

SCHIAVONE, KELSEN ET LA THÉORIE DE L'ÉTAT

L'idée de rapprocher la pensée de Aldo Schiavone et celle de Kelsen peut paraître bizarre. Aldo Schiavone est un historien du droit, spécialiste du droit romain, tandis que Kelsen est un théoricien du droit qui ne se préoccupe guère d'histoire. Pourtant, bien qu'ils ne soient pas sur le même terrain, la confrontation de ces deux penseurs devrait permettre de mesurer la portée de leurs thèses respectives et même de tenter de les prolonger.

Kelsen a maintes fois souligné qu'il entendait faire une Théorie générale du droit, c'est-à-dire une théorie valable pour tous les droits existants et même pour tous les droits possibles, les divers droits nationaux, le droit international, voire le droit des sociétés primitives, à l'aide de concepts très généraux comme *norme*, *commandement*, *sanction*, *interprétation*, *centralisation*, *décentralisation*, etc. Mais il ne se soucie pas de généalogie et ne cherche pas à vérifier empiriquement que sa description de l'ordre juridique correspond à la réalité du droit de telle ou telle époque, par exemple à celle de Rome. Il est donc tentant de rechercher si et dans quelle mesure les catégories de Kelsen, comme *norme*, *hiérarchie statique*, *hiérarchie dynamique*, *État*, ou *ordre juridique*, pourraient permettre de rendre compte du droit romain comme de tous les autres droits et ce qu'on pourrait gagner à une telle traduction.

À l'inverse, on peut tenter de confronter les hypothèses théoriques fortes d'A. Schiavone sur le droit en Occident à la description qu'en fait la Théorie générale du droit contemporaine et d'abord celle de Kelsen. En effet, le livre fascinant d'A. Schiavone, est non seulement une œuvre d'historien, mais aussi un travail théorique, comme le montre le sous-titre « l'invention du droit en Occident ». Il affirme en effet décrire non seulement un système normatif existant à un certain moment de l'histoire, mais plus généralement le droit occidental, tel qu'il a été préservé jusqu'à l'époque moderne. Il y développe une thèse forte : ce qui caractérise selon lui le droit occidental a son origine dans le droit romain, car le *jus* est la **forme de rationalité**

qui est encore la nôtre aujourd'hui, une forme de rationalité autonome, vis-à-vis de la politique, de la religion, de la morale, marquée par la spécialisation des juristes. Là encore, la tentation est grande de rechercher si la forme de rationalité du droit que décrit AS est bien celle du droit des sociétés modernes et, dans l'affirmative, en quoi cette description s'écarte de celles qu'en font les théoriciens contemporains et notamment Kelsen.

À première vue, les thèses sont étrangères l'une à l'autre : le droit que décrit Kelsen a une structure hiérarchisée, représentée par l'image d'une pyramide, tandis que le *jus*, tel que le décrit A. Schiavone, n'est pas du tout structuré de cette manière. Les enjeux sont évidemment considérables, car, si l'on suit Kelsen et si la hiérarchie des normes est un caractère essentiel de l'ordre juridique, alors le droit romain n'est pas du droit, tandis que si l'on adhère à la vision d'A. Schiavone et si la science des jurisconsultes romains est bien la forme de rationalité de l'Occident, alors Kelsen se trompe doublement : non seulement sa Théorie générale du droit n'est pas générale, puisqu'elle ne rend pas compte du droit romain, mais elle ne rend même pas compte du droit moderne.

Les deux thèses ne sont certes pas nécessairement logiquement contradictoires, parce qu'elles pourraient bien être fausses toutes les deux ou porter sur des objets différents, mais elles semblent en tout cas au premier abord difficilement conciliables. Je voudrais pourtant tenter de montrer que, à défaut de les concilier, on peut les considérer comme complémentaires. J'examinerai deux points essentiels dans la démonstration d'A. Schiavone. Il s'agit d'abord de l'autonomie du droit par rapport à d'autres sphères de l'activité humaine comme la politique ou la religion, ensuite de la théorie des deux pôles, c'est-à-dire de l'idée qu'il y a à Rome deux principes de légitimité.

I. L'autonomie du droit

Pour A. Schiavone, ce qui caractérise la rationalité des juristes romains est la construction d'abstractions et d'un schéma de rationalisation sur le fondement des seuls principes internes, qui conduit le droit à s'autonomiser par rapport à d'autres sphères de l'activité humaine, comme la politique (ou la religion). Ils établissent des catégories abstraites ; ils divisent en genres et espèces dans lesquelles on peut classer les *responsa* et les présentent autrement que comme l'expression d'une volonté nue. Au lieu des rapports de force, on voit

des abstractions, des contrats, des crédits..., c'est-à-dire des concepts qui sont encore les nôtres.

