

Les fictions du droit

Kelsen, lecteur de Vaihinger

Présentation et traduction par Christophe Bouriau



ENS ÉDITIONS

LA CROISÉE DES CHEMINS

Collection dirigée par
Pierre-François Moreau et Michel Senellart

Recherches, héritages, controverses : telles sont quelques-unes des formes que prend le mouvement des idées. L'histoire de la pensée ne se limite pas à des systèmes grandioses et fermés sur eux-mêmes ; elle est constituée également par des discours accumulés, des polémiques, des migrations conceptuelles d'un secteur de la pensée à un autre. La collection « La croisée des chemins » publie des textes consacrés à l'histoire intellectuelle et à ses retentissements actuels : philosophie, théorie politique et juridique, esthétique et enjeux des pratiques scientifiques. Elle s'emploie également à faire connaître la recherche étrangère en ces domaines et à donner à lire les textes fondamentaux qui ont marqué les grands moments de cette histoire.

LA CROISÉE DES CHEMINS

Les fictions du droit Kelsen, lecteur de Vaihinger

Textes traduits et présentés
par Christophe Bouriau

Contribution à une théorie des fictions juridiques,
centrée sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger (1919)

La fonction de la Constitution (1964)

de HANS KELSEN

ENS ÉDITIONS

2013

Éléments de catalogage avant publication

Les fictions du droit. Kelsen, lecteur de Vaihinger / Textes traduits et présentés par Christophe Bouriau – Lyon : ENS Éditions, impr. 2013. – 1 vol. (102 p.): couv. ill.; 22 cm. – (La croisée des chemins, ISSN 1765-8128)

Notes bibliogr. Index

ISBN 978-2-84788-407-4 (br.) : 13 EUR

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés pour tous pays. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon. Les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective sont interdites.

Couverture : William Hogarth, *Hudibras and the Lawyer* – plate VII. Tirée de *The Works of William Hogarth*, Londres, John Nichols, 1822. Source : La clé des Langues, photo de Vincent Brault.

Pour la version originale des textes de Kelsen

Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als ob © Hans Kelsen-Institut, Vienne

Die Funktion der Verfassung © Hans Kelsen-Institut, Vienne

Pour la présente édition

© ENS ÉDITIONS 2013

École normale supérieure de Lyon

15 parvis René Descartes

BP 7000 69342 Lyon cedex 07

ISBN 978-2-84788-407-4

À ma mère

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout d'abord Michel Senellart et Pierre-François Moreau qui ont suivi ce travail, et m'ont offert l'accueil d'ENS Éditions.

Je remercie M. Gueorgui Varbanov, procureur auprès de la cour d'appel de Nancy de 2008 à 2010, ainsi que les jeunes juristes Nicolas Ruiz et Virgile Zeimet, pour leurs analyses et leurs remarques constructives concernant mon texte de présentation.

Ma gratitude va également à Carlos-Miguel Herrera et Daniel Schneider, pour leur relecture attentive de l'ensemble de l'ouvrage.

C'est enfin au Hans Kelsen-Institut de Vienne, qui nous a accordé le droit de publier ces deux textes, que reviennent mes remerciements.

Il va de soi que l'aide précieuse apportée par les uns et les autres n'implique en rien qu'ils partagent l'ensemble des décisions touchant cette présentation et cette traduction.

NOTE SUR LES ÉDITIONS PRÉSENTÉES

Mes références à Vaihinger renvoient d'une part à la 3^e édition de *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche* [1911], Leipzig, Felix Meiner Verlag, 1918 ; rééditée chez VDM Verlag, Saarbrücken, 2007. Elles renvoient d'autre part à l'édition populaire et abrégée qu'en a donnée Vaihinger en 1923 chez le même éditeur. L'édition populaire de 1923 compte 364 pages, contre les 804 pages de l'édition originale de 1911. Lorsque les passages que je cite ont été supprimés de l'édition de 1923, je renvoie à l'édition de 1918. Ma traduction de l'édition populaire de 1923 est parue aux Éditions Kimé : *La Philosophie du comme si. Système des fictions théoriques, pratiques et religieuses sur la base d'un positivisme idéaliste. Avec une annexe sur Kant et Nietzsche*, Cahier spécial n° 8 de *Philosophia Scientiæ*, 2008 (rééd. 2013).

