

Bentham et Kelsen

Michel van de Kerchove

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2012/2 Volume 69 , PAGES 106 À 120
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.069.0106

Date de mise en ligne : 22/01/2013

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-2-page-106?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Bentham et Kelsen

Michel van de KERCHOVE
Recteur honoraire et Professeur émérite des Facultés universitaires
Saint-Louis à Bruxelles

Introduction

Tenter d'établir des relations entre Bentham et Kelsen n'est pas chose aisée, et cela au moins pour trois raisons. D'abord, parce que les références explicites de Kelsen à l'œuvre de Bentham sont relativement rares. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous n'en avons identifié que deux. Dans *General theory of law and state*, Kelsen cite incidemment Bentham à propos de la distinction établie par Austin entre obligations primaires et secondaires, pour rappeler que ce dernier s'appuie sur le fait que Bentham distingue les branches impérative et punitive de la règle de droit, tout en considérant qu'elles sont corrélatives l'une à l'autre¹. Par ailleurs, dans sa *Théorie générale des normes*, Kelsen consacre un paragraphe entier à la déontologie de Jeremy Bentham, comme illustration de la négation du dualisme de l'être et du devoir-être². Ensuite, les études consacrées aux relations entre la pensée de ces deux auteurs sont, à notre connaissance, également peu nombreuses. On relèvera principalement les développements que Joseph Raz leur consacre dans *The concept of a legal system*³, les comparaisons établies par Keekok Lee dans *The legal-rational state*⁴, ainsi que l'étude récente de Guillaume Tusseau

1 H. KELSEN, *General theory of law and state*, trad. de A. Wedberg, Cambridge, Mass., Harvard University press, 1946, p. 64.

2 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. de O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, pp. 90-92.

3 J. RAZ, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, Oxford, Clarendon press, 1970.

4 K. LEE, *The legal-rational state. A comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*, Aldershot e.a., Avebury, 1990.

R.I.E.J., 2012.69

intitulée *Bentham et le normativisme viennois*⁵. Enfin, les thèmes sur lesquels la comparaison entre les deux auteurs est possible sont évidemment multiples et nous ne pourrions en retenir ici qu'un nombre limité.

Dans la mesure où le colloque pour lequel cette contribution a été rédigée⁶ entendait se centrer sur l'édition récente de *Of limits of the penal branch of jurisprudence*⁷ due à Philip Schofield, nous tenterons d'établir certaines comparaisons entre la pensée de Bentham et celle de Kelsen, en retenant un certain nombre de problématiques explicitement abordées dans cet ouvrage. En ce qui concerne la pensée de Kelsen, nous privilégierons la deuxième édition de la *Théorie pure du droit* qui nous paraît incontestablement son œuvre la plus aboutie, tout en nous référant également à la *Théorie générale des normes*, lorsque sa pensée paraît avoir évolué, dans la mesure où cet ouvrage reflète le dernier état de ses réflexions.

Les thèmes que nous retiendrons sont les suivants : la science du droit ; les rapports entre droit et morale ; la règle de droit ; la source du droit ; le système juridique.

1. La science du droit

Bien que le vocabulaire utilisé par Bentham soit partiellement variable et source de confusion, car il utilise tantôt le terme de « science of legislation », tantôt celui de « science of jurisprudence »⁸, tantôt encore le seul terme de « jurisprudence »⁹, il apparaît que cette

5 G. TUSSEAU, « Bentham et le normativisme viennois. Impressions de lecture (De Bentham à Kelsen en passant par Merkl, une trame conceptuelle récurrente de la théorie juridique » (à paraître). Cf. également ID., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 62 et suiv.

6 Ce colloque international avait pour thème « Jeremy Bentham's Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence » et était organisé par l'École de droit de SciencesPo à Paris les 18 et 19 avril 2011, sous la responsabilité de Guillaume Tusseau. Je remercie ce dernier de m'avoir autorisé à publier la version française de cette contribution qui doit paraître en anglais dans les Actes du colloque.

