

NB : Avec cette contribution d'Alexandre VIALA, la revue inaugure une présentation des articles sous forme de série. Le lecteur trouvera ici la seconde partie du texte. La première est déjà disponible sur le site.

Alexandre VIALA.

II. Le Credo universaliste de la transcendance

Tout lecteur vigilant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 le constatera : il existe une paradoxale corrélation, caractéristique de la pensée juridique moderne entre d'un côté, l'affirmation d'une préséance des droits subjectifs de l'homme (prétendument naturels) sur le droit objectif de l'État (prétendument artificiel) et de l'autre, la souveraineté du législateur auquel le texte renvoie, de façon systématique, le soin de concilier l'exercice des premiers avec l'ordre public. Bref, une tension – sur laquelle je vais revenir – entre la transcendance des droits subjectifs et le volontarisme de l'État. C'est que l'une comme l'autre sont des présupposés qui relèvent de la même source : la métaphysique au sens qu'Emmanuel Kant assigna à ce terme. Le présupposé qui postule, au détour d'un coup de force théorique digne du renouveau métaphysique kantien, l'universalité d'un certain nombre de principes qu'a rendue possible l'extériorité du sujet par rapport au *cosmos*, nourrira à son tour deux autres dogmes : la sacralité des droits humains ainsi que le mythe de l'État de droit. L'un comme l'autre constituent la sécularisation de deux dogmes religieux : l'idée biblique de la sacralité de l'homme, conçu à l'image de Dieu et regardé comme un être d'anti-nature (A) et le dogme chrétien de l'incarnation selon lequel Dieu est capable de souffrir tout comme l'État sera en mesure de s'auto-limiter (B).

A. De l'homme conçu à l'image de Dieu aux déclarations de droits

Les droits humains occupent une place importante dans le droit politique moderne qui accorde aux droits subjectifs de l'individu, à l'inverse du droit politique des Anciens qui ne les reconnaît pas, une préséance sur le droit objectif de l'État comme l'a conceptualisé Thomas Hobbes dans sa doctrine contractualiste. La souveraineté, qui est elle-même un droit naturel subjectif reconnu à ce « moi » commun qu'est l'État, n'est donc en aucun cas un obstacle à la reconnaissance des droits subjectifs de l'homme. Elle en est même le corollaire comme le dénonceront des auteurs d'obédience objectiviste qui, à l'instar de Léon Duguit, critiqueront la funeste filiation entre le droit naturel subjectif de l'homme et le dogme de la souveraineté étatique : le second s'est nourri du premier pour justifier sa propre pertinence^[1].

La philosophie générale sur laquelle reposent les droits subjectifs de l'homme s'inscrit plus précisément au carrefour de deux logiques apparemment contradictoires mais réellement complémentaires. La première est le principe d'universalisation qui implique que ces droits sont inhérents à tout individu, quels

que soient son sexe, son appartenance ethnique et sa culture particulière, du simple fait de son appartenance à une catégorie universelle qu'on appelle l'humanité. La seconde est le principe d'individuation qui désigne, depuis la scolastique médiévale et la philosophie nominaliste du théologien Guillaume d'Occam, l'idée selon laquelle les universaux n'appartenant qu'à l'univers du langage, seul l'individu est doté d'une réalité intangible dont l'existence s'impose objectivement à nos consciences[2]. L'universalisme qui fonde la sacralité de l'humanité sur sa qualité de « catégorie englobante » et l'individualisme qui l'assoit sur l'identité particulière de chaque personne humaine sont donc les deux piliers essentiels qui soutiennent l'arche majestueuse des droits de l'homme[3]. Ils ont été forgés au terme d'une lente évolution conceptuelle qui mêle des éléments tirés de la théologie judéo-christiano-islamique à divers héritages philosophiques qu'il est permis de considérer comme relevant d'un *a priori* métaphysique dont Emmanuel Kant et les Lumières du XVIII^{ème} siècle constituent l'acmé. Universels et inhérents à l'humanité toute entière, les droits de l'homme sont aussi les droits de chaque homme, car ce sont des droits *subjectifs*. Cette alchimie qui mêle universalisme et individualisme dont les conditions d'apparition se sont conjuguées lors du tournant nominaliste du XIV^{ème} siècle à la faveur d'une déconstruction de la métaphysique *réaliste* d'Aristote[4], a favorisé l'émergence d'une nouvelle métaphysique – *humaniste* et non plus *réaliste* – d'où proviendra l'affirmation de la souveraineté du sujet. Les droits de l'homme qui en résulteront peuvent donc être perçus comme le produit normatif d'une sacralisation se substituant à celle de la nature pratiquée par la métaphysique cosmologico-éthique des Anciens. Au désenchantement moderne de la nature, répondra le réenchantement de l'homme : les droits subjectifs qui lui seront reconnus dans les déclarations du XVIII^{ème} siècle constitueront le solennel écho séculier du récit de la Genèse qui, déjà, l'avait dépeint comme un être d'anti-nature conçu par Dieu à son image.

Cette nouvelle métaphysique au service des droits humains, qui consacre la victoire de la théologico-éthique sur la cosmologico-éthique, jouira d'une consécration d'ordre systématique et séculier à la faveur de la philosophie morale et politique d'Emmanuel Kant[5]. Consécration qu'il est permis de définir, disons-nous plus haut, sous l'expression de « nouveau métaphysique kantien »[6]. Depuis Aristote, la métaphysique occupait une place importante dans le domaine de la connaissance humaine. Pour le Stagirite, l'homme est un animal métaphysique en ce qu'il appartient à une espèce dont les individus portent une attention particulière non seulement sur le monde qualifié alors de sublunaire mais également sur tout ce qui, au-delà de ce monde empirique, n'est pas observable. Pendant de nombreux siècles, la métaphysique sera considérée, dans cette perspective, comme la discipline cognitive aux termes de laquelle ceux qui la pratiquent prétendent connaître ce qui ne peut pas faire l'objet d'une quelconque expérience à l'instar, parmi quelques exemples, de l'âme ou de l'être divin. Dans la *Critique de la raison pure*, Emmanuel Kant condamne cette discipline dont l'ambition dépasse les limites de la raison théorique qui ne permet au sujet connaissant que d'appréhender ce qui est perceptible dans le temps, dans l'espace et de façon causalement déterminée. Le temps, l'espace et la causalité font partie des douze catégories *a priori* de l'entendement que Kant recense et par le prisme desquelles nous n'avons accès qu'à la connaissance du monde tel qu'il nous apparaît empiriquement, c'est-à-dire le phénomène (du grec *phainomenon* qui signifie « apparence »). Mais la chose en soi, c'est-à-dire le noumène ou le monde tel qu'il existe indépendamment de ces catégories *a priori* qui sont, faut-il le

