

La science juridique pur : Roguin et Kelsen

Autor(en): **Guisan, François**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **59 (1940)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896183>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

La Science juridique pure. Roguin et Kelsen

par

François Guisan,

professeur à l'Université de Lausanne.

	Page
I. Le sujet de cette étude	207
II. Le point de départ philosophique. La méthode. L'objet	209
III. Les deux hommes et les deux oeuvres	215
IV. Quelques opinions comparées de Roguin et de Kelsen	219
V. Le „Stufenbau“ de l'ordre juridique	223
VI. Critique du „Stufenbau“	228
VII. Y a-t-il une science juridique pure? — Conclusion .	235

I.

Le sujet de cette étude.

En essayant de présenter une étude critique de la science juridique pure¹, telle que la comprennent Roguin et Kelsen — dans la mesure où un sujet si considérable peut être traité en un article — nous n'avons aucune intention polémique; nous sommes animés du seul désir de nous instruire et de former, au contact des deux maîtres, nos propres vues philosophiques sur le Droit et la science du Droit. Si donc nous allons être conduits à donner avec franchise les raisons qui nous empêchent d'être de

¹) Conférence présentée à la Société Zurichoise des Juristes et à la Société de Droit et de Législation de Genève les 15 et 23 février 1940.

leurs disciples, notre premier mot sera un hommage de reconnaissance: n'est-ce point un hommage rendu à leur magnifique effort que d'en discuter les résultats sine studio et ira ?

Il s'agit de savoir s'il est possible de constituer une science du Droit qui soit pure, au sens où Roguin et Kelsen sont d'accord pour l'entendre, c'est à dire dépouillée de tout élément moral et métaphysique, réduite à la seule analyse logique ou construction systématique des concepts du Droit positif. D'autres, avant Roguin et Kelsen, avaient déjà employé le mot de Droit pur, sans guère pratiquer la chose, par exemple le Belge Picard, ou bien, sans le mot, avaient séparé la jurisprudence générale qui s'occupe des notions fondamentales du Droit positif, de la science de la législation à laquelle seraient réservées les appréciations idéales et éthiques; je pense à l'Anglais John Austin. Roguin et Kelsen ont réuni le mot et la chose. — Ils se rencontrent encore en ceci qu'ils se croient l'un et l'autre l'inventeur d'une science nouvelle tout en s'ignorant l'un l'autre. La chronologie, il est vrai, peut dans une certaine mesure excuser Roguin, puisque sa „Règle de Droit“ est de 1889, et que les trois volumes de la „Science juridique pure“, oeuvre de sa vieillesse, ont paru en 1923²⁾. A cette époque Kelsen venait de naître à la célébrité mondiale. On comprend moins que le nom de Roguin et ses livres soient totalement passés sous silence dans la bibliographie annexée à la „Reine Rechtslehre“ publiée en 1934³⁾. Cette

²⁾ Ernest Roguin: La Règle de Droit, étude de science juridique pure, MDCCCLXXXIX, F. Rouge, libraire-éditeur, Lausanne.

La Science juridique pure, 3 volumes, F. Rouge et Cie, librairie de l'Université, Lausanne 1923. — Nous citerons cet ouvrage comme suit: Sc. jur. p.

³⁾ Hans Kelsen: Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Franz Deuticke, Leipzig und Wien 1934. Nous citerons cet ouvrage comme suit: RRI. —

bibliographie ne couvre pas moins de 65 pages; elle donne le moindre des innombrables livres et articles qui de près ou de loin touchent au Kelsénisme. L'inventaire des ouvrages de Kelsen lui-même y occupe sept pages. La vie est trop courte pour pouvoir lire tout cela... et Kelsen est un auteur trop difficile! Heureusement il a donné l'essence de sa philosophie du Droit dans ce dernier livre: la *Reine Rechtslehre*. C'est de ce livre que je veux parler; je l'ai lu et relu le crayon à la main, j'y ai ajouté un certain nombre d'articles de Kelsen, de ses partisans et de ses adversaires. J'ai tiré aussi un grand profit de l'ouvrage d'Ebenstein: „Die rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre“⁴⁾; et je crois avoir acquis ainsi une idée suffisante du Kelsénisme pour pouvoir le mettre en parallèle avec la doctrine dans laquelle j'ai été élevé, celle de mon maître Ernest Roguin.

II.

Le point de départ philosophique. La méthode. L'objet.

Nous aurons l'occasion de montrer que Roguin et Kelsen sont deux tempéraments, deux types intellectuels très différents. Ils n'en viennent pas moins de pays philosophiques qui se ressemblent, de ces pays dont Darwin, Auguste Comte et Herbert Spencer furent les penseurs et dont Ernest Renan fut le poète et l'incomparable styliste. Plutôt qu'à ces noms-là, il est

En langue française: Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, dans la *Revue du Droit public et de la Science politique*, 1926 p. 561 à 646. La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du Droit, dans la *Revue de Métaphysique et de Morale*, Avril 1934, p. 184 à 204.

⁴⁾ William Ebenstein, research associate in law-university of Wisconsin: *die rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*. Taussig et Taussig, Prague 1938.

Sur l'oeuvre de Roguin, voir un article du Dr. Fritz Schreier, priv. doc. à Vienne, intitulé: „Eine französische reine Rechtslehre“, dans la *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1927 p. 57/66.

vrai, le positivisme de Kelsen se rattache au néo-kantisme. Mais en transportant le criticisme kantien de la raison pure dans les sciences morales, il atteint une position philosophique pareille. C'est celle de l'agnosticisme qui refuse d'abord de rien affirmer en matière religieuse, considérant qu'un tel refus est la condition nécessaire d'une conception scientifique du monde. Kelsen, plus encore que Roguin, souscrirait certainement à cette phrase que Renan écrivait au milieu du siècle passé: „Je ne conçois la haute science, la science comprenant son but et sa fin, qu'en dehors de toute croyance surnaturelle⁵⁾.“

Ce rejet de tout surnaturel n'intéresse pas seulement la religion. Il implique quelque dédain pour toute métaphysique, même pour toute morale théorique à prétention de valeur absolue. La science juridique pure ne peut qu'être hostile au Droit naturel. Roguin n'y voit qu'un „simple idéal“, un „simple droit désirable, parfois consacré, d'autres fois méconnu“, des „idéals variables, propres à certaines catégories d'hommes des divers pays et époques“. Il a répété maintes et maintes fois que tout „jugement de valeur“ ne pouvait être que subjectif, c'est à dire tout personnel à son auteur, sans validité générale⁶⁾. Toutes les considérations sur la justice sont donc „absolument en dehors de la science juridique pure“⁷⁾. — Kelsen est tout à fait de cet avis: „Wertungen — stets subjektiven Charakters“... dit-il, ou bien: „Gerechtigkeit... ein irrationales Ideal... dem Erkennen nicht zugänglich“⁸⁾. Il a essayé de démontrer que l'idée de Droit naturel se détruit elle-même comme contenant une irréductible contradiction⁹⁾. Cette aver-

⁵⁾ Dans l'Avenir de la Science, 3e éd. 1890 p. 43.

⁶⁾ Règle de Droit, p. 20 et suiv., p. 107. Sc. jur. p. I, p. 470, 474 et suiv., p. 601 fin de la note.

⁷⁾ Sc. jur. p. I, p. 504/505.

⁸⁾ RRL, p. 128, p. 15/16.

⁹⁾ Article: „Die Idee des Naturrechtes“ dans la Zeitschrift für öffentliches Recht, 1928, p. 221 à 250.

sion va jusqu'à la phobie; elle l'entraîne à accuser à plusieurs reprises les tenants du Droit naturel de couvrir de cette „idéologie“ pseudo-scientifique des vues politiques très précises, pour ne pas dire intéressées¹⁰).

