



HAL
open science

Les théories de la "prise en compte des défauts" et de l'"habilitation alternative"

Thomas Hochmann

► **To cite this version:**

Thomas Hochmann. Les théories de la "prise en compte des défauts" et de l'"habilitation alternative". Th. Hochmann, X. Magnon et R. Ponsard (dir.). Un classique méconnu: Hans Kelsen, Mare et Martin, p. 301-326., 2019. ⟨hal-03405638⟩

HAL Id: hal-03405638

<https://hal.science/hal-03405638v1>

Submitted on 19 Nov 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.



HAL Authorization

Chapitre 12

Les théories de la « prise en compte des défauts » et de l'« habilitation alternative »

Thomas HOCHMANN,
Université de Reims

La théorie de l'habilitation alternative¹ est certainement un des éléments les plus déroutants de l'œuvre de Kelsen². À première vue, elle semble affirmer que, lorsqu'une norme paraît contraire à une norme qui lui est supérieure, il

1. Cette théorie est habituellement désignée en France comme la « théorie des dispositions alternatives » (ou de « la disposition alternative »). Cf. Michel Troper, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », in Carlos-Miguel Herrera (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 167 s. ; Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel*, Paris LGDJ, 2009, p. 392 s. Cette expression assez confuse est effectivement parfois employée par Kelsen. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. fr. Ch. Eisenmann, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999 (1962), p. 269 : « Les dispositions de la Constitution qui règlent la législation ont alors le caractère de dispositions simplement alternatives » (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., Franz Deuticke, 1983 (1960), p. 277 : « Die die Gesetzgebung regelnden Bestimmungen der Verfassung haben den Charakter von Alternativbestimmungen »). On préférera néanmoins le terme d'habilitation alternative, qui désigne plus précisément ce dont il s'agit. S'il n'est pas certain que Kelsen emploie ce mot précis, il écrit bien que « le tribunal de dernière instance est *habilité soit à [...], soit à [...]* ». H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 273 (« das letztinstanzliche Gericht ermächtigt ist, entweder [...], oder [...] ») ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 265 (traduction légèrement modifiée). Ce terme est employé par certains spécialistes. Cf. par exemple Rainer Lippold, *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*, Vienne, Manz, 2000, p. 414 ; Matthias Jestaedt, « Methoden(r)einheit und Disziplinenvielheit » in Clemens Jabloner et al. (dir.), *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien, Manz, 2013, p. 230 (« *Alternativermächtigung* »). Cf. aussi Christoph Kletzer, « Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory », *Ratio Juris*, vol. 18, 2005, p. 51 (« *alternative authorisation* »).

2. Cf. José Manuel Cabra Apalategui, « Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation », in Peter Langford, Ian Bryan et John McGarry (dir.), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer, 2017, p. 163 (« the so-called tacit

faut considérer que la norme supérieure prévoyait que l'organe d'application pouvait aussi faire l'inverse de ce qu'elle prévoit. Cette thèse est peu intuitive. Si la Constitution prévoit que le droit de grève ne peut être supprimé, et qu'une loi supprime le droit de grève, pourquoi faudrait-il en déduire que la Constitution autorise à supprimer le droit de grève ? On perçoit immédiatement comment une telle idée peut aisément être utilisée pour développer à partir de Kelsen des projets théoriques qui lui sont étrangers³, voire pour l'enrôler dans de telles entreprises⁴.

Cette thèse au premier abord incompréhensible ne s'explique qu'à l'appui d'un concept essentiel de la théorie du droit, qui demeure largement inconnu en France et a été forgé à partir des réflexions de Kelsen par son élève Adolf Merkl. Il s'agit du « *Fehlerkalkül* », que l'on peut traduire par « prise en compte des défauts »⁵. La présentation de ce concept (I) permettra de comprendre la théorie de l'habilitation alternative (II). On observera néanmoins que la théorie de l'habilitation alternative est moins convaincante que celle de la prise en compte des défauts, qui fera l'objet de quelques précisions finales (III).

alternative clause doctrine [...] remains extremely controversial ») ; Richard HS Tur, « The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist? », in Luis Duarte d'Almeida, John Gardner et Leslie Green (dir.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart, 2013, p. 245 (« Among Kelsen's many maddening and beguiling notions, one of the most perplexing and paradoxical is the "alternative character" of the legal norm ») ; Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law, A Kelsenian perspective*, Routledge, 2011, p. 189 (« a doctrine that has proven rather difficult to interpret ») ; Stanley L. Paulson, « Formalism, "Free Law", and the "Cognition" Quandary: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation », *University of Queensland Law Journal*, 2008, p. 35 (« a bizarre doctrine of "normative alternatives" ») ; Letizia Gianformaggio et St. Paulson, « Preface », in L. Gianformaggio et St. Paulson (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli editore, 1995, p. 8 (« one of the most notorious puzzles in Kelsen's theory ») ; Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. fr. V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, 2010, p. 89, note 13 (« l'étrange théorie de la "clause alternative tacite" »).

3. Cf. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 83 : « il n'existe pas de signification véritable de la loi, autre que celle qui est déterminée par l'interprétation authentique. Il ne peut donc y avoir aucune contradiction entre la loi et l'interprétation du juge. La signification de la loi ou, en d'autres termes, la norme législative, est déterminée par le juge ».

4. Cf. R. Tur, *art. cit.*, p. 258, qui entend « capturer » Kelsen pour une conception « défaisabiliste » du droit, en vertu de laquelle tout énoncé juridique contient une disposition cachée qui permet à son organe d'application de l'écartier pour des raisons d'équité.

5. Cette traduction sera justifiée *infra*.

I. La prise en compte des défauts (*Fehlerkalkül*)⁶

A. Kelsen et l'acte normatif défectueux

Dès la première phrase de l'un de ses principaux ouvrages, Kelsen l'affirme clairement : « La théorie pure du droit est une théorie du droit positif⁷. Une des questions qui se posent à elle est ainsi d'identifier son objet, « d'établir ce qu'est le droit⁸, et donc notamment de distinguer les normes juridiques des autres normes. Pour mener à bien cette entreprise, elle ne peut s'appuyer ni sur la morale ni sur les faits sociaux, dès lors que Kelsen souhaite à la fois distinguer le droit de la morale, et isoler l'aspect normatif par rapport au monde des faits⁹. Le caractère juridique d'une norme ne peut donc provenir que d'une autre norme juridique. Autrement dit, si l'on décide de considérer une première norme N1 comme une norme juridique¹⁰, on peut identifier comme des normes juridiques les normes N2 adoptées sur le fondement de N1, puis les normes N3 adoptées sur le fondement d'une N2, et ainsi de suite. Le droit est ainsi forcément un ordre, un système, et la validité d'une norme juridique est l'appartenance à ce système. En outre, lorsqu'une norme établit les conditions suivant lesquelles une autre norme peut être créée, la première est dite « supérieure » à la seconde. C'est ainsi que cette construction par étape (*Stufenbau*) du droit peut être qualifiée de hiérarchie.

Selon ce premier aspect de la théorie, un acte ne peut donc donner naissance à une norme que s'il respecte les conditions posées par la norme supérieure : « une norme ne fait partie d'un ordre juridique que parce qu'elle a été posée conformément aux dispositions d'une autre norme de cet ordre¹¹. Ainsi, un

6. Au sein de la doctrine francophone, Otto Pfersmann est sans doute le premier à avoir présenté et utilisé ce concept. Cf. Otto Pfersmann, « Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes" », *RFDC*, n° 31, 1997, p. 492 s. ; O. Pfersmann, « Hiérarchie des normes », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 780 s. ; O. Pfersmann in Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 72 s. ; O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in Michel Troper et Dominique Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 498 s. Otto Pfersmann parle à cet égard de la distinction entre validité et conformité. En revanche, lorsqu'il utilise les termes de « calcul des défauts », qui paraissent évoquer le *Fehlerkalkül*, il semble en fait désigner autre chose. Cf. *infra*.

7. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. fr. Ch. Eisenmann, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999 (1962), p. 9. (Sauf précision contraire, la mention de la *Théorie pure du droit* renvoie à cette édition).

8. *Ibid.*

9. Cf. Gabriel Nogueira Dias, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie, Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 9 s.

10. Kelsen appelle ce choix la « norme fondamentale ». Cf. dans le présent volume Matthias Jestaedt, « Validité dans le système et validité du système ».

11. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 235.

acte qui se présente comme une loi ne crée une loi que s'il est parfaitement conforme à la Constitution. Toute déviation par rapport aux exigences prévues par la Constitution empêche la création d'une norme juridique. Une « loi inconstitutionnelle » n'est pas une loi. Autrement dit, les normes qui posent les conditions de création d'une autre norme n'édicte pas à proprement parler un *Sollen*, mais un *Können* : il n'est pas *possible* de créer une norme juridique sans respecter ces conditions¹².

Comme toute conclusion théorique, cette observation peut cependant être contredite par le droit positif¹³. Kelsen le remarquait dès 1914 : dès lors que la Constitution autrichienne (en vigueur à l'époque) interdit aux tribunaux de contrôler les lois régulièrement publiées, il semble problématique de considérer comme nul un acte régulièrement publié comme une loi. Il faut donc considérer que ce qui est régulièrement publié comme une loi produit une loi valide, même si les conditions de production (autres que la publication) prévues par la Constitution n'ont pas été respectées¹⁴. L'exclusion du contrôle juridictionnel paralyse ces conditions¹⁵.

