

Hans Kelsen et la théorie pure du droit

Février 2012

Résumé :

Hans Kelsen, juriste reconnu du XX^e siècle, a contribué à transformer l'approche du droit en tentant de le transformer en une science autonome et objective.

Il a établi une distinction claire entre l'étude du droit et sa création. La création du droit dépend pour lui de valeurs philosophiques ou morales. Elle est donc ancrée dans le politique. L'étude du droit, en revanche, peut s'effectuer objectivement, sans jugement de valeur.

Cet éclaircissement permet d'expliquer pourquoi deux juristes peuvent avoir des positions différentes sur un même cas : ils utilisent la science du droit pour déterminer des interprétations possibles de la loi, cohérentes avec le droit existant, mais ont besoin d'un apport personnel pour choisir celle qu'ils vont soutenir.

Kelsen propose donc d'établir une *théorie pure du droit*, lavée de tout jugement de valeur, et incite les praticiens du droit à reconnaître la part subjective résidant dans leurs prises de position.

Le droit en tant que science

Hans Kelsen, né à Prague en 1881 sous l'Empire austro-hongrois, a significativement contribué à l'élaboration d'une nouvelle théorie du droit et à l'émergence d'une science du droit séparée de la politique.

À son arrivée dans le milieu juridique, il est communément admis que le juriste doit se prononcer sur la justesse des lois et déterminer quel droit est juste. Pour Kelsen, ces tâches sont impossibles à surmonter sans faire appel à des valeurs politiques individuelles. La science du droit sert alors de voix à plusieurs opinions subjectives divergentes.

Kelsen avait pour objectif l'autonomisation du droit, sa séparation du politique, son objectivisation, d'où son appel en faveur d'une *théorie pure du droit*¹. La définition scientifique du droit proposée par Kelsen permettra de distinguer, parmi les voix discordantes des juristes, le point commun qu'est la véritable science du droit.

L'existence d'une science du droit est premièrement conditionnée à l'utilisation de règles strictes de logique. Si le juriste veut établir une véritable science *du* droit, celui-ci doit être considéré comme une unité. Ses contradictions internes doivent donc être éliminées pour qu'une réelle théorie générale du droit puisse émerger.

Une difficulté apparaît lorsqu'il s'agit de trancher entre deux normes juridiques divergentes. L'unité du droit n'est possible que si l'une d'entre elles au moins est éliminée. Pour déterminer celle qui doit être supprimée, Kelsen propose de chercher laquelle est en contradiction avec les normes de droit les plus générales. Pour choisir entre deux normes générales, il faut recourir à d'autres plus universelles encore. Afin d'éviter de remonter ainsi à l'infini, Kelsen est donc amené à considérer l'existence d'une norme fondamentale permettant de choisir quelles normes contradictoires éliminer comme une condition nécessaire à l'existence du droit en tant que science. Si le juriste refusait d'accepter une telle norme, il ne pourrait trouver une unité dans le droit et serait par conséquent dans l'impossibilité logique de faire du droit une science véritable.

Kelsen défend donc, au nom de la science, un état de droit où les normes juridiques sont organisées selon une hiérarchie que le juriste peut et doit identifier, toutes soumises au respect de la constitution. Le droit se trouve ainsi séparé des idéologies politiques. Le juriste, en tant que tel, se doit de considérer le droit dans son unité et sa cohérence interne sans faire intervenir de jugement de valeur. La science du droit est ainsi séparée de la création du droit, qui dépend, elle, de valeurs philosophiques ou politiques.

¹ Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?*, Droit & Société 22-1991

Cet article peut être consulté en ligne à l'adresse suivante :

www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds22/ds022-15.pdf

Pour Kelsen, une différence fondamentale entre la science du droit et les autres sciences réside en la nature de l'objet de son étude. Si une science exacte étudie les lois naturelles de causalité, le droit se penche lui sur les lois humaines qui sont artificielles et ontologiquement distinctes de la causalité. La loi de gravité implique qu'une pierre tombe nécessairement vers le sol si elle est lâchée, indépendamment d'une quelconque volonté humaine. Le droit, objet d'étude de la science du droit, est en revanche composé de lois qui trouvent leurs sources dans la volonté humaine. Séparer totalement le droit des convictions politiques n'aurait donc pas de sens. Mais il reste possible d'en séparer son étude. Si la politique joue nécessairement un rôle dans la création du droit, cela n'implique pas que le juriste, qui étudie le droit sans le créer, doive laisser la politique entrer dans sa science.

Cette distinction entre création et étude du droit pourrait se trouver mise à mal si l'on admet que les praticiens du droit sont très souvent créateurs de droit. Le juge, en rendant sa décision, crée une nouvelle norme, contraignante dans le cas concerné. Cette norme constitue un précédent qui fait désormais partie intégrante du droit que la science étudie. L'avocat, qui a tenté d'influencer le juge, a également participé à cette création. Mais il convient ici de distinguer la science du droit du métier de ceux qui l'utilisent. Le juge et l'avocat utilisent leur science pour connaître les différentes conclusions qu'ils pourraient choisir d'adopter en cohérence avec le droit. En revanche, lorsqu'ils choisissent leur conclusion parmi l'ensemble des possibilités, ils quittent la science pour entrer dans la politique juridique. La science pure n'intervient donc pas dans la création du nouveau droit ; elle ne fait qu'étudier le droit tel qu'il est.

Kelsen appelle ainsi les juristes à reconnaître la part de subjectivité inhérente à leurs prises de position. Mais ce faisant, il leur laisse une certaine liberté. La science n'étant pas en mesure de déterminer quelle est la seule et vraie interprétation, le juge, en tant que représentant de la justice et non en tant que juriste, peut choisir selon ses valeurs la décision qu'il rendra. On peut ajouter que cette liberté est accompagnée d'une responsabilité importante. Le juge et les avocats impliqués dans la prise de décision sont créateurs d'un jugement qui entrera dans le droit et la jurisprudence. Ceci aura des répercussions sur l'ensemble des jugements postérieurs, puisque le nouveau droit ainsi créé devra y être pris en compte.

Dans cette conception du droit, le rôle du praticien diffère donc de celui du théoricien. Alors que les juges et les avocats sont impliqués dans des interprétations donnant lieu à des normes contraignantes, le scientifique reçoit ces normes comme des données. Ainsi, bien qu'une connaissance scientifique du droit soit nécessaire au praticien, il ne peut exercer pleinement son métier sans un apport personnel de politique juridique qu'il convient de distinguer clairement de la science du droit. C'est cet apport qui permet d'expliquer que deux juristes puissent soutenir deux positions distinctes alors que leur science est identique.