

Le relativisme moral dans la pensée tardive de Hans Kelsen.

E. Lefort, Université du Luxembourg (Luxembourg), Université de Louvain-la-Neuve (Belgium).

PLAN DE LA PRESENTATION :

LE RELATIVISME MORAL DANS LA PENSEE TARDIVE DE HANS KELSEN.	1
I. Généralités sur le relativisme.	2
1. <i>Dissémination thématique et degrés.</i>	2
2. <i>Le relativisme normatif.</i>	3
3. <i>Relativisme moral et démocratie.</i>	5
4. <i>Une voie intermédiaire entre nihilisme et naturalisme ?</i>	6
II. Hans Kelsen.	8
1. <i>Positivism juridique et relativisme moral.</i>	8
2. <i>Un déséquilibre métathéorique entre droit et morale.</i>	11
3. <i>Un déséquilibre inhérent à l'œuvre tardive de Kelsen.</i>	13
4. <i>Vers une interprétation de Kelsen, via le prisme de la Modernité.</i>	15
III. Conclusion	16

I. Généralités sur le relativisme.

1. Dissémination thématique et degrés.

La définition du relativisme s'offre à la pensée comme une difficulté, dans la mesure où celui-ci ne se présente pas comme une philosophie unifiée, mais plutôt comme des perspectives disparates sur des domaines de la pensée eux-mêmes hétérogènes¹. À reprendre la formule de Swoyer, le premier point commun entre les différentes pensées relevant du relativisme, est qu'elles énoncent toutes un « Y relatif à [un] X »².

Or, la variable « Y » (dite « dépendante ») peut désigner des concepts tels que la vérité, la justification, la perception, la connaissance, les normes ou encore les valeurs. Plus encore, elle peut désigner soit uniquement un concept, soit plusieurs simultanément. De même, la variable « X » (dite « indépendante ») peut désigner un seul ou plusieurs éléments simultanément, parmi lesquels par exemple : le langage, la culture, l'histoire, les caractéristiques biologiques, ou encore les caractéristiques de l'entendement humain.

De cette définition générale, apparaît une seconde difficulté : la dissémination du relativisme n'est pas simplement thématique, car, pour un thème déterminé, il existerait différentes formes de relativisme, qui se distingueraient les unes des autres selon le *degré* de relativité qu'elles affirment respectivement. Dire que l'homme accède au réel relativement à des coordonnées transcendantales subjectives³ (Kant /

¹ Cf. Boudon, R. (2008), *Le relativisme*, Paris : PUF, « Que sais-je ? », p.122 : « Le relativisme est un point de vue sur la connaissance, les normes et les valeurs. C'est pourquoi une réflexion sur ce thème est une tâche essentielle pour les sciences humaines et pour la vie sociale et politique. »

² C'est cette formalisation que propose Chris Swoyer, dans son article : Swoyer, C. (2014), "Relativism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Tiré de : <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/relativism/>.

³ Cf. Kant, E. (1787), *Critique de la raison pure* in *Œuvres Philosophiques I*, (1980) (Delamarre, A.J.L., Marty, F. et Barni, J. ; Trad.), Paris : Gallimard, pp.781-811. Pour la version originale, cf. Kant, I., *Kritik der reinen Vernunft*, AA III, pp.49-73 (par suite, abrégé : *KrV*). Plus précisément, cf. Ibid., pp.783-784 (*KrV*, p.51) : « (...) il y a deux formes pures de l'intuition sensible, comme principes de la connaissance a priori, à savoir l'espace et le temps. » Pour Schopenhauer, il suffit d'ouvrir les premières pages du *Monde comme Volonté et Représentation*, pour s'assurer de la justesse d'une telle affirmation : « « Le monde est ma représentation. – Cette proposition est une vérité pour tout être vivant et pensant, bien que, chez l'homme seul, elle arrive à se transformer en connaissance abstraite et réfléchie. Dès qu'il est capable de l'amener à cet état (...) [il] possède alors l'entière certitude de ne connaître ni un soleil, ni une terre, mais seulement un œil qui voit ce soleil, une main qui touche cette terre ; il sait, en un mot, que le monde dont il est entouré n'existe que comme représentation, dans son rapport avec un être percevant, qui est l'homme lui-même. » (Schopenhauer, A. (1859), *Le Monde comme Volonté et comme Représentation*, (2014) (Burdeau, A. ; Trad.) Paris : PUF, p.25. Pour la

Schopenhauer), c'est énoncer une proposition différente de celle selon laquelle, l'homme serait « mesure universelle »⁴ (Protagoras) : la première proposition ne refuse pas directement et nécessairement la possibilité d'une vérité absolue, tandis que la seconde opère un tel geste radical. Un auteur peut donc être relativiste par rapport à certaines choses (dans notre exemple : relativisation de la perception humaine par les deux maîtres de l'idéalisme allemand), sans que cela n'implique nécessairement qu'il le soit par rapport à toutes. *Ainsi, la définition du relativisme apparaît comme étant elle-même relative : elle est relative aux concepts qui seront attribués à la variable « Y », aux thèmes que revêtira la variable « X », et enfin, au degré de relativité qui liera « Y » et « X ».*

À avoir à l'esprit cette dissémination thématique et cette disparité de degrés inhérentes au relativisme, et à y ajouter le fait qu'à travers les âges de l'histoire de la pensée, ce dernier soit synonyme généralement de « condamnation fatale »⁵, il devient compréhensible que peu de penseurs se présentent comme étant relativistes.

De manière générale, et puisqu'il faut bien se résoudre à entrer dans le cœur du sujet après avoir explicité les précautions d'usage nécessaires, les études de Raymond Boudon peuvent servir ici de feuille de route. Le sociologue français distingue deux grandes familles de relativisme : le *relativisme cognitif* d'une part, et le *relativisme normatif*. Seul le second sera considéré, par souci de concision.