Kelsen prolongea cette première intuition dans un important article publié la même année et intitulé « *Über Staatsunrecht* »¹⁶. Une partie de cette longue étude est consacrée à la question des « actes étatiques défectueux » (*fehlerhafter Staatsakt*), c'est-à-dire des actes qui ne respectent pas toutes les conditions que leur pose l'ordre juridique. L'expression « acte étatique défectueux », explique Kelsen, semble au premier abord contradictoire. La construction d'une école, la punition d'un individu, la gestion d'un chemin de fer ne peuvent être imputées à l'État qu'en vertu d'une norme juridique. Si l'acte ne respecte pas cette norme, il ne peut pas être imputé à l'État¹⁷. « Un acte étatique défectueux est quelque chose qui prétend être un acte étatique ou est tenu pour tel, et n'est pas pourtant pas un acte étatique »¹⁸. Néanmoins, ajoute Kelsen, l'étude du droit positif montre que certains manquements de l'acte n'entraînent pas sa nullité. Il est alors possible, en ce sens, de parler d'un « acte étatique défectueux »¹⁹.

12. Cf. H. Kelsen, « Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1914, republié dans M. Jestaedt (éd.), *Hans Kelsen Werke, Band 3, Veröffentlichte Schriften 1911-1917 (HKW 3)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 412 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 13.

13. Rainer Lippold, « Gilt im Deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze? Eine Untersuchung des Problems des verfassungswidrigen Gesetzes auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre », *Der Staat*, vol. 29, 1990, p. 191.

14. H. Kelsen, « Reichsgesetz und Landesgesetz », art. cit., p. 412 et 414.

15. *Ibid.*, p. 416.

16. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt », *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 1914, republié dans *HKW 3*, p. 439-531.

17. *Ibid.*, p. 448-452 et 477.

18. *Ibid.*, p. 477.

19. *Ibid.*

Kelsen est ainsi conduit à distinguer entre « l'acte nul », véritable oxymore, et l'acte attaquant (*anfechtbar*)²⁰. Kelsen n'ignore pas que cette terminologie n'est pas parfaite, dès lors qu'un acte parfaitement conforme aux normes supérieures peut également faire l'objet d'un recours²¹. Il est même possible que l'organe compétent annule erronément une norme dénuée de défaut. Disons qu'il s'agit ici de désigner la norme qui, conformément au droit, devrait être détruite (annulée, abrogée, retirée...) par l'organe compétent²². L'important, pour l'instant, n'est pas là, mais dans la classification des défauts qui peuvent affecter un acte.

Certains défauts entraînent la nullité de l'acte étatique ou, plus précisément, s'opposent à l'imputation de l'acte à l'État, privent l'acte de tout effet juridique. D'autres défauts ne peuvent conduire à la destruction de la norme que s'ils sont établis par un organe de l'État. Tant que tel n'est pas le cas, l'acte produit tous les effets prévus par l'ordre juridique²³. Cette distinction n'est guère nouvelle, comme le remarque Kelsen : la doctrine a de longue date repéré une différence entre les actes « nuls » et « annulables ». L'apport de Kelsen est ailleurs.

Les auteurs²⁴ ayant précédemment approfondi la question s'efforcent d'identifier les conséquences d'un défaut à partir de son contenu, de sa « gravité », comme si la nullité ou la simple annullabilité entraînée par un défaut découlait de la « nature des choses »²⁵. Kelsen démontre pour sa part que la question peut uniquement être tranchée par le droit positif. Dans le silence de celui-ci, le principe dicté par la logique juridique doit valoir : dès lors qu'un acte ne peut être imputé à l'État qu'en vertu d'une norme juridique, le manquement à une seule des exigences posées par l'ordre juridique empêche cette imputation, il entraîne la nullité de l'acte prétendument étatique. Le droit positif n'a pas besoin d'apporter explicitement cette précision. Lorsque le code pénal prévoit que celui qui a volé doit être puni, il est inutile de préciser que celui qui n'a pas volé ne doit pas être puni. De même : « il serait absurde que l'ordre juridique, qui a déjà posé les conditions auxquelles s'attachent certains effets juridiques, précise en outre explicitement que les effets juridiques ne se produiront pas si ces conditions ne sont pas remplies »²⁶. En revanche, une disposition supplémentaire est nécessaire pour prévoir qu'un manquement n'aura pas cet effet normal du point de vue

20. *Ibid.*, p. 483 s.

21. *Ibid.*, p. 485.

22. Comme il n'est guère élégant de parler d'« attaquant », on emploiera en ce sens le terme d'« annullabilité ».

23. *Ibid.*, p. 483.

24. Kelsen s'oppose essentiellement à Walter Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, 1908 [non vidi], et à Karl Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910 [non vidi].

25. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 494.

26. *Ibid.*, p. 508 s.

de la logique juridique²⁷. C'est sur la base de ces raisonnements qu'Adolf Julius Merkl allait créer le concept du *Fehlerkalkül*²⁸.

B. Merkl et la prise en compte des défauts

En se fondant sur « *Über Staatsunrecht* », Merkl souligne l'équivalence de principe de toutes les conditions de production du droit²⁹. Il n'y a qu'une différence de degré, et non de nature, entre, d'un côté, un acte qui manque à une seule des exigences posées par les normes supérieures et, de l'autre, les ordres du capitaine de Köpenick³⁰, ou la peine capitale prononcée par la société de Sainte-Vehme³¹. Tout manquement entraîne la nullité, il n'y a rien entre la sphère du « non-droit » et celle du « parfaitement conforme au droit ». Une « loi inconstitutionnelle » n'est donc à proprement parler pas une loi³². « Si le droit conforme au droit est un pléonasme, le droit contraire au droit devrait être une *contradictio in adjecto* »³³.

Mais le droit positif peut modifier la situation. Les ordres juridiques ont tendance à tolérer une certaine inconstitutionnalité³⁴, et plus largement à reconnaître le caractère d'acte juridique à un acte qui ne satisfait pas toutes les conditions posées par les normes supérieures. On le comprend aisément : dans le cas contraire, de très nombreux actes d'apparence juridique tomberaient dans la sphère du non-droit. Or, un besoin existe de « tolérer certains manquement à la somme des exigences juridiques »³⁵. Le droit est un outil forgé par les hommes pour les hommes, et il n'est guère surprenant qu'il compte avec la faillibilité des humains habilités à produire des normes³⁶. Du point de vue de la sécurité juri-

27. *Ibid.*, p. 509.

28. Merkl insiste sur l'« influence durable » de Kelsen sur sa conception des normes fautives dans Adolf Julius Merkl, « Justizirrtum und Rechtswahrheit » (1925), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, éd. par Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck et Wolf-Dietrich Grussmann, vol. I/1, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 370, note 1.

29. A. J. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes » (1918), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, vol. I/1, *op. cit.*, p. 240.

30. *Ibid.*, p. 239. L'exemple du capitaine de Köpenick était déjà utilisé dans H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 486.

31. Cet exemple est (rapidement) mentionné dans H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 11.

32. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Die Idee einer gerichtlichen Rechtskontrolle » (1921), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, éd. par Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck et Wolf-Dietrich Grussmann, vol. II/1, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 394 et 416.

33. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig/Wien, Franz Deuticke, 1923, p. 278.

34. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 395.

35. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 293.

36. *Ibid.*, p. 295.

dique, expliquera ultérieurement Merkl, il vaut mieux un jugement erroné que pas de jugement du tout, il vaut mieux accepter les erreurs que laisser planer le doute sur la validité des apparentes normes juridiques³⁷.

Cependant, insiste Merkl, ce n'est pas à la science du droit d'exercer cette tolérance de la violation de certaines conditions, pas plus qu'elle ne peut fixer la durée de validité d'une norme juridique. Seul le droit positif peut intervenir en ce sens. Des normes sont ainsi adoptées pour *tenir compte* de la possibilité d'erreurs, de défauts, de manquement dans la création du droit. Ce sont ces normes que Merkl qualifie de « *Fehlerkalkül* », terme que l'on peut donc traduire comme la *prise en compte des défauts* :

« La prise en compte des défauts (*Fehlerkalkül*) est une disposition de droit positif qui permet juridiquement d'imputer à l'État des actes qui ne remplissent pas la somme des conditions posées par ailleurs par le droit positif pour leur apparition et donc pour leur validité. Cette disposition permet de reconnaître ces actes comme du droit, en dépit de leurs manquements »³⁸.

La traduction choisie pour le terme « *Fehlerkalkül* » mérite une justification. « *Fehler* » signifie également « erreur »³⁹, mais il est préférable de parler de « défaut », dès lors que le caractère intentionnel ou non du manquement n'importe pas forcément. La traduction la plus intuitive, le « calcul des défauts », risque d'égarer. L'expression « calcul des défauts » est en effet régulièrement employé par la doctrine française pour décrire autre chose, à savoir l'opération par laquelle un organe juridique ou un observateur examine la conformité d'une norme aux normes supérieures⁴⁰. Cette entreprise n'est certes pas sans lien avec

37. A. J. Merkl, « Justizirrtum und Rechtswahrheit », *art. cit.*, p. 375. Cf. récemment dans le même sens, Heinz Mayer, « Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts – ein Nichtakt? », in Clemens Jabloner et al. (dir.), *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien, Manz, 2013, p. 476.

38. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 295. Le terme de « *Fehlerkalkül* » semble apparaître pour la première fois dans cet ouvrage, p. 277. Sa définition sera réitérée dans des écrits ultérieurs. Cf. notamment A. J. Merkl, « Justizirrtum und Rechtswahrheit », *art. cit.*, p. 375 s. ; A. J. Merkl, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues » (1931), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, vol. I/1, *op. cit.*, p. 491. La monographie sur ce thème annoncée par Merkl ne semble jamais avoir vu le jour (cf. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 278, note 1 ; p. 297, note 1).

39. Deux ans plus tôt, Merkl utilisait le terme « *Irrtum* » (erreur). Cf. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 434 : « il n'est pas rare qu'un ordre juridique compte avec l'erreur de ses organes suprêmes » (« *den Irrtum [... ins Kalkül zieht]* ») ; et p. 435 : « *Irrtumskalkül* ».

40. Cf. O. Pfersmann in Louis Favoreu, *op. cit.*, p. 72 (« L'examen [du respect des conditions de validité] constitue la première étape de ce que l'on appelle un "calcul des défauts" ») ; Xavier Magnon, « Retour sur quelques définitions premières en droit

le *Fehlerkalkül*, mais il s'agit de deux choses différentes : la comparaison entre plusieurs normes dans un cas, un ensemble de normes dans l'autre. Chez Merkl, le mot « *Kalkül* » ne désigne pas une opération mais une prévision. La meilleure traduction semble donc être la « *prise en compte des défauts* ». La formule présente cependant l'inconvénient d'être un peu longue. Afin de qualifier plus simplement les normes concernées, qui prévoient la validité d'une norme juridique en dépit de ses défauts, bref qui réparent, qui sauvent une norme fautive, on parlera également ici de « *normes de réhabilitation* »⁴¹. Dans les développements qui suivent, les expressions « *Fehlerkalkül* », « *prise en compte des défauts* » et « *normes de réhabilitation* » seront employées indistinctement.

De quelle manière une telle disposition peut-elle se présenter dans un ordre juridique ? La première réponse donnée par Merkl et très rapidement abandonnée par lui peut nous mettre sur la voie. Dans l'article déjà cité de 1921, Merkl expliquait que la loi qui habilite la Cour constitutionnelle à abroger une loi contraire à la Constitution permet de dispenser le législateur du respect de certaines exigences constitutionnelles. Néanmoins, ajoutait-il, seule la Cour est autorisée à accorder cette dispense, rétroactivement et avec une limitation temporelle. Autrement dit, ce serait son abrogation, sa disparition pour le futur, qui rendrait valide pour le passé la loi litigieuse⁴². Ce raisonnement n'empêche pas la conviction : si la Cour a pu être saisie de cette loi, si seule la Cour peut la priver de validité pour l'avenir, c'est qu'il s'agissait bien déjà d'une loi en vigueur. De manière surprenante, Merkl le reconnaît lui-même huit pages plus loin dans le même article, comme si sa réflexion s'était poursuivie pendant que sa plume courait : « en créant les conditions de correction d'un acte étatique, l'ordre juridique nous permet de le traiter comme un acte étatique non seulement *après*, mais aussi *avant* cette correction »⁴³. Si Merkl ne semble pas encore trancher clairement cette question en 1921⁴⁴, le problème est résolu deux ans

constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 312 s. (« le calcul des défauts, c'est-à-dire [...] le contrôle de la régularité des normes et des comportements ») ; Régis Ponsard, « Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 31, 2016, p. 69 : « l'analyse de la conformité des normes juridiques [...] aux autres normes juridiques s'imposant à leur production [...] Cette mesure scientifique appelée en doctrine [...] "calcul des défauts" ».

41. Merkl évoque souvent la « ratification » (*Ratifizierung*) de l'acte défectueux. Cf. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 428 s. ; A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 301 ; A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 1999 (1927), p. 196.

42. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 427.

43. *Ibid.*, p. 435. Souligné par Merkl.

44. La phrase suivante (*ibid.*, p. 435) me laisse perplexe : « das verfassungswidrige Gesetz so wie die gesetzwidrige Verordnung werden, wie sich gezeigt hat, wirkliches Gesetz und

plus tard dans *Die Lehre von der Rechtskraft*⁴⁵. L'ouverture d'une voie de recours qui permet à une cour d'abroger les lois « inconstitutionnelles » indique que l'on compte sur la possibilité d'une contrariété entre la loi et la Constitution, et que cette contrariété est tolérée. De même, les voies de recours contre les actes judiciaires ou administratifs qui permettent à un juge de détruire les normes contraires à la loi constituent une prise en compte des défauts. L'ordre juridique reconnaît à des normes leur validité en dépit de leurs défauts (« *Geltung trotz [...] Mangelhaftigkeit* »). Mais l'ouverture d'une voie de recours n'est pas la seule modalité du *Fehlerkalkül*, qui peut également prendre l'apparence inverse. Ainsi, l'interdiction faite à certains organes de contrôler les lois régulièrement publiées montre clairement que la Constitution compte avec la possibilité d'une violation des conditions qu'elle pose aux lois, sans que cela entraîne la nullité de ces lois⁴⁶.

C. Un problème : les organes suprêmes

Merkel considère que le *Fehlerkalkül* est largement ignoré non seulement de la doctrine, mais surtout des législateurs⁴⁷. L'adoption d'une norme de réhabilitation dépend surtout du hasard⁴⁸ : elle ressemble davantage à un corollaire imprévu de l'ouverture d'une voie de recours qu'à une décision assumée des producteurs du droit positif. Cette ignorance, remarque Merkel, conduit à ce que, souvent, aucun *Fehlerkalkül* n'est mis en place à l'égard des décisions non susceptibles de recours. Une telle situation est embarrassante : elle a pour conséquence que le risque de produire des actes nuls est particulièrement élevé pour les personnes qui siègent dans les organes les plus haut placés dans un ordre juridique⁴⁹. Là où la possibilité d'un recours introduit une norme de réhabilitation qui « couvre » certaines erreurs des organes inférieurs, le moindre défaut prive de validité les apparentes normes juridiques produites par les organes suprêmes.

En 1921, Merkel prenait pour exemple la Cour constitutionnelle autrichienne fraîchement créée, à l'égard de laquelle il n'identifiait dans le droit positif aucune

wirkliche Verordnung, wenn und soweit eine rückwirkende Korrektur in Form eines aufhebenden Erkenntnisses des VerfGH möglich und notwendig ist ». Est-ce la simple *possibilité* d'un jugement abrogatif (autrement dit l'ouverture d'un recours) qui assure la validité de la loi non conforme à la Constitution, ou bien Merkel pense-t-il ici encore que l'intervention d'un tel jugement est *nécessaire* ?

45. Le raisonnement précédent est clairement écarté dans A. Merkel, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 298, note 1. Cf. aussi A. J. Merkel, « Justizirrtum und Rechtswahrheit », *art. cit.*, p. 376.

46. A. Merkel, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 294.

47. *Ibid.*, p. 297.

48. *Ibid.*, p. 299.

49. *Ibid.*

prise en compte des défauts. Cette absence, remarquait-il, s'explique aisément : si l'ordre juridique introduit cet organe pour réparer les manquements commis dans la production du droit, il peut difficilement compter avec des erreurs de ce même organe. « Une motion de défiance sous la forme d'un *Fehlerkalkül* serait ici presque une contradiction »⁵⁰.

Il n'en demeure pas moins qu'en vertu de la *Stufenbaulehre*, un acte ne peut produire un jugement de cette Cour qu'en respectant les conditions fixées par la Constitution. Toute déviation empêche de reconnaître à la prétendue décision le caractère de norme valide⁵¹. Ainsi, la situation juridique demeure la même qu'avant l'arrêt erroné de la Cour : la loi conforme jugée inconstitutionnelle demeure en vigueur, puisque l'acte des membres de la Cour qui prétend l'abroger n'a que l'apparence d'un arrêt.

Les conséquences de cette situation sont dramatiques : il revient en effet à chaque autorité de vérifier si l'apparent arrêt de la Cour est bien conforme à la Constitution. Dans la négative, le prétendu jugement est une nullité qui ne produit aucun effet juridique. Un tel système n'est guère satisfaisant, dans lequel aucun organe ne dispose du dernier mot. Aussi « la pratique ne se satisfait-elle pas de cette situation, et accorde ainsi au jugement de la Cour – plus exactement : au jugement des individus qui composent la Cour – sans exception le caractère d'un jugement correct »⁵². Mais d'un point de vue théorique, le « jugement » erroné est bien une nullité : il ne faut pas reculer devant ces « conséquences d'apparence peut-être grotesque »⁵³.