7 J. BENTHAM, *Of the limits of the penal branch of jurisprudence*, Ph. Schofield (éd.), Oxford, Clarendon press, 2010.

8 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, pp. 15 et 20.

9 *Ibid.*, p. 16.

R.I.E.J., 2012.69

expression recouvre, selon lui, deux démarches différentes, qu'il a le souci de distinguer¹⁰ : celle qui consiste à « établir ce que le droit est » (*what the law is*) et à « établir ce que le droit doit être » (*what the law ought to be*). Il qualifie la première de « *expository jurisprudence* » et la seconde de « *ensorial jurisprudence* » ou encore de « *art of legislation* »¹¹. Bien que le souci analytique et descriptif occupe une place importante dans son œuvre, on ne peut pas nier la prédominance de ses préoccupations réformatrices et Keekok Lee a pu dire que « son objectif ultime est de réformer le droit de telle façon qu'il n'y ait plus aucun écart entre le droit tel qu'il est et tel qu'il doit être, à partir du moment où tous les actes de législation se conformeraient aux exigences de l'utilité »¹². On précisera encore que, pour Bentham, la « *jurisprudence* » constitue une entité « fictive » dont on ne peut comprendre la signification réelle qu'en la plaçant aux côtés d'un autre mot désignant une entité réelle, tel que « livre », par exemple. Concernant l'« *expository jurisprudence* », il distinguera selon qu'elle est dotée d'autorité ou non, c'est-à-dire selon qu'elle émane du législateur lui-même ou de toute personne quelconque. On rappellera enfin que Bentham distingue, au sein de la « jurisprudence », un ensemble de « branches » différentes¹³, selon son étendue (ce qui lui permet de distinguer une « jurisprudence » locale et une « jurisprudence » universelle), selon la qualité des personnes concernées (ce qui lui permet de distinguer une jurisprudence « interne » et une jurisprudence « internationale »), selon sa relation au temps (ce qui l'amène à distinguer une jurisprudence « ancienne » ou « historique » et une jurisprudence « présente » ou « vivante »), selon la forme ou le mode d'expression du droit étudié (ce qui lui permet de distinguer une « jurisprudence » relative au droit écrit et une autre relative au droit coutumier) et, enfin, selon qu'elle se rapporte au droit pénal ou au droit civil.

En ce qui concerne Kelsen, si l'on retrouve chez lui la volonté, commune aux différents représentants du positivisme juridique, de distinguer clairement, comme Bentham, la démarche consistant à « établir ce qu'est le droit et comment il est » et la démarche

10 Cf. *Ibid.*, p. 20 où Bentham reproche à des auteurs comme Grotius, Puffendorf ou Burlamaqui de se référer « tantôt à ce que le droit est, tantôt à ce qu'il doit être ».

11 *Ibid.*, p. 16.

12 K. LEE, *op.cit.*, p. 151.

13 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, pp. 17 et suiv.

R.I.E.J., 2012.69

consistant à « dire comment le droit devrait être ou doit être ou être fait », il entend en revanche éviter toute forme de confusion entre les deux en précisant que la première seule « entend être science du droit » et que la seconde relève de ce qu'il appelle la « politique juridique »¹⁴. Quant à la Théorie pure du droit, même si Kelsen n'a pas refusé durant sa carrière de participer à des réformes juridiques importantes, elle entend être exclusivement une « science du droit » ; elle entend également être, non pas la « théorie d'un ordre juridique déterminé », mais une « théorie générale du droit », c'est-à-dire une « théorie du droit positif en général »¹⁵, cherchant à « saisir le droit positif dans son essence et à le comprendre par une analyse de sa structure »¹⁶. En ce sens, elle se rapproche de l'« expository jurisprudence » benthamienne, conçue dans sa perspective universelle. On soulignera enfin, non sans analogie avec Bentham, le constructivisme caractéristique de sa démarche et la place qu'occupent les fictions dans une telle construction, notamment dans la conception qu'il s'est faite de manière ultime de la norme fondamentale¹⁷.