préciser, des idéalités immanentes au sujet, n'est pas susceptible de connaissance contrairement à ce qu'ambitionne la métaphysique ancienne. De sorte qu'en dernière analyse, semblable activité qui transgresse les limites de la raison, ne sachant produire que des réponses non vérifiables, ne peut qu'engendrer des querelles dogmatiques – parmi lesquelles figure notamment celle portant sur l'existence de Dieu – que le philosophe prussien considère comme stériles. Mais l'objectif de la démarche d'Emmanuel Kant ne s'arrête nullement à cette condamnation qu'il prononce à l'endroit de la métaphysique aristotélicienne. Loin de se limiter à une simple déconstruction, son ambition se poursuit par un effort de reconstruction consistant à assigner à la métaphysique une fonction qui intéresse non plus la raison théorique mais une autre dimension de la raison qu'il baptise du nom de « raison pratique ». Tel est l'objet de la *Critique de la raison pratique* qui, dans l'élan des *Fondements de la métaphysique des mœurs*, définit la métaphysique comme une discipline digne d'intérêt dès lors qu'elle consiste non plus à prétendre connaître ce qui n'est pas connaissable (la chose en soi) mais à poser, indépendamment de toute expérience – de façon « transcendantale » – des idéaux régulateurs qui intéressent le sujet moral. En s'évertuant à répondre à la question de savoir « que dois-je faire ? » et non plus « que dois-je connaître ? » qui était le questionnement de la *Critique de la raison pure*, la *Critique de la raison pratique* vient renouveler la métaphysique en lui conférant un nouveau rôle à dimension non plus spéculative mais normative. Telle est la fonction que s'assignera implicitement le droit constitutionnel lorsqu'il se manifestera dans des textes ou des décisions par la voie desquels leurs auteurs s'efforceront de transmettre des valeurs porteuses d'idéaux régulateurs, à l'instar des droits humains.

La métaphysique est désormais mobilisée, selon Emmanuel Kant, au service d'une faculté de la raison pratique destinée à produire une loi indiquant au sujet ce qu'il doit faire pour être libre. Cette loi, qui n'est pas dégagée par la raison théorique, ne s'adresse pas au sujet *empirique* enclin à obéir à ses désirs et ses intérêts. Elle n'a pas pour sujet l'individu concret qui est plongé dans l'hétéronomie que lui inflige tout ce qui le définit, à travers de tels désirs et intérêts, comme un être déterminé par sa nature et le ravale au rang d'objet empirique auquel s'intéresse, d'un point de vue anthropologique, la raison théorique. Cette loi morale s'adresse au sujet *transcendantal*, c'est-à-dire au sujet capable de découvrir, par sa seule raison, ce qui arrache l'homme, en tant que catégorie universelle, à l'hétéronomie dans laquelle la nature le plonge. De sorte que dans le vocabulaire du philosophe prussien, la liberté qui relève du monde nouménal n'est qu'un idéal régulateur et ne fait que remplir le rôle d'une fiction à laquelle le néo-kantien Hans Vaihinger consacra tout un livre : *La philosophie du comme si*^[7]. Cette nouvelle métaphysique n'a pas la déraisonnable ambition de connaître ce qui est soustrait au monde phénoménal – autrement dit, de connaître ce qui n'est pas connaissable – mais, plus modestement, d'en postuler l'existence. Son projet, encore une fois, n'est pas spéculatif mais normatif. Or, parmi les concepts qui n'ont aucune place dans le monde phénoménal, figure la liberté. La métaphysique kantienne se donne comme objectif de *faire comme si* la liberté existait. C'est que le phénomène, doit-on insister, est le monde tel qu'il nous apparaît à travers le prisme d'un certain nombre de catégories *a priori* de l'entendement dont la causalité, aux côtés du temps et de l'espace, n'est pas la moins déterminante. Ce qui nous est intuitivement perceptible ne peut dès lors s'inscrire qu'au sein d'une chaîne d'événements animés par le principe de raison suffisante qui fait de chacun d'entre eux la conséquence d'un autre qui, à son tour, est la conséquence

d'un événement antérieur au terme d'une régression à l'infini, sachant que la causalité n'a, par essence, ni début ni fin ni n'obéit à aucune finalité. Autrement dit, au sein du monde phénoménal à la connaissance duquel la raison théorique a accès, tout est conditionné. Nulle place n'y est accordée à l'indéterminé (l'absolu), c'est-à-dire à ce qui échappe au principe de raison suffisante : la liberté n'est pas de ce monde. Dès lors que celle-ci n'est pas connaissable, elle ne peut que susciter l'intérêt de la raison pratique dont la fonction est normative et non spéculative. La liberté sera considérée, par voie de conséquence, comme un présupposé ou une fiction par le détour de laquelle la raison du législateur doit transiter pour énoncer ce qui doit être. Elle détient le même statut que l'être divin à la différence près qu'au terme de la métaphysique ancienne que réprouve Emmanuel Kant, celui-ci était indûment regardé comme un être qui, par-delà son défaut de caractère empirique, pouvait faire l'objet de connaissance. Cette fois, à la faveur du nouveau métaphysique kantien, la liberté n'obtient que le statut de postulat là où Dieu faisait l'objet d'une prétention dogmatique. C'est dans cet esprit que réside la sécularisation des concepts théologiques du droit constitutionnel. La sacralité des droits humains ne repose sur aucune connaissance mais sur le postulat de leur abstraite universalité.

