



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer

Notermans, M.E.

Citation

Notermans, M. E. (2016, March 24). *Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/38607>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/38607>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/38607> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Notermans, Mathijs

Title: Recht en vrede bij Hans Kelsen : een herwaardering van Kelsens rechtsfilosofie : juridisch pacifisme als stilzwijgende betekenis van zijn Zuivere Rechtsleer

Issue Date: 2016-03-24

Résumé

Droit et paix chez Hans Kelsen

Une revalorisation de la philosophie du droit de Kelsen: le pacifisme juridique comme signification tacite de sa Théorie Pure du Droit

Dans le monde de la philosophie et de la théorie du droit Hans Kelsen est connu comme l'un des plus importants jurisconsultes du 20^e siècle. C'est son ouvrage le plus important, la *Théorie Pure du Droit* (*Reine Rechtslehre*), qui lui a procuré sa réputation et l'a rendu célèbre dans le monde entier. Il est moins connu en tant que pacifiste juridique ; ses principaux écrits au sujet du droit et de la paix, tels que *Peace through Law*, sont à peine étudiés et ne sont pas mis en relation avec sa Théorie Pure du Droit. Même dans les études au sujet de la théorie de la démocratie de Kelsen (qui ont augmenté considérablement sa réputation comme avocat de la démocratie, et qui ont resitué son ouvrage politique *Vom Wesen und Wert der Demokratie* à la lumière de la Théorie du Pure du Droit) une analyse systématique ou critique de la valeur de la paix est pratiquement absente. Pourtant aussi bien sa théorie du droit que sa théorie de la démocratie s'y prêtent bien. La relation entre les concepts de droit et de démocratie chez Kelsen a déjà été démontrée par d'autres. Dans ma thèse je me suis limité aux concepts de droit et de paix quoi qu'une triple analyse de son cadre conceptuel eût mieux tenu compte de sa pensée philosophique (du droit). Dans cette thèse, composée des essais particuliers intégrés dans les chapitres précédents, j'ai analysé la signification de la paix dans la philosophie du droit de Kelsen comme suit.

Le premier chapitre introductif ouvre sur la vision du droit et de la paix chez Kelsen et soulève le lien problématique entre sa théorie « pure » ou « neutre par rapport aux valeurs » du droit positif d'une part et sa vision « impure » ou « pleine de valeurs » de la paix sociale de l'autre. Afin de résoudre cette problématique j'ai formulé la question à savoir si, à partir d'une revalorisation critique de la philosophie du droit de Kelsen, on peut conclure que la signification de la Théorie Pure du Droit se situe justement dans le fait qu'elle commence et se termine avec la paix. Si oui, que signifie ce principe en même temps qu'objectif de la théorie du droit de Kelsen pour la pratique du droit ? Une méthode alternative d'interprétation est présentée pour pouvoir répondre à cette question et pouvoir supprimer la contradiction apparente entre la Théorie Pure du Droit et un pacifisme

juridique. D'autres ont présenté une interprétation alternative du *Tractatus Logico-Philosophicus* de Wittgenstein, permettant d'en expliquer la signification tacite comme étant éthique. Dans ma recherche que voici et de façon un peu analogue j'ai développé une interprétation de la Théorie Pure du Droit qui nous permet d'expliciter le pacifisme qu'elle contient et d'expliquer la philosophie du droit de Kelsen comme étant pacifiste. J'ai essayé d'expliquer davantage les conséquences que cela a, surtout pour la procédure (supra)nationale (pénale).

C'est avec l'idée de justice que le chapitre 2 entame la recherche. Cette idée est mise traditionnellement en relation avec le concept de droit et avec elle de tout temps commencent maintes philosophies du droit. La philosophie du droit de Kelsen, elle aussi, au moins au sens négatif, ne peut être comprise que si on a examiné d'abord sa critique destructrice mais tout sauf nihiliste de l'idée de justice. L'analyse de l'approche relativiste par Kelsen de la question de la justice oblige à changer radicalement cette idée dans sa forme et dans son contenu pour qu'elle devienne une valeur réalisable d'ordre social. Cette analyse m'a conduit vers deux formes de justice auxquelles Kelsen peut accorder un caractère plus objectif possible ou bien le moins subjectif possible. Bien que seule la forme la plus objective (quoique tautologique) de la justice formelle : la *légalité*, soit immanente au droit et pour cette raison puisse être connue et discutée par la Théorie Pure du Droit, il a été démontré que Kelsen attache implicitement une importance plus que personnelle à la forme la moins subjective de la justice matérielle : la *paix sociale*. Dans sa quête scientifique d'une solution du problème de la justice qui se produit surtout en cas de conflits d'intérêts et de valeurs, Kelsen considère la métamorphose de sens depuis une justice (absolue) vers une paix (relative) comme étant nécessaire afin de trouver une solution aussi objective que possible de ces conflits. Or, selon Kelsen c'est justement le droit positif qui est en mesure de réaliser un ordre social dans lequel au moins la paix entre individus est garantie et qui règle pacifiquement leurs conflits inévitables. Et l'instrument de la procédure juridique qui vise à régler avant tout pacifiquement les conflits est selon lui capable par excellence d'atteindre le but d'une société pacifique.

