



HAL
open science

Kelsen et la littérature de droit privé

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Kelsen et la littérature de droit privé. in Thomas Hochmann, Xavier Magnon, Régis Ponsard (dir.). Un classique méconnu : Hans Kelsen, Mare & Martin, pp.103-123, 2019, 978-2-84934-397-5. hal-02498650

HAL Id: hal-02498650

<https://hal.science/hal-02498650v1>

Submitted on 2 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Kelsen dans la littérature juridique de droit privé

Michel BOUDOT
Université de Poitiers

Il se dit parfois et souvent pour le regretter, que la pensée de Hans Kelsen est dominante y compris en droit privé. Pour vérifier cette proposition ou l'infirmer, il faudrait pouvoir tracer les contours d'un ample *corpus* de textes doctrinaux et y chercher des références explicites ou implicites à l'œuvre du juriste autrichien. Ce travail demanderait une armée de connaisseurs des différentes versions de la *théorie pure du droit* et *générale des normes*¹ qui seraient en même temps des spécialistes des différentes branches du droit privé. Le plus grand obstacle est ici. Sans doute est-ce une particularité française, mais les connaisseurs de l'un sont le plus souvent ignorants des matières techniques du droit privé, matières que les autres maîtrisent sans égard pour la théorie, ou si peu, ou si tard.

Ce manque d'intérêt des privatistes pour la théorie du droit du xx^e siècle a toujours été un facteur d'éloignement de la pensée de Kelsen des techniciens du droit privé, comme si par délégation, ils s'en remettaient aux publicistes pour traiter des idées politiques, de la théorie de l'État et des normes. Les exceptions ne sont pas légion au xxi^e siècle². Pour autant, l'illusion de pouvoir identifier les prétendus facteurs d'influence à partir d'un *corpus* étendu a mis du temps à se dissiper, et ce d'autant plus que cette recherche a fait apparaître en filigrane plusieurs représentations du normativisme kelsénien, souvent à contre-jour venant contredire l'influence prétendue.

1. H. Kelsen, [TPD 1] *Théorie pure du droit* (1934) trad. fr, par H. Thévenaz, La Baconnière, 1953, rééd., 1988 ; [TPD 2] *Théorie pure du droit* (1960) trad. fr. par Ch. Eisenmann, Dalloz, 2^e éd., 1962 ; [TGN] *Théorie générale des normes* (1979), trad. fr. par O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996 ; [TGDE] *Théorie générale du droit et de l'État*, (1945) trad. fr. B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ – Bruylant, 1997.

2. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, Lextenso, 2013 ; V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique*, Le droit de la gouvernance, Lexisnexis, 2015.

Division

Pour mémoire, la césure idéologique qui distingue le droit public du droit privé a également creusé le fossé entre les commentateurs : au cours du XIX^e siècle, la littérature juridique s'est constituée en France de part et d'autre de ce qui deviendra une *summa divisio*³ ; l'exégèse du Code civil qui a précédé puis accom-pagné l'invention du droit constitutionnel, a produit, aux commentaires des articles 1^{er} à 6, de petits *traités des lois* naturalistes décrivant et expliquant l'or-ganisation et l'agencement des rapports normatifs permanents et des autorités créatrices nouvelles⁴. Le tournant du XX^e siècle changera la donne pour partie. Au fur et à mesure que la littérature constitutionnaliste s'empare de la théorie du droit et de l'État, la science du droit privé se technicise⁵ : apparaissent les traités pratiques⁶ et les cours de droit privé positif⁷. Néanmoins, les programmes d'études des facultés de droit françaises continuent de confier aux privatistes en première année de droit, une matière héritée des commentaires des premiers articles du Code civil, rénovée dès la toute fin du XIX^e siècle sur le modèle de la partie générale du BGB⁸, et poursuivie au XX^e siècle, sous des formes et dans des collections diverses⁹. Encore aujourd'hui, les sections 01 des facultés de droit sont

3. M. Boudot, « L'enseignement du droit, un instrument de la *summa divisio* ? », in P. Deumier et B. Bonnet, *La summa divisio droit public / droit privé présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 245-253.

4. N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, LGDJ, 2002, en particulier le chapitre intitulé « L'embarrassant droit naturel », p. 255 et sq. ; *adde* divers chapitres in A. S. Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit*, LGDJ, Collection – Contextes, 2014.

5. F. GénY, *Méthode et sources en droit privé positif*, [1899] LGDJ, 2^e éd., 1919 ; – Science et technique en droit privé, 4 volumes, Sirey, 1914-1924.

6. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1925-1930.

7. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, tome 1, Sirey, 2^e éd., 1932.

8. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pédone, 1898 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, Pichon, 2^e éd., 1901, n. 149 et sq. Pour quelques explications sur ce changement de format d'un siècle à l'autre en raison de l'arrêté du 24 juillet 1895, maintenu malgré la contre – réforme du 20 juillet 1904, M. Boudot, « Claude Bufnoir (1832-1898), avec les textes pour assises mais au-dessus des textes et par-delà les textes », Présentation pour la réédition de C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit de Poitiers, 2005.

9. J. Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1926 ; A. Colin et H. Capitant, *Précis de droit civil*, tome 1^{er}, Dalloz, 6^e éd., 1936 ; continué par L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil, d'après le cours de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant*, tome 1^{er}, 9^e éd., 1947 ; G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, tome 1^{er}, LGDJ, 1942 ; R. Savatier, *Cours de droit civil. 1. Notions générales*, 1947 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 1^{er}, Montchrestien, 1955, 5^e éd. 1972, par M. de Juglart, 12^e éd., 2000, par F. Chabas ; J. Brèthe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947 ; J. Carbonnier, *Droit civil I*, PUF, 1955 [dern. éd. 2004] ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude*

propriétaires du cours d'introduction au droit, qui dessine de l'ordre juridique des représentations concurrentes de celles que l'on rencontre dans les enseignements constitutionnalistes commis par les sections 02¹⁰. Il existe toutefois des manuels d'introduction générale au droit rédigés par des publicistes mais ils sont très minoritaires¹¹.

La vulgate

Vulgariser et divulguer ont la même racine mais n'ont pas les mêmes extensions, ni la même valeur. L'expression utilisée par Rémy Libchaber et Olivier Jouanjan pour qualifier ce qui est passé dans le savoir commun [ou plutôt dans le *croit-savoir* commun] de l'œuvre de Kelsen, n'est pas très flatteuse pour les lecteurs non-spécialistes¹², et n'étant (toujours) pas moi-même germanophone, je me rangerais dans la catégorie des passeurs vulgaires, victimes passives des traîtres. *Traduttore, traditore*. Cela étant dit, il n'y a pas besoin d'atteindre un grand niveau de finesse pour observer où Kelsen a été le plus mal compris.

Et si les références et citations sont minces dans la littérature juridique française de droit privé, au point de se demander parfois si la pyramide des normes ne serait pas l'œuvre d'un quelconque pharaon, cette minceur s'explique facilement : d'une part, une grande partie de la doctrine française reste attachée à une perspective naturaliste ou à un réalisme ontologique qui rejettent d'emblée le projet kelsénien ; d'autre part, les critiques venues de son propre camp, qui ont amendé et resitué les thèses normativistes¹³, ont contribué à discréditer autant qu'à perfectionner le modèle original : apparu brouillé à ceux qui

du droit et des institutions judiciaires, Sirey, 1961 ; Ph. Malaurie, *Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil*, Les cours de droit, 1968 [Cujas, 1994 ; Defrénois, 6^e éd., 2016] ; A. Weill, *Introduction au droit civil français, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1968 ; R. Perrot, *Éléments fondamentaux du droit*, Les cours de droit, Fascicule 1, 1970/1971 ; B. Stark, *Droit civil, introduction*, Litec, 1972 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1977, 4^e éd. 1994 avec M. Fabre-Magnan.

10. C'est un double enjeu politique et théorique de l'évolution des programmes d'enseignement : P. Deumier, « La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude du droit », *Rev. dr. Assas*, 2012, p. 31 et sq.

11. W. Benessiano, *Introduction générale au droit*, Cursus, Armand Colin, 2013 ; et évidemment, M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspéro 1976.

12. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, p. 410 ; O. Jouanjan, « Remarques critiques sur l'ordre juridique et le discours du droit », *Rec. Dalloz* 2014, p. 994.

13. Sur la multiformité des structures hiérarchiques, V. Champeil-Desplats, « Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la constitution », in M. Troper et D. Chagnollaude, *Traité international de droit constitutionnel*, tome 1, Dalloz, 2012, p. 734-764.

l'entendait d'une oreille technicienne, le message s'est peu diffusé. Ce manque de références rend l'interprétation délicate ; il serait particulièrement fallacieux de prétendre que Kelsen n'aura pas été correctement lu de ceux qui n'ont pas adhéré à ses thèses¹⁴ ; il est en revanche possible de prétendre qu'il aura été combattu par ceux qui l'auront exposé en déformant sa pensée avant d'en faire la critique¹⁵. Le plus souvent, l'artifice rhétorique consiste à traiter les concepts et instruments d'analyse utilisés par l'adversaire comme des réalités, et d'en conclure qu'elles n'existent pas ou fonctionnent mal. Le paralogisme est d'autant plus facile lorsque le discours de vulgarisation a contribué à hypostasier le concept ou à incarner la métaphore. On a alors toujours raison de dénoncer l'échec de la pyramide¹⁶. Mais pour cela, encore faut-il que ces exposés soient consistants, et la littérature de droit privé technicisée du XXI^e siècle n'en est pas l'endroit.

Que chercher ?

Le projet de Kelsen est un projet scientifique, inscrit dans une perspective de non-cognitivismes éthique : qu'il ait été mené à bien ou qu'il soit resté mort-né n'est pas ici le propos. La question est de savoir si la littérature juridique de droit privé s'est rendue compatible et dans quelle mesure, avec ce projet de constituer une science du droit exempte de toute idéologie.

14. C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 3^e éd., 2012, p. 51-60 ; Ph. Malaurie, *Droit civil, Introduction générale*, Cujas, 1994, n. 32, p. 31 et sq. ; X. Labbé, *Introduction générale au droit, Pour une approche éthique*, Septentrion, 4^e éd., 2010 ; A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 229.

15. Ce n'est pas récent. Par exemple, avant même la publication de la théorie pure du droit, la mise au ban de l'école de l'exégèse a servi la lutte contre le normativisme des premières années : « La doctrine de l'exégèse a été, elle, résolument moniste, puisqu'elle a refusé en somme toute action effective sur la vie juridique à la notion de droit ou de droit naturel. Elle n'a voulu connaître que le droit positif et elle s'est située à cet égard dans le cadre de l'ordre étatique (...) La conception de l'École de l'exégèse évoque de la sorte par avance le système moniste du professeur Kelsen » *dixit* J. Bonnacase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 2, Delmas, 1933, p. 200-201, n° 375. La même assimilation entre Kelsen et l'Exégèse se retrouve chez P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, 1946, p. 271. La réhabilitation des exégètes par Ph. Rémy, « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115 et sq. n'a pas pour autant fait du maître poitevin, un kelsénien.

16. Sur l'échec du système hiérarchique, v. P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749 ; ce texte critique est désormais une référence dans la littérature de droit privé, où il est parfois cité sans que Kelsen ne le soit. L'échec du concept de hiérarchie est attribué au foisonnement des sources réelles : c'est une confusion volontaire de la hiérarchie (des organes et) des normes en tant que concept explicatif, et des faits décrits pour la dénonciation.

Mon but a été d'emblée d'élever la théorie du droit, qui consistait essentiellement en développements plus ou moins camouflés de politique juridique, au rang d'une véritable science, qui prendrait place aux côtés des autres sciences morales. Il s'agissait pour moi d'approfondir les recherches déjà entreprises en vue de mieux connaître la nature du droit et sa structure, indépendamment de son contenu, avec le souci de tendre dans toute la mesure du possible vers l'idéal de toute science, soit l'objectivité et l'exactitude¹⁷.

Nous ne discuterons pas non plus la question de savoir si le projet kelsénien était lui-même imbibé de militantisme¹⁸ et d'idéologie scientiste, relativiste, totalitariste, sceptique, etc... Mais je voudrais rappeler que ce projet de constituer une science du droit n'était ni le seul, ni le premier. Les auteurs naturalistes du tournant du XX^e siècle qui inspirèrent la réaction kelsénienne poursuivaient aussi ce but. En France, François Gény portera un autre grand projet, lui dont l'influence sera considérable chez les juristes de droit privé ; mais là où les thèses de la rénovation du droit naturel tâcheront de découvrir les constantes du droit par la voie d'une interprétation axiologique de la tradition et de l'histoire, Kelsen construira un objet épuré. Les deux voies diamétralement opposées, avaient néanmoins en commun l'ambition d'établir une sorte d'objet minimal sur lequel tous les juristes pourraient s'entendre. Gény voyait cet objet dans « l'irréductible droit naturel¹⁹ », Kelsen le construira de manière stipulative comme système [dynamique] hiérarchisé de normes²⁰.

Où chercher ?

En France, les *introductions au droit* possèdent la particularité de former une littérature ambivalente²¹ ; elles sont pour partie initiatiques puisqu'elles s'adressent à des débutants. Elles fournissent aussi, quand le format éditorial le permet, une sorte de *compendium* théorico-philosophique vers lequel l'étudiant avancé, comme l'enseignant, se retourneront à l'occasion d'un concours. Elles

17. [TPD 1], préface.

18. J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit* 45 (2001), p. 17-32.

19. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome II, Deuxième partie. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel), Sirey, 1915.

20. [TPD 2], p. 261 « Les systèmes de normes qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique. Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, (...) elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon ».

21. Voy. une analyse de l'évolution des contenus : P. Ancel, « Les manuels d'introduction au droit : de Capitant à la période contemporaine », in A. S. Chambost, *Histoire des manuels de droit*, LGDJ, Collection – Contextes, 2014, p. 133-146.

présentent toutes dès les premières pages ce que l'auteur entend par « le droit », « la règle de droit » ou « le système juridique »²², où il dévoile plus ou moins les conditions de ses énoncés.

Une partie de ces ouvrages ne dissocie pas le droit et le contenu des règles : d'un point de vue méthodologique, les juristes disent le droit quand ils parlent de droit. Cette consubstantialité de la forme et du contenu est héritée d'une longue tradition naturaliste qui voit dans la Nature ou dans la Raison le guide suprême des décisions infaillibles, et justifie que la doctrine se présente naturellement comme Juge de la *relevance* des solutions et des règles posées. Cette perspective est cognitiviste qui voit dans le droit une hiérarchie des valeurs, et dans le juriste, le détenteur d'un savoir sur les valeurs morales²³ ; cette position est évidemment imperméable aux idées de Kelsen.

Une autre fusion de la forme et du contenu s'aperçoit chez les auteurs qui parlent de droit pour désigner simultanément l'ensemble des règles formant l'ordre juridique, et la dogmatique. « L'ordre juridique n'est pas d'une seule pièce. Le droit se divise en branches »²⁴. Le tout étant appelé système juridique. L'étude et la connaissance de la dogmatique permettront à l'étudiant de *raisonner* logiquement pour déterminer la solution et évincer les conséquences qui pourraient apparaître choquantes. « C'est bien pourquoi la définition [du droit] est si difficile. Car il est cette médiation entre le juste et le sage qui, dans toute société humaine, tend à une création de modèles appelés à composer un système de règles et de solutions sans cesse recommencé »²⁵. Cette position révèle un

22. J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 2^e éd., 1994, p. 26 *et sq.* ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 4^e éd., 1996, n. 6, p. 7 *et sq.* ; J. Carbonnier, *Droit civil I*, PUF, Quadriga, 2004, [3] ; C. Larroumet, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^e éd., 2006, p. 37 ; G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, p. 11 *et sq.* ; M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit*, Cours et méthodologie, PUF, 2009, p. 27 *et sq.* ; J. Bonnard, *Introduction au droit*, Ellipses, 4^e éd., 2010 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^e éd., 2013, p. 17 *et sq.* ; C. Beignier et C. Bléry et A.-L. Thomat Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ Collection Cours, 2014 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10^e, 2015, n. 5 *et sq.* ; C. Albiges, *Introduction au droit*, Larcier, 2^e éd., 2015, p. 22 *et sq.* ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Cours Dalloz, 2015, p. 6 *et sq.* ; D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, 7^e éd., 2016, p. 15 *et sq.* ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 16^e éd., 2016 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, 6^e éd., 2016, p. 13 *et sq.* ; J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et aux thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 16^e éd., 2016, p. 3 *et sq.* ; atypiques, R. Encinas de Munagorri, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 3^e éd., 2011 qui présente les règles de droit après les personnes ; A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipse, 1997, notamment le paragraphe « chacun sa place », p. 41 *et sq.*

23. Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd. 2016, n. 36, p. 53-54 ; A. Sériaux, 1997, n. 51, p. 39.