La science juridique sera donc „wertfrei“. Cela veut dire qu'elle sera exempte de toute „critique“, de toute appréciation. On appliquera à l'étude du Droit les méthodes qui ont cours dans les sciences de la nature, restées par leur objet même sans contact avec la morale. „J'ai souvent déclaré ma conviction qu'il n'y a qu'une seule méthode d'atteindre la vérité intellectuelle, que l'objet de la recherche appartienne au monde physique ou à celui de la conscience“. Ce passage est de Thomas Huxley¹¹), le darwiniste de l'homme-singe; il a été imprimé trois ans avant la Règle de Droit, et Renan, dans l'Avenir de la Science, exprimait la même pensée presque de la même manière. Nos deux jurisconsultes, fascinés par la gloire de la science contemporaine, ambitieux de conduire la jurisprudence aux mêmes certitudes objectives, pensent eux aussi qu'il faut suivre des méthodes analogues à celles de l'étude des choses pour approcher de toute vérité, à quelque ordre qu'elle appartienne.

Mais de quelles sciences des choses? Il est clair que la méthode du biologiste qui observe et qui expérimente est très différente de celle du mathématicien qui raisonne rigoureusement sur des données axiomatiques. On voit Roguin hésiter quelque peu: ici ou là il compare la science

¹⁰) RRI., p. V et suiv., p. 17, p. 44, et passim.

¹¹) Huxley: Sciences and morals, 1886, dans Collected Essays, Macmillan and Co, 1911, Vol. IX, p. 126. — Renan, op. cit. p. 442/443. C'était à cette époque un lieu commun. Le philosophe allemand Franz Brentano avait défendu cette thèse „d'habilitation“ devant l'Université de Würzburg: „Die Methode der Philosophie ist keine andere als die der Naturwissenschaften“. (Neue Zürcher Zeitung du samedi 15 janvier 1938, No. 82, article de Hugo Bergmann).

juridique pure à celle du chimiste qui étudie les corps, les „décompose et classifie“, et il affirme que ses conclusions seront, à moins d'erreur, „aussi rigoureuses que celles de la science des corps bruts“. „L'homme social“ serait l'objet de cette analyse quasi-naturaliste¹²⁾. Et à la fin de sa vie, en effet, Roguin est devenu sociologue. Mais bien plus fréquents sont les passages où il déclare faire de la „théorématique“ sans peut-être qu'il ait toujours tout à fait aperçu que l'analyse d'un corps ou une démonstration mathématique sont des démarches de l'esprit très différentes. Cette théorématique juridique, nous explique-t-il, „dégage les conséquences nécessaires de certaines prémisses“ et arrive ainsi à montrer „ce que la nature des choses permet et ce qu'elle interdit“. Elle ne se confond pas cependant avec les mathématiques proprement dites, ne comportant pas des notations exactes, car elle est une science qualitative et pas quantitative. C'est un „ensemble d'applications de la logique au Droit“¹³⁾.

Quant à Kelsen, il n'a pas d'hésitation sur le point de la méthode. Il sépare très nettement la Reine Rechtslehre de toute science d'observation, car elle s'occupe du „sollen“ et non pas du „sein“, du domaine du „devoir être“, pas de celui de „l'être“, c'est à dire de la nature créée. Kelsen est ainsi amené à faire front contre le sociologisme juridique, au point que c'est un problème controversé de savoir s'il admet même qu'un tel sociologisme soit rationnellement concevable¹⁴⁾. Il se rapproche

¹²⁾ Règle de Droit, p. VI, p. 12. Sc. jur. p. I, p. 478/479.

Droit comparé: Régime matrimonial, n° 258 p. 257, successions, n° 260bis. Voir p. 222 et p. 223, où se marque l'hésitation de Roguin: chimie à p. 222, démonstration mathématique à p. 223.

¹³⁾ Sc. jur. p. I, p. 524, 527 — puis p. 531, 532 et 479, p. 580/582, et Règle de Droit, p. 30/31.

¹⁴⁾ Timacheff, prof. à Harward, prétend que Kelsen se serait converti au sociologisme juridique en 1935. Voir: Ar-

des mathématiques; il en tire cet argument, pour justifier sa tentative d'étudier la norme juridique indépendamment de tout contenu: quand le géomètre définit la sphère, tient-il compte de la matière (bois, métal, pierre), en laquelle dans la réalité une sphère peut être faite?¹⁵⁾ L'instrument de la Reine Rechtslehre sera donc pour Kelsen comme pour Roguin la plus rigoureuse logique. Et la seule logique. Kelsen tient essentiellement à l'absolue pureté de la méthode, c'est à dire que non seulement il évite tout mélange d'idéologies morales qui ne sauraient être scientifiques — il s'agit de connaître pas d'apprécier (*erkennen, nicht werten*) — mais encore il repousse strictement toute intrusion d'éléments empruntés aux sciences de l'être, de la nature, du sein — car ce qu'il s'agit de connaître, c'est un „sollen“, un devoir être. Sévère condamnation de tout syncrétisme, voilà son principe méthodique fondamental.

Cette méthode de logique pure, à quel objet exactement nos deux jurisconsultes vont-ils l'appliquer? Kelsen commence son livre en répondant ainsi: une théorie du Droit positif, du Droit positif en général, non d'une législation particulière. Voilà qui n'est pas parfaitement clair; il semble que, par définition, on ne puisse appeler droit positif que des législations posées par divers législateurs; dès lors il semble qu'on ne puisse étudier que tel ou tel droit positif particulier, mais pas le Droit positif en général. Comme, d'autre part, Kelsen repousse tout Droit naturel transcendant, quel va donc être l'objet de sa recherche à prétention scientifique universelle? Force nous est d'admettre qu'il y a pour Kelsen, au dessus de tous les droits positifs, des vérités juridiques générales qui s'imposent à eux d'une manière ou de

chives de philosophie du Droit, 1938, p. 212, et le récent livre de Timacheff: Introduction à la Sociologie juridique, Paris, Pedone 1939, p. 56.

¹⁵⁾ Ebenstein, *op. cit.* p. 25/26.

l'autre. Comme elles ne sont pas, soit dit encore une fois — vu le parti pris positiviste de l'auteur — de Droit naturel, elles ne peuvent concerner que la forme obligée des droits positifs, non leur contenu. Kelsen tout en se défendant avec plus de véhémence que d'habitude contre le reproche de „formalisme“ adressé à sa doctrine, écrivait en 1929: „Sie scheidet die Rechtsformbegriffe, die sich schlechthin an jeder Rechtsordnung bewähren, von den Rechtsinhaltsbegriffen . . .“¹⁶). Pourquoi donc ne veut-il pas être appelé „formaliste“? Pourquoi ne précise-t-il pas mieux l'objet de son étude au début de la reine Rechtslehre?

Roguin n'a jamais reculé devant une affirmation. Il déclare fréquemment, comme l'avait déjà fait Austin, qu'il y a des nécessités juridiques, qu'il y a une „nature des choses“ s'imposant à tout législateur, et que c'est la tâche de la science juridique pure de dégager. Il ne cherche donc ni les rapports de droit réellement existants, ni ceux qui seraient désirables, mais bien ceux qui sont possibles, c'est à dire qu'un législateur peut ordonner sans contradiction. Voici un ou deux exemples, en la forme tranchante propre à Roguin, de ces vérités nécessaires: „Aucun devoir de faire ne peut être constitutif d'aucun droit réel . . . parce que la nature implacable des choses s'y opposait“, „Affirmer l'existence de droits sans sujets vivants est une absurdité“. Il remarque encore: „un droit contradictoire est d'une application nécessairement et physiquement impossible“. Déceler ces contradictions sera donc l'objet de sa science qu'il définit „l'étude du concevable“¹⁷).

Au fond, c'est aussi ce que Kelsen semble avoir en vue, bien qu'il ait évité avec soin le terme de „nature des

¹⁶) Article: „Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre“ dans la Juristische Wochenschrift, 1929, p. 1723 à 1726.