2. Droit et morale

Si la morale, que Bentham qualifie d'« éthique privée » ou « art de se gouverner soi-même », et la législation ont la même finalité, à savoir le bonheur de chaque membre de toute collectivité quelconque¹⁸, elles diffèrent quant au type de sanction qu'elles mettent en œuvre et quant aux actes qu'elles sont appelées à diriger. La législation ne pouvant intervenir directement que par la mise en œuvre d'une « sanction politique », c'est-à-dire d'une « peine »

14 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 1. Cf. également *Ibid.*, p. 147 : « la théorie pure du droit...veut décrire le droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il devrait être ».

15 *Ibid.*, p. 1.

16 *Ibid.*, p. 148.

17 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 345 où Kelsen affirme que « la norme fondamentale, au sens de la 'philosophie du comme si' de Vaihinger, n'est pas une hypothèse- comme je l'ai moi-même quelquefois caractérisée-, mais une fiction qui se distingue de l'hypothèse par le fait qu'elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience que la réalité ne lui est pas conforme ».

18 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, p. 6.

R.I.E.J., 2012.69

(*punishment*), il existe, selon Bentham, quatre types de situations dans lesquelles une telle intervention ne peut pas être envisagée, même si l'intervention de l'éthique est parfois concevable¹⁹. Il s'agit du cas où la peine serait sans fondement, celui où elle serait inefficace, celui où elle ne serait pas profitable et celui où elle ne serait pas nécessaire. Dans le premier cas, qui est celui où l'acte envisagé ne cause aucun mal, ni l'éthique ni la législation ne doivent intervenir. Le deuxième cas englobe aussi bien l'hypothèse d'une intervention tardive ou défectueuse, où l'intervention de l'éthique est concevable, mais non celle de la législation, que celui d'une intervention impuissante à l'égard de comportements non intentionnels ou à l'égard de personnes dépourvues d'une conscience suffisante, où ni l'éthique ni la législation ne paraissent pouvoir exercer leur influence. Le troisième cas est celui où l'intervention d'une peine est trop coûteuse, dans la mesure où le mal de la peine excède celui de l'infraction, hypothèse où seule l'éthique est appelée à intervenir. Le quatrième cas, que Bentham a développé ailleurs, est celui où « l'on pourrait atteindre le même but par des moyens plus doux »²⁰, hypothèse qui laisse une fois encore une place importante à la morale.

Réciproquement, si Bentham considère que l'éthique privée comporte trois types de règles - de prudence, de probité et de bienfaisance -, le premier est, selon lui, celui qui a le moins besoin de l'assistance de la législation, le second qui en a le plus besoin, et le troisième, enfin, qui doit être dans une large mesure laissé à l'intervention de l'éthique²¹.

Kelsen, quant à lui, entend tout d'abord, comme il l'a fait pour le droit, dissoudre la confusion traditionnelle entre la morale qui groupe, selon lui, « l'ensemble des normes sociales autres que juridiques » et l'éthique qui est la « discipline qui entreprend de les connaître et de les analyser »²². Sa volonté d'élaborer une théorie

19 A ce sujet, cf. notamment M. van de KERCHOVE, « Décriminalisation et dépenalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 663 et suiv.

20 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, E. Dumont (éd.), Bruxelles, Coster & Cie, 1829, t.I, p. 69.

21 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, pp.11 et suiv.

22 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op.cit.*, p.79.