24. G. Cornu, 13^e éd. 2007, n. 194.

25. F. Terré, 10^e éd., p. 48, n. 52 *in fine*.

positivisme sociologique teinté de réalisme ontologique permettant de décrire le droit, et le droit positif en particulier, comme phénomène social et linguistique et ce, tout en portant des jugements de conformité sur ce qui socialement bon, moral, ou juste²⁶.

Une autre partie des *introductions au droit* aborde l'exposé liminaire au moyen d'une posture méta-discursive pour décrire aux étudiants les différentes significations de ce qu'ils entendront par *droit* au cours de leurs études. Ces présentations ne rejettent pas *a priori* le projet kelsénien, et s'en inspirent parfois²⁷. Il est sous-entendu ou affirmé que le droit est un discours déployé au moyen de normes, organisées, hiérarchisées ; l'ordre juridique est décrit comme producteur de contrainte ; la dissociation entre forme et contenu y est expliquée ; mais cette posture peut être aussi un refus d'imputer un objet à la science du droit. « En tout état de cause, l'énigme de la définition du droit reste intacte, seule sa manifestation étant plus complètement élucidée et son fonctionnement plus précisément décrit »²⁸. Le droit en soi existerait-il ?

Monisme

Pour décrire des situations autres que révolutionnaires et les situations de guerre civile, la théorie de Kelsen est moniste, mais elle n'est pas étatiste et bien moins centrée sur le droit moderne de l'Europe continentale que la caricature qui en est faite²⁹.

26. C. Larroumet, 5^e éd., 2006, n. 67, p. 35 : « En définitive, il est très difficile, sinon impossible, de ne pas réintroduire au niveau de l'observation des faits l'appréciation de la valeur de ces faits et donc l'aspiration vers un idéal auquel la règle de droit doit être conforme. Par conséquent, s'il est vrai que le droit est le produit du corps social, il n'a une véritable valeur obligatoire que s'il correspond aux aspirations de la collectivité. Il est difficile de rejeter totalement l'idéalisme juridique. Cependant cet idéalisme, bien loin d'être le reflet d'une raison ou d'une conscience universelle qui n'existe pas, n'est en réalité constitué que par les diverses aspirations d'un groupement déterminé, à un moment donné de son histoire ou de son évolution. Il n'y a pas de système universel de référence, mais il y a des aspirations et des tendances sociales contingentes. La règle de droit n'est légitime que si elle correspond à ces tendances ».

27. D. Mainguy, 7^e éd., 2015, n. 4, p. 6-7 ; P. Deumier, 2nd éd. 2013, n. 5, p. 13 et sq.

28. P. Deumier, 2nd éd. 2013, n. 158, p. 132.

29. P. Puig, à la RTD civ. 2001, p. 749 « L'échec [du système hiérarchique] est celui d'une construction intellectuelle fondée sur le rationalisme constructiviste qui prétend réduire le phénomène juridique à une cascade de raisonnements déductifs développés sous l'autorité omnisciente et omnipotente de l'État » ; J. Bonnard, Introduction au droit, Ellipses, 4^e éd., 2010, p. 15 « Le culte prussien de l'État et de la loi qu'il ordonne s'exprime parfaitement dans le normativisme de Hans Kelsen (...). Kelsen énonce alors le principe selon lequel la validité de chaque norme résulte, non pas de son contenu, mais de sa régularité formelle. Autrement dit, la validité de la norme dépend de sa

En tant qu'organisation politique, l'État est un ordre juridique. Mais tout ordre juridique n'est pas un État ; ni l'ordre juridique pré-étatique des sociétés primitives, ni l'ordre juridique international, supra-étatique ou interétatique ne représentent un État³⁰.

Le concept de Constitution comme la hiérarchie des normes sont des instruments théoriques décrivant la norme positive de plus haut degré régissant la production des normes dérivées ; peu importe que la Constitution soit gravée dans le marbre ou que sa trace soit orale, répétée par des Pontifes. Pour autant la *Théorie pure du droit*, pensée au XX^e siècle pour expliquer le droit positif est contingentée par le droit positif tel qu'il est produit au XX^e siècle, à savoir par des ordres juridiques nationaux et étatiques. Lorsque l'État moderne aura disparu, la *Théorie pure du droit* sera falsifiée si elle n'offre aucune description cohérente et efficace de ce qui suivra ; il est possible que l'avènement de l'intelligence artificielle soit une puissante raison de repenser les termes d'un débat où la norme valide ne serait plus posée par un acte de volonté humaine³¹.

Cette recherche se concentrera donc sur un domaine restreint à deux fronts : les manuels d'introduction au droit, qui présentent l'architecture du système juridique aux étudiants débutants, c'est là l'essentiel des traces contemporaines de l'œuvre de Kelsen ; et par effet de miroir, la littérature prédictive ou prospective où se dessine un Anti-Kelsen. Un troisième front pourrait être ouvert en étudiant la littérature relative au contrat mais l'empreinte laissée par la conception kelsénienne n'est visible clairement que chez peu d'auteurs³².

Quand cela sera possible, les éléments formant les traits caractéristiques du normativisme kelsénien seront mis en regard avec ce qui en est rendu compte dans la littérature privatiste, 1/. La hiérarchie des normes ; 2/. La Constitution, validité et conformité, 3/. La mystérieuse norme fondamentale, 4/. La métaphore des sources, 5/. L'interprétation authentique, 6/. L'éthique du discours doctrinal.

conformité, dans l'ordonnement juridique, à la norme supérieure qui l'a engendrée. Et dans la mesure où cet ordonnement provient de l'État, la norme fondamentale, le droit positif est identifié à l'État ».

30. [TPD 2], p. 378-379 ; sur la comparaison entre les représentations au haut-moyen âge et depuis l'État moderne, à propos des adressataires des normes juridiques, [TPD 2], p. 44 ; [TGN], chapitre 22, p. 115.

31. En attendant ce jour, s'il n'est déjà arrivé, v. une défense du normativisme par O. Pfersmann, recension de l'ouvrage de F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *RID comp.*, 3-2003, p. 730-742 ; du même auteur, « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in J.-Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 63.

32. Sur l'insertion du contrat dans la hiérarchie des normes, Ph. Jestaz, « La hiérarchie des normes : mythes et mystères », *Jurisprudence Revue critique*, 2014/2015, p. 57-66.

1°/ La hiérarchie des normes

*La norme qui règle la création est une norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques*³³

Au XXI^e siècle, la littérature juridique de manuels d'introduction au droit a assimilé *grosso modo* le principe hiérarchique au point de devenir une présentation dite *classique*³⁴ ; passée par l'influence de Carré de Malberg, la hiérarchie des normes a mis du temps à s'imposer chez les constitutionnalistes³⁵, et plus en encore chez les privatistes ; François Terré y voit un phénomène relativement récent³⁶, encouragé par l'assimilation des mécanismes constitutionnels et la présence dans la loi elle-même de marqueurs ordonnant cette hiérarchie dans les parties législative et réglementaire des ensembles normatifs récemment codifiés³⁷. Cela étant dit, et quoique cela ne soit pas contestable, on constatera une grande hétérogénéité des présentations de la hiérarchie des normes.

