

DABIN et KELSEN

Mizunami, Akira
Professor, Faculty of Law, Kyushu University

<https://doi.org/10.15017/1487>

出版情報：法政研究. 31 (3), pp.64-100, 1965-03-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

DABIN et KELSEN

Akira MIZUNAMI

- I préface
- II les critiques à M. KUNZ
- III la norme fondamentale
- IV la notion du droit subjectif
- V conclusion

I

Que signifie la comparaison de ces deux juristes-philosophes ? M. Joseph L. KUNZ, professeur à l'Université de TOLEDO (U.S. A.) et disciple fidèle de KELSEN a écrit récemment un article intitulé : "DABIN et KELSEN" dans les "*Mélanges en l'honneur de Jean DABIN*" (1963). Il distingue les deux positivismes juridiques, c'est-à-dire le positivisme juridique *naïf* du XIX^e siècle et le positivisme juridique *critique* du XX^e siècle. Selon M. KUNZ, tous les deux insistent sur l'idée que "la norme (de droit) doit être posée par l'autorité compétente", et c'est pourquoi on peut les appeler tous deux le "positivisme juridique" ; mais celui du XIX^e siècle ne concerne pas la question "d'où vient l'autorité juridique de l'autorité qui était historiquement la première", tandis que "DABIN et KELSEN reconnaissent qu'il y a ici un problème authentique" ; et c'est exactement en la manière d'expliquer l'origine philosophique du droit et en l'épistémologie juridique, que se séparent DABIN et KELSEN, les deux positivistes juridiques criti-

ques de XX^e siècle.

En résumant "L'accord complet (concernant la notion du droit) entre deux penseurs", entre deux positivistes juridiques, M. KUNZ énumère les points d'accord : "la norme juridique est la règle sociétaire, régulant la conduite des hommes dans leurs rapports entre eux ; cette norme doit être posée, créée par l'autorité compétente ; la sanction [prescrite par l'autorité] doit être exécutée, s'il le faut, par l'emploi de la force physique, par la contrainte publique ; l'ordre juridique est essentiellement un ordre coercitif ; [mais] l'ordre juridique est un système des normes".⁽²⁾

A côté de cet accord sur la notion du droit, M. KUNZ remarque, en ce qui concerne la théorie de l'origine de l'autorité, "l'abîme" philosophique qui les sépare" : néo-kantisme et néo-thomisme.⁽³⁾

Cette ressemblance et cette différence qui sont exposées par M. KUNZ, nous font pressentir la fertilité de la comparaison de ces deux systèmes de grands juristes-philosophes. Mais pour bien comparer ces deux doctrines rigoureuses, on doit d'abord les comprendre dans leur totalité à travers toutes les oeuvres principales des auteurs et on doit discerner les points cardinaux, la clef de voûte ; seulement par cette espèce de comparaison, on peut indiquer que la thèse qui existe virtuellement dans l'une, se trouve bien développée par l'autre ; par exemple, comme nous verrons ci-dessous, KELSEN a bien développé sa théorie épistémologique du droit avec sa doctrine de la "Grundnorme" tandis que DABIN ne la dit que de façon latente, bien que ce soit possible de l'en dégager. Quant à la liaison essentielle de la notion du droit subjectif au "suum" ou à la propriété au sens le plus large, DABIN l'expose, au contraire, minutieusement, tandis que KELSEN ne la décrit que virtuellement malgré que cette liaison

a, en effet, un grand rôle dans sa théorie de la négation du droit subjectif. Il me semble que M. KUNZ qui s'est référé à un seul livre de M. DABIN⁽⁴⁾ parmi les oeuvres principales bien variées, n'ait pas pu arriver à la vue générale de tout le système de DABIN ; aussi prend-il quelques thèses trop inopportunes et trop accidentelles pour comparer et spécialement pour critiquer.

Nous examinerons d'abord la comparaison par M. KUNZ, et puis nous essaierons nous-mêmes de comparer au fond ces deux penseurs juridiques.

1) *Mélanges Jean DABIN*, p. 158 et p. 164. C'est KELSEN lui-même qui a dit pour la première fois le mot "Kritischer Positivismus".

(KELSEN, *Die philosophische Grundlage des Naturrechts*, 1928, P. 67.)

2) *ibid.*, p. 158.

3) *ibid.*, p. 149-50 et p. 151.

4) Cela veut dire " *Théorie générale du droit*" (1953).

II

M. KUNZ énumère les trois difficultés de la notion trop étroite du droit de DABIN :

1) La notion de DABIN néglige le droit primitif qui est fondamentalement le droit coutumier.

2) Elle ne peut pas compter le droit international parmi le droit.

3) Elle concerne seulement le droit continental en dépit du droit anglo-américain.

Et selon M. KUNZ, ces difficultés dérivent de deux éléments de sa notion du droit : la contrainte et la généralité de la règle juridique.

a) DABIN insiste, comme KELSEN, "avec la plus grande énergie sur ce que la contrainte est essentielle pour la conception du droit". "DABIN et KELSEN sont complètement d'accord pour admettre que la contrainte est un élément essentiel du droit, que l'ordre juridique est essentiellement un ordre coercitif".⁽¹⁾ Cependant DABIN souligne, au contraire de KELSEN, trop l'organisation ou la monopolisation de la contrainte par l'Etat, et réduit le droit au droit de la communauté politique. C'est pourquoi il met soit le droit primitif soit le droit international en dehors de sa notion du droit.⁽²⁾

Oui, on peut trouver facilement les textes qui traitent de l'importance de l'élément de contrainte à l'égard de la notion du droit à travers les oeuvres principales de DABIN.⁽³⁾ Mais en même temps il déclare bien que c'est le résultat du caractère *sociétaire* du droit qui est toujours premier, que la sanction de la contrainte est indispensable pour le droit, mais qu'elle est seconde.⁽⁴⁾ La raison d'être du droit est, dit DABIN, la nature humaine qui incline à vivre dans la société sociétaire avec les règles générales de la conduite qui sont fixées par l'autorité de cette société ; ce n'est pas la force physique, la contrainte. Certes, la contrainte est élément indispensable des règles de la communauté pour réaliser pleinement la fin du droit, à cause de la faiblesse de l'homme. La force est un élément nécessaire du droit avec lequel le droit existe ; mais ce n'est pas "l'élément adventice" du droit,⁽⁵⁾ si l'on compare avec l'autre élément plus propre : la règle de la société sociétaire. "Il a paru impossible de tracer une distinction suffisante entre le droit et les autres règles de conduite humaine sans souligner la liaison essentielle qui unit les deux notions de *droit* et de *société* : le droit

est règle sociétaire." ⁽⁶⁾ C' est pourquoi au point de vue théorique l'impossibilité actuelle de la sanction de contrainte n'annihile pas la validité des règles qui sont établies par l'autorité compétente, la validité qui se tient par la force propre. ⁽⁷⁾ *Leges imperfectae* sont encore le droit malgré leur caractère insuffisant de la sanction de contrainte, qui est l'élément secondaire, sans dire l'importance de cet élément secondaire dans la norme sociale qui doit nécessairement réaliser sa fin en résistant à la faiblesse de la nature blessée de l'homme. ⁽⁸⁾

Pour KELSEN, au contraire, la contrainte est un élément encore plus essentiel du droit comme nous avons vu plus haut. Le caractère *neutre* de la normativité (ou de la validité) du droit par laquelle la norme juridique peut être discerné de toutes les autres normes morales, politiques, religieuses etc. se base sur la force, sur la contrainte. Ces autres normes sont toujours idéologiques et s'appuient sur les postulats, hypothèse indémontables et variables selon la "Lebensanschauung" de chacun ; on manque là nécessairement d'évidence ; et c'est pourquoi on doit avoir la norme coercitive qui peut être valable pour tous grâce à la neutralité de cette norme en égard des convictions idéologiques des sujets, c'est-à-dire grâce à la positivité qui se fonde seulement sur *le fait* que certaines ordonnances d'un pouvoir sont actuellement imposées aux sujets par la contrainte et que les sujets observent normalement ces ordonnances, le fait évident qui est possible d'être affirmé par tous malgré leur convictions. ⁽⁹⁾

En un mot, KELSEN souligne la normativité spéciale, *neutre* de la norme juridique dérivée de *la force*, à côté de DABIN qui souligne la caractère sociétaire du droit.

