



HAL
open science

Efficacité et validité de l'ordre juridique

Thomas Hochmann

► **To cite this version:**

Thomas Hochmann. Efficacité et validité de l'ordre juridique. Thomas Hochmann, Xavier Magnon, Régis Ponsard. Un classique méconnu: Hans Kelsen, Mare et Martin., 2019. hal-03252773

HAL Id: hal-03252773

<https://hal.science/hal-03252773>

Submitted on 9 Jul 2021

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.

Chapitre 10

Effacité et validité de l'ordre juridique

Thomas HOCHMANN,
Université de Reims

« La définition correcte [du] rapport entre validité et efficacité », explique Kelsen dans une phrase souvent citée, « est un des problèmes essentiels d'une théorie positiviste du droit, mais aussi l'un des plus difficiles »¹. Or, à en croire de très nombreux auteurs, ce point crucial est justement l'un des plus faibles de la théorie pure du droit. Il entacherait l'ensemble de la construction d'une contradiction fondamentale : alors que Kelsen ne cesse de proclamer l'étanchéité de la séparation entre les normes et les faits, il identifierait l'ordre juridique à partir de son efficacité. Mais la découverte d'erreurs grossières dans la pensée kelsénienne procède toujours d'une mauvaise compréhension de son propos. Ce chapitre entend démontrer que, en dépit de certaines formulations maladroites de Kelsen, on peut percevoir dans ses écrits un lien entre la validité et l'efficacité qui s'avère parfaitement conforme au reste de sa théorie². La prétendue contradiction kelsénienne sera présentée (I) avant d'être réfutée (II).

I. La norme fondamentale, l'efficacité, et l'apparente contradiction de Kelsen

Un bref rappel du concept de la norme fondamentale³ est nécessaire (A) pour comprendre le reproche adressé à Kelsen (B). Celui-ci repose néanmoins sur une incompréhension dont les causes peuvent être imaginées (C).

1. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la deuxième édition Ch. Eisenmann, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999 (1962), p. 211.

2. Ce chapitre reprend et complète les arguments d'abord présentés dans Th. Hochmann, « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 105, 2016, p. 37-56.

3. Pour une présentation détaillée, cf. dans ce volume le chapitre de M. Jestaedt, « Validité dans le système et validité du système ».

A. La norme fondamentale comme supposition de validité du système

Comme chacun sait, Kelsen entend élaborer une théorie qui permette une étude spécifique du droit, en distinguant cet objet tant de la morale que des faits. Kelsen combat donc à la fois le jusnaturalisme et le « naturalisme », si l'on désigne par là le positivisme empirique qui traite le droit comme un phénomène naturel, un ensemble factuel, sans isoler son aspect normatif⁴. Cette double exclusion empêche Kelsen de fonder la validité des normes juridiques sur les faits ou sur la morale. La validité d'une norme juridique ne peut provenir que d'une autre norme juridique. L'acte administratif tire par exemple sa validité de la loi, qui tire sa validité de la Constitution. Ce raisonnement conduit inéluctablement au problème de la régression infinie : en remontant la chaîne de validité, on arrive forcément à une norme qui ne peut se fonder sur aucune autre norme juridique. Autrement dit, le fondement ultime du droit ne peut se trouver dans le droit lui-même. H. L. A. Hart parvient à la même conclusion, mais peut situer ce fondement dans des faits sociaux⁵, dès lors qu'il n'adopte pas de séparation stricte entre la méthode normativiste et la méthode empirique, entre l'étude des faits et l'étude des normes. Kelsen, pour sa part, ne peut se permettre de trouver dans les faits la validité de la première norme. Il ne peut non plus se référer à la morale. Aussi, un positivisme normativiste cohérent doit-il se contenter de supposer la validité de la première norme. Ici intervient le concept de « norme fondamentale » (*Grundnorm*), à propos duquel tant de pages ont été écrites. Mais la *Grundnorm* ne mérite peut-être pas tant d'attention. Elle n'est qu'un outil qui permet d'assurer la cohérence de la construction théorique de Kelsen. Elle permet de clore la chaîne de validité sans glisser dans le moralisme ou la sociologie⁶.

Aussi, plutôt que d'affirmer, avec Kelsen, que l'on suppose la validité de la norme fondamentale⁷, on pourrait dire plus clairement que la science du droit suppose la validité de la Constitution. C'est ce geste que désigne la *Grundnorm*⁸,

4. Cf. St. Paulson, « On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm », *Ratio Juris*, 2000, p. 280 ; et, de manière détaillée, G. Nogueira Dias, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie, Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsen*, Mohr Siebeck, 2005, p. 9 s. Cf. aussi M. Jestaedt, « Geltung des Systems und Geltung im System. Wozu man die Grundnorm benötigt – und wozu nicht », *Juristen Zeitung*, 2013, p. 1014.

5. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2012 (1961), p. 110 et 292 s.

6. M. Jestaedt, *loc. cit.*, p. 1015 et 1021. Cf. aussi H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2^e éd., Nomos, 1990, p. 29.

7. Cf. par exemple H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. fr. B. Laroche et V. Faure, Bruylant/L.G.D.J., 1997 (1945), p. 165 et 170 ; H. Kelsen, « Professor Stone and the Pure Theory of Law », *Stanford Law Review*, 1965, p. 1143.

8. On trouve cette formulation plus exacte par exemple dans H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 200 : « la validité de cette Constitution [historiquement première], son caractère de norme obligatoire doivent être *supposés*, admis comme hypothèses, si

qui pourrait tout aussi bien être qualifiée de « supposition fondamentale » (*Grundannahme*)⁹. Comme l'écrit Adamovich, « la *Grundnorm* n'a pas d'autre fonction que de traduire en langage normatif la supposition déjà formée selon laquelle le constituant est la plus haute autorité juridique. La véritable décision n'est donc pas prise lors de la formulation de la norme fondamentale, mais lors du choix de l'autorité juridique suprême »¹⁰.

La *Grundnorm* ne signifie pas autre chose que ce choix, cette supposition¹¹. Comme l'explique Matthias Jestaedt dans le présent volume, elle ne joue donc un rôle qu'à l'égard de la première norme (la Constitution), dont elle permet de supposer la validité, et partant la *validité du système*. La validité des autres normes du système, la *validité dans le système*, découle de cette première norme et ne nécessite nulle référence directe à la *Grundnorm*¹². La validité des normes juridiques, en tant qu'appartenance au système, désigne autre chose que la validité supposée (*als-ob-Geltung*) de la première norme et donc de l'ensemble du système¹³. En d'autres termes, et c'est sans doute là un point crucial, *la théorie pure du droit n'affirme pas qu'un certain ordre normatif est valide, elle explique le traiter comme supposément valide*¹⁴. La science du droit ne peut s'efforcer d'*iden-*

l'on veut qu'il soit possible d'interpréter les actes posés conformément à ses dispositions comme la création ou l'application de normes juridiques générales valables ». Souligné dans l'original.

9. Cf. en ce sens R. Walter, « Die Grundnorm im System der Reinen Rechtslehre », in Aulis Aarnio et al. (dir.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1993, p. 85.

10. Ludwig Adamovich, « Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, Zugleich eine Besprechung des unter diesem Titel erschienenen Buches von René Marcic », *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1968, p. 620.

11. Aussi, les changements de qualification de la *Grundnorm* (supposition, hypothèse, fiction), qui ont tant fasciné les philosophes du droit, n'ont guère d'incidence sur sa fonction, qui demeure la même. Cf. M. Jestaedt, *loc. cit.*, p. 1013 ; P.-M. Raynal, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, Thèse, Paris 2, 2014, p. 64. Le terme qui prête sans doute le moins à confusion est celui de « supposition ». Cf. R. Walter, « Kelsen's Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1968, p. 339. Sur ces différentes qualifications de la *Grundnorm* dans les écrits de Kelsen, cf. G. Nogueira Dias, *op. cit.*, notamment p. 169. Pour une énumération complète et détaillée, cf. S. Paulson, « Die unterschiedlichen Formulierungen der „Grundnorm“ », in Aulis Aarnio et al. (dir.), *op. cit.*, p. 58 s.

12. M. Jestaedt, *loc. cit.*, p. 1018.

13. *Ibid.* Cf. dans le même sens la description par Riccardo Guastini de la Constitution comme une norme « ni valide ni non valide ». C'est à tort que cet auteur croit pouvoir critiquer Kelsen sur ce point. Cf. R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. fr. V. Champeil-Desplats, Dalloz, 2010, p. 52. Pour une comparaison des positions de Guastini et de Kelsen à cet égard, cf. dans le présent volume Michel Troper, « La norme fondamentale. Une reconstruction réaliste ».