2. Le relativisme normatif.

Le relativisme normatif se distingue principalement du relativisme cognitif du fait de l'objet qu'il entend relativiser : alors que le relativisme cognitif tend à relativiser une certaine représentation du monde, le relativisme normatif, quant à lui, (comme son nom l'indique) s'occupe des normes. Il établit ainsi, que les normes (variable « Y ») sont relatives à des conventions (variable « X »). Sous cette perspective, les normes humaines seraient le fruit d'accords culturels, et donc,

version originale, cf. Schopenhauer, A. (1859), *Die Welt als Wille und Vorstellung*, I, Erster Teilband, (1977) Zürich: Diogenes Verlag, p.29.

⁴ Cf. Platon, *Théétète* in *Œuvres Complètes*, Tome VIII, 2^{ème} partie, (2003) (Diès, A ; Trad.) Paris : Les Belles Lettres, pp.198-202, [169b-171e] et plus particulièrement, *Ibid.*, p.200 [170d].

⁵ C'est Chris Swoyer qui emploie cette expression : « (...) il est également vrai que la majeure partie des philosophes de profession dans le monde anglophone, voit l'étiquette « relativiste » comme étant une condamnation fatale [*kiss of death*] ; tellement peu d'entre eux ont voulu défendre une version quelconque de cette doctrine (il y a moins de réticence dans d'autres disciplines). », Cf. Swoyer, C. (2014), "Relativism", *op.cit.* (Nous traduisons).

arbitraires. La diversité de normes qui s'offre au regard humain témoignerait de cette relativité sociale et culturelle. Une autre manière de formuler une telle idée, est d'énoncer que le champ normatif n'est pas une affaire de *vérité*, mais seulement de coutumes variables : la perception négative ou positive d'une norme donnée par un individu, de même que l'édition des normes, se réaliseraient à travers le prisme d'un contexte socio culturel et/ou historique déterminé.

Une des déclinaisons les plus familières du relativisme normatif est celui qui porte sur les normes morales. Cette familiarité est trompeuse, car à y regarder de plus près, la définition du relativisme moral n'est pas univoque. À considérer que le champ moral soit un champ normatif – c'est-à-dire que la morale soit entendue comme un pôle émettant des règles sociales encadrant les comportements humains – l'affirmation de sa relativité s'appuie sur différents arguments. Ces différents arguments sont certes conciliables entre eux, en ce sens qu'ils peuvent être affirmés simultanément. Mais cette possibilité n'implique pas qu'ils le soient effectivement.

C'est pourquoi Gowan⁶ distingue deux déclinaisons différentes du concept de relativisme moral, qui sont compatibles, mais qui ne s'impliquent pas *nécessairement* l'une l'autre.

a) Le relativisme moral peut être une thèse empirique : celle du désaccord généralisé entre les sociétés, désaccord relatif aux questions portant sur les valeurs morales. En tant que thèse empirique, le relativisme moral peut ainsi être de type « descriptif » [*Descriptive Moral Relativism*]. C'est compte tenu de l'état empirique des normes morales, qu'est déduite leur relativité.

b) Cette première déclinaison se différencie d'une thèse qui s'intéresserait moins aux valeurs morales, qu'aux *jugements* portant sur ces dernières. Pour cette position méta-éthique, les jugements axiologiques ne peuvent pas être absolument ou universellement vrais. Sous cette perspective, il est permis de parler d'un relativisme de type méta-éthique [*Metaethical Moral Relativism*].

Or, ce dernier lui-même connaît une subdivision : il peut être corrélatif (ou non) d'une position normative. Autrement formulé, le relativisme moral de type méta-éthique peut conclure sur un impératif de tolérance. En effet, aucun jugement axiologique ne pouvant valoir absolument (c'est-à-dire exclure définitivement un

⁶ Cf. Gowans, C. (2012) "Moral Relativism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Tiré de : <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/moral-relativism/>. Cf. également: Wong, D.B. (2004) "Relativisme moral", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t.2, Canto-Sperber, M. (dir.), Paris : PUF, pp.1661-1668.

jugement qui lui serait opposé) ou universellement (c'est-à-dire pour tout homme, en tout lieu et en tout temps), l'attitude pratique cohérente avec une telle vue serait dès lors d'accepter tous les jugements axiologiques possibles, ou de postuler que tous ces jugements sont équivalents. Cette position normative qui prescrit aux hommes d'être tolérants vis-à-vis des jugements axiologiques émis par autrui, ne relève pas *stricto sensu* du relativisme moral : elle *peut* simplement être posée par le relativisme moral de type méta-théorique.

3. Relativisme moral et démocratie.

Cette clarification de Gowan, concernant les différentes « branches » du relativisme moral révèle alors les ambiguïtés qu'entretient une telle position éthique, voire méta-éthique, avec la démocratie. Autant une certaine forme de relativisme méta-éthique se présente comme une condition de possibilité de la démocratie, autant il est difficile de percevoir au premier abord comment la forme politique et sociale démocratique peut dépasser le désaccord généralisé et nécessaire postulé par le relativisme axiologique de type descriptif.

Ce rapport contrasté entre démocratie et relativisme axiologique devient explicite à considérer la définition que donne (Claude) Lefort de cette forme politique et sociale : selon lui, l'une des caractéristiques principales de la démocratie est le fait qu'elle serait *un lieu symboliquement vide*⁷. Cela signifie que les individus qui sont inscrits dans cette forme politique, *se représentent* que le lieu du pouvoir n'est pas occupé. Ce vide symbolique ne concerne pas uniquement le pouvoir *politique*, mais s'étend également au social et plus particulièrement à l'axiologique⁸.

Le jeu de la concurrence électorale, la limitation temporelle de l'occupation du pouvoir, et l'absence d'absoluité des représentants politiques démocratiques, ne constituent pas les seules composantes du « vide symbolique ». Dans les sociétés démocratiques modernes, de même qu'aucun représentant politique n'occupe

⁷ L'expression conceptuelle est reprise de Claude Lefort. Cf. Lefort, C. (1981), « L'image du corps et le totalitarisme » in *L'invention démocratique*, (1994), Paris: Fayard, pp.159-176, p.172.