Présentation

La question centrale de la science du droit, telle que Hans Kelsen la conçoit, est bien connue : à quoi tient la validité d'une norme juridique, à quelles conditions peut-on reconnaître une signification objective à une proposition qui prétend représenter une norme juridique ? Ce qui est moins connu en revanche, pour ne pas dire entièrement négligé par les commentateurs du grand philosophe du droit, c'est la principale source à laquelle Kelsen a puisé pour élaborer peu à peu les termes de sa propre solution à ce problème : Hans Vaihinger. Cette source, certes parfois évoquée par les spécialistes de Kelsen¹, n'a jamais donné lieu à ma connaissance à une étude détaillée du lien entre Kelsen et Vaihinger, de la place de la lecture de Vaihinger dans le cheminement intellectuel de Kelsen. *La Philosophie du comme si* (1911) de Hans Vaihinger (dont j'ai récemment traduit la version populaire abrégée de 1923) contient une théorie des fictions juridiques que Kelsen a examinée de près, comme en atteste au premier chef l'article de 1919 dont nous donnons ici la traduction. Cette présentation se propose notamment de révéler, à la lumière de deux articles de Kelsen centrés sur la « philosophie du *comme si* » de Vaihinger (parus respectivement en 1919 et 1964), l'influence décisive

1 Voir par exemple Philippe Coppens : « Kelsen a qualifié la norme fondamentale de fiction en lui donnant les caractères définis par Vaihinger [...]. Cette qualification tardive est d'autant plus curieuse que Kelsen connaissait l'ouvrage de Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, dès 1919 » (Coppens 1992, p. 546).

de ce néo-kantien encore peu connu en France dans le traitement proprement kelsenien du problème du fondement du droit positif. À cette occasion, nous souhaiterions attirer l'attention sur les points suivants :

1) Les critiques qu'on adresse ordinairement à Kelsen, accusé de vouloir réduire le juste au légal, ou de vouloir émanciper le droit positif de tout contrôle par le droit naturel, ne tiennent compte ni des travaux consacrés par Kelsen lui-même aux valeurs qui doivent selon lui animer l'État², ni des étroites limites de sa problématique en science du droit. Kelsen ne renonce jamais aux « valeurs » (notamment l'exigence de sécurité, de paix et de justice) au nom desquels le droit positif peut et doit selon lui être critiqué et réformé³. Seulement, la réflexion sur la justice comme catégorie du droit naturel relève selon lui de la théorie politique, et est étrangère à ce qui constitue à ses yeux l'objet spécifique de la science pure du droit : établir les conditions *formelles* de légitimation des normes juridiques, c'est-à-dire de propositions prescrivant ce qui doit être.

2) Il semble toutefois possible de critiquer la position de Kelsen sur son propre terrain théorique. Comme on sait, Kelsen pose une fiction « au sens vaihingerien du terme » au fondement du droit positif : c'est la fiction de la « norme fondamentale », qui se présente comme la condition ultime et unique de validation d'un ordre juridique donné. Or, en régime vaihingerien de pensée, il semblerait que Kelsen fasse ici un usage illégitime du concept de fiction. Pour Vaihinger en effet, les fictions théoriques introduites dans un raisonnement doivent être impérativement annulées ou corrigées au cours du raisonnement afin d'éviter l'erreur. Elles ont donc une durée de vie provisoire : une fois qu'elles ont rempli leur office, elles doivent disparaître. Or Kelsen ne satisfait pas à cette exigence puisqu'il considère la fiction de la norme fondamentale comme un outil théorique non pas provisoire, mais *définitif* de la science du droit.