¹⁷) Sc. jur. p., I, p. 457, p. 527/528, p. 534, p. 576/577. Droit comparé, successions, V, p. 16.

choses“ qui sonne mal aux oreilles d'un ennemi du Droit naturel¹⁸). Kelsen a écrit que sa doctrine est celle „du Droit possible“, qu'elle tend à comprendre la nature (Wesen) du Droit positif, et à en analyser la structure¹⁹). Nos deux auteurs ont ainsi pensé avoir trouvé un ordre de vérités juridiques absolues forçant l'adhésion de chacun, à l'égal des démonstrations mathématiques: „En deux mots, la science juridique pure a une valeur objective et universelle; l'appréciation des lois est éminemment subjective et personnelle“, écrit Roguin²⁰). „Wertungen — stets subjektiven Charakters — sind Sache der Ethik und Politik, nicht aber der objektiven Erkenntnis. Nur ihr hat auch die Rechtswissenschaft zu dienen, wenn sie Wissenschaft sein will und nicht Politik“.²¹)

On ne saurait être mieux d'accord. Unité du point de départ philosophique, qui est le positivisme intégral, unité de méthode et unité d'objet, Roguin et Kelsen n'allaient ils pas fonder une science exacte, présenter les mêmes théorèmes et les mêmes démonstrations, formuler enfin les mêmes certitudes éternelles, irréfutables pour tout esprit sensé? Mais voilà: „Cum duo idem faciunt, non est idem“. Comparons les hommes, les oeuvres, les opinions.

III.

Les deux hommes et les deux oeuvres.

Un des derniers articles de Kelsen paru dans la Revue de Métaphysique et de Morale en 1934 est entre

¹⁸) Roguin se défend d'ailleurs énergiquement contre la confusion entre ce qu'il appelle la nature des choses et le Droit naturel. Sc. jur. p. I, p. 601/602.

¹⁹) „Also eine Lehre vom möglichen Recht“, dans l'article cité de la Juristische Wochenschrift, p. 1723, bas de la 1ère col. — RRl. p. 17 et 61.

²⁰) Droit comparé, successions I, p. 223.

²¹) RRl. p. 128.

mes mains. Ce tiré à part a appartenu à Roguin, et selon l'habitude du maître il est criblé de points d'interrogation, d'exclamation, d'énergiques appréciations. Or pour un „oui!“ ou un „bien!“ écrit en marge, que de „non!“, que de „faux!“, „erreur!“, „divagations!“. La dernière phrase de l'article affirme: „La théorie pure du droit est la théorie du positivisme juridique.“ — Roguin a crayonné en regard de cette conclusion: „Ne pas admettre cela“.

Ainsi, en dépit de rencontres nombreuses, il y a entre les deux tenants de la science juridique pure de sérieuses divergences.

C'est que les deux hommes sont bien différents.

Roguin, gentleman vaudois, grand propriétaire de vignes, est très attaché à la terre; il aime certes à penser, mais il n'y saurait passer tout son temps; il pêche, il chasse et il fait volontiers bonne chère. Il est très vigoureux de corps et d'esprit. Son positivisme est tout pétri de réalisme. Il a trop le sens de la matière et le goût des complexités de la vie pour se contenter d'études toutes formelles; la science juridiques pure n'est pour lui qu'une seulement des disciplines juridiques, et l'image qu'il emploie pour illustrer cette pensée achève de le caractériser: „Nous avons donc le droit d'espérer“, écrit-il, „sans beaucoup y compter d'ailleurs, qu'on voudra bien admettre que pour nous l'étude du droit ne se résume pas en la science juridique pure! Le fait d'aimer particulièrement le pouding diplomatique, terminant un bon dîner, n'empêche pas de goûter plus encore le rôti du faisan ou le pâté de foie d'oie qui auront précédé ce plat de dessert“. Il n'a point à l'égard des spéculations de la morale cette espèce de crainte panique que nous trouvons chez Kelsen. Sans doute son parti pris philosophique lui fait dire que „la Justice n'est ni le droit lui-même, ni un de ses facteurs constitutifs“ . . . que „les controverses s'y rapportant sont absolument en dehors de la science juridique pure“, mais il ajoute: „bien que (hâtons-nous de le proclamer pour ne pas être accusé de dédaigner la jus-

tice) elles soient peut-être infiniment plus importantes que les spéculations de notre discipline“. Et un peu plus loin: „En résumé, nous laissons parfaitement ouverte la question de savoir si le droit a une réalité immatérielle dans l'esprit d'un Etre tout puissant, ou dans la conscience qu'il en aurait attribué à ses créatures: nous n'affirmons absolument rien à cet égard. La question est en dehors de la science et relève de l'âme individuelle“²²). Quoi qu'il en dise, et malgré son affectation de froide impassibilité, il a une trop forte personnalité pour pouvoir retenir ses propres jugements de valeur; ils abondent dans ses livres, comme ils émaillaient ses cours, presque toujours exprimés en paradoxes, imagés d'anecdotes pittoresques et de truculentes boutades, qui les gravaient pour toujours dans la mémoire de ses auditeurs. Tel fut notre maître, profusion de vie dans toute sa variété et son attachante richesse, le plus individuel des hommes s'éprenant par une singulière contradiction de la plus abstraite, de la plus impersonnelle des logiques pseudo-mathématiques.

M. Kelsen ne m'est connu que par ses livres, plus exactement, par quelques-uns de ses écrits. Il serait donc impertinent d'essayer son portrait; qu'il soit permis seulement de dire que certainement il ne peut pas ressembler à Roguin. Point d'anecdotes, peu ou pas d'exemples concrets, une phrase minutieusement élaborée, où chaque mot, longuement pesé, choisi avec une extrême circonspection, a sa tendance et son but. Un souci constant de la cohésion logique, et, parce que Kelsen, beaucoup plus que Roguin, est avant tout philosophe, une recherche tenace de l'unité systématique. On expulsera impitoyablement tout ce qui pourrait avoir couleur métaphysique ou éthique, ou, comme il dit, toute „idéologie“; on se fera une morale de ne pas avoir de morale (en tant que savant

²²) Ces citations se lisent dans Sc. jur. p. I, p. 547, p. 504/505, p. 517.

bien entendu); on maniera avec une adresse consommée le principe de contradiction, et on n'aura qu'une aspiration „comprendre, connaître: „begreifen und erkennen das gegebene Recht so wie es einmal durch Gesetzgebung und Gesetzesvollziehung erzeugt ist“²³). Or une science ne connaît — selon Kelsen — qu'en exposant son objet comme une unité. C'est un postulat de sa théorie de la connaissance. Tout le Droit sera donc conçu comme un système fermé, ramené sous la catégorie de la norme juridique valable, „unter der Kategorie der gültigen Rechtsnorm“²⁴). Nous aurons à reparler beaucoup de cette catégorie.

On comprend que les oeuvres de ces deux hommes ne puissent se ressembler. Tandis que Roguin individualise les notions fondamentales du Droit et met en vive lumière ce qui les distingue les unes des autres, mais sans vrai plan ni système d'ensemble, allant au gré de sa curiosité et de son intérêt toujours en éveil, Kelsen redoute les oppositions de concepts qui troubleraient l'uniformité de sa construction systématique. Au lieu de marquer les différences spécifiques, il les minimise et il les supprime dans toute la mesure possible. Roguin aime à affirmer et Kelsen à nier. Le premier expose qualitativement les nombreux éléments dont se compose le Droit, le second finit par n'y laisser qu'un seul élément, la norme, et réduit toute la construction juridique à des différences quantitatives entre les normes. Roguin analyse, Kelsen cherche la synthèse. L'un s'intéresse à chaque arbre, l'autre ne voit que la forêt.

Il faut appuyer cela par des exemples.

²³) Article de la Juristische Wochenschrift, 1929, p. 1723. RR1., p. 1, p. 9, p. 17 etc.

²⁴) RR1., § 50, p. 135.

IV.

Quelques opinions comparées de Roguin et de Kelsen.