⁸ Cf. Idem : « La révolution démocratique moderne, nous la reconnaissons au mieux à cette mutation : point de pouvoir lié à un corps. Le pouvoir apparaît comme un lieu vide et ceux qui l'exercent comme de simples mortels qui ne l'occupent que temporairement ou ne sauraient s'y installer que par la force ou par la ruse ; point de loi qui puisse s'y fixer, dont les énoncés ne soient contestables, les fondements susceptibles d'être remis en question ; enfin, point de représentation d'un centre et des contours de la société : l'unité ne saurait désormais jamais effacer la division sociale. »

absolument le lieu du pouvoir, de même aucune valeur n'est absolument tenue pour vraie ou certaine. En réalité, c'est *du fait de* la non-absoluité des représentants politiques, que les valeurs humaines ne constituent ni des vérités, ni des certitudes : étant donné que ceux qui détiennent le pouvoir sont par définition sans cesse remis en question, les valeurs qu'ils énoncent ou défendent subissent de même, un questionnement incessant. En ce sens, la démocratie, définie comme lieu symboliquement vide se présente comme une reconnaissance de la variabilité des valeurs humaines et de leur incertitude. En d'autres termes, la démocratie moderne ne reconnaît aucune valeur humaine comme étant absolument et objectivement valide : elle marque « la perte des derniers repères de la certitude »⁹ en même temps qu'elle devient le lieu d'accueil symbolique de toutes les valeurs humaines. C'est d'ailleurs dans ce contexte d'incertitude inauguré par la démocratie moderne que le concept de valeur et son sens naissent :

« Le mot valeur est l'indice d'une impossibilité à s'en remettre désormais à un garant reconnu par tous : la nature, la raison, Dieu, l'Histoire ; il est l'indice d'une situation dans laquelle toutes les figures de la transcendance sont brouillées. »¹⁰

La démocratie, comme absence de figures transcendantes et absolues, implique donc une certaine forme de relativisme méta-éthique, qui se définit comme le refus de valeur transcendante ou encore, comme le rejet de toute absoluité des valeurs. *En tant que questionnement permanent des valeurs humaines, l'invention démocratique est un relativisme méta-éthique* : seulement si aucun jugement de valeur humain ne peut être tenu pour absolument vrai, seulement si aucun pôle transcendant n'est reconnu comme étant une parole et une norme absolues, alors devient possible un questionnement portant sur les jugements axiologiques.

4. Une voie intermédiaire entre nihilisme et naturalisme ?

⁹ L'expression, une nouvelle fois, est celle de Claude Lefort. Il explique le sens de cette dernière plus particulièrement dans son article : Lefort, C. (1986) "La dissolution des repères et l'enjeu démocratique" in *Le Temps Présent. Ecrits de 1945-2005*, (2007) Paris: Belin, pp.551-570.

¹⁰ Lefort, C. (1986), « L'idée d'humanité et le projet de paix universelle », in *Ecrire, à l'épreuve du politique* (1992) Paris: Calmann Lévy, pp.226-246, p.230.

Mais comment soutenir l'absence de certitude axiologique, sans pour autant affirmer que les choix humains « n'ont d'autre fondement que notre préférence arbitraire, donc aveugle », car « [s]i nos principes n'ont d'autre fondement que notre préférence aveugle », alors, « rien n'est défendu de ce que l'audace de l'homme le poussera à faire »¹¹. Une perspective non cognitiviste des valeurs et des jugements moraux induit le nihilisme décrit par Strauss, parce qu'elle considère que les jugements moraux ne sont rien de plus que l'expression de désirs, d'approbations ou de désapprobations¹². Cette perspective opère une séparation radicale entre ce qui est rationnel et ce qui est moral : les jugements moraux ne seraient pas des actes de connaissance, ou, ils ne seraient pas produits par la raison. Tout choix axiologique serait donc arbitraire, et non rationnel.

De manière plus problématique encore, *en déclarant impossible toute justification des choix axiologiques humains, le relativisme normatif moral non cognitiviste déclare par le même geste, l'impossibilité de tout argument rationnel en faveur de la démocratie*. En effet, si les choix axiologiques humains sont entièrement relatifs à la subjectivité humaine, la démocratie apparaît dès lors elle-même comme le choix arbitraire d'une forme politique et sociale.

À formuler ces liens entre démocratie et relativisme, il devient évident que ce dernier se présente à la première comme un véritable défi : comment justifier la démocratie moderne, tout en respectant le fait qu'elle soit un lieu axiologique symboliquement vide ? *En d'autres termes : comment prendre en compte la diversité des valeurs humaines et l'incertitude dont elles sont frappées, sans pour autant renoncer à les justifier ? Comment défendre une forme de relativisme qui embrasse les différences qui fondent les choix axiologiques humains, sans pour autant noyer ces choix dans l'arbitraire ?* C'est là la tension inhérente à la démocratie moderne : l'invention démocratique est celle qui arrive à se frayer une voie entre le Charybde qu'est le naturalisme, et le Scylla qu'est le nihilisme. L'effort pour échapper à la binarisation de la discussion opérée par ces deux écoles de pensée radicales, celui de penser un relativisme modéré qui permettrait la reconnaissance de l'Autre dans ses

¹¹ Strauss, L. (1953) *Droit naturel et Histoire*. (1986) (Nathan. M. et Dampierre, de E. ; Trad.) Paris : Flammarion, p.16. Pour la version originale, cf. Strauss, L. (1953) *Natural Right and History*, (1965), Chicago: Chicago University Press, pp.4-5.

¹² Cf. Kelsen, H. (1960), *Théorie Pure du droit*, (1999) (Eisenmann, C., Trad.), Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, « Sanctions transcendantales et sanctions socialement immanentes », pp.36-38. Kelsen, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, (2000) Wien : Österreich Verlag, « Transzendente und gesellschaftlich immanente Sanktionen », pp.29-31 (par suite abrégé : RR).

différences axiologiques, et qui ne couperait pas pour autant la possibilité de justifier rationnellement les choix humains, cet effort est celui que doit endosser la philosophie politique.