Si M. KUNZ comprenait bien cette différence foncière entre DABIN et KELSEN il pourrait remarquer que pour DABIN aussi le droit primitif, le droit public et le droit international sont bien le droit pour une raison tout à fait différente que pour KELSEN. Selon KELSEN, il y a la norme juridique, s'il y a le fait que l'ordonnance du gouvernement ou du pouvoir est imposée par la contrainte ; pour lui, que cette contrainte soit organisée ou non, n'est pas la question primordiale pour l'existence du droit. Et c'est justement pourquoi soit le droit primitif, soit le droit public, soit le droit international peut être bien le droit *en tant qu'il est sanctionné par la force* publique ou privé, concentrée ou dispersée.

Pour Dabin, au contraire, il y a la norme juridique, s'il y a le fait que l'autorité de la société fixe les règles générales de conduite. Ordinairement, ces règles sont sanctionnés par la contrainte publique organisée ; mais ce n'est pas toujours ; pour qu'on puisse dire, théoriquement, qu'un droit existe, il suffit que les règles de conduite soit élaborées par l'autorité sociétaire.⁽¹¹⁾ Et c'est justement pourquoi soit le droit primitif, soit le droit public, soit le droit international peut bien être le droit *en tant qu'ils sont fixés par l'autorité sociétaire*. En effet on est en mesure de citer beaucoup de textes où DABIN compte le droit primitif, le droit public et le droit international parmi les règles juridiques authentiques. ⁽¹⁰⁾

Certes, la définition du droit de DABIN ne considère que le droit de l'Etat sanctionné par la contrainte concentrée, organisée, comme le dit M. KUNZ ; mais voici encore un fait qui échappe à M. KUNZ. Au contraire de KELSEN qui soutient que la définition ne doit contenir que l'élément essentiel, DABIN pense avec ARISTOTE que la définition n'est possible ni de la matière pure ni

de la forme elle-même, mais seulement du complexe de la matière et de la forme, de la chose changeable ; on peut fixer, selon DABIN, l'élément accidentiel de la définition du droit en considérant l'état actuel de l'existence changeable du droit de chaque époque, et même en comptant la facilité, l'utilité pour l'étude juridique. Et donc ce n'est pas sans raison que DABIN pose sa définition du droit en la limitant au droit étatique à cause de son importance accablante dans la vie sociale, politique d'aujourd'hui. Aussi doit-on bien discerner la notion formelle du droit de DABIN qui est proposée comme la notion valable à tous les droits positifs y compris le droit primitif, le droit public et le droit international, et la définition pratique composée par DABIN pour faciliter l'étude du droit après avoir bien réfléchi sur l'importance du droit étatique, coercif, la définition qui exclut, apparemment, le droit primitif, le droit international etc. ⁽¹²⁾

b) L'autre raison de la critique de M. KUNZ concerne la généralité du droit.

Pour KELSEN comme pour DABIN, dit M. KUNZ, la création du droit est toujours l'application du droit ; c'est-à-dire l'application du droit supérieur est en même temps la création du droit inférieur; en cette thèse il existe un accord parfait entre DABIN et KELSEN. ⁽¹³⁾

La différence arrive au moment où DABIN limite cette création du droit à la création de la norme juridique *générale*, tandis que KELSEN compte parmi le droit non seulement la norme juridique générale, mais aussi *l'individuelle*. Mais, selon l'avis de M. KUNZ, il n'y a aucune raison de cette limitation. "Les normes individuelles doivent être créées également. Un droit qui n'aurait

qu' une norme générale manquerait à sa vocation".⁽¹⁴⁾

Cette limitation, dit M. KUNZ, amène DABIN à un résultat indéfendable : sa notion du droit doit exclure les décisions ou "juge made law" anglo-américain, avec les traités qui constituent la plus grande partie du droit international, et les contrats conclus entre particuliers, en dépit de l'article 1134 de Code civil. "La théorie de DABIN est, peut-être, un dernier reflet des ordres codifiés du continent, où toute l'importance est donnée au législateur (et peut-être aussi aux savants), tandis que le juge reste dans l'obscurité anonyme, où l'on a pensé longtemps que le juge est un "automate", théorie si chère à l'Ecole française de l'Exégèse".⁽¹⁵⁾ On doit, dit M. KUNZ, rejeter cette théorie de DABIN, qui néglige l'existence des normes juridiques individuelles, de même que l'"American Realist School" qui néglige complètement l'existence des normes juridiques générales ; les notions de l'un et l'autre extrêmes ne peuvent être la notion vraiment universelle du droit.⁽¹⁶⁾

Mais voici la réponse à cette critique.

1) M. KUNZ ne voit la raison vraie de la limitation du droit à la norme générale par DABIN. Ce n'est pas seulement à cause de son attachement à la tradition du droit romain, mais plutôt parce qu'il estime un postulat contenu dans le droit naturel politique qui est la raison d'être du droit, un postulat pour l'élaboration des règles générales de conduite dont la nécessité est annoncée par le sens commun et l'expérience quotidienne de la vie sociale ; on sait par nature qu'il est indispensable d'avoir les règles générales au lieu d'une discrimination individuelle de l'autorité politique, pour que les sujets vivent sous la garantie de la liberté qui convient au bien commun public. Il est dangereux de nier la généralité du

droit ; on en a bien les expériences. ⁽¹⁷⁾

2) Dire la généralité du droit ne signifie pas l'exclusion du droit qui dérive des décisions de juge, le "judge made law" du droit anglo-américain. DABIN affirme bien que la décision du juge devient le droit à partir du moment où le juge (= une autorité étatique) en dégage la règle générale de la conduite, afin de l'appliquer au cas concret. ⁽¹⁸⁾

Quant au droit international, on peut, selon DABIN, dire que le droit existe dans la mesure où les règles générales de conduite sont dégagées de traités entre les pays quoique ces traités ne soient pas eux-mêmes le droit, et dans la mesure où les organes de la société mondiale ou les autorités nationales qui agissent au nom du bien public mondial, les appliquent aux cas concrets de conflit international. ⁽¹⁹⁾

3) En ce qui concerne le contrat, DABIN ne lui accorde pas le caractère du droit en disant que, bien que l'article 1134 Code civil dispose que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi", le caractère légal de la convention ou du droit est limité par la même article "à ceux qui les ont faites" ; elle n'est pas générale, et d'ailleurs elle n'est que la norme privée, pas publique ; le contrat n'a pas la nature générale et publique du droit qui est indispensable à la norme sociale et juridique. ⁽²⁰⁾

Nous aurons l'impression que DABIN a raison en ces discussions.

1) *Mélanges Jean DABIN*, 1961, p. 157.

2) *ibid.*, p. 157

3) J. DABIN, *Philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929, p. 16, p. 26,

p. 54—63 spéc. p. 50, p. 362 et suiv. ; *Théorie générale du droit*, 2 éd. 1952,

p. 56.

4) *Théorie*, p. 56-7, P.65-7.

5) *ibid.*, p. 36-8, ; p. 40-5.

- 6) *ibid.*, avant-propos ; et encore, voy. *Philosophie*, p. 372.
- 7) *Théorie*, p. 41—5.
- 8) Selon DABIN, par exemple, le droit public et le droit international public sont *leges imperfectae*. (*Théorie*, p. 48—52). Contre malentendu de côté de KUNZ (*Mélanges Jan DABIN*, p. 158) , DABIN nie la légalité de l'obligation naturelle ; ce n'est même pas *leges imperfectae* (*Théorie*, p. 45)
- 9) *Die philosophische Grundlage*, p. 24—5, p. 61 et suiv. Nous verrons ci-après la portée de cette théorie.
- 10) DABIN, *Philosophie*, p. 67—73 ; *Théorie*, p. 50—4, p. 17—20, p. 24—5.
- 11) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2^e éd. 1923, p. 571.
- 12) *Philosophie*, p. 58—64 ; *Théorie*, p. 22—3.
- 13) KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1949, p. 132 et suiv., spéc. p. 135. 14) *Mélanges Jean DABIN*, p. 161. 15) *ibid.*, p. 161.
- 16) *ibid.* P. 161—2.
- 17) DABIN, *Philosophie*, p. 45 et suiv. p. 53-4, P. 88, p. 97 note 4 ; *Théorie*, P. 74—75, Nous devons rappeler le danger du décisionisme de Carl SCHMITT.
- 18) *Philosophie*, p. 39, P. 136 ; *Théorie* p. 29—30.
- 19) *Philosophie*, p. 52—4 ; *Théorie* p. 51—5.
- 20) *Philosophie*, p. 40 note 2, p. 103 ; *Théorie*, p. 76.

