme n'a aucune signification et par conséquent elle contient encore moins une cognition. La science juridique ne peut pas être une connaissance normative dans le sens d'une cognition normative.

Cela constituerait aussi un contraste frappant avec l'idée [330] qu'exprime Kelsen par ailleurs. A savoir que le droit positif est une idéologie, ce qui selon la propre terminologie de Kelsen signifie exactement quelque chose qui dans son

essence est irréfléchi ou dépourvu de cognition immanente, mais qui vise à une détermination de la volonté.

Si le droit positif exprimé dans des normes est une idéologie, c'est-à-dire qu'il est d'une nature *alogique*, alors il serait contradictoire de supposer que les propositions de la science juridique, qui en tant que propositions scientifiques doivent être présumées contenir une cognition, c'est-à-dire être d'une nature *logique*, pourraient avoir la même structure normative que le droit positif lui-même.

La science juridique ne peut être la connaissance dans les normes, seulement la connaissance des normes.

La science juridique ne peut être normative dans le sens où elle mettrait au jour une certaine cognition, une cognition contenue dans les normes qui serait différente de la cognition de la réalité, mais normative seulement dans le sens où elle est la connaissance des formulations normatives qui existent comme expressions factuelles, et qui font partie d'un contexte factuel. De cette manière, la science juridique est en elle-même une science de la réalité, la science du droit comme phénomène juridique.

Il n'est pas sans intérêt et importance de montrer le parallélisme entre les questions ici discutées et la question correspondante de la substance de la science morale et de ses relations avec son objet, la moralité.

La conception en philosophie morale de la science morale comme une éthique rationnelle (c'est-à-dire comme une leçon d'exposition doctrinale de la moralité) correspond à la conception normativo-doctrinale de la science juridique.

De la même manière qu'en ce qui concerne la relation entre le droit et la doctrine juridique, la moralité en elle-même (comme objet de l'éthique) est supposée être une connaissance (du bien, du mal, du devoir, etc.), qui en éthique est complétée systématiquement et est révélée en ce que les propositions de moralité, dont on fait subjectivement l'expérience fragmentaire et sporadique, sont rationnellement nourries en étant déduites d'un principe ultime, la norme fondamentale de la moralité.

De cette manière, l'éthique se déplace sur le terrain de la moralité, tout comme la doctrine juridique se déplace sur le terrain du droit. Dans les deux cas, l'objet de la science - la moralité, le droit - est présumé être une connaissance (incomplète, désorganisée, sans fondement) [331], un fragment que la science concernée travaille constamment, et qu'elle complète ce faisant.

D'un autre côté, la science en elle-même est supposée être constituée de propositions normatives, ce qui la distingue des autres disciplines. La science et son objet sont donc considérés comme étant placés sur le même niveau ; les deux étant en même temps norme et connaissance.

D'une certaine manière, cette conception est même particulièrement « naturelle » dans le champ de la philosophie morale. Il est possible d'expliquer le caractère de la connaissance de la morale par son caractère « absolu » et « supra-positif » ; cela peut s'expliquer par la supposition d'une capacité de l'homme à la cognition qui est purement rationnelle. La moralité factuelle devient un effet (incomplet) de la *raison*.

Une critique de la philosophie morale doit par conséquent requérir un examen épistémologique plus rigoureux. Ainsi dans ma *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* j'ai essayé de montrer que la philosophie morale devrait être conçue non comme l'éthique mais comme l'*éthologie*, c'est-à-dire comme une doctrine de la moralité et non comme une doctrine dans la moralité : comme une doctrine à propos des phénomènes moraux, incluant leurs rationalisations linguistiques.

Bien sûr, je ne peux pas entrer ici dans les détails de cette critique et je me contenterai de dire ceci : si l'on admet – ce que je crois qu'un certain nombre voudront faire – que la science morale est une doctrine de la moralité, et non une doctrine dans la moralité, il conviendrait parallèlement de suggérer qu'il en va de même pour ce qui concerne le droit, à savoir qu'il nous faut comprendre que la science juridique est une doctrine du droit, et non pas une doctrine dans le droit.

Si on reconsidère à nouveau ce qui est réellement exprimé par les deux prépositions « de » et « dans », cela nous conduit enfin à reconnaître que *la science juridique n'est pas une exposition doctrinale, mais la doctrine du phénomène juridique*.

*Traduction de l'anglais par Alyssa King et Laura Petersell,
revue par Eric Millard et Henrik Palmer Olsen.*

Bibliographie

- Hans Kelsen, 1934 : *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig-Vienne : Franz Deuticke.
- , 1999 : *Théorie pure du droit*. Trad. frçse Charles Eisenmann [1962]. Paris : Bruylant-LGDJ.
- Alf Ross, 1929 : *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage Dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig-Vienne : Franz Deuticke.
- , 1933 : *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich prolegomena zu einer kritik des rechtswissenschaft*. Trad. du danois par H. Winkler & G. Leistikow. Copenhague-Leipzig : Levin & Munksgaard.
- , 1934 : *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber*. Copenhague : Levin & Munksgaard.
- , 1936 : *Den rene retslæres 25-aars jubilæum*. *Tidsskrift for Rettsvidenskab*. 304–331.
- , 2004 : *Introduction à l'Empirisme Juridique : Textes théoriques*. Trad. fr. par Éric Millard et Elsa Matzner ; présentation et annot. par Éric Millard. Paris : LGDJ.
- , 2011 : *The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law*. Trad. angl. par Henrik P. Olsen. *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011) 2. 243–272.