R.I.E.J., 2012.69

« pure » du droit l'amène cependant, plus nettement que Bentham, non seulement à distinguer radicalement droit et morale, mais à éviter toute forme d'interférence entre science du droit et éthique et à s'abstenir de toute forme de recommandation relative à leurs interventions respectives. Il en résulte notamment que « du point de vue d'une connaissance scientifique du droit positif, sa justification par un ordre moral distinct de lui est irrelevante »²³. Il en résulte également, selon lui, une relativisation des valeurs morales aux termes de laquelle « tout système de morale » peut jouer le rôle d'étalon « pour apprécier les ordres juridiques positifs »²⁴, ce qui le différencie incontestablement de Bentham pour qui une morale utilitariste bénéficie d'un privilège absolu. Quant à la distinction entre droit et morale, Kelsen rejoint sans doute Bentham dans l'idée que « le droit ne peut être distingué de la morale que si ... on le conçoit comme un ordre de contrainte », « alors que la morale, elle, est un ordre social ... dont les sanctions se trouvent uniquement dans l'approbation des conduites conformes aux normes et la désapprobation des conduites contraires aux normes, l'emploi de la force n'entrant par conséquent absolument pas en ligne de compte »²⁵.

3. La règle de droit

Concernant la règle de droit (*law*), Bentham évoque quatre questions principales : sa définition ; sa structure ou ses éléments constitutifs ; ce qu'elle doit contenir pour être complète, c'est-à-dire ce qu'on a pu appeler le problème de son individuation ; et, enfin, ce qu'il appelle les « aspects » de la règle de droit, c'est-à-dire les modalités selon lesquelles la volonté du législateur est susceptible de se rapporter à son objet.

En ce qui concerne sa définition, Bentham conçoit la règle de droit comme un ensemble de signes exprimant une volonté conçue ou adoptée par le souverain d'un État, concernant la conduite qui doit être observée dans une situation donnée par une personne ou une catégorie de personnes dont on suppose qu'elles sont soumises à son pouvoir.

²³ *Ibid.*, p. 92.

²⁴ *Ibid.*, p. 91.

²⁵ *Ibid.*, pp. 85-86.

R.I.E.J., 2012.69

Une telle volonté entend ainsi agir comme un motif à l'égard de ceux dont la conduite est concernée²⁶. Le concept est donc pris dans un sens très large qui couvre non seulement les règles générales adoptées par le législateur, mais encore les décisions individuelles adoptées par le pouvoir judiciaire ou le pouvoir exécutif, ainsi que les ordres adoptés par de simples particuliers, tels que ceux du maître à l'égard de son serviteur ou d'un parent à l'égard de son enfant, du moment qu'ils ne sont pas illégaux, c'est-à-dire interdits par une autre règle de droit²⁷.

Pour sa part, Kelsen adopte une conception de la norme juridique qui présente à la fois des similitudes et des différences par rapport à celle de Bentham. En définissant la norme comme « la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer une conduite d'autrui »²⁸, Kelsen entend apporter plusieurs précisions qui sont absentes chez Bentham. D'une part, il entend « distinguer nettement cette 'norme' de l'acte de volonté qui la pose » dans la mesure, dira-t-il, où « la norme est un 'devoir être (*Sollen*), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un 'être *Sein*' »²⁹. D'autre part, il ne suffit pas, selon lui, qu'un acte ait la signification « subjective » d'une norme ; il faut encore qu'il en ait la signification « objective », ce qui est le cas « lorsque cet acte est habilité par une norme qui est, pour cette raison, considérée comme une norme 'supérieure' »³⁰. Enfin, la référence au souverain d'un État n'a, dans la pensée de Kelsen, que la portée d'une « métaphore »³¹ et doit logiquement céder la place à l'idée que la norme émane d'un individu quelconque qui « est appelé à remplir cette fonction par une procédure

26 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, pp. 24-25.

27 *Ibid.*, pp. 25 et suiv.

28 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 7.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, p. 11 ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 35 : « Seul le commandement 'habilité' a également la signification objective du devoir-être ; cela signifie que seul le commandement habilité est une norme, obligatoire pour l'adressataire de la norme ».

31 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 386.

R.I.E.J., 2012.69

réglée dans l'ordre juridique »³², et cela, autant par le biais de normes individuelles que de normes générales³³.