Merkel, néanmoins, recule immédiatement. Il assure en effet qu'une telle situation ne se produira très vraisemblablement jamais en pratique. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sera toujours parfaitement conforme à la Constitution. « Il serait bien triste qu'un tribunal appelé à être le garant de la Constitution n'offre pas les garanties d'une jurisprudence constitutionnelle pratiquement toujours exacte »⁵⁴. Bref, n'en déplaise à Robert Jackson⁵⁵, si les juges de la Cour constitutionnelle sont « finaux », c'est bien parce qu'ils sont « infaillibles ». La pirouette finale de Merkel, fondée sur la pratique, n'ôte rien au caractère très dérangeant de sa conclusion théorique. Ce serait pour faire face à

50. A. J. Merkel, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 435.

51. *Ibid.*, p. 432.

52. *Ibid.*, p. 437.

53. *Ibid.* Ce maintien de la cohérence théorique face à l'invraisemblance pratique a pu conduire Alf Ross à décrire Merkel comme un Don Quichotte qui ne se bat pas *contre* les moulins à vent, mais pour eux. Alf Ross, *Theorie des Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, 1929, p. 329.

54. A. J. Merkel, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 437 s.

55. Cf. Cour suprême des États-Unis, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953), Jackson conc., p. 540 : « We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final ».

ce problème que l'un des irréprochables membres de cette juridiction a conçu une théorie sensiblement différente.

II. L'habilitation alternative

Selon l'auteur de l'un des rares articles consacrés à la prise en compte des défauts, Kelsen considère que le *Fehlerkalkül* explique la validité des normes fautives susceptibles de recours, mais ne permet pas de comprendre la validité des jugements erronés de dernière instance. Kelsen aurait donc affiné cette théorie, en élaborant le raisonnement de l'« habilitation alternative »⁵⁶. Il semble inexact que cette seconde thèse constitue une amélioration de la première. Il est en revanche indéniable que la théorie de l'habilitation alternative ne peut être comprise qu'à partir des développements antérieurs sur la prise en compte des défauts.

La thèse de l'habilitation alternative est la suivante : dans un ordre juridique, une norme ne peut pas être nulle, mais simplement annulable (ou abrogeable). Que se passe-t-il si l'ordre juridique ne prévoit pas de possibilité d'annulation ? Kelsen prend l'exemple d'un système où les lois ne sont pas soumises à un contrôle de constitutionnalité :

« L'organe législatif est alors dans une situation analogue à celle de la juridiction de dernière instance dont la décision a force de chose jugée. Mais ceci affecte le sens des normes de la Constitution qui règlent la législation : il en résulte en effet que des lois valables peuvent voir le jour d'autre façon que celle que détermine directement la Constitution, d'une façon que détermine l'organe de législation lui-même. En d'autres termes, la Constitution donne de ce fait au législateur pouvoir de créer des normes générales, soit par la procédure déterminée directement par les normes de la Constitution, soit par quelque autre procédure, et pouvoir de donner à ces normes soit un contenu conforme aux normes de la Constitution sur le contenu des lois, soit un contenu autre »⁵⁷.

Autrement dit, lorsque la norme inférieure semble contraire à la norme supérieure, il faut considérer que la norme supérieure prévoyait que l'organe d'application pouvait aussi faire l'inverse de ce qu'elle prévoit. Ce résultat étrange au premier abord ne s'explique qu'en gardant à l'esprit la théorie du *Fehlerkalkül* (A). Cette précision de la théorie de l'habilitation alternative empêche de fonder sur Kelsen des conceptions de la science du droit contraires à son projet (B). Mais cette théorie présente tout de même un défaut qui doit être dénoncé (C).

56. Christoph Kletzer, « Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory », *art. cit.*, p. 51. Dans le même sens, Jörg Kammerhofer, *op. cit.*, p. 189.

57. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 269.

A. L'habilitation alternative : une reformulation maladroite de la prise en compte des défauts

Bien que Kelsen ne semble jamais employer le terme de *Fehlerkalkül*, c'est bien de cela qu'il est question avec l'habilitation alternative⁵⁸. Simplement, les développements de Kelsen sont formulés de manière beaucoup moins explicite que ceux de Merkl. Dès lors que le droit positif introduit une prise en compte des défauts, explique Merkl, certaines conditions imposées à la production du droit sont affaiblies ou supprimées, puisque leur violation n'empêche pas l'entrée en vigueur d'une norme mais permet tout au plus son annulation ultérieure⁵⁹. Ainsi, le droit positif abaisse ses exigences, et laisse à l'organe une « certaine latitude » entre l'acte « idéal », c'est-à-dire parfaitement conforme aux normes supérieures, et l'acte malgré tout possible, affublé de certains défauts couverts par la norme de réhabilitation⁶⁰. Telle est bien l'idée défendue par Kelsen, selon lequel la Constitution « contient tout à la fois un règlement direct et un règlement indirect de la législation »⁶¹.

Le retour aux écrits de Merkl permet également de saisir l'affirmation de Kelsen que Michel Troper jugeait difficile à comprendre⁶², selon laquelle la Constitution, « bien qu'elle ne puisse pas exclure radicalement » les lois contraires aux règles explicites, « directes », de la Constitution, donne sa « préférence » aux lois qui les respectent⁶³. Merkl développait plus clairement cette idée : si l'on permet à l'organe d'application de produire du droit sans respecter l'ensemble des exigences initialement prévues, il est bienvenu de ne pas lui présenter explicitement cette possibilité. Il est en effet préférable que l'organe ne soit pas « conscient » du fait que le droit n'exige en réalité pas la satisfaction de toutes les conditions qui semblent nécessaires pour produire une norme. L'acte défectueux n'est accepté que parce qu'il est inévitable : il n'y a aucun intérêt à placer ouvertement l'organe d'application face à un choix⁶⁴.

La théorie de l'habilitation alternative est similaire à celle de la prise en compte des défauts, mais elle est formulée de manière beaucoup moins heureuse. En effet, Kelsen semble « intégrer la prise en compte des défauts dans la norme à

58. Le lexique le démontre. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 267 : « le législateur constituant doit compter avec la possibilité que les normes de la Constitution ne soient pas toujours [...] pleinement respectées ». Je souligne.

59. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, op. cit., p. 295. Cf. aussi A. J. Merkl, « Prolegomena », art. cit., p. 490 s.

60. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, op. cit., p. 296. Cf. aussi A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 196.

61. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 269.

62. M. Troper, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », art. cit., p. 169.

63. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 270. Je souligne.

64. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, op. cit., p. 296 ; A. Merkl, « Justizirrtum und Rechtswahrheit », art. cit., p. 378 s.

appliquer »⁶⁵, il paraît insérer la dispense de respecter certaines conditions de production du droit *dans* la disposition qui pose ces conditions, en dépit de son texte. Dès lors que la loi est valide en dépit de sa violation des règles de production prévues dans la Constitution, il faut considérer que ces règles signifient que le législateur peut ou non les respecter⁶⁶.

C'est en réalité une *autre disposition*, celle qui insère le *Fehlerkalkül* dans l'ordre juridique, qui permet à l'organe de ne pas respecter certaines conditions posées « *par ailleurs* »⁶⁷ par les normes qui l'habilitent à produire du droit. Autrement dit, ces normes « n'épuisent pas » la mesure par rapport à laquelle la conformité à l'ordre juridique d'une norme, et donc sa validité, doit être examinée⁶⁸. La norme n'est pas parfaitement conforme aux normes qui règlent explicitement sa création, mais elle est tout de même valide conformément à la norme qui prend en compte les défauts. Ainsi, en quelque sorte, la norme est conforme au droit en dépit de sa contrariété au droit, elle est valide en dépit de ses défauts⁶⁹. Mais, encore une fois, cette situation résulte de deux jeux de dispositions : d'un côté, les normes d'habilitation, de l'autre, les normes de réhabilitation⁷⁰. On peut penser que la théorie de l'habilitation alternative ne dit pas autre chose⁷¹. Ce n'est pas la même norme qui pose des règles de production et qui dispense de leur respect. Mais la formulation de Merkl est beaucoup plus fine et convaincante que celle de

65. Johannes Buchheim, « Fehlerkalkül als Ermächtigung? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie », *Rechtstheorie*, n° 45, 2014, p. 69.

66. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 269 ; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 277 ; H. Kelsen, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », *VVDStRL*, 1929, p. 79 : « Das heisst aber, dass der in der Verfassung ausdrücklich angegebene Weg der Gesetzgebung und die hier aufgestellten Richtlinien, nicht – wie es scheinen mag – eine *eindeutige* Bestimmung sind, sondern im Sinne einer *Alternation* verstanden werden müssen : *entweder so*, aber wenn nicht so, dann auch – beinahe beliebig – anders ».

67. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 295.

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*, p. 294 : « Gesetzmässigkeit trotz seiner Gesetzwidrigkeit » ; « Geltung trotz seiner Mangelhaftigkeit ».

70. Cf. A. J. Merkl, « Prolegomena », *art. cit.*, p. 491. Cf. aussi A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 199 : « un abandon des strictes conditions juridiques posées *dans un autre contexte* ». Je souligne. Merkl exprime souvent cette idée en distinguant l'imposition « *a priori* » de conditions qui sont abandonnées « *a posteriori* » par l'intermédiaire d'une norme de réhabilitation. Cf. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 395 ; A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 200. Merkl veut dire par là qu'un acte qui semble à première vue contraire au droit se révèle conforme lorsque l'on tient compte de la norme de réhabilitation. Cf. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 279 et 294 s.

71. Stanley Paulson, « Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory », *Cambridge Law Journal*, 1980, p. 189 ; O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, p. 813.