II. Hans Kelsen.

Un auteur classique qui a pensé avec une systématisme exemplaire cette question du relativisme normatif (et spécifiquement du relativisme moral) en rapport avec la démocratie, est Hans Kelsen (1881-1973), qui selon la formule consacrée, est « sans aucun doute, le juriste le plus éminent de son temps »¹³. Kelsen fait partie de ces rares auteurs qui définissent leur pensée comme étant *relativiste*¹⁴.

1. Positivisme juridique et relativisme moral.

En effet, si le nom de Kelsen est indissociablement associé au courant du positivisme juridique, c'est précisément dans le cadre cette théorie du droit qu'il soutient une position axiologique relativiste : axiologique, la relativisation kelsénienne porte autant sur les valeurs juridiques que sur les valeurs morales.

Ayant pour ambition de construire une science juridique, l'une des tâches principales qui incombe à la *Théorie pure du droit* (l'*opus magnum* de Kelsen) est donc celle de délimiter son champ d'étude : la connaissance humaine ne pouvant, selon Kelsen, légitimement connaître que ce qui est empirique¹⁵, la science juridique est limitée en conséquence au seul droit positif, c'est-à-dire aux seules normes juridiques posées. Or, ce qu'offre au regard l'empirie, c'est la diversité, la multiplicité, voire la conflictualité des contenus normatifs juridiques : c'est pourquoi,

¹³ La formule est de Roscoe Pound, doyen à cette époque de la Harvard Law School. Elle est citée par Telman, J. (2008) "The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: A Sociological Model" in *Law Faculty Publications*, Paper 7, p.2, Tiré de : http://scholar.valpo.edu/law_fac_pubs/7

¹⁴ Cf. Kelsen, H. (1953) « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ». *Droit et Société* (P. Coppens, Trad., 1992) 22(2), pp. 555-568, p.560 : « La théorie pure du droit est un positivisme juridique. Elle est même la théorie du positivisme juridique ; et le positivisme juridique marche main dans la main avec le relativisme. » (Nous soulignons).

¹⁵ À l'affirmation selon laquelle la *Grundnorm* contredirait cette limitation de la science à l'empirique, précisément parce que par définition la norme fondamentale n'est pas posée, il est possible de répondre que pour Kelsen, la *Grundnorm* ne relève pas de la connaissance, puisqu'elle est sup-posée. Si la connaissance est limitée à l'empirie, la *Grundnorm*, elle, ne se situe pas au même niveau théorique que le droit positif : elle se définit comme la condition de possibilité même de la connaissance du droit positif.

la science juridique kelsénienne sera non pas une sociologie du droit, mais une étude *formelle* de ce dernier, donc une étude qui se désintéresse autant que possible de son contenu.

C'est sous cette perspective qu'il faut comprendre un des sens du concept de pureté [*Reinheit*] mobilisé par Kelsen : l'ambition scientifique du juriste s'inscrit dans « le mouvement général des sciences sociales qui lui était contemporain »¹⁶ : la pureté sous cette perspective devient synonyme de « neutralité axiologique » [*Wertfreiheit*]. En ce sens, la *Reinheit* en tant que méthode métathéorique prescrivant un impératif de neutralité par rapport aux objets étudiés, c'est-à-dire une abstention des jugements de valeurs, ou des opinions politiques, s'apparente à la *Wertfreiheit* weberienne¹⁷.

Plus encore, c'est sous cette perspective du positivisme juridique que la définition kelsénienne des règles juridiques et morales comme *normes sociales*, fait sens. La seconde édition de la *Théorie* reconnaît ainsi un point commun crucial entre le champ juridique et le champ moral : tous deux prescrivent des comportements humains déterminés, dont l'infraction par un individu donné le soumet à un risque de sanction. De manière cohérente donc, la détermination de l'essence tant du droit que de la morale ne se base pas sur leur contenu respectif, mais sur leur forme normative. L'entreprise scientifique kelsénienne a ainsi pour condition de possibilité l'indifférence par rapports aux contenus normatifs, du fait de leur relativité empirique.

Cette neutralité par rapport aux contenus normatifs s'étend de manière cohérente au niveau de la question des formes sociales et politiques : du point de vue de la science juridique kelsénienne, tout Etat est par définition un Etat de droit. Autrement formulé, la différence entre un Etat monarchique, un Etat despotique et un Etat démocratique n'est pas perceptible au niveau du contenu des normes qu'ils énoncent respectivement : dans les exemples cités, les trois Etats prescrivent des

¹⁶ Bobbio, N. (1973) « Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen » in *Essais de théorie du droit (Recueils de texte)* (1998) (Guéret, M. et Agostini, C. ; Trad.) Paris : Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, pp.207-225, p.213.

¹⁷ Cf. Weber, M. (1917). « Essai sur le sens de la « neutralité axiologique » dans les sciences sociologiques et économiques ». *Essai sur la théorie de la science* (1992), Paris : Plon, p.380. Cf. également *Ibid.*, pp.365-433 : « En réalité il s'agit là exclusivement de l'exigence extrêmement triviale qui impose au savant ou au professeur de *faire absolument la distinction* (...) entre la constatations des faits empiriques (...) et *sa propre* prise de position évaluative de savant qui *porte un jugement [beurteilen]* sur des faits (...) ». Weber ne refuse pas cependant, que le scientifique exprime des jugements de valeurs, ou ses propres idéaux. Seulement, il faut que ces expressions soient clairement mentionnées comme étant des prises de position, et non des propositions objectivement valables (cf. *Ibid.*, pp.378-379). (Pour la version originale allemande, cf. Weber, M. (1917) « Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften“. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. (1951) 2 Aufl. Tübingen : Mohr, p.486, pp.475-526, et p.484).

comportements humains, donc établissent des normes juridiques, et sont de manière conséquente, des Etats de droit¹⁸.