14. R. Walter, « Wirksamkeit und Geltung », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1961, p. 538. Cf. aussi H. Dreier, *op. cit.*, p. 196.

tifier quel est le droit valide sur un territoire. Elle décide de considérer ainsi un ensemble de normes. Comme le résume Otto Pfersmann, « [c]ette opération ne résulte d'aucune donnée empiriquement observable. Il ne s'agit ni de savoir si ce qu'exige X est effectivement respecté ni si cela est réellement accepté par les destinataires de la prescription, il s'agit d'une propriété admise par convention ou stipulation, celle par laquelle on admet l'existence d'un système juridique (français, italien, européen, international etc.) – dans la Théorie pure du droit c'est la fonction de la "Norme fondamentale" »¹⁵. La *Grundnorm* est une supposition de validité qui permet simplement de « fonder » l'interprétation d'un ensemble de normes comme un système de normes juridiques valides¹⁶.

La science du droit demeure ainsi distincte des sciences empiriques. La séparation entre le monde des faits (*Sein*) et le monde des normes (*Sollen*) est maintenue. Il est pourtant souvent reproché à Kelsen de ne pas demeurer fidèle à ce principe maintes fois proclamé.

B. Une supposition dépendante de l'efficacité du système ?

Dans de nombreux passages de son œuvre, Kelsen donne l'impression de lier inéluctablement la validité et l'efficacité. Il insiste en effet à de multiples reprises sur le fait que la supposition de validité, la *Grundnorm*, ne peut intervenir qu'à l'égard d'un système *grosso modo* efficace¹⁷. La théorie pure du droit « n'affirme la validité d'une norme, autrement dit son existence, que si cette norme fait partie d'un ordre juridique qui, pris globalement, est efficace, c'est-à-dire si les normes de cet ordre sont en gros obéies par les sujets de l'ordre et, si elles ne sont pas obéies, sont en gros appliquées par ses organes »¹⁸. L'efficacité serait la « *conditio sine qua non* » de la validité d'un ordre juridique¹⁹, il serait « insoutenable » d'affirmer que « la validité du droit est absolument indépendante de son efficacité »²⁰.

15. O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 491 s.

16. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 201 : « Il n'y a qu'un moyen de fournir ces justifications, de fonder ces interprétations, c'est de supposer cette norme fondamentale relative à une Constitution déterminée ».

17. Cf. par exemple H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 91 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 215.

18. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. A. Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1946 (1945), p. 170 ; traduction française (légèrement modifiée ici) : H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 223.

19. H. Kelsen, « Das Wesen des Staates », *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, n° 1, 1926/1927, p. 7 ; H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 173.

20. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 211 s.

De telles affirmations semblent indiquer que « l'emplacement » de la *Grundnorm*, c'est-à-dire le choix du système supposé valide, *dépend obligatoirement* de l'observation des faits. La norme fondamentale serait « imposée par les faits »²¹. Pour savoir quel ensemble de normes interpréter comme le droit en vigueur, il conviendrait selon Kelsen de se référer aux comportements effectifs, afin de déterminer s'ils correspondent aux comportements prévus par les normes. Ainsi, suite au succès d'une révolution, la *Grundnorm* suivrait le déroulement des faits, un autre système deviendrait valide en raison de nouveaux comportements. Plusieurs juridictions confrontées à des situations révolutionnaires ont compris de la sorte la pensée de Kelsen, et ont cru pouvoir citer l'auteur pour résoudre les problèmes qu'elles affrontaient²².

Si telle était la position de Kelsen, il y aurait bien là une contradiction que l'on peut exprimer d'au moins trois manières. Premièrement, et surtout, de multiples auteurs ont reproché à Kelsen de violer la distinction entre le *Sein* et le *Sollen*, de contredire sa thèse selon laquelle une norme ne peut être déduite d'un fait. Il s'agit là d'un argument très répandu, qui appartient au « répertoire standard de la critique » de Kelsen²³. On le trouve dans la littérature germanophone²⁴, anglophone²⁵, francophone²⁶ et également en Italie sous la plume de Norberto

21. M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1998 (1960), p. xviii.

22. Cf. J. W. Harris, « When and Why Does the Grundnorm Change? », *Cambridge Law Journal*, 1971, p. 103, qui mentionne des juridictions du Pakistan, d'Ouganda et de Rhodésie du sud. La citation de Kelsen utilisée par ces juges se trouve dans H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 172. Sur cette question, cf. aussi S. McIntosh, *Kelsen in the Grenada Court*, Ian Randle Publishers, 2008, notamment p. 16 s.

23. H. Dreier, *op. cit.*, p. 52.

24. Cf. notamment Th. Mayer-Maly, « Gibt es einen richtigen Ort der Jurisprudenz? », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1961, p. 414 s. ; K. Engisch, « Literaturbericht. Rechtsphilosophie », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1963, p. 602 ; H. P. Rill, « Zur "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" von Karl Larenz », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1964, p. 282 ; Th. Mayer-Maly, « Rechtswissenschaft und Rechtsstaat », in E. Seidl (dir.), *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt*, 1966, Duncker & Humblot, p. 28 s. ; H.-L. Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht*, Gruyter, 1966, p. 144 s. ; E. Kramer, « Kelsens "Reine Rechtslehre" und die "Anerkennungstheorie" », in M. Imboden et al. (dir.), *Festschrift für Adolf J. Merkel zum 80. Geburtstag*, Wilhelm Fink Verlag, 1970, p. 192 ; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^e éd., Springer, 1991, p. 73 s. (et les références citées p. 73, note 1 ; l'argument apparaît dès la première édition de la *Methodenlehre*, 1960, p. 73) ; R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 3^e éd., Beck, 1994, p. 14 s.

25. Cf. notamment W. Friedmann, *Legal Theory*, 5^e éd., Columbia University Press, 1967, p. 285 ; A. Marmor, « The Pure Theory of Law », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory/>.

26. Cf. M. Virally, *La pensée juridique* (1960), *op. cit.*, p. xviii ; J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, p. 47, note 3 ; A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du*

Bobbio²⁷. La théorie pure du droit s'écarterait du normativisme précisément là où il est le plus important, à savoir sur la question du fondement de la validité du droit²⁸. Dans cette insuffisante distanciation par rapport à l'efficacité résiderait la faiblesse principale de cette théorie²⁹, le « reproche le plus important » qui peut lui être adressé³⁰.

Deuxièmement, si vraiment la supposition de la *Grundnorm* nécessitait une enquête empirique préalable, il faudrait reconnaître avec de nombreux auteurs que la science du droit n'est pas autonome. Elle ne pourrait se passer de l'étude des faits sociaux pour identifier son objet. Or, c'est précisément la position inverse que défend Kelsen, dont l'objectif principal est de construire une science du droit indépendante. Le projet qui traverse l'ensemble de son œuvre juridique consiste à éviter le « syncrétisme des méthodes » et à développer une technique d'étude du droit et de lui seul, sans recourir à des éléments extérieurs et en particulier à l'analyse des comportements sociaux³¹. Kelsen prétend que la science normativiste est première, en ce que les démarches empiriques relatives au droit ont besoin d'elle pour identifier leur objet³². L'apparent lien inéluctable entre la validité et l'efficacité semble là encore traduire une contradiction que plusieurs auteurs ne se sont pas privés de relever³³.

Troisièmement, cette lecture de la théorie pure du droit en fait un discours prescriptif, qui indiquerait une méthode pour identifier le droit en vigueur dans

droit et de l'État, Pedone, 1978, p. 315 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, p. 295 s. ; F. Couveinhas-Matsumoto, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, 2014, p. 23. Cf. aussi, de manière très mesurée, O. Cayla, « Reine Rechtslehre », in O. Cayla et J.-L. Halpérin, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2010 (2008), p. 327. 27. N. Bobbio, « Kelsen et le problème du pouvoir » (1981), in N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. fr. M. Guéret, Bruylant/LGDJ, 1998, p. 253. Cf. aussi G. Fassò, *Histoire de la philosophie du droit, XIX^e et XX^e siècles*, trad. fr. C. Rouffet, LGDJ, 1976 (1974), p. 222 s.

28. Th. Mayer-Maly, « Rechtswissenschaft und Rechtsstaat », *loc. cit.*, p. 28.

29. *Ibid.*, p. 29.

30. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, p. 73.