En ce qui concerne les éléments constitutifs (*parts*) de la règle de droit, Bentham, dans le sillage de Blackstone, en évoque d'abord quatre, dont il admet cependant les frontières incertaines : un élément déclaratif qui consiste dans la description de l'acte ; un élément directif qui précise le caractère interdit ou obligatoire de l'acte ; un élément réparateur qui ne paraît cependant concevable que lorsqu'il y a matière à compensation ; un élément vindicatif, enfin, qui se réfère à la sanction prévue³⁴. Bentham, quant à lui, en propose dès lors deux qu'il qualifie l'un de « directif », l'autre de « sanctionnateur » ou « incitatif », qui prend lui-même une forme soit « comminatoire », soit « invitative », selon que la sanction a la nature d'une peine ou d'une récompense. Le premier exprime la volonté du législateur ; le second indique le motif qu'il fournit aux personnes concernées pour se soumettre à cette volonté³⁵. Il précisera encore que « dans toute règle de droit (tout au moins dans toute règle de droit d'une certaine importance), il y a une partie de nature pénale et une autre simultanément qui est de nature civile³⁶. S'il admet que la partie civile est généralement considérée comme la plus importante, il estime, quant à lui, que c'est la partie pénale qui dispose d'une priorité en termes de compréhension et de formulation, dans la mesure où c'est d'elle que dépend la force obligatoire d'une règle de droit³⁷.

Comme on le rappellera, Kelsen admet également l'existence de « fragments de normes »³⁸ ou ce qu'il appelle lui-même des « normes juridiques non indépendantes »³⁹, telles que les normes qui prescrivent ou permettent une certaine conduite, des normes abrogatoires, des

32 *Ibid.*, p. 387.

33 *Ibid.*, p. 313 : « les normes juridiques individuelles font, elles aussi, partie du droit ; elles sont éléments constitutifs de l'ordre juridique, aussi bien que les normes juridiques générales sur la base desquelles elles sont créées ».

34 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, p. 24, note a.

35 *Ibid.*, p. 143.

36 *Ibid.*, p. 198.

37 *Ibid.*, p. 221.

38 G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 62.

39 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 74.

R.I.E.J., 2012.69

normes d'habilitation ou des normes qui précisent le sens d'autres normes⁴⁰.

En ce qui concerne le problème de l'individuation (*individuality*) de la règle de droit⁴¹, il s'agit sans doute de la question à laquelle Bentham attache le plus d'importance, car sa solution lui semble être un préalable indispensable à l'œuvre du législateur⁴². La question se ramène selon lui à « établir quelle partie du matériau législatif doit être prise en compte, afin de ne contenir ni plus ni moins qu'une règle de droit complète »⁴³. Tout en relevant le fait que la complétude d'une règle de droit dépend du modèle auquel on se réfère et que la complétude d'une règle peut être envisagée sous des aspects différents, Bentham considère qu'il existe deux sortes de règles de droit élémentaires, et pas seulement deux éléments constitutifs distincts d'une même règle de droit⁴⁴ : l'une, qu'il qualifie de primaire ou principale, a un caractère directif et s'adresse à ceux dont on attend qu'ils se conforment à la volonté de son auteur ; l'autre qu'il qualifie de secondaire ou subsidiaire, a un caractère comminatoire et s'adresse à celui qui est tenu d'appliquer la sanction prévue à l'égard du comportement adopté.

À cet égard, Guillaume Tusseau a souligné à juste titre que Kelsen procède d'une démarche intellectuelle semblable à celle de Bentham. Comme celui-ci, en effet, il se préoccupe, dans une perspective « constructiviste », de dégager un « modèle d'intelligibilité exclusif du droit » à partir d'entités juridiques « élémentaires »⁴⁵ qui ne coïncident pas nécessairement avec la formulation des normes appartenant à un système juridique donné. Là où Bentham retient la notion élémentaire de « règle de droit » (*law*), Kelsen retient la notion élémentaire de « proposition juridique » (*Rechtsatz*), en tant que formulée par la science du droit pour décrire son objet. Par ailleurs, alors que Bentham retient finalement deux règles élémentaires distinctes, Kelsen ne retient qu'une proposition

40 *Ibid.*, pp. 74-78.