2 Citons par exemple sa *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945.

3 Dans son ouvrage consacré à la théorie politique de Kelsen, Carlos Miguel Herrera a bien montré que le projet politique du juriste autrichien était centré sur l'idéal d'une paix mondiale qui serait assurée par une juridiction internationale. Herrera observe que Kelsen, tout en s'inspirant du projet kantien de paix perpétuelle, se démarque sur plusieurs points de la solution kantienne, notamment en soulignant la nécessité de la contrainte et de la guerre pour faire effectivement appliquer les normes du droit international, voir en particulier la section intitulée : « Pacifisme et technique du droit international » (Herrera 1997, p. 55-60).

3) Kelsen se donne les moyens de répondre à ce type d'objection. Comme nous le verrons, sa fiction de la norme fondamentale n'a pas le même statut que les fictions théoriques citées par Vaihinger : elle ne sert pas à atteindre une connaissance nouvelle de la réalité, et, par conséquent, elle n'est pas soumise aux mêmes exigences méthodologiques que les fictions impliquées dans une démarche cognitive. La démarche de Kelsen est kantienne ou transcendantale, comme il se plaît à le répéter : il ne s'agit pas d'augmenter d'un pouce notre connaissance du contenu du droit positif (contrairement à la sociologie du droit, par exemple, qui entend établir les causes⁴ sociopolitiques de tel ou tel contenu juridique), mais de déterminer sous quelles conditions formelles un ordre juridique donné peut former un tout systématique et cohérent.

Commençons par quelques rappels, afin de bien cerner les limites de la problématique de la science pure du droit. Une pure science du droit passe d'abord selon Kelsen par une purification du droit positif à l'égard du droit naturel⁵. Selon les tenants du droit naturel, quelles que soient leurs différences, il existerait des normes immanentes à la nature. Leur

- 4 Kelsen souligne à maintes reprises que les sciences de la nature (y compris la sociologie) recourent à la catégorie de « causalité » : il s'agit d'expliquer les phénomènes par leurs causes, par exemple le contenu ou la matière de telle ou telle norme juridique par son contexte historique. La science pure du droit recourt en revanche à la catégorie d'imputation : elle montre que la validité d'une norme juridique donnée doit être imputée à une norme supérieure qui la fonde (mais qui ne la cause pas), laquelle norme est à son tour fondée par une norme supérieure, et ainsi de suite, ce qui pose au final la question de la validation de la première instance normative de la série : voir Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (Kelsen 1992, p. 552-553).
- 5 *Théorie pure du droit* [1934], trad. Henri Thévenaz, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 47-48. Sur les principales raisons du refus kelsénien du droit naturel envisagé comme fondement du droit positif, et pour une discussion de cette position, voir Renaut 1986, p. 15-21. Pour tempérer la critique de la séparation kelsénienne entre droit naturel et droit positif, telle qu'elle est développée dans cet intéressant article, il convient de rappeler que Kelsen ne prétend pas réduire la réflexion sur le droit à la seule question du fondement *formel* des normes de droit : ce n'est là qu'un aspect de sa réflexion sur le droit. L'article d'Alain Renaut laisse entendre que Kelsen aurait voulu réduire la théorie du droit à ce seul aspect, ce qui, si tel était le cas, rendrait son approche effectivement incomplète et critiquable. Or l'affirmation selon laquelle Kelsen « renonce à toute référence à un droit naturel » (Renaut 1986, p. 17) n'est vraie que dans l'étroite limite de sa problématique du fondement formel du droit positif. S'agissant en revanche du contenu *matériel* des normes juridiques et de leur interprétation, Kelsen prend le droit naturel très au sérieux comme instance d'évaluation critique du droit positif. Toutefois il le considère comme objet de la « théorie politique », non de la science pure du droit telle qu'il l'entend.