Voyons nos deux auteurs s'occuper de la relation à établir entre le rapport de droit (Rechtsverhältnis) et la règle de Droit (Rechtssatz); ils seraient, je crois, d'accord pour reconnaître que c'est la même chose décrite d'un point de vue différent: parler de la règle, c'est se mettre au point de vue du législateur qui l'émet; parler du rapport, c'est se placer à celui du résultat de cette règle, ou, si l'on veut, des personnes touchées et liées l'une à l'autre par la règle²⁵). Mais ce qui est frappant, c'est que Roguin choisit constamment ce second point de vue: Sa Règle de Droit est une „analyse des éléments du rapport juridique“. Elle aboutit à affirmer que dans tout rapport de droit il y a toujours et nécessairement deux sujets humains, un bénéficiaire et un obligé, le premier ne pouvant se concevoir sans l'autre et vice versa: „un des fondements de la science juridique pure“, dit Roguin, „la plus grande et la plus nouvelle des doctrines exposées dans la Règle de Droit“²⁶). Kelsen n'aime pas le rapport de droit, il déteste la notion de droit subjectif qu'il soupçonne d'idéologie; il essaie de lui ôter toute importance et de la réduire à celle de Droit objectif. Il en arrive ainsi à dire qu'une Rechtspflicht, ou une obligation, peut exister sans une Berechtigung, ou droit subjectif correspondant. Opinion qui n'est du reste pas spéciale à Kelsen . . et que Roguin taxe „d'aberration vraiment stupéfiante“²⁷).

Pourtant, s'il s'agit de garder la doctrine pure de toute idéologie, Kelsen a eu raison de se méfier du droit subjectif et du sujet de droit. Ce que disent nos deux auteurs sur la notion de personne va nous le montrer.

²⁵) Sc. jur. p., I, p. 81, — RR1., p. 47.

²⁶) Sc. jur. p., II, p. 285/286. Cfer encore: Sc. jur. p. I, p. 469: „La doctrine, absolument primordiale des deux sujets“.

²⁷) RR1., p. 47/48, à comparer Sc. jur. p. II, n° 628, p. 295.

Roguin est tout naturellement entraîné par sa théorie des deux sujets nécessaires à examiner qui peuvent être ces sujets, et par là à étudier l'homme et sa psychologie. Cette recherche, très intéressante d'ailleurs, aboutit à poser cette thèse: „L'être humain vivant et doué de discernement est le seul sujet juridique“²⁸⁾. Il refuse donc cette qualité aux aliénés et aux enfants nouveaux-nés. Il est clair que nous avons quitté le terrain de la théorématique et que nous nous mouvons en plein Droit naturel, comme le prouvent les justes critiques, faites de cette hérésie, par M. l'abbé François Charrière, professeur au Grand Séminaire de Fribourg²⁹⁾.

Kelsen a flairé le redoutable piège idéologique que tend à la science pure l'introduction de l'élément humain dans la théorie du Droit. Il fait donc un grand effort pour réaliser „la dissolution de la notion de personne“ (Auflösung des Begriffs der Person)³⁰⁾. La personne physique ne sera pas l'être humain, comme l'enseigne la doctrine traditionnelle; il distinguera rigoureusement entre l'homme et la personne. L'homme, qu'est-il donc? Un concept biologique psychologique, pas un concept juridique. Et la personne qu'est-elle donc? C'est l'expression d'une unité (Einheitsausdruck) ou si l'on veut le point d'imputation commun de tous les droits et obligations qui s'individualisent en se rapportant à un seul homme³¹⁾. La phrase, malgré que je l'abrège, est manifestement em-

²⁸⁾ Sc. jur. p. II, p. 313 et suiv.

²⁹⁾ Dans les „Monat-Rosen“, organe de la Société des étudiants suisses, 1925, p. 271, 381, 443, sous le titre: „Les enfants et les aliénés ont-ils des droits“?

³⁰⁾ RRI. § 25, p. 52 et suiv.

³¹⁾ RRI. ibidem p. 52, 54, 57. — Voir aussi un article de H. Aufricht: „Die dialektische Methode und der Stufenbau der Rechtsordnung“ dans la Zeitschrift für öffentliches Recht, 1933, p. 68 à 103: on y définit la personne par la notion d'imputation, celle-ci par la notion de volonté juridique, cette dernière par la notion de personne et ainsi de suite! Insaisissable!

barrassée (entre nous, je crois même qu'elle ne veut rien dire), mais Kelsen pense avoir échappé au danger idéologique inhérent à notre personnalité, en réduisant l'homme dans la norme, par l'artifice des concepts mal définis d'imputation et de personne, à n'être plus qu'un point mathématique abstrait, auquel tout ce qui est humain est étranger.

Du même coup il supprime un nouveau dualisme et peut concevoir la personne juridique comme identique en nature à la personne physique (*wesensgleich*). Il repousse toutes les explications réalistes (qui sont au contraire celles de Roguin) de la personne morale; il l'appelle l'expression d'unité pour un complexe de normes, ou comme la personne physique un point d'imputation (ce qui me paraît encore une fois un mot bien savant mais vide de sens).

Si peu d'accord sur la notion de personne morale, naturellement Roguin et Kelsen ont de la notion d'Etat une conception toute différente. Pour le premier: une réalité bien vivante, un „ensemble d'hommes physico-psychiques agissant extérieurement et matériellement“. Il s'agit pour lui „d'étudier la structure de l'Etat au point de vue de la détermination de ses membres individuels³²“. Pour Kelsen, cette opposition de l'individu à la collectivité, c'est de l'idéologie, comme aussi le dualisme Droit et Etat, de sorte que, repoussant toute conception ontologique de l'Etat, il en fait encore un problème d'imputation, ou l'identifie avec l'ordre juridique lui-même³³).

S'il est une distinction à laquelle Roguin tenait, c'est celle du droit réel et du droit personnel, du droit absolu et du droit relatif: il en a fait dans ses deux ouvrages une longue étude qui „relève exclusivement de la science juridique pure“, écrit-il. — Kelsen voit ce du-

³²) Sc. jur. p. II, n° 779, p. 475.

³³) RRI. § 25, p. 58/59 — §§ 47 et 48 p. 117 et 125.

alisme de très mauvais oeil, car elle a, selon lui, „un caractère idéologique déclaré“³⁴).

Kelsen nie en tant que qualitative la distinction des trois fonctions législative, exécutive et judiciaire; il dissout (Auflösung) le dogme de la souveraineté de l'Etat où il voit un instrument de l'idéologie impérialiste brandi contre le Droit des gens; il conteste qu'il puisse y avoir des lacunes dans la législation. Ceci comme conséquence d'une conception très particulière de l'interprétation des lois, qui nous donnera l'occasion d'une dernière comparaison. Roguin enseignait avec une rigoureuse fermeté: „le législateur seul fait le droit et sa volonté seule doit servir à l'interpréter“ et „En dehors de cette règle suprême, il n'y a que confusion de pouvoirs et idées, contradiction, gâchis sans issue“³⁵). C'est la conséquence forcée du positivisme, semble-t-il. Mais Kelsen trouve moyen de nier même cela, en demandant: cette volonté du législateur, est-ce sa volonté vraie, peut-être mal exprimée, ou celle, souvent différente, que paraît donner la lettre de la loi? L'une et l'autre solution, dit-il, se valent du point de vue positiviste. D'où cette conclusion au premier abord bien étrange que si la lettre de la loi est équivoque et tolère logiquement plusieurs sens, toutes ces interprétations sont équivalentes du point de la science juridique pure³⁶). Quand on y réfléchit, c'est bien la conséquence forcée de la renonciation à tout jugement de valeur, et Kelsen est absolument dans la logique de sa théorie du Droit. Seulement surgit alors la question: „une telle con-

³⁴) Sc. jur. p. III, n° 920, p. 637 et suiv. à comparer à RRI. p. 45.

³⁵) Observations sur la codification des lois civiles, Lausanne, 1896, p. 81 et Sc. jur. p. I, n° 404, p. 585.