D'abord, pour certains d'auteurs, la hiérarchie des normes est légicentrée sur la loi nationale : on s'intéresse à son cœur – la loi – plus qu'à son sommet – la constitution³⁸ ; cette dissociation du sens technique de loi au sens de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 et d'un sens générique signifiant *norme*

33. [TPD 2], p. 299.

34. M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, Que sais-je ? 2010, p. 35 ; relevons toutefois que l'idée d'une hiérarchie des normes existait avant et indépendamment du normativisme : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, Pichon, 2^e éd., 1901, qui traite dans sa « théorie générale des lois », des « diverses variétés de lois et de leur hiérarchie », n. 149 et sq.

35. O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 31, 1997, p. 481-509.

36. Confirmé par Ph. Jestaz, « La hiérarchie des normes : mythes et mystères », *Jurisprudence Revue critique*, 2014/2015, p. 57.

37. Confirmé également par F. Terré, 10^e éd., n. 245, p. 195-196 : L'expression a été acclimatée par la doctrine surtout depuis [les années 1990]. Elle a acquis droit de cité dans la législation dans le même temps que d'aucuns soutenaient qu'elle n'existait pas. En effet, dans la loi [n° 99-1071] du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance à la codification de la partie législative de certains codes, et ce en termes de droit constant, il a été précisé : « Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit ».

38. G. Cornu, 13^e éd., 2007, n. 72 et sq. ; Ch. Larroumet, 5^e éd. 2006, n. 171 et sq. ; D. Mainguy, 7^e éd., 2015, p. 135, n. 131 et sq. ; Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd. 2016 : Sources écrites : 1) *La loi* ; 2) *au-dessus et au-dessous de la loi* ; C. Beignier et C. Bléry et A.-L. Thomat Raynaud, 2014 : *La source principale du droit : la loi, amont et aval*.

générale, n'est pas récent : elle est présente bien avant la V^e République dans la tradition juridique française, et elle n'est pas non plus étrangère à Kelsen³⁹, mais son maintien provoque une métonymie et un paralogsme performants : la constitution est une loi, le code civil aussi, ce qui justifie que l'on continue à traiter simultanément non sans ambiguïté les sources du droit et les sources du droit civil⁴⁰, et surtout à présenter les lois civiles avant la constitution tout en affirmant que la seconde a bien la première place dans l'ordre hiérarchique « car elle émane d'un pouvoir supra-législatif »⁴¹.

2°/ La Constitution, la validité et la conformité

L'adoption du double sens de *loi* n'induit pas toujours cette présentation : d'autres *petits traités des lois* contenus dans les *Introductions au droit* abordent la hiérarchie par la voie descendante et de façon détaillée avec la Constitution exposée en premier lieu et à son sommet⁴². Mais qu'entend-on par Constitution ? Kelsen distingue constitution matérielle et constitution formelle.

Si l'on s'en tient aux seules normes positives, le degré suprême de ces ordres est formé par leur Constitution. Il faut entendre ici ce terme en un sens matériel [...] La Constitution ainsi entendue peut être créée soit par voie de coutume, soit [...] par acte de législation. [...]

Le terme Constitution est pris aussi en un sens formel : la Constitution au sens formel est un document qualifié de Constitution [...] Ces dispositions représentent la forme constitutionnelle ; en tant que forme, cette forme constitutionnelle peut recevoir n'importe quel contenu, et elle sert en première ligne à stabiliser les normes que l'on a appelées la Constitution matérielle, et qui sont la base positive de l'ensemble de l'ordre juridique étatique⁴³.

39. [TPD 2], p. 313 ;

40. J. Carbonnier, 2004, [106] Les sources du droit civil : la source principale est la loi ; sans doute est-ce symptomatique d'une difficulté à concevoir le droit au prisme d'une seule hiérarchie formelle, sous la plume du doyen Carbonnier, la hiérarchie des lois a été reformulée : ce qui était désigné dans la 17^e éd. de 1988 [107] par « hiérarchie des textes selon leur contenu » (lois générales / lois spéciales) est devenu dans la dernière édition de 2002, « Les distinctions du droit privé » ; et [108] la « hiérarchie des textes selon leur forme » (Loi constitutionnelle / Loi organique /.../ Arrêté municipal) est devenu sans modification « les distinctions du droit public ».

41. H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1996, p. 119-125, n. 71.

42. F. Terré, 10^e éd. 2015, p. 191, n. 242 et sq. à comparer avec les éditions plus anciennes : A. Weill et F. Terré, 4^e éd., 1979, p. 126 et sq. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, 4^e éd., 1996, p. 204, n. 508 et sq. ; P. Deumier, 2^e éd., 2013, n. 198 et sq. ; M. Fabre-Magnan, 2009, p. 65 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, 4^e éd., 1994, p. 210, n. 252 et sq. ; R. Cabrillac, 11^e éd., 2015, p. 99, n. 103.

43. [TPD 2], p. 300.

Cette distinction est peu soutenue⁴⁴ dans la littérature d'*introduction au droit* qui généralement rend compte simultanément des procédures d'édiction des normes prévues par la Constitution du 4 octobre 1958 et des institutions qu'elle engendre ; elle est pourtant essentielle puisqu'elle conditionne la compréhension de la dimension dynamique de la pyramide, et permet de distinguer la validité de la norme, de la conformité de son contenu à celui de la norme supérieure.

Pour être valide, une norme doit nécessairement être posée [...]. Car la validité d'une norme est son mode d'existence spécifique [...]⁴⁵.

L'unité logique d'un ordre juridique semble être mise en question chaque fois que la création ou le contenu d'une norme inférieure n'est pas conforme aux prescriptions de la norme qui lui est supérieure, qu'il s'agisse d'une loi anticonstitutionnelle, d'une ordonnance illégale, d'un acte juridictionnel ou administratif contraire à la loi. [...] Si une loi en vigueur peut, en raison de la façon dont elle a été créée ou en raison de son contenu, se trouver en contradiction avec la constitution, il n'y a qu'une interprétation possible : il faut admettre que la constitution reconnaît non seulement la validité des lois qui lui sont conformes, mais aussi, dans un certain sens, celle des lois qui ne le sont pas ; sinon on ne pourrait pas affirmer que de telles lois sont en vigueur⁴⁶.

Même si Kelsen n'est pas limpide sur le calcul des défauts⁴⁷, la hiérarchie kelsénienne ne repose pas sur une comparaison des contenus, mais sur l'ordonnancement des processus de production de normes⁴⁸. En clair, des normes existent dans le système, c'est-à-dire sont valides, sans pour autant que leur contenu soit politiquement au diapason de celui de la norme supérieure. D'un point de vue formel, elles sont devenues normes [actes de volonté politique dont la signification est d'être des normes] à l'issue d'un processus d'édiction dessiné par la norme supérieure qu'elles concrétisent, mais intégrant le système, une fois posées, leur contenu politique peut être en contradiction aussi bien avec le contenu d'autres normes de même niveau, que celui de normes de niveaux inférieurs ou supérieurs. Encore plus nettement, selon Kelsen, une norme valide peut être inconstitutionnelle, et ce d'autant plus que la dynamique du système édicte, modifie, abroge, y compris des normes de niveaux supérieurs, affectant la *conformité politique* de la norme inférieure, non sa validité⁴⁹.

44. F. Terré, 10^e éd. 2015, p. 198, n. 247-248 ; P. Deumier, 2^e éd., 2013, p. 167, n. 202 ; J.-L. Aubert et E. Savaux, 16^e éd., 2016, p. 63, n. 78 ; D. Mainguy, 7^e éd., 2015, p. 180, n. 181.

45. [TGN], chapitre 44, p. 229-234 ; [TPD 1], p. 42-44.

46. [TPD 1], p. 138-139.

47. Cf. dans ce volume Th. Hochmann, « Les théories de la “prise en compte des défauts” et de l’“habilitation alternative” ».

48. O. Pfersmann, « La production de normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Dalloz, 2012, p. 483-528.

49. [TGN], chap. 27, p. 139.