C'est donc bien le nouveau métaphysique kantien qui permet de consolider la transcendance des droits humains et non leur seul héritage religieux qui, en soi, est d'un apport insuffisant comme le rappelle fort justement Louis Dumont. C'est que le droit au salut que Saint-Paul – considéré comme le chantre de l'universalisme par l'historiographie religieuse – étend à tout être humain quelle que soit sa confession (juive, chrétienne ou païenne), n'est reconnu qu'à « l'individu-hors-du-monde », c'est-à-dire à celui qui peuple la cité de Dieu et non au citoyen de la cité terrestre^[8]. Il faudra donc attendre les révolutions libérales et laïques assorties de leurs « grands gestes déclaratoires de la fin du XVIIIème siècle », écrit Jean-François Kervégan, pour voir émerger « l'individu humain titulaire de droits inaliénables »^[9]. Mais cette sacralité, dont les déclarations de droits du XVIIIème siècle constituent, d'une certaine manière, l'acte notarié, est à double tranchant. En raison de la nature de son bénéficiaire qu'est le sujet de droit, elle a pu nourrir, plus que paradoxalement, le dogme non moins subjectiviste de la souveraineté. Il a donc fallu, en vue de contourner cet effet pervers et le neutraliser dans l'intérêt de la transcendance des droits humains, tout l'apport d'un autre mythe constitutif du droit constitutionnel que Kelsen regardera comme la version sécularisée du dogme chrétien de l'incarnation : l'État de droit.

B. Du mystère de l'incarnation à l'idéal de l'État de droit

Pétris de métaphysique subjectiviste et lointains héritiers, par voie de conséquence, de l'héritage judéo-christiano-islamique dont est grevé le droit constitutionnel, les droits humains ont pu jouir du succès d'un concept *a priori* qui n'est pas exempt de potentialités susceptibles de nuire à l'idéal humaniste au nom duquel il a été initialement forgé et mobilisé : le concept de droit naturel subjectif qui n'a pas manqué, en effet, d'alimenter celui de souveraineté. A cet égard, c'est le doyen Léon Duguit qui a particulièrement bien mis en évidence, en s'appuyant sur les sciences sociales et en dénonçant, en leur nom, la dimension métaphysique du droit politique moderne, cette filiation entre les deux concepts. A ses yeux, la souveraineté est à l'État ce que le droit naturel subjectif est à l'individu : un présupposé métaphysique,

c'est-à-dire un concept *a priori*, une « idée conçue avant toute expérience » pour employer une formule dépréciative qu'il assénait dans les diverses éditions de ses travaux. Duguit est l'auteur qui a contesté avec le plus de véhémence le dévoiement du concept de droit naturel subjectif au profit du dogme de la souveraineté qui a nourri le droit constitutionnel.

Le concept de droit naturel subjectif est le résultat d'un énoncé consistant à faire « comme si » l'homme s'était vu octroyer des droits subjectifs par la nature. Le dogme de la souveraineté est une réplique de ce concept, le contenu d'un énoncé consistant à faire « comme si » l'État, qui est un moi collectif, s'était vu octroyer un droit subjectif d'imposer sa volonté à autrui. Aux yeux du doyen Léon Duguit, dans un cas comme dans l'autre, nous avons affaire à un sophisme consistant à ériger un fait au rang de valeur : à l'individu, le fait d'exister lui procure le droit de faire valoir ses droits ; aux gouvernants qui parviennent à imposer leur volonté, le fait de commander leur confère le droit de commander. Dans un cas comme dans l'autre, un raisonnement fallacieux est à l'œuvre qui consiste à ériger un être au rang de devoir-être au mépris, comme tout sophisme, de toute éthique scientifique^[10].

Si un tel sophisme a produit les résultats heureux que l'on sait au profit de l'être individuel comme l'implique l'idéologie des droits humains, leur effet pervers est patent. C'est que le mode argumentatif sur lequel cette inférence repose, comme le déplora Léon Duguit, a engendré des conséquences néfastes au détriment de l'homme qui résident dans la toute-puissance de l'État. Il est permis en effet de repérer de tels effets dans la théorie de la *Herrschaft* (théorie de la domination) qui fut largement répandue, à la fin du XIX^{ème} siècle, au sein de la doctrine allemande de droit public. Soutenue notamment par Georg Jellinek, connu pour avoir fondé « la doctrine des publics subjectifs », cette doctrine considérait l'État comme un sujet collectif doté d'une volonté et d'un droit de puissance publique. Or, la cible privilégiée de Duguit est le positivisme étatique hérité de cette doctrine allemande qui fait du droit une création de l'État. Une telle doctrine est à ses yeux dangereuse car elle libère l'État de toute entrave juridique. Mais s'il sait gré à la doctrine individualiste et libérale de la Révolution française d'avoir assuré, à travers la déclaration de 1789, une limitation juridique de l'État, il renvoie néanmoins dos à dos la philosophie des Lumières et le positivisme étatique au nom d'une condamnation du culte de la volonté. Le point commun critique de ces deux doctrines, que Duguit décèle et pourfend, réside dans la conception subjectiviste du droit. Cette *Willenstheorie* aura, selon lui, une immense part de responsabilité dans le déclenchement de la Première guerre mondiale. Le présupposé sur lequel est fondé ce sophisme et dont Duguit souhaitait délester la science juridique consiste à faire « comme si » l'individu avait des droits subjectifs et, par voie de conséquence, « comme si » l'État détenait la souveraineté, dès lors que cette métaphysique subjectiviste, qui est un substantialisme, nous invite à regarder celui-ci comme un *individu collectif* et non comme une *collection d'individus*. L'État est ainsi érigé au rang de substance. Il est hypostasié.