31. Cf. G. Nogueira Dias, *op. cit.*, p. 102.

32. Cf. par exemple H. Kelsen, « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1915, p. 875 s. ; H. Kelsen, « Der Staatsbegriff der "verstehenden Soziologie" », *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik*, 1921, p. 118. Pour une présentation en français, cf. Th. Hochmann, « Sans le normativisme, la sociologie du droit n'est rien. Hans Kelsen, critique de Eugen Ehrlich », in S. Ayad-Bergounioux *et al.* (dir.), *Les logiques du droit : autour des formes de légitimation du pouvoir*, Mare et Martin, 2018. 2019, p. 59-77.

33. Cf. en particulier J. Stone, *The Province and Function of Law*, Harvard University Press, 1950, p. 103 s. ; J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Stanford University Press, 1968, p. 128. Cf. aussi J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980, p. 518.

un système. En cas de systèmes concurrents, il serait possible de choisir en *appliquant* la théorie pure du droit, comme ont cru pouvoir le faire certains juges³⁴. Évidemment, cette prétention normative de la théorie contredirait son ambition scientifique³⁵. « Jamais », écrira Kelsen dans sa vigoureuse réponse aux critiques émises par Julius Stone, « même dans les premières formulations de la théorie pure du droit, je n'ai exprimé l'opinion stupide que les affirmations de la théorie pure du droit "lient" le juge "de la même manière que les normes juridiques" »³⁶.

C. Tentative d'explication d'une incompréhension

La thèse selon laquelle il *faudrait* supposer valide l'ordre généralement efficace traduit en effet une mauvaise compréhension de la théorie pure du droit, qui semble avoir deux causes. D'abord, la faute en est attribuable à Kelsen, dont de nombreuses formules induisent en erreur³⁷. Il faut bien reconnaître en outre qu'il n'a jamais écarté clairement cette critique interne de la confusion entre *Sein* et *Sollen*, quand bien même elle lui a été adressée à de multiples reprises³⁸. On se demandera à la fin de ce chapitre si la position qui va être défendue peut être, si l'on ose dire, « imputée » à Kelsen. Mais il s'agit là d'une question tout à fait secondaire³⁹ : l'important est de mettre à jour les implications de la théorie pure du droit, et non de savoir si son créateur et principal artisan a toujours approuvé chacune de ses subtilités⁴⁰. Soulignons par ailleurs que le caractère trompeur

34. Cette idée est également défendue par H. Dreier, *op. cit.*, p. 126 s. ; et R. Dreier, « Sein und Sollen. Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens », *JuristenZeitung*, 1972, p. 332.

35. Cf. par exemple H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 205, note 5 : « la science du droit en tant que connaissance ne peut que décrire des normes et ne peut pas prescrire des normes ». Cf. aussi H. Kelsen, « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », *loc. cit.*, p. 839 s., note 1.

36. H. Kelsen, « Professor Stone », *loc. cit.*, p. 1134.

37. Cf. H. Dreier, *op. cit.*, p. 47, note 119.

38. Cf. en ce sens K. Larenz, *op. cit.*, p. 73, note 1 ; H. P. Rill, *loc. cit.*, p. 283. Par exemple, dans sa réponse aux critiques de Michel Virally, Kelsen aborde plusieurs fois cette question sans jamais répondre de manière précise et détaillée. H. Kelsen, « La théorie pure du droit dans *La pensée juridique* » (1961 ou 1962), in H. Kelsen, *Controverses sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 164-166, 171 s. De même, dans sa réponse à Julius Stone, il consacre un paragraphe au thème « validité et efficacité », mais il se contente d'y répéter les formulations pas toujours limpides de la *Théorie pure du droit*. H. Kelsen, « Professor Stone », *loc. cit.*, p. 1139 s.

39. Cf. dans le même sens J. M. Eekelaar, « Principles of Revolutionary Legality », in A. W. B. Simpson (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon Press, 1973, p. 25.

40. Cf. en ce sens R. Walter, « Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich », *loc. cit.*, p. 343 s.

des formules de Kelsen ne doit pas être exagéré. James Harris est par exemple parvenu, en se référant uniquement à des textes publiés en anglais, à saisir parfaitement le lien entre l'efficacité et la *Grundnorm*⁴¹. Peut-être Kelsen n'a-t-il donc pas tout à fait tort lorsqu'il met en doute la bonne foi de ses critiques, ou en tous cas la bienveillance de leur lecture⁴².

Ensuite, la mauvaise interprétation du positivisme normativiste kelsénien semble également avoir pour cause la grande difficulté à concevoir que la science juridique puisse être autre chose qu'une description sociologique du droit⁴³. Pour de nombreux auteurs, toute autre entreprise s'apparenterait à une « rêverie idéaliste »⁴⁴. Dès lors qu'il écarte de ses réflexions le droit empiriquement saisissable, Kelsen ne parlerait pas du droit mais d'une « image de pensée inventée par lui » qui ne correspond à rien dans la réalité⁴⁵. On peut ainsi écarter d'un revers de la main l'œuvre de Kelsen, qui reposerait sur une absurde théorie du « droit pur »⁴⁶.

Puisque le droit est, évidemment, un phénomène social, il est tentant de l'étudier sous cet angle. De nombreux auteurs ne peuvent tout simplement pas concevoir l'objectif d'isoler un aspect normatif et de l'examiner de manière spécifique⁴⁷. Ils ne saisissent pas qu'une théorie du droit renonce à rechercher le véritable fondement du droit, à poser la question de savoir comment un ensemble de faits « devient » du droit. Dès lors, ces auteurs sont enclins à s'engouffrer dans

41. J. W. Harris, *loc. cit.*

42. Cf. H. Kelsen, « Professor Stone », *loc. cit.*, p. 1150.

43. Ce point de vue est en particulier caractéristique de la littérature anglophone. Cf. par exemple G. Hughes, « Validity and the Basic Norm », *California Law Review*, 1971, notamment p. 700 et 703 ; J. Finnis, « Revolutions and Continuity of Law », in A. W. B. Simpson (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 72 ; et J. Raz, cité dans *ibid.*, p. 71. Comme le remarque Jörg Kammerhofer, il semble y avoir chez les anglo-saxons une difficulté « culturelle » à comprendre la théorie de la *Grundnorm*. J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective*, Routledge, 2011, p. 243. Cf. aussi dans le présent volume M. Green, « L'anglo-américanisation de Kelsen ».

44. M. Villey, « Préface », in J. Miedzianagora, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, LGDJ, 1970, p. iii.

45. H. Klenner, *Rechtsphilosophie in der Krise*, Berlin, Akademie-Verlag, 1976, p. 45. Cf. aussi J. Miedzianagora, *op. cit.*, p. 184.

46. Cf. le jugement hâtif et souvent cité de K. Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Transaction Publishers, 2008 (1962), p. 356, note 5 : « I see Kelsen's work as utterly sterile, save in by-products that derive from his taking his shrewd eyes, for a moment, off what he thinks of as "pure law" ». Cf. aussi, dans le même sens, K. Llewellyn, « A Horse-Sense Theory of The Institution of Law » (1950), in W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2^e éd., Cambridge University Press, 2012, p. 555 : « Kelsen [...] developed his conscious and in my view sterile theory of "pure" law ».

47. Cf. en ce sens, à propos de Julius Stone, I. Stewart, « Coincidence or Derivation? When Julius Stone Accused Hans Kelsen of Plagiarism », *Griffith Law Review*, 2008, p. 207. Cf. aussi, de manière très directe, H. Kelsen, « Professor Stone », *loc. cit.*, p. 1143 : « [Le professeur Stone] ne comprend pas la théorie qu'il critique ».

la brèche que semble ouvrir la place de l'efficacité dans la théorie kelsénienne. Pour Andrei Marmor, par exemple, l'embarras de Kelsen démontre qu'on ne peut éviter de réduire le droit aux faits, et qu'il faut rechercher le fondement de la validité dans un ensemble de faits sociaux. La norme fondamentale serait une étape dans l'histoire de la pensée juridique, qui mena à la fabuleuse découverte de Hart⁴⁸.