L'idée est répandue qu'« un texte de la catégorie inférieure est toujours subordonné aux textes de la catégorie supérieure. Il ne peut y déroger. Divers moyens juridiques font respecter cette hiérarchie⁵⁰ » ; « un texte d'une catégorie inférieure est généralement subordonné à sa conformité aux normes d'une catégorie supérieure et ne peut donc y déroger. Divers moyens juridiques tendent à assurer le respect de cette hiérarchie⁵¹ ». De telles propositions ramassées en peu de mots induisent l'idée que l'ordonnement juridique reposerait sur une seule hiérarchie qui serait à la fois formelle [structurelle] et matérielle [substantielle], et partant, la non-conformité serait *de jure* une invalidité.

Chez Kelsen, ces deux hiérarchies sont déterminantes de la validité, et donc de l'existence des normes, mais d'un point de vue strictement factuel, une norme valide PEUT déroger à la norme supérieure impérative, et structurellement, et substantiellement, alors qu'elle NE le DOIT PAS. « La loi est soumise à la Constitution et doit respecter tant les règles qui encadrent son élaboration que les droits fondamentaux qui y sont garantis⁵² ». D'où l'existence (*i.e.* la validité) dans l'ordre juridique de ces normes inconstitutionnelles ou illégales (*i.e.* non conformes).

(...) il résulte également qu'au sein d'un ordre juridique, il ne peut pas y avoir quelque chose de tel qu'une nullité : les normes qui font partie d'un ordre juridique ne peuvent pas être nulles, elles peuvent seulement être annulables (...) mais étant donné que l'acte qui établira [la nullité] a un caractère constitutif, puisqu'avant l'intervention de cet acte on ne peut pas affirmer en droit la nullité de la norme en question, et qu'elle apparaît ainsi comme l'effet de cet acte, cette « constatation », même si elle a lieu en forme de déclaration de nullité, signifie en vérité l'annulation rétroactive d'une norme considérée jusqu'alors comme valable⁵³.

L'abrogation est la suppression de la validité d'une norme valide par une autre norme. La fonction d'une norme uniquement abrogatoire n'est pas le commandement, l'habilitation, la permission d'un certain comportement, comme c'est le cas pour d'autres normes. Elle ne dispose pas que, sous certaines conditions, un certain comportement doit avoir lieu, mais elle supprime l'être obligatoire d'un comportement statué par la norme jusque-là valide⁵⁴.

Kelsen n'a pas emporté l'adhésion des privatistes sur ce point ; sa position est pourtant compatible avec la théorie des nullités très majoritairement enseignée en droit civil au xx^e siècle, et qui subordonne la nullité d'un acte juridique à l'exercice d'un droit de critique et à son annulation⁵⁵. « Quoiqu'il voulût "puri-

50. J. Ghestin et G. Goubeaux, 4^e éd., 1994, p. 209, n. 251.

51. F. Terré, 10^e éd. 2015, p. 196, n. 245.

52. P. Deumier, 2^e éd., 2013, p. 247, n. 306.

53. [TPD 2], p. 367 ; également, [TPD 1], p. 142.

54. [TGN], chap. 27, p. 139.

55. R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909 ; M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la

fier” la “science du droit” des apports des sciences humaines et du droit naturel, Kelsen raisonne en jusnaturaliste. Il commet en outre des erreurs (notamment, une norme illicite ou irrégulière – sans validité à ses yeux – n’en existe pas moins comme norme juridique jusqu’à ce qu’elle soit annulée ou abrogée) »⁵⁶. Ce point de vue peut paraître sévère de la part d’auteurs qui, approuvant l’institution de la question prioritaire de constitutionnalité, expliquent justement que la disposition déclarée inconstitutionnelle est abrogée à compter de la publication de la décision (Const., art. 62)⁵⁷.

Un individu qui n’est pas habilité à le faire ne peut créer ou appliquer du droit. Ses actes n’ont pas objectivement le caractère de création ou d’application du droit, même s’ils ont été effectués subjectivement avec cette intention. Leur signification subjective n’est pas leur signification objective. Ces actes n’ont pas – comme l’ont dit – d’effet juridique ; ils sont nuls, c’est-à-dire n’existent pas juridiquement⁵⁸.

Toutefois Kelsen distingue la nullité-inexistence d’un acte accompli en l’absence d’habilitation, et l’annulabilité qui sanctionne la violation d’une norme valide. Dans le second cas, une norme valide a été créée par une autorité habilitée, mais elle est jugée non conforme, et sortira de vigueur par l’annulation (rétroactive ou non). Dans le premier cas, elle émane d’un organe non habilité, et elle n’est jamais entrée en vigueur.

3°/ La mystérieuse « norme fondamentale »

[La] norme fondamentale habilite l’individu ou les individus qui ont posé la constitution historiquement la première à poser des normes qui représentent la constitution historiquement la première. Si la constitution historiquement la première a été posée par la décision d’une Assemblée constituante, ce sont les membres composant cette Assemblée qui sont les individus habilités par la norme fondamentale ; en revanche, si la constitution historiquement la première est née par voie de coutume, c’est la coutume ou, plus exactement, ce sont les individus, dont le comportement forme la coutume créant la constitution historiquement la première, qui sont les individus habilités par la norme fondamentale. C’est la norme fondamentale de l’ordre juridique qui repose en dernière instance sur la constitution historiquement la première (...)»⁵⁹

doctrine française des XIX^e et XX^e siècles » in M. Boudot et P. M. Vecchi, *La théorie des nullités*, LGDJ, 2009, p. 79-98 ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 2101 et sq.

56. Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd., 2016, p. 242, n. 270.

57. Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd., 2016, p. 296, n. 334.

58. [TGN], p. 133.

59. [TGN], chap. 29, p. 343.

La norme fondamentale d'un ordre moral ou juridique positif n'est pas une norme positive, mais une norme simplement pensée, c'est-à-dire une norme fictive, la signification d'un acte de volonté non pas réel, mais fictif⁶⁰.

Peu nombreux sont les auteurs d'*introduction au droit* à tenter de présenter aux étudiants débutants le fondement de la validité de la constitution et le recours fait par Kelsen à la norme fondamentale⁶¹. Bien plus nombreux, sont les manuels qui, soit font silence sur le fondement de la hiérarchie des normes en s'en tenant à la seule description du droit positif français, soit rejettent en bloc la proposition kelsénienne sans la moindre analyse. « *L'analyse retenue par Hans Kelsen fait état d'une mystérieuse "norme fondamentale" qui se situerait au-dessus de toutes les autres. Or cette norme n'a jamais été définie* »⁶². Sévère point de vue qui mériterait d'être approfondi puisque précisément, Kelsen a défini *la norme fondamentale* en de multiples occasions, et fait évoluer ses formulations dans les quatre œuvres majeures auxquelles la doctrine a accès en français. Il est vrai que la compréhension des définitions et formulations de la norme fondamentale que Kelsen a produites demande à l'étudiant un lourd investissement d'intelligence avant d'être capable d'imaginer pouvoir produire une critique, autre qu'une dénonciation du mystère ou de la complexité du normativisme⁶³.

4°/ La métaphore des sources

On présente souvent la législation et la coutume comme les deux « sources du droit » ; cette vue procède de ce qu'en parlant alors du droit, on ne pense qu'aux seules normes générales du droit étatique. Cette idée restrictive n'est pas correcte. Si l'on envisage le droit dans toute l'ampleur convenable, il apparaît immédiatement qu'il existe d'autres « sources du droit » que la législation et la coutume. D'abord les normes juridiques individuelles, (...) elles sont éléments constitutifs de l'ordre juridique aussi bien que les normes juridiques générales sur la base desquelles elles ont été créées ; d'autre part, le droit international (...)

(...) Mais l'expression [« sources du droit »] est également employée dans un sens non-juridique, lorsqu'on l'utilise pour désigner toutes les représentations qui influencent effectivement les fonctions de création du droit et d'application du droit, en particulier les principes moraux et politiques, les théories juridiques, les avis d'experts etc...

60. [TGN], p. 344 ; mais aussi [TPD 1], p. 124, [TGDE], p. 170 ; [TPD2], p. 266.