validité ne serait conditionnée ni par la volonté des sujets humains dont elles sont censées régler le comportement, ni par celle d'un sujet humain qui les poserait. Comme telle, cette validité serait « objective » au même titre que n'importe quelle loi de physique. La « nature », à laquelle ces normes sont censées être immanentes, peut désigner soit l'ensemble des réalités non élaborées par l'homme (perspective antique), soit, plus restrictivement, la nature humaine (perspective moderne). Or Kelsen nie qu'on puisse fonder le droit positif sur un quelconque droit naturel, au motif que ce dernier repose sur une base *métaphysique ou théologique*, indémontrable et subjective : « La doctrine jusnaturaliste repose, consciemment ou inconsciemment, sur un fondement métaphysico-théologique » (Kelsen 1996, p. 6-9). Ceux qui veulent fonder le droit positif sur le droit naturel, c'est-à-dire trouver dans la conformité au droit naturel la légitimation de telle ou telle norme juridique positive, font reposer leur fondation du droit positif sur une base extrêmement fragile et discutable. En effet, dans la mesure où la nature désigne un « complexe de faits de réalité et de processus réels », à l'évidence tout discours portant sur cet objet peut bien énoncer que telle chose est ou n'est pas, mais non pas que quelque chose *doit être*, au sens allemand du terme *Sollen*. Le savant qui étudie la nature peut bien établir telle ou telle relation causale entre des phénomènes, mais en aucun cas il ne peut prescrire ce qui doit être, c'est-à-dire comment nous devons nous comporter. On ne peut pas inférer, souligne Kelsen, de ce que quelque chose *est* ou n'est pas, que quelque chose *doit être* ou ne pas être (Kelsen 1996, p. 6). Aussi, interpréter la nature comme source de normes du comportement humain, comme source d'un devoir être, relève d'un véritable coup de force.

Ce coup de force consiste d'abord dans le forçage du concept de nature lui-même, en laquelle on projette une mystérieuse volonté. Après avoir projeté telle ou telle norme dans la nature, conforme à telle vision du monde ou à telle idéologie, on prétend que c'est la « nature » elle-même, ou encore son Auteur divin présumé, qui est à l'origine de cette norme. Or, souligne Kelsen, la nature est étrangère à la sphère des valeurs. Pour pouvoir l'interpréter de force comme une source de normes ou de valeurs, il faut arbitrairement « admettre qu'il existe une volonté immanente à la nature orientée vers un certain comportement des choses et en particulier des êtres vivants » (*ibid.*). Pour ceux qui hésitent à projeter dans la nature une volonté, reconnaissant qu'elle n'est

pas un être doué de volonté, la seule solution restante est de poser un Dieu volontaire auteur de cette nature, censé être l'auteur aussi bien des lois naturelles que des normes du comportement humain.

Soucieux de préserver la pratique scientifique de toute projection idéologique, Hans Kelsen ne pouvait que refuser l'entreprise naturaliste de fondement du droit. Non pas que Kelsen nie toute pertinence à la réflexion sur le droit naturel, bien au contraire. Seulement, la réflexion sur le juste contenu de l'ordre étatique ou juridique (l'ordre juridique, selon Kelsen, étant ce qui définit l'État) ne relève pas selon lui de la science pure du droit telle qu'il l'entend, mais de la « théorie politique » :

Ce n'est pas au sein de la théorie générale de l'État que doit se poser la question du juste contenu de l'ordre étatique ; c'est là une tâche pour la politique ; pour la politique comme discipline spéculative, pour la théorie politique, si l'on veut définir cette science en la différenciant de la théorie générale de l'État. Celle-ci, afin de préserver la pureté de sa méthode, doit se défendre avec le plus grand soin contre toute incursion du point de vue spécifique de la politique. (Kelsen 1926, p. 34)

On trouve bien chez Kelsen une réflexion politique sur les valeurs qui doivent selon lui orienter le droit positif, réflexion centrée sur la notion de « volonté du peuple ». Premièrement, il convient de rappeler que c'est au nom d'une certaine conception (négative) de la justice comme *impartialité* que Kelsen récuse le droit naturel pour son caractère idéologique, c'est-à-dire partial. Deuxièmement, à l'encontre de toute espèce de subjectivisme idéologique, Kelsen oppose un critère du juste et de l'injuste fondé sur l'idée de *volonté du peuple*, volonté qui trouve à s'exprimer notamment par une « résistance » à tel ou tel pouvoir étatique, c'est-à-dire à tel ou tel *corpus* de normes juridiques.