Le troisième chapitre poursuit la recherche de la signification implicitement morale-politique de la Théorie Pure du Droit, avec une attention particulière à l'égard de la procédure juridique. Une telle recherche semble à première vue en contradiction avec la « pureté » de la théorie du droit de Kelsen, mais à la réflexion cette contradiction n'est qu'apparence, vu l'effet paradoxal causé par la théorie pure. Car une analyse de trois *contradictions apparentes* de la Théorie Pure du Droit (les effets paradoxaux 1. du concept

formalisé du droit ; 2. de l'idée relativisée de justice ; et 3. de la valeur objective de paix sociale) a révélé une *représentation manifeste* de la notion de Kelsen de la justice judiciaire. Sa théorie fait apparaître la justice de paix, c'est à dire en principe toute procédure qui vise une solution pacifique des conflits, comme l'exemple-type de justice « pure » (objective et impartiale). Ce qui veut dire que tout juge (visant la paix) qui règle le différend entre les parties en présence rien qu'en prononçant un verdict – donc sans usage de la violence – peut rendre ce verdict d'autant plus satisfaisant qu'il manifeste bien avoir écouté tous les partis (audition des partis) et avoir pesé le mieux possible leurs intérêts respectifs les uns contre les autres. Ce n'est qu'à ce moment que les partis se sentiront reconnus dans leur droit égal à une défense de leurs intérêts et se contenteront du jugement relativement juste. Là la paix sociale apparaît donc comme représentation Kelsénienne de la justice judiciaire, non pas comme étant suffisante ou nécessaire mais bien comme étant la *condition tacite* d'un jugement juste. J'ai essayé de répondre dans le chapitre 6 à la question de savoir si cette condition et valeur morale-politique est à la base du concept de l'ordre du droit positif de Kelsen dans son ensemble.

Les chapitres 4 et 5 voient d'abord les étapes de la poursuite de la recherche de ce que Kelsen entend par un jugement pacifiant et l'attention est déplacée vers son œuvre explicitement pacifique concernant le droit international (pénal). Le chapitre 4 s'est limité au plaidoyer de Kelsen datant d'avant et pendant la deuxième guerre mondiale en faveur du primat de la juridiction supranationale pour assurer la paix mondiale. Le fait que Kelsen indique le droit comme un bon moyen pour réaliser l'objectif de cette paix n'est pas une grande innovation – vu la tradition de la philosophie (du droit) de Hobbes à Kant. Le rôle primaire attribué par Kelsen à la juridiction pour garantir la paix dans le monde est par contre très original. Tout d'abord nous esquissons les fondements philosophiques (épistémologique et moraux-politiques) de la théorie du droit international public selon Kelsen. Ce travail met à jour un objectivisme juridique implicite (et même parfois explicite) et notamment un pacifisme. J'expose ensuite les implications par rapport à la théorie et la pratique du droit, en analysant l'argumentation de Kelsen en faveur du primat de la juridiction dans l'ordre juridique international. Trois arguments principaux se distinguent dans son plaidoyer, militant chacun en faveur du juge supranational comme gardien de la paix internationale : 1. la centralisation des organes judiciaires précède au point de vue de l'évolution celle des organes exécutifs et législatifs ; 2. sur le plan juridico-technique la fonction du juge a la priorité sur celles de la législation et de l'exécution ; et 3. au point de vue moral-politique l'autorité d'un organe objectif et impartial

est plus grande que celle d'un organe de pouvoir politique. Finalement l'intérêt primaire d'une juridiction supranationale est souligné davantage par la comparaison faite par Kelsen avec la signification pacificatrice du juge constitutionnel dans un ordre juridique national, celui-là fonctionnant comme gardien de la paix politique (et éventuellement démocratique ou bien fédérale).

Le chapitre 5 poursuit la recherche au sujet des idées pacifiques Kelseniennes concernant la juridiction supranationale dans le domaine du droit international pénal. L'originalité de ces idées ne se limite pas à son plaidoyer en faveur du primat d'un tribunal international pour assurer la paix mondiale, mais elle s'étend également lorsqu'il argumente qu'il faut élargir le pouvoir juridictionnel d'un tel tribunal dans le domaine du droit pénal. J'ai cherché si et dans quelle mesure la Théorie Pure du Droit peut être au service d'une application pratico-politique, avant de me concentrer sur la pertinence pacificatrice de cet élargissement du pouvoir juridictionnel. On constate que la Théorie Pure du Droit s'est mis implicitement au service d'une évolution pacifique de l'ordre juridique mondial et qu'en faisant cela elle est moins « pure » dans la théorie qu'elle ne veut le faire croire, mais on constate aussi que cette serviabilité tacite au pacifisme et ce but même du pacifisme ne sont pas une déviance mais au contraire découlent de ces points de départ universalistes et objectivistes, adoptés par cette même théorie. Or, partant de la paix mondiale comme but, à atteindre par le droit (et la procédure juridique) comme moyen, Kelsen estime important que dans un ordre juridique mondial à reconstruire après la deuxième guerre mondiale un futur tribunal international ferait non seulement plus de poids qu'un organe de pouvoir politique, mais disposerait aussi d'un pouvoir juridictionnel pénal. Une telle construction doit correspondre à trois critères définis par Kelsen : 1. établissement de la responsabilité individuelle ; 2. distinction entre guerre légale et guerre illégale ; et 3. juridiction universelle et obligatoire. J'ai expliqué d'après ces trois critères qu'un tel élargissement pénal est indispensable à un meilleur maintien de la paix et pourquoi il l'est, et que l'actuelle construction qui vise la paix n'y correspond pas tout à fait. Voilà pourquoi j'ai fait une proposition de rénovation de cette construction.