II. Le rôle de l'efficacité dans le choix de la *Grundnorm*

L'emplacement de la *Grundnorm*, c'est-à-dire le choix du système que l'on traitera comme le droit en vigueur, prend en compte l'efficacité, mais pas de la manière dénoncée par les critiques. Le *Sollen* n'est nullement déduit du *Sein*. Le lien entre la *Grundnorm* et l'efficacité est établi d'une manière qui ne remet absolument pas en cause la cohérence du projet général. Kelsen, en une occasion au moins, ainsi que certains de ses élèves, ont expliqué avec la plus grande clarté que l'efficacité était en réalité un critère qui oriente le choix du système analysé comme formant le droit positif (B). Si ce choix est parfaitement libre, plusieurs raisons conduisent à préférer le système globalement efficace (C), même si le rôle de ce critère ne doit pas être exagéré (D). Hélas, cette thèse est en général passée sous silence au profit d'arguments moins convaincants (A).

A. Les réponses insuffisantes

Une première explication proposée par Kelsen doit être mentionnée, mais peut être laissée de côté. Dès 1920, Kelsen souligne que le lien entre la validité du système et l'efficacité est exigé par une norme juridique si l'on se place du point de vue du droit international⁴⁹. En effet, en vertu du « principe d'effectivité, qui fait partie du droit international [...], une autorité effectivement établie est un gouvernement légitime, l'ordre de contrainte édicté par ce gouvernement est un ordre juridique »⁵⁰. Le lien entre validité et efficacité n'interviendrait donc pas lors de la supposition de validité, mais découlerait du droit positif. Cette solution est néanmoins triplement insuffisante. Premièrement, elle ne fait que déplacer le problème au niveau de la norme fondamentale du droit international. Deuxièmement, elle repose sur une description controversée du droit international⁵¹. Troisièmement, elle s'intéresse au contenu du droit international, alors que

48. A. Marmor, *loc. cit.*

49. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1920, p. 101.

50. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État, op. cit.*, p. 175. Dans le même sens : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 218.

51. J. W. Harris, « When and Why Does the Grundnorm Change? », *loc. cit.*, p. 125, note 82 ; A. M. Honoré, « Reflections on Revolutions », *The Irish Jurist*, 1967, p. 272.

le lien entre validité et efficacité doit être résolu sur un plan purement théorique, et donc indépendant du contenu du droit.

Une seconde explication justifie la prise en compte de l'efficacité d'une manière insatisfaisante. Plutôt que de préciser le rôle de l'efficacité, cette argumentation relativise la séparation entre le *Sein* et le *Sollen* afin d'écartier le reproche de la contradiction. Il est vrai que cette distinction cardinale signifie uniquement qu'une norme ne peut être déduite d'un fait. Jamais Kelsen n'a défendu l'idée que la science du droit devait ignorer la réalité. Au contraire, dès lors qu'elle est une théorie du droit positif⁵², elle s'intéresse à des actes existants, réalisés par des hommes, et non à un droit naturel situé dans la seule sphère des idées⁵³. Kelsen a pris le soin de lever explicitement cette « apparente contradiction » : la théorie pure du droit « est une théorie de ce qui doit être du point de vue du droit positif et non de ce qui est naturellement. Les normes forment son objet, et non la réalité naturelle ». Mais elle est aussi « une théorie du droit positif, c'est-à-dire du droit réel, et non pas d'un droit idéal. Elle est une théorie de la réalité du droit ». Ainsi, « lorsque la théorie pure du droit soutient qu'elle a pour objet le droit positif, le droit tel qu'il est et donc la réalité du droit, elle caractérise le droit positif comme *Sein* » par rapport aux doctrines jusnaturalistes qui recherchent comment doit être le droit. « Et lorsqu'elle définit le droit positif comme norme, c'est-à-dire comme un *Sollen*, ceci s'opère aussi au regard de la conduite factuelle des hommes qui peut tantôt correspondre à cette norme [...], tantôt la transgresser »⁵⁴.

Cette précision semble cependant insuffisante pour répondre à la critique de l'apparente inclusion de l'efficacité au sein de la norme fondamentale⁵⁵. L'intérêt pour le seul droit positif ne dit en effet rien du lien entre validité et efficacité : des hommes peuvent parfaitement poser des normes qui ne sont respectées par personne. Surtout, le reproche ne porte pas sur la consistance du positivisme de Kelsen (l'intérêt pour le *law as it is*, et non *as it should be*), mais de son normativisme (l'intérêt pour le *Sollen*, par opposition au *Sein*). C'est donc autrement que doit être levée l'apparente contradiction kelsénienne.

52. Cf. par exemple la première phrase de H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 9.

53. Cf. H. Dreier, *op. cit.*, p. 53. Cf. aussi, sur ce caractère « réaliste » de la théorie pure du droit, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 115.

54. H. Kelsen, « Was ist die Reine Rechtslehre? » (1953), in G. Roellecke (dir.), *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1988, p. 125 s. ; traduction (très légèrement modifiée ici) : H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), trad. fr. Ph. Coppens, *Droit & Société*, 1992, p. 554.

55. Tel est pourtant le système de défense choisi contre ce reproche par Kelsen lui-même, et par l'un de ses meilleurs défenseurs. Cf. H. Kelsen, « La théorie pure du droit dans *La pensée juridique* », *loc. cit.*, p. 176 ; Ch. Eisenmann, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », in *Méthode sociologique et droit, Rapports présentés au Colloque de Strasbourg (26 au 28 novembre 1956)*, Dalloz, 1958, p. 67.

B. L'efficacité : un critère qui aiguille le choix stratégique de la *Grundnorm*

Il faut commencer par insister sur une thèse essentielle de la théorie pure du droit : la *Grundnorm*, c'est-à-dire l'interprétation d'un ensemble de normes comme le droit en vigueur, n'est pas une obligation. Autrement dit, nul n'est jamais obligé de supposer la validité d'un système normatif⁵⁶. « L'on ne doit pas nécessairement supposer la norme fondamentale d'un ordre juridique positif ; l'on ne doit pas nécessairement interpréter les relations humaines dont il s'agit de façon normative, c'est-à-dire comme des obligations, des habilitations, des droits, des compétences, etc., fondés par des normes juridiques objectivement valables ; on a seulement la faculté de le faire, c'est-à-dire que l'on peut aussi les interpréter sans recours à une hypothèse préalable, sans supposer la norme fondamentale, comme des relations de force, comme des relations entre des individus qui commandent et des individus qui obéissent »⁵⁷. Comme le résume Alfred Verdross, « personne ne peut être empêché scientifiquement de considérer le droit positif comme un pouvoir nu »⁵⁸.

Simplement, si l'on souhaite interpréter un système normatif comme un ordre juridique valide, on a besoin de la *Grundnorm*. « Un point essentiel de ma théorie de la norme fondamentale...] est qu'il n'est pas nécessaire de supposer la norme fondamentale, que c'est seulement *si* on la suppose que l'on peut considérer un ordre coercitif généralement efficace comme un système de *normes* objectivement *valides* »⁵⁹. La théorie pure du droit ne prétend donc obliger quiconque à supposer valide un ensemble de norme. La *Grundnorm* n'est nécessaire qu'à celui qui ne se résout pas à examiner des actes de pouvoir désordonnés mais souhaite analyser l'ensemble de ces comportements comme la production de normes juridiques valides. Dès lors, on ne saurait reprocher à Kelsen de contredire le principe selon lequel une norme ne peut être déduite d'un fait. La validité repose sur la *Grundnorm*, et non sur l'efficacité.

Ce constat suffit peut-être à écarter le reproche de contradiction adressé à Kelsen⁶⁰. Mais tous les doutes ne seront alors pas forcément levés, tant la distinc-

56. C'est donc à tort que Karl Larenz reprochait en 1960 à Hans Kelsen de ne pas indiquer quels actes doivent (*sollen*) être interprétés comme des actes juridiques. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 74. Au plus tard dans la 6^e édition de 1991, le *sollen* de ce passage est plus justement devenu un *müssen*. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 74.

57. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 220 s.

58. A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie, Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau*, 2^e éd., Springer, 1963, p. 192. Cf. aussi R. Walter, « Wirksamkeit und Geltung », *loc. cit.*, p. 537.

59. H. Kelsen, « Professor Stone », *loc. cit.*, p. 1143. Souligné dans l'original. Cf. aussi Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 203 s. et p. 220 notamment.