Kelsen, qui peut « prêter à confusion »⁷² et sembler affirmer simplement qu'une disposition qui impose le respect d'une condition signifie également que cette condition n'a pas besoin d'être respectée (B). Par ailleurs, Kelsen ne précise pas clairement la localisation de la norme qui prévoit cette habilitation alternative, qui permet à un organe de produire du droit sans respecter toutes les règles qui s'imposent à lui (C).

B. Le rôle de la science du droit

Kelsen ne sombre pas dans le « réalisme », selon lequel il n'y aurait « dans les textes aucun sens à découvrir »⁷³, seules les décisions judiciaires créant du droit⁷⁴. Malgré les apparences, la thèse de l'habilitation alternative n'affirme pas qu'un énoncé prévoit une chose et son contraire, mais simplement qu'une application fautive de la norme supérieure par l'organe compétent sera tout de même valide⁷⁵. On voit en quoi l'expression de « disposition alternative » est trompeuse : l'alternative n'est pas posée par la disposition qui prévoit les conditions de création de la norme inférieure. Cette disposition est une branche de l'alternative prévue par une autre norme, celle qui pose l'habilitation alternative. Mais il est exact que les formulations maladroites retenues par Kelsen offrent une prise pour déformer sa pensée et le tirer vers le réalisme⁷⁶. En affirmant que la norme supérieure permet forcément à son organe d'application de prendre la décision qu'il a prise, Kelsen ouvre la porte à de telles dérives. La réflexion de Merkl constitue un rempart bien plus solide contre cette chute dans le relativisme incompatible avec le positivisme normativiste viennois⁷⁷.

72. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique », *art. cit.*, p. 813.

73. Cf. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'état*, P.U.F., 2001, p. 71-74.

74. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 267 ; et de manière plus détaillée H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. fr. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996 (1979), p. 561 s.

75. Cf. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique », *art. cit.*, p. 808 s. ; Riccardo Guastini, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 438 : la théorie de l'habilitation alternative « n'est pas une thèse de théorie de l'interprétation : elle est plutôt une description du droit positif en vigueur. Une telle thèse ne peut donc pas être invoquée pour soutenir que toutes les interprétations sont équivalentes *du point de vue de la théorie de l'interprétation*, car toutes les interprétations ne sont équivalentes que *du point de vue du droit positif* : ce qui est une chose tout à fait différente ».

76. Cf. B. S. Jackson, « Kelsen Between Formalism and Realism », *Liverpool Law Review*, 1985, p. 79 s. : l'auteur perçoit des « graines d'irrationalisme » dans la théorie de l'habilitation alternative. Cf. aussi R. Tur, *art. cit.*, p. 250 s. Contre une lecture « réaliste » de l'habilitation alternative, cf. St. Paulson, *art. cit.*, p. 172-193.

77. Pour une critique du relativisme absolu en matière d'interprétation, cf. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme », *art. cit.*, notamment p. 828. Pour son incompatibilité avec la théorie de la structure hiérarchique de l'ordre juridique, cf. aussi M. Jestaedt, « Wie das

Merkel s'est longuement opposé sur ce point à Fritz Sander, auteur dont on se souvient peut-être surtout aujourd'hui pour ses démêlés avec Kelsen⁷⁸, et qui défendait dans les années 1920 certaines options théoriques guère différentes de celles qui sont aujourd'hui en vogue chez les réalistes français. Cet auteur, expliquait Merkel, part d'un constat parfaitement fondé mais se laisse emporter par son élan. La doctrine a traditionnellement eu pour ambition d'usurper la place des organes normatifs, et de prétendre indiquer quelle était la solution exigée par le droit pour chaque cas concret. De la sorte, la science du droit outrepassa sa fonction de description du droit positif : les normes générales laissent toujours un espace d'appréciation à leur organe d'application, au sein duquel il peut librement choisir. Il s'agit là d'un enseignement majeur de la *Stufenbaulehre*, sur lequel Merkel a fréquemment insisté⁷⁹. On va néanmoins trop loin si, comme Sander, on affirme que la science du droit enfonce ses limites dès qu'elle s'interroge sur la conformité d'un acte normatif aux normes supérieures⁸⁰.

En effet, la science du droit doit identifier son objet : distinguer le droit du non-droit est un préalable nécessaire à l'analyse du droit positif⁸¹. Or, tout ce qui aspire au statut juridique ne relève pas forcément du droit. Il revient donc à la science du droit de vérifier si un acte à prétention juridique produit bien une norme valide. La recherche d'une éventuelle norme de réhabilitation est essentielle dans cette tâche, dès lors qu'une telle disposition permet de reconnaître comme du droit une norme produite en violation des (autres) normes supérieures⁸².

Il est loisible de souligner que la théorie de Merkel assure par ailleurs à la science du droit un rôle dont Kelsen semble la priver injustement. Kelsen réserve son attention à la validité des normes juridiques : tant qu'elle n'a pas été détruite, une norme est valide. Seul un organe compétent, et non la science du droit, peut la priver de validité⁸³. Cette observation est incontestable, mais elle est insuffisante. Le refus par la science du droit d'une prétention à la création du droit n'entraîne pas l'abandon de la prétention à la connaissance⁸⁴. D'abord, il se peut que l'apparente norme soit fautive et ne soit pas couverte par une norme

Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n° 55, 2000, p. 152.

78. Cf. Chr. Kletzer, « Fritz Sander », in R. Walter, Cl. Jabloner et Kl. Zeleny (dir.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Vienne, Manz, 2008, p. 445 s. ; et en français Sandrine Pina, « Les dissensions au sein de l'école viennoise de théorie du droit : La controverse Fritz Sander/Hans Kelsen », *Archives de philosophie du droit*, vol. 55, 2012, p. 295 s.

79. Cf. par exemple A. J. Merkel, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung » (1916-1919), in A. J. Merkel, *Gesammelte Schriften*, vol. I/1, *op. cit.*, p. 104 s.

80. A. Merkel, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 281.

81. *Ibid.*, p. 291.

82. Cf. *ibid.*, p. 286, note 1.

83. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 264 s.

84. Cf. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme », *art. cit.*, p. 827 s.

de réhabilitation. Il s'agit alors d'une nullité qu'il revient à chacun de constater. Kelsen le reconnaissait en 1914⁸⁵. Ensuite, même si les défauts qui affectent la norme sont pris en compte par l'ordre juridique, rien n'empêche la science du droit de constater ces manquements⁸⁶. Certes, la « pensée individuelle » sera alors soumise à l'État⁸⁷, au sens où la norme sera valide en dépit de toute opinion contraire quant à sa conformité aux normes supérieures. Mais la norme de réhabilitation ne supprime pas les défauts : elle les prive simplement de leur conséquence⁸⁸. Il demeure donc possible de distinguer les normes parfaitement conformes aux normes supérieures, des normes valides uniquement par le biais d'une norme de réhabilitation⁸⁹. Le point de vue de l'application du droit, celui des organes juridiques, ne supprime pas le point de vue scientifique de la connaissance du droit⁹⁰. Simplement, le commentateur ne devra jamais perdre de vue que la distinction entre les normes « parfaitement conformes » et les normes « réhabilitées » opère au sein du droit et non, comme en l'absence de *Fehlerkalkül*, entre les sphères du droit et du non-droit⁹¹.

C. Un accroc au positivisme ?

Les lectures « réalistes » ou « défaisabilistes » de Kelsen ne peuvent donc se fonder sur la théorie de l'habilitation alternative qu'en raison de sa formulation maladroite. Mais cette théorie présente un autre défaut, en ce qu'elle n'est pas tout à fait conforme à la démarche positiviste suivie par Kelsen. Par rapport à la théorie du *Fehlerkalkül*, elle constitue moins un « développement »⁹² qu'une régression.

Le point de départ de Kelsen est qu'il n'existe pas, dans un système juridique, de normes nulles, mais simplement des normes annulables⁹³. Cette observation est exacte d'un certain point de vue. Selon la *Stufenbaulehre*, un prétendu acte

85. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 483 et 510.

86. Même en 1914, Kelsen n'exprimait guère d'intérêt pour une telle entreprise. Cf. *ibid.*, p. 511. Cf. aussi, bien plus tard, H. Kelsen, « Was ist ein Rechtsakt? » (1951/1952), in Hans Klecatsky, René Marcic et Herbert Schambeck (éd.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, tome 2, Europa Verlag, 1968, p. 1383 s.

87. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 514.

88. Ewald Wiederlin, « Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's », in Stefan Griller et Hans Peter Rill (dir.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Springer, 2011, p. 127.

89. Cf. A. J. Merkl, « Prolegomena », *art. cit.*, p. 491. Cf. aussi R. Lippold, *art. cit.*, p. 186 ; R. Lippold, *op. cit.*, p. 416 ; O. Pfersmann, « Carré de Malberg », *art. cit.*, p. 493, note 34 ; R. Ponsard, « Les moyens d'une analyse », *loc. cit.*, p. 70.

90. Cf. A. J. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *art. cit.*, p. 235, 245, 251. Cf. aussi R. Lippold, *art. cit.*, p. 198 ; R. Ponsard, « Les moyens d'une analyse », *loc. cit.*, p. 80.