III

Comme nous avons vu ci-dessus, il y a différence fondamentale entre la notion du droit chez DABIN et chez KELSEN, malgré la ressemblance en tant qu'ils sont positivistes juridiques. Pour KELSEN le droit est la norme foncièrement *coercive* ; pour DABIN le droit est la norme surtout *sociétaire*. Afin que nous puissions encore mieux voir ces différences et ressemblances en ce qui concerne

la notion du droit, nous prenons "La norme fondamentale" (Grundnorm) de KELSEN comme le point départ de l'exposition.

I Il serait banal de dire que le noyau du système kelsennien est sa théorie de la "Grundnorm" ; mais non seulement dans le système de KELSEN, mais aussi dans le système de DABIN, croyons-nous, se trouve une épée de la "Grundnorm" comme clef de voûte de sa théorie du droit. C'est justement, tout de même, la différence de la signification de la norme fondamentale qui sépare les deux juristes-philosophes.

La Grundnorm de KELSEN est expliquée de quatre manières :

- 1) Elle est la "Grundform" de la règle juridique.
- 2) Elle est le principe de la régularité juridique.
- 3) Elle est le principe de la délégation.
- 4) Elle est, enfin, le principe épistémologique du droit.

1) KELSEN souligne, récemment surtout, la distinction entre la norme juridique (Rechtsnorm) et la règle du droit (Rechtsgesetz). La norme juridique signifie plutôt la réalité réelle qui existe avec la validité de la norme mais sans composer la proposition, tandis que la règle du droit est la connaissance de cette réalité ; elle est le jugement du droit. ⁽¹⁾ Et, selon KELSEN, la règle du droit est un jugement hypothétique comme la loi naturelle, mais avec une différence grave ; la loi naturelle dit : si A est, alors B est ; la règle du droit dit : si A est, alors B doit être. Dans celle-là les deux dispositions sont liées par la relation de cause ; en celle-ci elles sont liées par la relation d'imputation. Qu'est ce que c'est que la relation de l'imputation ? L'imputation met toutes les choses (tous les comportements humains, les faits naturels, la contrainte) sous le point de vue de la norme en les changeant en les éléments de la

proposition de règle normative ; la relation de l'imputation se trouve seulement parmi les personnes pour qui la norme est valable et qui sont libres en tant qu'elles surmontent la causalité, comme sujet connaissant qui ne peut être l'objet de sa propre connaissance. Toutes les normes expriment cette relation d'imputation, et par cela le domaine du "doit" (Sollen) est séparé nettement du domaine de l'"est" (Sein).⁽²⁾

Quant à la norme juridique, cette imputation est encore spéciale ; la règle du droit se compose de deux éléments : l'hypothèse et l'effet coercitif (la sanction) . Elle dit, s'il y a le comportement illicite qui contredit la situation hypothétique de la règle du droit, l'effet coercitif disposé par la même règle doit être exécuté par l'autorité compétente. C'est la structure fondamentale de toutes les dispositions juridiques qui est celle de la norme essentiellement coercitive.⁽³⁾

Et voici deux questions. 1) Comment la norme juridique peut-elle être dans le domaine du "Sollen", dans le domaine du sur-être, ou comment la règle du droit peut-elle être, comme règle normative, le jugement d'imputation (ou du "doit" ou de la loi sociale), tout en n'étant pas le jugement de la causalité (ou de l'"est" ou de la loi naturelle) ? 2) Et comment soit la norme juridique soit la règle du droit peut-elle être *spécifique* comme norme juridique ou règle du droit ?

La théorie de la "Grundnorm" répond à ces deux questions. La norme fondamentale qui est proposée par Kelsen dit : l'on doit obéir à l'ordonnance de l'auteur de la première Constitution ; ou plutôt, si l'on considère la Grundnorm en tant qu'une proposition hypothétique comme toutes les règles du droit, on peut la

définir ainsi, au moins quant à la “Grundnorm” de l’ordre juridique de l’Etat : si l’ordonnance du gouvernement révolutionnaire est sanctionnée avec succès par la contrainte, et si le sujet obéit bon grê mal grê en plusieurs cas à cette ordonnance, cet ordonnance “doit” être le droit, la norme juridique ; ou plutôt, en ce cas-ci on “doit” supposer que cette ordonnance soit le droit.⁽⁴⁾ Cette norme fondamentale n’est pas *posée* comme la norme juridique qui est posée par l’autorité compétante, mais *supposée* par le sujet de la connaissance juridique. C’est la prémisse épistémologique de la connaissance juridique, de laquelle la connaissance des toutes règles du droit dépend,⁽⁵⁾

Et alors remarquons d’abord que c’est le prolongement de “la force normative du fait” de G.JELLINEK accompagné par le changement profond de la signification par KELSEN. L’obéissance du sujet, c’est un fait : un fait d’un certain degré d’efficacité qui correspond à la règle juridique. Et le fait ne devient jamais la norme en tant qu’il existe en dehors du sujet connaissant ; la norme dérive seulement de la norme, le fait provient du fait. Voici la contradiction insoluble de JELLINEK. Au contraire, la norme fondamentale de KELSEN *suppose* le fait susdit comme la norme ; suppose, mais selon la *nécessité* logique de la connaissance juridique du côté du sujet connaissant, pas arbitralement ; car pour entrer dans la connaissance juridique on doit *nécessairement* voir le monde sous cette catégorie épistémologique, sous cette prémisse hypothétique. Nous poursuivrons ci-après l’origine de cette nécessité.

Ainsi grâce à cette prémisse hypothétique la norme juridique se dégage complètement de l’ordre de l’être, bien qu’elle y touche en l’imputant dans la règle du droit. La norme fondamentale pu-

rifie la règle juridique ou la règle du droit d'une confusion possible en égard du fait, de la relation de cause. C'est justement elle qui fonde la relation de l'imputation des règles du droit à l'exclusion de la relation de la cause. La Grundnorm est la première formulation de cette imputation sur laquelle les imputations de la règle du droit se basent ; elle est le prototype (Grundform) de l'imputation juridique. ⁽⁶⁾

La "Grundnorm" de KELSEN purifie non seulement en égard du fait mais aussi en égard de toutes les autres normes ; elle détermine le caractère spécifique de la relations de l'imputation dans la norme juridique.

L'imputation de la règle morale, p. e. se fonde sur la conviction morale de chacun, qui est par hypothèse, dit KELSEN, la chose psychologique dérivée du postulat de la volonté et manque donc le caractère objectif de la connaissance scientifique. Au contraire l'imputation de la règle du droit se base sur le fait objectif qui constitue un élément de la norme fondamentale et peut être affirmée par tout le monde : le fait que le sujet obéisse bon gré mal gré en plusieurs cas à l'ordonnance du gouvernement. Oui, on peut affirmer unanimement ce fait réel sans compter les motifs, les convictions des sujets obéissants. A cause du manquement de l'évidence vraie de la conviction soit morale soit de droit naturel soit politique, on a besoin dans la vie sociale d'un ordre du droit, la norme coercitive qu'il n'est pas liée à l'évidence subjective du côté du sujet. C'est une technique sociale indispensable pour maintenir la vie collective.⁽⁷⁾

On n'a pas besoin de tenir compte de la conviction variante selon la "Lebenanschauung" de chacun, pour affirmer le fait de

l'obéissance du sujet. C'est pourquoi la Grundnorm peut être unanimement supposée par tous, quelles que soient leurs convictions politiques morales, en tant qu'ils sont obligés par nature à la poser. Voici la raison de l'universalité et l'objectivité de la norme fondamentale. Et cette indépendance vis-à-vis de l'opinion subjective, psychologique, en ce sens cette *neutralité* de la norme fondamentale rejaillit sur l'indépendance ou la neutralité de l'imputation de la norme juridique, sur la neutralité de la validité (Geltigkeit) ou la normativité (Normativität) de la norme juridique. L'imputation spécifique de chaque disposition du droit a son fondement et son prototype dans cette norme fondamentale. En ce sens aussi, la "Grundnorme" est "Grundform" de la règle du droit.⁽³⁾

L'analyse de la structure de la disposition du droit fait apparaître, comme prototype de cette structure, la norme fondamentale qui assure la spécialité de la norme juridique ou la règle du droit en la séparant de la loi causale de l'être d'une part, de la norme morale, politique, religieuse etc. d'autre part ; cela nous amène au deuxième point.