60. Cf. ainsi H. Dreier, *op. cit.*, p. 52 s. ; O. Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc Petit (dir.), *La querelle des normes*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Presses Universitaires de Caen, 1995, p. 89.

tion entre le « fondement » (la *Grundnorm*) et la « condition » (l'efficacité) de la validité paraît peu évidente⁶¹. Aussi semble-t-il indiqué d'aller plus loin. En effet, si nul n'est obligé de supposer valide un système, celui qui décide de se livrer à une telle opération n'est pas non plus tenu de supposer valide un système plutôt qu'un autre. La théorie pure du droit n'oblige nullement à choisir le système généralement efficace⁶². Le concept de droit adopté par Kelsen permet d'analyser n'importe quel ensemble normatif. En ce sens, « la théorie kelsénienne est donc potentiellement porteuse d'un relativisme juridique radical »⁶³. Ce sont uniquement des considérations stratégiques qui conduisent à favoriser le système *grosso modo* efficace. Kelsen n'identifie donc pas le droit à partir des faits : l'efficacité n'est rien d'autre qu'une justification de l'emplacement choisi pour la *Grundnorm*, c'est-à-dire du choix de l'ensemble normatif qui sera conçu comme formant le droit en vigueur.

La prise en compte de l'efficacité pour opérer ce choix traduit simplement l'idée qu'il est plus intéressant, utile, pertinent d'envisager comme un ordre juridique valide le système globalement efficace sur un territoire à un moment donné⁶⁴. Comme l'explique Robert Walter, l'efficacité est un choix, une « condition voulue », elle n'est pas une nécessité⁶⁵. Dans le même sens, Otto Pfersmann écrit dans un manuel de droit constitutionnel que « l'efficacité ne constitue nullement une condition factuelle de la normativité juridique. Simplement, parmi l'ensemble global des normes, nous nous intéressons ici uniquement à celles qui sont en général respectées dans l'ensemble »⁶⁶.

Cette idée a été exprimée très tôt et très clairement par un élève de Kelsen, Leonidas Pitamic, dans un article publié en 1917⁶⁷. Pour appliquer la méthode

61. Cf. O. Cayla, *loc. cit.*, p. 327.

62. *Contra* H. Dreier, *op. cit.*, p. 48. Dreier attribue également cette thèse à Lauterpacht. Cet auteur semble néanmoins plutôt défendre la conception du critère de l'efficacité qui va être présentée *infra*. Cf. H. Lauterpacht, « Kelsen's Pure Science of Law » (1933), in H. Lauterpacht, *International Law. Collected Papers*, vol. II/1, Cambridge University Press, 1975, p. 407 s.

63. E. Pasquier, *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Classiques Garnier, 2012, p. 113.

64. L'article de référence sur ce point est sans doute R. Walter, « Wirksamkeit und Geltung », *loc. cit.*, p. 533 et 536 s. Cf. aussi R. Walter, « Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich », *loc. cit.*, p. 336 s. ; et R. Thienel, « Geltung und Wirksamkeit », in St. Paulson et R. Walter (dir.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86*, Manz, 1986, p. 20-50.

65. R. Walter, « Wirksamkeit und Geltung », *loc. cit.*, p. 537-539.

66. O. Pfersmann, in L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, 2014, p. 66.

67. L. Pitamic, « Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1917, p. 339-367, republié dans R. Métall (dir.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Europaverlag, 1974, p. 297-322. Je me réfère

d'analyse normativiste, explique-t-il, le juriste a besoin d'un objet. Après avoir réaffirmé la distinction entre le monde des faits et le monde des normes, Pitamic se demande comment choisir, parmi les nombreux ensembles de normes, lequel considérer comme la source de connaissance du droit d'un certain État à un certain moment. Pourquoi ne pas choisir le droit romain ? « En dehors du danger d'être perçu comme mentalement dérangé, je m'apercevrais rapidement que cette conception demeure complètement délaissée, qu'aucun tribunal ne juge selon les normes que je mentionne ». En choisissant le code civil autrichien plutôt que le droit romain pour décrire le droit actuel des successions en Autriche, on s'épargne un travail surabondant. Dans le choix de la base matérielle de la connaissance du droit, il est donc recommandé d'observer une certaine « économie de pensée »⁶⁸. Sous ce terme, rappelle Pitamic qui s'appuie surtout sur Ernst Mach⁶⁹, on entend habituellement l'effort d'emprunter le chemin le plus court, d'éviter les complications inutiles dans le déroulement de la pensée. Ici, cependant, il ne s'agit pas de choisir entre différents chemins au sein d'un même domaine, mais d'identifier le terrain d'analyse le plus pertinent. L'objectif est d'éviter des analyses de normes qui s'avèrent superflues au regard de l'univers hétérogène du *Sein*. Pour cette raison, on choisit le système qui paraît efficace, c'est-à-dire l'ensemble de normes dont les représentations semblent le plus motiver les comportements des individus sur un territoire et à une époque donnés⁷⁰.

à la pagination de cette réédition. Leonidas (ou Leonid) Pitamic fut membre, avec Merkl et Verdross, du premier cercle des élèves de Kelsen. Il devint professeur de droit à Ljubljana et eut également une carrière politique en Yougoslavie. Cf. M. Pavčnik, « Leonid Pitamic », in R. Walter et al. (dir.), *Der Kreis um Hans Kelsen, Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Manz, 2008, p. 326.

68. L. Pitamic, « Denkökonomische Voraussetzungen », *loc. cit.*, p. 303.

69. « La science elle-même peut être considérée comme un problème de minimum, qui consiste à exposer les faits aussi parfaitement que possible avec la moindre dépense intellectuelle ». Ernst Mach, cité dans P.-L. Assoun, « Robert Musil, lecteur d'Ernst Mach », in R. Musil, *Pour une évaluation des doctrines de Mach*, trad. fr. M.-Fr. Demet, P.U.F., 1985, p. 27.

70. L. Pitamic, « Denkökonomische Voraussetzungen », *loc. cit.*, p. 304 et 321. Cette idée avait déjà été défendue un an plus tôt par A. Verdross, « Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie », *Juristische Blätter*, 1916, p. 134 : si, d'un point de vue juridique, n'importe quel système peut être supposé valide, il convient, pour des raisons pratiques, du point de vue de l'« utilité » de l'entreprise (*Zweckmässigkeit*), de choisir le système efficace. Cf. G. Nogueira Dias, *op. cit.*, p. 174 s. Pitamic, comme Verdross, abandonnera ultérieurement cette conception pour s'orienter vers une position plutôt jusnaturaliste. Cf. L. Pitamic, « Die Frage der rechtlichen Grundnorm », in K. Zemanek et al. (dir.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdross*, Springer, 1960, p. 210 s. ; R. Walter, « Wirksamkeit und Geltung », *loc. cit.*, p. 537, note 31 ; M. Pavčnik, « Leonid Pitamic », *loc. cit.*, p. 343 s. Robert Walter retrace de manière détaillée les différentes contributions qui menèrent à la théorie de la *Grundnorm* dans Robert Walter, « Die Grundnorm im System der Reinen Rechtslehre », *loc. cit.*, p. 86 s.

Ainsi, explique Pitamic, lorsqu'une nouvelle Constitution, ou bien, ce qui revient à peu près au même, une déviation de la Constitution en vigueur, s'imposent, il convient d'en tenir compte pour des raisons d'économie de pensée⁷¹. Il y a effectivement peu d'intérêt à décrire tout les actes des Présidents de la République française depuis 1965 comme juridiquement nuls, en raison du fait que l'instauration de l'élection au suffrage universel est intervenue en violation de la Constitution de 1958. Mais il est important de comprendre que ce choix n'est pas dicté par la théorie, il ne repose pas sur des raisons scientifiques mais stratégiques.

Kelsen s'est exprimé très explicitement sur ce point dans un texte de 1920 où il se réfère à l'article de Pitamic⁷². On qualifierait de juridiquement absurdes les propos de celui qui, pour évaluer juridiquement des faits actuels en France, supposerait valide l'ordre juridique de l'Ancien Régime. Mais « *l'absurdité d'une telle supposition ne se laisse pas démontrer par des raisons juridiques* »⁷³. L'ordre auquel la Révolution a mis fin n'a jamais été abrogé juridiquement, et sa validité pourrait aussi bien être affirmée que celle de l'ordre fondé par la Révolution, pour la simple raison que la supposition de validité systémique ne peut pas être justifiée juridiquement. Croire le contraire, explique Kelsen dans un passage célèbre, « vouloir déterminer juridiquement le point de départ de l'analyse juridique revient à monter sur ses propres épaules, à essayer comme Münchhausen de s'extraire d'un marais en tirant sur sa propre natte »⁷⁴. On s'intéresse habituellement à un ordre efficace, mais ce choix est parfaitement arbitraire du point de vue juridique⁷⁵. Il procède d'un principe d'économie de pensée, qui préside à la formation de la supposition initiale de validité⁷⁶. Il serait en effet « absurde », écrira Kelsen quelques années plus tard, « de supposer valide un ordre étatique auquel le comportement effectif des individus ne se conforme d'aucune manière »⁷⁷.