Kelsen écrit par exemple : « On ne peut considérer un ordre étatique comme valable que si ceux qu'il prétend régir se conforment, jusqu'à un certain point, à ses prescriptions. » (Kelsen 1926, p. 566). Une norme juridique, selon Kelsen, est valide tant qu'on lui obéit. Kelsen n'est pas purement légaliste, puisque la « volonté du peuple » constitue selon lui une source non formelle, mais factuelle, de validité des normes. Tout au long des années 1920 et 1930, Kelsen s'est opposé par exemple à ceux qui soutenaient que « l'ordre tsariste est toujours valable en Russie, et que tout ce qui s'est passé depuis la Révolution est contraire au droit ». L'argument invoqué par les « insensés » qui défendent ce point de vue,

observe Kelsen, est que l'ancien ordre juridique a été modifié « par des voies extra-légales » (*ibid.*). Or, selon Kelsen, la *volonté du peuple* en révolte contre l'ordre tsariste n'est pas « extra-légale » mais constitue la source où se fonde le nouveau droit positif. Selon lui, le droit en général n'est rien d'autre que le *produit de la volonté des hommes*. Il ne revêt aucun caractère sacré, éternel et immuable. Aussi un ordre juridique qui n'est plus respecté par la majorité du peuple devient-il un droit ineffectif, et par conséquent invalide.

Ce sont ordinairement les classes dominantes qui, s'opposant aux transformations sociales, présentent le contenu de l'ordre social comme absolu et intangible (parce que cet ordre sert leurs intérêts de classe), alors qu'il s'agit toujours, en réalité, d'un ordre contingent et variable. Parce qu'il prend en compte la volonté du peuple pour évaluer la validité d'un ordre juridique, son caractère juste ou injuste, on ne saurait soutenir que Kelsen s'en tient à une justification purement formelle du droit positif. Il se contente de séparer deux questions : celle concernant la validité matérielle des normes (question qui mobilise une certaine idée de la justice), celle concernant leur validité d'un point de vue formel (question qui touche à la cohérence de la pratique juridique).

La théorie générale du droit, ou encore la science pure du droit, traite de la validité formelle des normes. Sans sortir du droit positif lui-même défini comme système de normes, elle examine les conditions *formelles* de légitimation d'un tel système. Négativement, la science pure du droit signifie : purifier le droit positif de tout pseudo-fondement de type métaphysique. Positivement, elle se propose de fonder le droit positif comme système de normes sans sortir de la stricte sphère de ces normes. Comme on sait, Kelsen commence par montrer qu'une norme d'un ordre juridique quelconque ne peut trouver le fondement de sa validité que dans une norme supérieure : telle décision de justice, par exemple, doit être conforme aux lois, et les lois à la Constitution. Mais la Constitution, à son tour, tient sa validité d'une Constitution historiquement antérieure, de telle sorte que si l'on remonte dans le temps se pose inéluctablement le problème de la validité de la première instance normative, à savoir la Constitution historiquement première. Or cette première Constitution n'est pas attestée historiquement, et ne peut être autre chose qu'une construction imaginative. C'est cette réflexion qui va conduire Kelsen, comme le montre bien l'article de 1964 traduit ci-après, à s'intéresser à la conception proprement vaihingienne de la fiction, définie comme une

construction contrefactuelle, sans corrélat dans l'être, mais légitimement utilisée lorsque la pensée ne dispose pas d'autres moyens pour résoudre tel ou tel problème théorique. Dans la *Théorie pure du droit* (1934), Kelsen résout la question du fondement ultime de la pyramide des normes en invoquant « l'hypothèse »⁶ de la norme fondamentale (*Grundnorm*). Cette hypothèse consiste à supposer aux règles de la Constitution historiquement première une validité juridique, alors même que cette première Constitution n'est pas elle-même l'application d'une norme juridique antérieure à son existence. L'ordre juridique tout entier, tel qu'il s'est développé depuis la première Constitution, est ainsi « fondé sur la supposition que la première Constitution était un ensemble de normes juridiques valables » (Kelsen 1953, p. 38). La norme fondamentale, selon laquelle « il faut observer les règles de la première Constitution » est une norme seulement hypothétique : « La validité de toute norme positive [...] dépend de l'hypothèse d'une norme non positive se trouvant à la base de l'ordre normatif auquel la norme positive appartient » (*ibid.*). Toutefois la lecture ou la relecture de *La Philosophie du comme si* de Vaihinger, qui consacre deux chapitres à la distinction entre hypothèse et fiction (voir ci-après), devait conduire Kelsen à revoir sa terminologie, et à remplacer le terme d'hypothèse par celui, mieux approprié, de fiction⁷. La dénomination de la norme fondamentale comme fiction apparaît dès l'article de 1964 que nous traduisons. Certaines parties de cet article sont du reste reprises dans le chapitre 59 de l'ouvrage posthume de Kelsen : *Théorie générale des normes* (1979), où la conception vaihingerienne de la fiction joue un rôle central.