Or la méthode transcendantale d'Emmanuel Kant, justement, que Duguit n'a jamais cessé de critiquer au nom de sa démarche empiriste, n'est pas de nature à nous prémunir de la tentation de recourir à ce type de sophisme. C'est ainsi, précise Léon Duguit, qui n'a cessé de pourfendre la notion de droit naturel subjectif dont il imputait la paternité aux doctrines métaphysiques du contrat social^[11], que « *ce qu'on appelle droit subjectif comme investiture est seulement un aspect du droit objectif ; il est lui-même*

norme »[12]. En d'autres termes, Duguit refuse de substantialiser les droits subjectifs qui ne sont, à ses yeux, que des « aspects » du droit objectif, c'est-à-dire des normes artificiellement imaginées par celui-ci. Selon lui, il n'existe pas de droits subjectifs en soi, indépendamment du droit objectif comme l'affirmera à son tour Kelsen aux termes d'une conception du sujet de droit qu'on peut considérer, ainsi que l'a fort justement relevé la regrettée Catherine Colliot-Thélène, comme *statutaire* par opposition à l'approche *universelle* du sujet de droit que soutenait Kant : « *Conception statutaire que celle de Kelsen pour lequel le sujet de droit, écrit l'auteure, est constitué comme tel par les normes qui déterminent ce qui lui est interdit et ce qui lui est permis (...) Conception universelle (et subjectiviste), au contraire, que celle de Kant, pour lequel le sujet de droit est pensable indépendamment des droits qu'il possède* »[13]. Le dogme subjectiviste de la souveraineté n'est donc pas moins substantialiste que le concept de droit naturel subjectif dont il est le prolongement étatique. Il ne résiste pas au démenti du savoir scientifique dans la mesure où son origine, en effet, n'est pas l'observation expérimentale mais l'usage d'un savoir métaphysique qu'Emmanuel Kant appelle l'idéalisme transcendantal, sachant que épithète « transcendantal » n'est pas le synonyme de « transcendant » comme peut l'être, par exemple, le droit naturel mais l'antonyme du mot « expérimental ». Il renvoie à toute mobilisation de la raison qui ne s'appuie pas sur l'expérience mais qui consiste à transiter par le détour de la fiction. Le transcendantal est dès lors au cœur du savoir métaphysique et Duguit n'a jamais cessé de le dénoncer, au nom des sciences sociales, pour fustiger la dimension métaphysique tant du droit naturel subjectif que de son corollaire étatique, la souveraineté.

C'est dans cette croisade anti-subjectiviste que réside alors, en grande partie, sa mobilisation au service de la notion objectiviste d'État de droit qu'il partagera avec Kelsen. Si les deux auteurs relèvent de deux cultures différentes, respectivement française et germanique, et entretiennent de sérieux différends doctrinaux[14], ils se rejoignent dans leur commune dénonciation de la dérive subjectiviste du droit politique moderne. Co-fondateurs en 1926 avec Frantisek Weyr de la « *Revue Internationale de la Théorie du Droit* », Léon Duguit et Hans Kelsen communient dans la même vision objectiviste du droit qui les conduira tous deux à démystifier la notion de droits subjectifs sur laquelle repose, essentiellement depuis les théories du contrat social, toute la conception dominante du droit que Kelsen regardait au demeurant comme « traditionnelle ». Pour Duguit et Kelsen, les droits subjectifs qu'une telle conception reconnaît *naturellement* à l'homme ne sont que des substances empiriquement insaisissables dont il faut débarrasser la science du droit car la jurisprudence les a érigées en moyens commodes pour servir des fins idéologiques au profit de l'État. C'est dans le cadre de cette croisade contre le substantialisme juridique qu'ils ont mené une véritable contre-révolution objectiviste dont l'effet aura contribué à désacraliser l'État qui était en voie d'hypostasie. Leur entreprise de désubstantialisation de l'État a permis, chemin faisant, de restituer au droit une autonomie dont la revendication sera si forte qu'elle donnera lieu, pour le coup, au règne d'un nouveau culte : celui de l'État de droit.

L'État de droit : telle est la nouvelle mythologie, fort précieuse au demeurant, dont Kelsen lui-même n'a pas manqué de repérer les caractéristiques, qui couronne la métaphysique du droit constitutionnel depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle. En quoi consiste-t-elle ? Pour bien le mesurer, il convient de se reporter aux écrits de Kelsen sur les modes implicites de la référence à Dieu qui s'opèrent dans la pensée

juridique moderne[15]. S'il est couramment admis de considérer le normativisme comme la doctrine archétypique de l'État de droit dans la mesure où elle affirme que dans tout ordre juridique, les hommes n'obéissent pas à d'autres hommes mais à des normes[16], il n'empêche que Kelsen verra dans cette notion l'expression d'une tautologie qu'il condamnera en se fondant sur une thèse qu'il n'a jamais cessé de défendre : l'identité du droit et de l'État. Or, l'État de droit serait le mythe, selon Kelsen, dont se sert la pensée juridique moderne pour sortir de l'impasse logique dans laquelle l'enferme la thèse contraire, que cette même pensée a toujours soutenue, de la dualité du droit et de l'État. Expliquons-nous.