91. A. J. Merkl, « Justizirrtum und Rechtswahrheit », *art. cit.*, p. 379.

92. Chr. Kletzer, « Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory », *art. cit.*

93. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 272.

juridique qui ne respecte pas les normes supérieures ne produit aucune norme juridique valide. Une « loi » inconstitutionnelle n'est donc pas une loi, mais une nullité. Cependant, en ouvrant ainsi son raisonnement, Kelsen contourne le problème⁹⁴. La question, en effet, n'est pas de savoir si une norme qui fait partie d'un ordre juridique peut être nulle, mais si l'acte qui se présente comme la création d'une telle norme atteint effectivement son but. Merkl avait insisté sur ce point : il est exact d'affirmer que l'organe auquel l'ordre juridique donne le dernier mot ne peut pas se tromper, mais encore faut-il bien comprendre ce que l'on affirme par là. Cela ne veut pas dire que tout ce qui se présente comme un acte de cet organe produit bien une norme juridique. Cela veut plutôt dire que (en l'absence d'une norme de réhabilitation) un « acte » incorrect de cet organe n'est pas un acte de cet organe. Il lui est impossible de produire une norme juridique s'il ne respecte pas les normes supérieures. C'est en ce sens que cet organe ne peut pas se tromper⁹⁵.

Dans le passage de la *Théorie pure du droit* intitulé « Nullité et annulabilité »⁹⁶, Kelsen contredit ce fondement du reste de ses réflexions. Il affirme en effet qu'il serait impossible au droit positif de prévoir la nullité d'un acte à prétention juridique. Si une disposition prévoit que la violation de telle ou telle condition entraîne la nullité d'une prétendue norme, encore doit-elle déterminer l'organe compétent pour identifier cette violation. Cet organe sera donc appelé à annuler la norme fautive, ce qui présuppose que celle-ci était au préalable valide⁹⁷. Mais Kelsen ne justifie pas cette affirmation qui contredit le reste de sa théorie : l'essence même de la *Stufenbaulehre* consiste à affirmer que le droit prévoit les conditions qui doivent être remplies pour produire une norme juridique. C'est la fonction même des normes supérieures de permettre d'établir si quelque chose qui se présente comme une norme juridique est bien une norme juridique⁹⁸.

Dans « *Über Staatsunrecht* », Kelsen considérerait plus justement qu'il était inutile d'énumérer explicitement les défauts qui entraînent la nullité d'une

94. R. Lippold, *art. cit.*, p. 196 ; R. Lippold, *op. cit.*, p. 412 s.

95. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 433.

96. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 272. Eisenmann, qui indique entre parenthèses les termes allemands (*Nichtigkeit und Vernichtbarkeit*), traduit étonnamment par « Annulation et annulabilité ».

97. H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 273 : « Il n'est pas possible à l'ordre juridique de régler les conditions auxquelles quelque chose qui se présente avec la prétention d'être une norme juridique doit être considéré *a priori* comme nul, et non pas comme une norme qui doit être annulée par une procédure régulièrement instituée. Supposons que l'ordre juridique dispose par exemple qu'une norme qui n'a pas été posée par l'organe compétent ou qui a été posée par un individu qui n'a même pas la qualité d'organe, ou qu'une norme dont le contenu est exclu par la Constitution doivent être considérées *a priori* comme nulles et que par conséquent il n'est pas besoin d'un acte en prononçant l'annulation ; il reste qu'il devra déterminer qui aura à établir la présence de ces conditions de la nullité ».

98. R. Lippold, *art. cit.*, p. 197.

prétendue norme juridique. L'échec de l'acte à prétention juridique contraire aux normes supérieures résulte de la logique juridique⁹⁹. Nul n'est obligé de tenir pour valide ces prétendues normes juridiques et, dans les cas où un organe étatique est saisi pour constater un défaut qui entraîne la nullité, sa décision est superflue et purement déclaratoire¹⁰⁰. Des années plus tard, dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen défend la thèse inverse : « La décision du tribunal n'a pas un caractère simplement déclaratif ; elle a un caractère constitutif »¹⁰¹ ; « avant l'intervention de cet acte on ne peut pas affirmer en droit la nullité de la norme en question »¹⁰².

Kelsen ne peut parvenir à cette conclusion qu'en supposant la présence d'une norme de réhabilitation dans tout système juridique¹⁰³. Les germes de cette évolution étaient présents dès l'article de 1914. La nullité d'une prétendue norme juridique, expliquait alors l'auteur, peut être constatée par quiconque. Or une telle situation n'est pas très satisfaisante. En effet, il arrive fréquemment que l'existence d'un manquement soit incertaine, que les avis à cet égard puissent raisonnablement diverger. Il est donc compréhensible que l'État fasse prévaloir son point de vue, que le droit prévoie la validité des normes tant qu'un organe étatique n'a pas constaté leur défaut¹⁰⁴. Mais en 1914, Kelsen considère encore qu'un tel *Fehlerkalkül* (terme qu'il n'utilise pas) doit être prévu par le droit positif. Dans le silence de la loi, la nullité est inéluctable. Ce qui était alors un « principe technique »¹⁰⁵, une explication des dispositions juridiques qui doivent être adoptées pour parvenir à une certaine fin, semble se transformer dans la *Théorie pure du droit* en une prétendue description du droit positif¹⁰⁶.

99. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 509.

100. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 483 et 512.

101. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 272. Cf. aussi *ibid.*, p. 272 s. : dans un système où « tout un chacun [a] le pouvoir de décider si quelque chose qui se présente avec la prétention d'être une norme juridique » en est bien une, la décision de chaque individu « présente un caractère constitutif. La norme en question n'est pas nulle *ab initio*. La décision qu'elle est "nulle" l'anéantit avec effet rétroactif pour le sujet qui décide ». Cf. déjà H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. fr. H. Thévenaz, Éditions de la Baconnière, 1988 (1953), p. 142.

102. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 273. Cf. *contra* O. Pfersmann, « La production des normes », *art. cit.*, p. 497 s.

103. R. Lippold, *op. cit.*, p. 414.

104. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 514.

105. Cf. M. Troper, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », *art. cit.*, p. 162.

106. L'explication technique est néanmoins encore perceptible en un passage : « Si la Constitution reconnaissait à tout un chacun le pouvoir de décider sur cette question [de la conformité d'une apparente norme juridique à une norme supérieure, et donc de sa validité], il serait presque impossible qu'aucune loi liant les sujets voie jamais le jour. Pour éviter semblable état de choses, il faut que la Constitution attribue ce pouvoir seulement à certains organes du droit ». H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 267. Je souligne.

Le résultat auquel semble parvenir Kelsen est donc le suivant : lorsqu'un organe habilité à produire des normes juridiques prétend produire une telle norme, il faut considérer qu'il y parvient. Autrement dit, tout ce qui se présente comme une norme juridique produite par un organe compétent est bien une norme valide. Mais Kelsen n'oublie pas complètement les fondements de sa théorie : pour qu'une norme juridique existe, il faut qu'elle ait été produite conformément à une autre norme. Lorsqu'une norme inférieure semble contraire à une norme supérieure, il faut donc considérer que la norme supérieure autorisait son organe d'application à produire une norme soit en suivant ses directives, soit en ne les suivant pas. Ainsi, « entre une norme supérieure et une norme inférieure d'un ordre juridique, aucun conflit n'est possible »¹⁰⁷. L'alliance entre, d'un côté, la pétition de principe de la validité et, de l'autre, le lien entre validité et conformité, conduit à cette théorie de l'habilitation alternative.

Ce raisonnement apparaît par exemple très clairement dans ce paragraphe de la première édition de la *Théorie pure du droit* : « 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 vigueur »¹⁰⁸. Mais un positivisme conséquent ne commence pas par affirmer la validité de la loi pour en déduire le sens de la Constitution. Il identifie les normes constitutionnelles afin de savoir si la loi est valide.

Kelsen affirme comme un principe la validité des prétendues normes juridiques posées par les organes juridiques (par les individus qui composent ces organes, préciserait Merkl), et ce en vertu d'une mystérieuse « norme générale préexistante », qui semble devoir exister dans tout système juridique et mettre en place l'habilitation alternative¹⁰⁹. Mais une confusion intervient ici entre ce que le droit prévoit, et ce qu'il serait souhaitable qu'il prévoie¹¹⁰. En 1914, Kelsen soulignait que la nullité qui découlait par principe du moindre défaut d'un acte prétendument juridique paraîtrait certainement inopportune en pratique. De

107. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 272.

108. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 139. Cf. aussi H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 209 : « Considérer une norme de degré inférieur comme valable, c'est nécessairement admettre qu'elle répond à la norme de degré supérieur ».

109. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 266.

110. Cf. A. J. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *art. cit.*, p. 242. Cette confusion forme le point de départ de Johannes Buchheim, qui considère que tout ordre juridique doit assurer la validité de toutes les décisions des organes suprêmes. Il faut qu'il en soit ainsi. Cf. J. Buchheim, *art. cit.*, p. 59 s. De même, Heinz Mayer considère que les juridictions suprêmes sont créées pour garantir la sécurité juridique, ce qui « implique » que leurs décisions sont valides même si elles sont erronées. H. Mayer, *art. cit.*, p. 483.

petits défauts sans gravité entraîneront la nullité dès lors que le droit positif ne les transforme pas en simples causes d'annulation. « Mais la théorie du droit positif ne peut pas avoir pour tâche de réparer les omissions du législateur », ajoutait-il très pertinemment¹¹¹. Il lui revient de décrire le droit en vigueur, non de l'améliorer.