41 A cet égard, cf. notamment J. RAZ, *op. cit.*, p.70 et suiv. ; G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, pp.45 et suiv.

42 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, p. 3.

43 *Ibid.*, p. 168.

44 *Ibid.*, p. 150.

45 G. TUSSEAU, « Bentham et le normativisme viennois », *op. cit.*, p. 11.

R.I.E.J., 2012.69

juridique unique⁴⁶ qui seule, selon lui, est susceptible de rendre compte du fait que tout ordre juridique doit être caractérisé comme un ordre de contrainte. Il estime dès lors que, bien que « toutes et chacune de ses normes ne statuent pas des actes de contrainte », un ordre juridique « peut être décrit dans des propositions qui déclarent que dans certaines conditions, c'est-à-dire dans des conditions définies par l'ordre juridique, certains actes de contrainte définis par lui doivent être effectués »⁴⁷. Il en résulte, selon lui, que toute norme juridique qui ne statue pas un acte de contrainte doit être considérée comme « non indépendante »⁴⁸ par rapport à une telle norme et qu'il convient d'admettre qu'une conduite donnée n'est jamais prescrite aux individus, mais que c'est l'application d'une sanction qui est prescrite aux autorités en cas de conduite contraire⁴⁹.

En ce qui concerne les « aspects » de la règle de droit, on se contentera de rappeler une double distinction proposée par Bentham. La première consiste à distinguer l'hypothèse où cette volonté est « active » et celle où elle est « inactive ». Dans le premier cas, cette volonté prend une forme « impérative » ou « obligatoire ». Elle aura un caractère « affirmatif », auquel cas on parlera d'un « commandement » au sens strict, ou un caractère « négatif », auquel cas on parlera d'une « prohibition ». Dans le second cas, aucune volonté ne se trouve exprimée et l'acte considéré n'étant ni commandé, ni prohibé, il sera considéré comme « libre », c'est-à-dire l'objet d'une « permission négative » ou « inactive », d'un « non-commandement »⁵⁰. Cette hypothèse doit cependant être distinguée, selon lui, de celle où la règle de droit confère à une personne ou à un ensemble de personnes un « droit » ou un « pouvoir », en vertu desquels d'autres personnes leur doivent un « service »⁵¹.

46 En ce sens, cf. également J. RAZ, *op. cit.*, p.86 : « The same legal material which, according to Kelsen, goes to make up one law, is regarded by Bentham as establishing two laws » ; G. TUSSEAU, « Bentham et le normativisme viennois », *op. cit.*, p. 20 : « ce dernier (Kelsen) refuse de distinguer plus d'une norme là où, même s'il est conscient de leur réductibilité l'une à l'autre, Bentham en admet deux ».

47 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 78.

48 *Ibid.*, p. 74.

49 *Ibid.*, p. 35.

50 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, pp. 116-117.

51 *Ibid.*, p. 106.

Kelsen, pour sa part, tout en évoquant les mêmes questions, leur apporte une réponse partiellement différente. En ce qui concerne l'hypothèse d'une volonté « active », Kelsen adopte une double attitude qui pose manifestement un problème de cohérence. D'une part, il élargit le sens habituel du terme « devoir » (*Sollen*), considéré comme synonyme de « commandement », en considérant qu'« une norme est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »⁵². D'autre part, il adopte une position « réductionniste »⁵³, en ne considérant, ainsi que nous l'avons déjà rappelé, comme normes « indépendantes » que celles qui statuent un acte de contrainte à titre de sanction. En ce qui concerne la question de la volonté « inactive », par ailleurs, Kelsen estime, comme Bentham, que la conduite des individus, dans ce cas, « est réglée par l'ordre juridique de manière négative, c'est-à-dire que, ne leur étant pas juridiquement défendue, la conduite en question leur est en ce sens permise »⁵⁴. Par ailleurs, comme Bentham également, Kelsen distingue cette hypothèse spécifique où « cette activité ne lui est pas juridiquement défendue », de l'hypothèse où « les autres sujets sont obligés de ne pas s'opposer à cette activité » et celle où « l'individu à qui cette activité est permise a, en cas de violation de l'obligation correspondante, le pouvoir juridique de déclencher la procédure de droit qui conduit à la sanction »⁵⁵. Dans chacun de ces cas, cependant, la notion de « droit subjectif » ou de « pouvoir » lui paraît, par rapport à celle d'obligation juridique, « parfaitement superflue du point de vue d'une description scientifiquement exacte de ces données juridiques »⁵⁶. En particulier, précisera-t-il, « la fonction normative de l'habilitation à poser des normes peut être réduite à la fonction de commander »⁵⁷.