Cette radicalité du relativisme normatif axiologique défendu par Kelsen doit être comprise comme étant animée par une forte volonté de séparer le droit, de la morale, le légal du légitime, ou encore le légal de la justice : ce qui est valide juridiquement n'est pas nécessairement juste, et inversement, ce qui est tenu pour juste n'est pas nécessairement valide légalement. Ainsi décrite, il devient évident que la position de Kelsen s'oppose fortement aux théories de droit naturel. Pour le juriste, le droit naturel représente l'absolutisme moral : prétendant savoir ce qu'est la justice, le droit naturel affirme par ce même geste détenir un critère absolu des contenus normatifs. Avec le droit naturel, c'est la possibilité d'une connaissance rationnelle du droit du point de vue de son contenu, qui est ouverte, puisqu'une telle école de pensée prétend pouvoir déterminer quels contenus normatifs seraient *absolument* justes, ou non. De manière symétrique, le droit naturel incarne aussi aux yeux de Kelsen, une forme d'absolutisme politique¹⁹.

L'entreprise kelsénienne consiste donc à montrer que cette prétention absolutiste est une illusion, et plus encore, qu'elle est irrationnelle. A ce niveau, c'est la nature de la raison humaine qui lui servira d'argument : la connaissance humaine se limite à ce qui est empirique ; or, l'empirie n'offre au regard humain que la diversité, la multiplicité voire la conflictualité des valeurs ; donc la connaissance d'une valeur absolue est derechef exclue.

Ce qui apparaît hautement enrichissant et stimulant au niveau de la *Théorie*, c'est qu'il est possible d'y retrouver une tension inhérente analogue à celle qui hante d'autres écrits de Kelsen. La systématisme de la *Théorie* tend à masquer les ambiguïtés qui se retrouvent au niveau des articulations qu'elle opère entre ambition scientifique, affirmation d'un relativisme normatif radical, et volonté réfrénée de défendre la démocratie.

¹⁸ C'est en ce sens que l'une des thèses les plus fortes de la *Théorie*, à savoir celle de l'identité entre Etat et droit, peut être interprétée comme relevant du relativisme normatif défendu par Kelsen.

¹⁹ Cet argument est employé dans divers écrits de Kelsen : cf. Kelsen, H. (1934), *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1997) (Litschewski, B., Paulson S. L. ; Trad.) Oxford: Oxford University Press, p.17 (Pour la version originale : H. Kelsen, (1934), *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, (2008) Tübingen: Mohr Siebeck, p.27) ; Kelsen, H. (1955), "Foundations of Democracy" in *Ethics* (66)1, pp.1-101, p.98 footnote 70 ; H. Kelsen, (1953) "What is justice?" in *What is justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, (2013) New Jersey: The Lawbook Exchange LTD, pp.1-24, p.21; H. Kelsen, (1949) "The Natural Law before the Tribunal of Science" in *What is justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, *op.cit.*, pp.137-173, p.153.

2. Un déséquilibre métathéorique entre droit et morale.

Il y a ainsi une tension entre le relativisme normatif qui est soutenu par le juriste, et la science juridique qu'il construit : le rapport entre connaissance et relativisme tel qu'il est articulé au sein de la *Théorie* n'est pas en effet, aussi équilibré qu'il n'y paraît.

Si en dépit de la relativité qui frappe nécessairement les contenus normatifs, une connaissance scientifique du droit reste possible – si en tant que théorie et métathéorie juridique, la *Théorie* est représentative de la cohabitation au niveau juridique, entre un fort relativisme normatif et un cognitivisme très affirmé, il serait alors attendu de manière cohérente, que pareille cohabitation soit laissée ouverte par Kelsen, au niveau moral. Au premier abord, Kelsen définit l'éthique comme étude scientifique des normes morales, et admet donc la possibilité d'une connaissance rationnelle morale²⁰. En apparence donc, le relativisme normatif fonctionne de façon analogue au niveau du droit et de la morale. En apparence, donc, Raymond Boudon a raison lorsqu'il énonce :

« Hans Kelsen et Noberto Bobbio repoussent aussi l'idée du droit naturel, mais ils n'en tirent aucune conclusion relativiste. Car ils ont su l'un et l'autre échapper au piège des questions binaires. »²¹

Pour ce qui est de Hans Kelsen, il ne semble pas tomber dans le « piège des questions binaires » parce qu'*a priori*, la *Théorie* ne présente aucune binarité : au niveau théorique les contenus des normes de droit, tout comme ceux des normes morales, sont relatifs. Et plus encore, cette relativité n'interdit pas, une connaissance *scientifique* de ces normes.

Or, une lecture attentive de la *Théorie* montre que cette cohabitation ne peut pas être tenue au niveau de la morale. Contre Boudon, il faut donc affirmer qu'il y a

²⁰ Cf. Kelsen, H. (1960), *Théorie Pure du droit, op.cit.*, p.65, note 1. (RR, p.60, note) : « L'éthique, comme la science du droit, est une science de normes, parce qu'elle a pour objet des normes de *Sollen* en tant que significations, et non les actes réels qui ont pour signification les normes et qui sont unis par le lien de causalité. »

²¹ Boudon, R. (2008), *Le relativisme, op.cit.*, p.21.

effectivement chez Kelsen, non seulement une conclusion relativiste, mais plus encore, une binarisation de la discussion lorsqu'il s'agit de la question morale²².

À plusieurs endroits de la *Théorie*, et cela de manière répétée, la morale se trouve être dotée d'une subjectivité intrinsèque par Kelsen, compromettant sa connaissance scientifique. Tout choix moral se trouve être défini comme l'élection d'un intérêt particulier contre un autre ; tout jugement moral, quant à lui, est réduit à une affaire d'approbation ou de désapprobation. Cette subjectivité inhérente à la morale fragilise son statut normatif, parce que précisément elle le rend ambivalent. Alors que les jugements de valeur émis à l'occasion du droit sont objectifs, parce qu'ils se réfèrent à une norme, les jugements de valeur émis à l'occasion de la morale sont considérés par Kelsen comme étant subjectifs, car ils ne se réfèrent pas à une norme : cette affirmation contredit celle qui définit la morale comme norme.