Débarrassée de sa formulation quelque peu obscure, la thèse de l'habilitation alternative semble donc simplement consister à affirmer qu'il existe toujours, par principe, un *Fehlerkalkül* pour les actes des organes de l'ordre juridique. Dès lors, la question que posait la théorie de Merkl, le problème des actes défectueux des organes suprêmes, n'est nullement résolue, puisque le problème de la nullité des apparentes normes juridiques des organes suprêmes est écarté par une simple affirmation, et non à la suite d'une démonstration. La théorie de l'habilitation alternative ne résout donc pas le problème de l'acte erroné insusceptible de recours. Elle le cache sous le tapis. On verra néanmoins dans un instant qu'avec un peu de bienveillance, il est possible d'interpréter autrement la thèse de Kelsen et de déceler chez lui un raisonnement irréprochable.

III. Les solutions et les problèmes récalcitrants

À bien y regarder, l'acte fautif insusceptible de recours, tel le jugement erroné d'une Cour constitutionnelle, n'est pas un problème de la théorie d'Adolf Merkl, mais plutôt un problème de la pratique que la théorie donne à voir (A). Si ce problème, néanmoins, n'est pas résolu par le droit positif, il doit être surmonté par la théorie (B).

A. Un problème réglé par le droit positif

Dès lors que la prise en compte des défauts doit apparaître dans le droit positif, les choses sont simples : soit il existe une norme de réhabilitation, soit il n'en existe pas.

Il n'est pas du tout exclu qu'une décision non susceptible de recours soit concernée par un *Fehlerkalkül*. En effet, contrairement à ce que semblent penser certains auteurs¹¹², l'ouverture d'une voie de recours n'est pas la seule manière de prendre en compte les défauts¹¹³. Merkl ne cite cette modalité que comme

111. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 511.

112. Chr. Kletzer, « Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory », *art. cit.*, en particulier p. 55. L'auteur reconnaît pourtant en passant d'autres modalités du *Fehlerkalkül* (*ibid.*, p. 49 s.), mais fonde son raisonnement sur une assimilation entre la prise en compte des défauts et l'ouverture d'une voie de recours. La même confusion semble à l'œuvre chez H. Mayer, *art. cit.*, p. 474.

113. Cf. R. Lippold, *op. cit.*, p. 415.

l'occurrence la plus fréquente, la plus typique du *Fehlerkalkül*, et non comme sa seule expression possible¹¹⁴. Une norme qui exclut le contrôle d'un acte correspond également à une prise en compte de ses éventuels défauts¹¹⁵. Elle assure qu'une norme valide est créée, en dépit des éventuels manquements aux exigences posées par l'ordre juridique. Merkl imaginait même comment une telle norme de réhabilitation pourrait être formulée à l'égard des arrêts de la Cour constitutionnelle. Il suffirait d'une disposition qui affirme que ces arrêts ne sont soumis à aucun recours, même en raison d'éventuels défauts juridiques¹¹⁶.

En droit français, l'article 62 de la Constitution semble ainsi contenir une norme de réhabilitation à l'égard des décisions du Conseil constitutionnel : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Bien sûr, cette disposition permet également une autre interprétation : dès lors que les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent produire une décision valide qu'en respectant certaines normes, il est possible de considérer qu'une « décision » erronée ne présente que l'apparence d'une décision, et n'est pas une décision du Conseil concernée par l'article 62. Comme le remarquait Kelsen à propos d'une disposition similaire de la Constitution autrichienne¹¹⁷, une telle interprétation est parfaitement admissible, mais elle enlève tout intérêt à l'article 62. Il est donc préférable de considérer que cette disposition assure la validité de tout ce qui se présente comme une décision du Conseil constitutionnel, indépendamment de la conformité aux normes qui encadrent l'activité du Conseil constitutionnel. Cet organe est donc infailible, non pas au sens où il ne pourrait pas se tromper, mais au sens où toutes ses décisions sont valides, dès lors qu'elles sont couvertes par la norme de réhabilitation¹¹⁸.

Un ordre juridique peut néanmoins ne pas connaître de disposition semblable à l'article 62, ou d'autre formulation du *Fehlerkalkül*. L'acte qui se présente comme un arrêt de la Cour constitutionnelle sera alors privé de validité s'il est erroné. Une telle situation est extrêmement problématique, mais il n'est pas dans le pouvoir de la science du droit de modifier le droit positif et d'ordonner elle-même la validité de toutes les apparentes décisions de la Cour constitutionnelle. C'est autrement qu'elle doit réagir.

B. Les problèmes de la théorie

La théorie du *Fehlerkalkül* demeure confrontée à deux problèmes.

114. Cf. par exemple A. J. Merkl, « Justizirrtum und Rechtswahrheit », *art. cit.*, p. 376.

115. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 286 et 294.

116. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 435.

117. H. Kelsen, « Reichsgesetz und Landesgesetz », *art. cit.*, p. 414.

118. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 297.

1. Fehlerkalkül et Grundnorm

Face à l'absence d'une prise en compte des défauts de la jurisprudence constitutionnelle, la science du droit ne peut modifier le droit, mais elle peut procéder à des ajustements au niveau théorique. En effet, même en l'absence de norme de réhabilitation, les acteurs de l'ordre juridique tiendront vraisemblablement pour valides toutes les décisions du juge constitutionnel. Ils traiteront les arrêts erronés comme s'ils étaient corrects¹¹⁹. Ils éviteront de la sorte l'insécurité permanente, le contrôle sans fin qu'entraîne l'absence dans l'ordre juridique d'un organe détenteur du pouvoir du dernier mot. En 1914, Kelsen remarquait dans le même sens que les destinataires des apparentes normes juridiques courront rarement le risque des les écarter parce qu'ils les estiment nulles. Combien d'individus ignoreront les décisions d'un fonctionnaire ou d'un juge parce qu'ils doutent de sa santé mentale et donc de sa compétence à produire des normes juridiques ?¹²⁰

Le système fonctionne ainsi comme s'il existait une norme de réhabilitation des arrêts de la Cour constitutionnelle. La théorie pure du droit n'est pas démunie face à une telle situation. En effet, la science du droit est parfaitement libre dans le choix de son objet : nulle considération théorique ne l'oblige à considérer tel ou tel ensemble de normes comme le « droit positif ». Simple, afin que ses efforts ne soient pas dépourvus d'intérêt et rencontrent un certain écho, elle veillera à choisir comme objet le système qui semble être considéré comme le droit en vigueur dans une société. Ce souci, qui épargnera des efforts inutiles, conduit à analyser comme droit positif l'ensemble de normes généralement efficace qui découle d'une première norme que l'on choisira donc de considérer comme valide¹²¹.

Dans le cas où cet ordre juridique ne contient pas de norme de réhabilitation de la jurisprudence constitutionnelle, mais où l'ensemble des acteurs juridiques se comporte comme si une telle norme existait, il serait peu pertinent d'écarter systématiquement les arrêts erronés en tant qu'ils ne relèvent pas de l'ordre juridique. Pour que l'étude de ce système conserve son intérêt, il convient donc de considérer comme valides les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, qu'ils soient ou non conformes à la Constitution. Autrement dit, la science du droit modifie la supposition de validité, la norme fondamentale, et choisit désormais de considérer comme valides la première norme du système *et* les décisions de la Cour constitutionnelle. Le *Fehlerkalkül* est intégré à la *Grundnorm*¹²².

119. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 437.

120. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 511 s.

121. Cf. dans ce volume Th. Hochmann, « Efficacité et validité de l'ordre juridique ».

122. Cf. dans le même sens O. Pfersmann, « La production des normes », *art. cit.*, p. 497 : « il se pourrait à la limite que tous les destinataires se trompent et que le système pratiqué n'ait plus rien à voir avec le système normatif initial. [...] La seule alternative consiste à stipuler l'existence d'un autre système juridique où les objets en question seraient des normes valides ».

Peut-être est-ce la position de Kelsen lorsqu'il affirme, à propos des organes suprêmes, que l'« on prend pour hypothèse que la norme qui les habilite à poser ces normes est la Constitution valable »¹²³. Ailleurs, il précise que c'est « si » une loi édictée en violation des dispositions constitutionnelles « est considérée comme valide », qu'« il nous faut supposer » l'habilitation alternative¹²⁴. Comme l'écrit Letizia Gianformaggio, l'habilitation alternative apparaît ainsi comme une « présupposition de la connaissance juridique »¹²⁵. Lu de la sorte, Kelsen ne s'écarte pas de la démarche positiviste. La précision scientifique exige en effet de demeurer conscient de cette modification de la norme fondamentale. La validité de toutes les décisions du juge constitutionnel n'est pas prévue par l'ordre juridique, mais celui-ci fonctionne comme si une norme de réhabilitation était en vigueur. Dès lors, l'observateur suppose lui-aussi la validité de cette norme afin de pouvoir analyser le système de manière intéressante et pertinente.