³⁶) RRI. p. 94/96 — puis un article de Kelsen: „Zur Theorie der Interpretation“ dans la Revue internationale de la Théorie du Droit, 1934, p. 9 à 17. Enfin Klinghoffer: „Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten“, dans la même revue, 1939, p. 187 à 203.

séquence ne condamne-t-elle pas le point de départ doctrinal? cette théorie a-t-elle encore quelque intérêt? A force de supprimer les distinctions, d'uniformiser, d'abolir et de nier, ne tendons-nous pas vers le néant, comme on en a accusé le Kelsénisme?³⁷⁾ Que nous enseigne-t-il de positif?

On nous répond: le „Stufenbau der Rechtsordnung“, le Droit conçu comme un édifice de normes liées et étagées les unes sur les autres. Voilà l'apport que l'Ecole de Vienne est fière de nous avoir fait³⁸⁾.

Laissons donc pour un moment Roguin à ses analyses des notions fondamentales et traditionnelles³⁹⁾; suivons Kelsen seul dans son travail de construction systématique et unitaire de l'ordre juridique, et nous verrons tout ce que peut donner l'idée de science juridique pure, quand on la pousse aux dernières conséquences.

V.

Le „Stufenbau“ de l'ordre juridique.

Cette image architecturale doit illustrer la constatation que le Droit, dans son élaboration et sa mise à exécution, est un passage du général au particulier, ou si l'on veut un processus d'individualisation. Le jugement, décision concrète rendue selon une norme abstraite, est une réalisation occasionnelle de celle-ci, faite dans une circonstance, à un moment de l'histoire et pour certains hommes déterminés. Voilà qui n'est guère nouveau, et si le Stufenbau n'était que cela, on ne le clamerait pas comme une grande découverte.

³⁷⁾ Horvath: „Die Idee der Gerechtigkeit“ dans la Zeitschrift für öffentliches Recht, 1928, p. 508 à 544.

³⁸⁾ Voir le dernier chapitre du livre de Ebenstein.

³⁹⁾ Intéressante critique de la conception du Droit pur chez Roguin, dans l'ouvrage de P. de Tourtoulon, prof. à Lausanne: Les principes philosophiques de l'histoire du Droit, Payot et Cie, Lausanne et Paris, 1908—1919, voir p. 522 et suiv.

Ce qui lui donne son style, ce qui justifie l'image de l'édifice par degrés, c'est qu'il est fait d'un seul type de pierre ou de brique: la norme, d'un seul ciment d'appareillage: la validité formelle de la norme, et qu'il s'élève d'un seul jet dès l'acte d'exécution forcée le plus infime jusqu'à une norme suprême tout à fait générale, placée au dessus de la constitution elle-même.

Kelsen, effaçant comme toujours les distinctions, sous le nom de „normes individuelles“ assimile à la loi quant à leur nature juridique le jugement, la décision administrative et même le contrat. Le magistrat, les parties qui passent une convention, eux aussi créent une norme, une norme qui ne se distingue des normes dites supérieures, c'est à dire plus générales, que par son degré de plus grande individualisation⁴⁰). De nouveau le qualitatif cède au quantitatif. De là cette apparence de simplicité, d'harmonie majestueuse qu'au premier abord revêt le Stufenbau.

Voyons de près les matériaux dont il est fait: la norme et la validité formelle. Il faut repartir de la distinction fondamentale entre le „sein“ et le „sollen“. Pour Kelsen l'être ou sein et le devoir être ou sollen sont deux objets irréductibles l'un à l'autre de notre connaissance. De la „nature“ ou monde de l'être, il faut „séparer de la façon la plus nette“ le Droit, car le Droit appartient à l'ordre du „sollen“⁴¹).

Peut-on préciser et définir plus exactement ce qu'il faut entendre par un „sollen“? Dès l'un de ses premiers écrits, Kelsen avait répondu: „Comme le Sein, le Sollen est une catégorie primordiale, et de même qu'on ne saurait décrire ce que sont l'Être ou le Penser, aussi peu y

⁴⁰) RRI. p. 79 et 82. — Article: „Contribution à la théorie du traité international“ dans la Revue internationale de la Théorie du Droit, 1936, p. 253 à 292, voir p. 254 et suiv.

⁴¹) Article: „La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du Droit“, dans la Revue de métaphysique et de morale, 1934, p. 184, 188 et suiv.

a-t-il une définition du devoir être⁴²). Mais, en rattachant le Droit à la catégorie du „Sollen“ ou devoir être, ne sommes-nous pas en danger mortel d'idéologie? Cette catégorie du „devoir être“ n'est-elle pas métaphysique et transcendante, ou au moins un impératif moral, un absolu? Comment Kelsen va-t-il sauver la pureté de sa théorie du Droit? Il s'y efforce aux pages capitales 20 à 24 de son livre en distinguant de la norme morale la norme juridique. Cette dernière est aussi une catégorie, mais une catégorie transcendantale au sens de la philosophie de Kant, au lieu que la norme morale serait une idée transcendante et métaphysique. En m'aidant du précieux dictionnaire de Lalande, je vois qu'une catégorie transcendantale, selon Kant, serait une „condition a priori de l'expérience“, une „loi de l'entendement en tant que règle de la connaissance“. Cette loi a priori de la connaissance, dont Kelsen affirme l'existence dans notre esprit, nous permettrait de comprendre la norme juridique, non plus comme un impératif (ce qui est le propre de la norme morale), mais comme un jugement hypothétique créant un lien spécifique (spécifique au Droit sans doute?) entre deux faits dont l'un est la condition et l'autre la suite de cette condition. Avouons que cela n'est pas tout à fait facile à comprendre: qu'est-ce que ce lien entre deux faits; qu'est-ce que ce lien spécifique nommé le „sollen“ juridique? Pour nous éclairer, Kelsen, bien que le sollen doive rester tout à fait distinct de l'ordre de la nature, le met cependant en parallèle avec le lien de causalité naturelle entre deux faits dont le caractère inéluctable, nécessaire s'exprime par un „müssen“. Tandis que les lois de la nature disent: si A est, B sera (si la température baisse à 0 degrés l'eau gèlera), les lois du Droit disent: si A est, B doit être (si un acte qualifié délit est commis, une peine doit intervenir). Mais,

⁴²) Opuscule: „Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“, Mohr, Tübingen 1911, voir p. 6.

insiste Kelsen, le doit juridique, le sollen, est dépouillé de toute idée de valeur, politique ou morale; il signifie simplement que le premier fait (le délit) conditionne le second (la sanction). C'est ici que Kelsen emploie encore le mot imputation (Zurechnung), sans qu'on voie très bien les rôles respectifs du „sollen“, du „bedingen“ du „zurechnen“. Tandis que, dans l'ordre des lois nécessaires de la nature, nous appelons causalité ce qui rattache le fait conséquent au fait antécédent, dans l'ordre juridique il appelle imputation le rapport que nous faisons du fait-sanction (la peine) au fait-condition (le délit).

Tel est le schéma de la norme juridique, selon Kelsen. On comprend que l'être humain, avec ses désirs, ses passions, sa volonté, sa conscience, son âme enfin ne puisse guère y trouver place, et on voit pourquoi il était nécessaire de réduire la personne aux dimensions imperceptibles d'un point géométrique, dit d'imputation.

Quand donc cette imputation d'un fait sanction à un fait condition aura-t-elle lieu? Quand une norme sera en vigueur (gelten). Qu'est-ce pour une norme qu'être en vigueur? C'est appartenir à un ordre de normes, à un système de normes. Quand, demanderons-nous enfin, les normes appartiennent-elles les unes aux autres de façon à former un système? Quand elles peuvent toutes être rapportées à une norme suprême ou fondamentale, que Kelsen appelle la „Grundnorm“. C'est de leur conformité avec cette Grundnorm que d'étage en étage, les normes inférieures, même les normes dites individuelles, tirent leur force de loi ou validité.