Un second point d'ambivalence est créé par le fait que le juriste ne se contente pas de relever la subjectivité des valeurs et des jugements moraux, mais postule plus encore, leur irrationalité. La *Théorie* défend ainsi un relativisme axiologique normatif, théorique et métathéorique, basé sur une épistémologie de la connaissance humaine, et plus précisément : sur une conception particulière de la raison humaine. Pour Kelsen, la raison humaine a essentiellement une fonction de connaissance, et non une fonction de désir ou une fonction de volonté : l'opposition entre connaissance et volonté rejoint ainsi celle entre description et prescription ou encore, entre science et morale. Sur base de ces oppositions conceptuelles, Kelsen refuse l'idée d'une raison pratique humaine. Le domaine pratique de la vie humaine étant une affaire de prise de décision, il requiert que les individus tranchent les conflits d'intérêts inhérents au social. Or, pour le juriste, décider, c'est élire un intérêt au détriment d'un autre et telle élection est par définition, une opération de la volonté ou du désir, et non pas relevant de la rationalité. Prendre une décision pratique, c'est donc agir en étant mu par sa volonté et ses désirs, et non par sa raison. Cette séparation entre connaissance et volonté, ou plus précisément : cette détermination de la nature de la raison humaine par Kelsen, est problématique, parce qu'elle pose la question même de l'ambition scientifique de l'auteur. En effet, sous une telle perspective, la volonté d'établir une science juridique n'est-elle pas elle-même l'élection arbitraire d'un intérêt personnel ?

²² Pour être juste vis-à-vis du sociologue français, il convient d'avoir à l'esprit qu'il se réfère à l'addendum de Kelsen intitulé « Justice et droit naturel », et non à la *Théorie*.

L'irrationalité et la subjectivité dont Kelsen frappe la morale, se déclinent au niveau des questions politiques. Une telle déclinaison est légitimement attendue : si Kelsen juge que les conflits de valeurs ne sont que des conflits d'intérêts, et que ces conflits ne peuvent être pas tranchés de manière rationnelle, alors le champ politique, de manière analogue au champ moral, en tant qu'il appelle lui aussi à des prises de décisions, est assujéti au même exercice de la volonté, et donc, condamné à la même subjectivité, voire irrationalité. En d'autres termes, pour Kelsen, la question de la justice et la question de la démocratie – ou plutôt : *la question du meilleur régime*, ne peuvent pas recevoir de réponses définitives, parce qu'elles ne peuvent pas se résoudre scientifiquement, c'est-à-dire, rationnellement.

3. Un déséquilibre inhérent à l'œuvre tardive de Kelsen.

La première question spontanée devant de telles prises de position, semble être celle que relève Bjarup à l'occasion de son analyse de la philosophie de la justice kelsénienne : si tous les jugements moraux et politiques émis par les hommes sont réductibles à une simple expression de préférences personnelles, « [p]ourquoi Kelsen prend-t-il soin d'informer les autres de son état d'esprit émotionnel ? »²³ Pourquoi Kelsen consacre-t-il autant d'écrits aux questions morales et politiques en général, et en particulier, à étudier la justice et la démocratie ? Ces incursions spéculatives sont par ailleurs d'autant plus surprenantes, qu'elles n'énoncent pas autre chose, en substance, que ce que dit déjà la *Théorie* : tout comme la *Théorie*, elles concluent sur l'impossibilité de trancher les questions morales et politiques. Pourquoi Kelsen prend-t-il soin de consacrer de nombreuses études à ces questions, pour simplement énoncer ce que contient déjà en substance, son *opus magnum* ?

Il convient de préciser ici, que de manière significative, la production écrite d'après 1945 marque chez Kelsen un développement considérable de sa position eu égard de la question morale²⁴. Il convient ainsi de noter sa *farewell lecture* s'intitule

²³ Bjarup, J. (1986), "Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice." in *Essays on Kelsen*, (Tur R., Twining, W. ; Eds.), Oxford: Oxford University Press, pp.273-304, p.298.

²⁴ C'est pourquoi le débat portant sur l'identification des différentes phases de la pensée kelsénienne n'a pas besoin d'être tranché ici : il semble suffisant que les auteurs qui se sont penchés sur la question s'accordent sur changement significatif dans la pensée de Kelsen coïncidant approximativement avec son immigration aux Etats-Unis. Que cette phase soit une « phase sceptique » (Paulson), « phase analytico-linguistique » ou encore une « phase entièrement positiviste » (Bulygin) importe peu dans le cadre de l'étude du *relativisme moral* de Kelsen.

de manière emblématique “*What is justice?*”(1952). C’est à peu près à la même période qu’il rédige son écrit le plus conséquent à propos de la démocratie : “*Foundations of Democracy*” (1955). C’est également à cette période que la *Théorie Pure du droit*, connaît une seconde édition (1960) et une extension conséquente²⁵. Cette production de textes est significative, non pas parce qu’elle marque l’apparition de nouvelles questions – la question de la justice tout comme celle de la démocratie sont déjà présentes dans la réflexion de Kelsen bien avant 1945 – ou encore un changement radical de la position théorique kelsénienne. Elle est significative parce que non seulement elle naît dans le contexte politique de l’après Seconde Guerre Mondiale, et plus encore, parce qu’elle coïncide avec l’émigration de Kelsen aux Etats-Unis. Dans un contexte historique assombri par l’ « ombre de Hitler »²⁶, il est vraisemblable que les individus attendaient une certaine réponse à ce niveau de la part de leurs intellectuels²⁷, et précisément du fait de cette attente, il est permis d’assister à un renouveau du droit naturel²⁸ : le retour de la question de la justice et de la démocratie, chez Kelsen dans ce contexte, fait donc sens.

Mais comme cela a déjà été énoncé, ce nouveau volume d’écrits ne fait que renforcer et le relativisme axiologique affirmé par Kelsen, et ses ambiguïtés inhérentes : le contraste entre le contenu des propositions émises par le juriste à

²⁵ Le chapitre consacré à « Droit et Morale » est considérablement développé, et l’ouvrage lui-même se trouve être greffé de deux *addenda* intitulés respectivement „Das Problem der Gerechtigkeit“ et « Justice et Droit naturel ».