Une exagération de cette réflexion doit être écartée à ce stade. Un auteur assure que le principe de l'économie de pensée conduit à considérer que toute norme dénuée d'efficacité est privée de validité⁷⁸. On se gardera néanmoins d'adopter ce raisonnement. La validité d'une norme prise isolément dépend des normes supérieures du système. Seule la première norme a besoin de la supposi-

71. L. Pitamic, « Denkökonomische Voraussetzungen », *loc. cit.*, p. 310. Sur cette question, cf. aussi dans le présent volume Th. Hochmann, « Les théories de la "prise en compte des défauts" et de l'"habilitation alternative" ».

72. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.* Pitamic est cité p. 99.

73. *Ibid.*, p. 96. Kelsen réserve le cas, mentionné plus haut, où l'on inclut dans l'analyse le principe d'effectivité du droit international.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*, p. 96 s.

76. *Ibid.*, p. 98 s.

77. H. Kelsen, « Das Wesen des Staates », *loc. cit.*, p. 8.

78. A. Jakab, « Problèmes de la *Stufenbaulehre*. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la *théorie pure du droit* », *Droit et Société*, n° 66, 2007, p. 432 s.

tion de validité. L'efficacité ne joue aucun rôle pour la validité intra-système d'une norme, à moins bien sûr que des normes de ce système ne le prévoient⁷⁹. On peut en outre remarquer que, s'il semble parfaitement inutile d'envisager le droit romain comme le droit positif de la France contemporaine, il n'y a aucune absurdité à démontrer que, si l'on considère tel système comme le droit positif, telle norme est valide quand bien même elle ne serait pas du tout appliquée.

Quoiqu'il en soit, on voit que le critère de l'efficacité est un élément extérieur au concept de droit, sa prise en compte ne vient pas fausser la séparation entre le *Sein* et le *Sollen*. Kelsen ne « réduit » pas du tout « la validité d'un ordre juridique à son efficacité »⁸⁰. Les normes juridiques ne sont nullement déduites de l'efficacité factuelle. On décide simplement de considérer comme des normes juridiques valides celles qui appartiennent à un système efficace. Ce choix est purement « économique », il est destiné à assurer un quelconque intérêt aux études juridiques.

C. Les avantages du critère de l'efficacité

Le premier avantage du critère de l'efficacité, on l'aura compris, est l'utilité, l'intérêt qu'il confère aux analyses du juriste. Ce point peut être développé afin d'écarter toute confusion. Le choix du système globalement efficace permet d'étudier comme droit positif le système qui est perçu comme tel au sein d'une société. Ainsi, la *Grundnorm* de l'observateur, la supposition de validité du système, rejoint la *Grundnorm* inconsciente des participants à ce système. Le concept de *Grundnorm*, en effet, n'intéresse que le théoricien du droit, l'observateur d'un système, et non celui qui participe au système, qu'il s'agisse d'un juge, d'un sujet de droits, ou d'un auteur de doctrine qui étudie le droit positif⁸¹. Le participant au système suppose bien la validité de celui-ci⁸², mais il ne s'interroge pas sur

79. Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Franz Deuticke, 1934, p. 72 s. ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. fr. H. Thévenaz, 1988 (1953), p. 129 s. Il faut cependant admettre que Kelsen n'est pas demeuré limpide sur cette question, et qu'il a souvent présenté l'efficacité comme une condition de la validité de chaque norme prise isolément. Cf. par exemple H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 215. Cf. sur ce point R. Walter, « Bemerkungen zu Kelsen, Geltung und Wirksamkeit des Rechts », in R. Walter et al. (dir.), *Hans Kelsens stete Aktualität*, Manz, 2003, p. 35, note 14 ; et dans le présent volume la contribution de Michel Troper, « La norme fondamentale. Une reconstruction réaliste ».

80. N. Bobbio, *loc. cit.*, p. 253. Dans le même sens N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité » (1967), *Droits*, n° 32, 2001, p. 152 s.

81. M. Jestaedt, *loc. cit.*, p. 1019 s. Cf. aussi G. Hughes, *loc. cit.*, p. 697 ; A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, trad. fr. G. Warland, LGDJ, 1992 (1987), p. 44 ; A. Jakab, *loc. cit.*, p. 422.

82. Cf. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.*, p. 96. Cf. aussi J. Kammerhofer, *op. cit.*, p. 242 : « La *Grundnorm* n'est rien de moins et rien de plus que la seule manière dont les humains peuvent concevoir (percevoir) des normes ».

cette opération. Comme l'écrit Kelsen, la théorie de la norme fondamentale « ne fait qu'amener à la pleine conscience ce que tous les juristes font, le plus souvent sans s'en rendre compte, lorsqu'ils conçoivent [...] le droit exclusivement comme droit positif. La théorie de la norme fondamentale n'est rien d'autre que le résultat d'une analyse d'une façon de procéder qu'une connaissance du droit positiviste a appliquée depuis toujours »⁸³.

Cette *Grundnorm* implicite et inconsciente peut néanmoins prêter à confusion. Dès lors qu'un nouveau régime s'impose par la force, les conceptions des individus quant au droit applicable changent. C'est en ce sens que Kelsen écrit que suite à une révolution réussie, « [p]ar le fait que la nouvelle Constitution a acquis l'efficacité, la norme fondamentale *s'est modifiée*, c'est-à-dire l'hypothèse qui permet d'interpréter le fait constituant et les faits posés conformément à la Constitution comme des faits créateurs ou des faits d'applications de normes juridiques. [...] La modification de la norme fondamentale *suit* la modification des faits qui doivent être interprétés comme faits de création et faits d'application de normes juridiques valables »⁸⁴. Cette description des mentalités donne une apparence passive à la *Grundnorm*, elle semble suivre les événements, et la tâche de la science du droit semble être de l'identifier. On risque alors de retomber dans les incompréhensions dénoncées plus haut. Tout l'intérêt du normativisme kelsénien est de se distancer de telles analyses sociologiques. La formulation explicite de la *Grundnorm* ne présente un intérêt que pour le théoricien du droit, elle lui permet d'expliquer la décision de considérer tel ou tel système comme l'ordre juridique valide. Pour des raisons stratégiques, il s'efforcera souvent de choisir le système efficace. De la sorte, il étudiera comme le droit positif le système qui est perçu comme tel dans une société. Autrement dit, « [l]a théorie pure du droit, en tant qu'elle est science du "droit", ne légitime pas que l'on succombe à l'effectivité. Elle énonce seulement que c'est ainsi que cela se passe »⁸⁵.

Un second avantage de ce critère, sur lequel insiste particulièrement Pitamic, est son caractère objectif⁸⁶. L'identification du système généralement efficace en un lieu et un temps particuliers n'est pas un choix politique. L'efficacité permet de choisir de manière neutre l'objet de la science juridique, sans que l'observateur se fonde sur ses préférences personnelles. La plupart du temps, il est en outre assez facile de repérer l'ordre efficace, d'autant plus que cette entreprise ne s'embarrasse guère de précautions méthodologiques.

Le caractère très maniable de ce critère d'efficacité constitue en effet son troisième avantage. Cet aspect mérite d'être développé pour écarter quelques critiques supplémentaires injustement adressées à Kelsen. Sensible à l'efficacité du système, l'analyse juridique semble en effet présupposer une étude sociologique,

83. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 205 s.

84. *Ibid.*, p. 210. Je souligne.

85. E. Pasquier, *op. cit.*, p. 114.

86. L. Pitamic, « Denkökonomische Voraussetzungen », *loc. cit.*, p. 304 s., 307, 312, 321.

afin de déterminer quel est l'ensemble normatif efficace dans une société⁸⁷. Le projet kelsénien d'une science juridique autonome semble compromis. Là encore, pourtant, il peut être défendu.

Comme le remarque Kelsen, ce n'est pas, à proprement parler, la norme qui est efficace, mais la représentation de la norme dans l'esprit de son destinataire : « on doit clairement distinguer entre la norme, qui vaut, et la représentation de la norme, qui a des effets. Et si l'on distingue entre validité et efficacité de la norme, il s'agit d'une abréviation, qui n'est acceptable qu'à la condition de rester conscient des deux concepts différents qui sont alors couverts par le mot de "norme" »⁸⁸. Or, l'étude de l'efficacité des représentations de normes, si on la prend au sérieux, est extrêmement compliquée à mener. Il ne suffit en effet pas que l'individu ait agi conformément à une norme. Encore faut-il qu'il ait agi ainsi à cause de cette norme. Ce n'est pas en raison de l'incrimination de l'anthropophagie que la plupart des gens ne mangent pas de chair humaine, et il n'est donc pas certain que l'on puisse affirmer avec précision que cette norme est efficace⁸⁹. Kelsen était parfaitement conscient de ces difficultés, et il supposait qu'en réalité, bien peu de comportements étaient motivés uniquement par les normes juridiques. Le plus souvent, des représentations religieuses ou morales jouent certainement un rôle déterminant dans les comportements des individus, et ce sont elles qui les conduisent à agir conformément au droit⁹⁰.