Ici, nouveau péril idéologique: on pourrait croire que cette conformité doit s'entendre du contenu des normes qui devrait s'accorder avec le contenu de la Grundnorm. On risque de trouver une notion de valeur. Mais non, un tel lien matériel n'a lieu qu'entre les normes de la morale. Quant aux normes juridiques, elles ne valent que par la régularité de leur naissance, non par le comportement qu'elles ordonnent. „Tout contenu quel-

conque peut être Droit; il n'est point de conduite humaine, qui soit privée, comme telle et en vertu de ce qu'elle est, de la possibilité de devenir le contenu d'une norme juridique". Une norme ne vaut juridiquement que parce qu'elle a vu le jour, a été posée, selon une règle ou une méthode tout à fait déterminée.

Le lecteur est prié de se rappeler ces déclarations qui se trouvent aux pages 63/64 de la *Reine Rechtslehre*.

Elles troublent quelque peu l'image du Stufenbau qui éveille une impression statique. Si en effet les normes sont liées entre elles, non par une certaine concordance matérielle, mais seulement par leur mode de naître, et par la filiation qui les fait toutes descendre de cet Adam juridique qu'est la Grundnorm, je vois plutôt le droit en mouvement que stable comme un édifice, et la Grundnorm serait à l'origine d'une création. De fait, Kelsen, dans cette page 64, dit de la Grundnorm qu'elle est le point de départ d'une procédure (Ausgangspunkt eines Verfahrens), et lui attribue un caractère absolument formel et dynamique (einen durchaus formal-dynamischen Charakter). Dans la critique que nous allons faire du Stufenbau, nous verrons Kelsen mitiger notablement ces affirmations, et faire bon gré mal gré une certaine place au contenu des normes, de sorte que la représentation métaphorique de l'ordre juridique comme un Stufenbau reste possible.

La norme suprême va donc prendre dans la systématisation du Droit une importance décisive. Elle s'entoure hélas! d'un certain mystère; je n'ai pas su en trouver dans la reine *Rechtslehre* une définition vraiment nette. Je lis cependant (p. 65/66) qu'elle est la base de la validité de la constitution, qui elle-même sert de base à toutes les lois et à tous les actes juridiques qui reposent sur ces lois. Kelsen en donne la formule schématique que voici: La contrainte doit être appliquée sous les conditions et en la manière que fixent le premier donneur de constitution ou les instances par lui déléguées. La Grundnorm

appartient-elle au Droit supernational qu'est le Droit des gens? Ou bien y aura-t-il autant de ces règles suprêmes qu'il y a d'ordres juridiques nationaux? Non sans hésitation, Kelsen l'attribue au Droit des gens. C'est précisément pour pouvoir le faire qu'il devait abolir les absolutismes nationaux découlant du concept de souveraineté. Réduisant donc les divers Etats à n'être que des degrés intermédiaires dans le Stufenbau, Kelsen atteint son idéal d'unité et conçoit tout l'ordre juridique comme un seul et immense édifice, élevant ses étages de normes dès l'acte du gendarme, en passant par les contrats, les jugements, les décisions administratives, en passant plus haut par l'étage des lois générales, plus haut encore passant par les constitutions nationales, parvenant enfin au sommet, à la Grundnorm du Droit des gens, qui semble avoir pour formule: *pacta sunt servanda*⁴³).

Vision grandiose!

Ne serait-ce qu'une vision?

VI.

Critique du Stufenbau.

Le Kelsénisme, et particulièrement le Stufenbau, ont eu un grand retentissement dans la période qui a séparé les deux guerres. Partisans et adversaires ont multiplié leurs articles parfois passionnés. Parfois, attaquant sur une conséquence secondaire de la doctrine, on a entrepris de sauver tel dualisme traditionnel que Kelsen abolissait. Par exemple le professeur Waline de Nancy repousse l'assimilation, sous le nom de norme individuelle, du jugement et du contrat à la loi comme source de droit⁴⁴). Avec raison: la notion de norme in-

⁴³) RRI. p. 129/130.

⁴⁴) Article: „Observations sur la gradation des normes juridiques établie par Mr. Carré de Malberg“, dans la Revue de Droit public, 1934, p. 521 à 570. — Voir aussi l'article de Kelsen cité note 40.

dividuelle contient une contradiction dans les termes.

Ne nous arrêtons pas à telle question particulière et allons aux idées fondamentales. Soumettons à un examen critique les deux concepts centraux du Stufenbau: la Geltung et la catégorie de la Rechtsnorm.

On se rappelle que Kelsen avait fait dépendre la validité (Geltung) d'une norme de son mode de création, abstraction faite de toute exigence quant à son contenu (p. 63/64). Mais est-il possible de se représenter clairement un système de normes liées entre elles, et rattachées à la norme suprême, de cette façon seulement formelle? Kelsen a voulu dire je pense qu'un système de compétences, désignant aux divers degrés les divers poseurs de normes, sans rien leur prescrire quant à ce qu'ils doivent poser, bref qu'une simple création étagée d'organes, sans aucune règle matérielle quelconque, suffirait à faire un ordre juridique. Plus je médite, moins je conçois un tel ordre juridique. Car faute d'un contenu matériel de la règle supérieure à quoi se conformer, chaque organe serait libre de faire tout ce que bon lui semble, sans que jamais on puisse dire que sa décision manque de validité. On aboutirait ainsi à un désordre juridique total, à moins d'appeler ordre juridique la volonté toute personnelle et arbitraire de quiconque a le pouvoir d'organe à chacun des degrés, ce qui revient à la formule: le droit est la force. Non, la notion de compétence implique par définition un contenu matériel, une prescription de fond limitant le pouvoir conféré à l'organe compétent; un système des règles de droit est nécessairement ordonné par le contenu de ces règles et pas seulement par leur mode de naître⁴⁵).

C'est tellement évident que Kelsen lui-même est obligé de faire une place au contenu des normes dans le

⁴⁵) Julius Moor montre qu'une systématisation des normes juridiques n'est possible que par leur contenu, dans deux articles de la Revue internationale de la Théorie du Droit, 1938, p. 9 à 21, — 1939, p. 1 à 13.

Stufenbau. Peu à peu, sans en avertir assez le lecteur inattentif, il s'éloigne de sa définition formelle de la validité, et il écrit à la page 74:

„Le Droit règle sa propre création, et cela en cette manière qu'une norme juridique règle la procédure de création d'une autre norme juridique, et aussi — à des degrés divers — le contenu de la norme à créer.“ Exigeant maintenant une conformité du contenu de la norme inférieure avec le contenu de la norme supérieure, il recourt à l'image du cadre; chaque norme est un cadre dans lequel celle qui lui est subordonnée doit trouver place⁴⁶). Les normes s'emboîtent si l'on veut les unes dans les autres.

Cette nouvelle définition de la validité va mettre à une rude épreuve notre constructeur anti-idéologue. Que dire en effet d'une norme juridique, régulière par son mode formel de création, mais contraire par son contenu au contenu de la norme supérieure? Sera-t-il valide, oui ou non, l'acte de l'agent d'exécution qui méconnaît le jugement à exécuter, ou bien le jugement qui viole la loi à appliquer, ou enfin la loi contraire à la constitution? Aucune des réponses possibles ne contentera la science juridique pure: en effet, si nous disions que sont valides les actes de l'organe compétent dès qu'ils sont en fait appliqués — par exemple quand le jugement ou la loi contraires à la constitution ne sont pas annulés — nous quitterions le domaine du *sollen* pour faire de la validité un fait, un *sein*: ce serait du sociologisme. Mais si d'autre part nous disions que ces actes ne sont pas valides, quoique non annulés et en fait appliqués, une telle notion de la force de loi cesserait d'être positive; elle deviendrait superlégale, elle appartiendrait au Droit naturel, ô! horreur! elle serait de l'idéologie! Cruel dilemme dont Kelsen croit sortir par l'ingénieux raisonnement que voici: Du moment que la loi inconstitutionnelle, ou le