²⁶ Strauss, L. (1953) *Droit naturel et Histoire*. (1986) (Nathan. M. et Dampierre, de E. ; Trad.) Paris : Flammarion, p.51. Pour la version originale, cf. Strauss, L. (1953) *Natural Right and History*. 1965. Chicago: Chicago University Press, p.42. (par suite, abrégé : *NRH*).

²⁷ Ce qui est suggéré ici, c’est l’attente d’une intervention intellectuelle, au sens où l’explicite Marc Maesschalck. Sous cette perspective éthique contemporaine, l’intervention intellectuelle ne désigne pas seulement une production de discours, mais plus encore et de manière plus fondamentale, une participation dans le champ éthique, c’est-à-dire dans le champ des actions humaines. Explicitée de cette manière, il est aisé de comprendre pourquoi et à quel point sa conception de la science empêche Kelsen de toute intervention intellectuelle. Cf. Maesschalck, M. (Ed.). (2010) *Transformations de l’éthique, De la phénoménologie radicale au pragmatisme social*, Bruxelles: Peter Lang, pp. 9-10. Preuve est de cette attente, la réception plutôt impopulaire de Kelsen aux Etats-Unis, attribuable à son positivisme juridique, et plus précisément à la neutralité morale qu’il implique : « Le concept de droit est ainsi moralement neutre en ce sens que la question de savoir si une norme ou un ordre normatif est du droit, dépend de critères dont la nature est amoral. » (Troper, M. (1996) « Positivisme juridique ». *Dictionnaire de Philosophie Politique*, (2003) (Raynaud, P., Rials, S ; Dir.), Paris : PUF, p.578.)

²⁸ Cf. Kelsen, H. (1960) *Théorie Pure du droit*, *op.cit.*, « Préface à la seconde édition », p.8. (*RR*, « Vorwort zur zweiten Auflage », p.viii) : « Aujourd’hui comme hier, l’effort vers une science du droit objective, qui se contente de décrire son objet, se heurte à la résistance obstinée de tous ceux qui, méconnaissant les frontières qui séparent la science de la politique, croient pouvoir fixer, au nom de la science, le contenu que devrait avoir le droit (...). C’est en particulier la métaphysique de la doctrine du droit naturel qui, à nouveau réveillée, se dresse avec cette prétention face au positivisme juridique. » (Nous soulignons). Sur le même constat, cf. Hart, H.L.A (1961) *Le concept de droit*, *op.cit.*, pp.225-226. (*CL*, p.208).

propos de la morale et de la politique – relativisme radical, voire subjectivisme – et le nombre d'écrits qu'il consacre pourtant à ces thèmes, révèle une friction dans la pensée du juriste, comme si lui-même n'était pas satisfait par la réponse relativiste qu'il est pourtant, selon lui, rationnellement amené à y apporter²⁹. En d'autres termes, en consacrant une grande énergie à réfuter et à disqualifier rationnellement le droit naturel classique, compris comme une forme emblématique de l'absolutisme moral et politique, Kelsen n'entrevoit pas de solution intermédiaire entre absolutisme et relativisme radical, et s'interdit ainsi d'apporter des justifications à ses propres choix politiques et moraux.

Le juriste se retrouve ainsi appelé à adopter une position faible, alors qu'il a clairement l'intuition d'une définition possible de la justice : s'astreignant lui-même aux limites qu'il a tracées au niveau de la raison humaine, Kelsen ne peut pas fonder la justice dont il a pourtant l'intuition. C'est pourquoi, à défaut de chercher à argumenter en faveur de celle-ci, convaincu qu'il est qu'une remise en question de la nature de la raison telle qu'elle est définie par la *Théorie*, rouvrirait la porte au droit naturel et à l'absolutisme en général, Kelsen est mis en demeure de présenter cette intuition comme une simple préférence personnelle :

« Etant donné que je suis scientifique de profession et que la science est ce qui compte le plus dans ma vie, *ma* justice est celle sous la protection de laquelle la science peut prospérer et, avec elle, la vérité et la sincérité. C'est la justice de la liberté, la justice de la paix, la justice de la démocratie, la justice de la tolérance. »³⁰

4. Vers une interprétation de Kelsen, via le prisme de la Modernité.

Explicité de la sorte, le paradigme kelsénien semble être symptomatique de la Modernité elle-même. En effet, le concept de pureté paraît répondre à une nouvelle configuration qu'inaugure la Modernité : il est légitime et crucial, car une

²⁹ Cette hypothèse est basée sur le fait que dans la conférence donnée à Berkeley, Kelsen souligne lui-même le besoin de justification inhérent à la nature humaine : c'est parce que les individus sont dotés d'une conscience, qu'ils rechercheraient sans cesse une justification rationnelle de leur conduite. Or, si elle est rationnelle, cette justification ne peut être que conditionnée : toute théorie qui révèle au regard humain un tel état de fait – la relativité de toute justification rationnelle – apparaît donc insatisfaisante.

³⁰ Cf. Kelsen, H. (1957) *Qu'est-ce que la justice ?* (2012) (Le More, P. et Plourde, J. ; Trad.) Genève : Markus Haller, p.96 ; cf. Kelsen, H. (1957) « What is justice ? ». *op.cit.*, p.24.

connaissance scientifique du droit, entendue comme connaissance du droit indépendamment du politique et de la morale, est un rappel aux hommes que ce qui est légal ne coïncide pas nécessairement avec ce qui est légitime ou encore, ce qui est juste. Cette appréhension désillusionne les individus par rapport à leurs attentes vis-à-vis du juridique : elle ne signifie pas pour autant une suppression des attentes, mais simplement un recentrement de ces dernières.