2) La loi de la science naturelle est, comme nous avons vu, la loi hypothétique, la loi de "si....."; elle exprime la régularité (Gesetzlichkeit) du phénomène par la proposition hypothétique. La science des droits s'intéresse aussi à la *régularité* qui apparaît sous la prémisse hypothétique de la norme fondamentale. En se liant au principe d'identité, cette régularité s'exprime dans "les principes généraux du droit" qui assurent le système unifié de la règle du droit : les principes qui disent, par exemple, que la loi postérieure abolit la loi antérieure, ou que la loi supérieure abolit la loi inférieure etc. Ainsi, grâce à ces principes de la règle juridi-

que, cette dernière constitue un système unifié qui contient depuis la Constitution et les lois jusqu'aux règles les plus individuelles, telles que le contrat et la décision de juge. La Grundnorm, la prémisse hypothétique de la connaissance juridique se trouve au sommet de ce système comme le principe de l'unification.⁽⁹⁾

3) A côté de l'étude statique qui analyse système juridique unifié national ou international, il existe l'étude dynamique concernant la création du droit. La création du droit est toujours, selon KELSEN une application de la norme juridique supérieure au cas concret. Par exemple le Parlement crée la norme juridique inférieure (la loi) en appliquant la loi supérieure (la Constitution) selon le cadre de sa compétence fixé par celle-ci.

Ainsi, la Constitution dispose les règles concernant la compétence de la norme juridique inférieure de l'organe inférieur : p. e. Parlement, les agents de l'administration ; en autre mot, la Constitution délègue la compétence de créer la norme juridique à ces organes d'Etat. Et la norme juridique inférieure qui est fait par ces organes, délèguera la création de la norme juridique encore inférieure aux organes encore inférieurs etc... Ce système de la délégation finira par créer la norme juridique la plus individuelle pour l'exécuter.

Au sommet de cet ordre de la délégation de la compétence de création juridique se situe la Grundnorm, qui délègue la validité de la norme juridique à la Constitution en raison de l'efficacité de cette Constitution. La Grundnorme est, en effet, le principe de la délégation de l'ensemble de la norme juridique nationale ou internationale.

4) Mais d'où vient la nécessité de supposer la Grundnorm, cette prémisse hypothétique, cette "catégorie du droit" (Kategorie

des Rechts) de la connaissance du droit ? KELSEN distingue deux espèces de transcendance : transcendance logique et métaphysique. Pour lui la seconde est un mirage de l'ancienne métaphysique, qui présuppose l'existence de la substance en arrière du phénomène. KANT, en détruisant cette espèce de transcendance a fait preuve de la possibilité de la première transcendance. La nécessité de supposer la Grundnorm dérive de la nécessité logique de la raison humaine logiquement transcendantale. La distinction entre norme et fait qui est assurée par la Grundnorm a sa racine dans cette transcendance logique qui libère le sujet connaissant du domaine de fait ou d'être. Et puis la neutralité de la transcendance logique qui rejette toutes les matières substantielles correspond très bien à la neutralité de l'imputation, de la validité et de la normativité de la règle juridique qui sont aussi assurées par la Grundnorm. La Grundnorm est le principe épistémologique de la connaissance du droit qui est solidement fondé par KELSEN sur sa philosophie kantienne. ⁽¹⁰⁾

II D'un autre côté ne trouve-t-on pas la théorie parallèle de DABIN à travers ses oeuvres ?

Pour DABIN aussi bien que pour KELSEN, la proposition juridique est composée de deux termes : l'hypothèse et la solution. Et il distingue deux propositions hypothétiques : celle de "en cas....." et celle de "si.....". L'hypothèse qui est contenue logiquement dans toutes les propositions juridiques est la proposition hypothétique de "en cas....."; ce n'est pas celle de "si.....". C'est pourquoi l'hypothèse de la règle juridique n'exclut pas que cette règle soit catégorique. Depuis KANT, on discerne deux Imperatifs : *technique* et *catégorique* selon que la proposition hypothétique de la règle est ou non celle de "si.....". C'est-à-dire que la règle laisse ou non

l'observation de cette règle à la merci du sujet. La règle juridique n'est pas technique ; elle est catégorique, bien qu'elle s'exprime dans la proposition hypothétique de "en cas". Mais pourquoi "l'Impératif" de la règle juridique est catégorique ? Pourquoi la règle juridique ordonne obligatoirement ? Parce que l'obligation du côté du sujet à observer la règle générale de la conduite élaborée par l'autorité sociétale pour le bien commun dérive du droit naturel *politique* , qui est règle morale. ⁽¹¹⁾

Ainsi l'analyse de la structure de la règle juridique nous amène, comme dans le cas de KELSEN, à la raison d'être de la règle juridique. Selon DABIN, cette raison d'être est une réalité essentielle de la nature humaine : on est enclin par nature à vivre sous la règle générale posée par l'autorité sociétale. Cette inclination est une partie du droit naturel politique ; et voilà la "Grundnorm" de DABIN. Examinons la portée de cette norme fondamentale parallèle à celle de KELSEN.

1) La "Grundnorm" est, selon DABIN, le fondement du caractère *catégorique* de la règle juridique, parce que la réalisation de l'inclination à vivre sous cette règle est une condition *nécessaire* de la plénitude de l'être humain. La règle juridique est une "norme"; il oblige catégoriquement i.e. moralement ; et c'est en cela qu'on peut discerner la règle juridique, normative et la loi physique, causale.

A côté de cette distinction, la norme fondamentale de DABIN lie aussi, mais d'une façon différente de KELSEN, le "doit" (Sollen) et l' "est" (Sein) ; pour KELSEN la "Grundnorm" est le prototype de cette combinaison, parce que cette combinaison qui se base uniquement sur le fait de l'efficacité actuelle de la règle juri-

dique (de la Constitution) est la prémisse *hypothétique*, mais *nécessaire* de la connaissance juridique, tandis que, pour DABIN, la norme fondamentale est le prototype de cette combinaison parce que la norme fondamentale elle-même est réellement à la fois le “doit” et l’ “est”, car la norme fondamentale est le principe *réel* de l’existence de la règle juridique en tant qu’elle est une réalité *essentielle et ontologique* de l’inclination de la nature humaine, du droit naturel ou de la loi naturelle de l’être humain ; en ce qui concerne ce fondement, c’est justement la transcendantalité substantielle (pas logique) de la personne humaine qui caractérise cette réalité essentielle et ontologique. Grâce à cette norme fondamentale ontologique qui est la “forme” de la règle juridique, celle-ci dépassera le niveau de fait en changeant les comportements humains, les événements physiques, la contrainte etc. en un mot tous les êtres phénoménaux en les éléments matériels de sa disposition, et en les imputant à la règle objective de droit. ⁽¹²⁾

Ainsi, la norme fondamentale de DABIN est le principe de la purification du droit par rapport au fait des êtres phénoménaux.