52 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., op. cit., p. 7.

53 G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 61.

54 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., op. cit., p. 329.

55 *Ibid.*, pp. 185-186.

56 *Ibid.*, p. 173.

57 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 348.

4. Source du droit

Pour Bentham, la source de toute règle de droit réside dans la volonté du souverain, c'est-à-dire d'une ou d'un ensemble de personnes à la volonté desquelles une collectivité politique est censée prêter obéissance dans le cadre d'un État donné⁵⁸. Dans le cas où un commandement émanerait d'une autre source, il serait illégal et ne constituerait pas une règle de droit, mais une infraction. Bentham admet cependant qu'une telle volonté puisse s'exprimer soit par le biais d'une « conception », ce qui est le cas lorsque le commandement est issu originellement du souverain lui-même, soit par le biais d'une « adoption »⁵⁹, ce qui est le cas lorsqu'il émane d'une autre personne, publique ou privée, que le souverain et que celui-ci a habilitée. On soulignera à cet égard le fait que, pour Bentham, tout jugement doit être considéré, non comme un simple acte intellectuel de « compréhension », mais comme se transformant en un « commandement », c'est-à-dire en un acte de volonté. Soulignant ainsi son caractère constitutif, Bentham en conclut que tout jugement pénal suppose l'existence de deux infractions : l'infraction antérieure sur laquelle il se fonde et l'infraction nouvelle qu'il crée ; de même, tout jugement civil suppose à la fois l'existence d'un droit « virtuel », c'est-à-dire d'un « droit à un droit », et l'existence d'un droit « actuel », c'est-à-dire rendu effectif par sa reconnaissance judiciaire⁶⁰.

À cet égard, une fois encore, malgré leurs différences, un certain nombre de similitudes peuvent être observées entre les deux auteurs. Si la référence ultime à la volonté du « souverain » est absente chez Kelsen, et s'il préfère remplacer l'« expression imagée » de source du droit, dans une perspective strictement normativiste, par celle de « fondement de droit positif de la validité d'une norme juridique, c'est-à-dire la norme juridique positive qui règle sa création »⁶¹, on relèvera au moins une double similitude. D'une part, se trouve affirmée chez les deux auteurs l'idée que le droit se construit par « degrés » successifs et sur base d'une habilitation de chaque degré inférieur par un degré supérieur. D'autre part, se trouve explicitement

58 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, p. 42.

59 *Ibid.*, p. 45.

60 *Ibid.*, p. 214.

61 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 313.

R.I.E.J., 2012.69

reconnu le caractère « constitutif » de tout jugement⁶² et l'idée que celui-ci ne se ramène pas à un acte intellectuel de compréhension, mais implique un acte de volonté distinct de celui dont la norme générale est la signification⁶³. Très proche de Bentham sur ce point, Kelsen a été jusqu'à affirmer que « poser la norme individuelle en question présuppose la reconnaissance de la norme générale à appliquer de la part du tribunal qui est compétent pour l'appliquer »⁶⁴, ce qui a pour conséquence que « le juge peut observer une double attitude envers cette norme hypothétique générale. Il peut *reconnaître* la norme générale dans le cas concret ... Mais le juge peut aussi - pour une raison ou pour une autre - *ne pas reconnaître* la norme générale dans le cas concret »⁶⁵.