⁴⁶) R.R.I., § 36, p. 94 et suiv.

jugement contraire à la loi, ne sont pas annulés selon une procédure prévue par la norme supérieure, c'est la preuve que cette norme supérieure admettait aussi que les actes contraires à ce qu'elle voulait soient néanmoins valides. Cette norme supérieure que nous pensions violée était alternative: elle ordonnait bien ceci, il est vrai, mais, en laissant faire cela, elle enlevait d'avance à ce cela son caractère irrégulier, d'où il appert qu'en définitive la norme violée n'est pas violée. Le principe de validité tiré du conformisme matériel des normes en étage est sauvé, et on a gardé le positivisme pur de toute idéologie! Kelsen tire de là cette merveilleuse et bien consolante conséquence qu'il est logiquement impossible qu'une loi positive de l'Etat national soit contraire au Droit des gens⁴⁷⁾! D'abord on est ébloui; puis on se frotte les yeux et on voit que ce n'est qu'un tour de prestidigitation. On n'a pas supprimé, on a seulement masqué la contradiction en la faisant passer de la norme inférieure à la norme supérieure, comme une muscade, sous le couvert du mot alternatif. Car ce mot, comme Kelsen l'utilise ici, implique contradiction: Ou bien dès l'origine la norme supérieure prévoyait et permettait, expressément ou tacitement, le contenu qu'a pris la norme inférieure, alors le problème ne se posait pas, — ou bien, si le problème se posait, c'est que cette norme supérieure excluait ce qui est arrivé, alors c'est contredire la prémisse que d'y introduire après coup une alternative. Plus loin Kelsen condamne lui-même le concept de la norme alternative, quand il écrit à page 136: „On ne peut pas affirmer la validité d'une norme ayant le contenu a et en même temps la validité d'une norme ayant le contenu non-a“. C'est bien évident.

Concluons: la reine Rechtslehre, prise entre le sociologisme et le Droit naturel, ne voulant ni de l'un ni de l'autre, ne peut pas définir clairement la notion de validité des normes.

⁴⁷⁾ RR1., § 31, p. 84 à 89, — et § 50, p. 144 à 146.

Nous expliquera-t-elle mieux la notion fondamentale de norme, qu'elle emploie au moins dix fois par page? Non, à mon avis⁴⁸). Certes, il y a, dans notre structure psychique, une catégorie du *sollen* aussi primordiale et indéfinissable que celle du sein, mais elle se présente à moi comme un appel à ma volonté, comme un impératif absolu, bref avec ce caractère moral et métaphysique que précisément Kelsen veut extirper. J'ai beau chercher dans mon entendement, je n'y trouve pas cette autre catégorie du *sollen* spécifiquement juridique qui ne serait ni l'être, le sein, ni le devoir être impérieux et absolu dont je viens de parler. Cette catégorie du *sollen* juridique, prétendue loi a priori de l'esprit humain, n'est qu'une invention tout à fait arbitraire de la reine *Rechtslehre*.

Les choses ne s'éclairent pas par la formule schématique qu'on nous donne de la norme spécifiquement juridique. Elle est modelée, on se le rappelle, sur celle du principe de causalité „si A est, B sera“, — et elle s'exprime: „si A est, B doit être“. — Dans l'un et l'autre cas un enchaînement de deux faits, mais dans le second le chaînon est formé de l'expression „doit être“ (*sollen*), au lieu du mot „sera“, arrivera nécessairement (*müssen*), des lois de la nature. Or quel peut bien être le sens du terme „doit être“, si je ne fais pas intervenir un homme avec sa volonté, et un appel à cette volonté, bref ce que Kelsen honnit, un élément idéologique? Car enfin une séquence entre les deux faits A et B n'est concevable que sous deux formes: ou bien B est l'effet d'une cause nécessaire A, et c'est une loi naturelle, — ou bien B suit A, non pas que cette suite soit inévitable, mais parce qu'une volonté l'a décidé ainsi⁴⁹). On me répondra: il n'y a

⁴⁸) Voir Campagnolo, dans la *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1937, p. 215 et suiv., surtout p. 225/226. — Voir aussi, même revue, 1939, p. 88 à 101.

⁴⁹) Comparez Roguin, *Sc. jur. p. I* n° 407, p. 591. La formule de Roguin: si A est, B est.

aucun impératif en A, aucun appel à une volonté, A n'est que la condition du fait B: si on vole, on doit être puni. Accordons cela un instant: on n'a pas éliminé l'impératif; il a passé, voilà tout, de A en B: doit être puni. On objectera à nouveau que le fait B lui-même n'est que la condition d'un fait C: si le juge ne punit pas le voleur, son jugement doit être cassé. Je veux bien encore, mais nous voilà arrivés au juge suprême. Pour celui-là, décidément, vous ne pouvez plus donner au mot „doit“ la portée d'une simple condition d'un fait subséquent, puisqu'on ne peut aller au-delà du juge suprême. Alors quel sens attribuer au mot doit dans la norme liant le juge suprême, sinon le sens de *sollen* moral, que les honnêtes gens donnent au mot „devoir“? La Grundnorm tout au moins logiquement doit exprimer un tel „devoir“; elle ne peut pas avoir le „caractère absolument formel et dynamique“ que Kelsen lui prêtait tout à l'heure.

On le voit, en approfondissant les concepts de validité et de norme, on est forcé de constater que la Grundnorm a un contenu — sinon il n'y aurait pas de validité possible des autres normes — et un contenu non positif mais éthique, de Droit naturel, — sinon c'est la notion même de *sollen*, soit de norme qui tomberait en poussière. Et comme l'ordre juridique n'est que le rattachement par leur contenu de toutes les normes à la norme suprême, voilà que tout le système du Droit positif ne peut se concevoir, dans son essence et sa structure (*Wesen und Struktur*), que comme reposant sur le Droit naturel, sans lequel il demeure incompréhensible. Résultat diamétralement opposé au programme strictement positiviste de la première page! —

Kelsen se débat comme il peut. Tantôt plaçant la norme suprême dans le Droit des gens, il paraît faire au Droit naturel la concession qui s'impose: y a-t-il en effet axiome plus typiquement de Droit naturel que le „*pacta sunt servanda*“?⁵⁰⁾ Tantôt, repris par son anti-idéolo-

⁵⁰⁾ Roguin, *Sc. jur. p. I*, n° 320 p. 480/481: „Le respect

gisme, il déclare abandonner ce point de vue, et il revient chercher la Grundnorm dans le principe d'effectivité: le pouvoir est légitime qui réussit à forcer durablement l'obéissance; mais alors on a beau jeu d'objecter à Kelsen qu'il sort du domaine du *sollen* et fonde le droit sur le sein, sur le fait de force. Tantôt il réduit la Grundnorm à n'être qu'une hypothèse, sans préciser d'ailleurs comment il la comprend; elle serait non pas posée mais supposée: „nicht gesetzt, sondern vorausgesetzt“⁵¹); mais alors tout l'ordre juridique positif qui en dépend ne peut être lui aussi qu'une hypothèse, et la reine Rechtslehre qui voulait connaître, „erkennen“, son objet, le Droit positif, le voit s'évanouir.

C'est bien l'impression finale que laisse la contemplation du Stufenbau⁵²).

Dans la pénombre d'une forêt nordique, nous avons entrevu l'harmonie d'une ordonnance étagée, des formes régulières et pures, comme si là-bas s'élevait un château enchanté. Mais à mesure que nous approchions, l'édifice devenait ligne idéale, abstraction, éther. Atteignant le lieu où nous l'avions cru voir, réellement il n'y avait

des engagements, tel est malheureusement le seul principe de droit naturel qui semble d'enseignement universel.“

⁵¹) Comparez: RRI. p. 66/67, p. 68 à 73, p. 148/149, et l'article de Kelsen dans la Revue internationale de la Théorie du Droit, 1938, p. 211 à 216.