61. D. Mainguy, 7^e éd., 2015, p. 180, n. 182 ; M. Fabre-Magnan, 2009, p. 151-152.

62. C. Albiges, 2^e éd., 2015, p. 57 ; *adde*, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, 4^e éd., 1996, n. 390 : « Les insuffisances de Kelsen sont faciles à rapporter : (...) Tout l'édifice repose sur la norme hypothétique fondamentale, sommet mystérieux que la doctrine ne fonde pas juridiquement, ce qui entache d'infirmité l'ensemble de la construction ».

63. Voy. « La Grundnorm pour les Nuls » in Th. Hochmann, « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *Revue française de droit constitutionnel*, 1/2016 (N° 105), p. 37-56.

La multiplicité des significations du terme « sources de droit (ou du droit) » laisse apparaître comme vraiment inutilisable⁶⁴.

La métaphore des « sources du droit » demeure généralisée dans la littérature de droit privé : et par opposition, même loin de toute adhésion au projet kelsénien, son abandon au profit d'exposés sur *la création de la règle de droit*⁶⁵ ou sa reformulation en *composantes* témoignent d'une volonté de s'inscrire dans une perspective analytique du discours sur les « sources »⁶⁶, de même la précision faite entre sources productrices du droit et forces créatrices nourrissant le contenu⁶⁷. Il existe aussi de petits ouvrages spécialement dédiés à l'analyse de la métaphore des sources et qui en redessinent la présentation⁶⁸.

Pour Kelsen, législation et droit coutumier sont sur le même plan lorsque la coutume est instituée par la constitution comme fait créateur de normes juridiques⁶⁹ : ce sont comme les jugements ou les contrats, des sources formelles au sens où les normes qu'elles créent sont valides parce qu'elles en dérivent, et ce tant qu'elles ne sont pas annulées. En revanche, parler de sources *réelles* supposerait que la norme puisse dériver d'un fait ou d'une réalité sociale, à savoir d'un être, ce qui serait contraire au théorème de Hume sur lequel repose le projet kelsénien. Ensuite, parler de *sources* pour signifier *l'influence « des forces créatrices » sur le contenu* des normes, entretiendrait la confusion avec ces sources réelles inexistantes⁷⁰. Enfin, la *théorie pure du droit* ne propose pas

64. [TPD 2], p. 313-314 ; pour approfondir le concept normativiste de sources, v. R. Guastini, *Le fonti del diritto (fondamenti teorici)*, in Cicu-Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2010, p. 44-86.

65. J.-L. Aubert et E. Savaux, 16^e éd., 2016, p. 61, n. 77, évincent les sources au profit d'une tripartition I/. L'identification de la règle de droit ; II/ La création de la règle de droit [1^o La loi. § 1 La distinction de la loi et du règlement. § 2 Les textes spéciaux. A. Textes d'origine interne / B. Textes de nature internationale). § 3 La hiérarchie des textes ; 2^o La coutume] ; III. T3 L'interprétation de la règle de droit [1^o Les techniques d'interprétation ; 2^o. La jurisprudence ; 3^o. La pratique ; 4^o. La doctrine]

66. F. Terré, 10^e éd. 2015, p. 195, n. 245.

67. P. Deumier, 2^e éd. 2013, p. 54, n. 61 *et sq.* ; également, avec T. Revet, v^o Sources du droit, in S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1431 ; *adde* I. Hachez, « Le concept de force normative face à la théorie des sources du droit », in *Les Sources du droit revisitées*, vol. 4 (2012), p. 427-455.

68. Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2015 ; S. Goltzberg, *Les sources du droit*, PUF, Que sais-je ? 2016.

69. [TPD 2], p. 304 : Si le droit coutumier est, à l'instar du droit législatif, droit positif, c'est-à-dire droit posé, il doit nécessairement y avoir un acte de volonté individuel ou collectif ayant pour signification subjective le *Sollen* qui est interprété ensuite comme norme objectivement valable, comme droit coutumier.

70. Les références sont abondantes à l'ouvrage de G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955 et son pseudo-positivisme, comme celui de P. Roubier, est aujourd'hui encore dominant : voy. M. Troper, « La doctrine et le positivisme », in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP – PUF, 1989, p. 291 : « La doctrine ne doit décrire les valeurs qui justifient les normes positives et en général la *ratio legis* que si elle

une sociologie des normes : elle ne prétend pas expliquer les luttes politiques entre les autorités qui influencent la détermination politique des contenus des normes, et elle ne prétend pas non plus constituer des instruments de mesure de l'obéissance à la loi.

L'incompatibilité du projet kelsénien avec les conceptions traditionnelles de la doctrine française de droit privé se révèle ici à travers la distinction des sources formelles ayant *grosso modo* assimilé le principe hiérarchique, et des sources *informelles* ou *réelles*. Dans les *Introductions au droit*, les sources informelles, non-écrites, interprétatives ou réelles⁷¹ ont des dénominations et une géométrie variable⁷², mais pour l'essentiel elles comptent les principes généraux, la coutume, la jurisprudence, la doctrine et la pratique. La présence du concept de *sources réelles* montre la persistance d'une représentation, hors hiérarchie et hors habilitation, d'entités *extra-ordinem* dotées de pouvoir normateur qui est regardé, selon les cas comme créateur de normes juridiques. La jurisprudence en particulier n'est pas traitée comme source formelle, mais comme source réelle.

Les usages linguistiques de « jurisprudence » sont multiples et se détachent difficilement les uns des autres : *science du droit* dans sa version anglo-latine, *compilation de décisions* dans sa version bibliothécaire, *autorité dotée d'un pouvoir jurislatif de portée générale* dans sa version sourcée. Pour sa part, Kelsen admet bien que si la constitution ou la coutume le prévoient, les actes juridictionnels pourront avoir une portée générale, que d'autres actes d'exécution viendront concrétiser.

L'histoire de la promotion des hautes juridictions françaises au rang de « pouvoir créateur » est connue, – elle a été programmée par la doctrine du tournant du xx^e siècle⁷³ –, qui aboutit en droit privé, à la constitution dès les années 1930 d'un système des grands arrêts concurrent du système du Code civil⁷⁴. Mais dans la littérature privatiste française, comment justifier la portée des arrêts au-delà des relations *inter partes*, comment la jurisprudence pourrait-

entend exprimer des normes, qui régissent des situations non prévues par le législateur. Mais on ne doit pas oublier ce truisme que le droit positif, c'est seulement le droit posé. Les normes que la doctrine prétend exprimer relèvent au contraire du droit non posé. En réalité, lorsqu'elle est ainsi conçue et pratiquée, elle ne sert qu'à produire des arguments visant à persuader un juge. Elle n'est pas un véritable métalangage et les juristes qui la pratiquent agissent en réalité *de sententia ferenda*. Ils ne sont en réalité que des pseudo-positivistes »

71. G. Cornu, 13^e éd., 2007, p. 46, n. 72 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, 6^e éd. 2016, p. 66, n. 46 ; J.-P. Gridel, 2^e éd., 1994, p. 210-212 *et sq.* ; comp. R. Cabrillac, 11^e éd., 2015, p. 95, n. 98.

72. Critique des présentations proposées par les *Introductions au droit* : Ph. Jestaz, 2^e éd., 2015, p. 3-6.

73. M. Boudot, « Les programmes scientifiques des revues juridiques des XIX^e et XX^e (et XXI^e) siècles », in *Coutumes, doctrine et droit savant*, sous la direction de J. M. Augustin et V. Gazeau, LGDJ, 2007, p. 307-318.

74. J. Carbonnier, 2004, [8], p. 21.

elle être générale alors que la loi le lui interdit ? « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »⁷⁵. Pour déjouer le paradoxe, et surtout pour affirmer la primauté du droit légiféré sur le système jurisprudentiel, le doyen Carbonnier, comme François Gény avant lui, distinguait les *sources* (Loi, coutume) des *autorités* (Jurisprudence, doctrine)⁷⁶. D'autres auteurs résolvent le paradoxe en affirmant la suprématie de la jurisprudence, droit vivant : « Le peu d'empressement que le Législateur a longtemps manifesté à accomplir sa tâche en matière de droit privé a permis aux tribunaux de jouer un rôle considérable dans la création du droit »⁷⁷. Plus subtilement le pouvoir créateur « n'a pas été usurpé par le juge, puisqu'il a l'obligation de combler les défaillances de la loi, en forgeant lui-même la règle lui servant à apprécier lui-même le cas soumis »⁷⁸.