Le dualisme fait en effet partie des vices majeurs que le juriste autrichien reproche à ce qu'il appelle la théorie traditionnelle du droit qui correspond, dans son esprit, au droit politique moderne dont les fondements puisent leur sève dans les principes métaphysiques subjectivistes que nous avons jusqu'à présent examinés. La dualité du droit et de l'État mais également celle qui oppose le droit public au droit privé sont des thèses dont il dénonce, au sens marxiste du terme, la fonction idéologique. De tels dualismes auraient en effet un rôle de justification et de dissimulation de la puissance de l'État dont il s'efforce de purger la science du droit conformément au programme méthodologique qu'il s'impose tout au long de ce qu'il a intitulé la *Théorie pure du droit*. C'est ainsi que le dualisme particulier de l'État et du droit est une thèse, écrit-il, qui « remplit une fonction idéologique d'une importance extraordinaire, telle même que l'on ne peut pas la surestimer. Il faut que l'on se représente l'État comme une personne distincte du droit afin que le droit puisse justifier cet État - qui crée le droit et qui se soumet à lui. Et le droit ne peut justifier l'État que si l'on suppose qu'il est un ordre essentiellement différent de l'État, opposé à la nature originaire de celui-ci - qui est : la force, la puissance - et, pour cette raison, un ordre en quelque sens juste ou satisfaisant. De la sorte, d'un simple fait de puissance ou de force, l'État devient l'État de droit qui se justifie par le fait qu'il réalise le droit »[17].

Cette thèse dualiste, ainsi stigmatisée par Kelsen, est une démarche qui, du point de vue épistémologique, est typiquement métaphysique dès lors qu'elle consiste à dédoubler l'objet de la connaissance. Il faut en effet rappeler qu'à défaut d'y avoir adhéré en raison de l'influence qu'ont longtemps exercé sur sa pensée l'école néo-kantienne de Marbourg et la philosophie du « comme » si de Hans Vaihinger[18], Kelsen a été contemporain de l'émergence du Cercle de Vienne qu'il a vu évoluer au sein de sa propre université au cours des années trente et dont il est resté marqué au point d'avoir lui-même, par la suite, infléchi sa doctrine dans un sens résolument empiriste sans rompre pour autant avec ses racines kantienne[19]. Or, l'un des *credo* majeurs de l'épistémologie du Cercle de Vienne est le principe de l'unité de l'objet de la connaissance[20]. L'objet dont la perception s'impose à nos sens et à notre entendement n'a qu'une seule dimension et quiconque s'évertue à le dédoubler pêche par substantialisme. L'empirisme sous le sceau duquel s'inscrit le positivisme logique du Cercle de Vienne conduisait ses membres à tourner le dos aux philosophes idéalistes allemands qui, dans le sillage de Fichte, Schelling et Hegel, avaient fait de la métaphysique et avaient cherché à comprendre le « pourquoi ? » des phénomènes en les attribuant à des causes inaccessibles à l'expérience, à des arrière-mondes. Tel était ce dédoublement de l'objet de la connaissance ainsi fustigé par le positivisme logique : ce qui était lourdement condamné était la prétention d'un savoir au-delà de ce qui est perceptible[21]. Kelsen n'a pas manqué de s'associer à ce procès contre ce qu'il appelle un « dualisme métaphysique de

l'au-delà et de l'ici-bas, de la transcendance et de l'expérience » et qui « mène de façon logique, écrit-il, à cette théorie de la connaissance très répandue que l'on appelle la *théorie de la copie* »[22]. Il rattache cette théorie à une tendance très humaine qui remonte aux origines de la connaissance : l'homme ne peut pas se contenter de ce que lui enseignent ses sens et son entendement. Il ne peut s'empêcher de sonder les causes de ce qu'il observe, de chercher ce qui se trouve « derrière » les phénomènes[23]. Mais comme de telles causes ne sont pas dévoilées par le recours à l'expérience, l'homme « fait sienne l'hypothèse hardie selon laquelle il existe un domaine au-delà de son expérience »[24]. Attitude que Kelsen regarde comme une illusoire volonté, chez l'homme, de se dépasser lui-même et qu'il compare à la légendaire et « étrange tentative du baron de Münchhausen de monter sur ses propres épaules »[25] ou de défier les lois de la gravité avec son cheval, en se tirant par les cheveux comme le rapporte le récit comique des aventures du célèbre affabulateur allemand. Il en résulte, selon cette « hypothèse hardie », que ce que nous observons empiriquement n'est que la *copie* de ce qui est au-delà. Nous retrouvons, derrière cette théorie de la connaissance, le principe même de la philosophie idéaliste telle que l'a promue Platon selon qui le monde sensible n'est qu'un monde d'emprunt, le pâle reflet des idées qu'il appartient au sage de dévoiler. Dans le domaine du savoir juridique, semblable théorie de la copie se retrouve dans les doctrines du droit naturel qui consistent à prétendre que le droit positif ne mérite pas l'obéissance s'il s'avère qu'il est une mauvaise copie du droit naturel ou, tout au contraire, qu'il doit être absolument observé s'il est établi qu'il en est une authentique reproduction.

Mais la théorie de l'État de droit procède au dédoublement de l'objet de la connaissance de façon différente et probablement plus subtile que les doctrines du droit naturel. Elle n'en est pas moins métaphysique que ces dernières. Et c'est dans ce biais méthodologique, du point de vue de la théorie de la connaissance, que Kelsen perçoit d'étranges analogies entre le droit constitutionnel et la théologie. C'est que la dualité entre l'État et le droit, constitutive du mythe de l'État de droit, serait à la théorie juridique, selon Kelsen, ce que la dualité de Dieu et du monde est à la théologie issue des religions abrahamiques affirmant l'existence d'un sujet divin transcendant et extérieur à l'objet-monde qu'il a conçu. De même, en effet, que depuis les temps primitifs, l'homme n'a jamais su résister à la tentation de chercher ce qui se cache derrière le phénomène au point de considérer le monde visible comme la *copie* d'un monde caché et idéal, de même n'a-t-il jamais su s'empêcher d'ériger au rang d'objet réel ce qui n'est que la représentation abstraite de la diversité des phénomènes qui peuplent le monde. Kelsen vise, de ce point de vue-là, le problème de la personnification qui, en sa qualité de simple outil de la connaissance, n'est qu'une fiction dont la science se sert pour rendre le monde intelligible en réduisant le divers des choses à une unité abstraite. Eh bien la tendance qui caractérise la pensée humaine, depuis la nuit des temps, a toujours été de tenir cet instrument artificiel de la connaissance pour un objet réel. Tel est le processus de ce qu'on appelle l'hypostasie qui consiste à dédoubler le monde en substantialisant qui l'ordre normatif chez les juristes, qui l'ordre causal de la nature chez les théologiens. Les premiers vont donc jusqu'à prétendre que l'État est une entité supra-sensible qui a créé le droit et peut consentir à s'y soumettre - telle est la doctrine de l'État de droit. Les seconds affirmeront que Dieu a créé le monde tout en étant capable de s'y soumettre en envoyant son fils sur la Terre en la personne du Christ et en consentant à son sacrifice - tel est le dogme de l'incarnation. De même que dans l'univers normatif, la fiction qu'est l'ordre juridique est érigée au rang d'objet réel (cela donne l'État), de même dans le monde