2. Les limites du Fehlerkalkül

Lorsqu'il existe une norme de réhabilitation, certaines conditions posées à la création du droit perdent leur caractère nécessaire. Un acte peut créer une norme juridique alors même qu'il ne respecte pas ces conditions. Il devient ainsi possible de distinguer, parmi les conditions de création d'une norme, entre les

123. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 272. Carlos Nino voit ainsi dans la thèse de l'habilitation alternative une réaction de Kelsen au fait que les juristes (« *ordinary legal thinking* ») considèrent comme valides certaines normes fautives. Carlos Santiago Nino, « Marshall's "Logic" and Kelsen's "Problem" », in Letizia Gianformaggio et Stanley Paulson (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli editore, 1995, p. 223 s.

124. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. fr. B. Laroche, Bruylant/LGDJ, 1997 (1945), p. 210 : « *Si nous considérons comme étant valide une loi édictée par l'organe législatif bien que la procédure de création et le contenu de la loi s'écartent des dispositions de la constitution relatives à la législation, il nous faut supposer que celles-ci présentent le caractère d'une alternative* : le législateur est habilité par la constitution soit à appliquer les normes édictées par la constitution soit à appliquer d'autres normes qu'il établit lui-même. Faute de quoi, une loi dont la création ou le contenu ne sont pas conformes aux dispositions de la constitution ne saurait être tenue pour valide ». Le passage souligné par mes soins est exprimé ainsi en anglais : « If a statute enacted by the legislative organ is *considered to be valid* [...], *we must assume* that the prescriptions of the constitution concerning legislation have an alternative character » (H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. ang. A. Wedberg, Harvard University Press, 1946 (1945), p. 156.)

125. Letizia Gianformaggio, « Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox? », in L. Gianformaggio et St. Paulson (dir.), *op. cit.*, p. 257 et 260. Cf. aussi *ibid.*, p. 273 : « Kelsen nous avertit de ce que font les juristes lorsqu'ils disent qu'une norme fautive est valide : [...] ils modifient simplement la norme supérieure en introduisant en son sein une habilitation alternative ».

conditions de validité, dont le respect demeure nécessaire, et les conditions de simple conformité, dont la violation ne s'oppose pas à l'entrée en vigueur¹²⁶. Cependant, en général, le droit positif n'opère pas clairement ce tri, il n'indique pas quelles sont les conditions dont la violation est couverte¹²⁷.

Lorsque le *Fehlerkalkül* est introduit par l'ouverture d'une voie de recours, Merkl suggère que l'organe de contrôle est parfaitement libre de déterminer quels sont les défauts réhabilités et quels sont ceux qui entraînent la nullité de l'acte¹²⁸. Cette remarque, néanmoins, ne suffit pas à résoudre le problème. D'une part, l'incertitude demeure envers les actes qui ne font pas l'objet d'un recours ; d'autre part, on l'a vu, le *Fehlerkalkül* n'est pas toujours accompagné d'un organe d'application : il peut par exemple être mis en œuvre par une norme qui exclut les recours. La question de l'ampleur de la norme de réhabilitation demeure. Un problème similaire peut se poser sous un angle différent en l'absence de prise en compte des défauts par le droit positif. Lorsque la science du droit décide de supposer valides les décisions d'un organe suprême, jusqu'à quel point est-il préférable d'aller ? Les développements qui suivent traitent simultanément de ces deux questions, même s'il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit, dans le premier cas, de rechercher l'interprétation la plus indiquée de la norme de réhabilitation posée par le droit positif, et dans le second de préciser la norme de réhabilitation qu'il est le plus sensé de supposer.

Il est impératif de poser des limites au *Fehlerkalkül*. Cette tâche revient d'abord au législateur positif mais, en l'absence de précision de sa part, on ne saurait admettre une prise en compte de tous les défauts. Dans un tel système, il n'est en effet plus possible de distinguer entre ce qui relève du droit et ce qui n'en relève pas. On ne supposera donc pas un *Fehlerkalkül* total, et l'on se gardera d'interpréter de la sorte une norme positive de réhabilitation si le droit positif ne l'impose pas. Or, il semble que tel ne sera jamais le cas : l'exclusion totale de la nullité conférerait la validité à tous les actes à prétention

126. Cf. O. Pfersmann, « Carré de Malberg » *art. cit.*, p. 492 s. ; O. Pfersmann, « Hiérarchie des normes », *art. cit.*, p. 780 s. ; O. Pfersmann in Louis Favoreu et al., *op. cit.*, p. 72 s. ; O. Pfersmann, « La production des normes », *art. cit.*, p. 498 s. Une autre terminologie distingue les conditions minimales (qui doivent obligatoirement être satisfaites) des conditions maximales (l'ensemble des conditions de production d'une norme). Cf. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 296 ; Rainer Lippold, *op. cit.*, p. 324 et 408 ; Chr. Kletzer, « Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory », *art. cit.*, p. 47 s.

127. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 416 ; A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 298 s. Il existe des exceptions. Par exemple, l'article 14 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel indique que, sauf cas de force majeure, les décisions de cet organe sont rendues par sept membres au moins. Dans le cas contraire, la prétendue « décision » n'en est donc pas une, elle n'est pas couverte par la norme de réhabilitation posée à l'article 62 de la Constitution.

128. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 298.

juridique. « La plus ridicule des Köpenickades » aurait besoin d'une procédure particulière pour être privée d'effets juridiques¹²⁹. Un ordre juridique ne peut subsister ainsi¹³⁰.

Il faut donc considérer que certains actes à prétention juridique ne posent aucune norme juridique. Un consensus existe sur ce point que les auteurs illustrent en général au moyen d'une prétendue norme juridique posée par un organe visiblement incompétent. Nul doute que le « jugement » par lequel je condamne mon voisin à une amende n'est pas une norme juridique¹³¹. Kelsen donnait comme exemple la « loi » adoptée par un aliéné dans un asile de fous¹³². Ces exemples peuvent appuyer deux conceptions des limites du *Fehlerkalkül*. La première les localise dans les règles de compétence, qui formeraient donc obligatoirement des conditions nécessaires de validité. Merkl remarquait que telle était l'opinion de la doctrine dominante¹³³. Mais il semble qu'il s'agisse là d'une limite trop large. Pourquoi la prise en compte des défauts ne pourrait-elle pas s'appliquer, par exemple, aux actes d'une collectivité territoriale qui interviennent en dehors de son champ de compétences ? Rien n'empêche un législateur de le prévoir, et en l'absence de précision une telle interprétation ne saurait être exclue d'emblée.

La seconde conception des limites nécessaires du *Fehlerkalkül* semble plus à même d'identifier le point au-delà duquel une norme de réhabilitation mettrait à bas l'ordre juridique. La prise en compte des défauts ne paraît pas pouvoir raisonnablement englober les irrégularités qui privent l'acte litigieux de l'apparence d'un acte juridique. Peut-être n'est-il pas possible de donner une limite plus précise au *Fehlerkalkül* que celle fondée sur ce critère d'apparence que mentionnait Merkl¹³⁴. En dépit de son caractère flou, il semble être souvent d'une application aisée¹³⁵.

Les difficultés qui subsistent à la marge de la théorie de la prise en compte des défauts et les critiques adressées plus haut à la théorie de l'habilitation alternative

129. H. Kelsen, « Über Staatsunrecht », *art. cit.*, p. 512. Cf. aussi *ibid.*, p. 486 (il n'est pas sûr qu'un tel système soit possible en pratique) ; et H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 268 : il est « raisonnablement impossible que les organes appelés à appliquer la loi soient invités à appliquer comme loi tout ce qui se donne subjectivement pour tel ».

130. Cf. H. Mayer, *art. cit.*, p. 480 et 484 ; E. Wiederin, *art. cit.*, p. 122.

131. Chr. Kletzer, « Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory », *art. cit.*, p. 48 ; R. Lippold, *art. cit.*, p. 196, note 32 ; O. Pfersmann, « Carré de Malberg » *art. cit.*, p. 492.

132. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 273.

133. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, *op. cit.*, p. 300.

134. A. J. Merkl, « Die gerichtliche Prüfung », *art. cit.*, p. 416. Cf. aussi M. Jestaedt, « Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre », in Clemens Jabloner (dir.), *Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur*, Manz, 2007, p. 28 : « De quel degré d'apparence juridique a-t-on besoin pour pouvoir parler d'une norme juridique (annulable) ? ».

135. Cf. dans le même sens C. Nino, *loc. cit.*, p. 227 s.

ne doivent pas conduire à perdre de vue l'essentiel. Ces développements de l'école de Vienne permettent de penser les normes fautives, de percevoir la différence entre la validité d'une norme et sa conformité aux normes supérieures¹³⁶. Il s'agit là d'éléments trop souvent ignorés qui sont à la base d'un bon nombre des caricatures qui affectent la réception de la théorie pure du droit¹³⁷.

136. Cf. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme », *art. cit.*, p. 815.

137. Cf. O. Pfersmann, « Hiérarchie des normes », *art. cit.*, p. 780 : « Une grande partie de la doctrine n'a retenu qu'une version extrêmement simplifiée de la théorie [de la hiérarchie des normes], selon laquelle elle exigerait que les normes "inférieures" soient "conformes" aux normes "supérieures". Cette conception n'a aucune valeur explicative, car elle [...] ne permet pas de comprendre ce qui se passe si, contrairement à cette exigence, il n'y a pas "conformité" ».