- 6 Il s'agit, pour reprendre une distinction de Jean Carbonnier, d'une hypothèse non pas explicative, mais « de structure » : sa fonction n'est pas d'expliquer le contenu matériel des normes et leur évolution comme le fait le sociologue ou l'historien du droit, mais de penser dans son unité systématique « la structure, sinon l'essence du droit considéré à l'état statique » (Carbonnier 1992, p. 9).
- 7 François Gilliard explique clairement ce changement de terminologie : « [Il] a été inspiré à Kelsen par la lecture de l'ouvrage de Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*. Kelsen a estimé que l'emploi du terme fiction marquait mieux le caractère artificiel de la supposition de la norme, parce qu'une hypothèse peut – théoriquement – se révéler exacte » (Gilliard 2002, p. 47). Cette distinction entre la norme fondamentale comme « hypothèse » et la norme comme « fiction » est également bien mise en lumière par Carlos Herrera : les normes juridiques (comme devoir être) ne peuvent être fondées à leur tour que sur un devoir être, non sur un fait (sur une volonté factuelle) ; or une hypothèse prétend correspondre à un état de fait. En conséquence la norme fondamentale doit être nommée fiction plutôt qu'hypothèse : elle est un fondement « artificiel » dont on sait qu'il ne correspond pas à la réalité (Herrera 1997, p. 70).

Concernant l'apport majeur de Vaihinger à la réflexion de Kelsen en théorie du droit, tel qu'il ressort de la lecture des deux articles que nous traduisons, il faut bien faire la part des choses : l'article de 1919 se présente essentiellement comme une critique rigoureuse de la théorie vaihingerienne des fictions juridiques. Seule la fiction de la « personne juridique », selon Kelsen, a été correctement analysée par Vaihinger. Si Vaihinger n'a pas correctement cerné la nature des fictions juridiques, cela tient au fait qu'il n'a pas correctement saisi l'essence du droit. Le droit, rappelle Kelsen, n'a pas le même objet que la science : il ne prétend pas énoncer des assertions vraies sur la réalité, mais seulement prescrire des normes de comportement. En contexte scientifique, on peut bien parler de fictions au sens de faussetés, mais non pas en contexte juridique. Aussi, mettre les fictions juridiques sur le même plan que les fictions scientifiques, comme le fait Vaihinger, est inacceptable. L'article de 1964, en revanche, se présente (à partir de la page 1977 de la pagination allemande) comme la reprise directe d'une analyse de Vaihinger sur les fictions en général, analyse selon laquelle certaines constructions fictionnelles, même si elles sont logiquement intenables, se justifient néanmoins comme moyens d'atteindre un but théorique qu'il serait impossible d'atteindre sans elles. La norme fondamentale du droit positif correspond précisément à ce cas de figure : « La norme fondamentale est une "authentique fiction" au sens de la philosophie du *comme si* de Vaihinger » (p. 1977).

Avant de rentrer dans le vif des articles, il ne sera sans doute pas inutile de présenter Hans Vaihinger ainsi que les idées essentielles de sa *Philosophie du comme si*, tout du moins celles qui, concernant les concepts de droit, d'hypothèse, de fiction, de fiction juridique, seront soit critiquées, soit exploitées par Kelsen.