Néanmoins, c'est à la sociologie du droit d'affronter ce problème, d'examiner l'efficacité au sens empirique. La science juridique doit être précise et méthodique dans l'analyse de son objet, mais elle n'est pas soumise aux mêmes exigences pour justifier le choix de son objet⁹¹. Comme l'écrit Robert Walter, « il convient de distinguer strictement le choix de l'objet des affirmations relatives à l'objet. Le choix de l'objet peut seulement être qualifié d'approprié ou d'inapproprié. Les affirmations relatives à l'objet doivent être jugées vraies ou fausses »⁹². L'étude d'un système normatif s'avère pertinente dès lors que de nombreux comportements lui sont objectivement conformes. Kelsen assumait parfaitement le peu de précision de ce critère stratégique d'efficacité, qui fonde simplement le choix d'étudier un système plutôt qu'un autre⁹³. Dans la *Théorie pure du droit*, il inclut dans un large

87. Cf. en ce sens W. Ebenstein, « The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought », *California Law Review*, 1971, p. 642.

88. H. Kelsen, « Das Wesen des Staates », *loc. cit.*, p. 7.

89. Sur ces questions, cf. F. Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015.

90. H. Kelsen, « Zur Soziologie des Rechts », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, p. 613 s. ; H. Kelsen, « Das Wesen des Staates », *loc. cit.*, p. 8 ; H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 75.

91. Cf. en ce sens T. C. Hopton, « Grundnorm and Constitution: The Legitimacy of Politics », *McGill Law Journal*, 1978, p. 87.

92. R. Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Manz, 1974, p. 13.

93. Cf. E. Pasquier, *op. cit.*, p. 114 : « la théorie pure du droit [...] se reconnaît bien incapable de dégager des critères permettant de déterminer si tel ou tel ordre juridique est "effectif" ou non ».

concept d'efficacité le cas où l'« obéissance à la norme juridique [est] provoquée [...] par d'autres motifs, de sorte que ce qui est efficace [n'est] pas, à proprement parler, la représentation de la norme juridique dans l'esprit des sujets, mais la représentation d'une norme religieuse ou d'une norme morale »⁹⁴. En 1920, il explique qu'il convient de supposer valide l'ordre normatif qui correspond le plus possible aux comportements réels, soit parce qu'ils sont effectivement motivés par ces normes, soit parce qu'ils sont simplement susceptibles d'être conçus ainsi, c'est-à-dire qu'ils leur correspondent objectivement⁹⁵. Bref, « l'énoncé "un ordre juridique est efficace" signifie seulement que la conduite des individus est conforme à cet ordre. Cet énoncé ne donne aucune indication précise sur les motivations de la conduite licite »⁹⁶. Comme l'écrit Michel Virally, « au point de vue de la science du droit, il est tout à fait suffisant de savoir si les faits sont assez souvent conformes aux prévisions de l'ordre juridique »⁹⁷. Nul besoin d'analyses sociologiques méthodologiquement irréprochables pour identifier le système qu'il semble pertinent de supposer valide⁹⁸. On ne saurait donc, comme le font certains auteurs⁹⁹, reprocher à Kelsen d'utiliser un concept imprécis d'efficacité.

Le critère d'efficacité présente donc de multiples avantages. Néanmoins, et il faut le répéter car ce point est souvent oublié, ce critère n'est pas inéluctable.

D. La liberté de choisir un autre critère

Si Kelsen tend à présenter l'efficacité comme l'unique critère pertinent pour justifier l'emplacement choisi pour la *Grundnorm*¹⁰⁰, il s'agit en réalité simplement d'un critère qui présente plusieurs avantages importants. Il existe des

94. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 20.

95. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.*, p. 99.

96. Cf. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 75.

97. M. Virally, *op. cit.*, p. xxx. Cette conformité objective des comportements avec les normes juridiques caractérise pour Virally l'« effectivité » du droit. Il réserve le terme d'« efficacité » aux normes qui orientent subjectivement les comportements. Il n'est cependant pas certain que l'on puisse reprocher à Kelsen d'utiliser ces mots d'une autre manière, qui plus est dans la traduction française de ses textes (cf. pourtant *ibid.*, p. xxx, note 39). Dans sa réponse à Virally, Kelsen admet que le terme « effectivité » est « plus approprié qu'« efficacité » ». H. Kelsen, « La théorie pure du droit dans *La pensée juridique* » *loc. cit.*, p. 178.

98. Cf. E. Bottini, *La sanction constitutionnelle, Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, 2016, p. 93. L'auteur défend cependant une autre conception du rôle de l'efficacité que celle présentée ici.

99. St. Verosta, « Rechtsgeschichte und Reine Rechtslehre: Zugleich ein Beitrag zum Problem der Beziehung zwischen Faktizität und Normativität », in S. Engel et R. Métall (dir.), *Law, State, and International Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, 1964, p. 362 ; E. Kramer, « Kelsens "Reine Rechtslehre" und die "Anerkennungstheorie" », *loc. cit.*, p. 192 s.

100. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.*, p. 98.

situations où certaines considérations peuvent justifier de supposer valide un système pour d'autres raisons.

Imaginons par exemple un gouvernement en exil qui poursuit son activité normative comme s'il était toujours « aux affaires ». Rien n'interdit en théorie de supposer valide ce système, et de décrire ces normes comme le droit en vigueur¹⁰¹. Le critère de l'efficacité n'est pas obligatoire. Comme l'écrit Otto Pfersmann, « ce qui relève du droit et ce qui relève du fait, parmi les actes ayant un statut sémantique prescriptif, résulte de la supposition de validité sous laquelle ont les conçoit. *En soi, aucun acte n'est plus juridique qu'un autre* »¹⁰². Un auteur défend la thèse inverse en affirmant que la référence à l'efficacité est le seul moyen pour le juriste de remplir un rôle social utile¹⁰³. Il imagine l'auteur d'un manuel de droit rhodésien qui considérerait que le droit britannique est valide et donc que l'ensemble des actes à prétention juridique des rebelles sont nuls. Un tel ouvrage, explique-t-il, constituerait une œuvre utile de lutte contre le racisme, mais pas un travail de science juridique, parce qu'il ne correspondrait pas aux normes actuellement efficaces en Rhodésie¹⁰⁴.

Néanmoins, les instruments fournis par la théorie pure du droit peuvent parfaitement servir une telle entreprise. Si les auteurs insistent sur l'efficacité, c'est parce qu'elle constitue le cas de figure habituel et évident pour choisir le système qu'il est le plus pertinent de considérer comme juridiquement valide. On ne saurait néanmoins exclure qu'il existe des cas où la supposition de validité d'un autre système présente un intérêt. Et cet intérêt peut tout à fait être politique : l'analyse du droit est politiquement neutre, mais le choix du système étudié peut très bien être justifié politiquement¹⁰⁵. Avant d'insister avec Pitamic sur l'intérêt à choisir le système efficace, Kelsen soulignait cette liberté de choix du juriste¹⁰⁶, qui a également été exprimée très clairement par son élève Verdross : « Il n'existe pas de chemin juridique qui puisse indiquer son point de départ au constructeur [c'est-à-dire : à celui qui interprète un ensemble de normes comme le droit en vigueur]. Il doit plutôt considérer d'emblée comme donnée une loi fondamentale, une base de construction composée d'énoncés normatifs, pour

101. R. Thienel, « Geltung und Wirksamkeit », *loc. cit.*, p. 31.

102. O. Pfersmann, « Préface », in Th. Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression, Étude de droit comparé*, Pedone, Paris, 2013, p. 8, note 4. Je souligne.

103. J. W. Harris, « When and Why Does the Grundnorm Change? », *loc. cit.*, p. 119.

104. *Ibid.*, p. 124 s. La colonie britannique de Rhodésie du Sud avait proclamé unilatéralement son indépendance par rapport au Royaume-Uni afin de conserver un système de discrimination raciste. Cf. Georges Fischer, « Le problème rhodésien », *Annuaire français de droit international*, 1965, p. 41-69.