D’un autre côté, encore comme dans le cas de KELSEN, grâce à la norme fondamentale, DABIN peut purifier la règle juridique de toute confusion avec les autres normes : la règle morale, politique, religieuse etc. La “Grundnorme” est *uniquement* la raison d’être de la règle juridique. C’est pourquoi, selon DABIN, l’élaboration (et l’application et enfin l’interprétation) de la règle du droit n’a aucun “donné” de la “directive” pour déterminer le contenu du droit, en dehors des principes de l’art de la prudence juridique qui considère le bien commun (ou public) comme la fin du droit, la règle technique de l’outillage juridique comme moyen du droit et

la situation et l'opportunité. Ni la justice, ni le Droit naturel, ni la morale chrétienne ne sont le principe "formel" de l'établissement de l'ordre juridique ; ils ne sont pas *le donné* (formel) pour les responsables de l'élaboration du droit, mais seulement une partie *des données* (matérielles) pour eux. ⁽¹³⁾

Et voici encore le point le plus important de la Grundnorm de DABIN. On peut connaître cette Grundnorm par nature, par la raison naturelle ou le sens commun au sens philosophique de la même manière que n'importe quelle connaissance de droit naturel. La Grundnorm de la règle juridique est connue par une espèce d'intuition unanime par tout le monde ; et en se basant sur ce donné de la connaissance naturelle de l'homme, on réfléchit ensuite à son sujet, on l'explique par la raison réflexive, on dit son opinion idéologique sur la raison d'être du droit. Alors on doit bien discerner l'entendement intuitif, unanime, de la Grundnorm qui est la raison d'être du droit et les explications réflexives de cette même raison d'être. Le premier est toujours sûr et unanime, parce qu'il dérive de l'inclination nécessaire de la nature humaine ; la seconde est toute variable, et le plus souvent idéologique. Le fondement de la règle de droit est, selon DABIN, la réalité du droit naturel politique et l'entendement naturel unanime du côté du sujet sur cette réalité ; ce n'est pas l'explication réflexive, ni l'opinion idéologique, ni la conviction variant selon la "Lebensanschauung". On peut donc être indépendant de tout cela en saisissant la norme fondamentale et par conséquent l'existence de la règle juridique. En ce sens, la norme fondamentale de DABIN donne à l'imputation, à la validité, à la normativité de la règle juridique le caractère *neutre*, comme pour KELSEN, mais de toute autre ma-

nière. ⁽¹⁴⁾

En un mot, la norme fondamentale de DABIN purifie le droit soit en égard du fait soit en égard de l'autre norme.

2) Ensuite, la norme fondamentale de DABIN est, comme celle de KELSEN, le principe unifiant de l'ordre juridique. Pour DABIN, "le principe général du Droit"—la loi supérieure abolit la loi inférieure etc. — est la règle intrinsèque, nécessaire de l'ordre juridique qui dérive dernièrement du seul droit naturel politique, de la norme fondamentale qui est une seule raison d'être de la règle juridique. ⁽¹⁵⁾

3) Et donc la norme fondamentale est aussi le principe de délégation, car la première Constitution du gouvernement révolutionnaire qui n'est que le fait, est justifié et validé par la Grundnorm qui ordonne de vivre bon gré mal gré dans l'état du droit, si cette Constitution contribue en effet au bien public. Et la Constitution dispose les règles concernant l'organe inférieur et sa *compétence* pour créer la règle juridique inférieure. Ainsi se compose un système de règles juridiques nationales ; mais au contraire de KELSEN, selon DABIN, cet ordre ne contient pas la règle juridique *individuelle*, parce que, de ce qui a été dit plus haut c'est justement à vivre selon la règle *générale* de conduite qu'incline l'homme. ⁽¹⁶⁾

4) Et enfin, la norme fondamentale de DABIN est le principe épistémologique de la connaissance du droit.

La norme fondamentale en tant que connaissance unanime de la raison naturelle de l'homme, est une prémisse non pas hypothétique mais réelle de la connaissance juridique ; une prémisse : parce qu'elle n'est pas la notion réfléchie par la raison réflexive

dont dépend l'oeuvre de la science ; mais elle est un donné d'où la science part pour l'éclairer. Pas hypothétique, comme la prémisses du KELSEN, mais réelle, parce qu'elle a valeur réelle au sens épistémologique du mot, que les philosophes thomistes expliquent. ⁽¹⁷⁾

Comme la dot qui est apportée par la raison naturelle de la profondeur de l'être substantiel, la norme fondamentale de DABIN se base solidement sur l'épistémologie thomiste, bien que lui-même ne développe pas tellement cette portée épistémologique de sa norme fondamentale ; c'est surtout cette portée qui fait apparaitre la comparaison entre la théorie de la notion du droit de DABIN et celle de KELSEN.

- 1) Comp. les éditions et les traductions en français de KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^e éd. 1934, p.22 ; 2^e éd., 1960, p. 73-7 ; trad. en français par THEVENAZ 1953, chap. I, sec. 3 ; trad. en français, 1960, p. 42-3.
- 2) *General Theory*, p. 92 ; *Reine Rechtsl.*, 2^e éd., p. 79-86, 93-102; trad. en français, 1953, p. 27-30, p. 73.
- 3) *General Theory*, p. 92 ; *Reine Rechtsl.*, 2^e éd., p. 73, p. 93-5, p. 114.
- 4) *Die philosophische Grundlage*, p. 13 ; *General Theory*, p. 110 et suiv., p. 115-6, p.401 ; *Reine Rechtsl.*, 2^e éd. p. 203-4.
- 5) *General Theory*, p. 116 ; *Reine Rechtsl.* 2^e éd. p. 197, p. 203. Nous parlons seulement de la norme fondamentale de l'ordre juridique de l'Etat ; en ce qui concerne celle de l'ordre juridique international, voy. *General Theory*, p. 101-2. P. 366-8 ; *Reine Rechtsl.* 2^e éd. p.221 et suiv., p. 328 et suiv. Et d'ailleurs quant à la norme fondamentale comme principe épistémologique, voy. la note 10 ci-après.
- 6) G. JELLNEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd., 1914, p. 337 et suiv.
KELSEN, *Grundlage*, p. 62 et suiv. ; *Reine Rechtsl.*, 2^e éd. p. 204 et

- suiv., p. 207-8.
- 7) *Grundlage*, p. 25, p. 32-5 ; *General Theory*, p. 18-21, p. 29-30 ; *Reine Rechtsl.*, 2^e éd. p. 215 et suiv.
 - 8) *Grundlage*, p. 26-6 ; *General Theory*, p. 124, p. 132 ; *Reine Rechtsl.* 2^e éd. p. 197, p. 209-12.
 - 9) *Grundlage*, p. 11-2 ; *Reine Rechtsl.*, 2^e éd. p. 196-7, p. 200 et suiv., p. 228 et suiv.
 - 10) *Grundlage*, p. 61, p. 62-3, spéc. p. 65-7 ; *General Theory*, p. 115 et suiv., p. 134 ; *Reine Rechtsl.*, 2^e éd. p. 204, p. 207-8.
 - 11) DABIN, *Théorie générale*, p. 55-8, p. 60-3, p. 65-7, p. 247 et suiv. spéc. p. 274-5 ; *Philosophie*, p. 74 et suiv. spéc. p. 75, p. 79, p. 83 et p. 684 et suiv.
 - 12) *Philosophie*, p. 79, p. 83 ; *Théorie générale*, p. 65-7. En ce qui concerne la notion et la connaissance du droit naturel, voy. *Philosophie*, préface VII, VIII, p. 259 et suiv. spéc. p. 263-6.
 - 13) *Théorie générale*, p. 150-60, p. 161-5, p. 205-7, p. 293 et suiv. ; *Philosophie*, 152-253. Quant à la distinction entre "le donné" et "les données", voy. *Théorie générale*, p. 154-7.
 - 14) C'est une conclusion nécessaire déduite de sa théorie épistémologique du droit naturel. Voy. *Philosophie*, p. 263-6 ; *Théorie* p. 249-50. Et cette théorie convient bien, croyons-nous, aux doctrines épistémologiques thomistes ; parmi lesquels voy. G. MANSER, *Das Naturrecht im thomistischen Beleuchtung*, 1944, p. 80-2 ; J. MARITAIN, *Neuf leçons sur les premières notions de la philosophie morale*, 1949, p. 47-57.
 - 15) Ce problème concerne *la loi naturelle* de l'ordre juridique qui est distingué du *droit naturel juridique*, ce qui en effet n'existe pas, et aux exigences propres de l'ordre juridique qui se base sur elle. Voy. *Philosophie*, p. 11, p. 150-1, p. 152.
 - 16) Il s'agit ici de la discussion de la primauté du droit naturel politique en tant que règle morale sur la Constitution (=la négation de la

suffisance en soi de l'ordre juridique); et il s'agit d'ailleurs de la loi injuste et du droit de résistance. Voy. *Théorie générale*, p. 48, p.50; *Philosophie*, p. 84-9, p. 633-9, p. 640-1, p. 671-3, p. 712-5.