Kelsen, comme d'autres positivistes, mais à la différence des réalistes, considère lui aussi qu'il y a une rationalité des juristes, mais s'il devait la caractériser, il le ferait évidemment dans des termes totalement différents. Ce qu'il appellerait « rationalité » c'est le recours à un raisonnement déductif. Le droit est rationnel si une norme est la concrétisation d'une norme plus générale. Cette idée est d'ailleurs commune à tout un courant du positivisme, que Hart caractérisait comme « l'affirmation qu'un système juridique est un 'système logique fermé', dans lequel les décisions juridiques correctes peuvent être déduites de règles juridiques prédéterminées, sans aucune référence à des fins sociales, à des politiques ou à des standards moraux »¹. C'est pourquoi les réalistes sont parfois taxés d'*irrationalisme* lorsqu'ils soutiennent que les décisions, notamment les décisions juridictionnelles, ne sont pas réellement déduites de règles générales, mais sont de véritables décisions, qui sont l'expression de la volonté et des préférences de leurs auteurs. Pour les autres positivistes, en particulier pour les normativistes, le droit est tout-à-fait rationnel. Cette conception est d'ailleurs partagée par Max Weber lorsqu'il décrit la rationalité formelle comme distincte de la rationalité téléologique et qui est précisément celle du droit.

Ainsi, les « formes de rationalité » que décrivent A. Schiavone et Kelsen s'opposent de plusieurs manières. En premier lieu, la rationalité du *ius*, selon A. Schiavone, est la rationalité des juristes, tandis que la rationalité du droit moderne selon Kelsen ou Weber est une propriété non pas du raisonnement des juristes, mais du droit lui-même.

D'autre part, la rationalité des Romains concerne le fond du droit, appréhendé selon des catégories abstraites, divisées en genres et en espèces, tandis que celle du droit moderne tient à sa forme parce que la validité des normes dépend seulement de leur conformité aux normes supérieures et non de la relation entre le genre et l'espèce. On sait en effet que, selon Kelsen, la structure de l'ordre juridique est principalement dynamique. Autrement dit, une norme est valide d'abord et avant tout parce qu'elle a été posée par une autorité compétente conformément à la procédure prescrite. Cette autorité doit sans doute appliquer la norme supérieure plus générale, mais elle dispose le plus souvent d'une marge de pouvoir discrétionnaire. La

1. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 57.

norme qu'elle émet n'est donc pas déduite de la norme supérieure. Il n'est même pas correct de dire qu'elle doit lui être conforme, car il suffit qu'elle soit compatible avec elle.

Elles se distinguent en troisième lieu par le rôle qu'elles accordent à la volonté. Pour les juristes romains, les catégories ne doivent rien à la volonté. Elles sont découvertes par la science des juristes. Au contraire, pour les positivistes, la volonté est centrale. Sans doute, le premier Kelsen refuse-t-il d'admettre que la volonté puisse créer du droit, parce qu'elle n'est qu'un fait et que seul le droit peut créer du droit. Il ne pourra pas s'en tenir à cette position et finira par se rallier à l'idée qu'il n'y a pas d'impératif sans imperator, mais dès la *Théorie pure du droit*, il présentera la volonté, non certes comme une source du droit, mais comme un simple fait qu'une norme supérieure a érigé en condition pour qu'une décision puisse recevoir la signification objective d'une norme valide. Ainsi, ce n'est pas la volonté d'une majorité de parlementaires qui produit la loi, mais la constitution qui fait de l'expression de cette volonté la condition pour que le texte adopté ait la signification d'une loi. La norme peut donc être définie comme la signification d'un acte de volonté.

En quatrième lieu, pour les juristes romains, c'est grâce à la construction des concepts et des catégories que, selon l'expression d'un commentateur avisé d'A. Schiavone, « le droit s'émancipe de la religion, sans pourtant autant s'intégrer au modèle de la politique et de la législation »². Un autre commentateur loue d'ailleurs le projet du livre « in that it does not fall into a trap of merely identifying law with power, and thence of trying to understand the evolution of Roman law as the deployment and development of this power. Roman law was not just politics by another name ; a system of that kind could not possibly have had the subsequent history – we might say, the subsequent success all over the world – that Roman law has had »³. Le piège qui aurait été ainsi évité est bien sûr celui dans lequel seraient tombés les marxistes. Cependant, les marxistes ne sont pas seuls à penser que le droit est, sinon le simple reflet des rapports de classes, tout au moins la forme de la domination politique. Ceux qui voient dans le droit un produit de la volonté estiment eux aussi que la manifestation de cette volonté traduit des préférences de natures

2. W. Kendall, « Review of *The Invention Of Law In The West* by Aldo Schiavone. Cambridge : Belknap Press of Harvard University Press, 2012 », *Law and Politics Book Review*, vol. 22, n 8, 2012, p. 388-392.