physique, la fiction qu'est l'ordre causal est regardée comme un être réel (cela donne Dieu). Ainsi, comme l'écrit Kelsen, tandis que le « concept d'État » n'est que la personnification d'un ordre juridique particulièrement centralisé et que le « concept de Dieu » n'est que la représentation de l'ordre naturel du monde, l'un comme l'autre sont érigés au rang de substances et semblables hypostasies sont les œuvres respectives du droit constitutionnel et de la théologie issue des religions du Livre. Relisons-le : *« Du point de vue de la critique de la connaissance, le concept de Dieu se présente comme la personnification de l'ordre du monde. Lorsque l'on cherche à appréhender le monde, l'on présuppose qu'il s'agit d'un tout qui fait sens, d'un ordre unitaire de tous les événements. A cet égard, peu importe que cet ordre soit conçu comme un système de normes ou de lois causales ou les deux à la fois : la seule chose qui compte, c'est que cette idée abstraite de l'unité de cet ordre parvienne à s'exprimer conceptuellement grâce à une personnification anthropomorphique (...) Autrement dit, ce qui n'était qu'un instrument pour concevoir l'objet est pris pour un objet réel. De cette manière, l'objet de la connaissance est dédoublé »*[26].

Nous savons que pour Kelsen, semblable substantialisation n'est pas innocente dès lors qu'elle n'a d'autre finalité que normative et idéologique. Il s'agit selon lui, comme nous le disions plus haut à propos de la dualité du droit et de l'État, de *« se représenter l'État comme une personne distincte du droit afin que le droit puisse justifier cet État »*[27]. Qu'il procède d'une démarche politique ou d'un geste innocent, ce dualisme métaphysique plonge en tout cas le droit constitutionnel dans une impasse dont le juriste ne peut sortir qu'au prix du recours à la mythologie. Le cœur de la doctrine de l'État de droit réside en effet en ceci que tout juriste, selon Kelsen, est bien conscient que le dédoublement de l'objet de la connaissance ne va pas de soi : l'hypostasie n'est pas, sur le plan scientifique, une attitude recevable car la notion de personne (divine ou étatique) n'est rien d'autre que l'expression sémantique de l'unité, comme dit Kelsen, de l'objet de la connaissance. De sorte qu'en vue de maintenir, bec et ongles, le dualisme métaphysique du droit et de l'État, la pensée juridique moderne a dû être contrainte de procéder à l'invention d'un mythe, celui de l'État de droit, qui est similaire à celui de l'incarnation : *« De même, écrit-il, que Dieu créateur du monde doit, dans le mythe de son incarnation en un être humain, venir dans le monde, se soumettre aux lois du monde, c'est-à-dire à l'ordre de la nature, naître, souffrir, de même l'État doit, dans la théorie de son auto-obligation, se soumettre au droit créé par lui-même »*[28]. La théorie de l'incarnation divine dans la personne du Christ, qu'élabore la théologie, est un mythe qui affirme *« l'autolimitation »* de Dieu, précise-t-il dans le texte spécifiquement consacré à Dieu et à l'État : *« Elle ne diffère que d'un cheveu de la célèbre doctrine, au cœur de la doctrine de l'État de droit, de l'auto-obligation de l'État »*[29]. Et d'ajouter : *« Le Dieu des théologiens a été décrit par certains hérétiques comme un « minotaure », mi-homme, mi-sur-homme ; parallèlement, les juristes critiques ont rejeté comme une « affabulation monstrueuse » l'idée d'un État qui, en vertu de la doctrine dominante de l'État de droit constitutionnel, serait à moitié une personne juridique et à moitié un pouvoir existant par lui-même »*[30].

Kelsen insiste sur la dimension substantialiste de la doctrine de l'État de droit en allant jusqu'à considérer, de façon au demeurant fort cohérente, que dans la pensée juridique traditionnelle, l'État est au droit ce que l'âme est à la théologie. L'un comme l'autre sont des « notion-substance »[31] dont il ne sera permis de purger la science du droit qu'à la condition de renoncer définitivement au dualisme

métaphysique sur laquelle celle-ci demeurait jusqu'à présent assise. En cessant de dédoubler l'objet de la connaissance et en se gardant d'ériger au rang d'objets réels les fictions dont le juriste se sert pour étudier le droit, la science juridique sera définitivement délestée, dans l'esprit de Kelsen, de ses oripeaux métaphysiques. Ce en quoi, peut-on conclure sans s'égarer, l'auteur de la *Théorie pure du droit* aura accompli, vis-à-vis du droit constitutionnel, un assainissement épistémologique semblable au saut que Baruch Spinoza a effectué en théologie : une révolution moniste et panthéiste. Mais ce saut ne saurait soustraire pour autant la *Théorie pure du droit* aux pesanteurs de la métaphysique, au sens qu'assigna le philosophe de Königsberg à ce terme, dès lors que le juriste autrichien n'a jamais renié les sources d'inspiration kantienne de sa doctrine comme en atteste le recours à la fiction de la *Grundnorm* pour fonder la validité de la Constitution d'un ordre juridique quel qu'il soit. Fiction qui donna lieu, comme chacun sait, à des controverses qui n'ont jamais été éteintes et parmi lesquelles a pu être soulevée l'hypothèse d'un refoulé religieux dans la pensée du juriste athée qui a marqué de son empreinte la pensée constitutionnelle au XX^{ème} siècle[32]. La métaphysique est un besoin humain qu'il est difficile de réprimer, sauf à prétendre avec le baron de Münchhausen, qu'il serait possible de défier les lois de la gravité universelle en se tirant par les cheveux.