17) Voy. note 12 et 14 susdite et encore *Philosophie* p. 278, p. 280.

IV

Nous examinerons ensuite la théorie du droit subjectif de DABIN, et puis nous la comparerons à celle de KELSEN.

I On peut compter, croyons-nous, trois caractères de la théorie du droit subjectif de DABIN.

1) Il fonde sa notion du droit subjectif sur une réalité ontologique qui est susceptible d'être saisie par le sens commun de l'homme.

2) Cette réalité est la relation d'appartenance-maîtrise qui se base sur la valeur absolue de la personnalité humaine.

3) En pénétrant cette relation morale d'appartenance-maîtrise, il pouvait surmonter la matérialisation de la notion du droit subjectif telle qu'elle apparaît soit dans la doctrine de l'intérêt, soit dans la doctrine de la volonté, soit dans la doctrine mixte.

1) Ce qui est dit par DABIN sur la prémisse épistémologique est valable pour la théorie du droit subjectif. Ici aussi DABIN évite de prendre la discussion philosophique ; comme point de départ il fait appel à l'entendement naturel de la raison humaine sur la réalité fondamentale de la vie individuelle et sociale ; entendement qui est connu spontanément, d'instinct, par tout le monde. On sait que la personnalité humaine est une valeur en soi, absolue;

et que c'est pourquoi l'homme a la prérogative de l'être-maitre au-dessus de toutes les choses dans le monde d'une part, et il s'incline à vivre en limitant cette maîtrise de chacun sur les choses du moyen de la création de l'ordre du "sien" d'autre part ; et enfin on sait que le droit subjectif concerne cet ordre du "sien", sa "respectabilité". Ce fondement objectif du droit subjectif est facilement et unanimement saisi par tous.

De telle sorte qu'il ne faut pas confondre l'entendement naturel de la réalité du droit subjectif et la connaissance réflexive sur cette réalité. Par exemple, on doit éviter de confondre la doctrine individualiste et libéraliste de XVIII--XIX^e siècle avec l'entendement pas clair mais intuitif, constant, universel et certain du droit subjectif. Celle-la est une interprétation fautive de cette réalité du droit subjectif que l'on connaît sans réflexion, mais sans faute par une sorte de l'intuition de la raison naturelle. ⁽¹⁾

2) DABIN ajoute, tout de même, encore quelques analyses philosophiques selon la longue tradition du thomisme, pour préciser ce donné de la connaissance naturelle, en montrant bien que cette analyse n'est pas la connaissance naturelle elle-même.

L'homme est, dit-il, une personne, c'est-à-dire un être substantiel et raisonnable, grâce à son esprit. Oui, on peut parler de la personnalité de la collectivité ; mais c'est seulement analogiquement, cela veut dire en tant que la collectivité participe à la personnalité substantielle de ses membres. En ce sens, l'individualité de l'homme, sa destinée naturelle et surnaturelle, toutes sont la base de sa maîtrise sur les choses, la prérogative égale de tout le monde à les lui faire appartenir et à les maîtriser. ⁽²⁾

Et d'un autre côté, la personne humaine n'est pas l'homme iso-

lé. A cause de sa nature sociale, elle ne peut bien vivre que dans la société. C'est pourquoi la nature humaine incline à vivre dans la démarcation du "sien", dans l'établissement de l'ordre du "sien" de chacun et à faire le respecter, s'il faut, avec la force physique ; c'est l'exigence de la justice. Et cette exigence est obligatoire, absolue, parce que cette tendance de la nature humaine est le droit naturel (= moral) duquel dépend la plénitude de l'existence de l'homme. Le droit subjectif est une prérogative par laquelle on peut exiger de l'autre personne (ad alterum) de respecter son "sien". Et alors "suum" en tant qu'il est la chose qui est attribuée à n'importe qui est "la matière" du droit subjectif,⁽³⁾ et "suum" en tant qu'il est la relation morale de l'appartenance-maîtrise, est "la forme" du droit subjectif. ⁽⁴⁾

Après avoir examiné l'essence réelle de la nature humaine sur laquelle se base le droit subjectif, on peut déduire les principes suivants.

a) Sans le droit objectif, il n'y a aucun droit subjectif. S'il n'y a pas de détermination du "suum" de chacun, il y a pas d'exigence de les respecter. ⁽⁵⁾

b) Il y a deux espèces de droit objectif qui fixent le "suum" de chaque personne : naturel et artificiel. Le droit naturel (ou la loi naturelle) qui existent intrinsèquement dans l'existence de chacun, sont la base du droit subjectif *naturel* (ou moral) ; et le droit positif de l'autorité sociétaire est la base du droit subjectif *artificiel* ou juridique. ⁽⁶⁾ DABIN indique la même distinction par les mots : le droit subjectif de *la philosophie sociale* et le droit subjectif de *la jurisprudence*. ⁽⁷⁾

c) "Cependant le droit objectif n'est premier qu'à l'égard du

droit subjectif de la même série, du même ordre.”⁽⁸⁾ Le droit subjectif moral est premier à l’égard du droit objectif juridique, parce que celui-ci existe par le droit subjectif (la compétence de l’autorité à l’élaboration du droit) qui est fondée par le droit naturel politique.⁽⁹⁾

d) Ce n’est pas dire qu’il n’y a de droit subjectif juridique qu’avec le droit subjectif moral. En ce qui concerne le point de vue propre de la règle juridique, à savoir, le bien public, la règle juridique fixe le “suum”, crée le droit subjectif juridique et enfin oblige les sujets à le respecter s’il faut par la contrainte.⁽¹⁰⁾

e) Le caractère obligatoire du droit subjectif *juridique* est, tout de même, aussi absolu que celui du droit subjectif *moral*, parce que celui-là aussi a sa dernière source dans le droit naturel politique qui est une partie de la règle fondamentale de la plénitude de l’être humain.⁽¹¹⁾

f) En dépit de cette distinction, on doit bien étudier non seulement le droit subjectif *juridique* mais aussi le droit subjectif *moral*, celui de la “philosophie sociale”, parce que à travers tous ces deux droits subjectifs, l’essence du droit subjectif se trouve dans la relation *morale* de l’appartenance-maîtrise, dans “cette vérité métaphysique” qui est le fondement immédiat et ontologique du droit subjectif.⁽¹²⁾

3) Nous pouvons saisir, maintenant, comment DABIN a surpassé les trois Doctrines traditionnelles du droit subjectif : la doctrine de l’intérêt, la doctrine de la volonté et la doctrine mixte. En évitant d’entrer dans le détail et en cherchant la clef de voûte de la théorie dabinienne du droit subjectif, nous la résumons comme ceci :

DABIN remarque que toutes ces trois doctrines lient, avec raison, le droit subjectif au droit objectif ; mais cet élément du droit objectif devient, en elles, “la protection juridique” ; et alors la doctrine de l’intérêt voit la réalité essentielle du droit subjectif dans “l’intérêt juridiquement protégé” ; la doctrine de la volonté dans “la volonté juridiquement protégée” ; la doctrine mixte dans “la *volonté* protégée qui poursuit l’intérêt” ou “l’*intérêt* protégé qui est poursuivi par la volonté”. Mais toutes ces trois doctrines se trompent ; la doctrine de l’intérêt matérialise un aspect de la réalité vraie du droit subjectif : l’appartenance du “suum” à chaque personne où elle ne voit le “suum” qu’en tant que matière du droit subjectif. La doctrine de la volonté, d’un autre côté, matérialise un autre aspect de la réalité du droit subjectif : la maîtrise ; c’est-à-dire elle matérialise la relation ontologique et morale de la “maîtrise” ou “disponibilité” du “suum”, en ne voyant que la volonté psychologique qui ne concerne pas, en effet, l’être du droit subjectif. La doctrine mixte s’incline, en fin de compte, toujours vers un de ces deux côtés ; elle participe à la faute de l’une ou de l’autre, ou sinon aux fautes des deux côtés.