Sans aller jusqu'à affirmer que les sources réelles créent toutes des normes juridiques, la pratique est aussi souvent mise en avant pour son pouvoir de suggestion (Normes AFNOR, Chartes déontologiques, Règlementations sportives) et d'intégration à l'ordre juridique ; cet ensemble hétéroclite impose l'idée que le droit ne peut se résumer à un système formel de sources productrices de règles valides et que le contenu de ces règles, influencé par des sources réelles, en est aussi. On y reconnaîtra encore l'empreinte de la posture cognitiviste des valeurs que le projet de Kelsen entendait dénoncer⁷⁹.

Quant à la doctrine, autorité, force créatrice, influence,... elle ne crée pas en droit positif français, mais est représentée par son pouvoir de conviction. Il est très symptomatique que les traces, déjà minces, que l'on pouvait observer de Kelsen à propos de la hiérarchie des sources formelles, ne soient plus présentes pour l'explication des sources réelles, et c'est bien logique ; la théorie kelsénienne de l'interprétation est incompatible avec la plupart des représentations que la doctrine privatiste a des interprètes et d'elle-même.

75. Article 5 du Code civil. On peut se sortir de ce paradoxe par un paralogisme intelligent : si la loi interdit au juge de disposer par voie générale et réglementaire, elle n'interdit pas de disposer par voie seulement générale. C'est un paralogisme en ce que générale et réglementaire sont redondants, et le second n'avait pas un caractère technique en 1804.

76. J. Carbonnier, 2004, [144] ; mais on observe des glissements chez ceux qui reprennent ce canevas : Cornu range les autorités (jurisprudence et doctrine) parmi les sources complémentaires, 13^e éd., 2007, p. 227, n. 438.

77. H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Introduction à l'étude du droit, 11^e éd. par F. Chabas, 1996, p. 170, n. 108 ; R. Cabrillac fait de la jurisprudence une source de droit subordonnée à la loi (transformation de la décision en règle de droit), p. 142.

78. Un débat Pour et Contre, P. Deumier, 2^e éd. 2013, n. 344 et sq. spécialement, n. 356 et sq. ; R. Libchaber, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil » in G. Fauré et G. Koubi, *Le livre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 143.

79. B. Beignier, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 153 et sq.

5°/ L'interprétation authentique

Les toutes dernières pages de la deuxième *Théorie pure du droit* sont consacrées à la théorie de l'interprétation⁸⁰. Je n'en ferai pas l'exégèse, ni n'exposerai les controverses entre constitutionnalistes⁸¹.

Dans tous les cas d'indétermination du degré inférieur, intentionnelle ou non-intentionnelle, plusieurs possibilités s'offrent à l'application du droit [...] Le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application, et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier.

Si l'on entend « interprétation » la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre. Alors l'interprétation d'une loi ne doit pas nécessairement conduire à une *décision unique tenue pour la seule exacte* ; il est possible qu'elle conduise à plusieurs décisions qui sont toutes d'égale valeur – dans la mesure où l'on prend pour étalon de valeur uniquement la loi à appliquer –, bien qu'une seule d'entre elles devienne droit positif par l'acte de l'organe d'application du droit, en particulier du tribunal. Dire qu'un acte juridictionnel, un jugement ou un arrêt, est fondé sur la loi ne signifie pas qu'il est la norme qui peut être créée dans le cadre de la norme générale, mais seulement qu'il est l'une des normes individuelles qui pourraient toutes également l'être ; en somme, cela signifie que la décision se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi⁸².

La distinction des interprètes forgée par Kelsen n'est pas ignorée de la doctrine privatiste. D'un côté, l'interprète scientifique ou doctrinal assume une fonction heuristique en quête des sens possibles, de l'autre l'interprète authentique est investi du pouvoir de choisir parmi les sens possibles, l'interprétation qu'il posera. *À l'intérieur du cadre*, le juge ou l'organe habilité effectuera un choix politique ou axiologique, acte de volonté et non acte de connaissance.

Au ^{xx}e siècle, la doctrine privatiste française a poursuivi, très majoritairement, une conception anti-kelsénienne fondée sur la conviction qu'il était possible pour le juge de découvrir l'interprétation correcte, la seule correcte, et ce parce qu'il

80. [TPD 2], p. 453-463.

81. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel* 2002/4 (n° 52), p. 789-836 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2002 (n° 50), p. 335-353 ; O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », p. 759-788 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », in *Analisi e Diritto*, 2004, p. 99 ; E. Millard, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 725-734.

82. [TPD 2], p. 456-457.

était possible de la lui enseigner. Cette quête de la *solution unique* se manifeste encore aujourd'hui à travers la littérature méthodologique d'exercices destinés aux étudiants, commentaire d'arrêts et cas pratique. Elle se livre aussi dans celle, à l'adresse des juges, promouvant l'idée que l'unification de la jurisprudence est une œuvre savante fondée sur le principe incontestable de sécurité juridique⁸³.

L'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation « exacte » ou « vraie ». C'est là une fiction dont la science du droit traditionnelle se sert pour maintenir l'idéal de sécurité juridique. Or, étant donné l'ambiguïté qui affecte, plus ou moins, la plupart des normes juridiques, cet idéal n'est réalisable qu'approximativement⁸⁴.

Kelsen reconnaît à cette fiction d'univocité une utilité sociale, mais elle contribue à faire passer pour vérité scientifique, de simples jugements de valeur politique. Il demeure même sceptique sur l'efficacité politique de la fiction d'univocité et fait observer qu'une interprétation véritablement scientifique, réalisée sur la base d'une analyse critique et décrivant toutes les significations possibles politiquement correctes et incorrectes, peut seule permettre à l'autorité habilitée de réduire à terme à un minimum les ambiguïtés et les équivoques inévitables de tout énoncé linguistique. Les auteurs qui, faisant mine de décrire les différentes significations et solutions possibles, prescrivent des choix, se trouvent en situation non plus d'interprètes doctrinaux ou scientifiques mais en situation de tribunes politiques. Kelsen condamne cette attitude mais observe très justement qu'« on ne peut naturellement pas le leur interdire⁸⁵ ».

6°/ Ethique de la doctrine

Dès que les auteurs présentent la doctrine [et se représentent] comme autorité capable de guider, c'est-à-dire prescrire ce qui doit être, ils se placent dans une position antinomique du projet kelsénien et de la perspective de non-cognitivism éthique qui le soutient.

La doctrine juridique ne peut poser des actes formateurs de droit, car les actes formateurs de droit sont des *actes de volonté*, tandis que la science du droit ou la doctrine juridique est une fonction de *connaissance* et non de volonté. La doctrine juridique peut seulement énoncer qu'une certaine norme juridique est valide ; elle peut seulement décrire les relations entre des normes juridiques, ou entre des normes juridiques et d'autres normes, mais elle ne peut pas rendre valides des

83. M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, thèse Aix-en-Provence, 1999 ; P. Brunet, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges », in V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ 2007, p. 247-250.

84. [TPD 2], p. 463 ; [TPD 1], p. 155.

85. [TPD 2], p. 463.

normes juridiques ou les priver de validité. Seule une autorité juridique, comme le législateur ou le juge, peut le faire⁸⁶.

Un commentaire scientifique doit se borner à indiquer les interprétations possibles d'une norme. Il ne peut pas décider que telle d'entre elles est la seule correcte ou la seule juste. Cette décision est un acte de volonté incombant exclusivement à l'organe qui a la compétence d'appliquer la norme en en créant une nouvelle. La plupart des commentaires qui se disent scientifiques sont en réalité des ouvrages de politique juridique⁸⁷.