Alexandre VIALA

Professeur à l'Université de Montpellier

CERCOP

[1] L. Duguit, *Jean-Jacques Rousseau, Kant, Hegel*, RDP 1918, p. 178.

[2] Le principe d'individuation ou *principium individuationis* est en effet une notion qui prend sa source dans la scolastique médiévale. On en trouve une présentation particulièrement savante dans une traduction très accessible de l'ouvrage du théologien écossais Jean Duns Scot (1265-1308), *De principio individuationis*, par Gérard Sondag : Jean Duns Scot, *Le principe d'individuation*, Vrin, 2005. Moteur conceptuel de l'individualisme méthodologique, le principe d'individuation sera la cible évidente d'Arthur Schopenhauer, le « bouddhiste occidental », qui ne conçoit le monde réel (le monde comme « Volonté ») que de façon indivise tandis que la pluralité et l'individualité (dans le temps comme dans l'espace) ne relèvent, selon lui, que de la « représentation » et s'avèrent, dans ces conditions, n'être qu'une illusion comme le sont les ombres de la caverne de Platon. On trouve une précieuse définition du *principium individuationis* dans son Cours de philosophie donné à Berlin en 1820 dont Christophe Bouriau vient récemment de livrer une traduction française : A. Schopenhauer, *Cours exhaustif sur la philosophie. Première partie. Théorie de la représentation, de la pensée et de la connaissance en général*, trad. Ch.

Bouriau, Paris, Classique Garnier, 2023, pp. 84-88.

[3] A cet égard, il convient d'observer que parmi les nombreuses analogies – sur lesquelles, au demeurant, je reviendrai plus loin – que Kelsen relève entre la théorie juridique et la théologie, figure celle qui intéresse le couple conceptuel « individualisme/universalisme ». Tant dans la théologie que dans la jurisprudence, l'homme est ainsi conçu de façon abstraite, c'est-à-dire indépendamment de sa nature « biologico-psychologique », précise Kelsen. Nous avons dès lors, dans l'esprit qui anime les deux ordres de discours (théologique et juridique), un individu pensé de façon universelle. Cela donne d'un point de vue théologique la notion d'âme et, du point de vue de la théorie juridique, la notion de *personne*. Ainsi écrit-il : « la doctrine juridique de l'âme a plus d'un point commun avec la théorie juridique de la personne » (H. Kelsen, *Dieu et l'État*, trad. fr. J-F Vincent, Revue Droits, n° 73, 2021, p. 169, spéc. p. 185).

[4] La métaphysique d'Aristote, relayée par l'œuvre de Thomas d'Aquin pendant la période scolastique, est dite *réaliste* parce qu'elle tient pour *réels* les « universaux », à l'instar des entités collectives comme la cité ou la famille, là où Guillaume d'Occam les tiendra pour des idées. « *La métaphysique d'Occam*, écrit Michel Villey, *transporte dans le monde du langage et de la pensée, dans l'univers conceptuel, ce qui appartenait, pour les thomistes, au monde de « l'être »* (M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 226).

[5] H. Arendt, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, trad. M. Revault d'Allonnes, Éditions du Seuil, 1991.

[6] Ch. Bouriau et A. Mertens, *Kant. Une philosophie du renouveau métaphysique*, *op. cit.*

[7] H. Vaihinger, *Die philosophie des Als Ob*, Berlin, Reuther & Richard, (1911), trad. Ch. Bouriau, Paris, Éditions Kimé, 2013.

[8] L. Dumont, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, pp. 35 et s.

[9] J-F Kervégan, *Puissance des droits. Théorie, histoire, critique*, PUF, 2025, p. 231.

[10] Ce type de sophisme a été dénoncé par Georges Edward Moore qui le désigna sous le terme de *naturalistic fallacy* (G.W Moore, *Principia ethica*, Cambridge University Press, 1903). Mais les prémisses de sa dénonciation figurent dans les célèbres réflexions de David Hume, connues sous l'expression de « loi de Hume » qui interdit d'inférer une conclusion normative à partir d'une prémisse indicative, c'est-à-dire de fonder sur la connaissance, la rationalité d'un quelconque jugement de valeur (D. Hume, *Traité de la nature humaine*, 1739, trad. A Leroy, Paris, Aubier, 1946, p. 585).

[11] L. Duguit, *Jean-Jacques Rousseau, Kant, Hegel*, RDP 1918, p. 178.

[12] *Ibid.*, p. 568.

[13] C. Colliot-Thélène, *La démocratie sans « demos »*, PUF, 2011, p. 35-36.

[14] O. Beaud et P. Wachsmann, *Science juridique française et science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série, n° 1, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997.

[15] H. Kelsen, *Gott und Staat*, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, éd. par H. Klecatsky, R. Marcic et H. Schambeck, t. I, Vienne-Francfort-Zürich, 1968, p. 179. L'article a été récemment traduit en français : H. Kelsen, *Dieu et l'État*, trad. fr. J-F Vincent, *Revue Droits*, n° 73, 2021, p. 169. Pour une étude francophone et exhaustive sur l'intérêt porté par Kelsen à la question des liens entre le phénomène religieux et le droit, cf., F. Ost et M. Van de Kerchove, *La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen*, in *Qu'est-ce que Dieu ? Philosophie/théologie. Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson*, Presses Universitaires Saint-Louis, 1985, pp. 285-324.