En résumé, toutes ces trois doctrines du droit subjectif soulignent l’aspect matériel de la réalité du “suum” et de la “réalité de l’appartenance-maîtrise” de la personne aux choses, qui sont connues unanimement par la raison naturelle de l’homme. C’est seulement, croyons-nous, la doctrine de DABIN (et celle de KELSEN, comme nous verrons tout de suite) qui a surmonté cette espèce de *matérialisation* de la notion du droit subjectif et qui a bien pénétré dans les réalités essentielles, spirituelles, ontologiques et morales du droit subjectif. ⁽¹³⁾

II KELSEN, en surmontant la *materialisation* des doctrines traditionnelles du droit subjectif, arrive à une autre conclusion. Et il sait aussi que la notion de la personne et du “suum” sont le noyau du droit subjectif. Mais son préjugé philosophique et épistémologique l’a empêché de bien pénétrer cette réalité elle-même, et aboutit à la négation de l’existence du droit subjectif.

1) Nous examinerons d’abord ses critiques des doctrines traditionnelles.

L’Ecole du droit naturel, dit KELSEN, oppose *Naturgesetz* et *positives Gesetz*, en affirmant la préexistence du droit subjectif en égard au droit objectif, et en affirmant la séparation du droit naturel et du droit positif. Le droit naturel est une idéologie née à l’âge de l’Etat de police comme une réaction contre lui, avec l’intention de repousser les “dichten Nest” de l’ordonnance du pouvoir qui saisit tous les aspects de la vie privé ; selon cette idéologie l’homme est libre par sa nature et en état préétatique : la règle juridique a la tâche de protéger cette liberté originale de l’homme ; le droit subjectif c’est la liberté.

Et alors KELSEN critique cette doctrine individualiste et libéraliste : ce droit “subjectif” (“subjectiven” Recht) , en effet, n’existe pas ; ce droit est plutôt non-existence du droit ; en ce sens et en ce sens seulement c’est la liberté ; et cela signifie le manquement de l’objet de la science du droit ; ce droit ou liberté ne relève pas de la science juridique. ⁽¹⁴⁾

La norme juridique détermine, continue KELSEN, l’obligation juridique du sujet d’une part et laisse la place à la liberté d’autre part ; la second est le reflet matériel de la première. Il n’y a pas de point du vue pour pouvoir voir en même temps tous les deux

côté de la règle juridique ; au point de vue de la norme juridique, il s'agit seulement de l'élément formel du droit, c'est-à-dire, du côté de l'obligation juridique qui est en effet un aspect subjectif de la norme juridique, la validité *neutre* étant l'aspect objectif en tant qu'elle correspond à la transcendantalité logique de la Grundnorm et à l'indépendance de la norme coercitive vis-à-vis des convictions du sujet. A ce point de vue, le côté de la liberté n'est que le manquement d'obligation dont la matière est vide, dont on ne peut rien dire. Voilà selon KELSEN, le point de vue de la science du droit.

Au contraire, si l'on prend la position de l'autre point de vue, i.e. la position non-juridique du droit naturel, et si l'on essaie de fixer la matière de la liberté selon les convictions idéologiques de chacun, on sort du domaine de la science du droit. En un mot, la doctrine du droit naturel prend l'élément matériel du droit subjectif pour l'élément formel de celui-ci. ⁽¹⁵⁾

KELSEN souligne que cette espèce de dualisme et renversement du droit naturel, impose ces trois doctrines courantes du droit subjectif.

Dans la doctrine de l'intérêt représentée par JHERING, la liberté est seulement remplacée par l'intérêt ou par la fin (Zweck). Mais, critique KELSEN, non seulement on ne peut pas compter la fin dans la définition formelle du droit, mais aussi l'"intérêt" n'est pas l'autre chose que le résultat de la "non-existence de l'obligation juridique, le manquement de la prohibition ; il est simplement le fait, ce qui ne concerne pas du tout le droit. Et voici la différence entre l'Ecole du droit naturel et JHERING : le premier souligne le côté formel de la non-existence de l'obligation, i. e. la liberté, tandis

que le second le côté matériel i.e. l'intérêt. Et d'ailleurs, l'intérêt est une chose psychologique et surtout de psychologie individuelle, parce que qui dit l'intérêt dit l'opinion de chacun qui le mesure. La doctrine de l'intérêt confond la science juridique avec la psychologie. ⁽¹⁶⁾

La même critique est proposée par KELSEN pour la doctrine de la volonté représentée par WINDSCHEID. Selon lui, le droit subjectif est "le pouvoir de la volonté ou la souveraineté de la volonté déléguée par la règle objective." Mais cette définition du droit subjectif ressemble visiblement à celle de JHERING. La différence existe seulement en ce point ; JHERING souligne un moment psychologique : l'intérêt, WINDSCHEID souligne un autre moment psychologique : la volonté. Voilà aussi le remplacement de la psychologie pour le droit (subjectif). La doctrine de la volonté matérialise ainsi le droit qui est le moment formel du droit subjectif. ⁽¹⁷⁾

La doctrine mixte combine ces deux éléments : l'intérêt et la volonté, dont un représentant BERNATZIK souligne plutôt l'intérêt et dont autre JELLINEK plutôt la volonté. KELSEN insiste qu'il n'y a aucun point nouveau à critiquer dans ces doctrines, car ce qui est dit au-dessus concernant la doctrine de l'intérêt et de celle de la volonté, est parfaitement valable. ⁽¹⁸⁾

A côté de cette critique des trois types de la doctrine du droit subjectif, KELSEN indique l'élément de la vérité, ou au moins d'inclination à la vérité. Parce que, en évitant les difficultés dérivées de l'interprétation psychologique soit de la doctrine de l'intérêt soit de la doctrine de la volonté, JHERING, par exemple, de parler de "l'intérêt moyen" (Durchschnittsinteresse) qui est voulu par le légis-

slateur, et WINDSCHEID, de la "volonté de la règle juridique" (Willen der Rechtsordnung) qui n'est pas la volonté réelle des sujets du droit subjectif, et BERNATIK et JELLINEK, d'autres formules ressemblantes.

Tant l'intérêt que la volonté qui étaient d'abord, selon eux, réels et psychologiques deviennent, donc, tout à fait une autre réalité abstraite, non-phénoménale. Cette contradiction en soi n'était pas résolue par leur doctrine, mais par cela ils sont dans la bonne direction qu'il importe de poursuivre jusqu'au but. ⁽¹⁹⁾

2) C'est "la théorie pure du droit", insiste KELSEN, qui avance dans cette direction et qui donne la signification vraie à l'"intérêt" ou à la "volonté" de la règle juridique : elle réduit le droit subjectif à un moment du droit objectif, en interprétant soit l'intérêt soit la volonté de la règle juridique. Elle rejette le dualisme du droit naturel et ne demande pas *qu'est ce qui* (Was) existe en dehors de la règle juridique et devient le droit objectif, mais *comment* (Wie) le droit objectif devient le droit subjectif. ⁽²⁰⁾

Et c'est ici que KELSEN non seulement souligne le chemin d'aller du droit objectif au droit subjectif, mais aussi fait monter sur la scène les notions de *persome* et de "*suum*".

Si l'on avance, dit KELSEN, sur ce bon chemin, il est clair que la règle juridique qui dispose l'obligation juridique, est valable comme *ma* règle juridique, en tant que, en me basant sur la disposition de cette règle juridique, je suis dans une situation par laquelle je peut la montrer comme *mienne*, comme *la chose attribuée à moi*.

Et c'est le cas suivant : cette règle juridique est *disponible à moi*, c'est-à-dire la volonté de l'Etat, qui s'exprime dans cette

règle juridique, et qui ordonne une certaine conduite d'une autre personne, dépend *de moi* ; en d'autre mot, elle est conditionnée par *l'expression de ma personne*.⁽²¹⁾

KELSEN distingue deux cas pour préciser sa proposition.

a) En ce qui concerne le droit objectif au sens propre i. e. au point de vue de chaque règle juridique coercitive, la règle juridique est la "mienne", quand elle fait dépendre de ma volonté (qui veut intenter une action) la mise en oeuvre de l'exécution de l'organe de l'Etat à appliquer (=créer) des règles étatiques ; cette règle juridique qui dispose cette obligation du côté de l'organe de l'Etat, est *mon* droit subjectif au sens propre.

b) En ce qui concerne le droit objectif au sens large, i. e. au point de vue de l'ensemble de la règle juridique, *l'obligation* juridique des sujets obligés par la règle juridique est le droit subjectif du côté de l'Etat, ; il est *son* droit subjectif.