3. L. Smith, « *The Invention Of Law In The West* (Book review) », *Canadian Journal of History*, vol. 48, n° 3, 2013, p. 479-481.

diverses, morales, religieuses et bien évidemment politiques. C'est aussi le cas de Kelsen, car, tout en refusant de considérer que la volonté qui n'est qu'un fait puisse produire du droit, il admet que ce fait est la condition pour qu'une décision puisse recevoir la signification objective d'une norme. Elle exprimera donc nécessairement les préférences de son auteur et reflètera les rapports de force.

Pourtant, il n'est pas impossible de considérer que les deux approches ne s'opposent pas réellement mais se complètent. On doit d'abord rappeler que, si Kelsen, comme d'ailleurs les réalistes, estime que le droit n'obéit pas à la logique, il distingue très clairement le droit et la science du droit. Celle-ci doit, quant à elle, comme toute science, décrire son objet conformément à la logique.

D'autre part, il est vrai que le droit est un système principalement dynamique, qu'une décision contraire à la logique peut néanmoins être valide si elle a été prise par une autorité compétente et que le droit est en ce sens irrationnel. Pourtant, lorsque la validité d'un acte est contestée devant un juge, celui-ci ne se limite pas à examiner la procédure au terme de laquelle il a été adopté, il contrôle aussi le fond et recherche si le contenu de l'acte est bien compatible avec celui de la norme supérieure. Or, pour pouvoir pratiquer ce contrôle, le juge doit nécessairement raisonner à l'aide de principes internes et de catégories abstraites.

Au demeurant, le fait que les juristes recourent à des principes et des catégories abstraites ne s'oppose en rien à l'idée que la norme est la signification d'un acte de volonté, car cet acte de volonté est exprimé à l'aide de mots, qui réfèrent à des principes et des catégories abstraites. Comme on l'a vu, le juge moderne, mais aussi le législateur raisonne à la fois par référence à des normes supérieures, c'est-à-dire à des catégories formelles, et à des catégories substantielles, les mêmes d'ailleurs que celles des Romains. Sans doute, pour les juristes romains, ces catégories sont un produit de la connaissance et non de la volonté, tandis que les positivistes contemporains les voient comme de purs artefacts, mais le fait qu'ils puissent malgré tout les employer et qu'ils pourraient d'ailleurs difficilement faire autrement, montre bien que cette croyance n'est pas essentielle à la forme de rationalité, dont A. Schiavone affirme qu'elle est encore la nôtre.

Enfin, on peut aisément soutenir à la fois l'idée de l'autonomie du droit par rapport à la politique et l'idée que le droit est politique. Les juristes peuvent parfaitement justifier un jugement à l'aide de catégories internes tout en s'abstenant de faire appel à des considérations religieuses ou politiques et en ce sens le droit est autonome,

mais il n'en est pas moins politique dès lors que, comme on l'a montré, le législateur utilise ces catégories en vue d'une fin politique. Une loi de nationalisation d'entreprise utilise le même concept de *propriété* qu'une loi de privatisation. Mais il se peut que la construction de catégories abstraites présente elle-même un caractère idéologique, comme Kelsen l'a souligné à plusieurs reprises par exemple pour la distinction droit public-privé ou la catégorie de « droit subjectif » ou encore de « lacunes ». Enfin, on peut considérer que l'autonomie du droit résulte de la forme du système juridique elle-même parce que ou bien la validité d'une décision est indépendante de considérations extrajuridiques ou bien elle en dépend, mais seulement parce qu'une norme supérieure prescrit une référence à ces considérations, morales, religieuses ou politiques. Pourtant, la structure du système envisagé globalement a une signification politique, de sorte que le droit est bien le masque du pouvoir. Comme le dit Kelsen dans un passage souvent cité, « celui qui cherche la réponse [à l'éternelle question de savoir ce qui se cache derrière le droit positif] ne découvrira jamais, je le crains, ni la vérité absolue d'une métaphysique, ni la justice absolue d'un droit naturel. Celui qui soulève le voile et ne ferme pas les yeux, celui là peut apercevoir la hideuse face de Gorgone du pouvoir qui le fixe »⁴.