⁵²) Voir les articles de Pitamic (Zagreb) dans la Zeitschrift für öffentliches Recht, 1935, p. 410 à 416, — de Martyniak dans Archives de philosophie du Droit, 1937, p. 166 à 190, et compte rendu Le Fur, ibidem, 1939, p. 268, — de Dupeyroux, ibidem, p. 7 à 77, surtout p. 49, p. 52, 53 où il appelle la théorie de Mr. Kelsen: „un jeu en marge de la tragique réalité“! — Horvath, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1928, p. 508 à 544, voir p. 525: „Die Grundnorm ist eine Form, die vom Positivismus nie ihren Inhalt erhalten kann! Dies ist die endgültige Vernichtung des Gegenstandes und das Verstummen der Skepsis“. — Losonczy, même revue 1937, p. 145 et suiv., voir surtout p. 182 à 185.

rien; ce n'était qu'un rêve, une hallucination, la plus déceptive des hypothèses.

VII.

Y a-t-il une science juridique pure ? Conclusion.

Il est temps de retrouver Roguin et, le joignant une fois encore à Kelsen, de montrer pourquoi leur tentative de créer une science juridique qui soit pure a fait fiasco.

Est-il besoin de le dire ? Ce mot un peu dur ne s'adresse qu'à leur commune erreur philosophique; il laisse intacts notre respect et notre admiration pour ces deux savants et pour leur oeuvre d'exceptionnelle valeur.

Nous n'oublions pas les éminents services qu'ils ont rendus à la Science du Droit. Ils ont discrédité la Begriffsjurisprudenz, cette fabrication de concepts artificiels, purement verbaux, comme le précontrat (Vorvertrag) l'hypothèque du propriétaire (Eigentümerhypothek) et la réalité de la personne morale, pour ne citer que quelques articles de la camelotte juridique à la mode il y a un demi-siècle. Ils ont pourchassé une certaine forme abâtardie du Droit naturel, faite de paresse d'esprit, parfois de déloyauté, remplaçant les raisons par une sentimentalité facile ou par un appel aux intérêts et aux passions les plus basses. Notre temps souffre assez de cette sorte de jurisprudence!

Nous pourrions poursuivre longtemps l'énumération des titres de Roguin et Kelsen à notre reconnaissance.

La vérité nous oblige néanmoins à redire: leur science juridique, en tant que pure, est un fiasco. D'une part nous avons vu Kelsen dénoncer avec raison des idéologies sous la plupart des distinctions fondamentales, dans lesquelles Roguin a excellé: notre maître a fait de la plus substantielle et de la meilleure science juridique, mais elle n'est telle que parce qu'elle n'est pas pure. La „Règle de Droit“ et l'ouvrage de 1923

sont remplis d'utiles enseignements; ils ne ressemblent pas du tout à une „théorématique“ comme on nous l'annonçait.

D'autre part, Kelsen n'apporte rien à la jurisprudence pratique, puisqu'il renonce à dire quoi que ce soit de la matière des lois et de leur interprétation. Et quand il a essayé d'en systématiser les formes seules, les catégories spécifiques prétendues, indépendamment de tout contenu, nous avons vu la notion même de norme devenir inintelligible, et nous cherchons vainement de quelles connaissances nous sommes enrichis. Faisant un effort dialectique surhumain, il a presque réussi à expulser toute idéologie de sa science juridique, mais il l'a rendue si totalement négative et si extrêmement pure qu'elle est insaisissable, qu'elle se dissout et se vide au point que nous sommes pris de malaise et d'oppression.

Ainsi ces deux puissants esprits se trouvent avoir démontré, bien contre leur intention, que le positivisme juridique intégral est une position philosophiquement intenable, et qu'il n'y a pas de science juridique pure de toute idéologie.

Il n'y a pas de science juridique pure, parce qu'il y a contradiction à reléguer le Droit naturel dans le sentiment individuel et subjectif, à vouloir s'en tenir au seul Droit posé par l'autorité étatique, tout en prétendant faire de ce Droit positif d'origine toute humaine l'objet d'une science de validité universelle. L'objet de cette science manque.

Il y a contradiction à distinguer le sein du sollen, et néanmoins à vouloir connaître le sollen, selon une méthode homologue à celles des sciences mathématiques ou naturelles. Si le géomètre réussit à abstraire les concepts de ligne, de surface et de sphère des choses matérielles, rien ne prouve que le juriste puisse semblablement séparer du fond des normes leur forme, pour bâtir un système ou un ordre sur ces formes seulement. On a remarqué que Kelsen transporte dans le monde des normes

une théorie de la connaissance que Kant n'avait formulée que pour les sciences des choses⁵³). Cet hyperkantisme est probablement l'erreur fondamentale de la science juridique pure. On ne peut pas connaître les normes de la même manière qu'on connaît les propriétés du triangle-rectangle. Connaître une norme, c'est reconnaître le *sollen* qu'elle contient, le *sollen* ne se comprend que s'il implique affirmation d'un impératif, l'impératif lui-même n'est intelligible que s'il est imputé à un homme, non à un point abstrait, mais rapporté à une vraie personne ayant un corps et une âme. Faire du droit sans l'homme est vain⁵⁴).

Or mettre l'homme et sa nature à la base de la pensée juridique, c'est revenir au Droit naturel. Il faut revenir au Droit naturel. Aristote enseignait, paraît-il, que seul il est objet de science, le Droit positif étant affaire de pratique⁵⁵).

Qu'est-ce que le Droit naturel? Comment le connaissons-nous? Nous ne pouvons entamer ici cet autre grave sujet⁵⁶). Bornons-nous à nous séparer une dernière fois de Roguin et Kelsen, quand ils écrivent:

„les maximes de justice... sont abandonnées aux contradictions et aux fluctuations des jugements de valeur subjectifs“; elles sont „inaccessibles à la connaissance

⁵³) Ebenstein, op. cit., p. 34/35. Losonczy, article cité. Fränkel, article sur „l'Universalisme et la théorie pure du Droit“ dans la Revue internationale de la théorie du Droit, 1937, p. 294 et suiv., voir p. 297. Le Hollandais Dooyeweerd selon van Wien dans la même revue 1938, p. 234.

⁵⁴) Campagnolo, article cité, p. 223, montre que l'homme est le sujet immanent de la norme qui n'est réelle que dans et par son rapport avec lui.

⁵⁵) Salomon: „Rechtswissenschaft nach Aristoteles“, article dans Revue internationale de la Théorie du Droit, 1939, p. 76 et 87. Losonczy, à la fin de l'article cité.

⁵⁶) Nous l'avons abordé dans une brève „Note sur le Droit naturel“, parue dans la Revue de théologie et de philosophie 1940. Tirés à part chez F. Rouge et Cie., Lausanne.

rationnelle“, un „logosfremdes Objekt“⁵⁷⁾. Je crois au contraire que l'on peut et que l'on doit raisonner sur les maximes du Droit naturel, qu'à vrai dire c'est la seule manière d'élaborer, d'interpréter et de systématiser un Droit positif qui mérite encore le nom de Droit. Seul peut dire qu'il connaît le Droit, celui qui le fonde en raison, sur le Droit naturel.

Que si on refuse à nos études, parce qu'elles ne sont pas „wertfrei“, le nom de science, ne disputons pas sur les mots. Rendons à la Jurisprudence son sens étymologique. C'est lui restituer sa grandeur. Nous la nommerons sagesse, ou comme les anciens: „notitia boni et aequi“, ajoutant avec eux: „cujus merito quis nos sacerdotes appellet“.

N'envions donc pas leur titre aux savants qui scrutent les secrets de la nature; plus que la connaissance des choses vaut cette sagesse dont nous sommes appelés les ministres. Que, pénétrés de la valeur de nos recherches, comme de nos lourdes responsabilités, nous sachions mériter un si grand nom en nous montrant dignes de notre véritable et auguste vocation.

⁵⁷⁾ Sc. jur. p., I, fin n^o 320, p. 481 et R.R.I., p. 13, 14 et 15.