Le sujet ou la "personne" est la personnification du point final de cette espèce d'imputation de l'obligation : la personnification du "faisceau" d'obligation" et des droits subjectifs dans un ensemble de normes juridiques. Il ne faut pas imaginer ici la personne en soi, absolue en dehors des règles juridiques ; c'était la faute du dualisme du droit naturel.⁽²²⁾

3) Maintenant nous pouvons comparer la notion du droit subjectif de KELSEN avec celle de DABIN, et dégager quelques critiques contre KELSEN.

a) KELSEN assigne le nom du droit subjectif à certains aspects de la règle juridique en tant qu'elle concerne la personne, le "suum" et l'imputation (l'appartenance). Mais pourquoi pour KELSEN la règle juridique ne peut être appelé "droit subjectif"

qu'elle concerne la personne, le "suum" et l'imputation. Cette liaison de la notion du droit subjectif à la notion de la personne, de "suum" et de l'imputation est présupposée par KELSEN sans aucune explication.

Et cette liaison est justement le point cardinal de la notion du droit subjectif *ocmme nous avons vu* selon la pensée de DABIN. Il serait bien possible qu'en écrivant ces lignes du "*Hauptproblem der Staatsrechtslehre*", KELSEN ait suivi, sans le connaître, la voix du *sens commun* qui dictait cette liaison nécessaire. Ce qui est présupposé par KELSEN sans connaître sa valeur épistémologique, est proposé par DABIN avec la connaissance de sa valeur. Ce qui est un dogme pour KELSEN, est une théorie pour DABIN.

b) Et d'ailleurs, qu'est-ce que signifie, selon KELSEN, *mon* droit subjectif, ou *mon* obligation, ou plutôt "*ma* règle juridique" ? Ce n'est certainement pas que la règle juridique qui existe en dehors de moi et attribuée à moi-même comme le "mien" disponible, parce que pour KELSEN "Sollen" ne peut pas être *un objet* de ma propriété, le "mien", comme s'il existe en dehors de Moi connaissant ; mais non ! C'est justement la règle juridique qui me démarque le "mien", et qui crée la relation normative de l'imputation juridique (de la chose à la personne), la relation qui *n'est pas* disponible pour moi ; la règle juridique est la raison d'être du "mien".

Et alors si l'on peut dire, en ce cas, le mot "mien" ou "suum", il serait pris en un sens tout *spécial*, pas propre, comme si l'on disait *ma* raison d'être de mon existence humaine ; parce que le moi n'existe pas en dehors de sa raison d'être, mais c'est la raison d'être elle-même qui me donne l'existence du moi ; et puis parce que cette raison d'être n'est pas disponible pour moi. Et ce

qui est important, c'est que le "mien" ou le "suum" au sens spécial *dérivé* présuppose le "mien" ou le "suum" au sens originaire, *propre*, c'est-à-dire la chose ou le bien existant *en dehors du moi*, mais attribuée à moi, mise sous la maîtrise de moi et donc *disponible* pour moi. Tous cela présupposerait l'éminence naturelle de la personne humaine sur tout les choses, sur tous les biens phénoménaux et en effet la transcendantalité substantielle de la personne.

Mais pour KELSEN, il serait naturellement impossible d'affirmer le "mien" ou le "suum" au sens propre, car s'il le faisait, il serait obligé d'avouer la réalité métaphysique du "mien" déduite soit de la nature de chose soit du droit naturel, ce qu'il nie avec force. Alors KELSEN doit s'en tenir éternellement au "mien" au sens *dérivé* bien que celui-ci indique pour toujours la préexistence au moins logique du "mien" au sens *propre*, qu'il désire nier.

C'est naturel que, après "*Hauptproblem*", KELSEN cesse de parler de ce moment de la personne, de "mien" ou du "suum", peut-être tout en connaissant cette contradiction, et qu'il écarte de plus en plus complètement de ces éléments de la notion du droit subjectif. ⁽²³⁾

1) DABIN, *Droit subjectif*, p. 13.

2) "Si l'on veut trouver un fondement à la justice (et au droit subjectif), il faut donc souscrire cette vérité *métaphysique* de la valeur absolue (et non pas seulement de "l'éminente dignité") de la personne humaine". *ibid.* p. 42.

3) *Philosophie*, p. 321-2.

4) *Philosophie* p. 14, p. 15 et note 1, 2. p. 321-2, p. 367 et suiv.

5) *Droit subjectif*, p. 17-8, p. 48. 6) *Ibid.* p. 48-50.

- 7) *ibid.* , p. 5-8 spéc. p. 18 et 19 note 5, p. 45-5.
- 8) *ibid.* , p. 50.
- 9) *ibid.* , p. 46 et encore p. 20-2, p. 46.
- 10) *ibid.*, p 49-50; *Philosophie*, p. 492-3.
- 11) *Droit subjectif*, p. 65-7.
- 12) *ibid.* , p. 51.
- 13) Sur la doctrine de l'intérêt, : *Droit subjectif*, p. 65-72 ; sur la doctrine de la volonté : *ibid.* , p. 72-80 ; sur la protection du droit : *ibid.* p. 97-102 ; sur la critique synthétique : *ibid.* , p. 103-5.
- 14) KELSEN, *Grundlagen* p. 21-2 ; *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1923 p. 567 et suiv. spéc. 570, et p. 578; *Reine Rechtslehre*, 2^e ed. p. 147 ; *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 55-6.
- 15) *Hauptprobleme*, p. 567-71, p. 578 ; *Reine Rechtslehre*, 2^e éd. p. 132-6 ; *Allg. Staatslehre*, p. 59-60.
- 16) *Hauptprobleme*, p. 571-3.
- 17) *ibid.*, p. 584-93 ; *Allg. Staatslehre*, p. 56-9 ; *Reine Rechtslehre*, 2^e éd. , p. 139-42 ; *General Theory*, p. 79-80.
- 18) *Hauptprobleme*, p. 593 et suiv. spéc. p. 594.
- 19) Sur la doctrine de l'intérêt : *Hauptprobleme*, P. 575-6, p. 577 ; sur la doctrine de la volonté : *ibid.* , p. 587-8 ; sur la doctrine mixte : *ibid.* , p. 616-8.
- 20) *ibid.* , p. 618 et suiv. surtout p. 619; *General Theory*, p. 77-8 ; *Reine Rechtslehre*, 2^e éd. p. 130-2.
- 21) *Hauptprobleme*, p. 619.
- 22) *ibid.* , p. 619-20, p. 625 p. 655-63 ; *Reine Rechtslehre*, trad. en français, 1953, p. 102-7 spéc. p. 104.
- 23) Comp. *Hauptprobleme* (spéc. p. 619-20) avec tous les autres livres susdits de KELSEN où il s'agit plus ou moins du droit subjectif.

V

La comparaison des systèmes de la pensée juridique de DABIN et de KELSEN, ne nous donne-t-elle pas de fécondes moissons ?

Nous les avons comparés seulement en deux points, mais en deux points *cardinaux* : la norme fondamentale de l'ordre juridique et la notion du droit subjectif. Cette comparaison nous a fait, selon notre avis, bien apparaître non seulement la ressemblance et la différence entre DABIN et KELSEN, mais aussi et surtout les parties latentes de chaque système de deux grands philosophes-juristes : les parties latentes : dans le cas de DABIN, sa prémisse épistémologique de la norme fondamentale et dans le cas de KELSEN, la présupposition de l'appartenance-maîtrise de la personne sur les choses dans sa notion du droit subjectif.

後 記

この稿は、筆者が1961年以降1964年までベルギーのルーヴェン大学に学び、Jean Dabin 教授の指導を親しく仰ぎえた間にかかれたものの一つである。本稿を印刷に附してから、同大学法学部で法哲学を講じている J. Renauld 教授より来信あり、同大学の *Annales de l'Université de Louvain* に掲載したい旨知らせてきた。したがって、本稿とほぼ同文のものが、同誌でも公刊されるであろう。