L'autonomie du droit aujourd'hui provient donc à la fois de l'usage des catégories des juristes romains et de la structure spécifique de l'ordre juridique. Ces deux éléments sont complémentaires. Mais on peut faire un autre usage encore du maître livre d'A. Schiavone et tester une hypothèse née de la lecture de Hans Kelsen.

II. Les deux principes de légitimité

A. Schiavone oppose deux principes de légitimité, l'un, le *ius*, le modèle de la pratique des juristes, qui raisonnent à partir de principes et de catégories qu'ils ne créent pas mais « découvrent », l'autre, *lex*, le modèle de la loi, du code. Celui-ci est fondé sur la primauté de la politique, celui-là sur la suprématie d'un cercle d'experts. Le modèle de la loi était celui du droit grec, le modèle du *ius*, celui de Rome, où le droit est pour l'essentiel jurisprudentiel. S'il en est ainsi, le système du droit moderne est, au moins d'un point de vue formel, plus proche du

4. R. Metall, *Hans Kelsen. Sein Leben und Werk*, Vienne, Verlag Franz Deuticke, 1969, p. 30.

modèle de la *lex* et on le caractérise souvent comme légicentriste. Il serait donc à l'opposé du droit romain.

Pourtant, le tableau que présente AS est beaucoup plus nuancé. Il rappelle le rôle que joue la loi à certains moments importants de l'histoire romaine, notamment avec la loi des XII tables, souligne qu'une partie de la cité avait cherché à imposer un modèle inspiré de la Grèce et que l'Empire verra l'affirmation du principe *Quod principi placuit*. Il en est résulté un affrontement entre « deux modèles alternatifs de souveraineté [...] l'un fondé sur le paradigme spécifiquement romain du *jus* ; l'autre sur celui, grec et méditerranéen de la *lex* », et A. Schiavone ajoute qu'« on peut sans abus affirmer que le conflit eut des conséquences incalculables : de lui dépendit l'invention de la 'forme droit' dans le parcours de l'Occident » (p. 99). Ainsi, ce qui caractériserait la « forme droit » dans l'Occident serait non seulement la forme de rationalité du *ius*, mais l'affrontement entre ces deux modèles ou principes de légitimité.

Or, c'est sur ce point que la confrontation avec Kelsen peut s'avérer fructueuse. Nous savons déjà que la thèse selon la forme de rationalité du *ius*, qui est encore celle du droit moderne est complémentaire de la conception de Kelsen, dès lors que la structure du système est caractérisée par la hiérarchie des normes, tandis que le fond du droit l'est par les catégories héritées du droit romain. Mais comment pourrait-on considérer que le droit moderne verrait lui-aussi s'affronter deux principes de légitimité, si l'on entend par là deux systèmes de sources ?

Tout d'abord, la théorie pure du droit vise avant tout à présenter le droit comme un. Kelsen insiste beaucoup sur l'idée que l'unité est un postulat de toute science et qu'il s'agit non seulement de l'unité de la pensée, mais de l'unité de l'objet. Il n'aurait donc évidemment pas accepté le dualisme décrit par A. Schiavone et il ne saurait avoir deux modèles, celui de la loi et celui de la jurisprudence, mais un système unique intégrant tous les modes de production du droit. La jurisprudence ne pourrait être considérée comme une source de droit – et l'on connaît toutes les réserves qu'il formule à juste titre à l'égard de cette notion –, qu'à la condition d'avoir été instituée comme source par une norme supérieure. Encore le terme de jurisprudence devrait-il être pris non dans son sens romain, mais dans son sens moderne d'ensemble de décisions juridictionnelles. Au contraire, selon A. Schiavone, le *ius* est totalement autonome par rapport à la *lex*. Il n'y a pas de constitution, si bien que la *lex* et le *ius* ne sont pas dans une relation hiérarchique, analogue à celle de la loi et de la jurisprudence

aujourd'hui. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle A. Schiavone parle de deux principes de légitimité, ce qui est une autre manière de dire que le droit romain n'est pas produit par l'État, mais c'est précisément sur ce point que le rapprochement des deux auteurs peut être éclairant.