Le relativisme normatif moral défendu par le juriste, quant à lui pourrait être rééquilibré, par une herméneutique de la Modernité : comme cela a été mentionné, la démocratie moderne nécessite et implique une forme de relativisme méta-éthique, *par définition*. Elle ne pourrait pas se définir comme lieu symboliquement vide, si elle n'avait pas conscience et n'assumait pas les conflits de valeur inhérents au social. Il y a donc chez Kelsen un « bon relativisme » : celui qui constate les conflits sociaux, et qui conclue à partir d'eux, l'impossibilité d'une solution absolutiste morale ou politique. Le « mauvais relativisme » qu'il est possible de retrouver sous sa plume, c'est celui qui est basé sur la nature de la raison humaine. C'est à ce niveau qu'il est possible de voir à l'œuvre, une binarisation de la discussion : soit il y aurait résolution rationnelle des conflits de valeurs signifiant l'apport d'une solution définitive, soit l'absence de solution définitive témoigne de l'impossibilité d'une résolution rationnelle de ces conflits. Or :

« Notre destin en tant qu'individus d'une ère moderne tardive, est de vivre pris dans un permanent bras de fer entre la visée de l'universel et l'attachement au particulier. Dans un « monde désenchanté » au sens wébérien, les valeurs en concurrence demandent notre allégeance. (...) Alors que pour Weber cette condition signifiait un polythéisme des valeurs inéluctable et inévitable, pour moi, il suggère la mauvaise foi de toute tentative qui essaierait de simplifier le champ des tensions morales, en éliminant d'importants aspects de nos allégeances multiples et conflictuelles. »³¹

III. Conclusion

³¹ Benhabib, S. (2004), *The Rights of Others : Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge : Cambridge University Press, p.16. (Nous traduisons).

Aménager une sortie de cette alternative radicale binaire constitue le véritable défi pour la réflexion philosophique. Penser une rationalité qui prenne en compte une forme de relativisme, devenue indéniable avec l'avènement des démocraties modernes, en même temps qu'elle permettrait une lecture cognitiviste des choix pratiques humains, le tout sans tomber dans la présupposition de valeurs absolues : telle est l'ambition de la présente réflexion. Si la Modernité est interprétée comme l'ère de la perte des repères de la certitude³², alors, l'œuvre de Kelsen peut être elle-même lue comme étant symptomatique de la Modernité. Les ambiguïtés et les tensions de son œuvre, peuvent alors être interprétées comme la remise en question voire le rejet de toute tentative transcendante de fonder la morale ou le politique : le rejet du droit naturel et le caractère anti-idéologique de la *Théorie* participent à ce geste de dénonciation de tout absolutisme qu'il soit moral ou politique.

Dans un écrit tardif, Kelsen affirme que la base de la démocratie est constituée par une philosophie relativiste, à laquelle il oppose l'autocratie, qui elle se fonderait sur une philosophie absolutiste. *Foundations of Democracy* met ainsi en œuvre explicitement une argumentation rationnelle en faveur de la démocratie, c'est-à-dire en faveur d'un choix politique. À lire cet article à la lumière du relativisme axiologique ambigu qui jalonne l'œuvre kelsénienne, il est possible de voir dans ce geste, la confirmation du fait que la défense de choix pratiques est compatible avec le positivisme juridique affirmé par l'auteur, et donc que le relativisme axiologique radical qu'il affirme dans sa *Théorie* ou dans ses écrits consacrés à la justice, n'est pas *en soi* nécessaire en tant que critère de scientificité.

Parce que notre situation politique et sociale appelle à se confronter à cette question précise du rapport entre relativisme axiologique et démocratie, parce qu'elle appelle inlassablement à déterminer le « dosage » de relativisme axiologique nécessaire au sein de la forme sociale et politique démocratique, l'étude du relativisme moral kelsénien est important.

Il ne s'agit pas de postuler que le relativisme moral mettrait en difficulté le vivre ensemble des hommes, car Wong a raison lorsqu'il énonce :

³² Une nouvelle fois, cf. Lefort, C. (1986) "La dissolution des repères et l'enjeu démocratique", *op.cit.*

« S'inquiéter du relativisme moral comme s'il était un solvant du ciment social, c'est non seulement attribuer trop de pouvoir à une doctrine philosophique, mais également, ne pas comprendre la nature du problème. »³³

La prise en compte réelle des différentes valeurs qui sont immanentes au social ne signifie pas nécessairement que l'élection de quelques unes d'entre elles, qui constitueraient des pôles de solidarité, et donc qui joueraient le rôle de « ciment social », serait impossible. Le relativisme moral, même dans sa version la plus radicale, et donc la plus problématique, celui « qui exclut la réflexion tant sur ses principes que sur ses conséquences dans la pratique »³⁴, n'est pas un solvant du vivre ensemble humain : il n'empêche pas les choix pratiques ; il énonce simplement qu'ils sont arbitraires. Cependant, *il est le véritable solvant de la démocratie* : s'opposant aux absolutismes théoriques, le relativisme moral qui se présente lui-même comme absolu, empêche *l'invention démocratique*³⁵. Sous son égide, toute élection axiologique n'est plus simplement présentée comme une tâche infinie à remettre perpétuellement sur l'ouvrage, et qui appelle sans cesse à être questionnée : le « relativisme débridé »³⁶ franchit un pas de plus, en rendant *vaine toute élection axiologique*. Or, si tout choix pratique, toute élection de valeurs deviennent vains, alors l'invention démocratique elle-même est condamnée à la vacuité.

³³ Wong, D.B. (2004) "Relativisme moral", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t.2, Canto-Sperber, M. (dir.), Paris : PUF, pp.1661-1668, p.1668.

³⁴ Lefort, C. (1986), « L'idée d'humanité et le projet de paix perpétuelle », *op.cit.*, p.229.

³⁵ L'expression célèbre est celle de Claude Lefort. Cf. l'ouvrage éponyme du philosophe : Lefort, C. (1981), *L'invention démocratique*, *op.cit.*

³⁶ Lefort, C. (1986), « L'idée d'humanité et le projet de paix perpétuelle », *op.cit.*, p.229.