Agir ainsi, c'est présenter faussement comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique. Par ailleurs, l'interprétation rigoureusement scientifique des lois étatiques ou des traités internationaux qui montre, sur la base d'une analyse critique, toutes les interprétations possibles, même celles qui ne sont pas politiquement souhaitables et qui n'ont peut-être pas été du tout voulues par le législateur ou par les parties contractantes, mais qui sont incluses dans la rédaction choisie par elles, une interprétation de ce type peut avoir une efficacité pratique qui dépasse de beaucoup l'avantage politique de la fiction d'univocité et clarté. Une telle interprétation, qui est vraiment scientifique, peut montrer à l'autorité qui crée le droit combien son œuvre est loin de satisfaire au postulat de technique juridique de formuler des normes de droit qui soient le plus univoques possible, ou tout au moins de les formuler de telle façon que les équivoques ou ambiguïtés inévitables soient réduites à un minimum, et c'est là ce qui assurera réellement le plus haut degré de sécurité juridique⁸⁸.

La question déontologique fait débat⁸⁹, et son ampleur déborde largement des manuels d'introduction au droit qui présentent aux étudiants le « rôle » de la doctrine. Dans le discours récent, qu'il s'agisse de la littérature proto-législative⁹⁰, d'appels aux parlementaires rédigés au nom du droit⁹¹, de pétition déguisée en analyse⁹², qu'il s'agisse des commentaires des nouvelles réformes du Code civil⁹³, du Code du travail ou du Code de l'environnement, ou encore des commentaires des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la plus grande majorité des privatistes assument un discours prescriptif et prédictif, autant qu'un

86. [TGN,] chapitre 28, p. 155 ; [TPD 2], p. 462-463.

87. [TPD 1], p. 140.

88. [TPD 2], p. 463.

89. J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », *Mélanges Pierre Hébraud*, 1985, p. 111 ; M. Gobert, « Le temps de penser de la doctrine », *Droits-20*, 1994, p. 97.

90. P. Deumier, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *RTD civ.* 2006, p. 63.

91. « La lettre de 170 juristes aux sénateurs » : <http://www.ndf.fr/poing-de-vue/16-03-2013/document-la-lettre-de-170-juristes-aux-senateurs-les-noms-des-signataires/>

92. « François Fillon : appel de juristes contre un coup d'État institutionnel » : <http://www.atlantico.fr/decryptage/francois-fillon-appel-juristes-contre-coup-etat-institutionnel-geoffroy-vries-philippe-fontana-andre-decocq-2967969.html>

93. D. Fenouillet, « Les valeurs morales », *RDC* 3/2016, p. 589.

rôle prescripteur et prédicateur politique. Pour Kelsen, ces auteurs « cherchent à influencer sur la création du droit. On ne peut naturellement le leur interdire. Mais jamais ils n'ont le droit de le faire au nom de la science juridique »⁹⁴. Ils œuvrent au moyen de « soi-disant méthodes d'interprétation⁹⁵ » pour « présenter faussement comme une vérité scientifique, ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique »⁹⁶.

Face à de telles accusations consistant dans l'utilisation de méthodes fallacieuses pour dissimuler sous sa robe les conditions de ses énoncés, la doctrine privatiste ne se perçoit pas comme illégitime : mettre en garde le législateur contre les conséquences dogmatiques d'une loi nouvelle, c'est le travail d'analyse qui est demandé aux experts du droit pour qu'ils évaluent les qualités techniques d'un texte, et de ce point de vue, le magistère du professeur conjugue travail d'expertise juridique et appréciation des contenus à l'aune des *principes qui gouvernent le système juridique*. Cela vaut autant pour une réforme du droit de la famille ou de la procédure pénale aux forts accents militants que pour la réforme du régime général de l'obligation qui semble politiquement neutre. Dans cette perspective, l'expertise scientifique ne s'arrête pas au seuil d'un jugement de valeur sur la pertinence d'une proposition, mais elle l'implique : le juriste est donc celui qui apprécie et juge les lois, il prononce à leur endroit un jugement de compatibilité avec le système dogmatique⁹⁷. Prévenir le législateur ou le juge contre les conséquences néfastes d'une loi nouvelle ou d'un revirement, n'est finalement que l'alerter sur la pente qu'il est sur le point de dévaler.

À propos de la polémique qui a secoué le *Recueil Dalloz* en 2013⁹⁸, concernant la lettre de 170 collègues invitant (prescrivant, commandant, ordonnant)

94. [TPD 2], p. 463.

95. [TPD 2], p. 458.

96. [TPD 2], p. 463.

97. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, 2^e éd., 1901, n. 224 « Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques ; il apprécie et juge les lois. Pour cela, il a besoin de *critique*, et il ne peut posséder cette qualité que par une culture intellectuelle étendue : l'*histoire du droit* lui fera connaître l'*origine* des institutions ; l'*économie politique* lui en fera voir les *résultats pratiques* ; la *législation comparée* lui donnera des *points de comparaison* empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission » ; v. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, p. 189, à propos du juriste face au cas difficile : « La croyance abstraite à la justice est une condition primordiale du droit. Toujours cependant on le retrouve [le jurisconsulte] indispensable pour donner aux règles juridiques cette fermeté, cette précision, cette sécurité et pour tout dire d'un mot, cette adéquation à la vie, qui ne saurait résulter d'une investigation purement scientifique » ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n. 18 ; « un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral ».

98. A. Supiot, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Rec. Dalloz* 2013, 1421 à propos de : E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez, V. Champeil-Desplats, « Mariage

les Sénateurs à faire obstacle au projet de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, Alain Supiot dressait un panorama critique des positions tenues par les auteurs du débat, mais considérait comme intenable la position qualifiée de *surplomb* de « ceux qui prétendent pouvoir se dédoubler – et s’exprimer tantôt en membres de la doctrine, tantôt en purs scientifiques ». Ce faisant, il connotait le *surplomb* d’un caractère péjoratif comme si l’adoption de la distinction des points de vue interne et externe, ou de la distinction langue et méta-langue, témoignait d’un sentiment de supériorité de celui qui les adopte, et non d’une démarche scientifique. Par surcroît, les auteurs du *droit de réponse* faisait remarquer non sans ironie, que la position de neutralité axiologique, prescrivant de ne jamais franchir la limite du jugement de valeur n’était sans doute qu’un fantasme dont les donneurs de leçons d’éthique ne se privaient pas.

D’un point de vue anthropologique, cette vision du normativisme, donneur de leçons de connaissance objective, n’est pas étrangère au style adopté par les tenants de la perspective kelsénienne, au lexique adopté, aux thématiques traitées et sans doute aussi à la personnalité de ses promoteurs, mais l’on s’explique mal pourquoi les praticiens du cognitivisme éthique se taisent sur leurs postulats⁹⁹. Pour que les choses soient claires, et l’honnêteté le commande, il leur suffirait de dire avec Alain Sériaux : « Il n’est de science exacte que du droit naturel en définitive. Discréditée de longue date, humiliée au point de parvenir à se renier en ce xx^e siècle sous l’influence de la pensée du juriste autrichien Hans Kelsen, la doctrine juridique peut alors relever la tête. Elle est de sang royal, divin même, et peut s’exclamer comme le vieux Tobie que ses amis raillaient en disant “où est ton espérance ?” : Ne parlez pas ainsi car nous sommes enfants de saints (Tobie, 2, 16-18). Encore convient-il, bien sûr, qu’elle connaisse ses aïeux dont un des plus grands, le jurisconsulte romain Paul, enseignait : le mot *droit* a plusieurs sens. Le premier, dont on dit qu’il est le droit tout court, ce qui est juste et bon : le droit naturel (Digeste 1,1, 10) »¹⁰⁰.

pour tous : juristes, taisons-nous ! » <http://www.raison-publique.fr/article601.html> ; « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler “au nom du Droit” ? », *Rec. Dalloz* 2013, p. 784 ; B. Daugeron, A.-M. Le Pourhiet, J. Roux, Ph. Stoffel-Munck, « Droit de réponse : Mariage pour tous, silence pour quelques-uns... Tu patere legem quam ipse fecisti », *Rec. Dalloz*, p. 784.

99. Sur les postulats, Ph. Jestaz, 2^e éd., 2015, p. 7-12 ; sur les théories d’arrière-plan, D. Vernant, *Introduction à la philosophie de la logique*, Mardaga, 1986, p. 101 et sq.

100. A. Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p. 229.