Kelsen, dans son combat pour comprendre le droit comme un système unique, critique toutes les thèses dualistes. S'il avait lu A. Schiavone, il aurait évidemment refusé d'admettre que le droit se caractérise par l'affrontement *lex-jus*, il a en outre expressément critiqué le dualisme du droit interne et du droit international et celui de l'État et du droit. C'est ce dernier point qui est capital pour notre compréhension du système juridique moderne. La critique kelsenienne du dualisme de l'État et du droit consiste principalement dans la démonstration que l'État et le droit ne peuvent être définis que l'un par l'autre. Ainsi, toutes les définitions sociologiques de l'État, celle de Max Weber par exemple, présupposent une définition juridique, car seuls des hommes et non des États peuvent accomplir des actes de violence. Dire que l'État a le monopole de la violence légitime, c'est seulement dire que certains actes lui sont imputés et qu'ils ne peuvent l'être que par des règles juridiques. D'autre part, on ne peut donner de l'État une définition purement juridique parce qu'elle serait tautologique : si l'État est un peuple, un territoire, une puissance publique, on ne peut définir le peuple, qui n'est pas une donnée naturelle, que comme l'ensemble des individus soumis à un même État, c'est-à-dire à un même système juridique. Il en va de même de toute tentative de définir le territoire ou la puissance publique. Kelsen peut alors conclure que les termes « droit » et « État », qui sont définis de la même façon, sont parfaitement substituables l'un à l'autre.

Il lui faut pourtant tenir compte de l'objection que, si l'on peut en effet substituer l'expression « l'État français » à « droit français » ou « droit allemand » à « État allemand », on ne peut pas parler « d'État international ». Il est donc contraint de modifier sa thèse et de distinguer deux types d'ordres juridiques, d'une part l'ordre centralisé, c'est-à-dire doté d'organes centraux disposant du monopole de la création de règles générales et de l'exercice de la contrainte légitime, d'autre part les ordres décentralisés comme l'ordre juridique international dans lequel les États sont soumis aux règles qu'ils produisent eux-mêmes, dont ils assurent eux-mêmes l'application et dans lequel ils exercent la contrainte.

Or, cette nouvelle distinction affaiblit la théorie de l'unité de l'État et du droit, qui a pourtant deux avantages considérables. D'une part, elle illustre et complète la fameuse définition de Max Weber en

faisant apparaître l'État comme un mode spécifique d'exercice du pouvoir politique, caractérisé par la forme de rationalité dérivant de la hiérarchie des normes. D'autre part, elle visait à dissoudre les apories du dualisme, tenant à l'impossibilité d'affirmer que le droit s'imposait à l'État, puisqu'il était produit et modifiable par lui, ou qu'il était maître du droit puisque ses organes devaient bien avoir été institués par le droit. Pourtant, ces avantages disparaissent avec le concept d'ordre juridique centralisé, parce que l'ensemble formé par les organes centraux n'est pas autre chose que ce que la thèse traditionnelle dualiste appelait l'État et dont il reste alors nécessaire de se demander quelle relation il a avec l'ordre juridique global, de sorte qu'on se heurte aux mêmes apories.

On peut cependant, à partir d'une intuition de Kelsen, formuler une hypothèse permettant de surmonter cette difficulté. Kelsen reconnaît que l'État défini comme l'ensemble des organes centraux et qu'il appelle État *stricto sensu* ne se confond pas avec le droit, qu'il continue de nommer État *lato sensu*, mais il ajoute que le concept d'État *stricto sensu* présuppose l'État *lato sensu*. Il n'a pas développé cette idée, mais on peut utilement interpréter la formule comme signifiant que, lorsque apparaît un ordre juridique présentant les caractères formels que nous connaissons, c'est-à-dire une structure hiérarchique statique et dynamique, alors apparaît également l'État *stricto sensu*, un système dans lequel les règles les plus élevées produites par des autorités centrales ne sont plus considérées comme « découvertes » mais sont imputées à la volonté de ces autorités.

Or, c'est bien cette hypothèse qui paraît confortée à la lecture de l'ouvrage d'A. Schiavone. « Quand, au cours du III^e siècle, écrit-il, le rôle central de la jurisprudence s'estompa au profit d'une concentration législativo-bureaucratique, tout à fait nouvelle, de la création normative, c'est tout le droit romain qui entra irréversiblement dans une zone d'ombre. La dimension plus spécifiquement étatique qui s'imposa alors sonna définitivement le glas de cette expérience » (p. 43). On peut alors penser que le *ius* n'a pas seulement contribué à la formation du droit occidental grâce aux catégories et des principes inventés par les jurisconsultes, mais aussi grâce à la concentration du système dans lequel on pourrait être tenté de voir le début d'une hiérarchie des normes, c'est-à-dire d'un État.

Michel TROPER
Professeur émérite de droit public,
Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