5. Le système juridique

En ce qui concerne le système juridique, considéré dans son ensemble, Bentham évoque la nécessité de respecter un certain nombre de directives qui soulignent la perspective spécifiquement normative dans laquelle il conçoit cette systématité. On les rappellera brièvement.

Il s'agit d'abord, malgré leur complémentarité, de respecter la distinction entre les branches pénale et civile du système juridique, en rendant apparente la véritable nature et les relations mutuelles de ces deux types de règles de droit. Il s'agit ensuite d'élaborer un corps complet de législation selon une méthode fondée sur des principes naturels et universels, en particulier sur le principe d'utilité qui exige de ranger les règles de droit selon les objectifs qu'elles poursuivent. Il convient également de transformer toutes les règles coutumières et législatives en un corps exclusif de droit écrit. Il convient encore d'éviter les imperfections qui risquent d'affecter tout ensemble de règles de droit : sa faiblesse, d'une part, qui résulte d'un manque de dispositions de principe ; sa tyrannie, d'autre part, qui résulte d'un manque d'exceptions ; sa faiblesse et sa tyrannie enfin qui résultent

62 *Ibid.*, p. 318.

63 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 318.

64 *Ibid.*, p. 322.

65 *Ibid.*, pp. 66-67.

d'un manque de clarté. Il s'agit enfin, en respectant ces dernières directives, de limiter le caractère discrétionnaire de l'interprétation⁶⁶.

La première différence qui paraît exister entre Kelsen et Bentham concernant la systématisme du droit réside dans le fait que cette exigence de systématisme s'inscrit, selon lui, non pas dans une perspective normative de « politique juridique », comme le suggère la conception benthamienne, mais dans une perspective épistémologique cognitive, selon laquelle « la connaissance du droit cherche - comme toute connaissance - à concevoir son objet comme un tout pleinement intelligible »⁶⁷. Quant au type de systématisme retenu par Kelsen, on peut rappeler que, contrairement à Bentham qui paraît privilégier ce qu'on pourrait appeler une « systématisme matérielle »⁶⁸ ou « substantielle » où le « corps » complet de règles de droit qu'il conçoit⁶⁹ a, comme fin commune, la promotion du bien public, telle qu'elle est déterminée par le principe d'utilité⁷⁰, Kelsen considère que « n'importe quel contenu peut être droit »⁷¹ et que l'unité d'un système juridique ne se fonde pas sur un principe qu'il qualifie de « statique »⁷². Il aurait en revanche, selon lui, « pour l'essentiel un caractère dynamique », au sens où chacune de ses normes « est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, norme supposée »⁷³. Sans développer ce point, on rappellera enfin que, sur le plan de la systématisme formelle du droit, contrairement à Bentham qui appelait de ses vœux le développement d'une logique de la « volition », parallèle à la logique des

66 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, p. 219.

67 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 274.

68 A cet égard, cf. notamment M. van de KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 89 et suiv.

69 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, p. 21. A cet égard, on rappellera l'importance que revêt à ses yeux son projet de codification du droit. Cf. notamment Fr. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. BENTHAM », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 163 et suiv.

70 J. BENTHAM, *Of the limits...*, *op. cit.*, p. 57.

71 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 261.

72 *Ibid.*, p. 258.

73 *Ibid.*, p. 261.

R.I.E.J., 2012.69

« assertions »⁷⁴, Kelsen a fini par nier l'applicabilité tant du principe de non-contradiction que des règles d'inférence au domaine des normes⁷⁵. Certains n'ont pas hésité à en conclure que Kelsen avait ainsi rompu avec toute forme de « systémisme » et avait consacré une forme de « décisionnisme », au sens où le droit consisterait dès lors pour lui en une « série de décisions sans aucun lien de cohérence »⁷⁶.

74 J. BENTHAM, *Of the limits ...*, *op. cit.*, p. 22.

75 H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, pp. 285 et suiv.

76 J. WROBLEWSKI, « Dilemmas of the normativistic concept of legal system », *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, p. 327.