[16] Comme l'écrit Walter Leisner, « l'essence de l'État de droit, c'est le normativisme. Ce n'est pas le Gouvernement des Hommes, c'est le Règne des Normes » (W. Leisner, *L'État de droit, une contradiction ?*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, éd. cujas, 1975, p. 65).

[17] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 280.

[18] Sur cet héritage kantien de la philosophie du droit de Kelsen, cf., S. Goyard Fabre, *L'inspiration kantienne de Hans Kelsen*, in *Revue de métaphysique et de morale*, n° 2, avril-juin, 1978, p. 204 ; A. Viala, *Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien*, in *Les positivismes : d'Auguste Comte au Cercle de Vienne*, *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2011, n° 67, pp. 95-117.

[19] C-M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Éditions Kimé, 1997, p. 49.

[20] F. Lecoutre, *Hans Kelsen et le positivisme logique du Cercle de Vienne*, *Austriaca*, 94/2022, pp. 211-224.

[21] On peut trouver un exemple éclatant de ce rejet de la métaphysique sur fond de réaction à l'idéalisme allemand sous la plume de Rudolf Carnap qui s'exprime en ces termes : « Au XIX^{ème} siècle, certains physiciens allemands comme Gustav Kirchoff et Ernst Mach disaient que la science ne devrait jamais demander « pourquoi ? », mais « comment ? ». Ils entendaient ainsi lui interdire de se lancer à la recherche d'agents métaphysiques inconnus auxquels attribuer la responsabilité de tel ou tel événement et lui prescrire de se restreindre à une description des événements en termes de lois. Cette interdiction du « pourquoi » ne se comprend que si l'on est au fait des circonstances historiques où elle fut prononcée. A l'époque, la philosophie allemande était dominée par la tradition idéaliste de Fichte, Schelling et Hegel. Ces derniers estimaient qu'il ne suffisait pas de décrire ce qui se passe dans le monde.

*Ils voulaient accéder à une compréhension plus riche, qu'on ne pouvait obtenir, pensaient-ils, qu'en trouvant les causes métaphysiques situées au-delà des phénomènes et inaccessibles à la méthode scientifique (...). Dans ma jeunesse, lorsque je faisais partie du Cercle de Vienne, certaines de mes premières publications furent rédigées précisément par manière de réaction contre ce climat philosophique de l'idéalisme allemand » (R. Carnap, *Les fondements philosophiques de la physique. Une introduction à la philosophie des sciences*, (1946), trad. J-M Luccioni et A. Soulez, Paris, Armand Colin, 1973, pp. 19-20).*

[22] H. Kelsen, *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Appendice à la *Théorie générale du droit et de l'État*, 1945, trad. V. Faure, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 466. Ce texte fut pour la première fois publié en allemand sous le titre *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus* (« Les fondements philosophiques de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique »), Charlottenburg, 1928.

[23] Kelsen attribue souvent, dans ce texte, semblable inquiétude métaphysique à « l'homme primitif ». Mais il n'ignore pas qu'elle résistera à l'évolution et au progrès des connaissances techniques et scientifiques dès lors que l'homme, comme le disait Aristote, est un animal métaphysique. Cette quête du substrat métaphysique des choses est notamment très présente chez un grand philosophe idéaliste comme Arthur Schopenhauer pour qui la science est limitée dès lors qu'elle n'est capable que de recenser le « comment ? » des choses, le déroulé des événements constitutifs de ce qu'il appelle le « monde comme représentation », c'est-à-dire le phénomène pour reprendre la terminologie kantienne. Mais le substrat intime des phénomènes, le « pourquoi ? » des choses, ce qui fait que la sève fait croître la plante ou que la gravité fait chuter les corps, tout cela ne saurait être élucidé par le seul regard scientifique. Cette face cachée du phénomène, cette « causalité vue de l'intérieur » comme la désigne ainsi Schopenhauer, relève de ce qu'il appelle le « monde comme volonté » qui correspond, dans le vocabulaire kantien, à la « chose en soi » (le *noumène*), c'est-à-dire à un substrat métaphysique qui est l'objet par excellence sur lequel toute philosophie idéaliste (que ce soit celle de Platon, de Kant, de Hegel ou de Schopenhauer) porte son attention et vis-à-vis duquel, bien au contraire, le positivisme logique et l'empirisme (notamment celui du Cercle de Vienne) nous invitent à nous détourner. Cf., A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, trad. A. Burdeau, Paris, PUF-Quadrige, 2008.

[24] *Ibid.*, p. 465.

[25] *Ibid.*, p. 465.

[26] H. Kelsen, *Dieu et l'État*, *op. cit.*, p. 176.

[27] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 280.

[28] *Ibid.*, p. 309.

[29] H. Kelsen, *Dieu et l'État*, *op. cit.*, p. 180.

[30] *Ibid.*, p. 180.

[31] *Ibid.*, p. 186.

[32] L'hypothèse a notamment été soulevée par Matthias Jestaedt qui, à l'occasion d'une substantielle étude sur la question, a tenté une comparaison entre la norme fondamentale de Kelsen et la preuve cosmologique de l'existence de Dieu formulée par Thomas d'Aquin. La *Grundnorm* qui est l'expression de la présupposition d'une norme originaire, c'est-à-dire de l'idée que la régression de validité des normes ne peut pas être infinie, ressemblerait étrangement à la figure aristotélicienne du « premier moteur non mû » qu'a relayé Thomas d'Aquin dans la *Summa Theologiae* (M. Jestaedt, *Validité dans le système et validité du système. À quoi sert la norme fondamentale, et à quoi elle ne sert pas*, Droit & Philosophie, « Hors-Série », mis en ligne le 10 juillet 2019

[<http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/validite-dans-le-systeme-et-validite-du-systeme-a-quoi-sert-la-norme-fondamentale-et-a-quoi-elle-ne-sert-pas-258>]