105. Cf. à peu près en ce sens Th. Mayer-Maly, « Rechtswissenschaft und Rechtsstaat », *loc. cit.*, p. 29.

106. Cf. H. Kelsen, « Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung » (1914), republié in Matthias Jestaedt (éd.), *Hans Kelsen Werke, Band 3, Veröffentlichte Schriften 1911-1917 (HKW 3)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 371. Cf. aussi Gabriel Nogueira Dias, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, *op. cit.*, p. 172.

construire son édifice à partir d'elle. Mais cette supposition fondamentale est toujours extra-juridique, elle est une supposition qui ne peut être démontrée par la connaissance juridique. Ainsi apparaissent les limites de la connaissance juridique [...]. Il n'existe pas de moyen scientifique qui puisse démontrer au constructeur son point de départ [...]. Celui-ci relève plutôt (d'un point de vue juridique) de son choix »¹⁰⁷.

Le point essentiel est que la théorie pure du droit ne conduit jamais à la prétention d'avoir identifié *le* droit, l'ensemble de normes qui aurait une essence juridique. La théorie de la *Grundnorm* montre que la validité d'un système est toujours une supposition. Elle n'est ni vraie ni fausse. C'est là une marque de la modestie de la théorie pure du droit, modestie qui échappe souvent aux lecteurs occasionnels en raison du style très ferme et décidé de Kelsen. La théorie de la norme fondamentale tient à l'objet de la science du droit : cette activité permet d'analyser le droit, mais non de l'identifier. L'efficacité n'est qu'un critère pratique pour choisir le système qu'il sera souvent le plus utile et le plus gratifiant d'étudier.

*
* *

La cohérence d'une construction théorique l'emporte sur les hésitations ultérieures de son principal promoteur. Néanmoins, il n'est pas inintéressant de se demander si le rôle purement stratégique de l'efficacité dans l'emplacement de la *Grundnorm* correspond bien à la conception de Hans Kelsen tout au long de ses infatigables années de production scientifique. Il a exprimé très clairement cette idée au début de son œuvre, et la plupart de ses écrits ultérieurs sur la *Grundnorm* peuvent tout à fait être interprétés en ce sens. Mais il n'en demeure pas moins que des formulations plus claires auraient pu être choisies, et que les nombreux reproches de contradiction appuyés sur le lien entre la *Grundnorm* et l'efficacité auraient pu conduire Kelsen à réitérer les claires explications de 1920. Robert Walter, qui regrette ce silence de Kelsen¹⁰⁸, fonde sur deux arguments la thèse selon laquelle Kelsen n'a jamais dévié de la conception stratégique de l'efficacité¹⁰⁹. Aucun des deux n'emporte néanmoins la conviction. Premièrement, en 2003, l'Institut Hans Kelsen publia un texte inédit rédigé en 1965 et intitulé *Geltung und Wirksamkeit des Rechts* (validité et efficacité du droit). À la fin de ce texte, Kelsen renvoie dans une note de bas de page à un article où Walter expliquait la fonction stratégique de l'efficacité¹¹⁰. Walter en déduit qu'il est désormais

107. A. Verdross, « Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen », *loc. cit.*, p. 123.

108. R. Walter « Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich », *loc. cit.*, p. 344.

109. Cette thèse est rejetée par H. Dreier, *op. cit.*, p. 122 s., note 195.

110. H. Kelsen, « Geltung und Wirksamkeit des Rechts » (1965), in R. Walter et al. (dir.), *Hans Kelsens stete Aktualität*, *op. cit.*, p. 21, note 20. Il s'agit de l'article publié en 1961 par R. Walter, « Wirksamkeit und Geltung », *loc. cit.*

établi que sa démonstration correspondait aux vues de Kelsen¹¹¹. Il est cependant difficile de partager cette conclusion car, en dépit de son titre, ce texte n'aborde pas précisément le problème du lien entre validité et efficacité. Deuxièmement, Walter affirme que dans le passage de 1920 où Kelsen soulignait très clairement le rôle simplement stratégique de l'efficacité dans le choix du système normatif étudié, il s'appuyait sur la philosophie du « comme si » de Vaihinger. Le retour tardif à cette référence pour décrire la *Grundnorm*¹¹² démontrerait que Kelsen est demeuré fidèle à ce point de vue¹¹³. Mais le raisonnement de Walter semble reposer sur une inadvertance car, dans le passage pertinent de 1920, Kelsen ne se référerait nullement à Vaihinger mais à Mach¹¹⁴.

On ne trouve cependant pas non plus d'indice en sens contraire, qui suggérerait un abandon du raisonnement présenté en 1920. Certes, dans une lettre écrite en 1933, Kelsen explique que « si, dans un certain sens, il est exact d'affirmer que la théorie de la norme fondamentale trouve son origine dans le principe de l'économie de la pensée de Mach et dans la théorie de la fiction de Vaihinger, je préfère renoncer, à la suite de nombreux malentendus, à m'inspirer de ces deux auteurs »¹¹⁵. Mais dès lors que l'abandon de la référence à Mach est motivé simplement par les malentendus qu'elle a suscités, on se gardera de conclure que Kelsen rejette la fonction « économique » que joue l'efficacité dans le choix du système étudié.

À supposer que Kelsen n'ait pas abandonné la thèse de l'économie de pensée, son absence de clarification sur ce point demeure un mystère. Une explication peut être proposée. Le caractère purement stratégique du critère de l'efficacité pour l'emplacement de la *Grundnorm* montre clairement que la validité de l'ordre juridique n'est rien d'autre qu'une supposition. Or une telle thèse, un tel isolement des normes par rapport aux faits est, on l'a vu, difficile à concevoir pour la

111. R. Walter, « Bemerkungen zu Kelsen, Geltung und Wirksamkeit des Rechts », *loc. cit.*, p. 31.

112. H. Kelsen, « La fonction de la Constitution » (1964), trad. fr. Chr. Bouriaud, in *Les fictions du droit. Kelsen, lecteur de Vaihinger*, ENS Éditions, 2013, p. 94 ; H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. fr. O. Beaud et F. Malkani, P.U.F., 1996 (1979), p. 344.

113. R. Walter « Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich », *loc. cit.*, p. 344.

114. Cf. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.*, p. 98 s. Certes, comme le montre la lettre citée dans le paragraphe qui suit, Mach et Vaihinger sont deux sources d'inspiration assez proches pour le concept de *Grundnorm*. Mais, pour ce qui nous intéresse ici, c'est surtout Mach qui importe : c'est l'idée d'économie de pensée, du moins telle que relue par Pitamic, qui justifie de choisir le système globalement efficace. Vaihinger est pertinent relativement au concept de *Grundnorm*, et non à l'emplacement choisi pour celle-ci. Pour une rapide comparaison des deux auteurs en lien avec la *Grundnorm*, cf. R. Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, R. Accademia delle scienze, 1934, p. 34 s.

115. Lettre de Kelsen à Renato Treves, publiée dans R. Treves, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne », *Droit et Société*, 1987, p. 335.

plupart des juristes, particulièrement aux États-Unis où Kelsen a passé le dernier tiers de sa vie¹¹⁶. En évitant d'insister sur ce point, en soulignant l'importance de l'efficacité, en allant même jusqu'à la présenter de manière trompeuse comme une condition « suffisante » de la validité¹¹⁷, Kelsen évitait peut-être de choquer excessivement ses lecteurs, de condamner l'attractivité de sa théorie.

Il convient aujourd'hui d'affirmer sans ambages cet aspect de la théorie pure du droit. Il montre en réalité tout l'intérêt du positivisme normativiste, qui permet au juriste d'étudier le droit de manière conséquente sans tomber dans le piège ontologique où s'enlisent les interminables débats sur l'essence du droit. Les auteurs qui le souhaitent sont parfaitement libres de ne pas enjamber ce puit sans fond. Mais ceux qui hésitent doivent savoir que le pont bâti par Kelsen est parfaitement solide : sa théorie n'est affectée d'aucune incohérence à propos du lien entre validité et efficacité.

116. Cf. A. Casamiglia, « For Kelsen », *Ratio Juris*, 2000, p. 199 ; J. Telman (dir.), *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Heidelberg/New York, Springer, 2017 ; et dans le présent volume M. Green, « L'anglo-américanisation de Kelsen ».

117. Cf. R. Walter, « Bemerkungen zu Kelsen, Geltung und Wirksamkeit des Rechts », *loc. cit.*, p. 36.