Le chapitre 6 revient enfin à la question déjà posée de savoir si la condition de la paix sociale n'est pas implicitement le point de départ moral-politique des idées théoriques fondamentales de Kelsen au sujet du droit positif. Mon hypothèse était que Kelsen considère la « paix sociale » comme la *conditio tacita* de la validité de l'ordre juridique positif, comme il voit dans la Théorie Pure du Droit « la norme fondamentale » comme *conditio per quam* et « l'efficacité » comme *conditio sine qua non* de l'ordre juridique valable.

Une explication est donnée d'une part de la distinction stricte que fait Kelsen entre Etre (fait et réalité) et Devoir (norme et valeur) et d'autre part du lien nécessaire entre ces deux catégories de base. Cette explication fait apparaître la pensée fondamentale de Kelsen concernant la validité juridique. La valeur de la paix sociale m'a permis de jeter un pont sur le gouffre apparemment infranchissable qui sépare l'ordre juridique positif de la réalité sociale. A partir de l'hypothèse mentionnée ci-dessus j'ai démontré que la Théorie Pure du Droit de Kelsen présuppose la *conditio tacita* de la paix sociale parmi les autres conditions (norme fondamentale et efficacité) de la validité de l'ordre juridique positif (plus ou moins centralisé et évolué). C'est ainsi que je conclus que la paix sociale n'est pas seulement la *condition* tacite de la validité, mais aussi la *valeur* fondamentale socio-éthique du droit positif. Cette implication ou présupposition de la valeur de paix veut dire qu'il est temps que la Théorie Pure du Droit que l'on a cru « neutre » au point de vue des valeurs – et donc aussi sa compréhension « pure » du droit – soit revalorisée de fond en comble en ce sens qu'elle puisse se comprendre comme une théorie pacifique du droit générateur de paix.

Le septième et dernier chapitre termine la recherche par une considération finale. Il résume d'abord les chapitres précédents ainsi que les conclusions qui en découlent. Par ailleurs il considère une dernière fois le sujet retenu ici : « droit et paix ». Je réponds à la problématique en formulant une conclusion finale. En vertu de la recherche que j'ai faite et dans laquelle, grâce à une interprétation alternative où j'ai explicité et expliqué le pacifisme juridique comme étant la signification tacite de la Théorie Pure du Droit, la question issue de la problématique a reçu une réponse affirmative. Le sens implicite de la philosophie du droit de Kelsen se situe justement dans le fait que cette philosophie commence et qu'elle finit par la paix, en ce qui concerne sa conception du droit non seulement pratique mais également théorique. Cette conclusion finale au sujet du fondement et de l'objectif pacifiste de la philosophie du droit positiviste de Kelsen est élaborée davantage dans le paragraphe final et trouve des nuances là où cela s'impose. Premièrement la conclusion selon laquelle la paix est le *fondement* de la Théorie Pure du Droit est rendue moins absolue, au sens qu'implicitement au niveau du concept et de la signification du droit elle part toujours de cette condition et valeur socio-éthique fondamentale. Deuxièmement dans la conclusion que la paix serait l'*objectif* de la Théorie Pure du Droit au sens que cette dernière se donne implicitement pour objectif la paix (mondiale) par le droit (et la procédure juridique) et qu'à cause de cela elle peut être comprise comme une théorie pacifiste du droit, une nuance a été apportée. Troisièmement il a été donné une réponse à la question de savoir

ce que le pacifisme juridique de Kelsen signifie au juste pour la *pratique* du droit, notamment pour la procédure juridique en général et la procédure (pénale) supranationale en particulier. Finalement j'ai exprimé l'espoir que ma thèse contribuera à une revalorisation de la philosophie du droit positiviste de Kelsen en montrant que l'aspect sous-évalué mais essentiel de son pacifisme juridique peut être compris comme sens *éthique* tacite de la Théorie Pure du Droit. Car les concepts de droit et de paix chez Kelsen sont si fortement liés l'un à l'autre que l'on ne puisse comprendre l'un sans l'autre.